

# ЧАСОПИС КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА

Український науково-теоретичний часопис

Заснований  
у жовтні 2001 року

2018/1

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.,  
Онішук М.В.,  
Пархоменко Н.М.,  
Савчук К.О.,  
Усенко І.Б.,  
Ходаківська Т.В. (редактор)

## Іноземні члени редакційної колегії

Райнер Арнольд (Німеччина),  
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 № 5 від 18.04.2018)  
Вченою радою  
Інституту держави і права  
ім. В.М. Корецького  
НАН України  
(протокол № 4 від 26.04.2018)

## Передплатний індекс

23994

ISSN 2219-5521

## ЗМІСТ

*Бошицький Ю.Л., Михайленко О.В.* Перспективи наукової діяльності  
Київського університету права НАН України у 2018 році ..... 4

### Видатні правознавці України

*Бойко І.Й.* Володимир Семенович Кульчицький – видатний український  
вчений-правознавець у галузі історії держави і права України  
та основоположник львівської історико-правової школи .....9

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

*Биркович Т.І., Кабанець О.С.* Методологія дослідження демократії  
як явища правової дійсності ..... 14

*Барабаш О.О.* Структурна модель юридично значущої поведінки:  
загально-теоретичний аналіз ..... 19

*Вовк О.Й.* Організація самоврядування за міською реформою 1917 року  
в містах України ..... 22

*Іванов О.Ю.* Історико-правова характеристика статусу Криму за доби  
Української Центральної Ради (березень 1917 р. – квітень 1918 р.) ..... 28

*Кахнич В.С.* Розвиток цивільного права у Львівському університеті та внесок  
Станіслава Севериновича Дністрянського в цей процес ..... 33

*Обіход Т.В.* Історія виникнення і еволюції права і подолання проблем  
правозастосування в Україні як гарантія її успіху ..... 36

*Цветкова Ю.В.* Деякі аспекти взаємин православних братств Великого  
Князівства Литовського, церковної ієрархії та корони: підґрунтя та  
правові засади ..... 39

*Головко А.Л.* Природоохоронна діяльність в Україні: історико-правовий  
ракурс ..... 44

*Гончар Д.В.* Механізм гарантування права на отримання кваліфікованої  
юридичної допомоги ..... 48

*Пиртко М.С.* Вплив політики абсолютизму на становлення законодавства  
в Австрійській монархії у XVIII ст. .... 51

*Черновол О.П.* Механізм забезпечення та реалізації основних обов'язків  
людини і громадянина: окремі аспекти ..... 57

### Конституційне право та конституційний процес в Україні

*Рудик П.А.* Порівняльний аналіз особливостей загального і спеціального  
порядків (процедур) внесення змін до Конституції України ..... 61

*Бориславська О.М.* Формування європейської моделі конституціоналізму:  
від ідеї до конституційної системи правління ..... 65

<i>Корнієнко П.С.</i> Особливості правозахисної діяльності як різновиду юридичної діяльності .....	71
<i>Кравцова З.С.</i> Зміст народного суверенітету та представницької демократії в Україні .....	75
<i>Гринь А.А.</i> Система конституційних процесуальних гарантій при здійсненні негласних слідчих дій та захист персональних даних .....	79
<i>Рагимов К.А.</i> Общие основы становления конституционного права человека на жизнь в Украине и Азербайджанской республике .....	84
<i>Торяник О.Ю.</i> Конституційне реформування представницької функції прокуратури України .....	89
<b>Адміністративне право і процес. Фінансове право. Інформаційне право</b>	
<i>Пухтецька А.А.</i> Зауваження щодо самостійної підготовки до зовнішнього незалежного оцінювання з «Адміністративного права України» та «Адміністративного процесу» .....	93
<i>Стахура І.Б.</i> Поняття і види меж адміністративного розсуду .....	99
<i>Шинкарук О.В., Іванов Ф.О.</i> Суб'єкти адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів .....	104
<i>Владимиренко І.В.</i> Нормотворче провадження як засіб забезпечення прав та свобод людини .....	108
<i>Литвиненко Є.Ю.</i> Порівняльно-правовий аналіз основних видів кодифікаційних актів у країнах Європейського Союзу та Україні .....	112
<i>Одоладов Д.А.</i> Джерела банківського законодавства України та Європейського Союзу .....	120
<b>Проблеми цивільного та підприємницького права в Україні</b>	
<i>Аврамова О.Є.</i> Ланки механізму правового регулювання житлових відносин .....	125
<i>Вакарюк Л.В.</i> До питання структури правового режиму в трудовому праві .....	119
<i>Великанова М.М.</i> Ризик та цивільно-правова відповідальність: огляд доктринальних підходів щодо проблеми їх співвідношення .....	132
<i>Петруненко Я.В.</i> Стадійно-процедурна характеристика застосування прямих господарсько-правових засобів забезпечення ефективного використання державних коштів .....	136
<i>Муляр М.С.</i> Фінансові установи, на які поширюється дія закону України «Про споживче кредитування» .....	140
<i>Наставний І.В.</i> Місце правовідносин у сфері професійного спорту у структурі цивільного права та цивільного законодавства .....	147
<b>Проблеми права інтелектуальної власності</b>	
<i>Бошицький Ю.Л., Капіца Ю.М.</i> Правові аспекти реалізації прав інтелектуальної власності в Україні на прикладі НАН України .....	152
<i>Панченко І.М.</i> Вищий навчальний заклад на шляху до інноваційного розвитку: проблеми та перспективи .....	159
<i>Будка Р.В.</i> Гармонізація права інтелектуальної власності Чеської Республіки із законодавством Європейського Союзу .....	163
<b>Аграрне, земельне та екологічне право</b>	
<i>Латишева В.В.</i> Правовий статус селянина в контексті сталого розвитку сільських територій .....	168
<b>Кримінальне право та кримінологія</b>	
<i>Дуюнова Т.В.</i> Щодо правової природи необхідної оборони та умов її правомірності .....	172
<i>Кубрак П.М.</i> Попереднє слідство в кримінальному процесі Республіки Франції .....	175
<i>Мудрак І.В.</i> Щодо забезпечення права потерпілого на процесуальну комунікацію у кримінальному провадженні .....	178
<i>Перелигіна Р.В., Митник У.М.</i> Феноменологія домашнього насильства в Україні та Європейському Союзі .....	181
<i>Сметаніна Н.В., Манагарова Є.С.</i> Кримінологічна характеристика злочинів, пов'язаних із торгівлею людьми в умовах гібридної війни .....	186
<i>Филиттов С.А.</i> Незаконное перемещение табачных изделий через таможенную границу: тенденции в контексте перспектив криминализации .....	190
<i>Болгов Р.О.</i> Групи смерті – кіберзлочинність нового рівня .....	196
<i>Ващенко І.О.</i> Особливості криміналістичної характеристики злочинів у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин їх аналогів або прекурсорів .....	199
<i>Говорун Є.О.</i> Актуальні питання встановлення процесуальних строків прокурором, слідчим суддею, судом .....	203
<i>Зайчко О.В.</i> Актуальні аспекти міжнародного та зарубіжного досвіду запобігання незаконній порубці лісу .....	207
<i>Кібальник С.О.</i> Незаконне переправлення осіб через державний кордон у кримінологічній науці ЄС та США .....	211
<i>Криволапов В.М.</i> Криміналістична характеристика протидії злочинам, пов'язаних із заволодінням коштами шляхом утручання в роботу банкоматів .....	215
<i>Півненко Л.В.</i> Особливості пред'явлення особи для впізнання за функціональними ознаками .....	220
<i>Скоромний Д.А.</i> Санкції норм права, що регулюють прийняття кримінальних процесуальних рішень: ознаки, поняття .....	224
<i>Сляднева К.А.</i> Відмова прокурора від підтримання державного обвинувачення як форма реалізації диспозитивності .....	228
<i>Топузан А.Р.</i> Характеристика суб'єкта втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність .....	232
<i>Шейко К.В.</i> Детермінація злочинності у сфері незаконного обігу алкогольних напоїв .....	236
<b>Правова система України й міжнародне право, порівняльне правознавство</b>	
<i>Гулієв А.Д.</i> Основы устойчивости и крепости вековой азербайджанской государственности: базовые принципы внешних сношений института президентства Гейдара Алиева .....	241

<i>Грачова В.В.</i> Етап зародження багатостороннього антитерористичного співробітництва держав та його роль у формуванні міжнародно-правових основ боротьби з тероризмом .....	246
<i>Плахотнюк Н.В.</i> Універсальний механізм ООН в сфері боротьби з торгівлею жінками та дітьми .....	251
<i>Прокопенко І.П., Дерманська О.В.</i> Правова регламентація статусу біженця в Україні, Франції, Німеччині та Італії .....	255
<i>Локшина Ю.В.</i> До питання про реформу правового регулювання засобів захисту торгівлі в Європейському Союзі .....	260
<i>Тулба К.Г.</i> Актуальні проблеми функціонування правових режимів взаємних поїздок громадян .....	264

#### Гість номера

<i>Géza Jeszenszky.</i> How the problem of Transylvania was born? .....	268
<i>Витушко В.А.</i> Континуальное правопонимание в прошлом, настоящем и будущем цивилизации .....	277

#### Студентська трибуна

<i>Глоба А.О.</i> Вплив застосування судового прецеденту на формування національної системи права в деяких європейських країнах: теоретико-правовий аналіз .....	286
<i>Катеринюк Л.О.</i> Концепція єдиного ринку та проблема подвійного оподаткування в Європейському Союзі .....	290
<i>Котенко Я.В.</i> Особливості впровадження мирової угоди: вітчизняна практика та зарубіжний досвід .....	295
<i>Strukova K.A.</i> Freedom of speech protection in social media .....	300
<i>Цюпрік В.І.</i> Правовий звичай як джерело права в сучасній системі права: теоретико-правовий аналіз .....	306

#### Рецензії

<i>Шимон С.І.</i> Рецензія на монографію А.Ю. Бабаскіна «Кредитні відносини у цивільному праві України» .....	311
<i>Грицяк І.А.</i> Рецензія на робочу програму навчальної дисципліни «Становлення публічної адміністрації в Україні» .....	313

#### Наукова хроніка

Нові перспективи співпраці КУП НАНУ з факультетом права та управління Гданського університету .....	315
Майстер-класи професора Райнера Ведде (Німеччина) .....	315
XI Міжнародна науково-практична конференція «Наукові читання, присвячені пам'яті В.М. Корецького» .....	315
Студентська конференція «Студентська наука в духовній школі» .....	316
Майстер-клас Надзвичайного та Повноважного Посла Республіки Корея в Україні, пана Лі Янг-Гу .....	317
Майстер-клас міністра закордонних справ Угорщини (1990-1994 рр.) Гези Єсенського .....	317
Презентація колективної монографії «Актуальні проблеми сучасного конституціоналізму (на прикладі України та Республіки Польща)» .....	317
Майстер-клас науковців Гданського університету (Польща) .....	318
I Міжнародна українсько-польська науково-практична конференція «Сучасні проблеми правотворення: досвід України та Польщі» .....	318
КУП НАНУ налагоджує співпрацю у сфері освіти і науки із заступниками глав місій Вишеградської четвірки .....	319
Делегація КУП НАНУ взяла участь у роботі Загальних зборів Відділення історії, філософії та права НАН України .....	319
Спільна міжнародна науково-практична конференція КУП НАНУ та Дебреценського університету .....	320

#### Сторінки пам'яті

Пішов із життя польський вчений-конституціоналіст Богуслав Банашак .....	321
--	-----

Редакційні повідомлення .....	322
-------------------------------	-----

**«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)**

**«Часопис Київського університету права» внесено до переліку фахових видань за спеціальністю «Юридичні науки»**

**(Постановою Президії ВАК України № 1-05/6 від 12.06.02;  
Постановою Президії ВАК України № 1-05/3 від 14.04.10;  
наказ Міністерства освіти і науки України № 528 від 12.05.2015).**

Адреса редакції: 01601, м. Київ, вул. Трьохсвятительська, 4.  
Головний редактор: (044) 278-51-55. Редактор: (044) 235-63-24.

**E-mail: chasprava@ukr.net**

**www.kul.kiev.ua**

Редактор *Т.В.Ходаківська*. Художник *Н.М.Косяк*  
Комп'ютерне макетування: *О.С.Бондаренко*

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації КВ № 16356-4828ПР від 19.02.2010 р.  
Підп. до друку 3.05.2018. Формат 60×84 1/8. Друк офсетний. Ум.-друк. арк. 37,4. Обл.-вид. арк. 44,7. Наклад 500 прим.  
Видання та друк: Київський університет права НАН України. 01601, м. Київ – 1, вул. Трьохсвятительська, 4. Тел. 278-73-11.

---

**Ю.Л. БОШИЦЬКИЙ, О.В. МИХАЙЛЕНКО**

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

*Ольга Вікторівна Михайленко, вчений секретар Київського університету права НАН України*

## **ПЕРСПЕКТИВИ НАУКОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ КИЇВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ ПРАВА НАН УКРАЇНИ У 2018 РОЦІ**

Інтеграція освітньої і наукової складових у діяльності вищого навчального закладу є необхідною умовою якісної підготовки фахівців, розвитку й інтеграції інтелектуально-творчих здібностей науково-педагогічних працівників та студентської молоді, вагомим чинником розвитку наукового й інноваційного потенціалу держави.

Статтею 65 Закону України «Про вищу освіту» від 1 липня 2014 р. № 1556-VII передбачено, що наукова, науково-технічна та інноваційна діяльність у вищих навчальних закладах є невід’ємною складовою освітньої діяльності і провадиться з метою інтеграції наукової, освітньої й виробничої діяльності в системі вищої освіти, що забезпечується встановленням обов’язку здійснення наукової та науково-технічної діяльності такими закладами вищої освіти, як університети, академії та інститути.

Закон України «Про наукову і науково-технічну діяльність» від листопада 2015 р. № 848-VIII, який спрямований на правове забезпечення функціонування наукової галузі та є важливим кроком у становленні її законодавчого забезпечення, у ст. 19 закріплює положення про те, що наукова та науково-технічна діяльність є невід’ємною складовою освітньої діяльності й провадиться відповідно до Законів України «Про освіту», «Про вищу освіту» та «Про наукову і науково-технічну діяльність».

Одним із основних завдань для таких вищих навчальних закладів, як університети, академії та інститути, є провадження наукової діяльності шляхом проведення наукових досліджень, підготовки наукових кадрів вищої кваліфікації і використання отриманих результатів в освітньому процесі (п. 2 ч. 1 ст. 26 Закону України «Про вищу освіту»).

Відповідно до визначених пріоритетів, Київським університетом права НАН України (далі – КУП НАНУ) були виділені й реалізуються основні завдання у сфері наукової діяльності:

– організація та проведення наукових досліджень, спрямованих на реалізацію пріоритетних напрямів розвитку науки й освіти, використання всіх можливостей для підвищення значущості наукової діяльності в КУП НАНУ як основи підготовки кадрів та наукового, соціально-економічного й культурного розвитку держави;

– підготовка науково-педагогічних кадрів вищої кваліфікації;

– залучення до наукової діяльності талановитої студентської молоді;

– організація та проведення науково-практичних конференцій, семінарів, виставок, презентацій та ін.;

– підготовка монографій, навчальних посібників і підручників, науково-методичної літератури тощо.

**Науково-практичні конференції.** Особливе значення для Київського університету права НАН України мають міжнародні та всеукраїнські науково-практичні конференції. У лютому 2018 р. до 100-річчя НАН України вперше спільно з Батумським державним університетом ім. Шота Руставелі (Грузія) на базі КУП НАНУ відбулася Перша Міжнародна українсько-грузинська науково-практична конференція *«Актуальні питання сучасного міжнародного права на прикладі України та Грузії», присвячені пам’яті В.М. Корецького*, де обговорювалися результати наукових досліджень у сфері міжнародного права, міжнародного приватного права, історії й теорії держави і права, порівняльного правознавства.

У квітні 2018 р. на базі відокремленого структурного підрозділу університету – Рівненського інституту відбулася Перша Міжнародна українсько-польська науково-практична конференція *«Сучасні проблеми правотворення: досвід України та Польщі»*. Цей міжнародний науковий форум поєднав творчий потенціал

представників вузівської та академічної юридичної науки України та Польщі у сфері правотворення. Дана конференція проведена спільно з юридичним факультетом Гданського університету (Польща).

У травні 2018 р. вперше на базі КУП НАНУ планується проведення Першої Міжнародної українсько-швейцарсько-ізраїльської науково-практичної конференції **«Актуальні питання права інтелектуальної власності»**. Співорганізатором конференції є Всесвітня організація інтелектуальної власності (м. Женева, Швейцарія), Тель-Авівський університет (м. Тель-Авів, Ізраїль), Центр порівняльних правових досліджень ОНО академічний коледж (Кір'ят Оно, Ізраїль).

Традиційно й надалі КУП НАНУ проводитиме інші планові науково-практичні конференції. Зокрема, це: **«Сучасні проблеми правової системи України»**, яка присвячена аналізу теоретичних та практичних проблем розвитку окремих елементів правової системи України, місцю правової системи нашої країни серед правових систем сучасного світу.

У Рівненському Інституті КУП НАНУ буде проведено науково-практичну конференцію **«Сучасні проблеми гуманітаристики: світоглядні пошуки, комунікативні та педагогічні стратегії»**, під час якої розглядатимуться теоретико-філософські, лінгвістичні та психолого-педагогічні аспекти гуманітарних дисциплін (проходить щорічно на базі нашого відокремленого структурного підрозділу – Рівненського інституту).

Спільно з угорськими науковцями у квітні проведено традиційну щорічну міжнародну науково-практичну конференцію **«Сучасні питання європейської цивілістики: досвід Угорщини та України»**, на якій розглядаються складні проблеми теорії та практики систематизації цивільного законодавства України й Угорщини та їх застосування (проходить спільно з Дебреценським університетом (Угорщина)).

Традиційну щорічну міжнародну конференцію зі Всесвітньою організацією інтелектуальності власності (Женева, Швейцарія) **«Сучасні виклики і актуальні проблеми права інтелектуальної власності в Україні та Європі»** КУП НАНУ планує провести в грудні цього року на базі ВОІВ у Женеві, яка присвячена актуальним проблемам права інтелектуальної власності в Україні та Європі та показує роль, місце і напрями діяльності ВОІВ щодо консолідації нормотворчої та правозастосовної практики, правового регулювання інтелектуальної власності в Україні і світі (проходить спільно зі Всесвітньою організацією інтелектуальної власності (Швейцарія)).

Упродовж усього 2018 р. триває робота експертів із обговорення та оптимізації Стратегії **«Політика у сфері інтелектуальної власності в університетах та науково-дослідних установах»**, де обговорюються проблеми створення, використання та захисту результатів творчої діяльності науковців в університетах та науково-дослідних установах (проходить спільно зі Всесвітньою організацією інтелектуальної власності (Швейцарія)).

Ця Стратегія не може бути задумана і розроблена у вузьких рамках спільноти інтелектуальної власності. Необхідно, щоб вона враховувала потреби усіх заінтересованих партнерів. Для цього до співпраці потрібно залучити урядові структури, міністерства, відповідальні за науку й технології, торгівлю та послуги, культуру, юстицію, освіту і фінанси, які відіграють важливу роль в економічному і соціальному житті країни. Сенс стратегії полягає в тому, щоб забезпечити такі умови, в яких співтовариства творчих працівників, новаторів та бізнесменів могли б конкурувати і процвітати, створюючи матеріальні цінності та робочі місця, а громадяни розуміли б роль інтелектуальної власності у створенні суспільних благ. Важливо, щоб результати досліджень в університетах могли використовуватися промисловістю для організації виробництва товарів, а передача технології була б вигідною для всіх заінтересованих сторін.

Новою конференцією Київського університету права НАН України спільно з Інститутом держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана», Національною академією керівних кадрів культури і мистецтв, Інститутом культурології Національної академії мистецтв України, Українським союзом промисловців і підприємців заплановано науково-практичний форум **«Охорона культурної спадщини: стан та перспективи»**. Даний захід буде проводитися протягом двох днів: перший день – у Верховній Раді України, другий – у стінах КУП НАНУ.

Метою цієї конференції буде визначення сучасного стану об'єктів культурної спадщини, дослідження досвіду України й інших країн у пам'яткоохоронній сфері, обговорення проблемних питань охорони культурної спадщини в Україні та шляхів їх вирішення, зокрема й безпосередньою реалізацією принципів, обумовлених низкою Конвенцій ЮНЕСКО в цій сфері.

**Роль міжнародних центрів для розвитку КУП НАНУ.** Для Київського університету права НАН України важливими осередками, які функціонують у регіонах, що безпосередньо межують з країнами Євро-союзу – Польщею, Словаччиною, Угорщиною та Румунією, є: Міжнародний центр правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи у м. Львові та Міжнародний центр правових та економіко-соціальних досліджень країн Центрально-Східної Європи у м. Ужгороді.

Так, основною метою науково-дослідної діяльності Міжнародного центру правових та історико-політичних досліджень країн Центрально-Східної Європи у м. Львові є вивчення актуальних проблем становлення й розвитку політико-правових систем Австро-Угорщини, Росії, Української Народної Республіки (УНР), Української держави, Західно-Української Народної Республіки (ЗУНР) та Другої Речі Посполитої. Перед центром поставлено такі завдання, як узагальнення досвіду функціонування правового поля щодо вирішення проблем національних меншин у контексті євроінтеграційної політики країн Центрально-Східної Європи; аналіз процесів становлення громадянського суспільства в державах Центрально-Східної Європи та пострадянського простору на тлі загальносвітових демократичних трансформацій; вивчення особливостей

політичного структурування парламентів Австро-Угорщини, Росії та Другої Речі Посполитої в історичній ретроспективі; дослідження парламентські практики національних меншин Австро-Угорщини (Державна Рада, Галицький і Буковинський крайові сейми), Росії (Державна Дума), Другої Речі Посполитої (Сейм), Карпатській Україні (Сейм).

Основними завданнями Міжнародного центру правових та економіко-соціальних досліджень країн Центрально-Східної Європи у м. Ужгороді є дослідження актуальних проблем правового регулювання, еколого-економічного прогнозування, транскордонного співробітництва, міграційних процесів і соціально-гуманітарного розвитку країн Центрально-Східної Європи. Перед Центром стоять наступні завдання: обґрунтування концептуальних засад правового регулювання співробітництва України та країн Центрально-Східної Європи в умовах євроінтеграції; аналіз напрямів та механізмів ефективного вирішення еколого-економічних проблем країн Центрально-Східної Європи; вивчення особливостей регіональної політики та транскордонного співробітництва країн Центрально-Східної Європи; дослідження потенційних можливостей та пріоритетних напрямів соціально-гуманітарного розвитку країн Центрально-Східної Європи на найближчу та довгострокову перспективу.

**Дослідження проблем інтелектуальної власності.** Поряд із дослідженням різних аспектів права і проведенням численних наукових заходів КУП НАНУ у 2018 р. планує приділяти посилену увагу розвитку системи охорони інтелектуальної власності. Насамперед це питання її адаптації до сучасних вимог економіки України, формування ефективно діючої інфраструктури для забезпечення реалізації державної політики та державно-приватного партнерства у цій сфері. 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. Тому у 2016 р. в КУП НАНУ було створено **Міжнародний центр правових проблем інтелектуальної власності**.

Враховуючи, що нещодавно за підтримки Посольства Угорщини в Україні було створено **Центр угорської культури та права** з метою отримання студентами Університету знань з права, культури, історії та традицій Угорщини, планується проведення різних наукових заходів – семінарів, круглих столів з угорськими науковцями та представниками дипломатичних місій Вишеградської четвірки.

**Науково-дослідна тема університету.** На сьогодні науково-педагогічний склад КУП НАНУ продовжує працювати над тематикою науково-дослідної роботи *«Державно-правове регулювання суспільних відносин в умовах нових глобалізаційних викликів: вітчизняні та міжнародні реалії»*. Планується до кінця 2018 р. за результатами названої теми видати колективну монографію, яка буде розділена на три відповідні томи, в підготовці яких братимуть участь авторські колективи Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Київського університету права НАН України та іноземні партнери.

Так, перший том монографії буде присвячено фундаментальним проблемам та містити доктринальні/академічні наукові підходи Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України у сфері державно-правового регулювання суспільних відносин в умовах нових глобалізаційних викликів і висвітлювати бачення відповідних проблем науковими школами зазначеного Інституту. Другий том міститиме наукові підходи Київського університету права НАН України до проблем державно-правового регулювання суспільних відносин в умовах нових глобалізаційних викликів, а третій том – стосуватися міжнародних реалій державно-правового регулювання суспільних відносин в умовах зазначених глобалізаційних викликів.

Це питання філософсько-теоретичних засад розвитку комунікативної культури і комунікативної компетенції сучасного юриста в умовах нових глобалізаційних викликів, філософсько-правовий потенціал теорії комунікативної дії, теорії соціальних систем, інших філософських теорій, культурологічних та лінгвістичних концепцій. Значна увага буде зосереджена на значущості формування відповідної комунікативної культури та мовно-комунікативних і фахово-комунікативних компетенцій майбутніх правників під час надання юридичної освіти для успішного державно-правового регулювання суспільних відносин в Україні в умовах нових глобалізаційних викликів.

Питанням публічно-правового регулювання суспільних відносин в умовах нових глобалізаційних викликів буде присвячено наступний розділ даної праці. Це такі сфери питань, як правове регулювання конституційних відносин в умовах нових глобалізаційних впливів, кримінально-правовій кваліфікації та караності за злочини, що вчиняються медичним працівником як спеціальним суб'єктом злочину; реалізації особою права на самозахист в контексті охорони основ національної безпеки України тощо.

Розділ «Приватноправове регулювання суспільних відносин в умовах нових глобалізаційних викликів» буде містити питання щодо правового регулювання цивільних, господарських та трудових суспільних відносин в умовах нових глобалізаційних впливів (стадії правового регулювання цивільних відносин; підходи до правового регулювання сімейних відносин та проблеми предмета і методу сімейного права; процеси гармонізації сімейного права європейських держав; поняття та класифікація ритуальних послуг; транснаціональне приватне регулювання трудових відносин; приватноправове регулювання цивільних і трудових відносин в умовах глобалізації; проблеми теорії та практики, неорецепція трудового права в умовах глобалізації; сторони договору трансферу технологій) тощо.

Розділ «Держава в системі сучасного міжнародного правопорядку: новітні виклики» буде присвячено змінам, що відбулися в теорії та практиці державного імунітету у зв'язку з лібералізацією торгівлі, глобалізацією міжнародних економічних відносин та розширенням участі держави у міжнародних приватних відносинах в якості суб'єкта господарювання. Також окрема увага буде приділена впливу цих змін на законо-

давство України, що регулює питання, пов'язані з державним імунітетом. Зокрема, буде розкрито зміст норм Законів України «Про міжнародне приватне право», «Про зовнішньоекономічну діяльність», «Про розподіл продукції», «Про концесії», Цивільного кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України тощо, що пов'язані з державним імунітетом. Окрім цього, в рамках розділу будуть викладені інші проблеми законодавства України, що суттєво впливають на захист інтересів України в зарубіжних судах, наприклад, невизначеність понять «державне майно», «приватноправовий спір, за участі держави» тощо.

**Удосконалення умов для розвитку студентської науки.** Студентська наука є одним із напрямів науково-дослідної роботи КУП НАНУ, 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 й творчого підходу до розв'язання теоретичних та практичних завдань майбутньої діяльності.

З метою залучення студентів до науково-дослідної діяльності через публікацію наукових робіт, що відкриває можливості для розкриття творчого потенціалу особистості, у 2011 р. в «Часописі Київського університету права» започатковано рубрику «Студентська трибуна», яка надає можливість публікувати студентські наукові доповіді.

Науково-дослідна діяльність розвиває творче мислення, індивідуальні здібності, дослідні навички студентів, допомагає здійснювати підготовку ініціативних фахівців, формує наукову інтуїцію, творчий підхід до сприйняття знань і практичне застосування їх для вирішення завдань та наукових проблем. Студенти постійно беруть участь у роботі наукових гуртків, всеукраїнських та вузівських студентських наукових і науково-практичних конференцій, наукових шкіл тощо.

Крім того, Київський університет права НАН України активно долучає до науково-дослідної роботи і молодь – майбутніх студентів. Так, КУП НАНУ 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».

**Підготовка підручників, навчальних і навчально-методичних посібників нового покоління.** Важливим фактором інтегрування у європейський та світовий освітній простір є діяльність з підготовки підручників, навчальних і навчально-методичних посібників нового покоління. Так, до 100-річчя НАН України в 2018 р. побачать світ *«Мала енциклопедія канонічного права»*, *«Мала енциклопедія прав людини»*, монографія *«Охорона прав на торговельні марки в мережі Інтернет»*.

Також з 2018 р., у рамках програм наукової співпраці між Київським університетом права НАН України, Гданським університетом та Дебреценським університетом, ми започатковуємо нову традицію співпраці – спільну роботу над монографіями (збірками наукових праць). Такі спільні видання нададуть змогу почути один одного, йти вперед у науковому пізнанні й розв'язанні нагальних завдань.

Спільно з науковцями Гданського університету видано колективну монографію *«Актуальні проблеми конституціоналізму (на прикладі України та Республіки Польща)»* з проблем розвитку конституціоналізму на сучасному етапі в Україні та Республіці Польща. У ній окреслені як спільні, так і притаманні кожній окремій країні проблеми щодо організації державної влади й реалізації чинного законодавства, універсальності правового забезпечення інтеграційних процесів до Європейського Союзу.

Дане видання презентовано в березні 2018 р. на юридичному факультеті Гданського університету, а у квітні – у Київському університеті права НАН України.

Також спільно з науковцями Дебреценського університету (Угорщина) видано колективну монографію *«Актуальні проблеми цивілістики (на прикладі України та Угорщини)»*, в якій містяться наукові праці, присвячені найбільш складним проблемам теорії та практики систематизації цивільного законодавства України й Угорщини та їх застосування.

**Модернізація науково-теоретичного щоквартальника «Часопис Київського університету права».** Київський університет права НАН України є засновником видання «Часопис Київського університету права», який внесено постановою Президії ВАК України до переліку фахових видань за спеціальністю «Юридичні науки». Іноземними членами редакційної колегії журналу є: вчені з європейським ім'ям у сфері юриспруденції – Райнер Арнольд (Німеччина), Уільям Батлер (США), Арнольд Варенвальд (Німеччина), Андраш Торма (Угорщина), Адам Махарадзе (Грузія), Герберт Шамбек (Австрія), Вероніка Сікора (Угорщина). «Часопис Київського університету права» внесено до **Міжнародної наукометричної бази даних HeinOnline (США)** та наукометричної бази «Index Copernicus».

**Удосконалення роботи аспірантури КУП НАНУ.** Аспірантура – основне джерело підготовки науково-педагогічних кадрів вищої кваліфікації у Київському університеті права НАН України. Підготовка здобувачів вищої освіти ступеня доктора філософії в КУП НАНУ здійснюється за сімома спеціальностями трьома кафедрами Університету. За період існування аспірантури було підготовлено 311 здобувачів наукового ступеня доктора філософії (кандидата юридичних наук), з них захистили дисертації 14 співробітників Університету. Сьогодні в аспірантурі КУП НАНУ навчається 56 аспірантів та здобувачів, ними досліджуються актуальні питання юриспруденції та міжнародного права.

Науково-дослідна робота Київського університету права НАН України постійно спрямовується на залучення провідних науковців Університету до загальнонаукового та світового наукового простору, а також

використання міжнародного досвіду для розв'язання важливих наукових завдань, спрямованих на підвищення якості вищої освіти.

Для цього КУП НАНУ налагоджено тісну співпрацю у науковій сфері із зарубіжними установами та вищими навчальними закладами – партнерами із Швейцарії, Грузії, Ізраїлю, Польщі, Словаччини, Угорщини тощо.

У даний час Київський університет права НАН України плідно співпрацює зі Всесвітньою організацією інтелектуальної власності (Женева, Швейцарія), а також з навчальними закладами Грузії – Батумським державним університетом ім. Шота Руставелі, Польщі – Гданським університетом, Угорщини – Дебреценським університетом, Ізраїлю – Тель-Авівським університетом, ОНО академічним коледжем та ін.).

**Нові проекти КУП НАНУ.** Влітку 2018 р. студенти та викладачі КУП НАНУ зможуть взяти участь у **Шостій Міжнародній літній школі «Право Європейського Союзу та європейська інтеграція Південного Кавказу»**, яка проходитиме на базі Батумського державного університету ім. Шота Руставелі. З цього року КУП НАНУ приєднується до роботи цієї школи з міжнародного права в Батумі на правах співорганізатора.

Із 2018 р. ми започатковуємо новий проект **«Діалоги відомих особистостей світу зі студентами»**. У рамках цього проекту Університет відвідають:

– іноземна делегація, до складу якої увійдуть заступники глав місій країн Вишеградської четвірки (Угорщина, Польща, Чехія і Словаччина);

– Надзвичайний та Повноважний Посол Республіки Корея в Україні Лі Янг-Гу;

– міністр закордонних справ Угорщини (1990–1994 рр.) Геца Єсенський.

Крім того, завдяки нашим міжнародним зв'язкам делегація студентів Університету у вересні 2018 р. візьме участь у конкурсному проекті з питань захисту персональних даних та прозорості повноважень органів державної влади, який проходитиме в офісі доктора Аттілі Петерфалві, президента Національного комітету захисту персональних даних та питань свободи інформації.

Уже традиційно команда Київського університету права НАН України братиме участь у **V Міжнародному конкурсі з комерційного арбітражу**, організованого Міжнародним комерційним арбітражним судом при Європейській арбітражній палаті (International Commercial Arbitration Court under the European Arbitration Chamber). Маємо надію, що саме наш Університет посяде перше місце у фіналі конкурсу.

Підсумовуючи викладене вище, слід зазначити, що у 2018 р. Київський університет права НАН України активно працюватиме у напрямі удосконалення й подальшого розвитку наукової діяльності, яка є невід'ємною умовою та складовою поглиблення якості правничої освітньої діяльності Київського університету права НАН України. Це передбачає як нові дослідження актуальних галузей права, так і нові науково-практичні конференції, нові видання, нові наукові контакти, продуктивне фахове спілкування й нові партнерські зв'язки в інтересах подальшої розбудови нашого університету.



УДК 343.2

**І.Й. БОЙКО**

*Ігор Йосипович Бойко, доктор юридичних наук,  
професор, завідувач кафедри Львівського національного  
університету імені Івана Франка*

### **ВОЛОДИМИР СЕМЕНОВИЧ КУЛЬЧИЦЬКИЙ – ВИДАТНИЙ УКРАЇНСЬКИЙ ВЧЕНИЙ-ПРАВОЗНАВЕЦЬ В ГАЛУЗІ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА УКРАЇНИ ТА ОСНОВОПОЛОЖНИК ЛЬВІВСЬКОЇ ІСТОРИКО-ПРАВОВОЇ ШКОЛИ**

В історії національної юридичної науки є багато особистостей, які належать до когорти видатних українських правознавців ХХ століття. У цьому контексті значний інтерес становить наукова діяльність Володимира Семеновича Кульчицького – відомого вченого у галузі історії держави та права України, талановитого організатора української юридичної науки, ініціатора нових фундаментальних пошуків та ще й Людини з великої літери.

Ім'я В.С. Кульчицького відоме не лише вченому світу, а й широкій громадськості як ім'я людини високої культури, глибокої ерудованості, надзвичайної простоти і людяності, справжнього інтелігента, патріота свого народу. За фахом правознавець, він майже 60 років розкривав таємниці української історії права і держави, виховував молоде покоління юристів, був організатором академічної юридичної науки, навчального процесу, видавничої справи, ініціатором багатьох культурних заходів.

Володимир Кульчицький був видатним представником української академічної юридичної науки другої половини ХХ – початку ХХІ століття. Це унікальна постать: основоположник Львівської історико-правової дослідницької школи, доктор юридичних наук, професор, заслужений професор Львівського національного університету імені Івана Франка, член-кореспондент Національної академії правових наук України, заслужений юрист України, талановитий педагог та чуйний вихователь студентської молоді, істинний інтелігент, взірець учителя для всього покоління українських науковців, освітян та державних діячів.

Відомий вчений-правознавець Володимир Семенович Кульчицький народився 28 грудня 1919 р. у селі Кульчиці Самбірського району Львівської області в селянській сім'ї. Його життєвий і творчий шлях припав на ХХ ст. – складний період історії нашої країни. Сім'я Кульчицьких мала п'ятеро дітей: Дмитра, Омеляна, Володимира, Мар'яна і Анну. Батько – Семен Дмитрович був хліборобом, користувався високим авторитетом, за що громада села Кульчиці неодноразово обирала його війтом села, тому перші життєві враження про добро і зло, правду і кривду, щастя і горе Володимир отримав від батьків, котрі заклали йому християнські цінності добра, правди, справедливості, милосердя, які він проніс через усе своє життя.

Дитинство Володимир провів у рідному селі, де 1930 р. закінчив початкову школу. У 1931 р. виступив до Самбірської гімназії імені Адама Міцкевича, яку у травні 1939 р. успішно закінчив. У Самборі, де більшість населення становили українці, крім поляків проживали ще євреї, німці, отже, молодий Кульчицький, спілкуючись з ними, пізнав їхню ментальність, звичаї, мову, що у майбутньому дуже йому допомогло. У гімназії Володимир вчився добре. Улюбленими його предметами були історія, література, іноземні мови. У вільний від навчання час охоче мандрував околицями міста, відвідував історичні та культурні місця<sup>1</sup>.

Після закінчення гімназії у 1939 р. вступив на перший курс юридичного факультету Львівського університету, що тоді називався університетом імені короля Яна Казимира ще у складі Польщі. Старанно відвідував лекції й практичні заняття відомих вчених-правників. У той час на 17 кафедрах юридичного факультету працювали знані професори ще з часів Австро-Угорщини, а також молоді вчені. Серед них – професор цивільного права Р. Лоншан де Бар'є – останній ректор Львівського університету польського періоду, в 1939–1941 рр. працював у радянському Львівському університеті, а в липні 1941 р. разом із великою групою львівських учених був розстріляний гітлерівцями у Львові.

Приєднання у 1939 р. західноукраїнських земель до Радянської України відкрило нову сторінку в історії Львівського університету і його юридичного факультету. У діяльності університету відбулися значні зміни. Новим змістом наповнилися навчальний і науковий процеси, а 1 грудня 1939 р. університет був переймено-

ваний у Львівській державній університет. Указом Президії Верховної Ради УРСР від 8 січня 1940 р. йому було присвоєно ім'я Івана Франка.

Перший навчальний рік на юридичному факультеті Львівського державного університету радянської доби розпочався 15 січня 1940 року. Йому передувала короткочасна, але напружена праця адміністрації університету та факультету, його професорсько-викладацького складу, спрямована на підготовку нового навчального плану, наповнення навчально-виховного й наукового процесів новим змістом. Адже навчальний план юридичного факультету дорадянського періоду відповідав завданням підготовки кадрів переважно для державного апарату Польщі, передбачаючи навчання студентів передусім на догмах тих галузей, які мали практичне значення для повсякденної діяльності чиновника державної установи. Новий навчальний план, опанування якого було розраховане на чотири роки, передбачав вивчення не лише галузевих юридичних дисциплін, а й мовну підготовку, низку соціально-політичних та економічних дисциплін.

У процесі організації навчання та підготовки спеціалістів-юристів у Львівському університеті у той час, коли вчився В.С. Кульчицький, надавали колективи юридичного факультету Київського університету, Харківського, Московського та Свердловського юридичних інститутів, Інституту держави та права АН СРСР. Вони надсилали навчальну літературу, а також відряджали викладачів для читання лекцій студентам юридичного факультету Львівського університету. На початку 1940 р. під час навчання на факультеті В.С. Кульчицький слухав лекції професорів московських юридичних вузів і наукових інститутів, зокрема М.А. Аржанова, С.С. Кравчука, К.А. Мокичева, М.О. Чельцов-Бebutova, Б.С. Маньковського. На постійну роботу з Харкова прибув П.О. Недбайло, який тоді ж став деканом юридичного факультету Львівського університету. Дуже дієво допомагав у організації навчального процесу на факультеті в цей період професор Харківського юридичного інституту С.Л. Фукс, який справив значний вплив на майбутнього науковця В.С. Кульчицького. С.Л. Фукс вперше прочитав для студентів курс історії держави та права СРСР.

В.С. Кульчицький слухав лекції професорів, котрі працювали тут у дорадянський період. Серед них – професор П.Б. Домбковський, який став першим деканом юридичного факультету (в 1939 р., а потім у 1944–1945 рр.) радянського Львівського університету і до 1950 р. очолював кафедру історії держави і права. Цивільне право викладали професори Маврикій Алерганд і Роман Лоншан де Бар'є, а кримінальне – професор Юліуш Макаревич. До підготовки молодих кадрів юристів у цей період залучали також відомих прогресивних польських вчених-юристів: К. Коранія (згодом – професора Варшавського університету, члена Польської Академії наук), К. Пшебиловського (в майбутньому – професора Краківського університету), С. Розмаріна (пізніше – члена-кореспондента Польської Академії наук, професора Варшавського університету), С. Ерліха (згодом – професора Варшавського університету) та ін. Поповнилися відразу ж викладацькі кадри факультету і представниками місцевої української інтелігенції, які не могли працювати в університеті за Речі Посполитої. Серед них були останній ректор Таємного українського університету у Львові Є.В. Давидяк, а також учені: М.К. Топольський, О.П. Луців, В.І. Калинович та ін.

В. Кульчицький згадує, що найбільший вплив на нього мав професор Пшемислав Домбковський, який цікаво читав історію права та історію державного устрою. Надзвичайно ерудований науковець і чудовий лектор, П. Домбковський був популярним серед студентів юридичного факультету. Під його керівництвом В. Кульчицький, який вирізнявся серед інших студентів знанням іноземних мов, старанністю й сумлінністю, написав перші історико-правові праці. Однак навчання на юридичному факультеті перервала радянсько-німецька війна, і Володимир закінчив другий курс у 1941 році. Вже 30 червня 1941 р. гітлерівські війська вступили у Львів. У перші ж дні окупації почалися арешти і розстріли вчених Львівського університету. Нацисти розстріляли 11 професорів і 9 доцентів Львівського університету, в тому числі відомих учених юридичного факультету, професорів Романа Лоншана де Бер'є та Маврикія Алерганда. Львівському університету було завдано величезної матеріальної шкоди. Приміщення юридичного факультету використовувалися фашистами під казарму. Кабінети, навчальне обладнання, кафедральні бібліотеки було повністю зруйновано, знищено або використано для опалення кімнат.

18 серпня 1944 р., Володимира Кульчицького мобілізували до лав Радянської Армії. Він брав участь у боях з німецькими військами, а 23 вересня того ж року був тяжко поранений і демобілізований. Бойові та професійні заслуги В.С. Кульчицького відзначено орденом Вітчизняної війни I ступеня, 11 медалями і нагрудним знаком Державного комітету СРСР з народної освіти «За відмінні успіхи в праці».

Після війни Володимир Кульчицький продовжив навчання на третьому курсі денної форми навчання юридичного факультету Львівського державного університету, і закінчив його 1948 року. У той час прийом на денне навчання не перевищував 40–50 студентів. За перші післявоєнні п'ять років (1945–1949 рр.) було підготовлено лише 205 випускників юридичного факультету, в тому числі – В.С. Кульчицького.

У 1948 р. В.С. Кульчицький вступив до аспірантури по кафедрі історії та теорії держави і права Львівського державного університету, яку закінчив у 1951 році. Після цього був зарахований викладачем, згодом – старшим викладачем на цю само кафедру.

У 1950 р. В.С. Кульчицький приступив до наукового дослідження особливостей правового статусу західноукраїнських земель у складі іноземних держав. В.С. Кульчицький 19 квітня 1954 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему: «Галицький сейм в системі колоніального апарату Австро-Угорщини». Захист відбувся на юридичному факультеті Московського університету імені М.В. Ломоносова. Рішенням Вченої ради цього університету Володимирові Семеновичу Кульчицькому присуджено науковий ступінь кандидата юридичних наук. З 1954 до 1957 рр. його обирали народ-

ним засідателем народного суду 3-ї ділянки колишнього Ленінського району м. Львова. Рішенням Вищої атестаційної комісії В.С. Кульчицькому 4 лютого 1956 р. присвоєно вчене звання доцента кафедри історії та теорії держави і права<sup>2</sup>.

У 1970 р. В.С. Кульчицький захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему: «Політичний апарат колоніального управління Східною Галичиною (друга половина XIX – початок XX ст.)». Захист відбувся в Інституті держави та права Академії наук УРСР. Рішенням Вищої атестаційної комісії від 9 квітня 1971 р. В.С. Кульчицькому присуджено науковий ступінь доктора юридичних наук, а 9 лютого 1973 р. присвоєно вчене звання професора кафедри історії та теорії держави і права.

З проголошенням державної незалежності України почався активний розвиток та діяльність наукової історико-правової школи Львівського університету імені Івана Франка, яку очолив один із найвідоміших та авторитетніших у той час українських вчених-правників у галузі історії держави і права, доктор юридичних наук, професор Володимир Семенович Кульчицький. Школа розвивалася у двох напрямках: один, з історії української державності і права, координував професор В.С. Кульчицький, а другий, з історії державності і права зарубіжних країн, – професор Б.Й. Тищик.

У рамках цієї школи вперше в історії України на юридичному факультеті Львівського університету розпочалося вивчення об'єктивної історії держави і права України від найдавніших часів, а не з 1917 р. як це було прийнято за період існування радянської влади. Професор В.С. Кульчицький разом з колегами розпочав активну роботу щодо дослідження проблем зародження і подальшої еволюції українських державно-правових інститутів, вивчення національної, державно-правової традиції українського народу; виявлення основних причин та наслідків виникнення, розвитку й ліквідації окремих державно-правових систем, аналізу взаємозв'язків державних структур і правових інститутів; поглиблення аналізу актуальних проблем історії українського права, дослідження найвизначніших пам'яток українського права тощо.

Авторитет професора В.С. Кульчицького як основоположника наукової історико-правової школи Львівського університету імені Івана Франка визначався його значними науковими досягненнями. У 1954 р. В.С. Кульчицький успішно захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему: «Галицький сейм у системі колоніального апарату Австро-Угорщини». Науковим керівником під час роботи над кандидатською дисертацією був відомий професор П. Домбковський (помер у 1950 р., до того як дисертація була захищена), який був учнем професора О. Бальцера. У 1970 р. В.С. Кульчицький успішно захистив докторську дисертацію на тему: «Політичний апарат колоніального управління Східною Галичиною (друга половина XIX – початок XX ст.)». Докторська дисертація складалась із двох томів, обсягом біля 400 сторінок кожен. Високий науковий рівень даного дисертаційного дослідження викликає схвалення і серед багатьох сучасних дослідників<sup>3</sup>.

Професор В.С. Кульчицький був також автором значної кількості наукових статей, які є не лише джерелом вивчення історії держави і права, а й також історії української правової думки. Він був одним із перших істориків права, хто ґрунтовно вивчав особливості державного ладу і правового статусу Галичини у складі Австрії та Австро-Угорщини. Значний науковий інтерес викликають також опубліковані вченим навчальні посібники – «Державний лад і право Галичини (в другій половині XIX – початку XX ст.)» (1966 р.), а також виданий в 2002 р. у співавторстві «Апарат управління Галичиною в складі Австро-Угорщини». У своїх працях автор розглядав не лише правові питання, а й соціальні, економічні та політичні проблеми, соціально-правовий статус населення Галицького краю після приєднання його до Австрійської імперії. Саме тому праці професора В.С. Кульчицького є надзвичайно цінним матеріалом, підґрунтям для подальшого поглибленого дослідження австрійських конституцій та особливостей їхнього застосування у Галичині. У більшості радянських та українських підручників з історії держави і права розділи, що стосуються правового статусу Галичини у складі Австрії та Австро-Угорщини, було написано професором В.С. Кульчицьким. Він був автором або співавтором близько 500 наукових і науково-популярних праць, зокрема 20 колективних монографій і 10 вузівських підручників: «Юридична наука і освіта на Україні» (Київ, 1992 р.), «Історія держави і права України» (Львів, 1996 р.); «Правознавство» (Львів, 1994 р.); «З історії української державності» (Львів, 1992 р.); «Державний лад і право в Галичині в другій половині XIX – на початку XX ст.» (Львів, 1966 р.); «Входження Галичини, Північної Буковини та Закарпаття до складу України (1939–1945 рр.)» (Дрогобич, 1995 р.); «Історія держави і права України. Академічний курс у 2-х томах» (Київ, 2000 р.), «Західно-Українська Народна Республіка 1918–1923. Історія» (Івано-Франківськ, 2001 р.); «Довідник з історії України» (Київ, 2001 р.), «Апарат управління Галичиною в складі Австро-Угорщини» (Львів, 2002 р.); монографія «Галицько-Волинська держава (1199–1349 рр.)» (Львів: Біблос, 2006 р.); «Генезис та еволюція української конституції» (Львів, 2006 р.); «Історія держави і права України. Академічний курс», реком. МОН України (Київ, 2008 р.) та ін. Професор В.С. Кульчицький був одним із українських вчених-правників, які друкували свої наукові праці у журналі «Український календар», що видавався у Варшаві етнічними українцями після операції «Вісла».

Найбільшим науковим досягненням професора В.С. Кульчицького було визнання науковою громадськістю здобутків Львівської історико-правової школи, яку він очолював. Саме під його керівництвом історико-правова школа починає свій новий виток – проводяться нові дослідження з історії українського права, яким професор присвятив усе своє життя й понад 60 років праці в Університеті та формується нова наукова школа – школа історії українського права, основоположником якої є професор В.С. Кульчицький.

Адже саме професор В.С. Кульчицький ще у радянський період формував у студентів патріотизм, прищеплював їм любов до рідної мови, до українських традицій, знайомив студентів юридичного факультету з

такими видатними пам'ятками українського права, як «Права, за якими судиться малоросійський народ», «Екстракт малоросійських прав», «Зібрання малоросійських прав», «Суд і розправа в правах малоросійських», формуючи правову свідомість українського юриста Львівського університету. Професор В.С. Кульчицький був одним із небагатьох викладачів на юридичному факультеті Львівського університету, які у часи радянської влади читали лекції і проводили семінарські заняття українською мовою.

Саме професор В.С. Кульчицький після проголошення України незалежною державою став автором перших в Україні підручників з історії держави і права нашої країни, на яких виховувалось не одне покоління сучасних правників і патріотів. Схема й періодизація, методологічні підходи викладання української історії права і держави, закладені Володимиром Семеновичем Кульчицьким, стали основою для викладання навчального курсу «Історії держави і права України» та нею послуговуються в усіх навчальних закладах України і донині.

Під керівництвом професора В.С. Кульчицького було виховано нове покоління українських науковців, дослідників українського права, патріотів нашої Батьківщини. Як науковий керівник або консультант Володимир Семенович безпосередньо сприяв підготовці й захисту докторських дисертацій О.Д. Святоцького, М.М. Кобилецького, І.Й. Бойка, а також кандидатських дисертацій О.І. Мінаєва, Т.В. Фецича, О.Д. Святоцького, М.В. Кравчука, Я.М. Пігача, Л.Т. Присташ, І.С. Лісної, М.М. Кобилецького, І.Й. Бойка, І.М. Паньонка, О.І. Мікули, І.Ю. Настасяк, О.М. Юхимюк, Я.І. Хом'яка, О.О. Сидорчука, О.Я. Паславської, Н.Ю. Панича, В.О. Святоцької. Чимало цих здобувачів під час навчання на юридичному факультеті Львівського університету працювали у студентському науковому гуртку з історії держави та права України, яким упродовж 60 років опікувався В.С. Кульчицький.

У новітній період незалежності України під керівництвом професора В.С. Кульчицького в рамках наукової історико-правової школи Львівського університету імені Івана Франка розроблено концепції етапів розвитку української держави і права, походження української державності та права, проводяться дослідження основних галузей та інститутів українського права в їхньому історичному розвитку, аналізуються причини здійснення і сутність кодифікацій українського права упродовж історичного розвитку.

У 1992 р. Володимира Семеновича Кульчицького обрано членом-кореспондентом Академії правових наук України. Вчений володів, окрім рідної української, польською, німецькою, російською мовами. Плідно займався науковою та навчально-методичною роботою. Професор досліджував здебільшого проблеми державно-правового розвитку західноукраїнських земель у різні періоди їхнього розвитку, зокрема в часи австрійського, польського панування, а також у період становлення української державності. Активно займався проблемами українсько-вірменських політично-правових взаємин, державно-правового розвитку Молдови тощо.

Професор В.С. Кульчицький був членом Наукової ради юридичного журналу «Право України» (м. Київ), членом спеціалізованої вченої ради Д 35.05.03 у Львівському національному університеті імені Івана Франка.

У липні 1999 р. професору Володимирові Семеновичу Кульчицькому за особистий внесок у розвиток дружніх взаємин між народами та зміцнення міжнародного авторитету України присвоєно почесне звання «Народний посол України». У жовтні цього ж року він удостоєний Почесної відзнаки лауреата Всеукраїнського конкурсу на краще професійне звання «Юрист року» з номінації наукового співробітника за підсумками 1999 року.

У грудні 1999 р. Указом Президента України В. С. Кульчицькому присвоєно почесне звання «Заслужений юрист України».

10 жовтня 2001 р. Вчена рада Львівського університету імені Івана Франка присвоїла В.С. Кульчицькому почесне звання Заслужений професор Львівського національного університету імені Івана Франка за особливі заслуги в розвитку науки й освіти, підготовку наукових кадрів вищої кваліфікації, довголітню науково-педагогічну та громадську діяльність в Львівському університеті.

В.С. Кульчицький помер 23 липня 2009 р. і був похований у Львові на Личаківському кладовищі.

Принциповість і порядність, широка ерудованість та відданість науці, сумлінне ставлення до виконання своїх громадських і службових обов'язків, душевна теплота й чуйність здобули Володимирові Семеновичу Кульчицькому високий авторитет і глибоку повагу колег, студентів та керівного складу Львівського національного університету імені Івана Франка, де вчений безперервно працював понад 60 років. Жоден студент, доцент, професор, котрі зверталися до Володимира Семеновича Кульчицького за порадою, не залишалися поза його увагою, завжди отримували належні консультації чи рекомендації.

Володимир Семенович Кульчицький своєю самовідданістю до роботи, чесністю і порядністю надихав колектив. Він і сьогодні залишається прикладом для тих, хто його знав. Професор В.С. Кульчицький залишив значну теоретичну спадщину та плеяду підготовлених учнів – докторів і кандидатів юридичних наук, а також світлу пам'ять про себе.

<sup>1</sup> Бойко І.Й. Життєвий і творчий шлях професора В.С. Кульчицького (1919–2009 рр.) / І.Й. Бойко // Вісник Львів. ун-ту. – 2011. – Вип. 53. – С. 45–49. – (Серія «Юридична»).

<sup>2</sup> Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка (1661–2016): моногр. / за заг. ред. професорів В.М. Бурдіна, В.Т. Нора та І.Й. Бойка. – Львів. Нац. ун-т ім. І. Франка, 2016. – С. 57.

<sup>3</sup> Усенко І.Б. Матеріали захисту докторської дисертації В.С. Кульчицького як джерело з історії української юридичної науки / І.Б. Усенко // Матеріали XXIV Міжнародної історико-правової конференції «Наукова спадщина професора В.С. Куль-

чицького і сучасність» (м. Львів, 28 квітня – 4 травня 2011 р.) / ред. колегія: А.М. Бойко (голова), І.Б. Усенко (заступник голови), М.М. Бедрій, С.В. Ромінський. – Л.: Видавн. Центр ЛНУ імені Івана Франка, 2011. – С. 20–26.

#### Резюме

**Бойко І.Й. Володимир Семенович Кульчицький – видатний український вчений-правознавець в галузі історії держави і права України та основоположник Львівської історико-правової школи.**

Проаналізовано життєвий і творчий шлях В.С. Кульчицького – видатного українського вченого-правознавця в галузі історії держави і права України. Значну увагу зосереджено на діяльності професора В.С. Кульчицького як основоположника Львівської історико-правової школи.

**Ключові слова:** вчений-правознавець, історія держави і права України, Львівська історико-правова школа, юридичний факультет, Львівський університет.

#### Резюме

**Бойко И.И. Владимир Семенович Кульчицкий – выдающийся украинский ученый-правовед в области истории государства и права Украины и основоположник Львовской историко-правовой школы.**

Проанализированы жизненный и творческий путь В.С. Кульчицкого – выдающегося украинского ученого-правоведа в области истории государства и права Украины. Значительное внимание уделяется деятельности профессора В.С. Кульчицкого как основоположника Львовской историко-правовой школы.

**Ключевые слова:** ученый-правовед, история государства и права Украины, Львовская историко-правовая школа, юридический факультет, Львовский университет.

#### Summary

**Boyko I. Volodymyr Semyonovych Kulchytskyi is a prominent Ukrainian scientist in the field of the history of state and law of Ukraine and the founder of the Lviv Historical and Legal School.**

Analyzed the life and career of Kulchitsky V.S., an outstanding Ukrainian scientist-scholar in the field of history of state and law of Ukraine. Considerable attention is focused on activities of Professor Kulchitsky V.S. as the founder of the Lviv historical-legal school.

**Key words:** legal scholar, the history of state and law of Ukraine, Lviv historical school of law, faculty of law, Lviv University.

УДК 340.12; 321.7

**Т.І. БИРКОВИЧ, О.С. КАБАНЕЦЬ**

*Тетяна Іванівна Биркович, доктор з державного управління, професор, завідувач кафедри Інституту журналістики та міжнародних відносин Київського університету культури*

*Олександр Сергійович Кабанець, кандидат юридичних наук, доцент Інституту журналістики та міжнародних відносин Київського університету культури*

## МЕТОДОЛОГІЯ ДОСЛІДЖЕННЯ ДЕМОКРАТІЇ ЯК ЯВИЩА ПРАВОВОЇ ДІЙНОСТІ

Серед багатьох питань, які виникають на шляху вивчення різних проблем держави і права, значне місце посідають питання, пов'язані з визначенням найбільш адекватного й ефективного методу дослідження, а також відповідної методології пізнання держави і права. Як наголошував на початку ХХ ст. Г. Еллінек, будь-яке дослідження основних явищ державного і правового життя для того, щоб стати плідним, має починатися із встановлення методологічних принципів на підставі результатів новітніх пошуків у сфері теорії пізнання і логіки<sup>1</sup>.

Дослідження проблем методології демократії в контексті загальнотеоретичних проблем держави і права неможливе без з'ясування розуміння методу та методології досліджень.

Теорія держави і права як і будь-яка галузь знань має не лише свій предмет, а й свій метод дослідження. Предмет дає відповідь на питання: «що?», «яку сферу суспільно-політичного чи правового життя вивчає ця дисципліна?». Він вказує на те, як, яким способом вона це робить.

Зокрема, М. Марченко наголошує, що жодна наука чи навчальна дисципліна не обмежується застосуванням лише якогось одного, навіть всеохоплюючого метода, яким є діалектичний. У процесі пізнання широко використовуються й інші методи – загальні, приватні, спеціальні тощо. З огляду на це слід говорити не про метод тієї чи іншої науки, а про їх систему – методологію. Методологія держави і права являє собою систему особливих прийомів, принципів та способів вивчення загальних закономірностей виникнення, становлення й розвитку державно-правових явищ<sup>2</sup>.

П. Рабінович під методологією юридичної науки розуміє систему підходів, методів і засобів науково-юридичного дослідження, а також вчення про їх використання у пізнанні право-державних закономірностей. До складу цієї методології вчений відносить: філософсько-світоглядні підходи (наприклад, матеріалістичний чи метафізичний); загальнонаукові методи (наприклад, структурний, функціональний, аналізу й синтезу тощо); групові методи (тобто такі, які використовуються лише у певній групі наук); спеціальні методи (прийнятні лише для дослідження предмета саме юридичної науки); засоби дослідження (тобто способи виявлення, фіксування, збирання інформації про право-державні факти тощо)<sup>3</sup>.

У юридичній науці пропонується розмежовувати поняття методу та методологічного підходу. З огляду на це С. Бобровник констатує, що методологічний підхід – це сукупність знань про процес наукового дослідження, а метод – це тільки сукупність способів і засобів пізнання об'єкта дослідження<sup>4</sup>.

У науковій літературі виокремлюють три основні підходи до формування методологічного інструментарію дослідження. Перший підхід охоплює ідеї, що відображають метод дослідження як взаємопов'язану єдність його теоретико-понятійного апарату. Другий – не лише як взаємопов'язану єдність його теоретико-понятійного апарату, а й як сукупність загальних і спеціальних методів пізнання. Третій – як сукупність загальних, спеціальних та одиничних прийомів і способів, засобів наукового пізнання. При цьому теоретико-понятійний апарат відіграє важливу роль для дослідження, є засадою його методів, але не може бути самостійним методом дослідження. По суті, третій підхід, як заважає С. Бобровник, поєднує перші два і є найбільш ефективним для правильного вирішення наукової проблеми<sup>5</sup>.

Підтверджуючи цю тезу, науковець посилається на В. Сирих, який зазначає, що реалізація пізнавальної функції понять і категорій на всіх стадіях наукового дослідження (опис, пояснення, визначення, прогнозування тощо) здійснюється за допомогою певних методів пізнання<sup>6</sup>.

Дослідження проблем демократії і вироблення відповідних теоретичних понять передбачає використання наукової методології, вибір якої має важливе значення.

Вивчення проблем демократії відбувається в умовах радикальних змін, яких зазнають державно-правові явища як в Україні, так і у світі в цілому. Вказане зумовлює, як влучно наголошує П. Рабінович, необхідність адекватної «реакції» на них з боку вітчизняного праводержавознавства.

Приведення цієї науки у відповідність до соціальних реалій потребує передусім її методологічного «переозброєння». Воно вочевидь стає можливим завдяки звільненню її від колишньої адміністративно-командної заідеологізованості, демонополізації та плюралізації підходів і методів, які нею використовуються. Це – необхідна передумова істинності результатів пізнання право-державних явищ, поступального розвитку юридичної науки, свободи наукової творчості<sup>7</sup>.

П. Рабінович зазначає, що сучасна методологічна ситуація в усьому суспільствознавстві України (та й інших країн колишнього СРСР), яка характеризується переходом від уніфікованої, єдино дозволеної «одержавленої» методології до розмаїття методологічних підходів, поширюється, так чи інакше, і на вітчизняне праводержавознавство. Демонополізація або, так би мовити, «роздержавлення» методології – безперечно плідний процес, який збагачує, демократизує пошуки істини. Нині вже можна констатувати позитивні результати цієї методологічної тенденції, втілення у переосмисленні «класичних» і запровадженні нових понять вітчизняного загальнотеоретичного праводержавознавства, зокрема таких, як «права людини», «права нації», «верховенство права», «правова держава», «соціальна держава», «правозаконність»<sup>8</sup>.

Таким чином, сучасна юридична наука відмовилася від методології догматичної орієнтації. Однак, на думку деяких учених, в основі методології завжди лежить сукупність певних філософських принципів і способів отримання знань. Прогрес юридичної науки передусім визначається її філософським озброєнням. Пізнання державно-правових явищ у межах закономірностей соціального розвитку можливе лише на основі широких філософських узагальнень<sup>9</sup>.

Інші вчені вважають, що співвідношення філософських загальнометодологічних принципів при дослідженні державно-правових явищ – це насамперед проблема філософського підходу до вивчення держави і права<sup>10</sup>.

Неможливо уявити будь-які правові дослідження та теорії, вихідною основою яких не були б певні вчення видатних мислителів минулого.

Отже, описана проблема набуває нового теоретико-методологічного осмислення. У зв'язку з цим слід згадати методологію марксизму, яка за радянських часів була основоположною, однак на сучасному етапі вже не задовольняє юридичну науку. М. Козюбра з цього приводу підкреслює, що «метод діалектичного матеріалізму, який розглядався переважно як основоположний метод, сьогодні з багатьох поглядів не діє, оскільки свого часу він був спрямований на акцентуацію протилежностей у політичному процесі, на вузько-класову орієнтацію правової системи, на відхилення від загальнолюдських конституційних цінностей і здобутків»<sup>11</sup>.

У 30–40-х рр. ХХ ст. марксистсько-ленінська доктрина була визнана на державному рівні єдиною теоретичною основою правової методології, що спричинило ревізію наукових досліджень. М. Оніщук, вивчаючи проблеми референдної демократії, зазначає, що деякі дослідження проблем методології 20-х рр. минулого століття були заборонені, що в подальшому мало негативні наслідки як для радянської юридичної думки, так і для їх авторів. Зокрема, в 40–50 рр. ХХ ст. у радянській конституційній науці остаточно утвердилися державницькі методологічні підходи, а явища конституційного буття почали досліджуватися крізь призму позитивістської юридичної методології та детермінізму. Всі інститути конституційного права ототожнювалися з інститутами держави, зокрема щодо референдної демократії, Конституція СРСР 1936 р. закріплювала референдум СРСР, ототожнюючи його зі «всенародним опитуванням»<sup>12</sup>.

С. Бобровник, розглядаючи спільні засади марксистської та класично-позитивістської концепцій компромісу і конфлікту, наголошує, що у цьому разі перевага надається фактам, а не цінностям, що пов'язане із боротьбою протиріч. У межах марксизму численні правові явища набувають класового характеру. І пояснюється це тим, що класова структура соціуму разом із соціальними цінностями, релігійними догмами, логічними ідеями і соціальними експериментами є відображенням економічного базису суспільства<sup>13</sup>.

У 90-х рр. ХХ ст. відбувається переосмислення окремих методологічних положень марксистсько-ленінської доктрини права, що сприяло активізації філософсько-правових досліджень відповідних проблем. Як наголошує М. Оніщук, за часів «перебудови» радянські вчені так і не змогли подолати пануючі подекуди й до сьогодні позитивістські догми юридичної науки щодо доцільності дослідження тих правових явищ, які отримали своє нормативне закріплення<sup>14</sup>.

З огляду на вказане в юридичній науці відбулася суттєва зміна у підходах до праворозуміння. Право перестало бути інструментом політики і починає розумітися виключно як система нормативно-правових приписів. М. Теплюк справедливо наголошує, що плюралізм праворозуміння призводить до неоднозначного визначення права і закону, виникає проблема визначення критеріїв правового закону. Існують закони, які відповідають правовим критеріям і їх називають «правовими законами». Тут право і закон збігаються. Однак є й такі закони, які не відповідають правовим критеріям, а отже, з правом не збігаються. У цьому відобража-

ються два підходи до розуміння права: один із них визнає творцем права виключно державу, другий – не лише не визнає, а й, навпаки, розглядає державу як інститут, що формує право завдяки законотворчій діяльності<sup>15</sup>.

Таким чином, метод діалектичного матеріалізму заперечував будь-який плюралізм у методології правових досліджень. У сучасній науці визнається першочергова роль філософського рівня методології для обґрунтування актуальних проблем юридичної науки відповідно до сучасного розвитку і цінностей.

Отже, право, як і державі, наголошує Є. Євграфова, об'єктивно притаманна велика історична перспектива, при цьому їх так званий «соціалістичний характер» змушений був поступитися іншим за сутністю праву і державі. Після того, як Україна стала незалежною і суверенною державою, розпочався перехід від періоду «радянського соціалізму» до суспільства з іншим соціально-економічним укладом, політичною системою і суспільними цінностями. У зв'язку з цим потреба в істотному реформуванні економіки, організації державної влади на демократично-правових засадах стала нагальною необхідною. Тому не варто дивуватися, коли зі змінами соціально-правової реальності, зокрема сутності та змісту права, його галузевої системи, ролі в суспільстві, поступово змінювалися не тільки науково-теоретичні, а й світоглядні позиції науковців<sup>16</sup>.

Вказане спонукає до пошуку нових методологічних підходів до вивчення демократії не лише як інституту права чи предмета наукових досліджень, а й як явища правової дійсності. У зв'язку з цим у ракурсі досліджень потрапляють такі питання теоретико-правового спрямування, як передумови та чинники розвитку демократії, ціннісно-правові засади сучасної демократії, проблеми становлення правової держави тощо.

Розуміння дійсності як філософської категорії, що відображає реальне буття предметів і явищ об'єктивного світу<sup>17</sup>, спонукає до розгляду демократії в контексті правової дійсності.

Традиційно в науці «дійсність» трактується як філософська категорія, що включає такі основні аспекти: а) весь об'єктивно існуючий світ у різноманітні своїх проявів, об'єктивну реальність як актуально існуюче буття; б) все, що у своєму розвитку розкривається як необхідність, розумне, закономірне; в) сукупність усіх реалізованих можливостей – конкретний предмет, що існує в певному просторі й часі; г) справжнє буття, на відміну від видимого<sup>18</sup>.

А. Клименко наголошує, що в сучасній філософсько-правовій літературі остаточно ще не сформувалося поняття «правова дійсність суспільства», як і в цілому не створена теорія правової дійсності, хоча сам термін і застосовують деякі дослідники. Необхідність у понятті «правова дійсність» стає все більш очевидною у зв'язку з підвищенням ролі права у функціонуванні й розвитку суспільства, зміцненні громадського та правового порядку<sup>19</sup>.

Юридичному методу притаманний правовий погляд на світ, правове бачення дійсності. Юридичне пізнання дійсності (світ об'єктів) постає як дійсність, тобто як система правових якостей і зв'язків пізнаваної дійсності. З погляду юридичної науки і юридичного методу сутність дійсності – це знайдена істина і виявлена сутність світу юридичного пізнання. Формулою юридичного світу є поняття права. З огляду на це В. Нерсесянц зазначає, що предметом юридичної науки є право як принцип, правило і норма необхідного порядку дійсності<sup>20</sup>.

Отже, методологічний підхід до вивчення вказаних категорій діалектики передбачає не лише наукове пізнання, а й передусім їх філософське осмислення.

А. Клименко, досліджуючи філософсько-культурологічні аспекти правової дійсності, наголошує, що в її основі лежить право, яке розуміється не як позитивне, нерозривно пов'язане з правотворчою та правозастосовною діяльністю держави, а як явище культури<sup>21</sup>.

У науці вказується на особливості наукового пізнання предмета дослідження та його філософського осмислення. Так, С. Максимов зазначає, що відмінність між філософським осмисленням права і його науковим пізнанням полягає у розмежуванні пояснення і розуміння. Наука надає пояснення своєму предмету як об'єкту, що перебуває поза суб'єктом, що пізнає, а також як певному факту, тому, що «є». Вона орієнтується на корисність і практичну застосовуваність у житті, намагається не допускати оціночного ставлення. Філософія, у свою чергу, здійснює осмислення необхідного (цінностей і сенсів), розкриває світ таким, яким він має бути. Такий світ цінностей і сенсів надає імпульс для зміни буття. Філософія не просто намагається отримати знання про певну реальність, а прагне її зрозуміти<sup>22</sup>.

Отже, на підставі певного ідеалу і відбувається оцінка дійсності у праві. Дотримуючись такої позиції, вчений використовує поняття «реальність», надане представниками соціології П. Бергером і Т. Лукманом. Реальність, на їхню думку, це якість, притаманна феноменам, мати буття, незалежне від нашої волі і бажання<sup>23</sup>.

Правова реальність не лише те, що існує в інститутах права чи правовідносинах, а й те очевидне, на що ми маємо зважати. Поняття «правова реальність», як зазначає С. Максимов, є філософським еквівалентом юридичного поняття «правова система». Відмінність полягає у тому, що поняття «правова система» як категорія юридичної науки сформувалася на основі застосування загальнонаукового системно-функціонального підходу до сфери права. Стосовно людини вона є чимось зовнішнім. Натомість правова реальність як категорія філософії права сформувалася на основі методу філософської рефлексії, і людина тут є центральною фігурою, оскільки правова реальність є світ права, в якому вона живе, а буття у праві є одним зі способів її буття<sup>24</sup>.

Стосовно правової дійсності, то це поняття тісно пов'язане з поняттям правової системи, яка є складним сполученням різноманітних структур, елементів, процесів, тенденцій. Правова дійсність охоплює всі без винятку правові явища, не лише позитивні, а й негативні<sup>25</sup>.



М. Матузов зазначає, що правова система відображає ніщо інше, як правову дійсність суспільства, її якість, багатогранність, алгоритм, інтенсивність тощо. Це не однопорядкові і не тотожні поняття. Правова дійсність – це предмет відображення юридичної системи<sup>26</sup>.

Ю. Ветютнев зазначає, що соціальний інститут, який позбавлений ціннісного змісту, не життєздатний, оскільки його функціонування у цьому випадку не підтримуватиметься колективними зусиллями суспільства. Саме ціннісне ставлення суспільства до тих чи інших явищ соціально-правового характеру є запорукою їх збереження і подальшого розвитку. Послаблення соціального інтересу до майбутнього певного інституту є передумовою його кризи. Криза правової системи – це передусім занепад існуючих цінностей, порушення системних зв'язків між ними<sup>27</sup>.

Вказане свідчить про те, що демократія як явище з огляду на її ціннісно-правову спрямованість, на розуміння її як ідеального устрою державного і суспільного життя, що обумовлене правом, є частиною правової дійсності і потребує використання сучасних, оновлених методологічних засобів та принципів її дослідження.

Демократія як явище правової дійсності і як суспільний ідеал відображає такі зрізи правової реальності: структурно-функціональний і нормативно-аксіологічний<sup>28</sup>.

Структурно-функціональний зріз дає можливість розкрити статичну й динаміку розвитку демократії та інших явищ правової дійсності, охарактеризувати їх зміст, показати виникнення, розвиток і взаємодію демократії з іншими соціальними явищами, такими як громадянське суспільство, правова держава, права і свободи людини, принцип верховенства права тощо. Нормативно-аксіологічний зріз розкриває систему цінностей, що створювалися під час розвитку суспільства і накопичення людством у сфері держави і права того, що належить до правового прогресу і що увібрала в себе демократія як суспільний ідеал.

Серед методологічних засобів, що пропонуються, передусім хотілося б звернути увагу на «вертикальний» аналіз, який досліджує демократію ретроспективно у процесі її історичного розвитку; «горизонтальний» аналіз акцентує увагу на загальних і особливих рисах права демократії як державного режиму та явища правової дійсності (так звана догматика юридичної науки). У методологічному знанні особливо важливу роль відіграють принципи дослідницької діяльності, які об'єднують у собі основи теорії та практики.

Принцип об'єктивності – основна методологічна засада, базовий принцип будь-якого наукового дослідження, що передбачає розгляд феномена таким, яким він є, незалежно від умов пізнання і засобів, що використовуються в пізнавальному процесі<sup>29</sup>.

Так, застосування принципу об'єктивності надало змогу виокремити основні етапи розвитку демократії та з'ясувати їх вплив на формування сучасних уявлень про демократію; дослідити демократію як явище правової дійсності, що має суттєвий вплив на усі сфери суспільного і державного життя.

Основне значення принципу всебічності полягає в тому, що державно-правові явища повинні досліджуватись у їхніх взаємозв'язках і взаємодії з іншими суспільними явищами та процесами. Принцип всебічності сприяв дослідженню демократії як багатоаспектної категорії (як явища правової дійсності, як ідеальної моделі суспільного устрою, як державного режиму), з'ясуванню чинників розвитку демократії, вивченню її ціннісно-правових засад, дослідженню правової держави як невід'ємної складової функціонування демократії тощо.

Критичне переосмислення класичного ідеалу науки дає змогу утвердити принцип плюралізму в статусі самодостатньої, фундаментальної настанови некласичної методології, який проявляє свій потенціал у формуванні позитивних альтернатив класичному ідеалу знання<sup>30</sup>.

Використання принципу плюралізму відбувалося, зокрема, в процесі аналізу різноманітних теорій і типів демократії, які наділені значною власною та інструментальною цінністю.

Таким чином, зазначені методи дослідження у поєднанні з принципами об'єктивності, всебічності та плюралізму сприяли створенню об'єктивного і цілісного сприйняття демократії як багатоаспектної категорії. Зважаючи на розуміння такої категорії діалектики, як «правова дійсність», центром якої є право, демократія стає явищем правової дійсності, а усі розглянуті питання виступають проявами демократії і, водночас, складовими правової дійсності.

<sup>1</sup> Еллинек Г. Общее учение о государстве / Г. Еллинек ; пер. с нем.; ред. С. И. Гессен. – 2-е изд. – СПб. : Изд-во «Н. К. Мар- тынов», 1908. – С. 19.

<sup>2</sup> Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права : учеб. / М.Н. Марченко. – М. : Прогресс, 2001. – С. 21–23.

<sup>3</sup> Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. / П.М. Рабінович. – 10-е вид., доп. – Л. : Край, 2008. – С. 213.

<sup>4</sup> Бобровник С.В. Компромiс i конфлікт у праві: антрополого-комунікативний підхід до аналізу: моногр. / С.В. Бобровник. – К. : Вид-во «Юридична думка», 2011. – С. 12–14.

<sup>5</sup> Там само. – С. 10.

<sup>6</sup> Сырых В.М. Теория государства и права : учеб. для вузов / В.М. Сырых. – М. : Юстицинформ, 2007. – С. 663–664.

<sup>7</sup> Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. / П.М. Рабінович. – 10-е вид., доп. – Л. : Край, 2008. – С. 214.

<sup>8</sup> Там само. – С. 214.

<sup>9</sup> Беляев Н.А. О методологии юридической науки / Н.А. Беляев, Д.А. Керимов, А.С. Пашков // Методологические вопросы общих наук. – Л. : Изд-во ЛГУ, 1968. – С. 127.

- <sup>10</sup> Фельдман Д.И. Теоретические проблемы методологии исследования государства и права / Д.И. Фельдман, Г.И. Кудряков, В.В. Лазарев. – Казань : Казан. гос. ун-т, 1975. – С. 10.
- <sup>11</sup> Козюбра М.И. Методология науки конституционного права / М.И. Козюбра // Основы конституционного права Украины. – К. : Юрінком Інтер, 1999. – С. 30–31.
- <sup>12</sup> Оніщук М.В. Референдна демократія: проблеми конституційної теорії та практики : моногр. / М.В. Оніщук. – К. : Вид-во Європейського ун-ту, 2009. – С. 48.
- <sup>13</sup> Бобровник С.В. Вказана праця. – С. 14–15.
- <sup>14</sup> Оніщук М.В. Вказана праця. – С. 50–51.
- <sup>15</sup> Теплюк М.О. Теоретико-правові основи введення закону в дію : моногр. / М.О. Теплюк. – К. : Парламентське вид-во, 2013. – С. 30–31.
- <sup>16</sup> Євграфова Є.П. Об'єктивність права : проблеми теорії і реальність : моногр. / Є.П. Євграфова. – К. : Парламентське вид-во, 2014. – С. 231.
- <sup>17</sup> Українська радянська енциклопедія : у 13 кн. / за ред. О.К. Антонова, Б.М. Бабія та ін. – 2-е вид. – К. : Укр. рад. енцикл., 1977–1984. – Т. 3. – К. : Укр. рад. енцикл., 1979. – С. 384.
- <sup>18</sup> Философский словарь / под ред. М.М. Розенталя и П.Ф. Юдина. – М. : Политиздат, 1963. – С. 115.
- <sup>19</sup> Клименко А.М. Источник права как проявление сущности правовой действительности : философско-культурологический аспект : дисс. ... канд. филос. наук : спец. 09.00.13 / А.М. Клименко. – Ставрополь, 2007. – С. 16.
- <sup>20</sup> Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства: учеб. для юридических вузов и факультетов / В.С. Нерсесянц. – М. : Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М, 1999. – С. 202.
- <sup>21</sup> Клименко А.М. Источник права как проявление сущности правовой действительности : философско-культурологический аспект : дисс. ... канд. филос. наук : спец. 09.00.13 / А.М. Клименко. – Ставрополь, 2007. – С. 35.
- <sup>22</sup> Максимов С.И. Правовая реальность : опыт философского осмысления / С.И. Максимов. – Х. : Право, 2002. – С. 15–16.
- <sup>23</sup> Бергер П. Социальное конструирование реальности / П. Бергер, Т. Лукман. – М. : Медиум, 1995. – С. 9.
- <sup>24</sup> Максимов С.И. Правовая реальность : опыт философского осмысления / С.И. Максимов. – Х. : Право, 2002. – С. 32–33.
- <sup>25</sup> Оніщенко Н.М. Правова дійсність / Н. Оніщенко, А. Малько // Міжнародна поліцейська енциклопедія : у 10 т. / відп. ред. Ю.І. Римаренко, Я.Ю. Кондратьєв, В.Я. Тацій, Ю.С. Шемшученко. – К. : Ін Юре, 2003. – Т. 1: Понятійний апарат. Концептуальні підходи. Теорія і практика. – С. 678.
- <sup>26</sup> Матузов Н.И. Правовая политика современной России: предлагаем проект концепции для обсуждения / Н.И. Матузов, А.В. Малько, К.В. Шундинов // Правовая политика и правовая жизнь. – 2004. – № 1. – С. 22.
- <sup>27</sup> Ветютнев Ю.Ю. Аксиология правовой формы : моногр. / Ю.Ю. Ветютнев. – М. : Юрлитинформ, 2013. – С. 4.
- <sup>28</sup> Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підруч. / О.Ф. Скакун ; пер. з рос. – Х. : Консум, 2006. – С. 470–471.
- <sup>29</sup> Основы религиоведения : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://subject.com.ua/philosophy/religion/3.html>
- <sup>30</sup> Омельчук І.В. Теоретико-методологічний потенціал принципу плюралізму в гуманітарно-науковому дискурсі / І.В. Омельчук // Філософія науки: традиції та інновації. – 2014. – № 2 (10). – С. 99.

#### Резюме

##### **Биркович Т.І., Кабанець О.С. Методологія дослідження демократії як явища правової дійсності.**

Стаття присвячена аналізу проблем демократії, що відбуваються в умовах радикальних змін, яких зазнають державно-правові явища в Україні та в світі. Так, розглянуто питання проблем методології демократії в контексті загальнотеоретичних проблем держави і права, яке неможливе без з'ясування розуміння методу й методології. Також розмежовано поняття методу та методологічного підходу, з виокремленням трьох підходів до формування методологічного інструментарію.

**Ключові слова:** демократія, право, методологія, методи, держава і право, правова дійсність.

#### Резюме

##### **Биркович Т.И., Кабанец А.С. Методология исследования демократии как явления правовой действительности.**

Статья посвящена анализу проблем демократии, происходящих в условиях радикальных изменений, которые испытывают государственно-правовые явления в Украине и в мире. Так, рассмотрение вопросов о проблемах методологии демократии в контексте общетеоретических проблем государства и права невозможно без выяснения понимания метода и методологии. Также разграничены понятия метода и методологического подхода, с выделением трех подходов к формированию методологического инструментария.

**Ключевые слова:** демократия, право, методология, методы, государство и право, правовая действительность.

#### Summary

##### **Byrkovych T., Kabanets O. To particular issues of the study of the evolution of democracy.**

The article is devoted to the analysis of the problems of democracy, which take place in the conditions of radical changes experienced by the state-legal phenomena in Ukraine and in the world. Thus, the issues of the methodology of democracy in the context of the general-theoretical problems of state and law are considered, which is impossible without understanding the understanding of the method and methodology. Also, the concept of method and methodological approach, with the isolation of three approaches to the formation of methodological tools, is delimited.

**Key words:** democracy, law, methodology, methods, state and law, legal validity.

**О.О. БАРАБАШ**

*Ольга Олегівна Барабаш, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету «Львівська політехніка»*

## **СТРУКТУРНА МОДЕЛЬ ЮРИДИЧНО ЗНАЧУЩОЇ ПОВЕДІНКИ: ЗАГАЛЬНО-ТЕОРЕТИЧНИЙ АНАЛІЗ**

Дослідження поведінки людини потребує правильного визначення понятійного апарату з метою уникнення неоднозначності тлумачення та розуміння досліджуваних явищ. Визначити поняття – означає розкрити його зміст, тобто виділити суттєві ознаки<sup>1</sup>.

Перш ніж перейти до розуміння поведінки у юриспруденції, необхідно зрозуміти, що таке поведінка взагалі. Поведінка в найзагальнішому вигляді трактується як система взаємопов'язаних реакцій, здійснюваних живими організмами для пристосування до певного середовища. Вона виступає взаємодією живих істот із навколишнім середовищем, опосередкована їх зовнішньою (руховою) та внутрішньою (психічною) активністю. З цих підстав поведінка людини трактується як діяльність, що має природні передумови, але у своїй основі соціально обумовлена, опосередкована мовою та іншими знаково-змістовними системами у процесі людського спілкування. Своєрідність поведінки індивіда залежить від характеру його взаємовідносин з колективами, членом яких він є, від правил поведінки у цьому колективі, від певних ціннісних орієнтацій<sup>2</sup>.

Багатозначність поняття «поведінка» в суспільних науках значною мірою позначилась на його тлумаченні у юридичних текстах, адже право – один із найважливіших інструментів управління поведінкою особи. Встановлюючи, регулюючи та охороняючи суспільні відносини, воно відіграє активну, творчу роль, сприяючи розв'язанню завдань соціуму.

Правове розуміння поведінки охоплює не будь-яку активність особи, а обмежується трьома критеріями: соціальною значущістю; вираженням зовні, у формі конкретних дій; усвідомленням таких дій. Це поведінка, яка врегульована правом, оцінюється на предмет суспільної корисності, правомірності та здійснюється деліктоздатною особою. Вона складається з окремих поведінкових актів, у яких об'єднуються свідомість і воля людини, проявляється свобода волі при виборі напрямів юридичної активності. Таким чином, правова поведінка – це свідомо вольова, соціально значуща поведінка людини, яка врегульована нормами права, підконтрольна державі та спричинює або здатна спричинити певні юридичні наслідки. Важливо, що природа правової поведінки має соціальне коріння та витікає із суспільного змісту людини.

Узагальнюючи, наведемо такі визначення правової поведінки: а) це різновид соціальної поведінки, яка характеризується соціальною значущістю діяльності суб'єктів права, підпадає під контроль їх свідомості й волі, регулюється й охороняється нормами права і тягне за собою юридичні наслідки<sup>3</sup>; б) це психологічно зумовлена, соціально значуща, юридично регламентована, підконтрольна державі в особі її компетентних органів поведінка, що тягне за собою юридичні наслідки<sup>4</sup>; в) усвідомлена й соціально значуща діяльність суб'єкта права, спрямована на взаємодію із правовим середовищем та здатна породжувати правові наслідки; г) зовнішньо об'єктивований вияв особистісних цінностей людини, які ґрунтуються на домінуючих у суспільстві правових цінностях і нормах та забезпечуються державним примусом<sup>5</sup>.

Сучасні правознавці правову поведінку розуміють як вольову, соціально значущу поведінку суб'єктів права, врегульовану нормами права, що спричиняє юридичні наслідки. Як нам видається, це поняття повністю відповідає сучасному розумінню правової поведінки.

Таким чином, правова поведінка розуміється вченими у вузькому та широкому значенні. Правова поведінка у вузькому розумінні – це дія чи бездіяльність, що проявляється у сукупності вчинків, які мають соціальне значення, регламентуються нормами права і зумовлюють правові наслідки. У широкому трактуванні правова поведінка – це дії людей, які регулюються суспільними і правовими нормами, і за порушення яких настає відповідальність у вигляді певних втрат особистісного чи майнового характеру.

Правова поведінка є соціально значущою, соціально зумовленою, усвідомленою та вольовою. Як наголошує М. Козюбра, поведінка набуває юридичної значущості у тому разі, коли вона може бути оцінена з погляду вимог правових норм<sup>6</sup>. Це поведінка суб'єкта, урегульована нормами права, здатна спричинити як сприятливі, так і несприятливі юридичні наслідки, на забезпечення або припинення різних видів якого спрямована діяльність держави в особі її органів. Таким чином, можна сказати, що правова поведінка – це різновид соціально значущої поведінки, яка підконтрольна свідомості та волі людини, передбачена нормами права й спричинює або здатна спричинити юридичні наслідки позитивного чи негативного характеру. Це визначення безпосередньо показує роль держави в забезпеченні та дотриманні правової поведінки, що є важливим для цього дослідження.

Ключовим у вищенаведених визначеннях є словосполучення «соціально значуща», яке характеризує прийняття та підтримання цієї поведінки суспільством. Крім того, вказівка на досягнення соціально значу-

щої мети, що виражає ставлення суб'єкта права до державно-правових явищ є, безумовно, перевагою цього визначення.

Вчинки людей вплетені в систему суспільних відносин і тому здійснюють на неї певний вплив (позитивний чи негативний). Через свою соціальну значущість кожний вчинок породжує реакцію оточення – схвалення або засудження. У цьому і проявляється соціальна оцінка поведінки, яка може бути або суспільно корисною, або суспільно небезпечною (шкідливою)<sup>7</sup>. Правового значення набуває така поведінка людей, яка здатна істотно вплинути на стан і розвиток економічних, соціальних, політичних, ідеологічних, суспільних відносин, на статус особистості і реалізацію її інтересів.

Правова поведінка особистості чітко регламентована, тобто поведінка поєднує у своїй основі як зовнішні (об'єктивні), так і внутрішні (суб'єктивні) сторони, які відображаються у правових приписах. Така регламентація забезпечує точність і визначеність поведінки в правовій сфері, є захистом від стороннього втручання в дії громадян та інших суб'єктів права. Саме за допомогою правових норм стимулюється, впроваджується в життя суспільно корисна поведінка і витісняється з життя поведінка, небажана для суспільства. На цій підставі власне відбувається охорона та захист прав і свобод людини і громадянина.

На думку Ю.О. Петрончак, юридично значуща поведінка – це форма соціальної взаємодії осіб, колективів та інших соціальних спільнот. Це «клітина» складної системи суспільних відносин, що існують та розвиваються в соціумі<sup>8</sup>.

А.М. Шульга констатує, що «юридично значуща поведінка особистості» – це передбачена нормами (принципами) права дія (бездіяльність), котра має соціальне значення (позитивне, негативне), є проявом певного стану (нормального, проміжного, патологічного) інтелектуальної і емоційно-вольової сфери психічної діяльності людини, може бути предметом правової кваліфікації (юридичної оцінки) для визначення її відповідності або невідповідності вимогам норм (принципів) права, вирішення питання про її правові наслідки<sup>9</sup>.

О.Ф. Скакун виділяє такі ознаки юридично значущої поведінки людини: «соціальне значення», «свідомо-вольовий характер», «властивість спричиняти(зумовлювати) юридичні наслідки», «зовні виражена у дії чи бездіяльності», «регулюється юридичними нормами» («регламентованість правовими нормами»), «підлягає юридичній оцінці (правовій кваліфікації)»<sup>10</sup>. Зазначені ознаки є критерієм відокремлення, відмежування «поведінки у сфері права» (юридично значущої поведінки) від поведінки в інших, урегульованих соціальними нормами сферах (приміром, у сфері дії норм моралі).

Отже, сутність юридично значущої поведінки виражається в її основних ознаках. А саме:

1. Юридично значуща поведінка – це система дій та вчинків, які здійснюються в певний період і реалізують як внутрішні, так і зовнішні сподівання людини, обумовлені різними потребами (біологічними, соціально-психологічними, світоглядними).

2. Юридично значуща поведінка – це типова поведінка, тобто більшість суб'єктів, що знаходяться у сфері відносин, регульованих тією чи іншою правовою нормою, ведуть себе саме так, як вказано у відповідній нормі, вибираючи подібні способи досягнення зіставних між собою правових цілей.

3. Юридично значуща поведінка – це поведінка, яка знаходиться під контролем свідомості та волі людини та піддається внутрішньому і зовнішньому контролю. Ознака соціальної значущості характеризує юридично значущу поведінку, як з позитивного (бажаною, корисною, допустимою), так і з негативного боку (вроджена, суспільно небезпечна).

4. Юридично значуща поведінка – це поведінка, яка отримує державну оцінку та офіційно регулюється правовими нормами, чітко і детально встановлює межі забороненого та дозволеного.

5. Юридично значуща поведінка тягне юридично значущі (позитивні або негативні) наслідки.

Поведінка набуває юридичної значущості у тому разі, коли вона може бути оцінена з погляду вимог правових норм. При цьому норми права можуть впливати тільки на вольові дії особи, які підконтрольні свідомості людини. Якщо особа свідомо не контролює свої дії, припис норми не може бути нею реалізований. Норми права, відповідно, містять формально обов'язкові критерії, на підставі яких можна дати юридичну оцінку відповідності або, навпаки, невідповідності поведінки нормі права. У першому випадку юридична значущість поведінки полягатиме у правомірності такої поведінки, у другому – у протиправності та можливості настання негативних юридичних наслідків. Юридично значущою також може бути така поведінка, яка формально не суперечить, проте і не відповідає нормі права. Така ситуація уможливується під час реалізації правової норми всупереч меті, для якої вона була встановлена, коли припис правової норми свідомо виконується однією особою на шкоду інтересам іншої особи. Така поведінка є, зокрема, наслідком зловживання правом. З огляду на це, варто закріпити за юридично значущою поведінкою ті діяння, які не відповідають усім ознакам правової поведінки, проте породжують певні юридичні наслідки.

Основним елементом юридично значущої поведінки є юридично значущі вчинки. В їх складі виділяється чотири елементи. Перший елемент – об'єкт. Він представлений соціальними та фізичними цінностями, задля яких суб'єкт вступає в суспільні відносини. Другий елемент – суб'єкт. Ним є людина (громадянин), посадова особа або колектив, які можуть здійснювати правомірні дії відповідно до закону та нести юридичну відповідальність за здійснення ними неправомірних дій.

Для юридично значущої поведінки велике значення має вік людини, що відтворює рівень її соціальної адаптації, доступність, професійні якості та інші дані, оскільки це дає змогу точно визначити коло осіб, на яких поширюється дія приписів, заборон чи дозволів.

Обов'язково слід розмежувати суб'єктів юридично значущої поведінки та суб'єктів права. Так, до суб'єктів юридично значущої поведінки можуть належати тільки ті фізичні та юридичні особи, які здатні самостійно здійснювати правомірні чи протиправні дії, породжуючи тим самим відповідні соціальні та юридичні наслідки, і несуть за них передбачену законом відповідальність. Отже, важливою ознакою суб'єкта юридично значущої поведінки є його правосуб'єктність, тобто здатність до здійснення юридично значущих дій, а також відповідальність за їхнє здійснення.

Основними суб'єктами юридично значущої поведінки з урахуванням лише фізичного аспекту є індивіди та соціальні спільноти. Якщо ж враховувати ще й соціальні та юридичні характеристики, то диференціація набуває такого вигляду: а) громадяни; б) трудові колективи; в) громадські організації; г) державні органи; д) держава в цілому. Крім вищевказаних груп до суб'єктів юридично значущої поведінки можуть бути віднесені іноземці, особи без громадянства, особи з подвійним громадянством; іноземні підприємницькі структури; релігійні організації тощо. Крім того, при характеристиці суб'єктів юридично значущої поведінки важливо враховувати, що суб'єктом у даному випадку може бути лише дієздатна особа.

Третій елемент – об'єктивна сторона. Це ті реальні фізичні або вербальні (словесні) дії (бездіяльність), які вживаються суб'єктом для задоволення свого або суспільного інтересу, їхні результати та причинний зв'язок між цими діями (бездіяльністю). Поведінка суб'єкта впливає на навколишнє середовище і може викликати різні юридичні наслідки.

Під час аналізу об'єктивної сторони юридично значущої поведінки актуальним є питання її форми, тобто способу її прояву, зовнішнє вираження в соціально-правовій реальності.

Основними складовими, що характеризують форму юридично значущої поведінки, є: соціальна значущість; свідомість; вираження зовні тим або іншим способом; відповідність або невідповідність праву.

Четвертий елемент – суб'єктивна сторона. Вона виражає психологічне ставлення суб'єкта до певного діяння та його наслідків. Велике значення тут має мотивація вчинку. Як ми вже стверджували, юридично значуща поведінка є поведінкою, яка здійснюється на основі усвідомлено-вольового рішення. Будь-якому усвідомленому вчинку притаманні такі елементи, як-от: визначення цілі, засобів, способів здійснення своїх дій, місця, часу та передбачення можливих подій.

Однак такі види поведінки, як рефлексивна та інстинктивна, не можуть бути опосередковані правом, тому важливо враховувати, що в будь-якій свідомій вольовій поведінці можуть бути елементи поведінки несвідомої. Співвідношення свідомого та несвідомого розрізняється залежно від рівня поведінки. Несвідомий елемент поведінки має юридичну значущість тільки в тих випадках і в тих межах, в яких він піддається можливому контролю з боку усвідомлення та волі особи, тобто може потенційно бути в належний момент усвідомленим. Власне, в цих межах і можлива відповідальність людини за свої дії.

Людська поведінка в цілому є досить складною і багатогранною. Вона може охоплювати різні акти, зокрема, й діяльність наукову, а також свідомі та несвідомі вчинки. Із урахуванням сучасних поглядів на дану проблему поведінка людей може бути юридично значущою або юридично незначущою (індиферентною). Перша має свою структуру і поділяється на правомірну та протиправну. Ці види юридично значущої поведінки є двома протилежними і нерозривно пов'язаними сторонами юридичної дійсності, кожна з яких не існує окремо.

Отже, поведінка людини – це відображення цілеспрямованих активних дій чи бездіяльності соціального суб'єкта, спрямованих на практичну багатоманітність життя людини з метою узгодження суспільних інтересів. Поведінка людини як явище досліджується правом у формі юридично значущої поведінки людини, яку можна визначити як соціально значущу (позитивну чи негативну), свідомо-вольову поведінку людей (окремих індивідів, колективів або груп людей), яка зовні виражена у формі конкретних фізичних дій або бездіяльності, врегульована (передбачена) нормами права, підконтрольна державі та спричиняє юридичні наслідки.

<sup>1</sup> Подорожна Т.С. Законодавчі дефініції: поняття, структура, функції: моногр. / Т.С. Подорожна. – Л.: ПАІС, 2009. – 196 с. – С. 29.

<sup>2</sup> Козенко Ю.О. Правова поведінка особи: аксіологічно-нормативна детермінація: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.12 / Ю.О. Козенко. – Л., 2012. – 193 с. – С. 44.

<sup>3</sup> Популярна юридична енциклопедія / уклад.: Гіжевський В.Г., Головченко В.В., Ковальський В.С. та ін. – К.: Юрінком Інтер, 2002. – 528 с. – С. 341.

<sup>4</sup> Парасюк В.М. Філософія права: словник слідчого / В.М. Парасюк. – Л.: ЛьвДУВС, 2009. – 172 с. – С. 112.

<sup>5</sup> Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір: моногр. / О.М. Омельчук. – Хмельницький: Хмельн. ун-т упр. та права, 2012. – 384 с. – С. 362.

<sup>6</sup> Загальна теорія права: підруч. / за заг. ред. М.І. Козюбри. – К.: Ваїте, 2015. – 392 с. – С. 285.

<sup>7</sup> Максимова І.М. Правосознание как источник правового поведения личности: дисс. ... канд. юрид. наук / И.М. Максимова. – Н. Новгород, 2005. – 181 с. – С. 35–37.

<sup>8</sup> Петрончак Ю.О. Доктринальний аналіз феномену поведінки особи / Ю.О. Петрончак // Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки. – 2015. – № 824. – С. 302–306. – С. 306.

<sup>9</sup> Шульга А.М. Юридично значуща поведінка: «негативна» і «позитивна» відповідальність / А.М. Шульга // Право і Безпека. – 2012. – № 1 (43). – С. 55–58.

<sup>10</sup> Скакун О.Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс): підруч. / О.Ф. Скакун. – 2-ге вид., переробл. і допов. – Х.: Еспада, 2009. – 747 с. – С. 590.

Резюме

**Барабаш О.О. Структурна модель юридично значущої поведінки: загальнотеоретичний аналіз.**

У статті розглянуто структурну модель юридично значущої поведінки та наведено її характеристику з точки зору загальнотеоретичної юриспруденції. Наголошено, що поведінка людини – це відображення цілеспрямованих активних дій чи бездіяльності соціального суб'єкта, спрямованих на практичну багатоманітність життя людини з метою узгодження суспільних інтересів. Зазначено, що поведінка людини як явище досліджується правом у формі юридично значущої поведінки людини, яку можна визначити як соціально значущу (позитивну чи негативну), свідомо-вольову поведінку людей (окремих індивідів, колективів або груп людей), яка зовні виражена у формі конкретних фізичних дій або бездіяльності, врегульована (передбачена) нормами права, підконтрольна державі та спричиняє юридичні наслідки.

**Ключові слова:** людина, суспільство, держава, суспільні інтереси, поведінка, правова поведінка, юридично значуща поведінка, дія, бездіяльність.

Резюме

**Барабаш О.О. Структурная модель юридически значимого поведения: общетеоретический анализ.**

В статье рассмотрена структурная модель юридически значимого поведения и приведена ее характеристика с точки зрения общетеоретической юриспруденции. Отмечено, что поведение человека – это отражение целенаправленных активных действий или бездействия социального субъекта, направленных на практическое многообразие жизни человека с целью согласования общественных интересов. Подчеркивается, что поведение человека, как явление, исследуется правом в форме юридически значимого поведения человека, которое можно определить как социально значимое (положительное или отрицательное), сознательно-волевое поведение людей (отдельных индивидов, коллективов или групп людей), внешне выраженное в форме конкретных физических действий или бездействия, урегулированное (предусмотренное) нормами права, подконтрольное государству, вызывает юридические последствия.

**Ключевые слова:** человек, общество, государство, общественные интересы, поведение, правовое поведение, юридически значимое поведение, действие, бездействие.

Summary

**Barabash O. Structural model of legally significant behavior: general-theoretical analysis.**

The article deals with the structural model of legally meaningful behavior and its characteristic from the point of view of general theoretical jurisprudence. It is stressed that human behavior is a reflection of purposeful active actions or inaction of a social subject aimed at practical diversity of human life in order to reconcile public interests. It is noted that human behavior as a phenomenon is investigated by law in the form of legally meaningful human behavior that can be defined as socially significant (positive or negative), consciously-volitional behavior of people (individual individuals, groups or groups of people), which is outwardly expressed in the form of specific physical actions or inactivity regulated (foreseen) by law, controlled by the state and causing legal consequences.

**Key words:** man, society, state, social interests, behavior, legal behavior, legally significant behavior, action, inaction.

УДК 340.15

**О.Й. ВОВК**

*Олександр Йосипович Вовк, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## **ОРГАНІЗАЦІЯ САМОВРЯДУВАННЯ ЗА МІСЬКОЮ РЕФОРМОЮ 1917 РОКУ В МІСТАХ УКРАЇНИ**

Реформування місцевого самоврядування взагалі та міського зокрема, яке заплановано завершити до 2020 р. включно, одне з найскладніших суспільно-політичних перетворень, що здійснюється в правовій системі сучасної України. По суті відбувається процес відновлення реального народовладдя в муніципальній сфері з використанням позитивного світового досвіду та глибокого дослідження історії розвитку вітчизняної правової традиції на всіх етапах еволюції права в Україні, включаючи період відродження національної державності 1917–1921 років. Особливу увагу відповідно до теми даної роботи представляє собою реформа міського самоврядування проведена протягом 1917 р. в Російській державі, у складі якої на той революційний час перебувала значна частина України під керівництвом Української Центральної Ради.

Новизна теми обґрунтовується тим, що хоча окремі питання, пов'язані з історією міського самоврядування періоду українського національно-державного відродження початку ХХ ст., частково розкривалися у науковій літературі останніх років такими вітчизняними та зарубіжними науковцями, як: П.Д. Біленчук, В.І. Бойко, П.П. Гай-Нижник, В.М. Грицак, О.О. Далина, Н.В. Камінська, М.С. Конох, О.Л. Копиленко, М.Л. Копиленко, В.В. Кравченко, О.О. Мельник, С.І. Мороз, І.О. Педан, М.В. Пітцик, О.А. Пришепа, А.О. Ткачук та інших, однак в історико-правовому аспекті особливості проведення Міської реформи 1917 р. в Україні детально не досліджувалися.

**Мета** наукового дослідження даної статті – охарактеризувати організацію самоврядування за Миською реформою 1917 року в Україні у складі Російської держави з огляду на використання позитивного досвіду для законодавчого удосконалення функціонування сучасних вітчизняних муніципальних органів.

Економічні та соціально-політичні передумови реформи органів міського самоврядування 1917 р. були різнобічні. По-перше, це подальший процес урбанізації міст на початку ХХ ст. у Російській імперії взагалі та особливо в Україні зокрема, що означало підвищення вагомості міст, міської культури й міських правовідносин у розвитку суспільства, яке супроводжувалося розвитком міських поселень, зростанням питомої ваги міського населення та трансляції (поширення) міського способу життя, вищих культурних зразків за межі міст в українських землях. Урбанізація вимагала для розбудови міст залучення широких верст свідомого населення в управління міським господарством та дотримання всебічного порядку.

По-друге, незавершеність реформи міського самоврядування другої половини ХІХ ст. в Російській державі, до складу якої входила більшість українських міст та земель. Якщо Миська реформа і починалась як один із демократичних заходів не тільки у Російській імперії, а й у всьому світі, що підтверджується її юридичним закріпленням у Миському положенні 1870 р., то вже Городове положення 11 червня 1892 р.<sup>1</sup> стало основою для контрреформ у сфері місцевого самоврядування в українських великих та середніх містах Волині, Поділля, Наддніпрянщини, Півдня та Сходу України. Відповідно до вказаного положення вже з 1892 р. було значно зменшено (до восьми разів) число активних виборців, а кількість депутатів (гласних) у міських думах скоротилося у два рази. Миські управи стають більш незалежними від дум, а у міського голови розширюються права в одноособовому вирішенні нагальних господарських питань за рахунок обмеження прав гласних. У невеликих українських містах вводиться так зване «спрощене правління». Миська «контрреформа» 1892 р. обмежила самоврядність міст та змінила пріоритети у діяльності дум. Стало обов'язковим адміністративне затвердження не тільки міського голови й членів управи, а також муніципальних кошторисів, що завдало шкоди самостійній фінансово-економічній діяльності міст та відкривало шлях до корупції. Водночас погіршуються взаємовідносини між державними чиновниками та депутатами й службовцями органів самоврядування, Розширення прав місцевого самоврядування викликало невдоволення урядовців усіх рангів, а їх обмеження породжували всілякі протести від простої публічної критики до терористичних актів навіть проти самого імператора. Незавершеність реформ місцевого самоврядування вбачалась також у відсутності таких органів у волостях й містечках на низовому рівні та у несформованості центральних самоврядних координуючих установ.

По-третє, вимушене свідоме намагання урядових кіл скасувати основні положення контрреформ місцевого самоврядування ще напередодні революційних подій 1905–1906 рр., що підтверджується рядом документів, ухвалених імператорською владою. Це насамперед Маніфест від 26 лютого 1903 р. та Указ від 12 грудня 1904 року. Так, в Іменному найвищому Указі Урядовому Сенату «Про плани до вдосконалення державного порядку» зазначено про бажання надати земським і міським установам можливо широку участь у завідуванні різними сторонами місцевого благоустрою, давши їм для цього необхідну, в законних межах, самостійність, і закликати до діяльності в цих установах, на однорідних підставах, представників усіх частин заінтересованого у місцевих справах населення<sup>2</sup>. Крім того, МВС 7 лютого 1907 р. надав законопроект «Головні підстави перетворення земських і міських громадських установ» (частково затверджений Радою Міністрів у 1907 р.)<sup>3</sup>, в якому передбачалося звзити державно-адміністративний нагляд за міськими самоврядними установами та розширити їх компетенцію. Ці правові акти були серйозним сигналом урядовцям та думським депутатам до початку важливих перетворень у сфері міського самоврядування. По-четверте, невпинна боротьба представників ліберально налаштованих, в тому числі й українських верст міського населення, які вже у роки першої буржуазно-демократичної революції 1905–1907 рр. отримали початкові уроки демократії у боротьбі за удосконалення роботи органів самоврядування. У 1907 р. при Міністерстві внутрішніх справ створюється «Особлива Нарада для перегляду Земських та Городових положень», куди поряд з чиновниками увійшли запрошені виборні представники від земств та міст. До червня 1908 р. Особлива Нарада отримала цілу низку пропозицій стосовно нового проекту Миського положення від багатьох міських дум, у тому числі від Харківської, Полтавської та Кам'янець-Подільської. За ініціативою саме міських дум протягом 1904–1917 рр. реально зменшується виборчий майновий ценз у тих українських містах, які цього добивалися. Особливо багато уваги питанням міського самоврядування у своїй діяльності приділяли депутати Державної Думи, насамперед конституційні демократи та октябристи, що підготували свої законопроекти нового Миського положення<sup>4</sup>, які б мали запровадити демократичні принципи під час місцевих виборів. Крім названих вище існували й інші причини проведення реформи органів міського самоврядування, але ми вважаємо їх другорядними. Основні пункти державного та фракційних законопроектів нового Миського положення були узгоджені вже в середині 1916 р., але їх ухвалення було проблематичним. Реалізація реформ місцевого самоврядування (земської, міської та селищної) потребувала величезних матеріальних витрат, а всі наявні на той час кошти забирала війна. Разом із тим недовіра державної влади до демократичної самоорганізації підданих робила неможливими всі спроби позитивних змін за імперського режиму. Однак суспільно-політичні обставини різко змінюються в лютому-березні 1917 р. з відреченням імператора від влади та утворенням Тимчасового уряду із законодавчими функціями. Члени Тимчасового уряду (кадети, октябристи, соціалісти) чітко розуміли, що залучитися підтримкою широких верст населення можливо через проведення популярних реформ насамперед у сфері місцевого самоврядування, які вони довго виборювали.

Паралельно з підготовкою Тимчасовим урядом нового виборчого закону вже навесні 1917 р. розгорнувся процес демократизації дум без будь-яких розпоряджень з центру. У загальних рисах демократизація зводилась, як правило, до поповнення складу цензових дум представниками громадськості. В окремих випадках склад старих дум повністю змінювався. За даними МВС, з 414 анкетованих міст у 287 цензові думи поповнилися новими гласними, у 122 – їх склад не змінився, а у п'яти – думи розігнали<sup>5</sup>.

Стадіями формування нової організації органів самоврядування в містах 1917 р. потрібно вважати: 1) підготовку нормативно-правового підґрунтя для успішної реалізації реформи міського самоврядування (квітень-червень 1917 р.); 2) здійснення інституційної реорганізації органів міського самоврядування (червень 1917 р.); 3) проведення міських виборів з урахуванням реформованої системи органів місцевого самоврядування в українських містах (липень-вересень 1917 р.).

Нормативно-правові акти, які забезпечили особливості проведення Реформи міського самоврядування 1917 р. в Україні, слід поділити на наступні складові групи: 1) законодавчі акти колишньої Російської імперії; 2) постанови Тимчасового уряду; 3) універсали, декларації, закони, статут Української Центральної Ради та Генерального Секретаріату (Ради Народних Міністрів).

У першу групу входить «Міське положення» від 11 червня 1892 р.<sup>6</sup>, головний законодавчий акт Російської імперії у галузі міського самоврядування, що зберігав чинність на момент проведення реформи в редакції 1915 р. під назвою «Положення про громадське управління міст». У передмові цього законодавчого акта зазначено, що в теперішнє, складене Державною канцелярією, видання 1915 р. «Положень про громадське управління міст», яке замінило видання 1892 р., з Продовженнями до нього, внесені узаконення, оприлюднені по 31 травня 1915 року. Ці видані в порядку ст. 87 «Основних Державних Законів» постанови, зміст яких відображується на викладенні статей означених Положень, в нинішньому виданні не кодифіковані. Замість цього при належних статтях зроблено у зносках вказівки на зазначені, тимчасово їх змінюючи, постанови у Збірнику узаконень і розпоряджень Уряду з посиланнями, в належних випадках, на видані у 1913 р. та доповнений у 1915 р. Збірник зазначених постанов<sup>7</sup>. За своєю структурою Положення про громадське управління міст 1915 р. складалося із семи глав (154 статті) та доповнень: Глава I «Загальні положення»; Глава II «Про склад, коло відомств, межі влади та порядок дій установ міського громадського управління». Ця глава поділялася на три відділення: Від. 1 «Про вибрання міських гласних»; Від. 2 «Про міські Думи»; Від. 3 «Про міські управи та інші виконавчі органи міського громадського управління»; Глава III «Про участь міського громадського управління у видання обов'язкових для міських жителів постанов»; Глава IV «Про порядок заміщення міських громадських посад та умови міської громадської служби»; Глава V «Про збори на користь міських поселень»; Глава VI «Про міські витрати, кошториси та звіти з виконання кошторисів»; Глава VII «Про порядок оскарження розпоряджень міського громадського управління і про відповідальних осіб, що знаходяться на службі в міських поселеннях»; Доповнення до ст. 22 «Правила про спрощене міське громадське управління»; Доповнення до ст. 63 «Правила про віднесення деяких повинностей домовласників на особливі збори з них» на багато інших. Дане Положення про громадське управління міст 1915 р. вважалось чинним в Українській Народній Республіці до кінця 1920 року. До другорядних нормативних актів імперського походження належать: Маніфест 12 грудня 1904 р., який декларує розширення місцевого самоврядування; височайше затверджені положення Комітету міністрів (пізніше – Ради міністрів), що стосується міського самоврядування; укази Урядового Сенату тощо.

До другої групи належать насамперед дві основні постанови Тимчасового уряду у сфері Міської реформи 1917 року. Це постанова «Про виробництво виборів гласних Міських Дум та про дільничних міських управлінь» від 15 квітня 1917 р. (Основна частина та три Додатки). У Додатку I, ст. 2 «Тимчасові правила про виробництво виборів гласних Міських Дум» визначалося, що гласні до міських дум обираються строком до 1 січня 1919 р., а в ст. 3 вказувалося, хто мав право участі у виборах гласних<sup>8</sup>. Додаток II «Тимчасові Правила про дільничні міські управи» затверджував дільничні міські управління (ст. 1)<sup>9</sup>. III Додаток «Розклад числа гласних, які підлягають вибранню у міські думи»<sup>10</sup> складається з таблиці, в якій вказується перелік міст у окремих губерніях Російської держави взагалі та в українських зокрема з точним числом гласних до кожної міської думи. Так, у Волинській губернії було під час проведення виборів навесні 1917 р. було 13 міст з визначеною кількістю гласних: Житомир – 98 гласних, Дубно – 37, Луцьк – 42, Рівно – 47 тощо. Київська губернія – 9 міст: Київ – 120, Бердичів – 89, Умань – 56, Черкаси – 54, Чигирин 29 тощо. Подільська губернія – 18 міст: Кам'янець-Подільський – 62, Вінниця – 59, Жмеринка 38 тощо. Полтавська губернія – 17 міст: Полтава – 68, Кременчук – 101, Лубни – 32 тощо. Чернігівська губернія – 36 міст: Чернігів – 60, Глухів – 34, Воронеж – 22 тощо. Харківська губернія – 17 міст: Харків – 116, Суми – 62, Слов'янськ – 36 тощо. Катеринославська губернія – 10 міст: Катеринослав – 113, Луганськ – 75, Маріуполь – 66 тощо. Херсонська губернія – 20 міст: Херсон – 101, Одеса 120, Тирасполь – 46 тощо. Таврійська губернія – 18 міст: Сімферополь – 78, Мелітополь – 33, Генічеськ 28 тощо<sup>11</sup>. Та інша постанова «Про зміни діючих Положень про громадське управління міст» від 9 червня 1917 р., у вступі якої вказується, що Тимчасовий уряд, визнаючи відповідним надалі до прийняття нового закону про громадське управління міст постановив провести в діючих Положеннях найбільш невідкладні зміни<sup>12</sup>. По-перше, в діючому Міському положенні 1892 р. у виданні 1915 р. під назвою «Положення про громадське управління міст» ряд статей, або окремих пунктів до них відмінити. Наприклад, взагалі скасовувалися ст. ст.: 4, 10, 12–18, 74, 78, 80, 83–88, 92, 119, 121, 141, 143, 145, 146, 149–154 тощо<sup>13</sup>. По-друге, в Міському положенні 1892 р. (редакція 1915 р.) у ряді статей зміст викладався по-іншому. Приміром, змін підлягли ст. ст.: 1, 3, 5, 11, 21, 58, 59, 61, 69–71, 75, 79, 81, 82, 89–91, 95, 99,



101, 102, 193, 108–110, 115 тощо<sup>14</sup>. Можна вважати, що з відміною, зміною та уточненням майже всіх статей, пунктів, приміток та доповнень норми Положення про громадське управління міст зазнали суттєвого упорядкування. Крім вказаних постанов від 15 квітня 1917 р. та від 9 червня 1917 р., які визначали головну суть реформування органів міського самоврядування, Тимчасовий уряд видав ще низку нормативних актів, що стосувалися зміни статусу деяких населених пунктів й кількості гласних у новоутворених міських думах у всій Російській державі взагалі та в українських губерніях зокрема. Так, у постанові «Про перетворення 41-го сільського поселення в міста, із введенням у них Миського положення» від 3 червня 1917 р.<sup>15</sup> у Волинській губернії статус міста отримали Сарни з кількістю 20-ти гласних у міській думі, Крім того, відповідно до даного Положення містами стали у Київській губернії – Біла Церква (89 гласних) та Ірпінь (20 гл.); у Подільській губернії – Тульчин (41 гл.); у Катеринославській губернії – Каменський (55 гл.), Амур-Нижньодніпровськ (50 гл.), Лозова (25 гл.), Синельниково (27 гл.), Яковлевський (32 гл.), Дебальцево (26 гл.), Єнакієво (42 гл.) та Гришино (23 гл.); у Таврійській губернії – Алушта (20 гл.) та Джанкой (24 гл.). В окремій постанові «Про визначення розміру гласних Миської Думи м. Біла Церква Київської губернії» від 13 липня 1917 р.<sup>16</sup> визначалось 56 гласних. Також Тимчасовим урядом було видано значну кількість нормативних актів, які конкретизували фінансову компетенцію міських дум, наприклад Постанова від 17 червня 1917 р. «Про дозвіл м. Євпаторії збирати в 1917 р. сезонний збір»<sup>17</sup>.

Третю групу становили нормативно-правові акти Української Центральної Ради й Генерального Секретаріату (Ради Народних Міністрів), які торкалися органів місцевого самоврядування та були переважно декларативного характеру. До них насамперед потрібно віднести чотири Універсали ЦР. Так, у I та II Універсалах було проголошено, що беручи курс на будівництво нового ладу вільної автономної України, Центральна Рада зберігає попередньо встановлену систему місцевої влади. У тексті III Універсалу Генеральному Секретаріатові приписувалося вжити всіх заходів до закріплення й поширення прав місцевого самоврядування<sup>18</sup>. IV Універсал проголосив, що коли українські вояки повернуться додому, міські думи повинні бути переорганізовані в часі, який буде установлений, щоб і вони мали в них голос<sup>19</sup>. Про чинність постанов Тимчасового уряду в УНР у галузі міського самоврядування свідчить Закон УЦР «Про виключне право Центральної Ради видавати законодавчі акти УНР» від 25 листопада 1917 року<sup>20</sup>. У Законі Центральної Ради «Про адміністративно-територіальний поділ України» від 6 березня 1918 р. Раді Народних Міністрів доручалося вжити у найскоріший час з особливим законопроектом про організацію самоврядування й влади адміністративної й військової, згідно з новим поділом на землі (п. 5)<sup>21</sup>. На жаль, відповідний законопроект так і не було прийнято. У свою чергу, Генеральний Секретаріат неодноразово декларував про підтримку органів самоврядування, наприклад, у Декларації від 12 жовтня 1917 р. зазначалося: «...одним з головніших завдань своїх ставить сприяти розвиткові діяльності місцевих самоуправ та поширенню їх компетенції». І, нарешті, в «Статуті про державний устрій, права та вільності УНР» у ст. 26 проголошувалося: «Всякого роду справи місцеві порядкують виборні рада і управи громад, волостей і земель. Їм належить єдина безпосередня місцева власть. Міністри Української Народної Республіки тільки контролюють і координують їх діяльність (§ 46), безпосередньо і через визначених ними урядовців, не втручаючись справ, тим радам і управам призначених, а всякі спори в сіх справах рішає Суд Української Народної Республіки (§ 59 і 62)»<sup>22</sup>. Проте законотворчий процес Української Центральної Ради був зупинений внаслідок державного перевороту 29 квітня 1918 року. В Українській державі на чолі з Гетьманом П. Скоропадським реформування органів міського самоврядування на основі постанов Тимчасового уряду тимчасово припиняється.

Згідно з новими організаційними змінами до компетенції відомства міського громадського управління почали конкретно належати: складання плану міста з наступними його змінами та будівельний контроль; завідування встановленими на користь міста зборами та повинностями; завідування рухомим та нерухомим майном міста; утримання в належному стані вулиць, площ, мостів, криниць тощо; улаштування та утримання освітлення в місті, водопостачання, каналів, різних способів перевезення тощо; заходи з безпеки проти пожеж, затоплень та інших стихійних лих; заходи проти пияцтва; упорядження та утримання міських навчальних училищ та інших муніципальних учбових закладів; улаштування виставок, пам'ятників, залишків старовини; заходи з охорони народного здоров'я; забезпечення населення продовольством; надання юридичної допомоги населенню; охорона праці; сприяння розвитку міської торгівлі та промисловості тощо; проведення статистичних обслідувань міста; улаштування з'їздів міських діячів; прийняття встановленими законом заходів з охорони особистої та громадської безпеки й правопорядку та завідування міліцією; задоволення потреб військового та цивільного управління<sup>23</sup>. Таким чином, нові повноваження були ширшими, аніж раніше.

Організація міського громадського управління створювалася зі збільшеної за складом міської думи та міської управи, які мали у своїй структурі виконавчі установи. Новизною в структурній перебудові було те, що в містах з населенням не менше 150 тисяч жителів міським думах надавалося право організувати дільничні міські управління на основі тимчасових правил про ці управління. Такі дільничні міські управління були утворені насамперед у Житомирі, Катеринославі, Києві, Полтаві, Одесі, Чернігові, Харкові та в інших промислових містах України. Дільничні міські управління склалися з дільничних дум і дільничних управ. Кількість гласних дільничних дум не могло бути менше 20 і не більше 50 осіб. Дільнична міська дума із свого середовища обирала голову думи на строк своїх повноважень. Дільнична управа складалася з голови та членів, найбільша кількість яких визначалася загальноміською думою. Грошові кошти, необхідні для здійснення завдань, що поклалися на дільничні міські управління, відпускалися їм міськими думами після роз-

гляду і затвердження міського бюджету<sup>24</sup>. За новим положенням право участі в справах міського громадсько-го управління, які раніше належали губернаторам, передавалися губернським комісарам. В українських губерніях Особливі з міських справ присутствія й канцелярії при них ліквідувалися, передаючи справи цих присутствій належним комісарам<sup>25</sup>. Як правило, на посади губернських комісарів за домовленістю з Генеральним Секретаріатом обиралися вихідці з України, наприклад Чернігівським губернським комісаром у серпні-грудні 1917 р. був український політичний діяч, історик Д.І. Дорошенко, який спілкувався з міськими думами Чернігова, Конотопа, Глухова Остра, Стародуба, Козельця, Городні, Коропа тощо.

Проведення виборів гласних (депутатів) до міських органів самоврядування відбувалися згідно з Положенням «Про виробництво виборів гласних Міських Дум та про дільничні міські управління» від 15 квітня 1917 року. У виборах взяли участь російські громадяни обох статей всіх національностей і віросповідань, що досягли до часу складання виборчих списків 20 років, якщо вони в час складання списків проживали у даному місті, або мають у місті домоволодіння, або там служать, або мають інші пов'язані з містом визначені заняття. У виборах не брали участі: представники адміністративної влади та їх заступники і помічники; особи, які знаходилися на службі в міліції (поліції); ченці; особи, визнані в установленому порядку божевільними та глухоніми. Особи, які були на військовій службі, брали участь у виборах на загальних підставах<sup>26</sup>. До засуджених за вироком судів застосовувалися певні виборчі обмеження. Ніхто на виборах не міг мати більше одного голосу. Особи, винні у здійсненні діянь, що мали за мету порушення свободи та правдивості виборів гласних до міських дум, притягувалися до кримінальної відповідальності згідно з чинним законодавством. Скарги на порушення під час виборів подавалися до відповідної інстанції адміністративного суду. На випадок визнання судом неправдивості виборів окремих гласних вони виключалися міською управою із списку гласних та замінювалися наступним за ним кандидатом. Міські вибори за новою демократичною виборчою системою в українських містах (з урахуванням судових розглядів) пройшли в червні-жовтні 1917 року. Введення загального виборчого права на виборах в міські думи, зникнення станових перегородок дало змогу залучати до участі в них широкі маси населення, у результаті чого робота міських дум стала більш гласною<sup>27</sup>. Під час перебудови нові органи громадського управління (міські думи, міські управи та дільничні міські управління) були сформовані вже в 192 містах України.

Потрібно зазначити, що 25 листопада 1917 р. Центральна Рада УНР ухвалює важливий Закон «Про виключне право Центральної Ради видавати законодавчі акти УНР», відповідно до якого: 1) підтверджує чинність розпоряджень російського уряду, які були видані до 27 жовтня 1917 р., якщо вони не змінені або не скасовані УЦР та Генеральним Секретаріатом (у тому числі Положення Тимчасового уряду щодо перебудови діяльності органів міського самоврядування. – *О.В.*); 2) вказує, що всі особи, обрані до органів самоврядування, «зостаються на своїх урядах без особливих прохань чи заяв»<sup>28</sup>.

Підсумовуючи викладене вище, можна дійти висновку, що вітчизняну Міську реформу 1917 р., незважаючи на всі соціально-політичні негаразди та юридично-технічні недоліки, слід вважати однією з найбільш демократичних на той час у світі, яка була забезпечена досконалим законодавством, а організація міського самоврядування мала шанс в перспективі стати справді зразковою та постійно покращуватися. Проте слід зауважити, що дослідження проблем, пов'язаних з еволюцією місцевого (міського, земського, селищного) самоврядування періоду відродження української державності 1917–1921 рр., необхідно активно продовжувати. Особливо нормативно-правові акти, які забезпечували дану міську реформу, адже історичний позитивний досвід в галузі муніципального права корисний для формування сучасної правової системи України взагалі та при удосконаленні муніципального самоврядування зокрема.

<sup>1</sup> Полное собрание законов Российской империи. Собрание 3-е. – Т. XII. – № 8798. – С. 430–456. – С. 430.

<sup>2</sup> Сборникъ законовъ, манифестовъ, указовъ Правительствующему Сенату, рескриптовъ и положеній комитета министров, относящихся к преобразованию государственного строя Россіи, с приложениемъ алфавитного предметного указателя. – Изд. 3-е, пересмотренного и дополненного по 1 сентября 1908 года / под ред. пр.-доц. Н.И. Лазаревского. – СПб.: Юридическій книжный складъ «Право», 1909. – С. 3–6. – С. 4.

<sup>3</sup> Российский Государственный исторический архив. – СПб. – Ф. 565. – Оп. 13. – Д. 1756.

<sup>4</sup> Государственная Дума, стенографические отчеты. – Созыв III. – Сессия 4. – СПб., 1916. – Ч. 2. – 840 с. – С. 811.

<sup>5</sup> *Бойко В.* Реорганізація міських дум в Україні навесні 1917 р. / *В. Бойко* // Український історичний журнал. – 2003. – № 4. – С. 29–38. – С. 32.

<sup>6</sup> Полное собрание законов Российской империи. Собрание 3-е. – Т. XII. – № 8798. – С. 430–456. – С. 430.

<sup>7</sup> Сводъ законовъ Россійской имперіи. Т. II: Положенія объ общественномъ управленіи городовъ. – Петроградъ, Государственная типографія. – 1915. – 754 с.

<sup>8</sup> Сборникъ указовъ и постановленій Временнаго правительства. Выпускъ № 1. – 27 февраля – 5 мая 1917 г. / Составленъ Отделеніемъ Законовъ Государственной Канцеляріи. – Петроградъ, I Государственная типографія. – 1917. – 557 с. – С. 164.

<sup>9</sup> Там само. – С. 170.

<sup>10</sup> Там само. – С. 172.

<sup>11</sup> Там само. – С. 172–184.

<sup>12</sup> Сборникъ указовъ и постановленій Временнаго правительства. Выпускъ № 2. – 5 мая – 2 июля 1917 г. Часть первая. Отделы I–VIII / Составленъ Отделеніемъ Законовъ Государственной Канцеляріи. – Петроградъ, I Государственная типографія. – 1917. – 698 с. – С. 444.

<sup>13</sup> Полное собрание законов Российской империи. Собрание 3-е. – Т. XII. – № 8798. – С. 430–456. – С. 430. – С. 444.

<sup>14</sup> Там само. – С. 445.

<sup>15</sup> Сборникъ указовъ и постановленій Временнаго правительства. Выпускъ № 2. – 5 мая – 2 июля 1917 г. Часть первая. Отделы I–VIII / Составляе Отделеніемъ Законовъ Государственной Канцеляріи. – Петроградъ, I Государственная типографія. – 1917. – 698 с. – С. 485.

<sup>16</sup> Там само. – С. 490.

<sup>17</sup> Там само. – С. 491.

<sup>18</sup> Українська Центральна Рада. Документи і матеріали: У 2 т. – К.: Наукова думка 1996. – Т. 1: 4 березня – 9 грудня 1917 р. – 589 с. – С. 401.

<sup>19</sup> Українська Центральна Рада. Документи і матеріали у двох томах. – К.: Наукова думка, 1997. – Т. 2: 10 грудня 1917 р. – 29 квітня 1918 р. – 422 с. – С. 103.

<sup>20</sup> Українська Центральна Рада. Документи і матеріали: У 2 т. – К.: Наукова думка 1996. – Т. 1: 4 березня – 9 грудня 1917 р. – 589 с. – С. 474.

<sup>21</sup> Українська Центральна Рада. Документи і матеріали у двох томах. – К.: Наукова думка, 1997. – Т. 2: 10 грудня 1917 р. – 29 квітня 1918 р. – 422 с. – С. 182.

<sup>22</sup> Там само. – С. 332.

<sup>23</sup> Сборникъ указовъ и постановленій Временнаго правительства. Выпускъ № 2. – 5 мая – 2 июля 1917 г. Часть первая. Отделы I–VIII / Составляе Отделеніемъ Законовъ Государственной Канцеляріи. – Петроградъ, I Государственная типографія. – 1917. – 698 с. – С. 444–447.

<sup>24</sup> Сборникъ указовъ и постановленій Временнаго правительства. Выпускъ № 1. – 27 февраля – 5 мая 1917 г. / Составленъ Отделеніемъ Законовъ Государственной Канцеляріи. – Петроградъ, I Государственная типографія. – 1917. – 557 с. – С. 171.

<sup>25</sup> Сборникъ указовъ и постановленій Временнаго правительства. Выпускъ № 2. – 5 мая – 2 июля 1917 г. Часть первая. Отделы I–VIII / Составляе Отделеніемъ Законовъ Государственной Канцеляріи. – Петроградъ, I Государственная типографія. – 1917. – 698 с. – С. 479.

<sup>26</sup> Сборникъ указовъ и постановленій Временнаго правительства. Выпускъ № 1. – 27 февраля – 5 мая 1917 г. / Составленъ Отделеніемъ Законовъ Государственной Канцеляріи. – Петроградъ, I Государственная типографія. – 1917. – 557 с. – С. 164.

<sup>27</sup> Далина О.А. Реформа временного правительства в области городского самоуправления. / О.А. Далина // Вестник Вятского государственного гуманитарного университета. – 2007. – № 3. – С. 56–63. – С. 62.

<sup>28</sup> Українська Центральна Рада. Документи і матеріали: У 2 т. – К.: Наукова думка 1996. – Т. 1: 4 березня – 9 грудня 1917 р. – 589 с. – С. 401. – С. 477.

#### Резюме

##### **Вовк О.Й. Організація самоврядування за Миською реформою 1917 року в містах України.**

У статті зроблено історико-правовий аналіз передумов Миської реформи 1917 р., висвітлено особливості організації виборів до органів самоврядування в українських містах та змін в структурі й компетенції нових миських дум.

**Ключові слова:** миська реформа, органи самоврядування, українські міста, передумови, вибори, миські думи.

#### Резюме

##### **Вовк А.И. Организация самоуправления по Городской реформе 1917 года в городах Украины.**

В статье сделан историко-правовой анализ предпосылок Городской реформы 1917 г., освещены особенности организации выборов в органы самоуправления в украинских городах и изменений в структуре и компетенции новых городских дум.

**Ключевые слова:** городская реформа, органы самоуправления, украинские города, предпосылки, выборы, городские думы.

#### Summary

##### **Vovk O. Organization of self-government under the Urban Reform of 1917 in the cities of Ukraine.**

The article deals with the historical and legal analysis of the preconditions of the Urban reform of 1917, the peculiarities of organizing elections to self-government bodies in the Ukrainian cities and changes in the structure and competence of new city dumas.

**Key words:** city reform, self-government bodies, Ukrainian cities, preconditions, elections, city dumas.

О.Ю. ІВАНОВ

*Олександр Юрійович Іванов, кандидат юридичних наук, викладач Національної академії Служби безпеки України*

## ІСТОРИКО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА СТАТУСУ КРИМУ ЗА ДОБИ УКРАЇНСЬКОЇ ЦЕНТРАЛЬНОЇ РАДИ (БЕРЕЗЕНЬ 1917 Р. – КВІТЕНЬ 1918 Р.)

Лютнева революція 1917 р., яка призвела до фактичного припинення існування Російської імперії, активувала політичну боротьбу як у центрі держави, так і в окремих регіонах. Зокрема, у цих непростих умовах в Україні у березні 1917 р. прийшла до влади Українська Центральна Рада (далі – УЦР) на чолі з М. Грушевським. Вона позиціонувала себе як загальнонаціональний представницький орган влади, а вже 9 травня 1917 р. на своєму засіданні проголосила себе вищим органом крайової влади у межах дев'яти українських губерній, які входили до складу Російської імперії (Волинська, Київська, Подільська, Полтавська, Чернігівська, Харківська, Херсонська, Катеринославська, Таврійська). Втім, дослідники сходяться на думці про те, що УЦР зосереджувала основну увагу на формуванні вищих органів державної влади, не створюючи злагодженої системи місцевого управління.

Разом із тим позиціонування УЦР як єдиної легітимної влади на території України зумовлює необхідність дослідження її правових зв'язків із Кримом. Як правило, у вітчизняній історіографії висвітлюються переважно лише особливості різноманітних режимів місцевої самопроголошеної влади у Криму (як традиційної мусульманської, так і окупаційної більшовицької). Однак, попри сумнівний характер їх легітимності, вони здебільшого розглядаються як повноправні сторони у переговорах з УЦР та Тимчасовим урядом. Незважаючи на те, що становлення політико-правового статусу Криму за доби УЦР заклало основу для динаміки його змін за доби Української Держави (Гетьманату П. Скоропадського) та Директорії УНР, це питання залишається дослідженим фрагментарно й недостатньо.

Загалом проблематиці політико-правового статусу Криму в період березня 1917 р. – квітня 1918 р. присвячені праці таких дослідників, як Т. Бикова, Д. Велігодський, В. Сергійчук та ін. Втім, у цих дослідженнях розкрито переважно лише особливості діяльності місцевих крайових урядів у Криму, однак у більшості випадків поза увагою дослідників залишаються особливості визначення статусу цієї території в парадигмі правового поля, окресленого законодавством УЦР.

Виходячи із вищезазначеного, **метою статті** є висвітлення особливостей політико-правового статусу Криму за доби УЦР (березень 1917 р. – квітень 1918 р.), на основі чого – вироблення історико-правових аргументів для обґрунтування законного правового статусу Криму в межах українських державних утворень після припинення існування Російської імперії.

Особливості політичного курсу УЦР зумовлювали, серед іншого, фактичну відсутність єдиної політичної влади у зазначений період у Криму. Спірним видається також питання щодо його юридичного зв'язку з УЦР. Так, згідно з III Універсалом УЦР від 7 листопада 1917 р., де було визначено територіальні межі новостворюваної Української Народної Республіки, Крим не було включено до її складу. Однак зовсім невизначеним залишається правовий статус Криму у період березня – листопада 1917 р., а особливо у березні – червні 1917 р. – до проголошення I Універсалу УЦР. На цей час не існувало нормативно-правових актів, які б визначали межі юрисдикції УЦР. За таких умов у Криму, як і в інших регіонах колишньої Російської імперії, влада опинялася в руках місцевих політичних еліт. Причому складалася ситуація, за якої декілька політичних режимів одночасно позиціонували себе як легітимна місцева влада.

Після припинення існування Російської імперії у 1917 р. на території Криму розпочалася запекла боротьба за владу різних політичних сил, що спричиняло ситуацію багатовладдя або і безвладдя на півострові. Важливу роль у цій боротьбі відігравав кримськотатарський фактор. Так, активну діяльність проводила національна політична організація кримських татар «Мілли Фірка», яка активно протидіяла спробам спочатку німецьких, а потім і більшовицьких сил знищити ознаки національної ідентичності спільноти. Форми консолідації кримських татар стали більш досконаліми, ніж за часів Російської імперії. Стали з'являтися також і друковані видання кримськотатарського національного руху (зокрема, газета «Терджиман», яка регулярно видавалась у м. Сімферополь за доби уряду С. Сулькевича навесні – влітку 1918 р.)<sup>1</sup>. Незважаючи на масовий «червоний терор» упродовж 1919–1920 рр., набирав обертів розвиток національної кримськотатарської культури, формуючи передумови до майбутнього визнання більшовиками необхідності створення кримськотатарської національної автономії.

Позаяк УЦР виступала загальнонаціональним представницьким органом, незважаючи на низький рівень авторитету у суспільстві, то правовий статус Криму у досліджуваній період слід розглядати саме у контексті зв'язків із нею. Загалом слід зазначити, що за доби УЦР не було вироблено власної системи місце-

вого самоврядування та відповідного законодавства. До ухвалення I Універсалу УЦР 10 червня 1917 р., яким проголошувалась рецепція адміністративно-територіального устрою Російської імперії, питання місцевого самоврядування не діставали правової регламентації взагалі. Проголошення УЦР вищим органом крайової влади на території дев'яти колишніх українських губерній Російської імперії 9 травня 1917 р. дістало документальне закріплення лише у протоколі відповідного засідання УЦР, однак не було оформленим нормативно. Втім, враховуючи специфіку постреволюційного періоду, коли політична доцільність домінувала над законністю, характер правового зв'язку між Кримом та УЦР у березні – червні 1917 р. можна реконструювати на підставі аналізу першоджерел.

Наразі архівні джерела, які б свідчили про наявність чи відсутність правовідносин між Кримом та УЦР у вказаний період, доволі обмежені або взагалі відсутні. Так, зокрема, аналіз змісту протоколу засідання УЦР від 23 квітня 1917 р. дає змогу встановити, що на ньому був присутній інженер М. Неклієвич, який представляв громаду міста Сімферополя зокрема і Таврійську губернію загалом. На вказаному засіданні УЦР обговорювались питання українізації, а також формування територіальних військових підрозділів<sup>2</sup>. На відміну від поширеної в історіографії думки, обговорювана на цьому засіданні УЦР політика українізації стосувалась не лише армії, а й усіх сфер суспільства загалом, і була схожою до радянської політики коренізації.

Зі змісту протоколу не вдається встановити, якою саме була роль громадянина М. Неклієвича у роботі зазначеного засідання УЦР. Однак можна припустити, що оскільки він не був представником військової сфери, то його участь у засіданні УЦР була пов'язана з реалізацією у Криму політики українізації у широкому сенсі. Відтак, якщо УЦР поширювала на територію Криму загальнодержавну політику, то ця територія повинна була би знаходитись у прямому адміністративному підпорядкуванні УЦР. Іншим варіантом трактування вказаного документа може бути самостійна ініціативна участь М. Неклієвича у засіданні УЦР з метою порушення питання про встановлення правових зв'язків між Кримом та УЦР. Однак в обох випадках можна стверджувати про наявність відносин влади – підпорядкування між ними.

Разом із тим існують відомості про спроби Тимчасового уряду як революційного органу влади у Петербурзі заручитися політичною підтримкою у Криму. Так, 28 травня 1917 р. було прийнято рішення про створення Центрального виконавчого комітету як вищого виконавчого та розпорядчого органу фронтового і обласного з'їзду солдатських, матроських, робітничих та селянських депутатів Румунського фронту, Чорноморського флоту та Одеського округу (охоплював Херсонську, Таврійську, Бессарабську, Подільську та Волинську губернії)<sup>3</sup>. Цей орган повинен був підпорядковуватися постановам Тимчасового уряду та створювати єдину систему із Всеросійською радою робітничих, селянських та солдатських депутатів. Однак сумнівною видається легітимність такого органу влади, оскільки, як було зазначено вище, УЦР уже на цей час проголосила себе вищим крайовим органом влади в українських губерніях. Також виходячи з аналізу вказаного вище протоколу засідання УЦР від 23 квітня 1917 р., можна стверджувати про фактичну легітимізацію збереження та діяла за Городовим положенням 1870 року. Офіційне закріплення така система дістала у I Універсалі УЦР від 10 червня 1917 р., а до цього спеціального правового регулювання із вказаного питання не здійснювалось. Однак аналіз першоджерел свідчить, що УЦР визнавала чинність законодавства колишньої Російської імперії, яке стосувалось адміністративно-територіального устрою та місцевого самоврядування.

Відтак, з ухваленням I Універсалу УЦР відбулося фактично законодавче закріплення поширення юрисдикції УЦР на територію Криму. Поряд зі збереженням старих імперських органів місцевого самоврядування за доби УЦР було запроваджено посади головних окружних та крайових комісарів. Нормативного акта, який би затверджував систему цих органів та встановлював єдині засади їх правового статусу, не існувало. Однак, серед іншого, було створено посаду Головного Окружного Комісара Херсонщини, Таврії і Катеринославщини, юрисдикція якого поширювалась і на територію Криму. Виходячи з аналізу документів, цю посаду було запроваджено не раніше дати ухвалення I Універсалу УЦР. До компетенції Комісара входило вирішення переважно адміністративно-господарських питань через підтримання зв'язків із відповідними посадовцями центральних органів влади (генеральних секретарств, а згодом міністерств)<sup>4</sup>.

Про перебування Криму в адміністративному підпорядкуванні УЦР у період до проголошення УНР за III Універсалом 7 листопада 1917 р. свідчить також і діяльність УЦР із підготовки до проведення виборів до Установчих Зборів. Так, зокрема, 31 червня 1917 р. на засіданні Комісії з виборів в армії та на флоті при Особливій нараді для підготовки проекту Положення про вибори до Установчих Зборів було заслухано доповідь О. Грузенберга та М. Добраницького з проблематики утворення виборчих комісій. Серед іншого, у доповіді згадано про формування виборчих комісій Чорноморського флоту<sup>5</sup>. Оскільки виборчі комісії можуть створюватися лише на територіях, які перебувають в адміністративному підпорядкуванні конкретного державно-владного режиму, то із зазначеного випливає, що територія Криму перебувала у прямому адміністративному підпорядкуванні щодо УЦР.

Окрім згаданих вище крайових та окружних комісарів, УЦР було запроваджено також і ради селянських депутатів на рівні губерній. Їх діяльність так само не регламентувалась єдиним уніфікованим правовим актом. Ці ради могли утворювати власні виконавчі органи – комітети. Не став винятком щодо запровадження цих органів влади і Крим. Так, у документальних першоджерелах міститься згадка про діяльність Виконавчого комітету Таврійської губернської ради селянських депутатів. Зокрема, у протоколі його засідання від 8 вересня 1917 р. № 43 йдеться про прийняття рішення щодо направлення уповноважених представників Пенькова та Заїки до м. Севастополя для з'ясування стану підготовки міської влади до проведення

виборів до Установчих Зборів<sup>6</sup>. Маємо всі підстави стверджувати, що органи влади Таврійської губернії становили єдину адміністративну систему з вищими органами влади УЦР. Відтак, можна вважати, що оскільки їх діяльність поширювалася на територію Криму, то на територію останнього розповсюджувалась юрисдикція УЦР.

2 листопада 1917 р. на тлі подій, пов'язаних із поваленням російського самодержавства, Радою Народних Комісарів у Петрограді було ухвалено Декларацію прав народів Росії. Цей документ був спрямований на визначення правового статусу національних меншин Російської імперії після припинення її існування. У Декларації було закріплено такі принципи: рівність і суверенність народів Росії; право народів Росії на вільне самовизначення, аж до відокремлення і створення самостійної держави; скасування всіх національних і національно-релігійних привілеїв та обмежень; вільний розвиток національних меншин та етнічних (в оригіналі – «етнографічних») груп, які населяють територію Росії<sup>7</sup>. Однак процес реалізації цих принципів видався доволі проблематичним. Так, зокрема, не закріплювалося вичерпного переліку національностей, які мали право на здійснення національно-державного самовизначення. Разом із тим не було розроблено механізму реалізації цього права, що часто спричиняло ситуацію безвладдя або й багатовладдя в окремих регіонах.

На основі цієї Декларації 7 листопада 1917 р. УЦР було видано III Універсал, у якому проголошувалось про утворення Української Народної Республіки з автономним статусом у складі Росії. Окреслюючи територіальні межі УНР, автори Універсалу вказали, зокрема, що до її складу входить Таврійська губернія, але без Криму. З його тексту складно встановити мотиви такого рішення. Втім, у проекті Конституції УНР від 10 грудня 1917 р. містилося таке схоже положення: «Територія Української Республіки обіймає такі землі з переважно Українською людністю, які приналежали до Російської Держави: губернії Київську, Подільську, Волинську, Холмську, Чернігівську, Полтавську, Харківську, Катеринославську, Херсонську і Таврійську, за виключенням частей неукраїнських (як Крим) і з прилученням сусідніх територій українських»<sup>8</sup>.

Як бачимо, формування територіальних меж УНР здійснювалося за національним принципом. Так, до їх складу мали бути включені території з переважним числом етнічних українців серед населення. Здебільшого дослідники пояснюють це тим, що політичне керівництво УЦР прагнуло довести перед Тимчасовим урядом право українців на національно-територіальну автономію у складі Росії. Для цього необхідно було окреслити межі етнічної української території. Тому приймалося рішення про залишення «спірних» територій поза кордонами УНР. Їх нібито планувалося включити до складу УНР згодом, коли на них буде сформована українська більшість, яка висловить відповідну політичну волю<sup>9</sup>. На нашу думку, не слід відкидати також і положень згаданої вище Декларації прав народів Росії, відповідно до яких право вільного самовизначення могло здійснюватися лише групами, сформованими за етнічною ознакою. Позаяк у Криму українці не були переважною етнічною групою на той час, то надання йому автономії у світлі положень Декларації виглядало би сумнівним.

У той же час окремі факти свідчать про збереження політичного контролю УЦР над Кримом навіть після ухвалення III Універсалу. Так, не припиняючи підготовки до проведення Установчих Зборів, представники відповідного підрозділу при Генеральному Секретаріаті УНР 8 листопада 1917 р. надіслали до м. Сімферополя урядову телеграму такого змісту: «Негайно сповістіть, чи встигнете провести вибори 12–14 [листопада 1917 р.]. Генсеквибори»<sup>10</sup>. Також згідно із Законом УЦР від 17 грудня 1917 р. «Про заведення апеляційних судів» визначалося позбавлення Сімферопольського окружного суду повноважень щодо апеляційного розгляду справ. Однак про його ліквідацію не йшлося<sup>11</sup>. А у згаданому вище проекті Конституції УНР у ст. 65 було зазначено про право окремих націй (у тому числі і татарської) на національно-персональну автономію у складі УНР за умови збору та подання до Генерального Суду не менше 10 тисяч підписів на підтримку відповідного письмового клопотання.

Про наміри політичного керівництва Криму залишатись під юрисдикцією УЦР свідчать, зокрема, такі факти. Серед архівних матеріалів нами віднайдено лист «Виборчого бюро Генерального Секретаріату УЦР до Київської окружної по виборам у Установчі Збори Комісії», зареєстрований 4 жовтня 1917 року. У ньому зазначалося, зокрема, таке (авторську стилістику та орфографію збережено): «Телеграма одержана 03.10.1917 р. від губернського комісара Біянки м. Сімферополя з проханням надіслати йому 300 примірників «Положення о виборах в Установчі збори» на українській мові». Із зазначеного можна зробити висновок, що у Криму існувала значна частина населення з проукраїнськими поглядами. Причому це стосувалось як пересічних громадян, так і політичної еліти. Відтак, можна стверджувати, що представники Криму намагалися зміцнити свої правові зв'язки з УЦР та висловлювали наміри залишатись у межах її юрисдикції, визнаючи дію українського законодавства на своїй території. Це положення свідчить також і про значну чисельність української громади у Криму. За різними даними, частка кримських татар та українців серед населення півострова у досліджуваній період становила приблизно по 20–25 %. В. Сергійчук, зокрема, вважає однаково важливим розвиток їх національних рухів. Причому він вказує на тісну співпрацю між ними та наявність спільних цілей щодо політичної взаємодії з УЦР. У багатьох випадках органи самоорганізації як української, так і кримськотатарської громади Криму виступали рівноправними сторонами у переговорах з УЦР із найважливіших політичних питань. Вони діяли нарівні з органами місцевого самоврядування, що залишалися ще з імперських часів.

Ці та окремі інші факти можуть свідчити про те, що, по-перше, окреслення кордону УНР у III Універсалі УЦР було суто декларативним. По-друге, цьому могла сприяти також і нечіткість положень Декларації

прав народів Росії. По-третє, політичне керівництво Криму (Меджліс, Курултай, інші національні об'єднання, які претендували на роль офіційного уряду) не бажало втрачати політичного покровительства УНР у боротьбі проти більшовицького наступу. По-четверте, відсутність будь-якої іншої легітимної влади на півострові відкривала для уряду М. Грушевського можливість зі збереження своєї політичної влади на цій території. По-п'яте, можна зробити припущення про особливий характер правового зв'язку УНР із тими територіями, від яких вона наразі відмовлялась, але мала намір у подальшому їх включити до свого складу, не бажаючи розриву політичних та економічних зв'язків із ними.

Визначаючи правовий статус Криму після проголошення III Універсалу УЦР 7 листопада 1917 р., варто виходити з такого. Під поняттям «універсал» у цьому контексті слід розуміти політико-правовий документ програмного характеру, проголошений в умовах суспільно-політичної нестабільності. Відтак, спірним видається його ідентифікація в якості нормативно-правового акта конституційного характеру. За визначенням В. Винниченка, в універсалах відображалася морально-правова влада УЦР. Він також стверджує, що слово «універсал» спеціально було дібрано членами УЦР для іменування своїх велінь, оскільки воно походило з козацько-гетьманської доби і суттєво підвищувало авторитет влади серед народу. Практика державотворення досліджуваного періоду свідчить, що положення універсалів УЦР підлягали подальшій деталізації у законодавстві. Тому, на нашу думку, висновки більшості дослідників про неукраїнський статус Криму після проголошення III Універсалу можна піддати сумніву. На підтвердження цієї думки слід вказати також і на той факт, що відповідно до архівних документів система органів місцевого самоврядування у Криму продовжувала залишатись незмінною щонайменше до березня 1918 року. Можна стверджувати лише про часткову втрату чи послаблення політичного контролю УЦР над Кримом внаслідок подій, пов'язаних із укладенням Брест-Литовського мирного договору у лютому 1918 р. та розгортанням більшовицької агресії.

Слід зазначити, що незадовго після підписання Брест-Литовського мирного договору була укладена широкомасштабна господарсько-політична угода між УНР та Османською імперією. У ній, серед іншого, договірні сторони зобов'язувались поважати наявні кордони одна одної та не посягати на їх цілісність. Відтак, якщо брати за основу позицію щодо декларативного характеру положень III Універсалу УЦР, то по суті можна стверджувати про міжнародне визнання факту територіальної приналежності Криму до УНР. Від часу припинення існування Російської імперії територіальні межі українських губерній змін не зазнавали. У квітні 1918 р. Головний Окружний Комісар Херсонщини, Таврії і Катеринославщини у листі до Народного міністерства харчової промисловості УНР писав: «...Зараз поки Таврія і Катеринославщина не в наших руках і зносин з ними немає...»<sup>12</sup>. У цих словах йшлося про окупацію зазначених територій німецькими військами на порушення вимог Брест-Литовського миру. Однак жодним чином не ставилася під сумнів юридична приналежність Криму до УНР. Про це, зокрема, свідчать численні бухгалтерські документи щодо постачання продовольства на територію півострова. Відтак, влада УНР чітко характеризувала дійсний стан цих територій як такий, що не відповідав чинним на той час міжнародного права та українського законодавства. Це випливає із вказівки на тимчасову втрату політико-правових зв'язків із ними.

Окрема увага за доби УЦР приділялася правовому статусу Чорноморського флоту. Загалом процес українізації флоту був цілком закономірним на уламках колишньої Російської імперії, і розпочався він у квітні 1917 р. з утворення Ради української чорноморської громади у Севастополі як першого органу громадського контролю за діяльністю Чорноморського флоту в умовах слабкої ще на той час центральної виконавчої влади. На центральному ж рівні управління флотом уперше було нормативно закріплене з утворенням 22 грудня 1917 р. Секретаріату морських справ. У подальшому після підписання Брест-Литовського договору 13 березня 1918 р. було прийнято «Тимчасовий закон про флоту УНР», у п. 2 якого зазначалося про правонаступництво УНР щодо Чорноморського флоту після розпаду Російської імперії. Також встановлювалося розміщення українського прапора на всіх суднах<sup>13</sup>. Хоча І. Солдатенко і критикує закон про флот, проголошений 13 березня 1918 р., проте саме цей закон уперше закріпив український статус Чорноморського флоту і скасований у легальному порядку він не був. За Брест-Литовським мирним договором Крим не належав Україні, проте таке положення було зафіксовано з тією умовою, що інші регіони України не будуть піддаватися німецькому наступу. Останнє було порушено, і тому влада УНР стала вживати заходів щодо відновлення командування військовими частинами флоту у Криму, що було завершено 24 квітня 1918 року.

Ослаблення політичного авторитету УЦР внаслідок недостатньої спроможності протидіяти більшовицькому наступу в січні 1918 р. призвело до подальшого падіння її авторитету на місцях. Зокрема, у зв'язку з цим у Криму постав Крайовий уряд на чолі з С. Сулькевичем. Крайовий уряд С. Сулькевича був проголошений в умовах окупації півострова німецькими військами. 18 червня 1918 р. було проголошено декларацію «До населення Криму», яку більшість дослідників оцінюють як перший конституційний акт Криму<sup>14</sup>. Аналіз зазначеного документа свідчить, що більшість його положень мали декларативний політичний характер і більше стосувалися питань узгодження позицій з «окупаційною» владою.

Таким чином, під час національно-визвольних змагань після розпаду Російської імперії кримськотатарська громада висловлювала підтримку щодо включення Криму до складу українських державних утворень, оскільки досвід існування російського самодержавства показав його неприхильність до сприятливого розвитку окремих етнічних груп. УЦР як загальнонаціональна представницька інституція проголосила себе вищим крайовим органом влади у межах українських губерній. Попри відсутність чітко сформованої системи місцевого самоврядування, правові зв'язки між кримськими органами влади та УЦР все ж існували, про що свідчать численні архівні матеріали. Проголошення III Універсалом УЦР території Криму поза межами

створюваної Української Народної Республіки (далі – УНР) було декларативним і правових наслідків не створило. У таких кордонах територія УНР була згодом визнана на міжнародному рівні.

<sup>1</sup> Редькіна О.М. Кримський крайовий уряд генерал-лейтенанта С. Сулькевича (червень-листопад 1918 р.): історико-правове дослідження: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних та правових учень» / О.М. Редькіна. – К., 2003. – 22 с.

<sup>2</sup> Центральний державний архів вищих органів влади та управління України (ЦДАВОВУ). – Ф. 1115 «Українська Центральна Рада, м. Київ, з 08.02.1918 р. – м. Житомир, з березня 1918 р. – м. Київ». – Оп. 1. – Спр. 10.

<sup>3</sup> Центральний державний архів вищих органів влади та управління України (ЦДАВОВУ). – Ф. 3156 «Центральний виконавчий комітет рад солдатських, матроських, робітничих і селянських депутатів Румунського фронту, Чорноморського флоту і Одеського округу (ЦВК Румчород), м. Одеса». – Оп. 1. – Спр. 1.

<sup>4</sup> Центральний державний архів вищих органів влади та управління України (ЦДАВОВУ). – Ф. 2015 «Головний крайовий комісар Української народної республіки Херсонщини, Таврії і Катеринославщини, м. Одеса». – Оп. 1. – Спр. 2.

<sup>5</sup> Центральний державний архів вищих органів влади та управління України (ЦДАВОВУ). – Ф. 799 «Міністерство внутрішніх справ Української Народної Республіки». – Оп. 1. – Спр. 1.

<sup>6</sup> Центральний державний архів вищих органів влади та управління України (ЦДАВОВУ). – Ф. 799 «Міністерство внутрішніх справ Української Народної Республіки». – Оп. 1. – Спр. 1а.

<sup>7</sup> Декларация прав народов России // Декреты Советской власти. – М. : Гос. изд-во полит. литературы, 1957. – Т. I. – С. 39–41.

<sup>8</sup> Центральний державний архів вищих органів влади та управління України (ЦДАВОВУ). – Ф. 799 «Міністерство внутрішніх справ Української Народної Республіки». – Оп. 1. – Спр. 5.

<sup>9</sup> Сергійчук В.І. Український Крим / В.І. Сергійчук. – К.: Українська Видавнича Спілка, 2001. – 304 с.

<sup>10</sup> Центральний державний архів вищих органів влади та управління України (ЦДАВОВУ). – Ф. 799 «Міністерство внутрішніх справ Української Народної Республіки». – Оп. 1. – Спр. 2.

<sup>11</sup> Центральний державний архів вищих органів влади та управління України (ЦДАВОВУ). – Ф. 1115 «Українська Центральна Рада, м. Київ, з 08.02.1918 р. – м. Житомир, з березня 1918 р. – м. Київ». – Оп. 1. – Спр. 19.

<sup>12</sup> Центральний державний архів вищих органів влади та управління України (ЦДАВОВУ). – Ф. 3156 «Центральний виконавчий комітет рад солдатських, матроських, робітничих і селянських депутатів Румунського фронту, Чорноморського флоту і Одеського округу (ЦВК Румчород), м. Одеса». – Оп. 1. – Спр. 1.

<sup>13</sup> Солдатенко І.В. Проблема Чорноморського флоту в контексті соборності України (березень 1917 – квітень 1918 рр.) / І.В. Солдатенко // Проблеми соборності України в ХХ столітті. – К., 1994. – С. 70–76.

<sup>14</sup> Бикова Т.Б. Кримські крайові уряди 1918 – 1919 рр. / Т.Б. Бикова // Проблеми історії України: факти, судження, пошуки: міжвід. зб. наук. пр. – 2005. – Вип. 14. – С. 45–48.

### Резюме

**Іванов О.Ю.** Історико-правова характеристика статусу Криму за доби Української Центральної Ради (березень 1917 р. – квітень 1918 р.).

У статті розглядаються проблеми визначення правового статусу Криму в період березня 1917 р. – квітня 1918 р. з точки зору законодавства Української Центральної Ради, юрисдикція якої в той час поширювалась на територію півострова.

**Ключові слова:** Українська Центральна Рада, Крим, Українська Народна Республіка, Таврійська губернія, універсал Української Центральної Ради, крайовий уряд, правовий статус.

### Резюме

**Іванов А.Ю.** Историко-правовая характеристика статуса Крыма в период правления Украинской Центральной Рады (март 1917 г. – апрель 1918 г.).

В статье рассматриваются проблемы определения правового статуса Крыма в период марта 1917 г. – апреля 1918 г. с точки зрения законодательства Украинской Центральной Рады, юрисдикция которой в то время распространялась на территорию полуострова.

**Ключевые слова:** Украинская Центральная Рада, Крым, Украинская Народная Республика, Таврическая губерния, универсал Украинской Центральной Рады, краевое правительство, правовой статус.

### Summary

**Ivanov O.** Historical and legal characteristics of the Crimea's status within the period of the Ukrainian Central Rada's reign (1917 – 1918).

The article deals with the issues concerning the Crimea's legal status definition in 1917–1918 according to the laws adopted by the Ukrainian Central Rada which had been exercising its jurisdiction over the Crimea within the following period.

**Key words:** the Ukrainian Central Rada, the Crimea, Ukrainian People's Republic, the Tavrian region, proclamation of the Ukrainian Central Rada, regional government.



**В.С. КАХНИЧ**

*Володимир Степанович Кахнич, кандидат юридичних наук, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка*

**РОЗВИТОК ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА У ЛЬВІВСЬКОМУ УНІВЕРСИТЕТІ ТА ВНЕСОК СТАНІСЛАВА СЕВЕРИРОВИЧА ДНІСТРЯНСЬКОГО В ЦЕЙ ПРОЦЕС**

Розвиток цивільного права як наукового напрямку наприкінці XVIII – у першій половині XIX ст. у Львівському університеті був зумовлений потребою розробки цивільного кодексу Австрії. Зокрема, 1790 р. було створено придворну комісію в законодавчих справах, яку очолив Карл Мартіні. Вона мала працювати над розробкою кодифікаційних актів у цивільному та кримінальному праві Австрії, доопрацювати цивільний кодекс Австрії 1786 року. До цього процесу як відомий цивіліст був залучений і Бальтазар Борзага. Доопрацьовано було, приміром, положення розділів про дію законів у часі, про обов'язки суддів, про права позашлюбних дітей. У 1797 р. доопрацьований кодекс під назвою Цивільного кодексу для Західної Галичини було запроваджено в Західній і Східній Галичині. Після його прийняття припинило дію польське феодальне цивільне право<sup>1</sup>.

Погляди іншого цивіліста, що працював на юридичному факультеті Львівського університету, – Карла Йозефа фон Гютнера, відображає цивільний кодекс Австрії 1812 року<sup>2</sup>. Зокрема, у цьому кодексі йшлося про роль державної прокуратури Галичини у розгляді цивільних прав громадян (щодо розірвання шлюбів, встановлення опіки над недієздатними особами тощо), а також про повноваження Галицької фінансової прокуратури щодо захисту нею майнових інтересів держави<sup>3</sup>.

Як зазначають дослідники, австрійське право розвивалось під впливом німецького права, а також французького правотворчого досвіду, зокрема, норм цивільного кодексу Франції 1804 р. («Кодексу Наполеона»). Джерелами Австрійського цивільного кодексу 1812 р. стали також пандектне право (римське право, пристосоване до нових умов життя), цивільне уложення Пруссії 1794 р. та право деяких австрійських провінцій. Змістом Австрійського цивільного кодексу було насамперед загальне цивільне право, що стосувалося «всіх осіб і речей». У Кодексі було розглянуто питання сімейного та опікунського права (особисті права, права подружжя, права батьків та дітей, права опікунів і сиріт), майнового права (право власності, право застави, право на відшкодування шкоди, право на задоволення позову), особистого та майнового права (затвердження, зміна й скасування прав і обов'язків, давність та прострочення тощо). У сімейному праві було збережено церковний шлюб. Австрійський цивільний кодекс 1812 р. зберігав чинність (з деякими поправками) до розпаду Австро-Угорщини. Варто зазначити, що 1917 р. було утворено парламентську комісію на чолі з Станіславом Дністрянським, яка мала виробити пропозиції щодо удосконалення кодексу 1812 року. Однак її напрацювання не було впроваджено у практику через розпад імперії Габсбургів<sup>4</sup>.

В останній чверті XIX – у першій третині XX ст. у Львівському університеті існувало декілька наукових шкіл цивілістів: окремі школи цивільного права та цивільного процесу, які ми згрупували в науковий напрям «Цивільне право та процес».

В останній чверті XIX ст. цивільне право та процес у Львівському університеті досліджували Олександр Огоновський, Маврицій Кабат, Едвард Рітгнер, Август Баласітс, Ернест Тілл, Станіслав Дністрянський, Володимир Вергановський.

Українець Олександр Огоновський (1848–1891 рр.) габілітувався у 1874 році. Він обіймав посаду суплента (1872–1873 рр.), приват-доцента (1873–1877 рр.), надзвичайного професора (1877–1882 рр.), звичайного професора австрійського приватного та цивільного права з українською мовою викладання (з 1882 р.). Плідно працював як науковець, є автором праць «Про природні зобов'язання» (1890 р.) та «Право облігаційне і спадкове» (1897 р.)<sup>5</sup>.

Маврицій Кабат (1814–1890 рр.) викладав у Львівському університеті до 1883 року. Він також був вихованцем юридичного факультету Львівського університету, який закінчив 1838 році. Згодом М. Кабат займався адвокатською практикою. У 1867–1870 рр. він обіймав посаду надзвичайного, а в 1870–1883 рр. – звичайного професора Львівського університету. Серед його наукових праць – ґрунтовні дослідження «Судовий розгляд дріб'язкових питань» («Postępowanie sądowe w sprawach drobiazgowych») (Львів, 1873 р.) та «Закон про судовий розгляд» («Ustawa o postępowaniu sądowym») (Львів, 1880 р.)<sup>6</sup>.

Едвард Рітгнер (1845–1899 рр.) закінчив юридичний факультет Львівського університету (1868 р.), у 1870 р. захистив докторську роботу з права, а через три роки одержав габілітацію. У колі наукових інтересів Е. Рітгнера – канонічне, цивільне та приватне австрійське право. У 1872–1874 рр. він був суплентом, а від 1874 р. до 1886 р. – професором юридичного факультету. Серед наукових праць Е. Рітгнера найбільшу увагу привертають двотомник «Католицьке канонічне право» («Prawo kościelne katolickie») (Львів, 1877–

1879 рр.), «Цивільні шлюби в історичному розвитку» («Śluby cywilne w historycznym rozwoju») (Львів, 1879 р.) та «Вступ до австрійського приватного права» («Wstęp do austriackiego prawa prywatnego») (Львів, 1880 р.)<sup>7</sup>.

Майбутній відомий юрист і коментатор законодавства Август Баласітс (1844–1918 рр.) закінчив юридичний факультет Львівського університету, у 1868 р. одержав ступінь доктора права, а 1873 р. габілітувався з цивільного права та процесу. Свою кар'єру А. Баласітс починав працівником Державної скарбниці і лише 1880 р. розпочав викладацьку діяльність: надзвичайний професор (1880–1886 рр.), звичайний професор (1886–1915 рр.) цивільного права та процесу Львівського університету. У 1888–1893 рр. для студентів юридичного факультету А. Баласітс викладав також фінансове право. Наукові погляди А. Баласітса відображено насамперед у праці «Дослідження цивільного процесу» («Studja nad procesem cywilnym») (Львів, 1886 р.). Учений відомий також як один із засновників видання «Przegląd Sądowy i Administracyjny» (1876 р., з 1892 р. – «Przegląd Prawa i Administracji»). Будучи викладачем Львівського університету, А. Баласітс брав участь у дискусіях щодо нового цивільно-процесуального кодексу Австро-Угорської імперії, прийнятого 1895 року. Серед найвідоміших учнів А. Баласітса можна назвати Каміля Стефка<sup>8</sup>.

Ернест Тіллер (1846–1926 рр.) навчався на юридичному факультеті Львівського університету (з 1865 р.). У 1871 р. здобув ступінь доктора права, а 1879 р. габілітувався з австрійського цивільного права. Спочатку Е. Тіллер викладав право у Вищій рільничій школі в Дублянах, Лісовій школі, працював у судових інстанціях. У 1885 р. він зайняв посаду суплента цивільного права на юридичному факультеті Львівського університету. У 1888 р. Е. Тіллер став титулярним професором, у 1895 р. – надзвичайним професором, а у 1905 р. – звичайним професором на кафедрі цивільного права Львівського університету.

Зазначимо, що після того, як з посади викладача сімейного та канонічного права 1886 р. пішов Е. Рітнер, а 1891 р. помер професор цивільного права О. Огоновський, професор Е. Тіллер залишився єдиним викладачем австрійського цивільного права у Львівському університеті. Він розпочав дослідження всієї системи австрійського цивільного права: власне австрійського цивільного права, майнового права, договірного права, зобов'язального права, сімейного права, права правонаступництва, закону про конкуренцію (праці початку 1900-х рр.). Додамо, що 1921 р. його призначили почесним професором кафедри цивільного права Університету Яна Казимира у Львові. За час своєї багаторічної праці у Львівському університеті Е. Тіллер заснував Львівську школу цивільного права. Він – автор понад 200 праць, зокрема, чотиритомного дослідження «Австрійське приватне право» («Prawo prywatne austriackie») (Львів, 1884–1904 рр.)<sup>9</sup>.

Е. Тіллер одним із перших у польській юридичній науці звернув увагу на права винахідників. Адже, за словами дослідників, наприкінці XIX – на початку XX ст. «особисті немайнові права винахідників не виділялися, у центрі уваги були матеріальні інтереси. У цьому розумінні авторське право за розвитком випереджало патентне. Як зазначав Е. Тіллер, права винахідників мають суто майновий характер»<sup>10</sup>.

У статті «Про правове значення автомату» («O znaczeniu prawem automatu») Е. Тіллер дослідив таку новачку у правовому полі, як використання автоматів (встановлених на публічних площах, у ресторанах, на вокзалах). Оскільки у використанні автоматів бачимо результат спільної волі двох сторін, яка скерована на правовий ефект: пропозиція – від однієї сторони, прийняття – від іншої сторони, потім – елементи угоди<sup>11</sup>, то такий правовий акт мав юридичну силу.

Один з найвідоміших українських юристів Станіслав Дністрянський (1870–1935 рр.) закінчив юридичний факультет Віденського університету, відтак навчався в Лейпцизі та Берліні. У 1894 р. С. Дністрянський здобув ступінь доктора права, а 1899 р. габілітувався на підставі праці «Про суть підрядного договору» («Das Wesen des Werklieferungsvertrages»). Із 1898 р. учений обіймав посаду приват-доцента, згодом – надзвичайного професора, а упродовж 1907–1918 рр. – звичайного професора австрійського цивільного права з українською мовою викладання Львівського університету. Водночас у 1907–1918 рр. С. Дністрянський був послом у Державній раді у Відні, а у 1917 р. – головою підкомісії з реформи цивільного права в палаті послів австрійського парламенту. Науковими інтересами С. Дністрянського були цивільне та конституційне право, він навіть створив власну концепцію держави та права. С. Дністрянський працював також над створенням та унормуванням української юридичної термінології. Ученого можна назвати основоположником національно-державницького напрямку в українській політології, автором політичної концепції української держави. Серед його праць – «Австрійське право облігаційне», «Родинне право», «Загальна частина цивільного права», «Полагодження шкоди з огляду економічного і соціального». С. Дністрянський був ініціатором створення Товариства українсько-руських правників<sup>12</sup>.

Отже, цивільне право як науковий напрям розвивалось у Львівському університеті з 1784 року. Серед учених-цивілістів були такі відомі персони, як: Б. Борзага, Е. Тіллер, В. Вергановський, А. Пфлегер, Й. Вінівартер, І. Грасль, К. Гюттнер, О. Огоновський, А. Баласітс, Е. Рітнер, М. Кабат, О. Лопушанський, А. Горак, Ф. Маркста, С. Дністрянський та інші. Багато хто із зазначених вище осіб поєднували наукову роботу з практикою, що таким чином давало можливість передавати свої знання та вміння спеціалістам, які займались юридичною практикою. Той досвід був життєво необхідним для державних службовців та практикуючих юристів.

<sup>1</sup> *Кахнич В.С.* Юридична освіта та наука у Львівському університеті (1661–1939): моногр. / Володимир Кахнич. – Л.: ЛНУ ім. І. Франка, 2016. – С. 44–45.

<sup>2</sup> *Redzik A.* Гюттнер (Hüttner) Карл Йозеф фон / А. Редзік // *Encyclopedia. Львівський національний університет імені Івана Франка* : в 2 т. / вид. рада : І.О. Вакарчук (голова), М.В. Лозинський (заст. голови), Р.М. Шуст (заст. голови), В.М. Качмар (відп. секретар) та ін. – Л. : ЛНУ ім. І. Франка, 2011. – Т. 1 : А–К. – С. 399; *Finkel L.* Historia Uniwersytetu Lwowskiego / L. Finkel, S. Starzyński. – Lwów : Drukarnia E. Winiarza, 1894. – Cz. 1. – S. 251–276.

<sup>3</sup> *Кахнич В.С.* Розвиток правової науки та освіти на юридичному факультеті Львівського університету за часів Австрії та Австро-Угорщини / В.С. Кахнич // *Вісник Львівського університету*. – 2010. – Вип. 50. – С. 66–68. – (Серія «Юридична»); *Панич Н.* Цивільний кодекс Австрії 1812 р. та його застосування на території Галичини / Н. Панич // *Вісник Львівського університету*. – 2008. – Вип. 47. – С. 54. – (Серія «Юридична»).

<sup>4</sup> *Бойко І.* Місце і роль кафедри цивільного права та процесу у структурі юридичного факультету / І. Бойко, В. Коссак, В. Кахнич // *Історико-правовий часопис: науковий журнал / упоряд. О. Крикунов*. – Луцьк: Східноєвроп. нац. ун-т ім. Лесі Українки, 2017. – № 1 (9). – С. 3–4.; *Кульчицький В.* Джерела, структура, основні положення Австрійського цивільного кодексу 1811 р. / В. Кульчицький, І. Левицька // *Вісник Львівського університету*. – 2009. – Вип. 48. – С. 46–51. – (Серія «Юридична»).

<sup>5</sup> ДАЛО. – Ф. 26 Університет імені Яна Казимира у Львові. – Оп. 5. – Спр. 1395. Огоновський Александр, 115 арк.; ДАЛО. – Ф. 26 Університет імені Яна Казимира у Львові. – Оп. 6. – Спр. 254. Переписка с Министерством вероисповеданий и просвещения и др. материалы о присвоении Огоновскому Александру, Тьминскому Иосифу и др. звания доцента; 23 мая 1872 – 5 апреля 1873, 1–2 арк.; *Finkel L.* Historia Uniwersytetu Lwowskiego / L. Finkel, S. Starzyński. – Lwów : Drukarnia E. Winiarza, 1894. – Cz. 2. – S. 50–120.

<sup>6</sup> *Мельник М.* Кабат (Kabat) Маврицій / М. Мельник, В. Швець, Н. Мішук // *Encyclopedia. Львівський національний університет імені Івана Франка* : в 2 т. / вид. рада : І.О. Вакарчук (голова), М.В. Лозинський (заст. голови), Р.М. Шуст (заст. голови), В.М. Качмар (відп. секретар) та ін. – Л. : ЛНУ ім. І. Франка, 2011. – Т. 1 : А–К. – С. 572.

<sup>7</sup> ДАЛО. – Ф. 26 Університет імені Яна Казимира у Львові. – Оп. 5. – Спр. 1623. Риттнер Эдвард, 104 арк.; *Finkel L.* Historia Uniwersytetu Lwowskiego / L. Finkel, S. Starzyński. – Lwów : Drukarnia E. Winiarza, 1894. – Cz. 2. – S. 42–104.

<sup>8</sup> *Redzik A.* Балашич (Bálasits) Август Ервін / А. Редзік // *Encyclopedia. Львівський національний університет імені Івана Франка* : в 2 т. / вид. рада : І.О. Вакарчук (голова), М.В. Лозинський (заст. голови), Р.М. Шуст (заст. голови), В.М. Качмар (відп. секретар) та ін. – Л. : ЛНУ ім. І. Франка, 2011. – Т. 1 : А–К. – С. 171.

<sup>9</sup> ДАЛО. – Ф. 26 Університет імені Яна Казимира у Львові, оп. 5, Спр. 1874. Тилль Эрнест (том I), 220 арк.; *Finkel L.* Historia Uniwersytetu Lwowskiego / L. Finkel, S. Starzyński. – Lwów : Drukarnia E. Winiarza, 1894. – Cz. 2. – S. 222–224.

<sup>10</sup> *Till E.* O znaczeniu prawnem automatu / Ernest Till // *Księga Pamiątkowa Uniwersytetu Lwowskiego ku uczczeniu pięćsetnej rocznicy fundacji jagiellońskiej Uniwersytetu Krakowskiego*. – Lwów : Nakładem Senatu Uniwersytetu Lwowskiego, 1900. – S. 6.

<sup>11</sup> Там само. – С. 7–9.

<sup>12</sup> Академік Станіслав Дністрянський. 1870–1935. Біобібліографія. – К., 1992. – С. 25; *Redzik A.* Дністрянський Станіслав Северинович / А. Редзік // *Encyclopedia. Львівський національний університет імені Івана Франка* : в 2 т. / вид. рада : І.О. Вакарчук (голова), М.В. Лозинський (заст. голови), Р.М. Шуст (заст. голови), В.М. Качмар (відп. секретар) та ін. – Л. : ЛНУ ім. І. Франка, 2011. – Т. 1 : А–К. – С. 448; *Стецюк П.Б.* Станіслав Дністрянський як конституціоналіст / П.Б. Стецюк. – Л., 1999. – С. 2–31.

#### Резюме

**Кахнич В.С. Розвиток цивільного права у Львівському університеті та внесок Станіслава Севериновича Дністрянського в цей процес.**

У статті досліджено розвиток науки цивільного права на юридичному факультеті Львівського університету та вклад деяких науковців, а саме Станіслава Севериновича Дністрянського та інших. Показано внесок представників цієї наукової школи у розвиток науки цивільного права. Висвітлено тенденції розвитку науки цивільного права та процесу на юридичному факультеті Львівського університету.

**Ключові слова:** цивільне право, юридичний факультет, Львівський університет.

#### Резюме

**Кахнич В.С. Развитие гражданского права во Львовском университете и вклад Станислава Севериновича Днестрянского в этот процесс.**

В статье исследовано развитие науки гражданского права на юридическом факультете Львовского университета и вклад некоторых ученых, а именно Станислава Севериновича Днестровского и других. Показан вклад представителей этой научной школы в развитие науки гражданского права. Освещены тенденции развития науки гражданского права на юридическом факультете Львовского университета.

**Ключевые слова:** гражданское право, юридический факультет, Львовский университет.

#### Summary

**Kakhnych V. Stanislav Severyn Dnistrianskyi's Input to the Development of Civil Law at Lviv University.**

The article considers the development of Civil Law science at the Law Faculty of Lviv University and contribution of some scholars, namely Stanislav Severyn Dnistrianskyi. The input of representatives of this scientific school in the development of Civil Law science was demonstrated. The development of Civil Law and Process, its tendencies at the Law Faculty of Lviv University are covered.

**Key words:** Civil Law, Law Faculty, Lviv University.

**Т.В. ОБІХОД**

*Тетяна Вікторівна Обіход, кандидат фізико-математичних наук, юрист, старший науковий співробітник Інституту ядерних досліджень НАН України*

## **ІСТОРІЯ ВИНИКНЕННЯ І ЕВОЛЮЦІЇ ПРАВА Й ПОДОЛАННЯ ПРОБЛЕМ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ В УКРАЇНІ ЯК ГАРАНТІЯ ЇЇ УСПІХУ**

25 березня 2017 р. відзначено 60-річчя підписання Римського договору, що заклав підвалини створення Європейського союзу. 27 держав – членів ЄС, вперше без Великої Британії, підписали політичну декларацію щодо майбутнього Євросоюзу. При цьому слід зазначити, що останні 10 років для ЄС були складними: дві економічні кризи, проблеми із мігрантами, погіршення відносин із Росією, вихід Великої Британії, проблеми різних членів ЄС (Португалія, Каталонська проблема, Чехія та Італія), активізація правих рухів на всьому континенті, втрата ключового союзника – США. І хоча в ЄС було запущено потужний і дієвий план стимулювання економіки, який дав змогу розпочати фінансування великих проєктів на загальну суму в 315 млрд євро, а керівництво союзу ініціювало план прискореної інтеграції, що досить ефективно загасив деструктивні рухи, посилення інтеграції відбуватиметься тільки в рамках єврозони, а постійне протистояння із Росією стало причею *vo язицех*. ЄС перетворилася на союз «найбільш інтегрованих держав», які будуть відігравати більш значну роль, ніж всі інші. Фактично євронезона є ядром європейською інтеграції, тобто зоною країн, які рухаються максимально швидко в напрямі політичної і економічної федерації. Перспектива повноцінного членства для України є закритою для Києва в найближчі десятки років. Водночас у цей період на порядку денному не буде навіть серйозного обговорення можливості надання членства Україні в ЄС. Причини, що визначають стійке небажання ЄС приймати Україну до себе, варто шукати не тільки в політиці ЄС, а передусім у самій Україні. Твереза оцінка ситуації і правильні висновки можуть стати першим кроком у формуванні прагматичної стратегії України щодо покращення власного економічного і, відповідно, політичного становища.

### **Китай як приклад потужного економічного розвитку**

У цьому аспекті необхідно звернути увагу на країни сучасного світу, які змогли швидко зорієнтувати свою економіку на зростання. Однією із таких країн із є Китай. Тому варто зупинитися на основних тенденціях і напрямках розвитку китайської економіки. Насамперед КНР планує довгострокову стратегію розвитку, в розробці якої беруть участь Академія суспільних наук, Академія наук, дослідницькі центри Держради, Комітету з планування розвитку Китаю. Як підкреслювали автори доповіді Національної розвідувальної ради США «Глобальні тенденції – 2025: мінливий світ»: «Китай має передумови в найближчі двадцять років справляти на світ більший вплив, ніж будь-яка інша країна. Якщо нинішні тенденції не зміняться, до 2025 р., економіка Китаю стане другою за величиною в світі, а сам він – провідною військовою силою»<sup>1</sup>. Наприклад, КНР знаходиться на першому місці в світі по виробництву сталі з гігантським відривом від інших держав – 568 млн тонн в 2009 р., Японія – 88 млн тонн, США – 58 млн тонн, Росія – 60 млн тонн<sup>2</sup>, також він лідирує в енергетиці, металургії, машинобудуванні. З 2004 р. Китай є найбільшим у світі експортером продукції цифрових технологій, випереджаючи і Японію, і ЄС, і США<sup>3</sup>. Старіння населення – не проблема держави, люди похилого віку будуть виконувати посильну роботу і знаходитися на утриманні сімей. Високий ступінь соціально-політичної і господарсько-економічної керованості є важливим ресурсом Китаю для подолання загроз. Крім того, однією із важливих складових економічного зростання Китаю є культурно-історична спадщина, яка здатна перетворюватися на конкретні результати. Стабільний і динамічний внутрішній розвиток, не зважаючи на купу існуючих проблем, світове цивілізаційне домінування, є сценарієм розвитку Китаю в XXI ст. при врахуванні своїх особливостей, тобто при збереженні екологічного і соціального балансу як в самому Китаї, так і за його межами<sup>4,5</sup>.

### **Проблеми правозастосовної діяльності**

Звісно, що всі ці зміни неможливі без правового регулювання і контролю в галузі господарського, адміністративного, екологічного, кримінального права. Корупційні проблеми в Україні, разом із економічними, сировинними, інвестиційними негарантами для країни в стані війни є вкрай несприятливими. Тому актуальним постає питання про співвідношення влади і людини в суспільстві, про їх взаємозв'язок і взаємовплив. Тому на перший план виступають правові питання, роль права в суспільстві, його ефективна функція як регулятора відносин між людьми в суспільстві і між державою та людиною задля найкращого життя кожної людини і процвітання нашої держави.

### **Історія виникнення і еволюції права**

Для з'ясування цього питання по суті необхідно заглибитися в історію виникнення права і його еволюцію до наших днів. Як пише філософ П.Д. Баренбойм, «філософія права – це самосвідомість права як вищої духов-

ної цінності у взаємозв'язку і взаємозалежності з іншими вищими духовними цінностями». У книзі<sup>6</sup> відмічається, що «правові норми по суті своїй антиавторитарні: вони забороняють поводитися з людьми як з «гвинтиками» соціально-політичного механізму, як з безвільними об'єктами командування і адміністрування».

Саме поняття закону історично виникло ще в книгах Старого Заповіту, коли для його авторів головним була вірність обраному договору – Заповіту. Тут ми знаходимо низку принципів, один із яких був: «око за око»: «Хто зробить ваду своєму ближньому, повинно зробити те ж, що він зробив: перелом за перелом, око за око, зуб за зуб; як він зробив пошкодження на тілі людини, так і йому має зробити. А хто заб'є скотину, той відшкодує її, а хто заб'є людину, той буде забитий» (Левіт, 24: 19–21). Наступний принцип – рівність перед законами Божими і для одноплемінників, і для гостя (чужинця): «Один суд повинен бути у вас, як для прибульця, так і для тубільця...» (Левіт, 24: 22). «Закон один і одна постанова буде для вас і для прихосьця, що мешкає у вас» (Числа, 15: 16). «Один закон буде для тубільця й для прихосьця, що мешкає серед вас» (Вихід, 12: 49). Сюди ж слід віднести і принцип «син за батька не відповідає» у справах злочинних: «Батьки не повинні бути забиті за синів, а сини не будуть забиті за батьків: кожен за гріх свій смертю покараний буде» (Второзаконня, 24: 16). І ще один принцип – «один свідок не свідок». Цьому принципу необхідно було слідувати в рішеннях про покарання смертною карою: «Коли хто заб'є кого, то вбивцю треба вбити за словами свідків; але одного свідка не досить, щоб осудити на смерть» (Числа, 35: 30). Єдиний Бог є справедливим і ревним, він є правда і сила одночасно. «Він Бог богів і Господь панів, Бог великий, могутній і страшний, що не дивиться на обличчя і не бере хабар, який творить правосуддя сироті і вдові і люблячий мешканця, щоб дати йому хліба й одягу» (Второзаконня, 10: 17–18).

Ставлення до монархії в давнину було непростим. Здебільшого люди обожнювали своїх монархів. Людина, що володіє абсолютною владою над країною, була в їх очах більше, ніж людиною. Месопотамські царі нерідко заявляли про себе як про обранців і навіть дітей різних божеств, а єгипетський фараон і зовсім вважався одним із головних богів Єгипту. Гільгамеш, Едип, Паріс, Ромул і Рем – ці герої древніх переказів, засновники міст і правителі народів теж, згідно з переказами, виростили під наглядом вищих сил. Царем неможливо стати просто так, ним треба народитися, підкреслюють перекази, та й сам інститут монархії був встановлений богами. Цар був потрібен, щоб підтримувати порядок на землі і виступати посередником між світом богів і світом людей. Не випадково в давнину царі зазвичай також були верховними жерцями.

Філософсько-правові теорії нашого часу пішли далеко вперед. Але не можна не погодитися з професором Лейденського університету Ф. Альтинг фон Гейзау, що правові норми Старого Заповіту критично важливі для розвитку сучасної юридичної думки і перехід до правової держави не можна здійснити без застосування й тлумачення основоположних біблійних правових принципів. Спеціаліст з права Луїс Хенкін підкреслює: «Цар був підпорядкований правовим нормам Старого Заповіту так само, як могутні президенти і конгреси, як нам відомо, підпорядковані Конституції. Для тих, хто не знаходить узгодженості між правилом більшості голосів і політичною теорією, на якій заснована Конституція США, цікаво буде дізнатися, що правило більшості аналогічно біблійному припису про правило більшості для суддів, а може бути, і є похідним з нього»<sup>7</sup>.

В епоху Просвітництва саме розуміння свободи і розумності стало зв'язуватися з ідеєю демократії. Тому завдання істинно мудрого законодавця – створювати такі закони, які сприяли б розвитку чесноти, поєднуючи її з особистою вигодою задля соціального прогресу. Однак фундаментом суспільного життя, права є моральність. У наш час важко знайти приклади високоморальної поведінки з боку державних мужів. Згідно з вченням Конфуція, наявність високоморальних професіоналів є суттю державної влади. Тому ж самому вчить нас і біблійна мудрість. Як життя людини повинно вибудовуватися насамперед згідно з велінням серця, так і суспільство повинно прагнути до моральних ідеалів.

### **Принципи правової форми здійснення функцій держави**

Георг Зіммель показав, що суспільство неможливе, якщо в ньому немає чогось такого, що принципово до нього не зводиться, тобто автономної самовизначеної особистості. Право створюється не законодавцем, воно виникає в процесі взаємодії людей, зміни цінностей і переконань. Тому вихідними у створенні правової бази є принципи правоохоронної правозастосовної діяльності – основні, відправні ідеї та незаперечні вимоги, об'єктивно властиві правоохоронній формі здійснення функцій держави, які належать до безпосередніх носіїв прав і обов'язків у сфері забезпечення законності й правопорядку, захисту прав і свобод людини і громадянина з метою ефективного втілення напрямів діяльності держави в життя.

Систему принципів правоохоронної правозастосовної діяльності становлять такі принципи:

– законність та верховенство права – діяльність відбувається відповідно до Конституцією України, міжнародних правових актів, ратифікованих у встановленому порядку; законів, нормативно-правових актів Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України, профільних міністерств та відомств. Застосування заходів державного примусу для реалізації обов'язків та прав суб'єктами цієї діяльності припустимо тільки у випадках та у порядку, передбаченому законом<sup>8</sup>;

– справедливість. Це означає передусім недискримінаційний підхід, неупередженість. Забезпечення справедливості має вирішальне значення для реалізації конституційного принципу верховенства права в Україні. Одним із виявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства<sup>9</sup>;

– дотримання прав і свобод фізичних та юридичних осіб. Діяльність відбувається на підставі дотримання прав та свобод людини, її законних інтересів, поваги до її гідності;

- відкритість та прозорість. Діяльність здійснюється на засадах відкритості та прозорості в межах, визначених законами України;
- політична нейтральність;
- безперервність;
- забезпечення суспільної довіри на засадах партнерства.

Необхідність правозастосування для здійснення функцій держави, створеного на таких засадах, продиктована проблемами України, які заважають нашій країні змінюватися на краще, незважаючи на дуже хороше правове забезпечення в усіх напрямках права: цивільному, кримінальному, адміністративному тощо. Відомо, що застосування права як владна діяльність компетентних органів з підготовки і прийняття юридичного рішення в юридичній справі на основі юридичних фактів і конкретних правових норм складається із наступних етапів<sup>10</sup>:

1. Установлення кола фактичних обставин.

Збір доказів. Установлення особи злочинця, часу, місця, способу вчинення злочину, мотивів тощо.

2. Юридична оцінка фактичних обставин – юридична кваліфікація.

Кваліфікація вчиненого злочину як умисного вбивства, або умисного тяжкого тілесного ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, – залежно від обставин.

3. Винесення рішення в юридичній справі.

Складення обвинувального висновку.

Як правило, у більшості випадків правозастосування компетентних органів зупиняється на першому або на другому етапах і до третього не доходить. Чого стоять справи Оніщенка, Розенблата, Мартиненка, Полякова і т.ін. А останні жахливі події із пожежами в дитячому таборі «Вікторія» в Одесі, будинку для людей похилого віку в с. Літочки під Києвом і т.д. змушують задуматися над ефективністю реалізації правової концепції в суспільстві. Низький фаховий рівень, корупція, неефективність суддівської реформи (великі збори, велика застава для розгляду справи в суді), суд для вибраних, прикриття фразами «політична воля», коли все вирішують гроші, приводять до необхідності критичного переосмислення правового регулювання в сучасному суспільстві.

Отже, можемо зробити висновки, що проблеми соціально-економічного характеру України, які супроводжуються і політичними проблемами на внутрішньому і зовнішньому рівнях, приводять до необхідності переосмислення права, його виникнення та ролі в суспільстві. Показовим є приклад Китаю з прийняття реформ, які відповідають особливостям китайської економіки і супроводжуються їх ретельною реалізацією. Незважаючи на високий рівень правової науки в Україні, її фундаментальні правові принципи правоохоронної правозастосовної діяльності, останні факти службового зловживання, корупції і взагалі недбалості, яка приводить до тяжких наслідків в суспільстві, свідчать про необхідність більш ефективного правозастосування як правової форми здійснення функцій держави, виконання всіх трьох етапів застосування права.

<sup>1</sup> Мир после кризиса. Глобальные тенденции – 2025: меняющийся мир. Доклад Национального разведывательного совета США. – М., 2009. – С. 13.

<sup>2</sup> World Steel Association, сайт worldsteel.org

<sup>3</sup> Промышленная политика Китая: очередное достижение // Экономист. – 2006. – № 1. – С. 50.

<sup>4</sup> Див.: Наумов И.Н. Стратегия экономического развития КНР в 1996–2020 гг. и проблемы ее реализации / И.Н. Наумов. – М.: ИДВ РАН, 2001. – С. 70. – Табл. 14.

<sup>5</sup> Bergsten C.F., Freeman C., Lardy N.R., Mitchell J.D. China's Rise. Washington D. C., 2008. P. 25–27.

<sup>6</sup> Соловьев Э.Ю. Личность и право / Э.Ю. Соловьев // Вопросы философии. – 1989. – № 8. – С. 68.

<sup>7</sup> Henkin L. The Constitution and Other Holy Writ: Humane Right and Divine Commands? From The Judeo-Christian Tradition and the US Constitution. Proceedings of a Conference at Annerberg Research Institute, 1987.

<sup>8</sup> Мармазов В. Принцип верховенства права у практиці Європейського суду з прав людини / В. Мармазов // Часопис Київського університету права. – 2009. – № 2. – С. 262–271.

<sup>9</sup> Зеленський С.М. Функціональне призначення справедливості у кримінальному провадженні / С.М. Зеленський // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 2. – С. 97–101.

<sup>10</sup> Теория государства и права: учеб. для вузов / под ред. проф. В.М. Корельского, В.Д. Перевалова. – 2-е изд., изм. и доп. – М.: Норма, 2002. – С. 398.

### Резюме

**Обіход Т.В.** Історія виникнення і еволюції права і подолання проблем правозастосування в Україні як гарантія її успіху.

В аспекті соціально-економічних і політичних проблем України, відсутності повноцінного членства в ЄС є важливими приклади інших держав, наприклад Китаю в їх швидкому економічному зростанні. Дуже актуальним постає питання правозастосовної функції держави задля ефективного функціонування й боротьби зі злочинністю при дотриманні фундаментальних принципів правової форми здійснення функцій держави і виконанні всіх трьох етапів застосування права.

**Ключові слова:** соціально-економічні і політичні проблеми, потужний економічний розвиток, виникнення і еволюція права, принципи правової форми здійснення функцій держави.

## Резюме

**Обиход Т.В.** История возникновения и эволюции права и преодоление проблем правоприменения в Украине как гарантия ее успеха.

В аспекте социально-экономических и политических проблем Украины, отсутствия полноценного членства в ЕС являются важными примеры других государств, например, Китая в их быстром экономическом росте. Очень актуален вопрос правоприменительной функции государства для эффективного функционирования и борьбы с преступностью при соблюдении фундаментальных принципов правовой формы осуществления функций государства и выполнении всех трех этапов применения права.

**Ключевые слова:** социально-экономические и политические проблемы, мощное экономическое развитие, возникновение и эволюция права, принципы правовой формы осуществления функций государства.

## Summary

**Obikhod T.** The history of the emergence and evolution of law and overcoming the problems of law enforcement in Ukraine as a guarantee of its success.

In the aspect of the socio-economic and political problems of Ukraine, the lack of full-fledged membership in the EU, are important examples of other states, such as China in their rapid economic growth. A very important issue is the law enforcement function of the state for the effective functioning and fight against crime. It is necessary to adhere to the fundamental principles of the legal form of state functions and the implementation of all three stages of the application of law.

**Key words:** socio-economic and political problems, strong economic development, the emergence and evolution of law, principles of the legal form of the realization of state functions.

УДК 348 (474+476+477) "15-17"

## Ю.В. ЦВЕТКОВА

*Юліанна Володимирівна Цветкова, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

### ДЕЯКІ АСПЕКТИ ВЗАЄМИН ПРАВОСЛАВНИХ БРАТСТВ ВЕЛИКОГО КНЯЗІВСТВА ЛИТОВСЬКОГО, ЦЕРКОВНОЇ ІЄРАРХІЇ ТА КОРОНИ: ПІДҐРУНТЯ ТА ПРАВОВІ ЗАСАДИ

Церковні братства, що діяли на теренах Великого Князівства Литовського (далі – ВКЛ) мали специфічний правовий статус, властивий типовим середньовічним корпораціям. Правовий статус братств, їхній розвиток та вплив на суспільні й державно-правові процеси достатньо досліджені у вітчизняній та закордонній літературі в роботах В. Антоновича, Д. Блажейовського, Є. Дзюби, Л. Заборовського, Я. Ісаєвич, М. Кояловича, А. Криловського, А. Міроновича, Е. Мединського, Б. Флорі, К. Харламповича, Н. Яковенко та ін.

У творах більшості російських, радянських та навіть українських авторів XIX–XX ст. ст. братства вважаються беззастережною опорою православ'я та опозицією державним колам Речі Посполитої (далі – РП). Із цілком зрозумілим ідеологічним навантаженням підкреслюється роль братств у приєднанні земель РП до Московської (згодом Російської) держави. У цих дослідженнях братства, як правило, ілюструються як пригнічені польською владою напівлегальні установи, які демонструють справжній *vox populi* пересічного населення, що мріє позбутися польського верховенства та «возз'єднатися» із Московським патріархатом як єдиним справжнім захисником православ'я. При оцінці суспільної ролі братств акцент робиться саме на їхню релігійну діяльність<sup>1</sup>. Сучасна російська наука продовжує дотримуватися таких же наукових концепцій<sup>2</sup>. Такий підхід у роботах цих авторів пояснити дуже просто.

По-перше, на їх авторів впливає офіційна цензурована територіальна доктрина спочатку Російської імперії, а згодом Радянського Союзу, за якою, як за будь-якою класичною світовою імперською доктриною територіального зростання, поширюється думка, що широкі кола населення приєднаних до метрополії земель самі прагнуть увійти до складу імперії та докладають для цього неабиякі зусилля.

По-друге, акцент на релігійний аспект в діяльності братств в контексті зближення з Росією також зрозумілий. Православна церква Московського царства (згодом Російської імперії) з її виключним державним положенням могла запропонувати православним вірянам РП статус не просто віросповідання більшості. По суті православ'я на європейській частині Московії (згодом Росії) була єдиною масовою релігією сповідання – ситуація, неможлива навіть для уяви у тодішній мультирелігійній РП – що, на думку більшості авторів, мусило створювати для членів братств неймовірно привабливість ідеї проживання в державі православної державної релігії в оточенні виключно одновірців. Роль господарської та особливо політичної діяльності братств, яку вони провадили у РП, у російських та радянських джерелах прив'язується переважно до релігійного та опо-

зиційного державним інституціям РП руху або ж взагалі нівелюється – що й не дивно, адже російсько-радянське авторитарне суспільство не могло припустити такої діяльності у недержавній організації.

По-третє, важливим елементом, що формує наукову думку окремих дослідників та цілої спільноти і принципово впливає на їхнє усвідомлення історико-правових явищ є правовий менталітет. Авторитарне суспільство закритого типу створює у глибинній свідомості його мешканців в якості єдиного можливого образу суспільства та держави центроспрямовану уніфіковану модель, що ґрунтується на абсолютних можливостях правителя, прийняття ним рішень виключно керуючись власними бажаннями та беззастережне автоматичне виконання цих рішень усіма підданими. У випадку із правовим становищем братств такий підхід призводив до догми, що будь-які негаразди православного населення є наслідком свідомих волюнтаристських репресій з боку короля та його найближчого оточення.

У результаті такий підхід викликав штучну примітивізацію усвідомлення не тільки правового статусу братств, а й правового становища усієї православної церкви на теренах ВКЛ зокрема та РП в цілому і затьмарює й погіршує сучасне сприйняття цього періоду та його правових реалій в очах як науковців, так і пересічних громадян.

Європейські студії, доступ до яких починають сьогодні отримувати вітчизняні дослідники, звичайно, є менш заангажованими та демонструють погляди з іншої наукової позиції<sup>3</sup>. Це стає справжньою науковою новелою та предметом активної дискусії сучасних українських науковців, для яких одним із актуальних завдань в сьогоднішній складній політичній та суспільній ситуації є перегляд та переоцінка багатьох наукових історико-правових явищ через опрацювання альтернативних джерел та звільнення від декількасотрічної інерції ідеологічного навантаження. Одним із найефективніших способів переосмислення звичного у російсько-радянській літературі правового статусу братств є дослідження правової джерельної бази тих часів та аналіз політично-суспільних чинників, які впливають на них. Це дасть можливість побачити не таку однозначну та більш багатовекторну картину правового статусу, діяльності й мотивації братств на теренах ВКЛ.

У традиційній російсько-радянській літературі правовий статус братств нерозривно пов'язаний із релігійним аспектом їхньої діяльності в співпраці з православною церковною ієрархією. Однак взаємини братств та православної церкви були не такими однозначними. З середини XVI до середини XVII ст. діяльність братств сприймалася православною ієрархією негативно. Самоврядування, активна участь мирян у прийнятті рішень, приватне фінансування та прогресивні ідеї братств в очах православних традиціоналістів мала занадто багато рис протестантських громад, а деякі братства практично відкрито проголошували підтримку ідеям Лютера та Кальвіна<sup>4</sup>. Православна церква, знаючи відповідний досвід католицизму та не бажаючи його повторення, ставилася до цих ідей вкрай негативно, як і до будь-яких спроб створити відгалуження від себе. Так, отримання права ставропігії Львівським братством у 1586 р. від антиохійського патріарха Йоакима V дало братству контроль над місцевими єпископами та викликало тривалий конфлікт із єпископом Гедеоном Балабаном, ярим супротивником унії<sup>5</sup>. Городецьке братство вступило у відкритий конфлікт не тільки з місцевим священиком Г. Попелем, якого навіть оголосило єретиком, а й з єпископом Михайлом Копистенським у 1592–1593 рр., обвинувачуючи останнього у фінансових зловживаннях.

Якщо проаналізувати заснування та основні напрями діяльності братств на цьому етапі, чітко спостерігається їх економічна та соціальна функція, а релігійна виступає тільки як додатковий ідентифікаційний фактор. Наприклад, Віленське братство засновується для забезпечення виборів Ради міста, у складі якої, згідно з привілеєм Сигізмунда 1432 р., мало бути 50 % православних<sup>6</sup>. У міщанському середовищі XV–XVI ст. така економічно раціональна орієнтованість братств була значно більш актуальна, а тому привабливіша, ніж традиційні консервативні догмати православної церкви. Поєднання їх соціально-економічної діяльності із релігійним елементом в очах прогресивних представників міщанства та дворянства мало сприйматися як місцеві паростки раннього буржуазного ладу, що вже крокував Європою. Це створювало величезну конкуренцію православної церкві і в ідеологічному, і в матеріальному аспектах, адже братські релігійні структури «відтягували» на себе прихожан, а отже, вплив та кошти. Інколи вони навіть забирали парафіяльні церкви, усуваючи духовенство від управи<sup>7</sup> та позбавляючи його прибутків.

У свою чергу польські королі ставилися до братств краще, ніж до офіційної церковної православної ієрархії. По-перше, багато польських королів та впливового магнатського оточення у XVI ст. явно чи приховано підтримувало протестантизм, або, як мінімум, знаходило в ньому багато позитивних рис. Православні братства мали достатньо рис, схожих на протестантські громади, щоб проводити між ними аналогії в очах влади та додавати щодо них позитивного враження. По-друге, діяльність братств підвищувала економічний, науковий та освітній потенціал держави, тобто, фактично виконувала за приватні кошти державні функції, які мала б фінансувати корона із державної скарбниці, тобто корона мала усвідомлювати їхню економічно-соціальну користь. По-третє, створення братств, їх фінансування, діяльність їх посадовців відбувалась за ініціативи та коштів підданих, пересічних громадян, інтереси й добробут яких були безпосередньо пов'язані зі спокоем та успішністю існуванню РП як держави. Це потенційно відрізняло їх від священиків православної ієрархії, які знаходилися під матеріальним і кар'єрним впливом з боку Константинопольського та Московського патріархатів<sup>8</sup>, а отже, могли бути провідниками інтересів Московської та Османської держав, які на той момент перебували з РП у перманентних військових конфліктах. Тому випадки негативного ставлення польських урядових кіл до офіційної православної церкви в XIV–XVIII ст. можна обґрунтувати не стільки ідеологічними, скільки політичними чинниками. Діяльність братств могла бути для РП тим самим альтернативним варіантом легального сповідання православ'я без негативного зовнішньополітичного фактору.



Самі братства неодноразово наголошували на протестантських ідеях повернення до чистої виборності місцевих священників та їх незалежності від патріархів<sup>9</sup>, а, отже, й від політики Туреччини та Московії.

Вільна участь, самоврядування й приватне фінансування братства<sup>10</sup> були своєрідним щирим та об'єктивним показником суспільних настроїв середніх прошарків на місцях. Польські керівні кола в складних політичних умовах розвитку своєї державності та при її федеративному характері мали це враховувати.

Такий комплекс чинників привів до того, що братства були самостійними суб'єктами у державно-правових та суспільних відносинах РП, а ототожнювати їх правовий статус із статусом православної церкви є помилковим. Цю тезу доводить дослідження правової бази РП, яка регулювала діяльність обох інститутів порізно, причому преференції у наданні прав та привілеїв віддавалися саме братствам. Наприклад, Стефан Баторій вилучає у 1584 р. Свято-Троїцький монастир у Київського митрополита Онисифора та передає його Віленському братству.

Найяскравішими свідченнями особливого ставлення польського уряду до братств є привілейні грамоти, які вони здобували. Сигізмунд III, який традиційно був прихильником уніатської церкви, у 1592 р. на прохання православних міщан Берестя дозволяє їм створення православного братства<sup>11</sup>, аналогічну грамоту у 1592 р. отримує Мінське братство<sup>12</sup>, а в 1589 р. та 1602 р. надаються благословенна та охоронна грамоти братству Могилева. Пізніше ці привілеї були підтримані Владиславом IV у 1633 та 1641 роках. Також Сигізмунд III у 1589 р. видає вже ставропігійному Віленському братству привілей з правом власного управління та ведення господарської діяльності<sup>13</sup>, а в 1592 р. навіть звільняє його від сплати податків. Ініціативи королів щодо братств усвідомлювалися та підтримувалися і католицькою шляхтою, яка на сеймі 1607 р. на державному законодавчому рівні затвердила за братствами усі їхні права та привілеї<sup>14</sup>.

Погіршення ставлення корони до братств відбувалося за польсько-московських війн 1604–1618 рр., коли більшість із них виступили з різкою критикою королівських дій. Зокрема, за наказом Сигізмунда III була зачинена типографія Віленського братства та спалені надруковані нею матеріали<sup>15</sup>. Однак по закінченні військових дій ситуація знов пом'якшується: у 1619 р. Луцьке братство отримує дозвіл відновити спалені шпиталь, церкву та училище<sup>16</sup>. Отже, знов чітко спостерігається не релігійно-ідеологічний, а політичний чинник у ставленні корони до братств.

Свою прихильність до братств демонструє і такий відомий прихильник підтримки офіційної православної ієрархії, як Владислав IV. У 1633 р. він легалізував Більське православне братство та наказав уніатам передати їм три із п'яти існуючих в місті церков<sup>17</sup>, тобто, по суті у конфлікті конфесії, ближчої до державної релігії та іншої церкви, віддав перевагу останній. Віленське братство у 1623–1633 рр. надсилало своїх представників на конвокаційний сейм для вибору короля та отримало від новообраного Владиславом IV три храми, право необмеженого приймання коштів від будь-яких осіб та безперешкодно розпоряджатися майном. Величезним внеском до фінансової незалежності Віленського братства від православної церкви була передача йому монастиря Святого Духа, якому, в свою чергу, підпорядковувалося ще сім монастирів<sup>18</sup>. У 1633 р. Владислав IV видав привілей, що підтверджував легальність та дозволяв будівництво споруд Полоцькому братству<sup>19</sup>. Пінське та Мінське братства у 1697–1733 рр. активно підтримував король РП протестант Август II Сильний<sup>20</sup>.

Усі ці акти видаються та діють у той час, коли священники православної ієрархії масово замінюються уніатськими, тобто, на офіційну ієрархію чиниться певний психологічний та суспільний тиск. Але щодо братств у XVI–XVII ст. офіційна влада налаштована більш лояльно.

Однак у подальшому найбільша перевага православних братств в очах офіційної адміністрації – їхня економічна та господарська самостійність, а отже, незалежність від закордонних православних джерел фінансування, стає їхньою проблемою. Брак власних коштів міщан-учасників братств, пов'язаний із переходом частини вірян до католицизму або уніатства, примушує їх шукати додаткові засоби. Податкові пільги, що надають братствам королі РП, зменшують відтік коштів, але не збільшують їхнє надходження. Як наслідок, братства починають політику фаундрайзингу спочатку серед місцевого нобілітету, причому необов'язково православного. Так, Віленське братство користується фінансуванням як від православного магнату Богдана Огинського, так і з боку уніата Федора Скумін-Тишкевича та протестанта Христифора Радзивіла<sup>21</sup>. Пінське братство отримує кошти від магнатських родів Гарабурд, Соломирецьких та Володковичів, Більське Миколаївське братство – від проуніатського роду Сопіг. Могильовське братство фінансується Трубецькими, Солтиковими та Рудаковськими<sup>22</sup>. Одне із найстаріших братств, Буське, засноване у 1560–70-х рр., користувалося підтримкою роду Глининів, але врешті-решт у 1620-х рр. перейшло до унії та отримало фінансування від місцевої уніатської єпископії. Слуцьке братство, яке із самого заснування користувалося значною фінансовою підтримкою Юрія III Олельковича та родини Ходкевичів, із 1606 р. одержало фінансування від католика Януша Радзивілла та його православної дружини Софії, з середини XVII ст. самостійно провадило активну та дуже успішну підприємницьку діяльність<sup>23</sup>.

Православна церква, навпаки, докладает максимум зусиль щоб підкорити собі братства, вбачаючи в них своїх конкурентів і в фінансовому, і в духовному аспекті. Активну боротьбу за свою незалежність від церковної ієрархії проводило одне із найбагатших та економічно самостійних братств – Слуцьке Преображенське. До 1620 р. воно підпорядковувалося Київській митрополії, але представники братства змогли отримати від патріарха Феофана пряму ставропігію до Константинополя. У 1626 р. патріарх Кирило позбавив братство ставропігії та повернув під владу Київського митрополита, але у 1633 р. під впливом Владислава IV ставропігія та незалежність братства були відновлені, хоча й це було втручанням світської королівської влади у

внутрішньо-церковні справи, чого польські королі зобов'язувалися не робити. У 1650–1660 рр. між братством та Київською митрополією знов почалася боротьба за підпорядкування, яку братство де-факто програло: їм дозволили обирати священиків, але із обов'язковим благословенням митрополита Київського<sup>24</sup>. Тут ми взагалі спостерігаємо не тільки конфлікт братства та офіційної православної ієрархії, а й позицію королівської влади в цьому питанні – і остання висловлюється саме на користь братства.

Фінансові нестачі братств привертають до них увагу Московського патріархату, який пропонує їм свою матеріальну допомогу. Так, у середині XVIII ст. Більське братство звернулося за фінансовою підтримкою до Російської імперії та отримало її. У 1650 р. значну фінансову підтримку від Московського патріархату здобуло Полоцьке братство та ціла низка інших братств<sup>25</sup>. У другій половині XVII ст. більшість братств опинилося під впливом Московського патріархату, як і офіційна церковна ієрархія<sup>26</sup>, що одразу позбавило братства попередніх сподівань та ставлення до них польської корони як до місцевих, хоча й православних, але патріотичних осередків. Спробою боротися із цією тенденцією можна вважати прийняту Сеймом у 1676 р. постанову про заборону підтримувати контакти з Московським та Константинопольським патріархами і підпорядковуватися місцевим єпископам<sup>27</sup>, яка повною мірою все одно не виконувалася. Із зміною політичної орієнтованості братств можна пов'язати й зменшення королівських привілеїв в цей період. Так, Могилівському братству наказують підпорядкуватися «...в речах духовних под послушенством владыки теперешнего Полоцкого и напотом будучих, а в делах светских под властью вряду местного права Майдеборского»<sup>28</sup>, а в 1698 р. Август II видає привілей на друкарню не братству, а приватній особі М. Воцанці.

У результаті, протягом XVIII ст. братства ВКЛ чітко розподіляються на ті, які визнають унію, та на ті, що починають співпрацювати із православними патріархатами та проводити на території РП їхню політику. Однак навіть тут, спостерігаючи відверто негативні для себе, як до держави, наслідки, уряд РП не запроваджує активних дискримінаційних чи репресивних заходів ані проти братств, ані проти священницької ієрархії та дотримується на території ВКЛ свободи віросповідання для православного населення, хоча прихований опосередкований тиск все ж є наявним.

Діяльність братств, які співпрацювали із Московським патріархатом, сприяла не тільки проросійським настроям населення ВКЛ, які послабили РП у її боротьбі із Росією, а й переходу туди її східних земель, забезпечивши лояльність місцевого православного населення. Найцікавіше, що після остаточного приєднання цих земель до Російської імперії вони не тільки втратили статус суб'єкта федерації, міщани – права на самоврядування, а братства взагалі були ліквідовані або включені до структури офіційної церкви<sup>29</sup>.

Підсумовуючи вищезазначене, можна стверджувати, що діяльність православних братств мала більшу підтримку польської корони, ніж офіційна ієрархія православної церкви, і ототожнювати їхній правовий статус неправильно. На першому етапі свого розвитку братства були лояльними і навіть патріотичними щодо польської влади, були зосереджені на внутрішній власній економічній та соціальній діяльності як будь-яка типова середньовічна корпорація та становили прогресивну альтернативу класичним структурам православної церкви. Королівські привілеї, які отримують братства навіть тоді, коли стосунки корони й православної церкви є напруженими, свідчать про те, що офіційні кола РП цінували братства та прагнули залучитися їхньою підтримкою.

Правовий статус братств та ставлення до них з боку польської влади погіршується не через релігійний, а через економічно-політичний чинник: після потрапляння братств у фінансову залежність від Московського патріархату та офіційної церковної ієрархії братства втрачають самостійність, а як наслідок – і припиняють бути незалежними та незаангажованими структурами, на які б як на осередки приналежних до недержавної релігії, але відданих громадян могла б спиратися РП.

<sup>1</sup> Дмитриев М.В. Брестская уния и общественно-политическая борьба на Украине и в Белоруссии в конце XVI – первой половине XVII вв. / М.В. Дмитриев, Б.Н. Флоря, С.Г. Яковенко. – М.: Индрик, 1996. – Ч. 1: Брестская уния 1596 г.: исторические причины события. – 199 с. – С. 7 – 13; Коялович М.О. Чтения о церковных западнорусских братствах / М.О. Коялович // Шаги к обретению России. – Минск: Изд-во Белорусского экзархата, 2011. – 752 с. – С. 313; Макарий (Булгаков) История русской церкви. – СПб.: Тип. Имп. Акад. наук, 1879. – Т. IV. – Гл.1; Медынский Е.Н. Братские школы Украины и Белоруссии в XVI–XVII вв. и их роль в воссоединении Украины с Россией / Е.Н. Медынский. – М.: Изд-во Акад. пед. наук РСФСР, 1954. – 132 с.; Суворов Н.С. Учебник церковного права / Н.С. Суворов. – М.: Зерцало, 2004. – 477 с. – С. 106–107; Флеров И.О. О православных церковных братствах, противоборствовавших унии в Юго-Западной России в XVI, XVII и XVIII ст. / И.О. Флеров. – [Репр. изд. 1857 г. (компьютер. реконструкция)]. – [Минск: Православ. Братство во имя Архистратига Михаила, 1996]. – 200 с.

<sup>2</sup> Фефелова О.А. Православные братства на восточнославянских территориях Речи Посполитой во второй половине XVI – первой половине XVII века: автореф. дис. ... канд. истор. наук : спец. 07.00.02 / О.А. Фефелова. – Томск, 2001. – 20 с.; Лукашова С.С. Взаимоотношения клира и объединений мирян в восточных землях Речи Посполитой в конце XVI ст. : автореф. дис. ... канд. истор. наук : спец. 07.00.03 / С.С. Лукашова. – М., 2001. – 363 с.

<sup>3</sup> Chodźnicki K. Kościół prawosławny a Rzeczpospolita Polska. Zarys historyczny 1370–1632 – Warszawa: Drukarnia Kasy im. Mianowskiego, 1934. – 632 s.; Dziegielewska J. O tolerancje dla zdominowanych – Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1986. – 228 s.; Hodana T. Miedzy krolem a carem – Krakow: Scriptum, 2008. – 262 s.; Mironowicz A. Bractwa cerkiewne w Rzeczypospolitej. – Białystok: Offset-print, 2003. – 214 s. etc.

<sup>4</sup> Кашуба М.В. Реформаційні ідеї в діяльності братств на Україні (XVI – XVII ст.) / М.В. Кашуба // Секуляризація духовного життя на Україні в епоху гуманізму і Реформації. – К.: Наукова думка, 1991. – С. 42–48.

<sup>5</sup> Ісаєвич Я.Д. Братства та їх роль у розвитку української культури XVI–XVIII ст. / Я.Д. Ісаєвич. – К.: Наукова думка, 1966. – 248 с. – С. 77.

- <sup>6</sup> Mironowicz A. Bractwa... – S. 15.
- <sup>7</sup> Блажейовський Д. Берестейська ре-унія та українська історична доля і недоля / Д. Блажейовський. – Л.: Каменяр, 1995. – 646 с. – С. 23.
- <sup>8</sup> Hodana S. Вказана праця. – 34–35.
- <sup>9</sup> Ісаєвич Я.Д. Вказана праця.
- <sup>10</sup> Голубев С.Т. История Киевской духовной академии / С.Т. Голубев. – К.: Унив. тип., 1886. – 235 с. – С. 80–83; Mironowicz A. – С. 11.
- <sup>11</sup> Акты Южной и Западной России. – СПб.: Тип. Эдуарда Праца, 1863. – Т. 1. – 301 с. – С. 244.
- <sup>12</sup> <https://www.sedmitza.ru/lib/text/436372/>
- <sup>13</sup> <https://www.sedmitza.ru/lib/text/436372/>
- <sup>14</sup> [https://risu.org.ua/ua/library/books/autors/sadoviak\\_pmohyla/sadoviak\\_1](https://risu.org.ua/ua/library/books/autors/sadoviak_pmohyla/sadoviak_1)
- <sup>15</sup> Лист короля Сигизмунда III-го обывателямъ в. кн. Литовскаго, [w:] Акты, издаваемые... – Вильна, 1896. – Т. VIII. – № 44. – С. 93.
- <sup>16</sup> Архив Юго-Западной России. Акты, относящиеся к истории православной церкви в Юго-Западной Руси. – К.: Тип. Г.Т. Корчак-Новицкого, 1883. – Ч. 1. – Т. 4. – 938 с. – С. 474; № 185.
- <sup>17</sup> Акты, относящиеся к истории православной церкви в Юго-Западной Руси – К.: Тип. Г. Корчак-Новицкого, 1883. – Ч. 1. – Т. 4. – С. 658; № 267. – С. 723–725; № 291.
- <sup>18</sup> [https://risu.org.ua/ua/library/books/autors/sadoviak\\_pmohyla/sadoviak\\_3](https://risu.org.ua/ua/library/books/autors/sadoviak_pmohyla/sadoviak_3)
- <sup>19</sup> Киприанович Г.Я. Исторический очерк православия, католичества и унии в Белоруссии и Литве с древнейшего до настоящего времени / Г.Я. Киприанович. – Вильна: Тип. И. Блюмовича, 1895. – 235 с. – С. 88.
- <sup>20</sup> <http://kyiv-pravosl.info/2016/05/09/diyalnist-pinsko-ho-bohoyavlenskoho-bratsko-ho-monastyru-a-v-xvii-xx-st-st>
- <sup>21</sup> Mironowicz A. Вказана праця. – С. 34; Киприанович Г. Я. Вказана праця. – С. 88.
- <sup>22</sup> Mironowicz A. Вказана праця. – С. 41.
- <sup>23</sup> <http://nasledie-sluck.by/tu/sluchina/2075/>
- <sup>24</sup> Акты об унии и состоянии православной церкви с половины XVII в. (1648–1798). – № 2. – С. 2.
- <sup>25</sup> Акты, относящиеся к истории православной церкви в Юго-Западной Руси. – Ч. 1. – Т. 4. – С. 548–553; № 218–221. – С. 571–573; № 228–229; Акты, относящиеся к делу о подчинении Киевской митрополии Московскому патриархату (1620–1694). – 1872. – № 62. – С. 229.
- <sup>26</sup> Харлампович К.В. Малороссийское влияние на великорусскую церковную жизнь / К.В. Харлампович. – Казань: Изд. книжного магазина М.А. Голубева, 1914. – Т. 1. – 970 с. – С. 164–172.
- <sup>27</sup> Акты об унии и состоянии православной церкви с половины XVII в. (1648–1798). – № 15. – С. 29.
- <sup>28</sup> Акты Западной России. – СПб., 1851. – Т. 4. – С. 172.
- <sup>29</sup> Mironowicz A. Вказана праця. – С. 7.

#### Резюме

#### **Цветкова Ю.В. Деякі аспекти взаємин православних братств Великого Князівства Литовського, церковної ієрархії та корони: підгрунття та правові засади.**

Стаття є спробою переглянути традиційний підхід до усвідомлення правового статусу братств ВКЛ, їх взаємин з православною церквою та короною. Братства мали більшу підтримку польської корони, ніж офіційна ієрархія православної церкви, що підтверджується королівськими привілеями. Спочатку братства були зосереджені на власній економічно-соціалній діяльності як типова середньовічна корпорація та становили прогресивну альтернативу класичним структурам православної церкви, відносини з якою були напруженими. Ставлення до братств з боку польської влади погіршується, починаючи з другої половини XVII ст., не через релігійний чинник, а через потрапляння братств в фінансову залежність від Московського патріархату та церковної ієрархії, що призвело до втрати самостійності братств та їхньої лояльності до РП.

**Ключові слова:** православні братства, правовий статус релігійних меншин в Речі Посполитій в XVI–XVIII ст.

#### Резюме

#### **Цветкова Ю.В. Некоторые аспекты взаимоотношений православных братств Великого Княжества Литовского, церковной иерархии и короны: предпосылки и правовые основания.**

Статья является попыткой пересмотреть традиционный подход понимания правового статуса братств ВКЛ, их взаимоотношений с православной церковью и короной. Братства имели большую поддержку польской короны, чем официальная иерархия православной церкви, что подтверждается королевскими привилегиями. Изначально братства были сосредоточены на собственной экономико-социальной деятельности как типичная средневековая корпорация и составляли прогрессивную альтернативу классическим структурам православной церкви, отношения с которой были напряженными. Отношение к братствам со стороны польской власти ухудшается, начиная со второй половины XVII ст., не из-за религиозного фактора, а из-за попадания братств в финансовую зависимость от Московского патриархата и церковной иерархии, что привело к несамостоятельности братств и их нелояльности РП.

**Ключевые слова:** православные братства, правовой статус религиозных меньшинств в Речи Посполитой в XVI–XVIII ст.

#### Summary

#### **Tsvietkova Y. Some aspects of the Orthodox Confraternities relations to Church Hierarchy and Crown in the Grand Duchy of Lithuania: grounds and legal bases.**

The article revises traditional approach towards understanding of the orthodox confraternities' legal status. As evidenced by the King's privileges confraternities enjoyed more support from the Polish Crown than the official hierarchy of the Orthodox Church. At the beginning confraternities were loyal and even patriotic towards the Polish rule; they were concentrated on their social and economic

affairs as well as any typical medieval corporation and constituted a progressive alternative to official classic structures of the Orthodox Church. Attitude of the Polish powers starting from mid-XVII century deteriorated not because of religious reason, but because of the subjugation of confraternities to the Muscovy patriarchate and to the official church hierarchy, which resulted in their loss of independence and loyalty towards RP.

**Key words:** orthodox confraternities, legal status of religious minorities in Rzecz Pospolita in XVI–XVIII cent.

УДК 502.14 (477)

**А.Л. ГОЛОВКО**

*Аліна Леонідівна Головка, здобувач Національної академії внутрішніх справ*

## **ПРИРОДООХОРОННА ДІЯЛЬНІСТЬ В УКРАЇНІ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ РАКУРС**

Однією з найбільш актуальних проблем сучасності є охорона навколишнього природного середовища. Ця ситуація набула особливо важливого значення у зв'язку з розширенням масштабів і можливостей людства у сфері природокористування. Навколишнє природне середовище служить умовою та засобом існування людини, територією, на якій вона проживає, просторовою межею здійснюваної державної влади, місцем для розміщення об'єктів культурно-побутового призначення й іншою базисною основою людської життєдіяльності.

Навколишнє природне середовище утворює складне поняття, у рамках існування якого історично одержали розвиток складні форми взаємодії суспільства та природи: економічна (споживання природи людиною, використання її для задоволення людських потреб) та природоохоронна (охорона навколишнього середовища з метою збереження людини як біологічного й соціального організму)<sup>1</sup>.

Охорона навколишнього природного середовища, забезпечення раціонального використання, збереження і відновлення природних об'єктів та ресурсів, охорона й захист екологічних прав та обов'язків громадян нині є однією з основних функцій держави. У ст. 16 Конституції України зазначено, що забезпечення екологічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги на території України, подолання наслідків Чорнобильської катастрофи – катастрофи планетарного масштабу, збереження генофонду Українського народу є обов'язком держави<sup>2</sup>.

Природоохоронна діяльність держави здійснюється різноманітними формами та методами, що спрямовані на встановлення правопорядку в системі екологічних правовідносин. Така діяльність держави полягає насамперед у виданні законів та підзаконних нормативно-правових актів, що забезпечують регулювання відносин у сфері взаємодії суспільства і природи з метою збереження та відновлення довкілля, забезпечення екологічної безпеки<sup>3</sup>.

Питання формування державної політики у природоохоронній сфері, спрямованої на досягнення та підтримання стану екологічної безпеки в контексті державотворення, досліджувалися у працях В.І. Андрейцева, О.С. Баб'яка, П.Д. Біленчука, А.М. Гайдая, А.П. Гетьмана, І.М. Заріцької, Н.Р. Кобецької, А.М. Мірошніченка, Г.В. Тищенко, І.Б. Усенка, Т.П. Устименко, Ю.О. Чирви, Ю.С. Шемшученка, М.В. Шульги та інших. Необхідно зазначити, що теоретико-методологічний аналіз праць вітчизняних фахівців, у яких розглядалися природоохоронна діяльність держави, переконує у тому, що при певній розробленості цієї проблематики недостатньо уваги приділяється питанням щодо історико-правових аспектів становлення та розвитку цієї діяльності в Україні.

**Метою** статті є проведення періодизації історико-правового процесу становлення та розвитку природоохоронної діяльності в Україні на основі часових критеріїв та історичних джерел права.

У зв'язку із пошуком нових напрямів ефективного вирішення екологічних проблем сучасності увагу дослідників дедалі більше привертає історичний досвід становлення та розвитку природоохоронної діяльності в Україні. Адже на попередніх етапах становлення та розвитку нашої держави завжди можна віднайти подібні сучасним проблеми, які вже дістали певне вирішення. Відтак, істотно зростає роль історико-правових досліджень природоохоронної діяльності, які в комплексі з екологічними напрацюваннями закладають наукові підвалини для обґрунтованих узагальнень, висновків і рекомендацій, спрямованих на вдосконалення механізму здійснення екологічної функції держави.

На різних етапах існування України змінювалися форми і методи здійснення природоохоронної діяльності як складової екологічної функції держави. Необхідно визнати, що екологічної функції держави в сучасному розумінні не було, вона з'являється лише в 60–70 рр. XX століття<sup>4</sup>. Але це не означає, що її не існувало до цього часу зовсім. Ціла низка положень та норм, що містяться в історичних джерелах, свідчить про здійснення природоохоронної діяльності державою з найдавніших часів до сьогодення.

Історичний аналіз наявних джерел права дає змогу виділити кілька періодів становлення та розвитку природоохоронної діяльності в Україні, а саме:

а) давньоукраїнський період (право Київської Русі). У цей час переважно розвивалося земельне та лісове законодавство. У IX–XI ст. ліс України займав майже всю територію: від Дніпра до Карпат. Вперше про охорону лісів згадується в законах Ярослава Мудрого «О церковних судах й земських ділах», у яких мала місце лісоохоронна стаття. Ярослав Мудрий як представник державного управління в Київській Русі встановив у Руській Правді (XI ст.) перші обмеження промислу диких звірів. Практично ці настанови захищали не стільки звірів, скільки, наприклад, володарів бобрових гонів від браконьєрів. У XIII ст. у Володимиро-Волинському князівстві на певних територіях заборонялося полювання на всіх тварин<sup>5</sup>;

б) литовська доба (право литовсько-української держави XV–XVI ст.) До основних джерел природоохоронного права цього періоду належать: Судебник Казимира 1468 р., який регулював порядок розгляду земельних спорів; Литовські статuti 1529, 1566 і 1588 рр., які регламентували відносини з використання природних ресурсів та захисту права власності на природні ресурси<sup>6</sup>;

в) право Запорозьких козаків (козацьке звичаєве право) XV–XVIII століть. Охорона природи на території Запорозької Січі насамперед проявлялася в збереженні і раціональному використанні лісових ресурсів. Користуватися ними у Запорозькій Січі для власних потреб без особливого дозволу мали право тільки козаки та піддані Війська Запорозького, а сторонні особи повинні були обов'язково отримати на це дозвіл Коша або кошового отамана. Найбільшої шкоди, як зазначає І. Грозовський, завдавали лісам самовільні порубки дерев. Для затримання самовільних порубників лісу призначалися спеціальні команди, які своїми діями охороняли лісові масиви від протиправних посягань<sup>7</sup>.

На території Запорозьких Вольностей широко практикувалася передача окремих лісових ділянок за відповідними «орендами» на охорону козакам – власникам зимівників або слобід, які заохочувалися до розведення дерев, особливо плодкових порід. На підставі наказів Коша, що регулярно надсилалися на місця, місцева адміністрація мала ретельно стежити за станом лісів, не допускати самовільних порубок лісу, не давати порушникам ніяких поблажок під загрозою втрати чина, тілесних покарань і конфіскації майна. У Запорозькій Січі рибальські та мисливські угіддя були не менш важливими об'єктами охорони природи. На їх використання сторонні особи, які не перебували у підданстві Війська Запорозького, знову ж таки повинні були отримати спеціальний дозвіл Коша;

г) право Гетьманщини (охоплює період від утворення незалежної Української держави внаслідок визвольної війни під проводом Богдана Хмельницького у середині XVII ст. – до поширення на Україні російської правової системи у середині XIX ст.) У цей час виникають такі джерела природоохоронного права, як гетьманські універсали, згідно з якими здійснювався розподіл природних ресурсів, а також кодекси українського права. Серед них особливо відомими були: Права, за якими судиться малоросійський народ 1743 р., Екстракт малоросійських прав 1767 р., Зібрання малоросійських прав 1807 р., Звід місцевих законів західних губерній 1837 р. тощо. Ці правові джерела переважно містили компіляції та переробки литовських статутів, збірників магдебурзького права, гетьманських універсалів, але були деякі «оригінальні» норми. Вони були більш упорядкованими та більш детально регулювали природоохоронні відносини. У першій Українській Конституції Гетьмана Пилипа Орлика 1710 р. було закріплено певні природоохоронні норми, зокрема, щодо повернення захоплених російськими військами територій традиційного козацького природокористування;

г) право Української Народної Республіки (далі – УНР) (охоплює період існування автономних і незалежних державних утворень на території України у 1917 – 1922 рр.). Згідно з Універсалами Української Центральної Ради було націоналізовано природні ресурси, утворено земельні комітети для управління ними. Розвивалося земельне та лісове законодавство: було прийнято Тимчасовий земельний закон від 18 січня 1918 р., який врегулював порядок передачі землі в користування. Після утворення на Кубані самостійної Кубанської Народної Республіки, яка взяла курс на об'єднання з УНР, у 1918 р. приймається Закон «Про землю у Кубанському Краї». Після приходу до влади Гетьмана П. Скоропадського 29 квітня 1918 р. було відновлено приватну власність на природні ресурси і скасовано екологічне законодавство УНР. У цей час приймаються Закони «Про право на врожай» від 27 травня 1918 р. і «Про право продажу та купівлі землі поза міськими оселями» від 14 червня 1918 року. Після приходу до влади Директорії і відновлення УНР 18 грудня 1918 р. було знову націоналізовано природні ресурси для розподілу їх серед селян на праві користування. 8 січня 1919 р. приймається Закон «Про землю в УНР», а 10 січня 1919 р. – Закон «Про ліси в УНР». Таким чином, необхідно зазначити, що екологічне законодавство УНР регулювало порядок використання та охорони природних ресурсів, ресурсовпорядження, меліорацію<sup>8</sup>.

Окреме місце в історії становлення та розвитку природоохоронної діяльності в Україні займало земельне законодавство Західноукраїнської Народної Республіки, яке складалося з «Основ земельної реформи» від 7 березня 1919 р., Законів «Про землю Західної області УНР» від 14 квітня 1919 р., «Про заборону дій, які могли б зупинити виконання земельного закону» від 15 квітня 1919 р.<sup>9</sup>;

д) право УРСР у період перебування України у складі СРСР від 1919 р. – до проголошення суверенітету України у 1990 році. Характеризується впровадженням соціалістичних методів господарювання, націоналізацією природних ресурсів, правовим стимулюванням індустріалізації і збільшенням техногенного навантаження на природу.

Одним із перших нормативно-правових актів Радянської влади був декрет «Про землю»<sup>10</sup> (далі – Декрет). Цей нормативно-правовий акт скасовував право приватної власності на землю, її надра, ліси й води та встановлював на них право виключної державної власності. Декрет, поряд із іншими нормативно-правовими актами радянської влади («Декрет про мир», «Декрет про утворення робітничого і селянського уряду»

тощо), безумовно, є за своєю суттю актом конституційно-правового характеру і значення, оскільки оформив основи земельних відносин нової соціалістичної держави – Української Соціалістичної Радянської Республіки (далі – УСРР).

Декрет «Про землю» був спрямований на врегулювання відносин у сфері природокористування та закріпив докорінні зміни щодо власності на землю й інші природні ресурси. Причому встановлювалося, що у виключне користування держави (фактично – у власність держави) переходять тільки надра, ліси і води, які мали загальнодержавне значення, а всі дрібні річки, озера, ліси тощо переходили в користування громад.

Таким чином, Декрет «Про землю» мав величезний соціально-економічний сенс, оскільки заклав правові основи для подальшого раціонального природокористування, що було найважливішою передумовою проведення державних заходів із охорони природи (ст. 6).

Надалі ідеї націоналізації знаходять свій розвиток у Декретах «Про ліси» (1918 р.), «Про соціалізацію землі» (1918 р.) та «Про надра землі» (1920 р.).

Нормативно-правові положення перших радянських декретів, що регулювали питання використання і охорони землі та інших природних ресурсів, отримали надалі конституційно-правове закріплення. Так, у Конституції УСРР 1919 р. знаходять відображення положення декрету «Про землю» (скасування приватної власності на землю і націоналізації інших природних ресурсів)<sup>11</sup>.

Необхідно зазначити, що першими радянськими декретами (1917–1918 рр.) юридично був оформлений процес децентралізації управління землями та іншими природними ресурсами з передачею всієї повноти влади місцевим Радам депутатів. Так, згідно з декретом «Про землю» поміщицькі маєтки, так само як всі повітові, монастирські, церковні землі, переходили в розпорядження волосних земельних комітетів і повітових Рад селянських депутатів. Грунтуючись на зазначеному, можна зробити висновок, що Конституція УСРР 1919 р. приділяла увагу тільки питанням організації влади в країні (забезпечення диктатури трудящих). Підтвердивши скасування приватної власності на землю та на інші природні ресурси, документ визначав низку державних органів, наділених компетенцією у сфері природокористування.

Проте в Конституції УСРР 1919 р. не порушувалися питання охорони природи в цілому і навіть окремих природних ресурсів. На думку А.М. Гайдая, такий стан речей свідчить про те, що проблеми охорони природи за своєю актуальністю та значущістю стояли в той період далеко не на першому місці, і тому не забезпечувалися на конституційному рівні<sup>12</sup>.

У цей період нормативно-правове регулювання екологічних відносин державою зводилося переважно до питань використання та, меншою мірою, до охорони окремих природних ресурсів, що закріплювалося поточним законодавством – чинними декретами і постановами. На нашу думку, можна стверджувати, що цей етап в історії становлення та розвитку природоохоронної діяльності характеризується домінуванням нормативно-правового регулювання природокористування над природоохоронними відносинами.

Конституція СРСР 1924 р. на нормативно-правовому рівні фактично не регулювала відносини щодо використання та охорони природних ресурсів. У ній передбачався лише один пункт, присвячений цьому питанню – закріплення об'єктів відповідальності вищих органів СРСР у галузі природокористування<sup>13</sup>.

На основі Конституції СРСР приймалися нові конституції в союзних республіках, у т.ч. Конституція УСРР 1929 р. (далі – Конституція). Цією Конституцією та відповідними законами (які переважно дублювали союзні), всі природні ресурси оголошувалися власністю держави (ст. 4 Конституції). Необхідно зазначити, що ця норма закріплювалася у всіх радянських конституціях, аж до прийняття Конституції України 1996 року.

Нова віха в історії становлення та розвитку природоохоронної діяльності в Україні розпочинається із прийняттям Конституції УРСР 1937 року. Необхідно зазначити, що в цей період окреслилася тенденція до розширення і деталізації нормативно-правового регулювання відносин у сфері охорони та використання природних ресурсів. У Конституції СРСР 1936 р., на відміну від Конституції СРСР 1924 р., закріплювалося більше правових норм, які регулювали питання охорони та використання природних ресурсів. Конституція СРСР 1936 р. містила вже чотири статті, що мають безпосереднє відношення до цих питань (ст. ст. 6, 7, 8, п. «з» ст. 14), а також дотичне значення (наприклад, ст. ст. 4, 5, 131)<sup>14</sup>.

У Конституції СРСР 1936 р. також було проведено розмежування компетенції між Союзом РСР і союзними республіками у сфері нормативно-правового регулювання відносин щодо охорони та використання природних ресурсів. Конституція України 1937 р. закріпила компетенцію українських органів влади стосовно регулювання питань природокористування, а саме: встановлення порядку користування землею, надрами, лісами й водами» (п. «м» ст. 19 Конституції України 1937 р.).

Окремої уваги у процесі становлення та розвитку природоохоронної діяльності в Україні потребує післявоєнний період. Наприкінці 50-х – на початку 60-х рр. у всіх республіках СРСР були прийняті республіканські закони про охорону природи. В Українській РСР відповідний Закон «Про охорону природи в УРСР» було прийнято 30 червня 1960 року. Щоправда, помітної ролі у механізмі правового регулювання охорони природи у той період ці закони не відіграли. Вони не містили ефективних природоохоронних заходів, нормативних обмежень, санкцій тощо. У 70-х рр. приймаються союзні основи законодавства, що регулюють окремі природні об'єкти, а саме: основи земельного законодавства, водного, лісового, законодавства про надра, союзні закони про охорону атмосферного повітря, про охорону і використання тваринного світу. Для їх розвитку у союзних республіках були прийняті аналогічні кодекси і закони. Відповідно, до початку 70-х рр. у СРСР набув поширення диференційований підхід до регулювання використання та охорони природних об'єктів. У зв'язку з прийняттям окремих основ водного, земельного, лісового та іншого законодав-

ства обстоювалась позиція про існування окремих галузей права: земельного, водного, надрового, лісового тощо<sup>15</sup>.

Важливу роль у процесі становлення та розвитку природоохоронної діяльності відіграла постанова Верховної Ради СРСР від 20 вересня 1972 р. «Про заходи щодо подальшого поліпшення охорони і раціонального використання природних ресурсів», і прийнята на її виконання і розвиток постанова ЦК КПРС і Ради Міністрів СРСР від 29 грудня 1972 р. «Про посилення охорони природи і поліпшення використання природних ресурсів». Цими документами були затверджені принципові положення та основні напрями державної політики у сфері охорони навколишнього середовища та раціонального використання природних ресурсів, а також визначено основні повноваження державних органів у цій галузі<sup>16</sup>.

Паралельно розвивається ідея комплексного підходу до регулювання правових відносин, яка базувалась на положенні про те, що всі природні об'єкти взаємопов'язані, їх використання та охорона неможлива окремо, без врахування інших. В юридичній літературі була запропонована ідея про виділення окремої галузі – природноресурсового права, що як самостійна навчальна дисципліна почала згодом вивчатися у вищих навчальних закладах юридичного спрямування. Одночасно висловлюється думка про неможливість відокремлення і використання природних ресурсів від їх охорони та обґрунтовується позиція про існування двох взаємозв'язаних галузей: природноресурсового і природоохоронного права. У 80-х рр. в навчальних закладах починають читати навчальний курс «Природноресурсове право і правова охорона природи»<sup>17</sup>;

е) сучасний період (охоплює період з часу проголошення Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р.). Визначною подією стало прийняття Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25 червня 1991 року. Приймаються природноресурсні кодекси та інші нормативно-правові акти. Відбувається ратифікація актів міжнародного екологічного права. Екологічне законодавство стає однією з найбільших галузей законодавства України.

Таким чином, запропонована періодизація історико-правових аспектів становлення та розвитку природоохоронної діяльності в Україні, безумовно, не претендує на «істину в останній інстанції», але є підставою для подальшого наукового опрацювання цієї теми. Водночас, за нашими оцінками, вкрай актуальною нині постає необхідність переосмислення процесів формування й розвитку природоохоронної діяльності Української держави та організації комплексного дослідження новітньої історії екологічного права в Україні.

<sup>1</sup> Екологічне право : навч. посіб. / Т.П. Устименко. – К. : Алерта, 2016. – С. 8.

<sup>2</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=254%EA%2F96%E2%F0#Find>

<sup>3</sup> Екологічне право України : навч. посіб. / Н.Р. Кобецька. – К. : Юрінком Інтер, 2007. – С. 8.

<sup>4</sup> Там само. – С. 14.

<sup>5</sup> Екологічне право України : навч. посіб. / К.А. Рябець. – К. : Центр учбової літератури, 2009. – С. 6.

<sup>6</sup> Екологічне право України : навч. посіб. / Л.О. Бондар, В.В. Курзова. – К. : Бурун Книга, 2008. – С. 17.

<sup>7</sup> Грозовський І. Охорона природи в Запорозькій Січі / І. Грозовський // Право України. – 1997. – № 12. – С. 104.

<sup>8</sup> Екологічне право України : навч. посіб. / Л.О. Бондар, В.В. Курзова. – К. : Бурун Книга, 2008. – С. 17–18.

<sup>9</sup> Заріцька І.М. Історичний досвід розвитку земельного законодавства в Україні (1917–1921 рр.) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / І.М. Заріцька. – К., 2009. – С. 12.

<sup>10</sup> Про землю : Декрет від 26 жовтня 1917 р. // СУ РСФСР. – 1917. – № 1. – Ст. 3.

<sup>11</sup> Природноресурсовое право и правовая охрана окружающей среды : учеб. / под ред. В.В. Петрова. – М. : Юрид. лит., 1988. – С. 34–35.

<sup>12</sup> Гайдай А.М. Становлення і розвиток конституційних засад екологічного права в УСРР–УРСР (1917–1977 рр.) / А.М. Гайдай // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 3. – С. 259.

<sup>13</sup> Там само. – С. 259.

<sup>14</sup> Там само. – С. 260.

<sup>15</sup> Екологічне право України : навч. посіб. / Н.Р. Кобецька. – К. : Юрінком Інтер, 2007. – С. 15.

<sup>16</sup> Природноресурсовое право и правовая охрана окружающей среды : учеб. / под ред. В.В. Петрова. – М. : Юрид. лит., 1988. – С. 34–35.

<sup>17</sup> Екологічне право України : навч. посіб. / Н.Р. Кобецька. – К. : Юрінком Інтер, 2007. – С. 15.

#### Резюме

##### **Головко А.Л. Природоохоронна діяльність в Україні: історико-правовий ракурс.**

У статті проведено дослідження історичного процесу становлення й розвитку природоохоронної діяльності в Україні на основі часових критеріїв та історичних джерел права, а також запропоновано можливі підходи щодо його періодизації.

**Ключові слова:** екологічні права людини, охорона природи, періодизація, природні ресурси, природокористування, природоохоронна діяльність.

#### Резюме

##### **Головко А.Л. Природоохранный деятельность в Украине: историко-правовой ракурс.**

В статье проведено исследование исторического процесса становления и развития природоохранной деятельности в Украине на основе временных критериев и исторических источников права, а также предложены возможные подходы к его периодизации.

**Ключевые слова:** екологічні права людини, охорона природи, періодизація, природні ресурси, природопользовання, природоохоронна діяльність.

Summary

**Holovko A. Environmental protection activities in Ukraine: historical and legal perspective.**

The article analyzes the historical process of formation and development of nature conservation activity in Ukraine on the basis of time criteria and historical sources of law, and also suggests possible approaches to its periodization.

**Key words:** ecological human rights, nature protection, periodization, natural resources, nature management, environmental activities.

УДК 347.96

**Д.В. ГОНЧАР**

*Денис Васильович Гончар, аспірант Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*

## МЕХАНІЗМ ГАРАНТУВАННЯ ПРАВА НА ОТРИМАННЯ КВАЛІФІКОВАНОЇ ЮРИДИЧНОЇ ДОПОМОГИ

Визнання державою особливого значення права на кваліфіковану юридичну допомогу визначає потребу його теоретичного осмислення і розробки ефективного механізму його реалізації та гарантування.

Механізм гарантування прав людини як відносно самостійний за структурою і призначенням елемент механізму захисту прав і свобод людини і громадянина, актуальність якого визначається положеннями ст. 3 Конституції України<sup>1</sup>, наукою права достатньо ще не обґрунтований, а його юридична конструкція всебічно не розроблена. Проте варто вказати на доробок таких учених, як Т. Варфоломєєва, Т. Вільчик, В. Гончаренко, І. Гловацький, Ю. Грошевий, А. Джуська, А. Дубинський, О. Жуковська, Я. Зейкан, В. Малярєнко, М. Маркуш, О. Михайленко, В. Попелюшко, С. Сафулько, О. Святоцький, М. Сірий, З. Смітєнко, Ю. Шрамко, О. Яновська та інші.

Відповідно до теоретико-правових уявлень про механізм правового регулювання різноманітні правові явища, за допомогою яких здійснюється гарантування права на отримання кваліфікованої юридичної допомоги, утворюють цілісну систему – «механізм» і діють не ізольовано, а в комплексі. Як зазначає Т.І. Тарахонич, механізм правового регулювання є системним утворенням, динамічною, функціональною частиною правової системи, сукупністю послідовно організованих юридичних засобів, які знаходяться у певному взаємозв'язку та взаємодії між собою, що забезпечують досягнення соціально корисних цілей<sup>2</sup>. Сам термін «механізм» традиційно розуміють як сукупність прийомів практичного виконання чого-небудь<sup>3</sup>. Об'єктом гарантування при цьому, на нашу думку, є основні права людини.

Мета названого механізму гарантування полягає в тому, щоб зробити права і свободи людини та громадянина (у нашому випадку – право на отримання кваліфікованої юридичної допомоги) доступними для правовласників. Зазначимо, що йдеться саме про доступність користування правом. Тоді як рішення про необхідність користування тим чи іншим правом є прерогативою правовласника.

Гарантування права на отримання кваліфікованої юридичної допомоги – це процес, який охоплює кілька етапів:

- 1) створення умов правокористування;
- 2) закріплення юридичних засобів і способів користування досліджуваним правом і його захистом;
- 3) формування цілісної системи державних органів, враховуючи законодавче визначення їх компетенції та повноважень, призначених сприяти користуванню правом на отримання кваліфікованої допомоги і за потреби забезпечувати її захист;
- 4) практичне здійснення правозабезпечувальної і правозахисної компетенції державних органів та посадових осіб.

Важливо також зазначити, що під час формулювання стадій гарантування варто виходити з наявності підстав для користування правом на отримання кваліфікованої юридичної допомоги: акта конституювання; відображення досліджуваного права в актах міжнародного права, які є складовою частиною правової системи України, а також закріплення на конституційному рівні компетенції органів державної влади та посадових осіб щодо створення умов, засобів і способів правокористування.

Зауважимо й те, що на практиці деякі стадії можуть здійснюватися паралельно або, навпаки, мінятися місцями. Наприклад, закріплення будь-якої юридичної підстави, засобу і способу користування правом на отримання кваліфікованої юридичної допомоги та її захисту може відбуватися з одночасним закріпленням відповідної компетенції державного органу або посадової особи. Однак потрібно визнати, що останнє все ж



такі є другорядним і необхідне для того, щоб відповідний правовий інструментарій не залишився незатребуваним. Можлива також ситуація, коли за відсутності необхідних передумов (умов) законодавчо закріплюються підстави, засоби і способи користування правом на отримання кваліфікованої юридичної допомоги. Умови в цьому випадку позиціонуються як мета, до якої держава прагне у своєму розвитку. У такому разі велика ймовірність того, що це право так і залишиться нереалізованим. Отже, виділення стадій процесу гарантування призначене показати їх значущість і взаємозумовленість.

На першій стадії створюються й удосконалюються соціальні, економічні, політичні, духовні та інформаційні передумови (умови), що забезпечують можливість практичного користування правом на отримання кваліфікованої юридичної допомоги. Іншими словами, створюється найсприятливіше (оптимальне) середовище для цього.

Соціальні гарантії права на отримання кваліфікованої юридичної допомоги припускають передусім соціальну стабільність. Необхідно подолати соціальне розшарування в суспільстві. Праця працівників бюджетної сфери (викладачів, лікарів та інших) повинна гідно оплачуватися, як у більшості розвинених країн<sup>4</sup>. Тільки тоді можна буде говорити про доступність і, отже, гарантованість для цієї категорії громадян кваліфікованої юридичної допомоги. З огляду на це вчені-процесуалісти визнають, що рушійним фактором для формування руху «Доступ до правосуддя» стали якраз проблеми, пов'язані із реалізацією права на правову допомогу, а саме з неможливістю її отримання бідними верствами населення<sup>5</sup>.

Найважливішою функцією для України як соціальної держави є забезпечення права кожного на освіту, зокрема права кожного за підсумками конкурсу здобути вищу освіту. За відсутності системи підготовки фахівців у галузі юриспруденції не можна говорити про повноцінне (всебічне) гарантування права кожного на отримання кваліфікованої юридичної допомоги.

Серед економічних умов особливо варто виділити ринкову економіку, яка стабільно розвивається без критичного рівня інфляції та інших катаклізм, що призводять до зубожіння населення країни; зростання національного доходу; існування приватної та інших форм власності. Тільки в умовах ринкової економіки, яка стабільно розвивається, держава зможе забезпечити належний рівень допомоги малозабезпеченим, кількість яких має поступово зменшуватися завдяки підвищенню їх платоспроможності<sup>6</sup>. Лише у цьому разі може існувати ефективний конкурентоспроможний ринок юридичних послуг. Саме з появою приватної власності, на наш погляд, пов'язана поява великого сектору ринку юридичних послуг – бізнес-юристи (працівники фірм, що надають юридичну допомогу організаціям, які ведуть підприємницьку діяльність).

До політичних умов забезпечення права на юридичну допомогу можна зарахувати політичний режим. Перехід України від тоталітарного режиму до демократичного створює нові передумови реального здійснення прав і свобод людини та громадянина. Демократична атмосфера сприяє зростанню впевненості кожного громадянина в непорушності та реальності своїх прав, спонукає до соціальної активності. Українська держава не тільки проголошує, а й фактично забезпечує, гарантує права і свободи<sup>7</sup>. Зокрема, судовий процес має справді змагальний характер, що, безумовно, підвищило «реальність» права на отримання кваліфікованої юридичної допомоги в його процесуальній складовій.

Коли йдеться про духовні (ідеологічні) передумови користування правом на отримання кваліфікованої юридичної допомоги, гостро постає проблема правового нігілізму<sup>8</sup>. Попри активну пропаганду судового вирішення спору як найбільш дієвого способу захисту прав і свобод, у громадян, які вже стикались зі судовим процесом у дійсності, переважно зникає бажання звертатися до судових установ. Особливо гостро це відчувається в судах, де кваліфікація суддів досить низька, термінів розгляду справ не дотримуються. Уже стало нормою, коли розгляд цивільних справ в одній інстанції триває кілька років. Однією з причин цього, на наш погляд, є занадто велика завантаженість деяких судових ланок, яка виникла через їх нераціональне формування в процесі здійснення реформ. Як зазначає В. Крусс, «неухильно юридизована реальність відтворює замовлення на професіоналів, готових в повній відповідності з відомою софістичною пропозицією про людину як міру всіх речей доводити і захищати юридичну правоту як чого-небудь, так і прямо протилежного, анітрохи не переймаючись про моральний бік справи. Попит визначає пропозицію, і право часто захищає не тих, хто потребує захисту, а тих, хто може більш швидко і, бажано, неофіційно оплатити його ексклюзивні послуги»<sup>9</sup>. Саме тому необхідною ознакою правової держави сьогодні визнається доступність правосуддя, важливим елементом якого є право на професійну юридичну допомогу.

З погляду забезпечення реальності права на отримання кваліфікованої юридичної допомоги особливого значення набуває політика держави в галузі правової свідомості. На сьогодні більшість громадян має погане уявлення про свої права і свободи, тому не завжди усвідомлено ними користується. Задовольнити цю потребу може довідкова правова література, попит на яку поступово зростає, а також спеціальні радіо- і телепередачі, які роз'яснювали б громадян основи права, ознайомлювали б, зокрема, з їхніми правами та обов'язками. Належне висвітлення в засобах масової інформації – запорука успіху будь-якого державного проекту, пов'язаного з доступністю для кожної особи кваліфікованої юридичної допомоги. Зрозуміти, чи може громадянин претендувати на отримання безоплатної юридичної допомоги та куди йому потрібно звернутися, досить складно. За відсутності належного інформування це право людини може залишитися нереалізованим, а політика держави в цій галузі – неефективною (популістською).

Отже, гарантування права на отримання кваліфікованої юридичної допомоги є державним обов'язком, який повинен усвідомлюватися і виконуватися на всіх рівнях публічного управління: державному, муніципальному. Але потрібно зробити застереження, що гарантуюче закріплення юридичних засобів і способів

користування правом на отримання кваліфікованої юридичної допомоги – прерогатива органів державної влади. І як зауважує з цього приводу Т.Б. Вільчик, саме інститут адвокатури України повинен стати однією з провідних структур правової системи, здатною ефективно контролювати додержання органами державної влади прав і законних інтересів людини завдяки здійсненню суспільно значущих публічних функцій, зокрема: захисту суспільства в особі кожного його члена; професійно-правового контролю за забезпеченням органами державної влади конституційних прав і свобод людини; законотворчої ініціативи<sup>10</sup>.

Показником успішного функціонування механізму гарантування права кожного на отримання кваліфікованої юридичної допомоги є конституційно-правовий стан гарантованості цього права та компетентна юридична підтримка особи з боку держави. Тож право на отримання кваліфікованої юридичної допомоги, гарантоване Конституцією України, є суб'єктивним правом кожної особи. Це право має свій зміст та перебуває під захистом держави в разі його порушення.

<sup>1</sup> Конституція України : Закон від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

<sup>2</sup> Тарахонич Т.І. Механізм дії права, механізм правового регулювання, механізм реалізації права: особливості взаємодії / Т.І. Тарахонич // Держава і право. – 2010. – Вип. 50. – С. 13.

<sup>3</sup> Словник української мови / кер. В.В. Німчук та ін.; відп. ред. В.В. Жайворонок; Ін-т укр. мови НАН України. – К.: ВЦ «Просвіта», 2012. – С. 542.

<sup>4</sup> Сташків Б.І. Право соціального забезпечення. Загальна частина : навч. посіб. / Б.І. Сташків. – Чернігів : ПАТ «ПВК «Десна», 2016. – С. 58–59.

<sup>5</sup> Сакара Н.Ю. Проблема доступності правосуддя у цивільних справах: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Н.Ю. Сакара. – Х., 2006. – С. 16.

<sup>6</sup> Сташків Б.І. Право соціального забезпечення. Загальна частина : навч. посіб. / Б.І. Сташків. – Чернігів : ПАТ «ПВК «Десна», 2016. – С. 47–49.

<sup>7</sup> Тимошенко В.І. Держава як гарант свободи людини / В.І. Тимошенко // Наукові записки. Юридичні науки / НУ «Києво-Могилянська академія». – К., 2004. – Т. 26. – С. 85–87.

<sup>8</sup> Шитий С. Причини правового нігілізму та шляхи його подолання в Україні / С. Шитий, А. Бондаренко // Підприємство, господарство і право. – 2017. – № 2. – С. 235–239.

<sup>9</sup> Крусс В.И. Теория конституционного правоупользования / В.И. Крусс. – М.: Норма, 2007. – С. 361–362.

<sup>10</sup> Вільчик Т.Б. Адвокатура як інститут реалізації права на правову допомогу: порівняльно-правовий аналіз законодавства країн Європейського Союзу та України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / Т.Б. Вільчик. – Х., 2016. – С. 8.

### Резюме

#### **Гончар Д.В. Механізм гарантування права на отримання кваліфікованої юридичної допомоги.**

Стаття присвячена дослідженню механізму гарантування права на отримання кваліфікованої юридичної допомоги. Підкреслюється, що гарантування права на отримання кваліфікованої юридичної допомоги – це процес, який охоплює кілька етапів: створення умов правокористування; закріплення юридичних засобів і способів користування правом і його захист; формування цілісної системи державних органів, враховуючи законодавче визначення їх компетенції та повноважень, призначених сприяти користуванню правом на отримання кваліфікованої допомоги і за потреби забезпечувати її захист; практичне здійснення правозабезпечувальної і правозахисної компетенції державних органів і посадових осіб. Зроблено висновок про те, що право на отримання кваліфікованої юридичної допомоги, гарантоване Конституцією України, є суб'єктивним правом кожної особи. Це право має свій зміст та перебуває під захистом держави в разі його порушення.

**Ключові слова:** кваліфікована юридична допомога, права людини, гарантії реалізації права на кваліфіковану юридичну допомогу, механізм правового регулювання, доступність правосуддя, адвокатура.

### Резюме

#### **Гончар Д.В. Механизм обеспечения права на получение квалифицированной юридической помощи.**

Статья посвящена исследованию механизма обеспечения права на получение квалифицированной юридической помощи. Подчеркивается, что обеспечение права на получение квалифицированной юридической помощи – это процесс, который охватывает несколько этапов: создание условий правоупользования; закрепление юридических средств и способов пользования правом и его защитой; формирование целостной системы государственных органов, учитывая законодательное определение их полномочий, предназначенных способствовать пользованию правом на получение квалифицированной помощи и при необходимости обеспечивать ее защиту; практическое осуществление правообеспечивающей и правозащитной компетенции государственных органов и должностных лиц. Сделан вывод о том, что право на получение квалифицированной юридической помощи, гарантированное Конституцией Украины, является субъективным правом каждого человека. Это право имеет свой смысл и находится под защитой государства в случае его нарушения.

**Ключевые слова:** квалифицированная юридическая помощь, права человека, гарантии реализации права на квалифицированную юридическую помощь, механизм правового регулирования, доступность правосудия, адвокатура.

### Summary

#### **Gonchar D. The mechanism of ensuring the right to receive qualified legal assistance.**

The article covers the investigation of the mechanism for ensuring the right to receive qualified legal assistance. It is emphasized that securing the right to qualified legal assistance is a process that encompasses several stages: the creation of conditions for the use of rights; the consolidation of legal means and methods of using law and its protection; the formation of the integral system of state bodies,

taking into account the legislative determination of their competence designed to contribute to the use of the right to receive qualified assistance and, if necessary, ensure its protection; the practical implementation of the law-enforcing and human rights competence of state bodies and officials. It is concluded that the right to receive qualified legal assistance, guaranteed by the Constitution of Ukraine, is the subjective right of every person. This right has its own meaning and is under the protection of the state in case of its violation.

**Key words:** qualified legal assistance, human rights, guarantees of the realization of the right to qualified legal assistance, the mechanism of legal regulation, access to justice, advocacy.

УДК 340.15

**М.С. ПИРТКО**

*Михайло Сергійович Пиртко, аспірант Львівського національного університету імені Івана Франка*

## **ВПЛИВ ПОЛІТИКИ АБСОЛЮТИЗМУ НА СТАНОВЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА В АВСТРІЙСЬКІЙ МОНАРХІЇ У XVIII СТ.**

Зовнішньополітичний курс на євроінтеграцію України зумовлює необхідність вивчення й узагальнення національного та світового державно-правового досвіду. З метою формування належних гарантій прав людини, забезпечення стабільності правового розвитку, ефективності правозастосування в сучасній Україні важливо вивчити правову спадщину сусідніх держав. Значну наукову цінність має аналіз історичного державотворчого досвіду становлення і розвитку Республіки Австрія. Такий досвід для державотворчого процесу в Україні є надзвичайно корисним, оскільки дає можливість побачити модель західноєвропейської державності, тенденції її розвитку, політичної системи, західної демократії, інститутів прав і свобод людини тощо.

У історико-правовій літературі деякі аспекти впливу політики абсолютизму на становлення законодавства в Австрійській монархії у XVIII ст. досліджували такі українські вчені, як В. Кульчицький, І. Бойко, Б. Тищик, І. Настасяк, М. Никифорак, та інші, а також зарубіжні вчені, зокрема, П. Андерсон, О. Бальцер, К. Воцелка, Е. Прістер, Е. Цольнер та ін.

**Метою цієї статті** є історико-правове з'ясування впливу політики абсолютизму на становлення законодавства в Австрійській монархії у XVIII столітті.

У першій половині XVIII ст. імператорський двір неодноразово стикався з проблемою фахової підготовки чиновників з-поміж дворянства. З часом дворянське походження перестало слугувати визначальним аргументом під час призначення на державну службу. До цього спонукали дві причини: *по-перше*, австрійський імператорський двір вів постійні суперечки з представниками дворянства стосовно розмірів податків, тож призначати вихідців з цього стану на державні посади видавалося недалекоглядним кроком; *по-друге*, зростання ваги університетської освіти привело до появи кваліфікованих фахівців, чиї знання почали використовувати в органах управління, системі судочинства й армії. Такі зміни змусили і дворянство пристосуватися до конкуренції, виробити власний стиль освіти за принципом «не для школи, а для життя»<sup>1</sup>.

Не відкидаючи можливості навчання в найкращих університетах Європи, представники «благородного стану» (дворянства) володіли «іманентно притаманним» аристократії смаком, мудрістю й сміливістю. Все це згодом допомагало вірою і правдою служити своєму імператорові. Крім цього, молоді дворяни відвідували королівські/імператорські двори інших країн, вивчаючи мови, запозичуючи манери і заводячи важливі знайомства серед впливових політиків.

Такий спосіб набуття знань і навичок був украй важливим для успішної чиновницької кар'єри в імперії Габсбургів й увійшов в історіографію під назвою «аристократизація навчання». Упродовж XVII – першої половини XVIII ст. дворянство отримувало освіту в гімназіях та університетах (здебільшого на юридичних факультетах, які користувалися найбільшим попитом, хоч і рівень навчання був досить низький), фактично блокуючи соціальне зростання вихідців із третього стану – бюргерства. Загалом, використовуючи протиріччя між дворянством і третім станом, імператорський двір зміг задіяти їх у власних цілях, зміцнюючи при цьому свою владу. Так виникла тенденція відносної самостійності абсолютної монархії від своєї соціальної опори в широкому розумінні того слова<sup>2</sup>.

Заснування дворянських шкіл, подібних до німецьких рицарських академій, розпочалося в імперії Габсбургів із суттєвим запізненням. По суті, створення таких академій в Австрії почалося тоді, коли в німецьких державах професійною підготовкою дворянства до виконання ним управлінських функцій вже успішно займалися університети. Щоби ліквідувати «функціональну безкорисність» дворянства у суспільстві, її представникам необхідно було надати відповідну професійну підготовку. За задумом ідеологів освітніх змін, усі навчальні заклади – від початкової школи і до університету – повинні були виховувати новий тип громадянина, покликаного приносити користь суспільству – *Mitbürger*. Водночас, на нашу думку, дворянські навчальні заклади часто ставали своєрідними експериментальними установами для пошуку оптимальних організаційних форм та навчальних програм.

В умовах австрійського абсолютизму не вдалося кодифікувати розрізнене законодавство окремих країв (*Landesrechte*), хоч у XVII ст. в імперії Габсбургів вживалися окремі заходи до об'єднання цивільного права різних провінцій<sup>3</sup>. Юридична система Габсбурзької імперії базувалася на римському праві і являла собою комплекс правових актів стосовно адміністрації і судочинства, залежно від конкретного регіону<sup>4</sup>. Попри певну єдність правових норм стосовно судового процесу в окремих землях Австрії існувала суперечність між міським і сільським правом<sup>5</sup>.

Право австрійських провінцій не було всеохоплюючим і містило багато прогалин стосовно тлумачення тих чи інших випадків з юридичної точки зору. Такі прогалини спочатку заповнювало звичаєве право, а згодом правовий комплекс під назвою *Kammergerichtsordnung*. В основі австрійського кримінального процесу лежав загально-німецький кримінальний процес 1532 р., відомий як *Constitutio Criminalis Karolina*. У Нижній Австрії в 1550 р. було впроваджено т.зв. *Motivenbuch*, куди записували рішення, базовані на місцевому праві, а 1554 р. видано *Consuetudinaria*, у якій поміщено принципи звичаєвого права. У XVI ст. у всіх австрійських провінціях вже були видані збірники автентичних крайових прав, т.зв. *Landtafeln* – правовий статут. Таким чином, 1492 р. видано крайовий правовий статут Чехії, 1538 р. – Моравії, 1573 р. – Тіролю та Нижньої Австрії, 1574 р. – Штирії, 1629 р. – Верхньої Австрії<sup>6</sup>. Певною мірою характер кодексу мав виданий 1662 р. «*Consuetudines austriacae*»<sup>7</sup>.

Однак урядові збірники були малодоступні, а приватні не викликали абсолютної довіри. Саме тому 1704 р. був укладений і санкціонований владою законодавчий збірник «*Codex austriacus Leopoldinus*» («*Codicis austriaci ordine alphab. ordinate pars I*») за редакцією Франца Антона фон Гварієнта. Збірник складався з двох томів, які містили усе зобов'язуюче австрійське законодавство, укладене в алфавітному порядку: I том – літери А–L, II том – L–Z. Згодом до цього кодексу видано додатки «*Supplementa Codicis*», які містили закони, ухвалені після публікації основної частини кодексу<sup>8</sup>. Закони, прийняті у 1704–1720 рр., були видані щойно за імператриці Марії Терезії у 1748 р. за редакцією Себастьяна Герренлебена; другий додаток, що охоплював закони періоду 1721–1740 рр., видано у 1752 р. у Відні.

Спроби кодифікувати регіональне законодавство простежуємо у діяльності імператора Йосифа I, котрий у 1709 р. створив дві комісії – у Празі та Брно відповідно – з метою виробити спільні правові засади для Чехії, Богемії та Сілезії. На напрацювання комісій суттєво вплинули принципи природного права, ідеї якого поширювалися у цей час Європою<sup>9</sup>. Крім цього випадку, результативно завершилася кодифікація спадкового законодавства в 1720 р. у Штирії. На заваді всезагальної кодифікації, як це передбачали принципи абсолютизму, стояли інтереси дворянства, які прагнули зберегти вплив на управління і надалі користуватися різноманітними привілеями.

Найавторитетнішим навчальним закладом в імперії Габсбургів був, поза сумнівом, Віденський університет (*Alma Mater Rudolphina Vindobonensis*), утворений ще 1365 р. з ініціативи австрійського князя Рудольфа IV. Крім власних викладачів, тут читали лекції провідні науковці з Франції, Саксонії та інших європейських країн. З XV ст. Віденський університет перейшов на схоластичні позиції, відкинувши ідеї ренесансного гуманізму. Найвідомішим правником і викладачем університету того часу був Бернгард Вальтер – автор нарисів цивільного та процесуального права «*Aurei Tractatus iuris Austriaci*», котрого називають «батьком австрійського права»<sup>10</sup>. Правничі дослідження Б. Вальтера, зокрема, рецепція римського права на німецьких землях (*Ius Romano-Germanicum*), справили значний вплив на австрійських юристів XVII – початку XVIII ст., а саме: Йоганна Баптисту Зуттінгера, Йоганна Гайнріха Ройтера, Йоганна Вейнгартлера, Бенедикта Турна Гоффа, Бенедикта Фінстервальдера. Наприкінці XVII ст. до Штирії прибув юрист Ніколаус фон Бекманн (1634–1687 рр.), виходець із Північної Німеччини, котрий студював право у французькому Орлеані та шведському Лунді. У Граці в 1688 р. він опублікував працю «*Idea iuris et statutarii consuetudinarii Stiriaci et Austriaci cum Iure Romano collati*», в якій здійснив порівняння звичаєвого права Австрії і Штирії з римським правом<sup>11</sup>.

Юридичні факультети в університетах імперії наприкінці XVII–XVIII ст. були в неоднаковому становищі. Навчання права у зазначений час перебувало на низькому рівні, порівняно з іншими європейськими університетами. Єзуїти, які домінували у Відні та Граці, більше уваги приділяли теології і філософії, тоді як «світські» факультети, на зразок юридичного, занепадали. Не кращою виглядала ситуація в Інсбруку (Тіроль), хоч тут 16 років природне та римське право викладав авторитетний юрист Йозеф Ріггер. Натомість у Зальцбурзі розвиток правничої освіти, зокрема канонічного права, досяг високого рівня завдяки науковій і викладацькій діяльності кардинала Целестіно Сфондраті (1644–1696 рр.) – правника європейського рівня.

Австрійське процесуальне право XVII – початку XVIII ст. передбачало змагальність сторін та письмову форму процесу. Доказову базу забезпечували сторони процесу, надаючи судові свої претензії та заперечення (спростування). Після ознайомлення з доказами суд розпочинав розгляд справи по суті. На засіданні могли бути присутніми представниками обох сторін – прокуратури й адвокати. Починаючи з XVII ст. суд володів правом виносити вирок заочно. Судове рішення можна було оскаржити упродовж десяти днів у суді вищої інстанції. Стосовно апеляційного рішення могла бути винесена так звана ревізія, яка згідно зі статутом 1654 р. полягала в експертному висновку одного з юридичних факультетів імперії.

У рамках кримінальної системи монархії Габсбургів існував спеціальний інститут урядовців (*delator*), покликаних виявляти злочинців. З плином часу процес набув ознак інквізиційного, де допускалися тортури; вирішальним доказом вини виступало власне зізнання, суддя одночасно збирав докази і виступав прокурором, а вирок можна було винести на підставі підозр чи непрямих доказів<sup>12</sup>. Інквізиційний процес був узакон-

нений у 1532/1533 р. кримінально-судовим кодексом імперії (*Constitutio Criminalis Carolina*), названим на честь імператора Карла V «Кароліною» і поширювався на всі німецькі землі. Кодекс був побудований на презумпції вини, коли обвинувачуваний сам повинен був доводити свою невинність<sup>13</sup>. Значення цього документа полягало у чіткому визначенні злочину згідно із законодавством, визначалася кількість свідків, за наявності свідчень яких злочин вважався доведеним, впроваджувалися вимоги для суддів. Положення кодексу діяли на окремих землях імперії аж до другої половини XVIII ст., коли в результаті кодифікації кримінально-процесуального права у 1768 р. впроваджено новий кодекс – «Терезіану» (*Constitutio criminalis Theresiana*), що складався з двох частин: перша регулювала процесуальне, а друга – матеріальне право<sup>14</sup>.

Однією з особливостей абсолютистської держави було підпорядкування церкви державі і формування так званого *конфесійного абсолютизму*<sup>15</sup>. Інтереси держави і католицької церкви – і матеріальні, і політичні – збігалися. У випадку з Австрією влада підтримала заходи католицької Контрреформації, залишаючись опорою Святого Престолу у Римі. Контрреформація зміцнила позиції католицької церкви передусім у Штирії, Каринтії, а також в Нижній та Верхній Австрії. Контрреформація взяла за взірць іспанську модель і означала одночасну перемогу абсолютної влади над становою автономією в Австрії і приєднаними до неї землями. Габсбурги щедро обдаровували католицьку церкву конфіскованим у протестантів майном, зумовивши збагачення кліру та перетворення церкви на союзника австрійського абсолютизму. Однак опору Габсбургів у внутрішньополітичних питаннях на клір, на нашу думку, не можна трактувати однозначно. Священники функціонально не могли зрівнятися з чиновниками і аристократами у будівництві абсолютистської держави.

Починаючи від Фердинанда III і Леопольда I, імператори започаткували практику оголошувати папські булли без імператорського дозволу. Крім того, імператор володів правом *Primae Praeceptae* (право першості), згідно з яким він міг на власний розсуд у будь-якій церковній установі імперії заповнювати першу вакансію, яка звільнялася. Це, зрештою, викликало невдоволення Папи Римського, коли Йосиф I скористався цим правом у 1707–1708 рр. щодо італійських земель. І тільки 1709 р. було укладено мир, в якому Папа Климент XI з деякими обмовками визнав ерцгерцога Карла іспанським королем<sup>16</sup>.

Варто звернути увагу і на релігійну різноманітність в імперії: на чехів великий вплив справило лютеранство, багато представників угорського дворянства прийняло кальвінізм, і навіть окремі австрійські аристократичні родини перейшли на протестантизм (Дітріхштейни, Хефенхюллери, Штаремберги та інші)<sup>17</sup>. Однак, як вже йшлося вище, саме австрійський абсолютизм сприяв перемозі контрреформації і поверненню Богемії та Угорщини в лоно католицької церкви. Більше того, починаючи з 1720 р. ідентичність австрійської свідомості і політична влада Габсбургів значною мірою визначалася саме протистоянням протестантській Реформації. Ще на початку XVIII ст. протестантів вважали в Австрії державними злочинцями, яким, наприклад, для започаткування власної торгівлі необхідний був дозвіл імператора. У 1731 р. було заборонено не католикам займати громадські посади, що перекреслило кар'єрний ріст багатьом шляхтичам-кальвіністам і сприяло їхній еміграції.

Прояви протестантизму простежувалися також у власне австрійських землях, зокрема в Зальцбурзі. Місцевий архієпископ Леопольд Фірміан (1727–1744 рр.) ініціював процес навернення до католицизму зальцбурзьких протестантів, чисельність яких становила п'яту частину всього населення цієї землі. Унаслідок заходів католицької церкви у спілці з владою у 1732 р. понад 20 тис. протестантів покинули Зальцбург і подалися до Східної Пруссії<sup>18</sup> (окремі емігрували до провінції Зеландія в Нідерландах, а дехто – до американської Джорджії). Імперський уряд не намагався перешкодити таким діям у своїй провінції. На нашу думку, такий крок мав неоднозначні наслідки: з одного боку, імператорський двір продемонстрував своє бажання будувати абсолютистську державу спільно з католицькою церквою, а, з другого боку, монархія Габсбургів втратила чимало кваліфікованих і працьовитих робітників.

Економічне становище держави на зламі XVII–XVIII ст. не давало підстав імператорському двору для самозаспокоєння. Практично не існувало раціонально вибудованої господарської системи, яка б враховувала інтереси жителів імперії і водночас визначала перспективи на майбутнє. Імперія в другій половині XVII ст. зіткнулася з такими явищами при дворі, як непродумана фінансова політика, марнотратство, непропорційні видатки. Радники імператорів – Лобковіц, Ауершперг чи Шварценберг – передусім дбали про монархів і особисту користь, отримуючи чималі маєтки за вірнопідданство. Монархи, до певної міри, були від них залежними, хоч і мали біля себе радників недворянського походження<sup>19</sup>. Абсолютистська держава повинна була надавати допомогу у створенні єдиної ефективної національної економіки і виступити її реформатором. Водночас економічні реформи не були можливими без політичних перетворень. Як уже йшлося, наприкінці XVII ст. в Австрії розпочався рух за реформи, але він був обмежений невеликим колом чиновників при імператорському дворі.

Габсбурзька політика, спрямована на посилення імператорської влади, вимагала міцної фінансової бази, а відтак і реформування податкової системи. Податки з коронних земель становили незначну частку державного бюджету, тоді як наголос ставився на надходження з прямих та непрямих податків. До першого типу, зокрема, належали стягнення з королівських міст, до другого – оподаткування власності. Імператори намагалися запроваджувати, збільшувати та збирати податки за мінімальної згоди представницьких інституцій. Відень прагнув запобігти ухилянню від сплати податків з боку аристократії, чого вдалося певною мірою досягти до кінця XVII століття<sup>20</sup>.

Водночас простежувалися спроби поживити внутрішні транспортні сполучення і торгівлю. Для цього при імператорському дворі вирішили ліквідувати численні приватні і земельно-станові митниці, проходження

через які робило товари дорожчими. Однак реально вдалося ліквідувати лише внутрішні австрійські митниці, тоді як ліквідація митниць в рамках імперії Габсбургів припала вже на епоху освіченого абсолютизму, коли заходами Марії Терези та Йосифа II вдалося створити єдиний загальноімперський економічний простір<sup>21</sup>.

З другої половини XVII ст. в монархії Габсбургів зародилося господарство, кероване двором, і спрямоване на розвиток комерції, зокрема торгівлю та виготовлення ремісничої продукції. Для їхньої підтримки почергово створено декілька відомств: 1666 р. – Віденську комерційну колегію (*Kommerzkollegium*), 1705 р. – Комерційну депутацію земель (*Kommerzdeputation der Länder*), 1714 р. – Меркантильну комісію (*Merkanthilkommission*). У 1718 р. засновано Головну комерційну академію (*Haupt-Commerzien-Collegium*).

Сільському господарству імператорський двір приділяв суттєво менше уваги, тож тут станово-аристократичне мислення протрималося у сфері земельного помісного володіння ще тривалий час. Правовий статус селян доби австрійського абсолютизму (а селяни становили близько 80 % усього населення імперії) не суттєво відрізнявся від ситуації першої половини XVII століття. Однак намітилася тенденція до захисту його від надмірних поборів з боку пана. Крім того, видавалися регулятивні акти, які чітко визначали обсяги панщини. Та абсолютистська держава не вирізнялася турботою про соціальний і правовий статус селянина у державі. Залишалася проблема невідповідності між низькими прибутками у сільському господарстві та високими цінами на промислові товари<sup>22</sup>.

Зрештою, становище селян суттєво різнилося, якщо порівнювати регіони Австрії. У західних провінціях домінувало дрібне селянське господарство, а селяни там переважно вважалися спадковими користувачами землі і платили за неї грошову або ж натуральну ренту. Найкращим можна вважати становище селян Тіролю; значно гірше доводилося угорським підданам. Відмінними були і панщинні повинності: на заході країни вони були меншими, а на сході – більшими. На Заході зароджувалася вже нова економіка, тоді як на Сході панувало натуральне господарство<sup>23</sup>.

Імперія, яка потребувала грошей, для своїх великих військових витрат вдавалася як до практики застава, так і до позики коштів у спекулянтів, якими здебільшого виступали єврейські лихварі. Упродовж 1670–1703 рр. гроші державній казні позичав придворний банкір Самуїл Оппенгеймер, котрий раптом збанкрутував. Наступними «придворними банкірами» виступали Самсон Вертгеймер і Гундакар Штаргемберг, які позичали гроші на покриття видатків імператорського двору та військові кампанії. І тільки у 1705/1706 р. засновано Віденський банк (*Wiener Stadtbank*) – перший державний банк в імперії, який себе добре зарекомендував. Заснований 1714 р. державний Універсальний банк («*Universalbankalität*») був покликаний поєднати обслуговування державного боргу, функції казначейства і кредитної установи. Зрештою, через неефективну роботу його функцій у 1722 р. звели до звичайної скарбниці, а 1745 р. був ліквідований Марією Терезією.

Наприкінці XVII – на початку XVIII ст. в Австрії, дещо пізніше, ніж у Франції, поширення набув *меркантилізм* – система модернізації країни з безпосередньої ініціативи та за участі держави. Доктрина меркантилізму в Австрії та Пруссії знайшла своє вираження в так званій камералістиці, предметом дослідження якої виступало державне господарство. Порушувалися питання адміністрування, розвитку промисловості, торгівлі, фінансової політики, а також демографічні зміни. У монархії Габсбургів традиційний меркантилізм поєднувався із тогочасними уявленнями фізіократів, з особливою увагою до аграрного виробництва і політики господарського невтручання (*laisser-faire*) всередині країни<sup>24</sup>.

Для імперії Габсбургів економічні зміни, згідно з принципами меркантилізму, були надзвичайно важливими, оскільки розвиток мануфактур сприяв зростанню прибутків імператорського двору без дозволу станів. До того ж, меркантилістські ідеї сприяли зміцненню могутності династії і поширенню абсолютизму. За правління імператора Карла VI австрійський абсолютизм став виявляти більше уваги до розвитку промисловості. Втім, не треба забувати, що абсолютизм апелював до категорії «традиції», ставлячи перед державою завдання не тільки їх дотримуватися, а й розбудовувати. Звідси і суперечливий характер економічних реформ, а також намагання регулювати те чи інше виробництво (частково в інтересах заінтересованих станів). Ринок диктував потреби виробування нових культур і продукування нових товарів. Наприклад, поширення набрало виробування тютюну (завезений 1659 р.). Розвиток промисловості зумовив будівництво доріг (наприклад, між Віднем і Трієстом)<sup>25</sup>.

З початку XVIII ст. розвиток мануфактурного виробництва прискорився, а його центрами стали Сілезія, Чехія, Нижня та Верхня Австрія. Льонарство та виготовлення паперу були оголошені позацеховими ремеслами, а підприємці отримували фінансове заохочення. Стали виникати централізовані мануфактури. У 1722 р. у Гайнзбурзі була споруджена імператорська тютюнова фабрика. Набула свого поширення індустрія виготовлення предметів розкоші: 1709 р. в Нижній Австрії створено фабрику дзеркал, 1718 р. – фабрику порцеляни у Відні. На чеських землях почала активно розвиватися текстильна промисловість<sup>26</sup>. Імператорський двір прагнув створити декілька зразкових і, що головне, прибуткових мануфактур, аби привабити до держави грошовитих промисловців. Однак дуже часто перші мануфактури зазнавали банкрутства.

Серед галузей австрійської промисловості доречно виокремити металургію. Залізо і сталь, сировину для яких добували на рудниках Штирії і Каринтії, славилися у всій Європі. Гарматні ядра, серпи, коси та інші металеві вироби користувалися попитом у Німеччині (у німецьких країнах) та Речі Посполитій. Імперія Габсбургів на кінець XVII – початок XVIII ст. вважалася найбільшим у Європі виробником заліза і виробів з нього.

Серед теоретиків австрійського меркантилізму особливе місце займає постать Йоганна Йоахіма Бехера (1635–1682 рр.) – лікаря, власника торговельної компанії, автора праці «Політичний дискурс про властиві

причини розвитку і занепаду міст, країн і республік» (1668 р.). Він звертав увагу на небезпеку монополії та штучне гальмування конкуренції для розвитку економіки<sup>27</sup>. Для імператорського двору Й. Бехер підготував меморандум про потребу створення комерційної колегії, покликаної піклуватися про заснування мануфактур і поширення торгівлі. Значення Бехера в історії державно-правової думки Австрії полягає в тому, що він першим акцентував увагу на потребі зменшення імпорту й оживлення економіки завдяки промисловості й торгівлі.

Іншим ідеологом австрійського меркантилізму був швагер Й. Бехера – Філіп Вільгельм фон Хьорнік (1638–1712 рр.; уродженець Майнца), котрий запропонував реформувати економіку країни, здійснивши декілька пов'язаних між собою заходів. Мислитель був переконаний, що імперія Габсбургів володіє великим економічним потенціалом. Крім власне економічних ініціатив, Ф.В. фон Хьорнік зробив спробу охарактеризувати найкращий державний устрій, визначити напрям розвитку Австрії, проаналізувати права і обов'язки корони, становища громадян<sup>28</sup>. Зокрема, Ф.В. фон Хьорнік у праці «Австрія понад усе, якщо вона тільки цього захоче» («*Österreich über Alles, wann es nur will*», 1684 р.; праця витримала кільканадцять перевидань і вважається головним твором австрійського меркантилізму XVIII ст.) рекомендував задля ефективного використання ресурсів країни їх детально дослідити; переробляти сировину всередині країни; поширювати серед населення найновіші винаходи, запрошувати знавців із закордону; золото і срібло не повинне експортуватися, більше того, ці цінні метали мали б перебувати у вільному обігу; прищепити у населення переконання користуватися власними, а не імпортованими товарами; необхідний імпорт мав би оплачуватися не золотом, а товарами; якщо щось імпортувати, то бажано сировину, щоби її можна було переробляти всередині країни; необхідно розширювати ринки збуту ззовні; товари, які можна виготовити всередині країни, не повинні імпортуватися. Імператор Йосиф I прихильно ставився до ідей реформаторів-меркантилістів, трактуючи їх як можливість зміцнити позиції Австрії на міжнародній арені<sup>29</sup>.

Отже, можемо зробити такі висновки. Ключовим політико-правовим началом, навколо якого об'єднувалися землі Австрійської імперії, виступала правляча династія Габсбургів. Початок централізації монархії Габсбургів пов'язуємо з іменем імператора Фердинанда II, тоді як становлення австрійського абсолютизму (*придворного* або *конфесійного* абсолютизму) доцільно виводити після Тридцятилітньої війни (1648 р.). Консолідація імперської влади в австрійській і чеській частинах габсбурзьких володінь до середини XVIII ст. створила передумови для більш однорідного централізованого абсолютизму. Однак головною перешкодою для унітарної абсолютистської держави тривалий час залишалася Угорщина. Угорське дворянство всіляко противилося австрійському абсолютизму: упродовж XVII – початку XVIII ст. воно чотири рази підіймало повстання проти влади Габсбургів.

Зміцнення державної влади монарха у XVII – першій половині XVIII ст. варто пов'язувати із частими війнами та розвитком торгівлі. Армія була важливою і постійною частиною розвитку австрійського абсолютизму, однак мілітаризація держави стримувалася кордонами її централізації. Відтак, австрійський абсолютизм історично був слабшим за його французький чи пруський аналоги. Попри це, в умовах військових загроз і викликів відбувалися реформи державних інституцій. З метою стабілізації і посилення державної влади Відень ініціював створення нових органів центральної і регіональної влади, прагнув реформувати правову систему, фінанси та збір податків.

Державна слабкість Габсбурзької імперії на початку XVIII ст. зумовлювалася відсутністю міцних економічних зв'язків між окремими регіонами та багатонаціональним складом держави. Унаслідок ухвалення «Прагматичної санкції» 1713 р. Габсбурзька монархія перетворилася із зібрання провінцій з різним ступенем підпорядкування монархові на централізовану імперію. У той час як єдність Священної Римської імперії виявилася суттєво підірваною, в австрійській частині монархії спостерігалися протилежні тенденції, спрямовані на зміцнення ваги центральної влади.

Навіть у своїй найвищій точці розвитку в австрійському абсолютизмі були відсутні структурна узгодженість і визначеність, хоча він претендував на повну самодостатність. Середньовічні політичні інститути не подавлялися так, як це було в Пруссії, а перетворювалися на слухняний інструмент влади Габсбургів. Австрійський абсолютизм не еволюціонував у бік деспотичної чи необмеженої влади, а імператорові довелося одночасно опиратися на панівні соціальні групи у здійсненні своєї політики.

<sup>1</sup> Хаванова О. Австрійський просвещенний абсолютизм и подготовка венгерского дворянства к государственной службе во второй половине XVIII века / О. Хаванова : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.dissertcat.com/content/avstriiskii-prosveshchennyi-absolyutizm-i-podgotovka-vengerskogo-dvoryanstva-k-gosudarstvennoi-sluzhbe-vo-vtoroi-polovine-xviii-veka> [17.10.2017].

<sup>2</sup> Захаров В. Російський і зарубіжний конституціоналізм кінця XVIII – 1-й чверті XIX вв. Опыт сравнительно-исторического анализа / В. Захаров. – М. : Изд-во «Прометей», 2017. – Ч. 1 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://books.google.com.ua/books?id=TKIDQAAQBAJ&pg=PT205&lpg=PT205&dq...> [7.11.2017].

<sup>3</sup> Кульчицький В. Державний лад і право в Галичині в другій половині XIX – на початку XX ст. / В. Кульчицький. – Л.: Машинно-офсетна лабораторія Львівського університету, 1966. – С. 56.

<sup>4</sup> Till E. Wykład prawa rzeczowego austriackiego. – Lwów: Nakładem Księgarni Seyfartha i Czajkowskiego, 1888. – S. 11.

<sup>5</sup> Бойко І.І. Історія правового регулювання цивільних, кримінальних та процесуальних відносин в Україні (IX–XX ст.): навч. посіб. для студ. вищ. навч. закладів / І.І. Бойко. – Л.: Видавн. Центр ЛНУ імені Івана Франка, 2014. – С. 718.

<sup>6</sup> Огоновський О. Систем австрійського права приватного / О. Огоновський. – Л.: 3 друкарні НТШ, 1897. – Т. 1: Науки загальні і право річеве. – С. 2–3.

- <sup>7</sup> *Consuetudines austriacae* : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://books.google.com.ua/books/about/Consuetudines\\_Austriacae\\_ad\\_stylum\\_excel.html?id=QLIaAAAAcAAJ&rediresc=y](https://books.google.com.ua/books/about/Consuetudines_Austriacae_ad_stylum_excel.html?id=QLIaAAAAcAAJ&rediresc=y) [15.11.2017].
- <sup>8</sup> *Codex Austriacus Leopoldinus. Band 1 // Gemeinschaftliche Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte: Fünfter Theil.* – Wien: Ritters, 1838. – S. 5.
- <sup>9</sup> *Till E. Wykład nauk ogólnych prawa prywatnego austriackiego.* – Lwów: Nakładem Księgarni Seyfartha i Czajkowskiego, 1892. – S. 15.
- <sup>10</sup> *Hamza G. Die Entwicklung des Privatrechts und die romischrechtliche Tradition in der osterreichischen erbländern (erbländen) und in Osterreich // AFDUDC (Anuario de Facultad de Derecho da Universidad de Coruna).* – 2009. – Nr 13. – S. 323.
- <sup>11</sup> *Valentinitich H. Dr. Nikolaus von Beckmann (geboren 1634, gestorben 1687) – Ein Jurist als Befürworter des Hexenwahnes :* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.g.uni-klu.ac.at/kultdoku/kataloge/23/html/2013.htm> [1.12.2017].
- <sup>12</sup> *Тищик Б. Історія держави і права Австрії та Австро-Угорщини (X ст. –1918 р.): навч. посіб. / Б. Тищик.* – Л.: Юрид. ф-т Львів. нац. ун-ту імені Івана Франка, 2003. – С. 61.
- <sup>13</sup> *Monumenta augustae domus Austriacae. Tom 3...* – S. 204.
- <sup>14</sup> *Бойко І.Й. Галичина у державно-правовій системі Австрії та Австро-Угорщини (1772–1918) : навч. посібник / І.Й. Бойко.* – Л.: ЛНУ імені Івана Франка, 2017. – С. 267.
- <sup>15</sup> *Воцелка К. История Австрии / К. Воцелка.* – М. : Весь Мир, 2007. – С. 178.
- <sup>16</sup> *Шмидт Г. Иосиф I (1705–1711) // А. Шиндлинг, В. Циглер. Кайзеры...* – С. 239.
- <sup>17</sup> *Андерсон П. Родословная абсолютистского государства...* – С. 285.
- <sup>18</sup> *Цьолнер Е. Історія Австрії...* – С. 262.
- <sup>19</sup> *Wereszycki H. Historia Austrii...* – S. 112.
- <sup>20</sup> *Вандич П. Ціна свободи. Історія Центрально-Східної Європи...* – С. 107.
- <sup>21</sup> *Цьолнер Е. Історія Австрії...* – С. 280.
- <sup>22</sup> *Цьолнер Е. Історія Австрії...* – С. 272.
- <sup>23</sup> *Wereszycki H. Historia Austrii...* – S. 111.
- <sup>24</sup> *Merkantilismus :* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.aeiou.at/aeiou.encyclop.m/m550318\\_en.htm](http://www.aeiou.at/aeiou.encyclop.m/m550318_en.htm) [10.09.2017].
- <sup>25</sup> *Grodziski S. Habsburgowie. Dzieje dynastii...* – S. 147.
- <sup>26</sup> *Wereszycki H. Historia Austrii...* – S. 114.
- <sup>27</sup> *Rothbard M. N. Economic Thought before Adam Smith. An Austrian Perspective...* – P. 493.
- <sup>28</sup> Там само.
- <sup>29</sup> *Huber A. Österreichische Reichsgeschichte: Geschichte der Staatsbildung und des öffentlichen Rechts...* – S. 154.

#### Резюме

**Пиртко М.С. Вплив політики абсолютизму на становлення законодавства в Австрійській монархії у XVIII ст.**

У статті проаналізовано вплив політики абсолютизму на становлення законодавства в Австрійській монархії у XVIII столітті. Зазначено особливості розвитку політики австрійського абсолютизму в досліджуваний період. Автор акцентує увагу на тому, що у XVIII ст. було досягнуто значних успіхів у становленні законодавства в Австрійській монархії у XVIII столітті.

**Ключові слова:** політика, абсолютизм, законодавство, Австрійська монархія, Габсбурги.

#### Резюме

**Пиртко М.С. Влияние политики абсолютизма на становление законодательства в Австрийской монархии в XVIII в.**

В статье проанализировано влияние политики абсолютизма на становление законодательства в Австрийской монархии в XVIII веке. Указаны особенности развития политики австрийского абсолютизма в исследуемый период. Автор акцентирует внимание на том, что в XVIII в. были достигнуты значительные успехи в становлении законодательства в Австрийской монархии в XVIII веке.

**Ключевые слова:** политика, абсолютизм, законодательство, Австрийская монархия, Габсбурги.

#### Summary

**Pyrtko M. Influence of the policy of absolutism on the formation of legislation in the Austrian monarchy in the XVIII century.**

The article analyzes the influence of the policy of absolutism on the formation of legislation in the Austrian monarchy in the XVIII century. The peculiarities of the development of the policy of Austrian absolutism in the investigated period are noted. The author focuses on the fact that in the XVIII century, significant progress was made in the development of legislation in the Austrian monarchy in the eighteenth century.

**Key words:** politics, absolutism, legislation, Austrian monarchy, Habsburg.



**О.П. ЧЕРНОВОЛ**

*Ольга Петрівна Черновол, аспірант Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*

## **МЕХАНІЗМ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ТА РЕАЛІЗАЦІЇ ОСНОВНИХ ОБОВ'ЯЗКІВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА: ОКРЕМІ АСПЕКТИ**

Сучасний етап розвитку вітчизняної правової науки характеризується тенденцією до переосмислення пріоритетних напрямів дослідження, оскільки все частіше науковці, базуючись на існуючих теоретичних напрацюваннях та використовуючи при цьому новітні підходи, з урахуванням зарубіжного досвіду, у тому числі країн Європейського Союзу, намагаються розробити теорію реалізації Конституції України, її використання як рушійної сили соціального прогресу. Дана обставина зумовлена тим, що саме Конституція України визначає модель організації держави й суспільства, оскільки має найвищу юридичну силу, закріплює межі допустимої та дозволеної поведінки людини і громадянина.

Українська модель правового закріплення та реалізації обов'язків людини і громадянина характеризується визначеністю основних обов'язків у нормативно-правовому акті, який включає в себе механізм їх реалізації. Цей механізм передбачає наявність низки умов їх виконання, визначає способи виконання, коло суб'єктів обов'язків та види юридичної відповідальності, які можуть бути застосовані до таких суб'єктів у разі невиконання або не належного виконання обов'язків.

При цьому саме правова основа визначення такого механізму виступає ключовим фактором, який впливає на ефективність його дієвості, оскільки визначає засади, на основі яких відбувається виконання того чи іншого основного обов'язку. В Україні інститут обов'язків людини і громадянина характеризується проблемністю реалізації всіх його складових, оскільки наразі механізм забезпечення та реалізації обов'язків людини і громадянина побудований таким чином, що основні обов'язки носять декларативний характер, існує практика ухилення від їх виконання. Відтак, недостатньо лише законодавчого закріплення основних обов'язків людини і громадянина, необхідно створити правову основу механізму їх забезпечення та реалізації.

Варто зауважити, що деякі вітчизняні науковці робили спроби здійснити аналіз механізму забезпечення та реалізації основних обов'язків людини і громадянина в Україні. Це, зокрема, О.В. Білоскурська, Л.І. Летнянчин, Є.І. Джумурат та інші. Однак вказані дослідження стосувались окремих питань вказаного механізму або окремих обов'язків. При цьому в українській правовій науці відсутній ґрунтовний аналіз правових засад механізму забезпечення та реалізації основних обов'язків людини і громадянина з урахуванням відповідних законодавчих змін.

Чинна Конституція України у 1996 р. стала поштовхом для початку нового етапу розвитку правових засад механізму реалізації основних обов'язків, які мають деякі відмінності порівняно з Конституцією УРСР. Зокрема, п. 1 ст. 92 Основного Закону України містить вказівку, що саме законами визначаються основні обов'язки громадянина. Крім того, містяться прямі посилення на необхідність встановлення законом визначеного порядку їх реалізації<sup>1</sup>. У Конституції УРСР містилась норма, що обов'язки громадян щодо забезпечення безпеки країни та зміцнення її обороноздатності визначаються законодавством України (ст. 30). Вказані новели є досить вагомими з огляду на те, що основні обов'язки людини і громадянина реалізуються за допомогою законів, які приймаються Верховною Радою України.

Окрім Конституції України, правову основу механізму забезпечення та реалізації основних обов'язків людини і громадянина становлять Податковий кодекс України 2010 р., Сімейний кодекс України 2002 р., Земельний кодекс України 2001 р., Лісовий Кодекс України 1994 р., Закон України «Про освіту», Закон України «Про загальну середню освіту», Закон України «Про оборону України», Закон України «Про загальний військовий обов'язок і військову службу», Закон України «Про альтернативну (невійськову) службу», Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища», Закон України «Про культуру» та інші нормативно-правові акти.

Ці правові акти мають чітку ієрархічність. Тому, залежно від юридичної сили, вони носять основний чи допоміжний характер. Так, ключовим джерелом визначення основних обов'язків в Україні є Конституція 1996 року. Вказаний документ займає перше місце в ієрархії закріплення обов'язків, оскільки має найвищу юридичну силу та визначає коло основних обов'язків, які в подальшому тлумачаться та доповнюються на рівні галузевого законодавства, у тому числі й визначається механізм їх виконання.

При цьому саме Конституція України закріплює перелік основних обов'язків людини і громадянина. Зокрема, серед них: обов'язок батьків утримувати дітей до їх повноліття (ст. 51); обов'язок повнолітніх дітей піклуватися про своїх непрацездатних батьків (ст. 51); обов'язок кожного отримати повну загальну середню освіту (ст. 53); обов'язок громадян захищати Вітчизну, її незалежність і територіальну цілісність (ст. 65); обов'язок громадян шанувати державні символи України (ст. 65); обов'язок громадян відбувати військову

службу, відповідно до закону (ст. 65); обов'язок кожного не заподіювати шкоду природі, культурній спадщині, відшкодувати завдані ним збитки (ст. 66); обов'язок кожного сплачувати податки і збори в порядку та розмірах, встановлених законом (ст. 67); обов'язок громадян щорічно подавати до податкових інспекцій за місцем проживання декларації про свій майновий стан та доходи за минулий рік у порядку встановленому законом (ст. 67); обов'язок кожного неухильно додержуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших громадян (ст. 68)<sup>2</sup>.

Крім визначення основних обов'язків, норми Конституції України передбачають низку умов щодо їх реалізації. Зокрема, ніхто не може бути увільнений від своїх обов'язків перед державою або відмовитися від виконання законів за мотивами релігійних переконань (ст. 35); рівність прав, свобод та обов'язків (ст. 24); кожному гарантується право знати свої права і обов'язки (ст. 57)<sup>3</sup>.

Декларована ст. 35 Конституції України умова має складний зміст, оскільки передбачає можливість звільнення особи від здійснення обов'язків або відмови від виконання нею вимог законів, посилаючись на певні релігійні переконання. При цьому у випадку коли, особа дійсно не має змоги нести військову службу за релігійними переконаннями, законодавець передбачає заміну цього обов'язку несенням альтернативної (невійськової) служби. Відтак, законодавцем на правовому рівні закріплена можливість альтернативного способу виконання обов'язку юридично зобов'язаним суб'єктом у випадку наявності у такого суб'єкта певних релігійних переконань. Дана обставина свідчить про спробу законодавця створити ефективний механізм реалізації основних обов'язків людини і громадянина шляхом юридичного закріплення не тільки конкретного обов'язку, а й альтернатив його виконання.

Умова щодо рівності прав, свобод та обов'язків, закріплена у ст. 24 Основного Закону України, передбачає, що положення Конституції України не мають винятків у частині несення встановлених обов'язків щодо соціальних груп чи окремих осіб. Тобто, не залежно від походження, соціального та майнового стану, расової й національної належності, статі, мови, релігійних вірувань, політичних переконань та інших обставин, кожен громадянин України повинен поводитися згідно з вимогами, які містяться в Конституції України, у тому числі виконувати обов'язки.

Визначена ст. 57 Конституції України умова передбачає, що державою в особі її державних органів створено механізм, за допомогою якого закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення у порядку, встановленому законом. При цьому передбачена можливість нечинності законів та інших нормативно-правових актів, що визначають права і обов'язки громадян у разі їх не доведення до відома населення у порядку, встановленому законом.

Водночас не менш важливою умовою щодо виконання основних обов'язків є положення ст. 65 Конституції України, які визначають, що незнання законів не звільняє від юридичної відповідальності. У цьому контексті варто погодитись із думкою Л.Д. Воеводіна, який вважав, що саме відповідальність, як соціально-правовий фактор, є чинником, який поєднує зобов'язаного суб'єкта з існуючим правопорядком та стимулює його активність, забезпечує неухильне виконання обов'язків<sup>4</sup>. Відтак, юридична відповідальність виступає формою зв'язку між людиною або громадянином з суспільством чи державою, яка проявляється в «обов'язку» людини чи громадянина нести негативні наслідки у випадку порушення приписів відповідних юридичних актів<sup>5</sup>.

Ще однією умовою щодо виконання основних обов'язків є існування правових норм, які конкретизують кожен із основних обов'язків людини і громадянина та встановлюють механізм їх реалізації. Вказані норми слугують реалізації правових норм через їх конкретизацію<sup>6</sup>.

Так, правові засади механізму реалізації основних обов'язків мають певні особливості, оскільки положення Конституції України є нормами прямої дії (ст. 8). Мається на увазі, що специфіка прямої дії положень Конституції України щодо обов'язків проявляється в тому, що реалізація більшості основних обов'язків можлива лише після прийняття відповідних законів, на противагу з прямою дією норм, які встановлюють права і свободи особи. Оскільки відсутність конкретизуючих законів щодо основних прав та свобод людини і громадянина не може бути підставою для відмови у їх захисті з боку судових органів (ст. 8 Конституції України).

Відтак, правові засади механізму реалізації основних обов'язків людини і громадянина передбачають необхідність обов'язкового прийняття конкретизуючих законів у випадках, зазначених у Конституції України, з метою гарантування їх реалізації<sup>7</sup>. В Україні такими галузевими нормативно-правовими актами, як нами вже було зазначено, виступають Податковий кодекс України, Сімейний кодекс України, Земельний кодекс України, Лісовий Кодекс України тощо.

Вказаний принцип побудови правової основи механізму реалізації основних обов'язків людини і громадянина, на нашу думку, є результативним, оскільки такі обов'язки, у тому числі й механізм їх реалізації, конкретизуються на рівні галузевого законодавства, але тільки в межах, встановлених Конституцією<sup>8</sup>.

Отже, завдяки конкретизації в галузевому законодавстві механізму реалізації основних обов'язків людини і громадянина державою забезпечується виконання таких обов'язків юридично зобов'язаними суб'єктами.

У цьому контексті слід погодитись із думкою В.В. Копейчикова, який зазначає: щодо прав, свобод і обов'язків громадян необхідно досягти такого стану, щоб їх правове регулювання здійснювалось на рівні закону і тільки закону, і щоб закон був достатньо конкретним, визначеним і усував саму можливість його помилкового тлумачення в підзаконних актах<sup>9</sup>.

Однак регулювання механізму реалізації основних обов'язків людини і громадянина за допомогою галузевого законодавства має певні недоліки, оскільки повинно доводитись до такого рівня конкретизації, щоб не тільки забезпечити функціонування правовідносин на основі закону, а й мінімізувати підзаконне або відомче нормативне регулювання<sup>10</sup>. Але на практиці це не завжди виходить.

Водночас слід наголосити, що змістовна конкретизація на рівні галузевого законодавства основних обов'язків людини і громадянина спостерігається на прикладі тільки військового та податкового обов'язків. Правове визначення сутності та змісту решти основних обов'язків залишається поза увагою законодавця. Однак визначення відповідальності, яка може бути застосована до суб'єкта обов'язку у разі порушення меж допустимої поведінки, існує щодо кожного основного обов'язку. Відтак, можемо дійти висновку, що наявний механізм забезпечення та реалізації окремих основних обов'язків людини і громадянина має певні особливості.

Крім того, навіть при наявності добре розробленої в законодавстві системи спеціальних юридичних засобів реалізації основних обов'язків не буде здійснюватися, якщо вона не буде забезпечуватися конкретною роботою органів державної влади і місцевого самоврядування. Діяльність вказаних органів чітко регламентована Конституцією України та законами України (ст. ст. 6 та 19 Основного Закону України).

В Україні існує система органів державної влади і місцевого самоврядування, які забезпечують реалізацію основних обов'язків людини і громадянина. До цих органів належать: Верховна Рада України, Президент України, Кабінет Міністрів України, інші органи виконавчої влади, Конституційний Суд України, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, правоохоронні органи, органи місцевого самоврядування, військові комісаріати, призовні комісії, військові частини та їх командування, органи фіскальної служби та їх територіальні підрозділи тощо.

Для забезпечення діяльності цих органів створена правова основа. При цьому чинним законодавством України громадянам гарантується право знати свої права та обов'язки, але діяльність органів, які забезпечують та безпосередньо стежать за виконанням основних обов'язків, більше спрямована на інформування щодо способів їх виконання та видів відповідальності, які можуть бути застосовані до особи у разі невиконання або неналежного виконання того чи іншого обов'язку, аніж на інформування про сутність, зміст, види основних обов'язків.

Таким чином, проаналізувавши основні аспекти механізму забезпечення та реалізації основних обов'язків людини і громадянина, який передбачений українською моделлю правового забезпечення та реалізації обов'язків людини і громадянина, доходимо висновку про різноманітність підходів законодавця щодо побудови такого механізму для кожного із обов'язків. Крім того, за наявності правової основи механізму забезпечення та реалізації основних обов'язків людини і громадянина існують прогалини щодо правового визначення сутності та змісту основних обов'язків на галузевому рівні. На практиці дана обставина може мати наслідком не розуміння особою змісту її основних обов'язків і тому не бажання їх виконувати.

Водночас варто зауважити, що не менш важливим у забезпеченні виконання основних обов'язків є діяльність державних органів, яка спрямована на формування відповідної правової свідомості та поведінки осіб в Україні.

<sup>1</sup> Конституція України. Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

<sup>2</sup> Там само.

<sup>3</sup> Там само.

<sup>4</sup> Воеводін Л.Д. Юридический статус личности в России / Л.Д. Воеводін. – М.: НОРМА-ИНФРА-М, 1997. – С. 141.

<sup>5</sup> Диденко Н.Г. Право и свобода / Н.Г. Диденко, В.Н. Селиванов // Правоведение. – 2001. – № 3. – С. 4–27.

<sup>6</sup> Боброва Н.А. Гарантии реализации государственно-правовых норм / Н.А. Боброва. – Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1984. – С. 67.

<sup>7</sup> Пертцик В.А. Реализация конституционных норм / В.А. Пертцик, Л.П. Шмайлова // Советское государство и право. – 1979. – № 5. – С. 3–10.

<sup>8</sup> Речицкий В. Политическая активность. Конституционные аспекты / В. Речицкий. – К.: Сфера, 1999. – С. 444.

<sup>9</sup> Копейчиков В.В. Реализация субъективных прав граждан / В.В. Копейчиков // Советское государство и право. – 1984. – № 3. – С. 13–19.

<sup>10</sup> Засць А.П. Правова держава в контексті новітнього українського досвіду / А.П. Засць. – К.: Парламентське вид-во, 1999. – С. 216.

## Резюме

### **Черновол О.П. Механізм забезпечення та реалізації основних обов'язків людини і громадянина: окремі аспекти.**

Стаття присвячена дослідженню особливостей правового закріплення механізму забезпечення та реалізації основних обов'язків людини і громадянина в Україні, у тому числі аналізу наявної правової основи. При цьому здійснено спробу визначити основні підходи законодавця до побудови механізму забезпечення та реалізації кожного із основних обов'язків людини і громадянина, які закріплені в положеннях Конституції України. Виявлено основні недоліки правового закріплення механізму забезпечення та реалізації основних обов'язків людини і громадянина в Україні.

**Ключові слова:** обов'язки, механізм, правова основа, реалізація, інституційна складова механізму.

Резюме

**Черновол О.П. Механизм обеспечения и реализации основных обязанностей человека и гражданина: отдельные аспекты.**

Статья посвящена исследованию особенностей правового закрепления механизма обеспечения и реализации основных обязанностей человека и гражданина в Украине, в том числе, анализу имеющейся правовой основы. При этом предпринята попытка определить основные подходы законодателя к построению механизма обеспечения и реализации каждого из основных обязанностей человека и гражданина, закрепленных Конституцией Украины. Выявлены основные недостатки правового закрепления механизма обеспечения и реализации основных обязанностей человека и гражданина в Украине.

**Ключевые слова:** обязанности, механизм, правовая основа, реализация, институциональная составляющая механизма.

Summary

**Chernovol O. Mechanism of providing and realizing the main duties of man and citizen: separate aspects.**

The article is devoted to the study of the features of the right consolidation of the mechanism of providing and realizing the main duties of man and citizen in Ukraine, including the analysis of the available legal basis. At the same time, an attempt is made to determine the main approaches of the legislator to the construction of a mechanism of providing and realizing the main duties of man and citizen, enshrined in the provisions of the Constitution of Ukraine. The main shortcomings of the approach to the legal consolidation of the mechanism of providing and realizing the main duties of man and citizen in Ukraine are revealed.

**Key words:** duties, mechanism, legal basis, implementation, institutional component of the mechanism.

УДК 342.4

**П.А. РУДИК**

*Петро Андрійович Рудик, доктор історичних наук, професор, професор Національного університету харчових технологій*

### **ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ОСОБЛИВОСТЕЙ ЗАГАЛЬНОГО І СПЕЦІАЛЬНОГО ПОРЯДКІВ (ПРОЦЕДУР) ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ**

Модернізація Конституції України здійснюється з метою її оновлення та вдосконалення відповідно до кращих досягнень сучасного європейського і світового конституційного доробку. Поки що цей процес відбувається шляхом застосування лише загального порядку (процедури) внесення змін до Конституції України. Модернізація Основного Закону держави, яка стосуватиметься I, III і XIII його розділів, потребуватиме застосування і спеціального (інституційного) порядку (процедури) внесення змін до Конституції України.

Дослідження проблем загального і спеціального порядків внесення змін до Конституції України загалом проводилися відомими вченими Національної академії правових наук України, Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Інституту законодавства Верховної Ради України, окремими суддями Конституційного Суду України та окремими вченими закладів вищої освіти<sup>1</sup>. Проте зміст цих процедур та особливості їхніх етапів в порівняльному контексті ще не аналізувалися.

Внесення змін до Конституції України згідно з її положеннями за загальною процедурою проводиться до розділів: II «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина», IV «Верховна Рада України», V «Президент України», VI «Кабінет Міністрів України. Інші органи виконавчої влади», VIII «Правосуддя», IX «Територіальний устрій України», X «Автономна Республіка Крим», XI «Міське самоврядування», XII «Конституційний Суд України», XIV «Прикінцеві положення», XV «Перехідні положення», – а за спеціальною процедурою – до розділів I «Загальні засади», III «Вибори. Референдум», XIII «Внесення змін до Конституції України».

Конкретні вимоги конституційно-правових положень щодо внесення змін до Основного Закону держави зафіксовані в Конституції України та в Законі України «Про Регламент Верховної Ради України» від 10 лютого 2010 р. зі змінами і доповненнями та в інших правових актах. Відповідно до них упродовж шостого, сьомого і восьмого скликань Верховної Ради України внесення змін до Основного Закону держави проводилося за загальною процедурою шляхом трьох етапів. Щодо таких змін за спеціальною процедурою, то вони мають вноситись до Конституції України шляхом чотирьох етапів. У цьому проявляється їх загальна відмінність. Водночас для кожного етапу загальної і спеціальної процедури внесення змін до Основного Закону держави властиві свої особливості.

Передусім вони проявляються уже при визначенні суб'єктів права внесення змін до Основного Закону держави. Як за загальною, так і за спеціальною процедурами таке право надається лише Президенту України і групі народних депутатів України. Їх ініціативи оформлюються у вигляді законопроектів про внесення змін до Конституції України. За загальною процедурою законопроект про внесення змін до Основного Закону держави може бути поданий до парламенту Президентом України або не менш як третиною народних депутатів (150) від конституційного складу Верховної Ради України (ст. 154 Конституції), а за спеціальною процедурою – Президентом України або не менш як двома третинами народних депутатів (300) від конституційного складу парламенту України (ст. 156)<sup>2</sup>. Отже, якщо в обох випадках суб'єктом права внесення змін до Основного Закону держави може бути Президент України, то кількість народних депутатів України за спеціальною процедурою порівняно із загальною зростає удвічі.

Аналіз практичної діяльності Верховної Ради України з питання внесення змін до Конституції України переконує в тому, що з 2008 р. **за загальним порядком** внесення змін до Основного Закону держави парламент України на **першому етапі** цього процесу включав законопроект про внесення змін до Конституції України, поданий Президентом України або третиною народних депутатів України від конституційного скла-

ду Верховної Ради України, до порядку денного її пленарного засідання. Тут його приписи обговорювалися народними депутатами і у формі постанови парламент України звертався до Конституційного Суду України, щоб він дав висновок щодо відповідності законопроекту вимогам ст. ст. 157 і 158 Конституції.

За **спеціальним порядком** внесення змін до Конституції України, що стосується процедури внесення змін до розділів I, III, XIII Конституції України, на **першому етапі** такого процесу парламент України також має включати законопроект, поданий Президентом України або уже двома третинами (а не однією третьиною) народних депутатів від конституційного складу Верховної Ради України, до порядку денного її пленарного засідання. Законопроект тут має так само, як і за загальною процедурою, обговорюватися і у формі постанови парламенту надсилатися до Конституційного Суду України, щоб він дав свій висновок на законопроект щодо його відповідності вимогам ст. ст. 157 і 158 Конституції.

Вимоги до законопроектів як при загальній, так і спеціальній процедурах тотожні. Законопроект не повинен передбачати норм, які б скасовували чи обмежували права і свободи людини і громадянина чи були спрямовані на ліквідацію незалежності або на порушення територіальної цілісності України (ч. 1 ст. 157). Законопроект, що розглядався Верховною Радою України, і закон не був прийнятий, може бути поданий до парламенту України не раніше ніж через рік з дня прийняття рішення щодо цього законопроекту (ч. 1 ст. 158). Водночас Верховна Рада України впродовж строку своїх повноважень не може двічі змінювати одні й ті самі положення Основного Закону держави (ч. 2 ст. 158). Вона також не може змінювати Конституцію України в умовах воєнного або надзвичайного стану (ч. 2 ст. 157).

**Особливістю спеціального порядку** внесення змін до розділів I, III, XIII Основного Закону держави на першому його етапі є те, що після прийняття постанови про звернення Верховної Ради України до Конституційного Суду України стосовно законопроекту про внесення змін до Конституції України Законом України «Про Регламент Верховної Ради України» передбачається прийняття в першому читанні законопроекту, згідно з яким на проведення всеукраїнського референдуму щодо змін до Конституції України мають виділятися кошти із Державного бюджету (ч. 8 ст. 147 закону)<sup>3</sup>.

**Другий етап** як загального, так спеціального порядку внесення змін до Конституції України проводиться після **обов'язкового отримання від Конституційного Суду України висновку** про відповідність законопроекту вимогам ст. ст. 157 і 158 Основного Закону держави. Якщо законопроект не відповідає конституційним вимогам, він доопрацьовується Верховною Радою України відповідно до пропозицій Конституційного Суду України і знову направляється до Суду, щоб отримати від нього новий висновок. Лише після одержання парламентом України від Суду позитивного висновку на законопроект про внесення змін до Конституції України він **попередньо схвалюється**.

Процедура попереднього схвалення законопроекту при загальному і спеціальному порядку внесення змін до Основного Закону держави має певні відмінності. Попереднє схвалення законопроекту про внесення змін до Конституції України (розділів II, IV, V, VI, VIII–XII, XIV, XV) при загальній процедурі здійснюється простою більшістю (не менше 226) голосів народних депутатів від конституційного складу Верховної Ради України (ст. 155 Конституції), а при спеціальній процедурі (розділи I, III, XIII) – двома третинами (не менше 300) народних депутатів. Хоча в Конституції України така норма відсутня, проте зі змісту конституційного положення (ч. 1 ст. 156) логічно випливає, що попереднє схвалення законопроекту про внесення змін до Конституції України має схвалювати саме дві третини конституційного складу Верховної Ради України, оскільки суб'єктами такого законопроекту може бути не менше як дві третини від конституційного складу парламенту України.

Варто наголосити, що **попереднє схвалення** законопроектів про внесення змін до Конституції України як при загальній, так і при спеціальній процедурі **має здійснюватися на черговій сесії** Верховної Ради України, оскільки прийняття закону із цього ж питання має відбутися відповідно до Конституції України на наступній черговій сесії парламенту України.

Проте Закон України «Про Регламент Верховної Ради України» раніше допускав можливість попереднього схвалення законопроекту про внесення змін до Конституції України не лише на черговій, а й на позачерговій сесії парламенту України. Втім, така норма закону не передбачена Конституцією України (ст. 155). Виходячи з цього, на нашу думку, народні депутати виключили із ч. 6 ст. 149 Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» положення про попереднє схвалення законопроекту про внесення змін до Конституції України на позачерговій сесії парламенту України<sup>4</sup>. Нині закон про регламент парламенту вимагає, щоб такий законопроект відповідно до ст. 155 Конституції України був попередньо схвалений Верховною Радою України цього ж скликання на її черговій сесії, причому попередній черговій сесії перед тим, як приймати його як закон на наступній черговій сесії Верховної Ради України.

На **третьому етапі** як загального, так і спеціального порядку внесення змін до Конституції України передбачається розгляд законопроекту з цього питання на наступній черговій сесії Верховної Ради України і прийняття на ній попередньо схваленого законопроекту як закону. Цей етап має таку особливість. Як за загальною, так і спеціальною процедурою внесення змін до Основного Закону держави на їхньому третьому етапі законопроект про внесення змін до Конституції України може бути схвалений як закон за умови, якщо за нього на наступній черговій сесії Верховної Ради України проголосує не менше ніж дві третини (300 осіб) від конституційного складу парламенту України (ст. 155, ч. 1 ст. 156 Конституції). Отже, законопроект у обох випадках стає законом за однакової кількості поданих народними депутатами голосів.

Водночас зазначимо, що парламент України 28 січня 2016 р. прийняв закон «Про внесення змін до статті 149 Регламенту Верховної Ради України». У ч. 8 ст. 149 Закону України «Про Регламент Верховної Ради

України» було передбачено нову норму на випадок, коли на наступній черговій сесії попередньо схвалений законопроект про внесення змін до Конституції України з якихось причин не розглядався, то такий законопроект розглядатиметься Верховною Радою України на наступній за нею черговій сесії<sup>5</sup>. Ця норма набула чинності 30 січня 2016 року.

Проте частина народних депутатів України не сприйняла її. 51 із них звернувся до Конституційного Суду України з клопотанням дати офіційне тлумачення положення Основного Закону держави про те, чи законопроект про внесення змін до Конституції України може бути прийнятий як закон «на наступній черговій сесії Верховної Ради України» (ст.155 Конституції), тобто лише на безпосередньо наступній за номером сесії парламенту України після сесії, на якій такий законопроект попередньо схвалений, чи прийняття такого законопроекту можливо на будь-якій наступній сесії після сесії, на якій відбулося попереднє схвалення такого законопроекту.

На основі аналізу положень Конституції України і Закону України «Про регламент Верховної Ради України» та інших законів України Конституційний Суд України прийняв Рішення «у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо офіційного тлумачення положення «на наступній черговій сесії Верховної Ради України», яке міститься у статті 155 Конституції України» (від 15 березня 2016 р. № 1-рп/2016). Суд зазначив, що положення «на наступній черговій сесії Верховної Ради України», застосоване у ст. 155 Конституції України відповідно до її цілей та у взаємозв'язку з іншими положеннями Основного Закону України, необхідно розуміти так, що наступною черговою сесією Верховної Ради України є чергова сесія парламенту, яка має відбутися відповідно до положень розділу XIII «Внесення змін до Конституції України» Основного Закону України та Регламенту Верховної Ради України і на якій законопроект про внесення змін до Конституції України, попередньо схвалений більшістю від конституційного складу Верховної Ради України, вважається прийнятим як закон, якщо за нього проголосує не менше як дві третини від конституційного складу Верховної Ради України»<sup>6</sup>.

Отже, Конституційний Суд України вирішив, що наступною черговою сесією Верховної Ради України є чергова сесія парламенту, яку встановить сама Верховна Рада України відповідно до положень розділу XIII «Внесення змін до Конституції України» Основного Закону держави і Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» зі змінами Закону України від 28 січня 2016 р. №948-VIII та схвалить законопроект про внесення змін до Конституції України як закон.

Щоправда, такий підхід Конституційного Суду України щодо прийняття цього рішення та його окремі положення викликали серед деяких політиків і правознавців не лише дискусію, а й заперечення. Окремі думки до даного рішення висловили і судді Конституційного Суду України, зокрема, В.П. Колісник, О.М. Литвинов, М.І. Мельник, С.В. Сас, І.Д. Слідченко і С.В. Шевчук. Їхні міркування відрізняються підходами до викладу свого обґрунтування, свідчать про високий рівень професіоналізму авторів, заслуговують на повагу й увагу науковців та спонукають вчених до роздумів.

Після прийняття такого рішення Конституційним Судом України Верховна Рада України діє згідно з вимогами Конституції України (ст. 155) та Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» (ст. 149). Зокрема, так був прийнятий Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)». Його законопроект (реєстр. № 3524) попередньо був схвалений на пленарному засіданні парламенту України на його третій сесії восьмого скликання 2 лютого 2016 року<sup>7</sup>. А сам Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» був схвалений нею на четвертій (черговій) сесії восьмого скликання 2 червня 2016 року<sup>8</sup>.

Водночас зазначимо, що зовсім по-іншому склалася ситуація з можливостями прийняття закону України за законопроектом «Про внесення змін до Конституції України щодо децентралізації влади», який попередньо був схвалений Верховною Радою України в січні 2015 року. Згадаємо, що парламент України 28 січня 2016 р. прийняв Закон України «Про внесення змін до статті 149 Регламенту Верховної Ради України», де у ч. 8 ст. 149 Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» закріпив норму, суть якої в тому, що на випадок, коли на наступній черговій сесії попередньо схвалений законопроект про внесення змін до Конституції України з якихось причин не розглядався, то такий законопроект може розглядатися парламентом України на наступній за нею черговій сесії. А Конституційний Суд України у рішенні від 15 березня 2016 р. № 1-рп/2016 цю норму підтвердив. Він зазначив, що питання, на якій сесії парламенту приймати законопроект як закон, вирішує сам парламент відповідно до правових вимог.

Законопроект «Про внесення змін до Конституції України щодо децентралізації влади» (реєстр. № 2217а) попередньо був схвалений парламентом України 31 серпня 2015 р. на другій сесії Верховної Ради України восьмого скликання. Проте він не розглядався парламентом на наступній черговій (третьій) сесії Верховної Ради України восьмого скликання і міг розглядатися на четвертій (наступній за третьою) черговій сесії цієї Верховної Ради України. Але він і на наступні чергові сесії парламенту не виносився. Чому? На нашу думку, серед парламентських фракцій наявне різне сприйняття, розуміння й трактування деяких запропонованих в ньому норм, зокрема, визначення окремим законом особливостей здійснення місцевого самоврядування в окремих районах Донецької і Луганської областей, положень про префекта та інших норм<sup>9</sup>, що потребувало і потребує додаткових дискусій, глибшого осмислення деякими народними депутатами запропонованих норм та їх ширшого обговорення громадянами. Лише після подальшого доопрацювання законопроекту, компромісної домовленості парламентських фракцій і народних депутатів щодо його норм можна буде вносити законопроект у парламентську залу з надією, що за нього проголосує не менше 300 народних депутатів.

Зазначимо, що за загальною процедурою процес прийняття закону про внесення змін до Конституції України на третьому етапі завершується. Особливістю остаточного прийняття такого закону за спеціальною процедурою є те, що він має згідно з вимогами Основного Закону держави ще затверджуватися всеукраїнським референдумом, який призначається Президентом України (ст. 156). Це буде **четвертий етап** внесення змін до Основного Закону держави, характерний лише спеціальним порядком внесення змін до Конституції України, зокрема її I, III, XIII розділів.

Спроба викласти механізм проведення такого референдуму була зафіксована у Законі України «Про всеукраїнський референдум» від 6 листопада 2012 р. № 5475-VI, який був прийнятий з порушенням конституційної процедури його розгляду і ухвалення та невідповідності його положень вимогам Основного Закону держави. Конституційний Суд України своїм рішенням у справі за конституційним поданням 57 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про всеукраїнський референдум» від 26 квітня 2018 р. № 4-р/2018 визнав закон неконституційним і таким, що втратив чинність<sup>10</sup>. Наразі необхідно врахувати зауваження Конституційного Суду України і Венеціанської комісії і прийняти новий закон, щоб на його основі при необхідності провести всеукраїнський референдум із затвердження закону про внесення змін до Конституції України за спеціальною процедурою.

Отже, аналіз конституційно-правових положень щодо внесення змін до Конституції України засвідчує, що за загальною процедурою цього процесу таке внесення здійснювалося протягом трьох, а за спеціальною процедурою – протягом чотирьох етапів, кожному з яких властиві свої особливості.

<sup>1</sup> *Свєграфов П.Б.* Конституція України: коментар змін (2004-007). Теоретичні та практичні аспекти: наук.-практ. посіб. / П.Б. Свєграфов. – К.: Правова єдність, 2007. – С. 60–77; Конституція України: наук.-практ. коментар / редкол.: В.Я.Татій (гол. редкол.), О.В. Петришин (відп. секретар), Ю.Г. Барабаш та ін. – 2-ге вид., перероб. і доп. – Х.: Право, 2011. – С. 1073–1089; *Рудик П.А.* Коментар до конституційних змін: навч.посіб. / П.А. Рудик. – 2-ге вид., перероб. та доп. – К.: ЦУЛ, 2009. – С. 69–84; *Стрижак А.* Конституційна реформа в Україні: передумови, мета та способи реалізації / А. Стрижак // Віче. – 2014. – № 23. – С. 21–29; *Ющик О.І.* Теоретичні основи законодавчого процесу / О.І. Ющик. – К.: Парламентське вид-во, 2004. – 520 с. та ін.

<sup>2</sup> Конституція України із змінами // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

<sup>3</sup> Про Регламент Верховної Ради України: Закон України від 10 лютого 2010 р. № 1861-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 14–15, № 16–17. – Ст. 133.

<sup>4</sup> Про внесення змін до статті 149 Регламенту Верховної Ради України: Закон України від 28 січня 2016 р. № 948-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2016. – № 7. – Ст. 63.

<sup>5</sup> Про внесення змін до статті 149 Регламенту Верховної Ради України: Закон України від 28 січня 2016 р. № 948-VIII // Відомості Верховної Ради України. 2016. – № 7. – Ст. 63.

<sup>6</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо офіційного тлумачення положення «на наступній черговій сесії Верховної Ради України», яке міститься у статті 155 Конституції України від 15 березня 2016 р. № 1-рп/2016 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua>

<sup>7</sup> Про попереднє схвалення законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): постанова Верховної Ради України від 2 лютого 2016 р. № 962-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2016. – № 7. – Ст. 76.

<sup>8</sup> Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 2 червня 2016 р. № 1401-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2016. – № 28. – Ст. 532.

<sup>9</sup> Про попереднє схвалення законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо децентралізації : постанова Верховної Ради України від 1 серпня 2015 р. № 656-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua>

<sup>10</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 57 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про всеукраїнський референдум» від 26.04.2018 № 4-р/2018 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua>

### Резюме

**Рудик П.А.** Порівняльний аналіз особливостей загального і спеціального порядків (процедур) внесення змін до Конституції України.

Згідно з конституційно-правовими вимогами з використанням найновіших нормативно-правових актів здійснено порівняльний аналіз особливостей загальної і спеціальної процедур внесення змін до Конституції України на кожному із їх етапів.

**Ключові слова:** Конституція України, внесення змін, загальна і спеціальна процедури, порівняльний аналіз їх особливостей.

### Резюме

**Рудик П.А.** Сравнительный анализ особенностей общего и специального порядков ( процедур) внесения изменений в Конституцию Украины.

Согласно конституционно-правовым требованиям с использованием новейших нормативно-правовых актов осуществлен сравнительный анализ особенностей общей и специальной процедур внесения изменений в Конституцию Украины на каждом из их этапов.

**Ключевые слова:** Конституция Украины, внесение изменений, общая и специальная процедуры, сравнительный анализ их особенностей.

### Summary

**Rudyk P.** Comparative analysis of the features of the general and special procedures (procedures) for introducing changes to the Constitution of Ukraine.



According to the constitutional legal requirements, the comparative analysis of the peculiarities of the general and special procedures for amending the Constitution of Ukraine at each of their stages was carried out using the latest regulatory and legal acts.

**Key words:** Constitution of Ukraine, introduction of changes, general and special procedures, comparative analysis of their features.

УДК 342.4

**О.М. БОРИСЛАВСЬКА**

*Олена Марківна Бориславська, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Львівського національного університету імені Івана Франка*

## **ФОРМУВАННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ МОДЕЛІ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ: ВІД ІДЕЇ ДО КОНСТИТУЦІЙНОЇ СИСТЕМИ ПРАВЛІННЯ**

Сучасні держави континентальної Європи (за винятком кількох) є конституційними. У якості фундаментальних цінностей вони визнають свободу людини, її гідність та права, верховенство права і демократію, а функціонують у вигляді систем правління, реально обмежених конституціями. Таке правління за своїм змістом протилежне державному свавілля та у сукупності з відповідною ідеологією і доктриною є сутністю конституціоналізму. Ідеологічні основи та доктринальні джерела конституціоналізму європейських держав є спільними, що, вочевидь, відобразилося у відповідних рисах національних конституційних систем правління. Так, переважна більшість із них мають правління парламентського типу, спеціалізовані органи конституційної юрисдикції і т.д. Це дає підстави виокремлювати європейську модель конституціоналізму. При цьому йдеться не про європейський конституціоналізм як політико-правову систему наднаціонального рівня, а саме про європейську модель як конвергенцію рис національних систем конституціоналізму європейських держав.

Заснована на ідеології ліберальної демократії та інституційній концепції обмеженого правління<sup>1</sup>, європейська модель конституціоналізму у її сучасному вигляді має суттєві відмінності від його англійського чи американського варіантів. Вона характеризується: наявністю писаної жорсткої конституції, що пов'язується з установчою владою народу; суттєвою роллю (переважно) спеціалізованого органу конституційної юрисдикції, що забезпечує її верховенство; обмеженістю не тільки конституційними, а й конвенційними правами людини та основоположними свободами, які мають кількарівневий механізм гарантування та захисту; перевагою парламентських форм правління (за деякими винятками) у поєднанні із різними формами децентралізованості публічної влади (федералізм, регіоналізм чи децентралізація).

Проте ці особливості з'явилися не випадково, а під впливом конкретних чинників, що існували упродовж усієї історії формування та розвитку європейської моделі конституціоналізму. Саме вони привели до її існування у сучасному вигляді, зумовили специфіку, розуміння якої тісно пов'язане з усвідомленням сутності цих чинників, а також особливостей основних етапів формування та розвитку європейської моделі конституціоналізму.

Різні аспекти формування та розвитку конституціоналізму досліджувалися українськими вченими-правниками, зокрема Ю. Барабашем, І. Бойком, В. Ковальчуком, А. Крусян, В. Речицьким, М. Савчином, П. Стецюком, Б. Тищиком, В. Шаповалом, С. Шевчуком. У їхніх працях розглядалися питання, пов'язані із зародженням ідей конституціоналізму, їх розвитком, втіленням у політико-правову практику тих чи інших держав. Проте порядок та особливості формування власне європейської моделі конституціоналізму, що є окремим політико-правовим феноменом, не досліджувалися. Відтак, **метою** цієї статті є загальна характеристика генези європейської моделі конституціоналізму, її формування та розвитку.

**Зародження ідей конституціоналізму.** Зазвичай питання генези конституціоналізму пов'язують із виникненням терміна *конституція* та формуванням відповідного поняття. Це цілком справедливо для американської моделі конституціоналізму, яка заснована на ідеї верховенства та стабільності писаної конституції, що має гарантувати свободу в умовах федерації та президентської форми правління. Разом із тим для континентальної (європейської) моделі характерне розуміння конституціоналізму як інституційної системи обмеження державної влади, недопущення державного свавілля, що історично формувалася в умовах абсолютної монархії шляхом поступового обмеження влади глави держави. Тому у європейському розумінні конституціоналізм не є похідним від конституції та до певної міри (в частині ідеології та доктрини) передує їй.

Виходячи з цього, логічним видається шукати витоки європейської моделі конституціоналізму саме в *ідеї обмеженого правління*. А вона бере початок від грецького *politeia*, що в Стародавній Греції позначав устрій, організацію держави із відповідними економічними, соціальними та управлінськими її характеристиками. Протягом кількох століть Стародавня Греція існувала у вигляді низки самостійних поселень – полісів. Це сприяло накопиченню емпіричного досвіду у пошуку «добрих», «кращих», «справедливих» форм та способів правління.

Давні греки, які мали досвід демократичного правління, чітко усвідомлювали, що демократії можуть бути так само тиранічними, як і абсолютні монархії<sup>2</sup>. Захист від такої тиранії вони шукали в законі, який віддзеркалює певний вищий порядок і має священний статус, а також у такій системі правління, яка поділена на окремі частини, що урівноважують одна одну<sup>3</sup>. До прикладу, Платон зазначав: «Там, де закон підкоряється якійсь іншій владі, не маючи своєї власної, там недалеко до падіння держави; але коли закон є господарем уряду, а уряд – його рабом, тоді становище дозволяє очікувати доброго, а люди мають усі блага, якими боги осипають державу»<sup>4</sup>.

Згодом ідеї обмеженого правління ляжуть в основу виникнення конституції у сучасному розумінні цього поняття. Проте в стародавні часи цим терміном позначали устрій держави, фактично – форму її правління. Чарльз Маклвейн зазначає, що першою згадкою поняття конституція стосовно форми правління є слова Цицерона «*haec constitutio*» («це встановлення»)»<sup>5</sup>. Аристотель терміном *конституція* позначав устрій Афін, вважаючи його змішаною конституцією, та політичний устрій чи режим загалом<sup>6</sup>. У подібному значенні застосовував слово *constitutio* Макиавеллі, який порівнював і протиставляв форми правління Афін, Спарти та Риму. Тобто, у первісному розумінні будь-який режим, навіть тиранія, мав свій устрій – конституцію.

Поняття ж конституції як правового акта пов'язане із розвитком доктрини публічного права, що зародилася у Стародавньому Римі. Це значно пізніше – у XVIII ст. – конституція набуває значення документа, що обмежує державу та не допускає державного свавілля, а у II ст. конституції Римського імператора були еквівалентом закону *lex*, під яким римляни розуміли «те, що наказує народ; те, що встановлено народом»<sup>7</sup>.

Проте для формування європейської моделі конституціоналізму у майбутньому значення мало не стільки запровадження терміна *конституція* у суспільно-політичну матерію, скільки запропонований мислителями поділ на добрі та погані види правління, їх співвідношення із справедливістю та вищим розумом, а також зародження доктрин публічного права, писаного закону, ідей свободи людини, визнання народу джерелом публічної легітимності.

**Період Середньовіччя: вплив германського звичаєвого права та християнства.** Згадані ідеї протягом наступного періоду історії людства не зникли, щоправда еволюціонували, набули нового змісту та подальшого розвитку. Так, період Середньовіччя для Європи був характерний пануванням феодальних (V–XII ст.), станово-представницьких (XIII–XV ст.) та абсолютних монархій (XV–XVII ст.)<sup>8</sup>. В основі політичного функціонування цих держав лежала римська доктрина абсолютизму, проте призабуті лише на деякий час ідеї обмеженого правління отримали поступовий подальший розвиток. Під їхнім впливом запроваджуються окремі інструменти, що на практиці обмежують владу монарха.

Саме у цей період були закладені відмінності між англійською та європейською (континентальною) моделями конституціоналізму. Англійська доктрина та практика була заснована на принципі верховенства права, зародження якого пов'язують із Великою Хартією вольностей, укладеною між королем Іоанном Безземельним та повсталими проти нього англійськими баронами 15 червня 1215 року. Англійська доктрина конституціоналізму виходить із концепції неписаної конституції, що ґрунтується на звичаєвому праві; Хартія ж стала писаним відображенням цієї доктрини. Разом із тим континентальна традиція конституціоналізму значною мірою формувалася під впливом германського звичаєвого права, в умовах функціонування християнського королівства, боротьби королів і пап за верховну владу в державі.

Вплив германського звичаєвого права на розвиток політико-правової думки континентальної Європи був визначальним. Серед великої кількості монархій, що існували на її території, переважали абсолютні монархії. Поряд із тим дослідники вказують на існування серед них і специфічної форми правління, заснованої на народних виборах, – так званого народного королівства. Зокрема, німецькі історики у XIX ст. розробили теорію, відповідно до якої влада в германських спільнотах походила не від монарха, а від народу. Відтак, таке правління було обмеженим і відповідальним перед народною асамблеєю<sup>9</sup>. Згадана теорія спиралася на вислів відомого римського історика Публія Корнелія Тацита, який стверджував, що «германці *обирали* королів за їхню шляхетність, а військових командирів – за їхню мужність, влада королів *не була необхідною чи свавільною*»<sup>10</sup>.

Разом із тим безспірним фактом залишався вплив римського права, що проявився у концепції теократичного правління, яка зовсім по-іншому трактувала взаємовідносини між правителем і підданими. Вважалося, що король отримував свою владу від Бога та був намісником Бога на Землі. Люди, якими він правив, не були джерелом його влади, а навпаки – були віддані Богом під опіку короля і, відповідно, не мали права на опір владі монарха<sup>11</sup>.

Таким чином, на території сучасної континентальної Європи у період раннього Середньовіччя були поширеними дві протилежні концепції джерела влади монарха та, відповідно, її обмеженості – висхідна та нисхідна<sup>12</sup>. Перша походить із германської правової традиції, за якою джерелом влади є народ, саме від нього влада делегується правителю, який має поважати закони, що випливають із джерела його влади<sup>13</sup>. Друга – із римського права; відповідно до неї, влада зосереджена в правителі, який і є її джерелом, а відтак, він не відповідальний ні перед ким, а його воля є законом. Тому ставити питання про можливість обмеження влади монарха за цією концепцією цілком нелогічно.

Германське звичаєве право висунуло дві головні вимоги обмеженого правління: необхідність правителя діяти в межах закону та неможливість довільної зміни закону правителем. Прикладом крайнього тлумачення обмеженості влади монарха було сформульоване германською правовою традицією «право на опір», відповідно до якого народ міг відсторонити від влади короля, що порушував закон. Німецький медієвіст Фріц

Керн виокремлює три головні принципи середньовічного конституціоналізму: 1) принцип обмеження влади короля правом; 2) принцип народного представництва (обов'язок короля отримати згоду підданих); 3) принцип відповідальності (право народу на опір владі короля)<sup>14</sup>. Саме вони згодом суттєво вплинули на формування європейської моделі конституціоналізму.

Важливе значення для формування ідей та доктрини обмеженого правління мало поширення християнства, яке зародилося на сході Римської імперії (в Палестині) у I столітті. Церква, що також зазнала впливу римських політичних та правових ідей, мала власну концепцію влади монарха, яка вважалася похідною від Бога, а тому – верховною та обмеженою законами не людськими, а Божими.

Теократична концепція влади також містила окремі елементи обмеження свавілля правителя. Хоча король не був відповідальний перед своїми підданими, він був зобов'язаний правити в їхніх інтересах, принаймні теоретично. Інтереси тих, ким управляють, – найвищий стандарт для влади – був встановлений Святим Ісідором Севільським у розробленому рецепті правильного закону, який став канонічним: тепер закон буде шанований (достойний), якщо він здатний бути дотримуваним, відповідно до природи та спадкової практики, прийнятий у відповідний час і у відповідному місці, і забезпечує загальний інтерес громадян, а не окремого індивіда<sup>15</sup>.

Окрім цього, особиста присяга короля, яку він приймав під час коронації, передбачала своєрідні взаємовідносини між ним та його підданими. У ній король обіцяв діяти справедливо і поважати закони. Піддані, своєю чергою, присягали на відданість королю. Така взаємна згода, що зазвичай є елементом договору, давала підстави вважати саме правління своєрідним контрактом, за яким піддані були зобов'язані бути відданими правителю, що мав їх підтримувати і захищати, у разі ж невиконання монархом цих функцій вони могли відмовитися від своєї відданості<sup>16</sup>. Такий контрактний зміст взаємовідносин сприяв укоріненню ідей «доброго», справедливого правління відповідно до звичаїв та церковних законів.

Таким чином, римське право, германське звичаєве право, а також канонічне право, у якому була відображена й грецька філософія, суттєво вплинули на західне право, філософію, теологію, що, за визначенням відомого американського вченого Гарольда Бермана, становить цілісну західну правову традицію<sup>17</sup>. Поряд із тим у період Середньовіччя, ще на етапі його формування, були закладені особливості власне європейської моделі конституціоналізму, що проявилися згодом. Їхнім джерелом можна вважати традиції германських племен щодо обмеження влади монарха, які під впливом історичних та політичних обставин (панування Франкського Королівства, Священної Римської імперії) були поширені на більшості сучасної території Західної та Центральної Європи.

**Період Нового часу.** Пошук відправної точки виникнення європейської моделі конституціоналізму пов'язаний із двома умовами: по-перше, остаточним формуванням усіх елементів конституціоналізму (ідеологія, доктрина та конституційна система правління); по-друге, можливістю ідентифікувати та виокремити спільні риси національних систем конституціоналізму європейських держав. Якщо ідеологічна та доктринальна складові конституціоналізму почали формуватися ще на попередніх історичних етапах, то конституційні системи правління, які є невід'ємним елементом національних систем конституціоналізму, з'являються лише у період Нового часу.

Загалом для формування європейської моделі конституціоналізму цей період став визначальним. По-перше, саме тоді з'явилося саме поняття Європа, яке прийшло на зміну іншого, давнішого – Християнський світ, – поступово витісняючи його упродовж XIV–XIX ст. (як зазначає Норман Девіс, згадувати про християнство як про джерело спільної ідентичності у зв'язку із триваючими протягом кількох поколінь релігійними війнами було незручно)<sup>18</sup>.

По-друге, в епоху Просвітництва (XVII–XVIII ст.) у континентальній Європі остаточно формується ідеологія конституціоналізму. Видатні мислителі – просвітители Вольтер, Шарль Луї Монтеск'є, Жан Жак Руссо, Дені Дідро та інші метою суспільства вважали людське щастя, досягнення якого було можливе лише через побудову нового суспільного устрою, заснованого на принципах свободи, рівності, природних прав людини. Ця ідеологія стала політичною та правовою програмою побудови нового суспільного устрою в низці європейських держав.

По-третє, ліберально-демократична ідеологія відображається в доктрині конституціоналізму. Концепції, що розвивали основоположні ідеї конституціоналізму, взаємно доповнювали одна одну та поступово формували теоретичну базу, яка чекала нагоди для її впровадження у життя.

По-четверте, в результаті революцій в більшості держав континентальної Європи утворюються перші конституційні системи правління.

По-п'яте, чіткими стають відмінності між європейською та іншими моделями конституціоналізму. Передусім остаточно виокремлюються ідеологічні розбіжності, які згодом ляжуть в основу двох моделей конституціоналізму – англійської та континентальної (європейської).

Англія, яка починаючи із 1215 р. робила поступальні кроки на шляху обмеження королівської влади (Велика Хартія вольностей 1215 р., Петиція про права 1628 р., Акт про зловживання королівською владою 1641 р.), після революції 1688 р. стала конституційною монархією та ухвалила Білль про права 1689 р., який суттєво обмежив королівську владу. Тут починає утверджуватися лібералізм, який згодом перенесеться і на Північноамериканський континент. У цей час в континентальній Європі (Австрія, Франція, Іспанія) панує абсолютизм. Гарантування свободи людини та її природних прав видається можливим лише через встановлення правових обмежень на свавільну владу, тому численні наукові праці, спрямовані на моделювання май-

бутнього суспільного устрою, присвячені пошуку засобів та інструментів такого обмеження, які пов'язуються із демократичною системою владарювання. Таким чином поступово формується ідеологія ліберальної демократії.

Ключовою ідеєю, яка лягла в основу цієї ідеології, зумовила розвиток низки концепцій та, врешті-решт, привела до утворення нового суспільного устрою, виникнення конституціоналізму та конституційної держави на Європейському континенті, була свобода людини. Саме цей принцип та пов'язані з ним рівність і природні права людини зумовили пошук відповідей на питання: яким чином має бути організоване правління, щоб їх гарантувати?

Якщо раніше мислителі та політичні діячі, яких французький філософ Анрі Мішель називав «теоретиками просвітленого деспотизму», виходили з інтересів монарха, з яким ототожнювалась держава, епоха Просвітництва запропонувала абсолютно протилежний підхід, ставлячи у центр індивіда, його свободу, а звідси – й принцип рівності. Універсальне визначення свободи запропонував Кант, який вказував: єдине природжене право, яким кожен володіє тільки тому, що він людина, – це право належати самому собі, право бути сам собі господарем, – свобода<sup>19</sup>.

Величезний вплив на формування конституціоналізму здійснила доктрина природних прав людини. Більшість філософів та інтелектуалів періоду Просвітництва були послідовними прихильниками цієї теорії. Критикуючи феодальні порядки, Вольтер вказував, що замість деспотичного правління постане царство розуму і свободи, в якому кожній людині буде надано природні права: право на особисту недоторканність, право приватної власності, свободу, рівність та ін.<sup>20</sup> Джон Локк одним із природних та універсальних прав людини, поряд із правами на життя, свободу та власність, вважав право народу встановлювати собі конституцію<sup>21</sup>. Жоден уряд, який не визнавав цих прав, не міг вважатися легітимним, оскільки ніхто не може бути примушений розлучитися з тим, відмовитися від чого він не в змозі.

У цей же час обґрунтовуються концепції поділу державної влади, обмеженого правління, народного суверенітету. Влада за жодних обставин не може перетворюватися на всеосяжну і неконтрольовану, вказував Девід Г'юм, а вільним є таке правління, яке визнає розподіл влади між кількома органами, чия спільна влада є більшою за владу будь-якого монарха, але вони повинні діяти згідно із загальними й однаковими для всіх законами, що були наперед відомі владі та підданам<sup>22</sup>. Монтеск'є підкреслював, що свобода може існувати лише в умовах «стримуваного правління». Таке стримування забезпечується двома засобами: позитивним законом та поділом влади на законодавчу, виконавчу і судову.

Кілька десятиліть до Монтеск'є доктрину обмеженого правління розробив відомий англійський вчений Джеймс Харінгтон. У своїй книзі-утопії «Співдружність Океана» (1656 р.), присвяченій ідеальній республіканській конституції, Харінгтон переосмислив стародавню концепцію змішаної конституції і дійшов висновку, що «правління законів, а не людей» можна досягнути лише у разі накладення на уряд правових обмежень<sup>23</sup>.

Доктрина обмеженого правління була підсилена сформульованою Жаном Жаком Руссо теорією національного (народного) суверенітету, яка суттєво вплинула на розвиток континентального конституціоналізму. На протигагу Жану Бодену, який визначав суверенітет як абсолютну владу, що належала монархові та поширювалася на всіх підданих, Руссо верховною вважав саме владу народу, якого й визнавав за суверена<sup>24</sup>.

Розроблена Жозе Емануелем Сійєсом концепція установчої влади виходить із того, що нація є первинним політичним суб'єктом, який утворюється в силу природного права, на відміну від правління (уряду), що є результатом дії позитивного права. Відтак, нація володіє установчою владою та творить конституцію, що встановлює параметри функціонування влади встановленої (державної). Нація заінтересована в тому, щоб встановлена влада не стала шкідливою для самих довіритель, звідси – множинність політичних пересторог, що містяться в конституції, без яких здійснення влади буде незаконним<sup>25</sup>.

Таким чином, у континентальній Європі передреволюційної доби активно формується доктрина конституціоналізму, охоплюючи концепції свободи людини, її природних прав, обмеженого правління та поділу державної влади, національного (народного) суверенітету, установчої влади та поступово набуваючи довшеного вигляду. Разом із ліберально-демократичною ідеологією вона стає основою практичних змін у суспільно-політичних устроях держав континентальної Європи. І якщо в Англії доктрина розвивається слідом за практикою<sup>26</sup>, то в континентальній Європі вона їй передує: спочатку обґрунтовуються відповідні концепції, лише потім починають формуватися засновані на ліберально-демократичній ідеології конституційні системи правління.

Перші конституційні системи правління на Європейському континенті формуються в результаті революцій. Велика Французька революція 1789–1815 рр. мала наслідком створення системи конституційної монархії та вплинула на розвиток польського і скандинавського конституціоналізму. Європейські революції 1848 р. призвели до становлення конституційного правління в низці держав, передусім в Німеччині (яке, однак, було нетривалим), Австрії, Італії, Данії. У другій половині XIX ст. процес поширення конституціоналізму територіально охопив Південно-Східну Європу (Румунія, Греція, Болгарія, Сербія).

**Новітня доба.** Новітня історія, що за визначенням істориків датується з 1914 р., пов'язана із низкою визначальних та водночас драматичних подій, які суттєво вплинули на європейську модель конституціоналізму. Дві світові війни, які принесли небачену до того кількість жертв, підштовхнули європейські народи до переосмислення таких базових понять, як цінність людського життя, людська гідність, права людини, а також пошуку засобів і механізмів їх гарантування та захисту. Права людини, верховенство права та демократія

перейшли у розряд конституційних цінностей, спільність яких стала основою європейських інтеграційних процесів та формування континентальної моделі конституціоналізму.

Територіально формування європейської моделі конституціоналізму охопило далеко не весь континент, а відбувалося в країнах, де панувала ліберально-демократична ідеологія: Бельгія, Данія, Франція, Ірландія, Італія, Люксембург, Нідерланди, Норвегія, Швеція (країни, що разом із Об'єднаним Королівством у 1949 р. заснували Раду Європи), а також ФРН, Іспанія, Греція, Португалія, де до 1974–1975 рр. існували авторитарні режими, а також держави соціалістичного табору (країни-учасниці Варшавського договору: СРСР, Албанія, Болгарія, НДР, Польща, Румунія, Угорщина, Чехословаччина), приєдналися до цих процесів значно пізніше.

На формування власне європейської моделі конституціоналізму (а не європейського конституціоналізму як наднаціонального явища) суттєво вплинула Рада Європи, хоча вплив ЄС також досить помітний. Передусім це зумовлено кількістю країн-членів Ради Європи, що є значно більшою, ніж кількість членів ЄС. Діяльність статутних органів РЕ – Парламентської Асамблеї та Комітету міністрів – спрямована на уніфікацію підходів та практик національних урядів з метою просування принципів верховенства права, демократії та прав людини, а Європейський Суд з прав людини своєю юриспруденцією забезпечує впровадження цих принципів та європейських стандартів прав людини в національних конституційних системах.

Водночас ЄС суттєво впливав на національні конституційні правопорядки держав через низку вимог, які вони мали виконати як умову членства у Спільноті<sup>27</sup>. Йдеться про європейські стандарти конституційної демократії та верховенства права, що впроваджувалися у національні конституційні правопорядки тих держав, які долучалися до ЄС протягом його розширення (передусім постсоціалістичні держави, зокрема Естонія, Латвія, Литва, Польща, Словаччина, Словенія, Угорщина, Чехія, Болгарія, Румунія, а також Хорватія). Зрозуміло, що під впливом цих вимог та стандартів утверджувалися спільні риси національних систем конституціоналізму цих держав, що визначають особливості європейської моделі конституціоналізму.

Вплив європейських органів та установ на остаточне утвердження й розвиток європейської моделі конституціоналізму пов'язаний із двома процесами, що відбувалися паралельно: по-перше, географічним розширенням простору, на якому впроваджувалася ця модель (у зв'язку із падінням комуністичного режиму та обраним конституційним шляхом розвитку постсоціалістичних держав); по-друге, підвищенням на цьому фоні ролі самих європейських органів та установ, які запропонували постсоціалістичним державам шлях включення до загальноєвропейського політичного простору при виконанні низки умов, передусім – щодо захисту прав людини.

Європейські органи та установи загалом відіграли ключову роль в оформленні європейської моделі конституціоналізму, насамперед через уніфікацію та стандартизацію сфер прав людини, функціонування демократичних інститутів, порядку прийняття та зміни конституцій, функціонування судової влади загалом та органів конституційної юрисдикції зокрема.

Отже, можемо зробити висновки, що витоки європейської моделі конституціоналізму сягають періоду Стародавнього світу та пов'язані з ідеєю обмеження державного правління. Для її формування значення мало не стільки запровадження терміна *конституція* у суспільно-політичну матерію, скільки запропонований мислителями поділ на добрі та погані види правління, їх співвідношення із справедливістю та вищим розумом, а також зародження доктрин публічного права, писаного закону, ідей свободи людини, визнання народу джерелом публічної легітимності.

Суттєвий вплив на континентальну традицію конституціоналізму в період Середньовіччя здійснили германське звичаєве право, а також досвід функціонування християнського королівства, боротьби королів і пап за верховну владу. Традиції германських племен щодо присяги монарха перед підданими, права на опір свавільній монаршій владі під впливом історичних обставин були поширені на Європейському континенті та суттєво вплинули на концепцію обмеженого правління, що з'явилася пізніше.

Остаточна європейська модель конституціоналізму була сформована в період Нового часу, коли утвердились усі елементи конституціоналізму: ідеологія, доктрина та, щонайважливіше, національні конституційні системи правління. Останні з'явилися в результаті революційних подій, змінювалися й розвивалися.

Визначальний вплив на формування європейської моделі конституціоналізму здійснили органи Ради Європи. Під впливом євроінтеграційних процесів поширювалася як спільна ідеологія, так і формувалися схожі риси національних конституційних систем правління.

<sup>1</sup> Детальніше про це: Бориславська О. : Львівський національний університет імені Івана Франка. – 2015. – С. 86–98.

<sup>2</sup> Аристотель. Політика // Аристотель. Сочинения: в 4 т. – М.: Мысль, 1983. – Т. 3. – С. 457–461.

<sup>3</sup> Браян Таманага. Верховенство права. Історія. Політика. Теорія / Браян таманага / пер. з англ. А. Іщенко. – К.: Видавничий дім «Києво-Могилянська академія», 2007. – С. 15.

<sup>4</sup> Платон. *Laws*, III, XII. 644.

<sup>5</sup> McIlwain Charles Howard. *Constitutionalism Ancient and Modern*. – Ithaca, New York: Cornell University Press, 1940. – P. 25–28.

<sup>6</sup> Аристотель. Політика // Аристотель. Сочинения: в 4 т. – М.: Мысль, 1983. – Т. 3. – С. 457–461.

<sup>7</sup> McIlwain Charles Howard. *Constitutionalism Ancient and Modern*. – Ithaca, New York: Cornell University Press, 1940. – P. 46, 48.

<sup>8</sup> Історія держави і права зарубіжних країн (Середні віки та ранній новий час): навч. посіб. / за ред. проф. Б.Й. Тищика. – Л.: Світ, 2006. – С. 7–15.

<sup>9</sup> Canning J. *A History of Medieval Political Thought (300–1450)*. – London – New York, 2003. – P. 16.

- <sup>10</sup> Tacitus C. Dialogs, Agricola, Germania. – London, New York. – MCMXIV. – P. 275.
- <sup>11</sup> Canning J. A History of Medieval Political Thought (300–1450). – London – New York, 2003. – P. 18.
- <sup>12</sup> Kelly J.M. A Short History of Western Legal Theory, Clarendon Press, Oxford, 1992. – P. 92.
- <sup>13</sup> Там само.
- <sup>14</sup> Fritz Kern. Kingship and Law in the Middle Ages / Translated by S.B. Chrimes / Clarc, New Jersey: The Lawbook Exchange, LTD: 2005. – P. 181–196.
- <sup>15</sup> Kelly J.M. A Short History of Western Legal Theory, Clarendon Press, Oxford, 1992. – P. 95–96.
- <sup>16</sup> Там само. – P. 97.
- <sup>17</sup> Berman Harold J. Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition. – Harvard University Press Cambridge, Massachusetts and London, England. – 1983. – P. 2–5.
- <sup>18</sup> Девіс Норман. История Европы / Норман Дэвис; пер. с англ. Т.Б. Менской. – М.: АСТ: Транзиткнига, 2005. – С. 24.
- <sup>19</sup> Кант И. Основы метафизики нравственности / И. Кант // Соч.: в 6 т. – М.: Мысль, 1964. – Т. 4. – С. 4–5.
- <sup>20</sup> Вольтер. Мысли о государственном управлении / Вольтер // Избранные произведения / сост. и ред. Книпович Е., Песис Б. – М.: ГИХЛ, 1947. – С. 547.
- <sup>21</sup> Локк Джон. Два трактата про правління / пер. Терех О., Дмитрець Р. – К.: Основи, 2001. – С. 28–30.
- <sup>22</sup> Г'юм Девід. Влада і свобода / Девід Г'юм // Консерватизм. Консервативна традиція політичного мислення від Едмунда Берка до Маргарет Тетчер. Антологія. – 2-ге вид. (перероб.) / упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. – К.: Видавничий дім «Простір» «Смолоскип», 2008. – С. 641–643.
- <sup>23</sup> Harrington James. The Commonwealth of Oceana / Harrington: «The Commonwealth of Oceana» and «A System of Politics». – Cambridge University Press, 1992. – 296 p. – P. 206–208.
- <sup>24</sup> Руссо Жан Жак. Об Общественном договоре. Трактаты / Жан Жак Руссо; пер. с фр. – М.: КАНОН-пресс, Кучково поле, 1998. – 416 с. – С. 246.
- <sup>25</sup> Сийес Эммануэль-Жозеф. Что такое третье сословие? / Эммануэль-Жозеф Сийес ; приложение к книге: «Аббат Сийес: от Бурбонов к Бонапарту» / сост., пер., вступ. ст. М.Б. Певзнер. – СПб.: Алетейя, 2003. – 224 с. – С. 207–209.
- <sup>26</sup> Dicey A.V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. – Indianapolis: Liberty Classics, 1982. – 435 p.
- <sup>27</sup> Копенгагенські критерії членства в Європейському союзі / Copenhagen criteria : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://ec.europa.eu/enlargement/policy/glossary/terms/accession-criteria\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enlargement/policy/glossary/terms/accession-criteria_en.htm)

#### Резюме

**Бориславська О.М. Формування європейської моделі конституціоналізму: від ідеї до конституційної системи правління.**

Європейська модель конституціоналізму, як конвергенція рис національних систем конституціоналізму європейських держав, має низку особливостей, що з'явилися не випадково, а під впливом конкретних історичних чинників, які існували упродовж усього часу її формування та розвитку. Саме вони привели до існування європейської моделі конституціоналізму у сучасному вигляді, зумовили специфіку, розуміння якої тісно пов'язане з усвідомленням їхньої сутності.

Стаття присвячена аналізу ключових етапів та особливостей формування й розвитку європейської моделі конституціоналізму, а також тих чинників, що суттєво вплинули на її сучасний зміст та форму.

**Ключові слова:** конституціоналізм, європейська модель конституціоналізму, конституція.

#### Резюме

**Бориславская Е.М. Формирование европейской модели конституционализма: от идеи до конституционной системы правления.**

Европейская модель конституционализма, как конвергенция черт национальных систем конституционализма европейских государств, имеет ряд особенностей, которые появились не случайно, а под влиянием конкретных исторических факторов, существовавших все время ее формирования и развития. Именно они привели к существованию европейской модели конституционализма в современном виде, обусловили специфику, понимание которой тесно связано с осознанием их сущности.

Статья посвящена анализу ключевых этапов и особенностей формирования и развития европейской модели конституционализма, а также тех факторов, которые существенно повлияли на ее современное содержание и форму.

**Ключевые слова:** конституционализм, европейская модель конституционализма, конституция.

#### Summary

**Boryslavska O. Formation of the European model of constitutionalism: from idea to constitutional system of governance.**

European model of constitutionalism, as a convergence of characteristics of the European states' national systems of constitutionalism, has a row of features. They appeared not by chance, but were influenced by specific historical factors, that have existed throughout all the history of its formation and development. Exactly they led to existence of the European model of constitutionalism in its present form, predetermined it's specificity, understanding of which is closely linked with the awareness of their essence.

The article is devoted to the analysis of key stages and features of the formation and development of the European model of constitutionalism, as well as those factors that significantly influenced its contemporary content and form.

**Key words:** constitutionalism, European model, constitution.

**П.С. КОРНІЄНКО**

*Петро Сергійович Корнієнко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Національної академії статистики, обліку та аудиту*

## **ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОЗАХИСНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЯК РІЗНОВИДУ ЮРИДИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ**

Правозахисна діяльність – це складне, багатоаспектне, соціально-правове явище, складовими частинами якої є діяльність як у межах державних органів, так і в межах громадських утворень чи індивідуальних громадян, або ж інститути на межі цих областей. Так, у юридичній літературі правозахисна діяльність розуміється як діяння (дія чи бездіяльність) правозахисних органів, яка спрямована на надання кожній людині і громадянину, їх об'єднанням та юридичним особам правової допомоги щодо припинення порушень права, притягнення винних до юридичної відповідальності, відновлення порушених, оспорюваних чи оскаржених прав і відшкодування спричинених порушенням права збитків<sup>1</sup>.

В Україні діють інституції, мета яких спрямована на захист прав і свобод громадян – судова система, адвокатура, громадські правозахисні організації, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Уповноважений Президента України з прав дитини тощо.

Об'єктом правозахисної діяльності виступають суспільні відносини, що відбуваються у процесі реалізації конституційних прав і свобод людини і громадянина, а саме – загальні конституційні правовідносини та відносні правовідносини, які виникають в ході реалізації суб'єктивних прав конкретними громадянами у відповідних ситуаціях.

Натомість предметом правозахисної діяльності виступають (у вузькому значенні) порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина з боку суб'єктів права, зокрема: державних органів та органів місцевого самоврядування, інших осіб, а також їх негативні наслідки. Однак варто усвідомлювати, що зміст предмета правозахисної діяльності не є таким однозначним і включає значну кількість елементів.

Варто звернути увагу на один із елементів правозахисної діяльності – її суб'єктів. Їх визначають як особливі складові, інституційні елементи конституційної системи захисту прав і свобод людини і громадянина, діяльність яких спрямована на виявлення причинно-наслідкових зв'язків відносин у суспільстві для здійснення особливого впливу на такі відносини, з метою не допущення в соціальній дійсності правопорушень, їх випередження (не допущення перетворення причини на наслідок, який має протиправний результат у вигляді порушення прав особи). А відтак, обґрунтовується наявність у предметі правозахисної діяльності такого елемента, як з'ясування причин порушень прав і свобод людини і громадянина, а також умови, що сприяють їх вчиненню.

Юриспруденція встановлює наявність трьох видів правозахисної діяльності: внутрішньодержавної, міжнародної та самозахисної. Усі три види такої діяльності мають спільні ознаки, зокрема, мету – захист прав і свобод людини і громадянина, а також передбаченість у конституційному законодавстві та державне регулювання (часткове у випадку самозахисту).

Правозахисна діяльність всередині держави має додатковий розподіл, який пов'язується насамперед із правовою природою суб'єкта її здійснення, його місцем у державному механізмі. Однак варто зазначити, що сучасне розуміння обсягу охоронно-захисної діяльності передбачає здійснення її усіма органами публічної влади.

Незважаючи на це і не применшуючи ролі певних складових органів публічної влади, зокрема законодавчої та виконавчої, слід визнати, що особливу роль у здійсненні правозахисної діяльності відіграє судова влада. Саме суд є ефективним засобом захисту прав і свобод людини і громадянина. Усвідомлення особливого правозахисного призначення суду як установи правосуддя покладено в основу авторитетних міжнародних документів, які стосуються прав людини. Так, відповідно до них кожному гарантується судовий захист його прав і свобод. Решта правозахисних та правоохоронних органів «працюють» на органи правосуддя. Діяльність цих органів знаходить свою оцінку в суді з позицій чинного законодавства, конституційних принципів та міжнародно-правових актів.

З часу великих світових війн міжнародно-правове регулювання спрямоване на все більше врегулювання і забезпечення прав та інтересів людини. Це стосується і сформованих з того часу міжнародних інституцій, які вживають організаційних, політичних, правових, економічних та інших заходів з метою більшого утвердження прав людини. Міжнародні акти встановлюють певний рівень правозахисної діяльності, якого мають дотримуватись держави у своїй внутрішній політиці. Не в останню чергу це стосується й України, оскільки курс на додержання міжнародних стандартів з прав людини став одним із пріоритетів внутрішньої політики держави.

Серед особливих елементів механізму міжнародного гарантування прав і свобод людини виокремлюють засоби гуманітарної інтервенції, силові засоби захисту та засоби тиску. Засоби гуманітарної інтервенції, які досить часто передбачають застосування збройних сил, вважаються не правовими, навіть подекуди нелегітимними. Такі заходи, в переважній більшості випадків, суперечать принципам сучасного міжнародного права і створюють реальну загрозу як для мирних міждержавних відносин, так і для самих прав і свобод людини<sup>2</sup>.

Серед заходів міжнародного впливу виділяють також засоби тиску, серед них – економічна блокада, ембарго, дипломатична ізоляція тощо. Є ще силові засоби захисту прав і свобод людини. Ці обидва заходи застосовуються за рішеннями Ради Безпеки ООН і розглядаються як останній можливий захід розв'язання криз міждержавних відносин та проблем всередині країн. Однак вважаємо, що найбільш ефективним є використання політичних та правових методів як вирішення конфліктних питань, так і гарантування прав і свобод людини. Побудова тісної взаємодії між державами на основі політичного та правового діалогу сприяє плідному співробітництву держав у гуманітарній сфері, яка впливає на формування внутрішньодержавної орієнтації на правозахисний механізм.

Держави здійснюють співпрацю через структури ОБСЄ. На початкових етапах роботи цієї організації це сприяло активізації діяльності членів для захисту прав і свобод людини, а потім привело до прийняття загальноєвропейських документів та формування механізму захисту прав і свобод. Результат такої роботи ми можемо спостерігати у вигляді сучасної моделі європейської системи захисту прав і свобод людини в рамках Європейської Конвенції про захист прав і основних свобод людини (1950 р.)<sup>3</sup>.

Варто виділити також самозахист, як специфічний вид конституційної правозахисної діяльності. Самозахист розуміється як самостійна діяльність суб'єкта конституційних прав щодо припинення порушень його прав і свобод, а також щодо відновлення прав, які вже порушені.

На відміну від інших видів державної діяльності, зокрема правоохоронної, у діяльності щодо правового захисту важливу та ініціюючу роль відіграє сам носій права. Він наділяється правом для захисту від порушень, що мають відбутись чи вже відбулись. Захист права передбачає виконання особою свого громадянського обов'язку перед суспільством, з метою захисту права, а також відповідного правопорядку, що у ньому склався. Таке розуміння впливає із того, що суб'єкт, як носій прав, є важливою складовою суспільства та правової системи. Отже, самозахист визначається як вид правозахисної діяльності, особливістю якої є потужна мотивація з метою правового захисту прав, свобод та інтересів у поєднанні із широкими можливостями, які не регулюються нормативними актами. Разом із тим особа, яка потребує такого захисту і використовує заходи щодо самозахисту, не завжди володіє необхідними знаннями, вміннями та навичками для його ефективного здійснення.

Вільний вибір форм захисту є важливою ознакою самозахисту, що дає змогу врахувати, яке право, якої особи, за яких обставин порушено і якими допустимими засобами можливий його захист. Серед таких форм самозахисту є спеціальні, які виступають результатом перетворення певних конституційних положень, що вже традиційно відносять до процесуальних принципів. Якщо розглядати з юридичного боку, то конституційна можливість самозахисту розуміється як правозахисні вимоги і претензії особи, які не заборонені законом, а також кореспондуючий їм обов'язок уповноважених органів здійснювати діяльність, згідно з положеннями конституції та законодавства. Водночас варто розуміти, що певні конституційні вимоги та претензії особи, яка використовує самозахист, мають специфічний зобов'язуючий, а відтак імперативний характер.

Таких властивостей набувають права, які передбачаються, в переважній більшості, процесуальними принципами, що поширюються на всіх осіб із формальним процесуальним статусом. Таким чином, якщо особа висловлює своє бажання щодо реалізації заходів захисту, такі дії, перетворюючись, набувають властивостей самозахисту. Інші, зокрема нетипові форми самозахисту, такі як крайня необхідність та необхідна оборона, актуалізуються за певних законодавчо обумовлених обставинах.

У даному випадку також варто згадати й конституційне визначення Української держави як суб'єкта захисту прав і свобод людини і громадянина. Відтак, держава, виходячи із свого природного та сутнісного обов'язку, має виконувати правомірні вимоги особи в силу реалізації конституційного обов'язку – захищати права і свободи людини і громадянина. Держава формує відповідний механізм, апарат, який вона уповноважує з метою реалізації поставлених перед державою цілей. Державний апарат, як реальний виконавець завдань, репрезентує та наповнює змістом державу як правозахисного суб'єкта. Саме фактична діяльність органів державної влади здійснює змістовне наповнення правозахисної функції держави.

Діяльність у сфері правового захисту потребує використання певного комплексу засобів, методів і прийомів, необхідного для досягнення позитивної мети. Незважаючи на це, правозахисна діяльність, яка здійснюється органами державної влади, має відбуватись тільки на основі відповідних принципів, що прямо передбачені для цього в Конституції та чинному законодавстві. Це стосується й інститутів громадянського суспільства та особи, яка вживає заходів щодо самозахисту. Однак цим суб'єктам надається право використовувати усі можливі засоби, які прямо не заборонені законом та не суперечать правовим принципам і засадам правопорядку.

З даного виводу можна згадати М.В. Вітрука. Науковець вказує, що враховуючи розроблений ним підхід розуміння захисту прав і свобод людини і громадянина як примусового способу реалізації даних прав, варто підкреслити особливий владний характер правозахисної діяльності інститутів правового захисту. Зокрема, він обґрунтовує, що владність як певна особлива властивість правозахисної діяльності має проявля-



тись у реальній можливості органів державної влади, їх посадових осіб, які здійснюють цю діяльність, підпорядковувати і спрямовувати поведінку людей<sup>4</sup>.

Ми можемо зобразити модель діяльності таких органів через певні характеристики правозахисних державних інституцій. Так, їхня діяльність забезпечуються системою правових засобів і методів, важливе місце серед яких належить державному примусу. Важко уявити дії держави з метою досягнення цілей управління без цього специфічного методу. Під поняттям «державний примус» розуміється матеріальний, соціальний, психологічний, ідеологічний, правовий чи навіть фізичний вплив уповноважених органів і посадових осіб держави на суб'єкта, який перебуває під юрисдикцією відповідної держави, з метою спонукати або примусити до вчинення дій чи утримання від їх вчинення в інтересах суспільства та держави. Державний примус упродовж багатьох сторіч є ефективним методом здійснення державної влади. Разом із тим історичний аналіз його застосування вказує на те, що примус, сам по собі, є жорстким засобом соціального впливу. Його природа передбачає силу, а відтак, він здатен забезпечувати безумовне домінування в суспільстві волі пануючого (в даному випадку – держави) суб'єкта.

Водночас у випадку, якщо суб'єкт добровільно виконує вимоги норм права, ми можемо говорити про умовний примус, оскільки особа усвідомлює соціальну необхідність і корисність правових вимог. Особливий метод умовного примусу чи навіть переконання якраз і передбачає, що особи самостійно виконують виражену в правових актах волю суб'єкта влади. Завдяки переконанню створюється горизонтальний зв'язок між волею законодавця та громадянина, керівником та підлеглими, що й приводить до єдності дій. Заходи та інструменти переконання передбачають використання ідеологічних, соціально-психологічних засобів і форм впливу на свідомість індивіда чи колективу, в результаті чого вони приймають необхідність досягнення соціально значущих цілей.

Не всі органи державної влади, які здійснюють правозахисну діяльність, наділені владними повноваженнями для застосування заходів примусу. Натомість робота інститутів громадянського суспільства у сфері правового захисту здійснюється лише за допомогою методів переконання. Це стосується і роботи частини державного апарату. Для прикладу: омбудсман наділений дуже обмеженими владними повноваженнями щодо можливості застосовувати заходи, основою яких є державний примус. Водночас він наділений значною кількістю повноважень, метою яких є діалог між суб'єктами для досягнення цілей правозахисту.

Необхідність застосування примусу до порушників прав і свобод людини і громадянина виникає в тих ситуаціях, коли такий метод є єдиним способом відновлення порушених прав.

Більш ефективним видається поєднання переконання і державного примусу. Цей процес є динамічним у своїй суті, він визначається багатьма факторами, що діють на конкретному етапі розвитку відповідного суспільства і держави. Тобто, передбачає врахування національних традицій державного управління, правотворчості, правозахисної та правоохоронної діяльності. Можливість для покращення й підвищення ефективності заходів правового захисту держави пов'язується з пошуком найбільш ефективних засобів, які приводять до бажаних цілей із найменшими правовими та економічними затратами для суспільства і суб'єкта, чие право порушене. У даному випадку важливим є формування концептуально закінченої, орієнтованої на пріоритет правового захисту політичної волі держави, що є потужним стимулом правозахисної діяльності для її органів та посадових осіб.

Діяльність щодо правового захисту із залученням державних органів не може проходити у формі, що чітко не встановлена чинним законодавством. Тому необхідність закріплення процесуальних форм здійснення правозахисної діяльності є незаперечною. Вітчизняна юридична наука не має чіткого розуміння поняття юридичної процесуальної форми. Однак у переважній більшості науковці сходяться до думки, що під цим поняттям розуміють сукупність однорідних процедурних норм, дотримання яких вимагається від учасників відповідного процесу і спрямованих на досягнення чітко обумовленої цілі регулювання. Отже, процесуальна форма передбачає використання найбільш доцільної процедури здійснення визначених повноважень органів державної влади.

Рішення про необхідність застосування юридичних заходів впливу з метою досягнення цілей регулювання можливе лише у межах конкретних процесуальних правил та процедур, що встановлені законом та підлягають обов'язковому виконанню. Недотримання суб'єктом правозастосування відповідних процесуальних норм може спричинити визнання рішення неконституційним або незаконним, а також інші негативні наслідки, зокрема і для посадової особи, яка допустила порушення процедури.

Природа та місце суб'єкта правозахисної діяльності впливають і на форму здійснення такої діяльності. Якщо розглядати діяльність несудових органів, зокрема парламенту, уряду, інших виконавчих органів, омбудсмана тощо, то правозахисна діяльність здійснюється в процесуальних формах, які передбачені у чітко встановлених процесуальних правилах, згідно з обсягом їх компетенції. Натомість, у випадку із судовими органами, правозахисна діяльність здійснюється в процесуальних формах конституційного, господарського, цивільного, кримінального чи адміністративного судочинства, що обумовлено конкретним судовим органом та особливістю процесуального законодавства.

Правозахисна діяльність передбачає постійну та безперервну роботу усіх суб'єктів, які наділені правозахисними повноваженнями – органів державної влади, органів місцевого самоврядування, представників інститутів громадянського суспільства, на відновлення порушених прав і свобод людини і громадянина. Найпершою пріоритетною метою такої роботи є позитивний результат – відновлення порушених прав і свобод людини і громадянина. Оскільки означена діяльність щодо правового захисту здійснюється із використан-

ням певних засобів, які є характерними для конкретних суб'єктів, то відповідно процес чи процедура є їх елементом діяльності.

Позитивна мета правозахисної діяльності досягається через залучення певного комплексу засобів, методів і прийомів. Діяльність органів державної влади у процесі відновлення порушених прав, а також недопущення їх порушення має здійснюватись виходячи із відповідних передбачених принципів діяльності, що закріплюються в акті установчої влади народу – конституції. Вищевказана умова є визначальною та істотною для всіх стадій роботи суб'єктів правового захисту, оскільки, захопившись досягненням правозахисного результату через використання методів, що не відповідають конституційним принципам, його раціональність буде спірною.

Таким чином, усі органи державної влади, що становлять систему суб'єктів захисту прав і свобод людини і громадянина, здійснюють правозахисну діяльність тими методами та у той спосіб, які передбачені Конституцією України чи виходять із її принципів.

Тобто, в даному випадку важливим є розуміння форми правозахисної діяльності. Насамперед слід зазначити, що філософські категорії «форма» і «зміст» (які використовуються і в правовій теорії) не можуть існувати одна без одної, тому що зміст поняття має мати свій зовнішній вираз – бути оформленим, а форма, в свою чергу, має бути наповнена змістом. У протилежному випадку форма втрачає свою мету. Форма як зовнішнє «обличчя» предмета виступає елементом, що встановлює його буття, яке вирізняє об'єкт з-поміж інших. Зрештою, існування змісту поза формою неможливе, оскільки фактично об'єкт не буде мати зовнішнього вираження.

Варто визначити що ж розуміється під змістом поняття «форма правозахисної діяльності органів державної влади». Відтак, ми розуміємо його як фактичну правозахисну діяльність, що виражається у систематичній активності відповідних суб'єктів, спрямовану на відновлення порушених прав і свобод людини і громадянина, а також припинення й попередження таких порушень. Оскільки, як ми зауважили вище, форма і зміст розглядаються у поєднанні одна з одним, відтак форма правозахисної діяльності має виражати її ознаки як способу функціонування конституційної системи захисту прав і свобод людини і громадянина. Таким чином, поєднання форми і змісту правозахисної діяльності, їх внутрішнього зв'язку є необхідними умовами досягнення цілей та мети правозахисної діяльності – відновлення прав і свобод людини і громадянина, а також у гарантуванні їх як непорушних.

Форма правозахисної діяльності органу державної влади – це чітко визначений порядок правозахисної діяльності даного органу, його складових – структурних підрозділів, а також посадових осіб. Така форма визначає порядок правозахисної діяльності конкретних суб'єктів, які законодавчо встановленими методами розкривають зміст даної діяльності. Робота органів державної влади та їх структурних підрозділів здійснюється у визначених та регламентованих формах, кожна з яких обумовлена особливими цілями та функціями відповідного органу та його місцем у державному апараті, що характеризується чітким змістом. Зрештою, діяльність органів державної влади, в тому числі й правозахисна, характеризується власними конкретними принципами, нормами, зв'язками, учасниками та елементами; таким чином, будь-яка правозахисна діяльність виражається у певній формі.

Здійснення правозахисної діяльності органів державної влади із використанням різноманітних форм і методів обумовлюється функціями органу державної влади, завданнями які він має виконувати. Важливо, що вибір форми правозахисної діяльності органу державної влади був спрямований на виконання функцій такого органу і досягнення мети правозахисної діяльності з найменшими витратами сил, засобів і часу. Отже, вибір форми правозахисної діяльності є надзвичайно важливим елементом самої правозахисної діяльності, оскільки досить часто від цього залежить позитивний її результат. Вищезазначене положення має прямий зв'язок із практикою, оскільки вибір форм правозахисної діяльності полягає у тому, що на практиці реалізуються повноваження державних органів – гарантується захист прав і свобод, відновлюються порушені права і свободи, забезпечується припинення і попередження їх порушень.

Органи державної влади та посадові особи в кожному конкретному життєвому випадку через необхідність вирішення ситуацій, що склались, обирають відповідну форму правозахисної діяльності.

Оскільки правозахисна діяльність органів державної влади має відповідати принципам роботи даного органу, а також усім процедурним нормам, так само й вибір форми правозахисної діяльності підпорядкований певним правилам, серед них:

- 1) правозахисна діяльність повинна відповідати основним засадам функціонування даного органу;
- 2) правозахисна діяльність не повинна виходити за межі компетенції даного органу державної влади;
- 3) така діяльність має бути здійснена лише в межах правових методів та засобів;
- 4) правозахисна діяльність має відповідати обставинам справи та ситуації, що склалась, з метою їх вирішення, а також мати чіткі цілі регулювання;
- 5) вона не може поширюватись на справи та об'єкти регулювання, вирішення яких не входить до функціональної компетенції відповідного органу державної влади чи посадової особи.

Завдяки змісту обраної процесуальної форми правозахисної діяльності вирішуються юридичні питання (спори, конфлікти, складні ситуації), які виникають в процесі її здійснення. Однак у сучасних умовах правозастосовної практики проблема процесуального передбачення певного порядку вчинення правозахисних дій і прийняття на цій основі актів правозастосування (рішень) є однією з найбільш гострих та таких, що потребує вирішення. Фактична відсутність чітких механізмів і алгоритмів застосування заходів, які спрямовані на

правовий захист, а подекуди й згадка про необхідність здійснення таких заходів, відчутно знижує ефективність конституційної системи захисту прав і свобод людини і громадянина.

<sup>1</sup> Балінська Є.В. Адвокатура : моногр. / Є.В. Балінська. – Х.: Олді-Плюс, 2012. – С. 67.

<sup>2</sup> Адвокатура зарубіжних країн. Англія. Німеччина. Франція: навч.-практ. посіб. / І.Ю. Гловацький. – К.: Атіка, 2007. – С. 116.

<sup>3</sup> Адвокатура України: навч. посіб.: у 2-х кн. / С.Я. Фурса, Є.І. Фурса, В.Е. Білянєвич, С.В. Щербак, Л.Л. Нескородженна. – К.: КНТ: Вид. Фурса С.Я., 2007. – Кн. 1. – С. 7.

<sup>4</sup> Витрук Н.В. Общая теория правового положения личности / Н.В. Витрук. – М.: Норма, 2008. – С. 323.

#### Резюме

##### **Корнієнко П.С. Особливості правозахисної діяльності як різновиду юридичної діяльності.**

Розкривається поняття правозахисної діяльності як діяння (дія чи бездіяльність) правозахисних органів, яка спрямована на надання кожній людині і громадянину, їх об'єднанням та юридичним особам правової допомоги щодо припинення порушень права, притягнення винних до юридичної відповідальності, відновлення порушених, оспорюваних чи оскаржених прав і відшкодування спричинених порушенням права збитків. Визначається поняття об'єкта, предмета та суб'єктів правозахисної діяльності, видів правозахисної діяльності.

**Ключові слова:** правозахисна діяльність, конституційна правозахисна діяльність, юридична діяльність, об'єкт, предмет, суб'єкт, види правозахисної діяльності, органи державної влади, права, свободи та обов'язки людини і громадянина.

#### Резюме

##### **Корнієнко П.С. Особенности правозащитной деятельности как разновидности юридической деятельности.**

Раскрывается понятие правозащитной деятельности как деяние (действие или бездействие) правозащитных органов, направленное на предоставление каждому человеку и гражданину, их объединениям и юридическим лицам правовой помощи по пресечению нарушений права, привлечению виновных к юридической ответственности, восстановлению нарушенных, оспариваемых или оспоренных прав и возмещению вызванных нарушением права убытков. Определяется понятие объекта, предмета и субъектов правозащитной деятельности, видов правозащитной деятельности.

**Ключевые слова:** правозащитная деятельность, конституционная правозащитная деятельность, юридическая деятельность, объект, предмет, субъект, виды правозащитной деятельности, органы государственной власти, права, свободы и обязанности человека и гражданина.

#### Summary

##### **Korniyenko P. Features of human rights activities as a kind of legal activity.**

The concept of human rights activism is disclosed as an act (action or inaction) of human rights protection bodies aimed at providing every person and citizen, their associations and legal entities with legal assistance in stopping violations of the law, bringing the guilty to legal liability, restoration of the violated, challenged or challenged rights. and the indemnity caused by the violation of the right to damages. The concept of object, subject and subjects of human rights activity, types of human rights activities is defined.

**Key words:** human rights activist, constitutional human rights activist, legal activity, object, subject, subject, types of human rights activities, bodies of state power, rights, freedoms and duties of a person and a citizen.

УДК 342.34

### З.С. КРАВЦОВА

*Зоріна Сергіївна Кравцова, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## ЗМІСТ НАРОДНОГО СУВЕРЕНІТЕТУ ТА ПРЕДСТАВНИЦЬКОЇ ДЕМОКРАТІЇ В УКРАЇНІ

У преамбулі та ст. 1 Конституції України<sup>1</sup> наша держава визначається як демократична. Відомо, що основоположною ознакою демократичної держави є гарантування народного суверенітету та якісна, ефективна представницька демократія.

Питанням народного, національного та державного суверенітету, формам безпосередньої та представницької демократії присвячували свої праці, що вже є класикою, Ж. Боден, А. Гамільтон, Г. Гегель, Т. Гоббс, Г. Гроцій, Л. Дюгі, Т. Джефферсон, Г. Єллінек, І. Кант, Дж. Локк, Ш.Л. Монтеск'є, Ж.-Ж. Руссо та інші вчені.

Розвиток людства, глобалізаційні процеси в світі є новими викликами, ті системні винаходи, такі як розподіл влади, класичні виборчі системи більше не гарантують дійсної демократії, тому вчені знову й знову повертаються до цієї тематики.

Серед вітчизняних вчених, які займалися даною проблематикою, І. Забокрицький, В. Ковальчук, М. Козюбра, А. Колодій, О. Копиленко, О. Мурашин, Н. Оніщенко, Н. Пархоменко, О. Петришин, П. Рабінович, О. Скакун, В. Скрипнюк, О. Скрипнюк, О. Щербанюк.

**Мета статті** – з'ясування змісту народного суверенітету та представницької демократії в Україні в контексті реалізації державної влади в нашій країні.

Термін «суверенітет» (у перекладі – верховна влада) щодо політико-правового статусу національної держави і суспільства, що утворило її, узагальнено можна визначити як незалежність його носіїв в ухваленні й втіленні в життя політичних постанов, що стосуються їхніх внутрішніх і зовнішніх справ<sup>2</sup>.

Нормативне закріплення принципу народного суверенітету базується на ст. 3 Декларації прав людини і громадянина 1789 року, де має місце положення про те, що «Джерелом суверенної влади є нація. Жодні установи, жоден індивід не можуть мати владу, яка б явно не виходила від нації»<sup>3</sup>.

Як бачимо, йдеться про національний суверенітет. У зв'язку з тим, що цей документ став визначальною пам'яткою Великої французької революції, у той період доктринальної розбіжності між поняттями національного суверенітету та народний суверенітет не було. На сьогодні ми вважаємо актуальним говорити про суверенітет нації на міжнародно-правовому рівні саме тому, що йдеться про право нації на самовизначення. Ми ж, досліджуючи державну владу в Україні як конституційно-правову категорію, як комплексне явище, говоримо про народний суверенітет як принцип, що лежить в основі української демократії.

В. Погорілко визначив народовладдя як «належність усієї суспільної влади, в тому числі державної, народові, вільне здійснення народом цієї влади відповідно до його суверенної волі в інтересах як усього суспільства, так і кожної людини»<sup>4</sup>.

Ми погоджуємося із В. Скрипнюком у тому, що визнання влади українського народу первинною, єдиною і невідчужуваною є фундаментальним принципом та водночас орієнтиром усіх процесів, що відбуваються у сучасній Україні. При цьому якщо підходить до визначення ціннісного змісту поняття демократії, то варто погодитись з тим, що значну його частину становить саме ідея народного суверенітету<sup>5</sup>.

О. Скрипнюк у висновках свого наукового дослідження, присвяченого теоретико-правовому аспекту реалізації принципу народного суверенітету в Україні, зазначає, що народовладдя є загальною формою організації суспільних відносин, в основу якої покладено принцип народного суверенітету, що підтверджується конституційним визнанням народу єдиним джерелом влади, верховенством прав і свобод людини і громадянина, забезпеченням рівної й ефективної участі громадян в процесі державного управління. Таким чином, порівнюючи науково-теоретичний зміст згаданих вище термінів, можна сказати, що народний суверенітет виступає центральним елементом системи базових принципів, які закладено в основу такого специфічного способу організації суспільних відносин, як народовладдя<sup>6</sup>.

У науці конституційного права з'явився підхід, відповідно до якого народний суверенітет та народовладдя розглядаються як конституційні цінності та правові пріоритети сучасної України<sup>7</sup>.

Автори національної доповіді Національної академії наук України на тему «Національний суверенітет України в умовах глобалізації» констатують, що вирішення Україною завдання нормативно-правового конституювання національного суверенітету відбувалося на трьох якісно пов'язаних рівнях: внесення змін і доповнень до Конституції УРСР 1978 р.; паралельне прийняття окремих законів у галузі конституційного законодавства; творення нової Конституції України. При цьому прийнята у 1996 р. Конституція України проголосила Україну суверенною і незалежною державою (ст. 1), а народ України – носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні (ст. 5)<sup>8</sup>.

Побуває думка, що суверенність держави в її внутрішніх проявах розуміється як право на примушування підвладних. Хоча загальна концепція національного суверенітету спирається на принцип обмеження суверенітету держави щодо своїх громадян, що впливає із утвердження ідеалів свободи і рівності, втілених у громадянському суспільстві, із зміцнення особистої економічної незалежності «середнього класу», який становить більшість населення розвинутих країнах<sup>9</sup>.

Ключовою для нас при розгляді змісту народного суверенітету та представницької демократії в Україні є ст. 5 Конституції України, яка проголошує, що носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ. Тут же визначено, що народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування.

Таким чином, український народ є єдиним джерелом влади, але не єдиним носієм суверенітету. Поряд з народом суверенітет притаманний також державі та нації. Однак народний суверенітет є первинним щодо державного суверенітету, він є джерелом державного суверенітету України. Конституція України пов'язує суверенітет держави з волевиявленням українського народу, який конституював суверенну державність України. Суверенні права народу не зводяться тільки до виборчого права, права доручення певним особам виконувати ті чи інші функції та права законотворчості. Частина 3 ст. 5 Конституції України розширила перелік суверенних прав народу України, зокрема: «право визначати і змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народові і не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами». Це конституційне положення висвітлює ще одне дуже важливе виключне (суверенне) право народу – право визначати і змінювати конституційний лад. Це підтверджується п. 1 ст. 85 Конституції України, яка не передбачає права Верховної Ради України на прийняття Конституції України, а також ст. 156 Конституції України, згідно з якою законопроект про внесення змін до розділів, які встановлюють засади конституційного ладу в Україні, після його прийняття у Верховній Раді України має затверджуватись всеукраїнським референдумом<sup>10</sup>.

О. Щербанюк, характеризуючи принцип народовладдя, пише, що цей принцип може бути зведений до таких положень: народ є єдиним джерелом верховної влади в державі; публічна влада існує виключно в його інтересах; народу належить верховне право вирішення найважливіших питань державного та суспільного життя, формування органів публічної влади, що здійснюватимуть функцію політичного управління, а також право контролю за їх діяльністю. Закріплення в Конституції суверенітету народу свідчить про побудову системи держави і права в нашій країні на основі доктрини природних та невідчужуваних прав людини. Саме український народ делегував частину своєї природної свободи на користь державної влади та наділив державу повноваженням вимагати від кожного індивіда виконання дій та рішень органів державної влади в межах, встановлених українським народом у Конституції України. Цим зумовлена визначальна роль народного суверенітету для конституційного принципу народовладдя<sup>11</sup>.

Переходячи до характеристики безпосередньої демократії, повертаємося знову до ст. 5 Конституції України. Дане положення у 2005 р. було розтлумачене Конституційним Судом України. Таким чином, цю норму слід розуміти так: «вся влада належить народові. Влада народу є первинною, єдиною і невідчужуваною та здійснюється народом шляхом вільного волевиявлення через вибори, референдум, інші форми безпосередньої демократії у порядку, визначеному Конституцією та законами України, через органи державної влади та органи місцевого самоврядування, сформовані відповідно до Конституції та законів України»<sup>12</sup>.

В. Ковальчук та І. Забокрицький з цих питань доходять висновку, що, по-перше, спостерігається надзвичайно тісний зв'язок між виборами як формою реалізації прямої демократії та ефективністю представницької. Будь-які зловживання під час виборчого процесу призводять до обрання влади, яка не буде реалізовувати належне врядування в інтересах виборців, а отже, і не буде досягнуто цілей представницької демократії. По-друге, необхідним є існування громадянського суспільства та вільних ЗМІ, які допомагають належним чином сформулювати об'єктивну громадську думку щодо виборчого процесу. По-третє, представницька демократія може бути ефективною лише за досягнення належного рівня політичної культури в соціумі. Для цього потрібно, щоб існували розвинуті політичні партії, які перебувають у взаємозв'язку з їхніми членами та електоратом, зі своєю ідеологією, що спрямовані на реалізацію політичних цілей відповідно до своїх партійних програм<sup>13</sup>.

Узагальнюючи питання щодо представницької демократії, автори зазначають, що це – комплексна категорія. Вона набуває свого значення через низку заходів та процедур, від формування представницького органу до здійснення контролю за його діяльністю. Тому представницька демократія – одна із форм вираження волі народу (народного суверенітету), яка передбачає оптимально ефективну процедуру прийняття владно-політичних рішень демократично обраними представницькими органами (що діють з урахуванням волі народу).

Основні ознаки представницької демократії – це те, що вона є однією із форм (видів) народного суверенітету; передбачає оптимально ефективну процедуру прийняття важливих владно-політичних рішень; здійснюється органами, які обираються народом чесним та прозорим способом. Критерії функціонування представницької демократії:

- критерії формування представницьких органів – це вимоги щодо чесних, прозорих виборів з рівними можливостями щодо участі у них, періодичність проведення виборів, наявність вільних ЗМІ, розвинута партійна система, що сприяє політичному плюралізму;

- критерії функціонування представницького органу: професійні та моральні якості депутата (представника), демократичність законодавчого процесу, наявність парламентських привілеїв (депутатський імунітет та індемнітет), чітко визначені Конституцією та законами повноваження органу (реалізація конституційної законності), наявність парламентської опозиції та урахування її думки;

- критерії контролю: наявність зрілого громадянського суспільства, що через свої інститути здійснює ефективний контроль за діяльністю представницьких органів, можливість дострокового припинення повноважень, конституційний контроль у рамках діяльності органів конституційної юстиції<sup>14</sup>.

Ми погоджуємося з авторами в тому, що представницька демократія є однією із форм вираження народного суверенітету. Але вважаємо, що роль громадянського суспільства є перебільшеною, оскільки представницька демократія, її механізм має бути побудований таким чином, щоб не було необхідності у зовнішньому контролі. Ефективна представницька демократія більше залежить від якості політичної еліти, нормативно виваженої виборчої процедури, збалансованості системи стримувань і противаг, що лежать в основі форми правління.

Нам потрібно чітко розмежувати форми безпосередньої та представницької демократії. Розділ III Конституції України містить 6 статей. У першій статті цього розділу визначено, що народне волевиявлення здійснюється через вибори, референдум та інші форми безпосередньої демократії (ст. 69). У 2008 р. постало питання про тлумачення аспектів прийняття Конституції та законів України на референдумі. Конституційний Суд визначив, що положення ч. 2 ст. 72 у системному зв'язку зі ст. 5 Конституції України слід розуміти так, що народ як носій суверенітету і єдине джерело влади в Україні може реалізувати на всеукраїнському референдумі за народною ініціативою своє виключне право визначити й змінювати конституційний лад в Україні шляхом прийняття Конституції України у порядку, який має бути визначений Конституцією і законами України; народ як носій суверенітету і єдине джерело влади в Україні, здійснюючи своє волевиявлення через всеукраїнський референдум за народною ініціативою, може в порядку, який має бути визначений Конституцією і законами України, приймати закони України (вносити до них зміни), крім законів, прийняття яких на референдумі не допускається згідно з Конституцією України. Положення частини другої ст. 94 Конс-

титуції України необхідно розуміти так, що процедура підписання й оприлюднення законів, встановлена нею, не застосовується до законів, прийнятих референдумом<sup>15</sup>.

Крім того, єдиний орган конституційної юрисдикції визначив, що рішення всеукраїнського референдуму щодо прийняття законів є остаточним і не потребує будь-якого затвердження, в тому числі Верховною Радою України, і рекомендував парламенту, народним депутатам та голові держави ініціювати й здійснити приведення існуючого законодавства України з питань референдумів у відповідність до норм чинної Конституції України.

Як можемо спостерігати, новітній конституційний процес в Україні взагалі залишає питання референдарного процесу поза увагою.

Поряд із тим важливим є удосконалення інституту представницької демократії, яка пов'язана із формами безпосереднього народовладдя, тим, що розпочинається із виборів, але сутністю своєю має якраз організацію роботи та функціонування органів публічної влади в Україні.

Отже, змістом представницької демократії в Україні є організація роботи та функціонування представницьких органів державної влади та представницьких органів місцевого самоврядування. До них ми відносимо Верховну Раду України, главу держави, сільські, селищні, міські, районні, обласні, районні в містах ради, сільських, селищних, міських голів, старост.

<sup>1</sup> Конституція України : чинне законодавство зі змінами та доповненнями станом на 30 верес. 2016 р. : Офіц. текст. – К. : ПАЛИВОДА А.В., 2016. – 76 с.

<sup>2</sup> Короткий Оксфордський політичний словник / за ред. І. Макліна й А. Макмілана; пер. з англ. – К., 2005. – С. 665.

<sup>3</sup> Международные акты о правах человека : сб. документов. – М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М, 1999. – С. 22.

<sup>4</sup> Конституційне право України / за ред. В.Ф. Погорілка. – К.: Наукова думка, 2002. – С. 286.

<sup>5</sup> Скрипнюк В.М. Теоретичні та практичні проблеми забезпечення народного суверенітету на сучасному етапі державотворення / В.М. Скрипнюк // Наукові праці МАУП. – 2013. – Вип. 4 (39). – С. 9–14.

<sup>6</sup> Там само. – С. 70.

<sup>7</sup> Политико-правовые ценности: история и современность / отв. ред. В.С. Нерсесянц. – М.: Эдиториал, 2001. – 64 с.

<sup>8</sup> Національний суверенітет України в умовах глобалізації: Національна доповідь. – К.: Парламентське вид-во, 2011. – С. 3.

<sup>9</sup> Там само. – С. 73.

<sup>10</sup> Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997–2001 / відп. ред. канд. юрид. наук П.Б. Євграфов. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – Кн. 1. – С. 32.

<sup>11</sup> Щербанюк О.В. Визначальна роль народного суверенітету для конституційного принципу народовладдя / О.В. Щербанюк : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/63971/100-Shcherbanyuk.pdf?sequence=1> ; С. 462–466 (дата звернення: 08.02.2018).

<sup>12</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 60 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частини першої статті 103 Конституції України в контексті положень її статей 5, 156 та за конституційним зверненням громадян Галайчука Вадима Сергійовича, Подгорної Вікторії Валентинівни, Кислої Тетяни Володимирівни про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої, четвертої статті 5 Конституції України (справа про здійснення влади народом) № 6-рп/2005 від 5 жовтня 2005 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-05> (дата звернення: 08.02.2018).

<sup>13</sup> Ковальчук В.Б. Представницька демократія: поняття, ознаки, критерії / В.Б. Ковальчук, І.І. Забокрицький : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://science.lpnu.ua/sites/default/files/journalpaper/2017/may/2222/vnulpurn201582426.pdf> ; С. 159–163 (дата звернення: 08.02.2018).

<sup>14</sup> Там само.

<sup>15</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Президента України про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої статті 5, статті 69, частини другої статті 72, статті 74, частини другої статті 94, частини першої статті 156 Конституції України (справа про прийняття Конституції та законів України на референдумі) : рішення Конституційного Суду України від 16 квітня 2008 року № 6-рп/2008 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 32. – С. 35. – Ст. 1056, код акту 42925/2008.

### Резюме

#### **Кравцова З.С. Зміст народного суверенітету та представницької демократії в Україні.**

Основоположною ознакою демократичної держави є гарантування народного суверенітету та якісна, ефективна представницька демократія. Розвиток людства, глобалізаційні процеси в світі є новими викликами, ті системні винаходи, такі як розподіл влади, класичні виборчі системи більше не гарантують дійсної демократії, тому вчені знову й знову повертаються до цієї тематики. Стаття присвячена з'ясуванню змісту народного суверенітету та представницької демократії в Україні у контексті реалізації державної влади в нашій країні.

Ефективна представницька демократія більше залежить від якості політичної еліти, нормативно виваженої виборчої процедури, збалансованості системи стримувань і противаг, що лежать в основі форми правління.

Змістом представницької демократії в Україні є організація роботи й функціонування представницьких органів державної влади та представницьких органів місцевого самоврядування. До них ми відносимо Верховну Раду України, главу держави, сільські, селищні, міські, районні, обласні, районні в містах ради, сільських, селищних, міських голів, старост.

**Ключові слова:** демократія, народовладдя, народний суверенітет, форми безпосередньої демократії, представницька демократія.

Резюме

**Кравцова З.С. Содержание народного суверенитета и представительной демократии в Украине**

Основополагающим признаком демократического государства является обеспечение народного суверенитета и качественная, эффективная представительная демократия. Развитие человечества, глобализационные процессы в мире являются новыми вызовами, те системные изобретения, такие как распределение власти, классические избирательные системы больше не гарантируют действительной демократии, поэтому ученые вновь и вновь возвращаются к этой тематике. Статья посвящена выяснению содержания народного суверенитета и представительной демократии в Украине в контексте реализации государственной власти в нашей стране.

Эффективная представительная демократия больше зависит от качества политической элиты, нормативно взвешенной избирательной процедуры, сбалансированности системы сдерживания и противовесов, лежащих в основе формы правления.

Содержанием представительной демократии в Украине является организация работы и функционирования представительных органов государственной власти и представительных органов местного самоуправления. К ним мы относим Верховную Раду Украины, главу государства, сельские, поселковые, городские, районные, областные, районные в городах советы, сельских, поселковых, городских голов, старост.

**Ключевые слова:** демократия, народовластие, народный суверенитет, формы непосредственной демократии, представительная демократия.

Summary

**Kravtsova Z. The meaning of national sovereignty and representative democracy in Ukraine.**

The fundamental feature of a democratic state is the guarantee of national sovereignty and high-quality, effective representative democracy. The development of mankind, the globalization processes in the world are new challenges. Those systemic inventions such as the division of power, the classical electoral systems no longer guarantee a true democracy, therefore, scientists again and again return to this theme. The article is devoted to the clarification of the content of national sovereignty and representative democracy in Ukraine in the context of the implementation of state power in Ukraine.

In science, there is the idea that representative democracy is one of the forms of expression of popular sovereignty, with which we agree. But we believe that the role of civil society is exaggerated, because representative democracy - its mechanism must be constructed so that there is no need for external control.

Effective representative democracy depends more on the quality of the political elite, the normative-balanced electoral procedure, the balance of the system of checks and balances, which underlie the form of government.

**Key words:** democracy, democracy, national sovereignty, forms of direct democracy, representative democracy.

УДК 342.721

**А.А. ГРИНЬ**

*Андрій Анатолійович Гринь, здобувач ДВНЗ  
«Ужгородський національний університет»*

**СИСТЕМА КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ГАРАНТІЙ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ ДІЙ ТА ЗАХИСТ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ**

Процедура проведення негласних слідчих (розшукових) дій завжди конфліктує із конституційними гарантіями недоторканності приватного й сімейного життя. Проте існує суспільна необхідність у їх проведенні з метою забезпечення публічних інтересів – запобігання вчинення нових злочинів, розслідування обставин вчинення злочину, або забезпечення прав і свобод інших приватних осіб. При їх здійсненні має місце збір персональних даних про особу відповідно до визначених законом процедур з метою запобігання, припинення та розкриття злочинів. Після закінчення цих процедур завершуються постановленням обвинувального чи виправдувального вироку, закриттям кримінального провадження у зв'язку із певними нереабілітуючими обставинами. Водночас виникає питання щодо розпорядження персональними даними про особу. Подальше їх збереження в досьє особи, щодо якої йшов процес збору персональних даних, з точки зору юридичної визначеності та передбачуваності містить потенційну можливість зловживання у майбутньому з боку поліції та спецслужб. Врешті-решт може скластися ситуація можливого шантажу з боку третіх осіб у разі, якщо інформація з персональними даними потрапить у силу різних життєвих обставин у розпорядження недобросовісних осіб чи злочинних організацій.

У цій статті буде здійснено короткий огляд конституційних гарантій проти зловживань із персональними даними про особу, отриманих в разі негласних слідчих (розшукових) дій. Оскільки, виходячи із балансу публічного і приватного інтересу, прийняття рішення про проведення негласних слідчих (розшукових) дій має специфічний характер, тому особа лише певним чином може здогадуватися про те, що проти неї ведеться таємне стеження і збір інформації про неї. Звідси існує необхідність дослідити систему контролю проти можливих зловживань при розпорядженні такого роду інформацією. Тому буде зроблено короткий аналіз парламентського, адміністративного та судового контролю за правозастосовною практикою щодо ведення

таємного стеження та збору персональних даних поліцією і спецслужбами. Також буде проаналізовано ефективність практики знищення персональних даних про осіб, щодо яких велися негласні слідчі (розшукові) дії, після закінчення всіх процедур у рамках оперативно-розшукових дій та кримінального провадження. Особливу увагу буде приділено особливостям конституційних процесуальних гарантій у світлі можливості особи вільно розвиватися як індивіду, презумпції невинуватості, не розкриття даних про особисте життя та життя своїх родичів і близьких, а також прав-привілеїв окремих категорій вільних професій.

**Система контролю за проведенням негласних слідчих (розшукових) дій у світлі поваги до прав людини та ефективності контролю за їх здійсненням.** Статті 30–32 Конституції України<sup>1</sup> визначають юридичні підстави щодо застосування негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД). Юридичні підстави застосування НСРД для проведення таємного стеження та збору певних персональних даних цілком відповідають критеріям, які притаманні принципу пропорційності – вони здійснюються на основі закону, викликані необхідністю у демократичному суспільстві (нагальною потребою) та здійснюються за допомогою доречних засобів (судове рішення), що мають легітимну мету (запобігти злочині чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо).

Для визначення ефективності такого контролю буде зроблено аналіз застосування положень Закону про оперативно-розшукову діяльність, Закону про захист персональних даних та Закону про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави. Методологічною основою для визначення ступеня ефективності такого контролю слугуватимуть рішення Європейського суду з прав людини Леандер проти Швеції<sup>2</sup> та Клас та інші проти Німеччини<sup>3</sup>. Також мають значення положення ст. 62 Конституції України, згідно з якими докази, отримані незаконним шляхом, не можуть покладатися в основу судового вироку.

У цьому контексті справа Леандер проти Швеції є демонстрацією визначення юридичних підстав для здійснення збору персональних даних щодо осіб, які мають інтенсивні контакти і зв'язки зі структурами, що здійснюють підривну діяльність. Це може, у свою чергу, стати підставою для обґрунтованих підозр стосовно такої особи, що вона може виконувати певні завдання, які підриватимуть національну безпеку, що слугуватиме юридичною основою для відмови для прийняття на окремі державні посади, пов'язані із доступом до державної таємниці чи конфіденційної інформації. Аналогічні аргументи можна наводити стосовно осіб, які взаємодіють або є членами організованих злочинних угруповань. З цієї точки зору потребує свого обґрунтування презумпція неправомірності діяльності особи, яка визнає себе на кшталт «злодія в законі», на підставі чого можна застосовувати певні обмеження у здійсненні нею прав.

Водночас справа Клас та інші проти Німеччини демонструє доволі розширену модель контролю за практикою здійснення таємного стеження та процесом і наслідками збору персональних даних, який має три зрізи – парламентський (через профільний комітет), адміністративний (через діяльність Комітету G10) та судовий контроль. При цьому судовий контроль повинен комбінуватися із адміністративним контролем у силу самої природи таємного стеження, надання дозволів на проведення таємного стеження відповідно до вимог правової визначеності та поваги до приватного життя й визначення предмета юрисдикції судів. Інакше цей контроль зводиться нанівець, оскільки жертва таємного стеження не зможе представити перед судом переконливих аргументів, що проти неї дійсно ведуться негласні слідчі (розшукові) дії і тим самим вона не використає всіх ефективних засобів правового захисту. У контексті вітчизняних реалій все більшого значення набуватимуть контрольні функції прокуратури при здійсненні НСРД.

Зокрема, відповідно до рішення Конституційного Суду України № 12-рп/2011<sup>4</sup> положення ст. 62 Конституції України спрямовані на забезпечення прав і свобод людини і громадянина, а саме: обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, тобто обвинувачення у вчиненні злочину не може ґрунтуватися на фактичних даних, одержаних у результаті оперативно-розшукової діяльності уповноваженою на те особою без дотримання конституційних положень або з порушенням порядку, встановленого законом, а також одержаних шляхом вчинення цілеспрямованих дій щодо їх збирання і фіксації із застосуванням заходів, передбачених Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність»<sup>5</sup>, особою, не уповноваженою на здійснення такої діяльності.

У вказаному рішенні Конституційного Суду України визнаватися допустимими і використовуватися як докази в кримінальній справі можуть тільки фактичні дані, одержані відповідно до вимог кримінально-процесуального законодавства. Перевірка доказів на їх допустимість є найважливішою гарантією забезпечення прав і свобод людини і громадянина у кримінальному процесі та ухвалення законного й справедливого рішення у справі.

Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) при вирішенні питання справедливості судового розгляду в цілому враховує і спосіб отримання доказів. Не виключаючи можливості використання особливих слідчих методів – агентурних методів, що само по собі не порушує права на справедливий судовий розгляд, ЄСПЛ висловив позицію, що у зв'язку з ризиком підбурювання з боку поліції при використанні таких методів їх використання має бути обмежено чіткими рамками (Раманаускас проти Литви).

Система контролю над здійсненням НСРД в Україні виглядає наступним чином:

1) *парламентський контроль*, який здійснюється профільними комітетами з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності та з питань національної безпеки і оборони, а також офісом Уповноваженого з прав людини. Аналіз повноважень, організації діяльності та процедури свідчать, що діяльність згаданих парламентських комітетів врегульована неналежним чином щодо практики застосування методик



таємного стеження і збору, зберігання та нерозповсюдження персональних даних, як і сама процедура здійснення контролю за НСРД. Порівняно зі шведською чи німецькою моделями, де діє розгалужена система процедур, на цьому інституційному рівні законодавець обмежується лише загальними положеннями про парламентські слухання (глава 39 Регламенту Верховної Ради України), а також визначає розподіл повноважень між Верховною Радою, парламентськими комітетами, спеціальними комісіями, народними депутатами (розділ II Закону про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави<sup>6</sup>). Із доступних ресурсів цих інститутів видно, що не здійснюється якогось механізму звітування поліцією та спецслужбами щодо практики застосування НСРД та її узагальнення.

Ці недоліки частково компенсуються повноваженнями та порядком діяльності омбудсмена. Зокрема, Закон про захист персональних даних<sup>7</sup> передбачає можливість видання Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини або визначених ним осіб із його секретаріату припису про видалення чи знищення персональних даних, якщо вони містяться у картотеці певної особи (п. 3 ч. 2 ст. 15 Закону). Також цей Закон у ч. 4 цієї ж статті передбачає, що персональні дані, зібрані під час виконання завдань оперативно-розшукової чи контррозвідувальної діяльності, боротьби з тероризмом, видаляються або знищуються відповідно до вимог закону. Таким є Закон про оперативно-розшукову діяльність, який частково регулює питання, пов'язані із видаленням чи знищенням персональних даних у разі закриття оперативно-розшукової справи чи закриття кримінального провадження (ст. ст. 9 і 9<sup>1</sup> цього Закону). Зазначені закони не передбачають жодних процедур та дій, спрямованих на видалення чи знищення персональних даних. Для цього захисник у процесі згідно з п. 4 ч. 2. ст. 15 Закону про захист персональних даних має заявляти відповідне клопотання перед судом, щоб відповідний поліцейський орган чи спецслужба вжила заходів щодо видалення чи знищення відповідних персональних даних із особистого досьє (картотеки) особи;

2) *адміністративний контроль* переважно згідно із метою закону має превентивний характер і спрямований на забезпечення законності у застосуванні НСРД. Зокрема, ст. 9 Закону про оперативно-розшукову діяльність передбачає контрольні функції прокуратури, які полягають в узгодженні рішення щодо внесення клопотання до слідчого судді про надання дозволу на здійснення НСРД або безпосередньо надає дозвіл на здійснення НСРД, якщо це відповідно до вимог Кримінального процесуального кодексу не потребує дозволу з боку слідчого судді.

Наприклад, Вінницький міський суд у справі № 127/23772/16-к<sup>8</sup> констатував, що згідно з ч. 2 ст. 246 КПК НСРД, передбачені, зокрема, ст. 271 КПК, проводяться виключно у кримінальному провадженні щодо тяжких або особливо тяжких злочинів. З наданих матеріалів кримінального провадження суд зробив висновок, що воно було розпочате у зв'язку з готуванням злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368 КК (отримання неправомірної вигоди у великому розмірі або вчинене службовою особою, яка займає відповідальне становище, або за попередньою змовою групою осіб, або повторно, або поєднане з вимаганням неправомірної вигоди), тобто тяжкого злочину, а тому проведення даної НСРД не суперечить вимогам закону. Разом із тим, зі змісту ч. 3 ст. 368 КК випливає, що рішення про проведення НСРД приймає слідчий, прокурор, а у випадках, передбачених КПК, – слідчий суддя за клопотанням прокурора або за клопотанням слідчого, погодженого з прокурором. При цьому ч. 4 ст. 246 КПК визначено, що виключно прокурор має право прийняти рішення про проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії, як контроль за вчиненням злочину.

Однак такий контроль є малоефективним, про що свідчить значна статистика застосування НСРД у діяльності поліції та спецслужб України порівняно з країнами Європи. Наприклад, за 2016 р. лише за клопотаннями Національної поліції слідчими суддями було надано 49 020 дозволів на проведення НСРД (із загальної кількості 52 872) стосовно 21 177 громадян<sup>9</sup>. Дещо більшою є статистика за 2017 р., коли таких дозволів слідчі судді надали у понад 50 тисяч випадків. Слід підкреслити, що це дані без урахування клопотань з боку спецслужб, а також того, що низка НСРД здійснюється не за дозволом слідчого судді, а прокурора. Особливо цікавою є картина щодо використання даних стільникового зв'язку, оператори якого мають протягом трьох років зберігати дані про абонентів, отримані у результаті користування мережею<sup>10</sup>. За будь-яких обставин наведені приклади громадського контролю щодо практики застосування НСРД містять низку інституційно-процедурних вад, що зумовлено відсутністю системного і періодичного звітування перед парламентськими та контрольними інститутами щодо загальної практики застосування НСРД. Їх запровадження дало би змогу систематизувати випадки зловживань та розробити заходи щодо їх попередження, припинення й усунення;

3) *судовий контроль*. В умовах такої юридичної невизначеності та майже повної відсутності інституційних і процедурних гарантій щодо загальної практики застосування НСРД з боку поліції та спецслужб на перший план виступає саме судовий контроль. У контексті нашої проблематики основними формами судового контролю є: 1) розпорядження суду про видалення чи знищення персональних даних у персональному досьє (картотеці); 2) здійснення певних процесуальних дій щодо припинення подальшого збору персональних даних і таємного стеження. Важливим тут також є висунення стороною захисту відповідних клопотань перед судом, оскільки відсутність таких клопотань буде формальною підставою для збереження відповідних персональних даних, оскільки аналізовані положення ні КПК, ні закони про оперативно-розшукову діяльність та захист персональних даних не містять позитивний обов'язок поліції та спецслужб після закриття оперативно-розшукової справи та кримінального провадження автоматично знищувати відповідні персональні дані, отримані в ході НСРД. Для цього необхідно внести зміни до законодавства України.

**Негласні слідчі (розшукові) дії у світлі конституційних процесуальних прав.** У контексті відповідності застосування НСРД конституційному принципу пропорційності слід коротко охарактеризувати окремі

конституційні процесуальні права, зокрема, елементи правової визначеності в частині обов'язку держави доводити до відома зміст правових актів, які стосуються прав і свобод людини (ст. 57), обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом (ст. 62), гарантія проти свідчення про себе, членів сім'ї чи близьких родичів та права на захист (ст. 63), адвокатський привілей як невід'ємна складова адвокатської незалежності (ст. 132<sup>2</sup>).

У цьому відношенні важливою здається типологія процедур щодо конституційних прав, яку розробив німецький конституціоналіст К. Штерн. До них він відносить п'ять положень: конституційні права залежать від наявності певної організації або дотримання певної процедури; вони впливають на процесуальне право; організація і процес служать інструментами безпосереднього здійснення основних прав; організаційне і процесуальне регулювання є засобом, що усуває суперечності в нормах конституційного права; з положень про основні права випливають особливі вимоги до процесуального оформлення справ та участі громадян у процесі<sup>11</sup>.

Якщо розглядати аналізовану проблематику через відомий підхід Р. Дворкіна<sup>12</sup>, який виділяє дуальну природу прав людини як правил та принципів, то серед процесуальних гарантій на перший план виходить так званий адвокатський привілей. Мається на увазі гарантія незалежності адвоката в аспекті, який стосується недоторканності даних, що стосуються клієнтів та клієнтів загалом адвоката. Тут мають значення два аспекти адвокатського привілею: 1) адвокат не може надавати відомості органам дізнання і досудового слідства, які пов'язані з інформацією та послугами, що надаються клієнтові, оскільки такі вимоги посягають на сутнісний зміст адвокатської діяльності; 2) неприпустимість доказів, отриманих у разі таємного стеження за адвокатами, якщо належним чином не прийнято рішення про здійснення таких дій, оскільки мають бути чіткі підстави та фактичні дані для надання дозволу про здійснення таємного стеження за самим адвокатом.

Зокрема, міжнародне *soft law* у п. 2.3.1 Загального кодексу правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства визначає, що особливість професії адвоката полягає в тому, що він одержує від клієнта відомості, які той не буде повідомляти іншій особі, а також іншу інформацію, яку йому належить зберігати в таємниці. Довіра до адвоката може виникнути лише за умови обов'язкового додержання ним принципу конфіденційності. Таким чином, конфіденційність є першорядним і фундаментальним правом та обов'язком адвоката, що має поважатися з боку держави<sup>13</sup>. Закон, який регулює адвокатську діяльність в Україні<sup>14</sup>, попри гарантію адвокатського привілею визначає, що такий може бути обмежений, виходячи із обов'язку надання інформації, що впливає із вимог закону щодо запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення, інформації про фінансову операцію, навіть якщо такими діями завдано шкоди юридичним або фізичним особам, та за інші дії, якщо він діяв у межах запобігання щодо фінансування розповсюдження зброї масового знищення (ч. 7 ст. 23 Закону).

Це дає змогу розкрити природу неприпустимості використання та недопустимості доказів отриманих незаконним шляхом, тобто на порушення вимог належної правової процедури при здійсненні НСРД. Так само це стосується оперуванням у ході судового процесу даними про особу, отриманих у ході НСРД, з якою сторона захисту не ознайомлюється своєчасно і в таких спосіб сторона звинувачення має необґрунтовані переваги у процесі. Так, не відкриття матеріалів сторонами в порядку цієї статті є окремою підставою для визнання таких матеріалів недопустимими як докази. При цьому, відкриттю, окрім протоколів, у яких зафіксовано хід та результати проведення певних дій, в обов'язковому порядку підлягають і матеріали, які є правовою підставою проведення таких дій (ухвали, постанови, клопотання), що забезпечить можливість перевірки стороною захисту та судом допустимості результатів таких дій, як доказів. Верховний Суд України наголосив, що надання стороною обвинувачення у суді матеріалів, до яких не було надано доступ стороні захисту, і долучення їх як доказів на стадіях судового розгляду порушує право обвинуваченого на захист, оскільки змушує його захищатися від так званих нових доказів без надання достатніх можливостей і часу для їх спростування.

На основі цього Суд дійшов висновку, що факт ознайомлення з матеріалами справи після закінчення розслідування не є достатнім для відстоювання стороною захисту своєї позиції у кримінальному процесуальному змаганні. За таких умов, коли стороні обвинувачення відомі всі докази, а сторона захисту не володіє інформацією про них до завершення розслідування, порушується баланс інтересів у кримінальному процесі<sup>15</sup>.

Інший блок питань, пов'язаний із вимогами належної правової процедури, згідно з якими в основі судового розгляду та вироку суду мають покладатися докази, які одержані законним шляхом та вивчені безпосередньо у ході судового розгляду. Виходячи з цих стандартів, зокрема, відпадатиме необхідність написання прокурорами в ході процесу багатотомних обвинувальних висновків, оскільки ці фоліанти втрачають свій сенс у силу вимоги безпосередності дослідження доказів у самому судовому засіданні. Частково ці твердження вже справджуються в ході судової практики.

Так, Вінницький міський суд зазначив, що згідно з ч. 2 ст. 246 КПК України негласні слідчі (розшукові) дії, передбачені, зокрема, ст. 271 КПК України, проводяться виключно у кримінальному провадженні щодо тяжких або особливо тяжких злочинів. З наданих суду матеріалів кримінального провадження вбачається, що воно було розпочате у зв'язку з готуванням злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368 КК України, тобто тяжкого злочину, а тому проведення даної негласної слідчої (розшукової) дії не суперечить вимогам чинного кримінально-процесуального законодавства. Разом із тим зі змісту ч. 3 ст. 246 КПК України випливає, що рішення про проведення негласних слідчих (розшукових) дій приймає слідчий, прокурор, а у випадках, передбачених

цим Кодексом, – слідчий суддя за клопотанням прокурора або за клопотанням слідчого, погодженого з прокурором. При цьому ч. 4 ст. 246 КПК України визначено, що виключно прокурор має право прийняти рішення про проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії, як контроль за вчиненням злочину.

Для оцінки допустимості доказів злочинної діяльності фігуранта справи, отриманих в ході здійснення негласних слідчих (розшукових) дій, суд враховує, що ЄСПЛ у рішенні у справі «Мирилашвілі проти Росії» висловив абсолютно чітку позицію, відповідно до якої у змагальному процесі повинні розглядатися не лише докази, які безпосередньо стосуються фактів справи, а й інші докази, що можуть стосуватися допустимості, достовірності та повноти останніх. Рішення про відмову у розкритті матеріалів, пов'язаних з операцією щодо прослуховування телефонних розмов, результатами якого було обґрунтовано обвинувальний вирок національного суду, не супроводжувалось адекватними процесуальними гарантіями і, крім цього, не було достатньо обґрунтованим (Вирок Вінницького міського суду від 13.01.2017 у справі № 127/23772/16-к).

Отже, можемо зробити такі висновки. Цей аналіз свідчить, що Україна відстає у сфері захисту персональних даних у разі закінчення негласних слідчих (розшукових дій) від законодавчих гарантій та судової й адміністративної практики країн Західної Європи та практики (case-law) Європейського суду з прав людини чи не на півстоліття. Зокрема, шведське і німецьке право містять доволі детально законодавчо врегульовані процедури щодо збору персональних даних та допустимості термінів збереження їх у персональних досьє приватних осіб. Натомість, навіть після ухвалення нового КПК, у законодавчих актах України стосовно цього містяться численні посилання на «законодавство», що є фактичним відсиланням на підзаконні правові акти, що, у свою чергу, суперечить правовій визначеності та повазі до прав людини. Поліція у силу доброї волі звітує періодично громадськості щодо застосування негласних слідчих (розшукових) дій. Але немає жодних процедур щодо періодичного (щоквартального, щопіврічного чи щорічного) звітування про практику застосування поліцією і спецслужбами негласних слідчих (розшукових) дій та жоден закон не зобов'язує їх до цього. Загальні правила парламентських контрольних процедур не вносять ясності до цього питання. Наразі умовно ефективними слід вважати лише судові контрольні процедури. Однак у світлі того, що слідчі судді задовольняють переважну більшість клопотань про здійснення негласних слідчих (розшукових) дій, на перший план виходить високий рівень якості послуг захисника, який у разі закінчення провадження у кримінальній справі має клопотати перед судом про вилучення персональних даних із досьє (картотеки) особи, щодо якої велося таємне стеження поліцією чи спецслужбами.

<sup>1</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. у ред. від 2 червня 2016 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

<sup>2</sup> Leander v. Sweden, App. No. [1987] 9 EHRR 433, 9248/81, [1987] ECHR 4, Judgment 26 March 1987.

<sup>3</sup> Klass and Others v. Germany, Series A, No. 28 (1979-80) 2 EHRR 214, Judgment 6 September 1978.

<sup>4</sup> Рішення Конституційного Суду України № 2-рп/2011 від 20 жовтня 2011 р.

<sup>5</sup> Про оперативно-розшукову діяльність: Закон України від 18 лютого 1992 р. № 2135-XII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2135-12>

<sup>6</sup> Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави: Закон України від 19 червня 2003 р. № 975-IV : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/975-15>

<sup>7</sup> Про захист персональних даних: Закон України Закон України від 1 червня 2010 р. № 2297-VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2297-17>

<sup>8</sup> Вирок Вінницького міського суду від 13 січня 2017 р. у справі № 127/23772/16: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://protokol.com.ua/ua/sud\\_dokaz\\_otrimaniy\\_vnaslidok\\_provedennya\\_nsr\\_d\\_za\\_vidsutnosti\\_uhvali\\_slidchogo\\_suddi\\_chi\\_postanovi\\_prokurora\\_u\\_vipadku\\_provedennya\\_takoi\\_nsr\\_d\\_yak\\_kontrol\\_za\\_vchinenniam\\_zlochynu\\_e\\_nedopustimim\\_\(vinnitskiy\\_miskiy\\_sud\\_vid\\_13\\_01\\_2017\\_u\\_spravi\\_127\\_23772\\_16\\_k/\)](http://protokol.com.ua/ua/sud_dokaz_otrimaniy_vnaslidok_provedennya_nsr_d_za_vidsutnosti_uhvali_slidchogo_suddi_chi_postanovi_prokurora_u_vipadku_provedennya_takoi_nsr_d_yak_kontrol_za_vchinenniam_zlochynu_e_nedopustimim_(vinnitskiy_miskiy_sud_vid_13_01_2017_u_spravi_127_23772_16_k/))

<sup>9</sup> У 2016 році поліції дозволили стежити за 21 тис. українців : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.pravda.com.ua/news/2017/05/18/7144271/>

<sup>10</sup> Вони стежать за тобою. І ти цього хочеш: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://texty.org.ua/d/cell\\_towers/](http://texty.org.ua/d/cell_towers/)

<sup>11</sup> Государственное право Германии: в 2-х т. / сокр. перевод нем. 7-томного изд. – М.: ИГП РАН, 1994. – Т. 2. – 320 с. – С. 184.

<sup>12</sup> Дворкин Р. О правах всерьез / Р.О. Дворкин ; пер. с англ. – М.: РОССПЭН, 2004. – 380 с. – С. 42.

<sup>13</sup> Загальний кодекс правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства від 1 жовтня 1988 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994\\_343](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_343)

<sup>14</sup> Про адвокатура та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>

<sup>15</sup> Постанова Верховного Суду України від 16 березня 2017 р. у справі № 5-364к16 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://protokol.com.ua/ua/vsu\\_nevidkrittya\\_materialiv\\_nsr\\_d\\_u\\_tomu\\_chisli\\_i\\_uhval\\_sudupro\\_nadannya\\_dozvolu\\_na\\_ih\\_provedennya\\_storoni\\_zahistu\\_v\\_poryadku\\_st\\_290\\_kpk\\_e\\_pidstavoyu\\_dlya\\_viznannya\\_takih\\_dokaziv\\_nedopustimimi\\_\(vsu\\_vid\\_16\\_03\\_2017\\_5\\_364ks16/\)](http://protokol.com.ua/ua/vsu_nevidkrittya_materialiv_nsr_d_u_tomu_chisli_i_uhval_sudupro_nadannya_dozvolu_na_ih_provedennya_storoni_zahistu_v_poryadku_st_290_kpk_e_pidstavoyu_dlya_viznannya_takih_dokaziv_nedopustimimi_(vsu_vid_16_03_2017_5_364ks16/))

## Резюме

**Гринь А.А. Система конституційних процесуальних гарантій при здійсненні негласних слідчих дій та захист персональних даних.**

У статті висвітлено дію загальних конституційних гарантій у забезпеченні правомірності негласних слідчих дій у контексті захисту персональних даних. Зокрема, проаналізовано особливості таких процесуальних гарантій у світлі можливості

особи вільно розвиватися як індивіду, презумпції невинуватості, не розкриття даних про особисте життя та життя своїх родичів і близьких, а також прав-привілеїв окремих категорій вільних професій. Наводиться аргументація щодо складових елементів належної правової процедури при здійсненні негласних слідчих дій з точки зору поваги до прав людини, додержання гарантій змагальності процесу, стандартів незалежного та безстороннього суду.

**Ключові слова:** захист персональних даних, належна правова процедура, негласні слідчі дії, персональні дані, повага до прав людини.

### Резюме

**Гринь А.А. Система конституционных процессуальных гарантий при проведении негласных следственных действий и защита персональных данных.**

В статье проанализирована система конституционных гарантий в обеспечении правомерности негласных следственных действий в контексте защиты персональных данных. Освещены особенности таких процессуальных гарантий в аспекте возможности свободного развития личности, презумпции невиновности, не раскрытия данных о личной жизни и жизни своих родственников и близких, а также прав-привилегий отдельных категорий профессий.

**Ключевые слова:** защита персональных данных, правовая процедура, негласные следственные действия, персональные данные, соблюдение прав человека.

### Summary

**Hryn A. System of constitutional proceeding guarantees protection of personal data in criminal proceedings.**

The effect of general constitutional guarantees in securing the legality of undercover investigative actions in the context of personal data protection is highlighted. In particular, the peculiarities of such procedural safeguards in the light of the person's ability to develop freely as an individual, the presumption of innocence, the disclosure of information about the private life and life of their families and relatives, as well as the rights-privileges of certain categories of free occupations, are analyzed. The argumentation about the constituent elements of the due process of law in the course of carrying out undercover investigative actions from the point of view of respect for human rights, observance of the guarantees of adversarial process, standards of an independent and impartial court is provided.

**Key words:** due process of law, personal data, protection of personal data, undercover investigative actions, respect for human rights.

УДК 342.7 (479.24)

**К.А. РАГИМОВ**

*Рагимов Кенан Ахмедаг оглы, аспирант Института государства и права им. В.М. Корецкого НАН Украины*

## ОБЩИЕ ОСНОВЫ СТАНОВЛЕНИЯ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА ЧЕЛОВЕКА НА ЖИЗНЬ В УКРАИНЕ И АЗЕРБАЙДЖАНСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ

После обретения независимости Украина и Азербайджанская Республика успешно развиваются как суверенные, демократические и правовые государства.

Их неизменный и поступательный курс на беспрекословный приоритет прав человека в деятельности государства, являясь стратегическим направлением внутренней политики, объективно обуславливает динамичное формирование качественно нового национального законодательства, соответствующего передовым и общепризнанным международным стандартам.

В этом аспекте не является исключением и абсолютно новая для двух стран практика непосредственного нормативного закрепления права человека на жизнь в национальных актах наивысшей юридической силы – конституциях.

Вопросы, связанные с этим фундаментальным основоположным правом, традиционно вызывают животрепещущий интерес среди представителей разных отраслей науки, в первую очередь правовой.

Разные аспекты правового регулирования права человека на жизнь нашли свое отображение в работах таких исследователей, как А. Абилов, Н. Алиев, Я. Кузьменко, К. Макили-Алиев, Б. Страшун, Р. Султанов, А. Хорев и др.

Вместе с тем вопросу общих для Украины и Азербайджана основ становления конституционного права человека на жизнь в этих странах, на наш взгляд, не было уделено должного внимания.

**Целью** этой статьи является устранение указанного пробела и определение таких основ.

Право человека на жизнь не было непосредственно закреплено ни в разных редакциях Конституции СССР (1924, 1936, 1977 гг.), в состав которого входили Украина и Азербайджан, ни в конституциях союзных республик, включая Украинскую (1919, 1929, 1937, 1978 гг.) и Азербайджанскую (1921, 1925, 1937, 1978 гг.) Советские Социалистические Республики.

На международном уровне право на жизнь было предусмотрено ст. 3 Всеобщей декларации прав человека от 10 декабря 1948 г.<sup>1</sup>: «Каждый человек имеет право на жизнь, свободу и на личную неприкосновенность». Отметим, что хотя СССР, Украинская ССР и Белорусская ССР воздержались при голосовании за принятие этого документа, он был принят 48 голосами при 8 воздержавшихся<sup>2</sup> как задача, к выполнению которой должны стремиться все народы и государства. Как усматривается из преамбулы этого документа, целью его принятия является инициирование стремления каждого человека и каждого органа общества «путем просвещения и образования содействовать уважению этих прав и свобод и обеспечению, путем национальных и международных прогрессивных мероприятий, всеобщего и эффективного признания и осуществления их как среди народов государств-членов Организации, так и среди народов территорий, находящихся под их юрисдикцией».

На момент принятия Всеобщей декларации прав человека на территории Украины и Азербайджана действовали союзная (1936 г.) и республиканские (1937 г.) конституции. Несмотря на то, что они непосредственно не закрепляли права на жизнь, законодателем наличие такого права никоим образом сомнению не подвергалось.

По крайней мере, преступления против жизни в СССР и союзных республиках преследовались по уголовному законодательству (например, начиная с 1922 г. Особенности части Уголовных кодексов Украинской ССР 1922 г.<sup>3</sup> и Азербайджанской ССР 1922 г.<sup>4</sup> предусматривали ответственность за преступления против жизни лица (убийство – умышленное и неосторожное, доведение до самоубийства, незаконное производство аборта); резонансное постановление ЦИК и СНК СССР «О мерах борьбы с преступностью среди несовершеннолетних» от 7 апреля 1935 г. № 3/598<sup>5</sup> определило несовершеннолетних, начиная с 12-летнего возраста, субъектом преступления в виде убийства или в попытке к убийству (это касалось преступлений как умышленных, так и совершенных по неосторожности<sup>6</sup>)).

Исследователи обратили внимание на то, что нумерация статей, нормы Общей части и диспозиции статей Особенной части УК Азербайджанской ССР совпадали со статьями УК РСФСР 1922 года. Однако санкции по некоторым статьям были более суровыми, чем в УК РСФСР. Так, УК Азербайджанской ССР предусматривал при особо отягчающих обстоятельствах высшую меру наказания (расстрел) за умышленное убийство (ст. 142), растление малолетних (ст. 167)<sup>7</sup>.

Чрезвычайно важным этапом для дальнейшего развития доктрины прав человека стало принятие Международного пакта о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г.<sup>8</sup> (вступил в силу 23 марта 1976 г.), в соответствии с ч. 1 ст. 6 которого «право на жизнь есть неотъемлемое право каждого человека. Это право охраняется законом. Никто не может быть произвольно лишен жизни».

В отличие от упомянутой выше Всеобщей декларации прав человека, Пакт является международным договором и имеет обязательную силу.

Этот пакт был подписан в Нью-Йорке: от имени СССР – 18 марта 1968 г., ратифицирован Указом Президиума Верховного Совета СССР 18 сентября 1973 г.<sup>9</sup>; от имени Украинской ССР – 20 марта 1968 г., ратифицирован Указом Президиума Верховного Совета Украинской ССР от 19 октября 1973 г. № 2148-VIII<sup>10</sup>.

На момент ратификации указанного пакта на территории Украинской ССР и Азербайджанской ССР действовали Конституция СССР 1936 г.<sup>11</sup>, а также, соответственно, Основные Законы определенных ст. 13 этой конституции равноправных республик, образующих союзное государство, – Конституция Украинской ССР 1937 г.<sup>12</sup> и Конституция Азербайджанской ССР 1937 года<sup>13</sup>.

Согласно п. а) ст. 14, ст. 15 Конституции СССР 1936 г.<sup>14</sup> ведению СССР в лице его высших органов государственной власти и органов государственного управления подлежало, в частности, представительство СССР в международных сношениях, заключение, ратификация и денонсация договоров СССР с другими государствами, установление общего порядка во взаимоотношениях союзных республик с иностранными государствами. Суверенитет союзных республик был ограничен лишь в пределах, указанных в ст. 14 Конституции СССР, вне которых каждая союзная республика осуществляет государственную власть самостоятельно.

Частями 2, 3 ст. 13 Конституций Украинской ССР 1937 г.<sup>15</sup> и Азербайджанской ССР 1937 г.<sup>16</sup> было предусмотрено, что Украинская ССР и Азербайджанская ССР обеспечивают за СССР в лице его высших органов власти и органов государственного управления права, определенные ст. 14 Конституции СССР. За пределами ст. 14 Конституции СССР упомянутые республики осуществляют государственную власть самостоятельно, сохраняя полностью свои суверенные права.

Таким образом, с 23 марта 1976 г. – даты вступления в силу Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г. – на основании положений ст. 13, п. а) ст. 14 Конституции СССР 1936 г., ч.ч. 2, 3 ст. 13 Конституции Украинской ССР 1937 г., ч.ч. 2, 3 ст. 13 Конституции Азербайджанской ССР 1937 г., ч. 1 ст. 6 указанного Пакта в Украинской ССР и Азербайджанской ССР право на жизнь было нормативно закреплено.

На наш взгляд, без умаления сущности такого закрепления и единства содержания указанного права, определенная разница состояла в природе статуса субъекта обязательств из международного договора – СССР и Украинская ССР были его сторонами непосредственно (как государства-соучредители ООН), а Азербайджанская ССР – как равноправный и суверенный субъект союзного государства, делегировавший в ведение последнего представительство СССР в международных сношениях, заключение, ратификацию и денонсацию договоров СССР с другими государствами, установление общего порядка во взаимоотношениях союзных республик с иностранными государствами.

Очередным важным этапом для развития сферы международных договоров, в т.ч. и регулирующих вопросы права человека на жизнь, стало принятие 23 мая 1969 г. важнейшего источника права указанных договоров – Венской конвенции о праве международных договоров<sup>17</sup> (вступила в силу 27 января 1980 г.)

В соответствии со ст. 26 («*Pacta sunt servanda*») этой конвенции, каждый действующий договор обязателен для его участников и должен ими добросовестно выполняться.

На основании и в порядке, предусмотренных ст. ст. 81, 83 этой Конвенции, к ней, как члены Организации Объединенных Наций, присоединились:

– СССР – на основании Указа Президиума Верховного Совета СССР «О присоединении от имени Союза Советских Социалистических Республик к Венской конвенции о праве международных договоров» от 4 апреля 1986 г. № 4407-ХІ<sup>18</sup>;

– Украинская ССР – на основании Указа Президиума Верховного Совета УССР «О присоединении Украинской Советской Социалистической Республики в Венской конвенции о праве международных договоров» от 14 апреля 1986 г. № 2077-ХІ<sup>19</sup>.

На момент присоединения к указанной Конвенции на территории Украинской ССР и Азербайджанской ССР действовали Конституция СССР 1977 г.<sup>20</sup>, а также, соответственно, Конституция Украинской ССР 1978 г.<sup>21</sup> и Конституция Азербайджанской ССР 1978 г.<sup>22</sup>

Конституция СССР 1977 г. предусматривала право союзной республики вступать в отношения с иностранными государствами, заключать с ними договоры и обмениваться дипломатическими и консульскими представителями, участвовать в деятельности международных организаций (ст. 80). Такие же положения применительно к каждой из республик содержались в ст. 74 Конституции Украинской ССР 1978 г. и ст. 74 Конституции Азербайджанской ССР 1978 года.

Несмотря на то, что союзной конституцией добросовестное выполнение обязательств, вытекающих из общепризнанных принципов и норм международного права, из заключенных СССР международных договоров было определено как одна из основ построения отношений СССР с другими государствами (ст. 29), конституции союзных республик такого положения не содержали.

С учетом изложенного, на основании ст. 26 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. надлежащими субъектами обязательств из Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г. в аспекте обязательности и должного добросовестного выполнения, в т.ч. и относительно предусмотренного ч. 1 ст. 6 этого Пакта права человека на жизнь, были непосредственные участники указанного пакта – СССР и Украинская ССР, а также Белорусская ССР.

С учетом процессов, связанных с распадом СССР, законом указанного государства от 3 апреля 1990 г. № 1409-І «О порядке решения вопросов, связанных с выходом союзной республики из СССР»<sup>23</sup> на выходящую республику были возложены:

– обязанность соблюдать общепризнанные принципы и нормы международного права, а также права и свободы человека, закрепленные в международных договорах, участником которых является СССР. Многосторонние и двусторонние договоры, заключенные СССР и находящиеся в силе на момент выхода союзной республики из СССР, продолжают действовать в отношении вышедшей республики, если не будет достигнута договоренность об ином (ч. 1 ст. 13);

– обеспечение остающимся проживать на территории республики гражданам СССР гражданских, политических, социальных, экономических, культурных и иных прав и свобод без какой-либо дискриминации по признакам расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения места и времени рождения (ст. 16).

Предпосылкой для закрепления права человека на жизнь в конституциях суверенных и независимых государств Украины и Азербайджана стали учредительные акты этих государств о государственном суверенитете.

Не упоминая об этом праве непосредственно как о таковом, в указанных актах оно с учетом определенных редакционных различий на национальном уровне двух государств гарантировалось путем признания ими норм международного права, а, следовательно, и международных обязательств из международных договоров.

Так, в Декларации о государственном суверенитете Украины от 16 июля 1990 г.<sup>24</sup>, являющейся основой для новой Конституции и законов Украины, в т.ч. «исходя из потребностей всестороннего обеспечения прав и свобод человека» (преамбула), указано, что «всем гражданам Украинской ССР гарантируются права и свободы, предусмотренные Конституцией Украинской ССР и нормами международного права, признанными Украинской ССР» (ст. IV).

Постановлением Верховного Совета Украинской Советской Социалистической Республики «О провозглашении независимости Украины» от 24 августа 1991 г. № 1427-ХІІ<sup>25</sup> Украина провозглашена независимым демократическим государством. С момента провозглашения независимости действующими на территории Украины является только ее Конституция, законы, постановления Правительства и другие акты законодательства республики.

В соответствии с Декларацией Верховного Совета Азербайджанской Республики «О восстановлении государственной независимости Азербайджанской Республики», принятой постановлением от 30 августа 1991 г. № 179-ХІІ<sup>26</sup>, государственная независимость была восстановлена «гарантируя предусмотренные международными актами права и основные свободы человека всем гражданам Азербайджанской Республики независимо от национальной принадлежности и вероисповедания».

Основываясь на принятой 28 мая 1918 г. Национальным советом Азербайджана Декларации о независимости и руководствуясь Декларацией Верховного Совета Азербайджана от 30 августа 1991 г. «О восстановлении независимости Азербайджанской Республики», Верховный Совет Азербайджана принял Конституционный акт о государственной независимости Азербайджанской Республики от 18 октября 1991 г. № 222-ХІІ<sup>27</sup>, ст. 32 которого было предусмотрено, что он служит основой для разработки новой Конституции Азербайджанской Республики.

В соответствии со ст. ст. 16, 19 указанного Конституционного акта Азербайджанская Республика: в соответствии с общепризнанными нормами международного права строит свои отношения с другими государствами на основе, в частности, уважения прав и основных свобод человека, добросовестного выполнения международных правовых обязательств; присоединяясь ко Всеобщей декларации прав человека, Заключительному акту Хельсинского совещания и другим общепризнанным международно-правовым документам, обеспечивает соблюдение и беспрепятственное осуществление всех предусмотренных ими прав и свобод, независимости от пола, расовой и национальной принадлежности, вероисповедания, социального происхождения, политических убеждений и иных обстоятельств.

Азербайджан, как независимое государство, присоединился: к Международному пакту о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г. – 13 августа 1992 г.<sup>28</sup>; ко Второму Факультативному Протоколу от 15 декабря 1989 г. к указанному Пакту – 11 декабря 1998 г.<sup>29</sup>; к Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. в порядке ст. 83 указанного документа – в ноябре 2017 года<sup>30</sup>.

Вышеизложенное дает основание для вывода о том, что в историко-правовом аспекте общими основами становления конституционного права человека на жизнь в Украине и Азербайджанской Республике являются: их конституционный статус как равноправных и суверенных субъектов, образующих в прошлом союзное государство – СССР; международные договоры как источник права указанных договоров и соответствующих международных правовых обязательств для Украины и Азербайджана; провозглашение независимости Украины и восстановление независимости Азербайджанской Республики; нормативное закрепление права человека на жизнь в конституциях этих независимых государств.

В качестве перспективы дальнейших исследований считаем возможным определить их предметом сравнительный анализ особенностей регулирования указанного права в Основных Законах Украины и Азербайджана.

<sup>1</sup> Всеобщая декларация прав человека, принята и провозглашена в резолюции 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 г. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.un.org/ru/universal-declaration-human-rights/index.html>

<sup>2</sup> Стенограмма сто восьмидесят третьего заседания Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 г. (Дворец Шайо, Париж) : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://web.archive.org/web/20011202132439/http://www.un.org/Depts/dhl/landmark/pdf/a-pv183r.pdf>

<sup>3</sup> Кримінальний Кодекс УРСР із змінами та доповненнями станом на 1.06.1924 р. – Х. : Юридичне вид-во Наркоммюсту УРСР, 1924. – 104 с. – С. 49.

<sup>4</sup> Алиев Н.К. Вопросы дифференциации ответственности за преступления против жизни и здоровья, совершенные в соучастии, в первом Уголовном кодексе Азербайджанской Республики / Н.К. Алиев // Территория науки. – 2015. – № 2. – С. 146–151. – С. 149.

<sup>5</sup> О мерах борьбы с преступностью среди несовершеннолетних : постановление ЦИК и СНК СССР от 7 апреля 1935 г. № 3/598 // СЗ СССР. – 1935. – № 19. – Ст. 155.

<sup>6</sup> «О применении судами Постановление ЦИК и СНК СССР от 7 апреля 1935 г. «О мерах борьбы с преступностью среди несовершеннолетних» : Указ Президиума Верховного Совета СССР : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.libussr.ru/doc\\_ussr/ussr\\_4325.htm](http://www.libussr.ru/doc_ussr/ussr_4325.htm)

<sup>7</sup> Герцензон А.А. История советского уголовного права / А.А. Герцензон, Ш.С. Грингауз, Н.Д. Дурманов и др. – М.: Юрид. изд-во Мин. юст. СССР, 1948. – 465 с. – С. 303.

<sup>8</sup> Международный пакт о гражданских и политических правах, принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи ООН от 16 декабря 1966 г. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/ractpol.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/ractpol.shtml)

<sup>9</sup> О ратификации Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах и Международного пакта о гражданских и политических правах : указ Президиума Верховного Совета СССР от 18 сентября 1973 г. № 4812-VIII // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1973. – № 40. – Ст. 564.

<sup>10</sup> Про ратифікацію Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права та Міжнародного пакту про громадянські і політичні права : указ Президії Верховної Ради Української РСР від 19 жовтня 1973 р. № 2148-VIII : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/en/2148-08>

<sup>11</sup> Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик, утверждена Чрезвычайным VIII съездом Советов Союза ССР 5 декабря 1936 г. (с последующими изменениями и дополнениями) : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnst1936.htm>

<sup>12</sup> Конституція (Основной Закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки, затверджена постановою Надзвичайного XIV Українського З'їзду Рад від 30 січня 1937 р. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://gska2.rada.gov.ua/site/const/istoriya/1937.html>

<sup>13</sup> Конституция (Основной Закон) Азербайджанской Советской Социалистической Республики, утверждена Постановлением IX чрезвычайного съезда Советов Азербайджана от 14 марта 1937 г. / Управление делами Президента Азербайджанской Республики. Президентская библиотека : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://files.preslib.az/projects/remz/pdf\\_ru/atr\\_kons.pdf](http://files.preslib.az/projects/remz/pdf_ru/atr_kons.pdf)

<sup>14</sup> Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик, утверждена Чрезвычайным VIII съездом Советов Союза ССР 5 декабря 1936 г. (с последующими изменениями и дополнениями) (в редакции от 20 сентября 1972 г.) : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnst1936.htm>

<sup>15</sup> Конституція (Основний Закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки, затверджена постановою Надзвичайного XIV Українського З'їзду Рад від 30 січня 1937 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://gska2.rada.gov.ua/site/const/istoriya/1937.html>

<sup>16</sup> Конституция (Основной Закон) Азербайджанской Советской Социалистической Республики, утверждена Постановлением IX чрезвычайного съезда Советов Азербайджана от 14 марта 1937 г. / Управление делами Президента Азербайджанской Республики. Президентская библиотека : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://files.preslib.az/projects/remz/pdf\\_ru/atr\\_kons.pdf](http://files.preslib.az/projects/remz/pdf_ru/atr_kons.pdf)

<sup>17</sup> Венская конвенция о праве международных договоров, принята 23 мая 1969 г. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/law\\_treaties.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml)

<sup>18</sup> О присоединении от имени Союза Советских Социалистических Республик к Венской конвенции о праве международных договоров : Указ Президиума Верховного Совета СССР от 4 апреля 1986 г. № 4407-XI // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1986. – № 16. – Ст. 263.

<sup>19</sup> Про приєднання Української Радянської Соціалістичної Республіки до Віденської конвенції про право міжнародних договорів : Указ Президії Верховної Ради УРСР від 14.04.1986 р. № 2077-XI // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1986. – № 17. – Ст. 343.

<sup>20</sup> Конституция (Основной закон) Союза Советских Социалистических Республик (принята на внеочередной седьмой сессии Верховного Совета СССР девятого созыва 7 октября 1977 г.) : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://constitution.garant.ru/history/ussr-rsfsr/1977/red\\_1977/5478732/](http://constitution.garant.ru/history/ussr-rsfsr/1977/red_1977/5478732/)

<sup>21</sup> Конституція (Основний Закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки, прийнята на позачерговій сьомій сесії Верховної Ради Української РСР дев'ятого скликання 20 квітня 1978 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://gska2.rada.gov.ua/site/const/istoriya/1978.html>

<sup>22</sup> Конституция (Основной Закон) Азербайджанской Советской Социалистической Республики, принята на внеочередной седьмой сессии Верховного Совета Азербайджанский ССР девятого созыва 21 апреля 1978 г. / Управление делами Президента Азербайджанской Республики. Президентская библиотека : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://files.preslib.az/projects/remz/pdf\\_ru/atr\\_kons.pdf](http://files.preslib.az/projects/remz/pdf_ru/atr_kons.pdf)

<sup>23</sup> О порядке решения вопросов, связанных с выходом союзной республики из СССР: Закон СССР от 3 апреля 1990 г. № 1409-I // Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. – 1990. – № 15. – Ст. 252.

<sup>24</sup> Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. № 55-XII // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1990. – № 31. – Ст. 429.

<sup>25</sup> Про проголошення незалежності України : постанова Верховної Ради Української Радянської Соціалістичної Республіки від 24 серпня 1991 р. № 1427-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 38. – Ст. 502.

<sup>26</sup> О Декларации о восстановлении государственной независимости Азербайджанской Республики : постановление Верховного Совета Азербайджанской Республики от 30 августа 1991 г. № 179-XII // Ведомости Верховного Совета Азербайджанской Республики. – 1991. – № 15–16 (844–845). – Ст. 262.

<sup>27</sup> Конституционный акт о государственной независимости Азербайджанской Республики от 18 октября 1991 г. № 222-XII // Ведомости Верховного Совета Азербайджанской Республики. – 1991. – № 19–20 (848–849). – Ст. 335.

<sup>28</sup> База данных по гендерной проблематике и правам на землю Продовольственной и сельскохозяйственной организации Объединенных наций : Международные договоры и соглашения : Azerbaijan : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://www.fao.org/gender-landrights-database/country-profiles/listcountries/internationaltreatiesandconventions/ru/?country\\_iso3=AZE](http://www.fao.org/gender-landrights-database/country-profiles/listcountries/internationaltreatiesandconventions/ru/?country_iso3=AZE)

<sup>29</sup> О присоединении ко Второму Факультативному Протоколу Международного пакта о гражданских и политических правах, направленному на отмену смертного приговора : Закон Азербайджанской Республики от 11 декабря 1998 г. № 582-IQ : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://online.zakon.kz/m/Document/?doc\\_id=30617004](http://online.zakon.kz/m/Document/?doc_id=30617004)

<sup>30</sup> Азизов А. Азербайджан присоединяется к Венской конвенции о праве международных договоров / А. Азизов : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://interfax.az/view/718885>

### Резюме

#### **Рагімов К.А. Спільні основи становлення конституційного права людини на життя в Україні та Азербайджанській Республіці.**

Стаття присвячена дослідженню спільних для України та Азербайджанської Республіки основ становлення конституційного права людини на життя: конституційного статусу цих держав як рівноправних і суверенних суб'єктів, що утворювали в минулому союзу державу – СРСР; міжнародних договорів як джерела права зазначених договорів та відповідних міжнародних правових зобов'язань для України і Азербайджану; проголошення незалежності України і відновлення незалежності Азербайджанської Республіки; нормативного закріплення права людини на життя в конституціях цих незалежних держав.

**Ключові слова:** право людини на життя, суверенітет, незалежність, міжнародні договори, Конституція України, Конституція Азербайджанської Республіки.

### Резюме

#### **Рагімов К.А. Общие основы становления конституционного права человека на жизнь в Украине и Азербайджанской Республике.**

Статья посвящена исследованию общих для Украины и Азербайджанской Республики основ становления конституционного права человека на жизнь: конституционного статуса этих государств как равноправных и суверенных субъектов, которые образовывали в прошлом союзное государство – СССР; международных договоров как источника права указанных договоров и соответствующих международных правовых обязательств для Украины и Азербайджана; провозглашения независимости Украины и восстановления независимости Азербайджанской Республики; нормативного закрепление права человека на жизнь в конституциях этих независимых государств.



**Ключевые слова:** право человека на жизнь, суверенитет, независимость, международные договоры, Конституция Украины, Конституция Азербайджанской Республики.

#### Summary

**Ragimov K. General principles of formation of the constitutional human right to life in Ukraine and the Republic of Azerbaijan.**

The article is devoted to the study of the General for Ukraine and the Republic of Azerbaijan bases of formation of the constitutional rights to life: the constitutional status of these States as equal and sovereign entities which formed in the past a Federal state – the USSR; international treaties as sources of law of these treaties and related international legal obligations for Ukraine, and Azerbaijan, the proclamation of Ukraine's independence and the restoration of independence of the Republic of Azerbaijan; normative consolidation of the human right to life in the constitutions of these independent states. the human right to life, sovereignty, independence, international treaties, the Constitution, the Constitution of the Republic of Azerbaijan.

**Key words:** the human right to life, sovereignty, independence, international treaties, the Constitution of Ukraine, the Constitution of the Republic of Azerbaijan.

УДК 342.5

**О.Ю. ТОРЯНИК**

*Олег Юрійович Торяник, аспірант Інституту законодавства Верховної Ради України*

### КОНСТИТУЦІЙНЕ РЕФОРМУВАННЯ ПРЕДСТАВНИЦЬКОЇ ФУНКЦІЇ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ

Закон України «Про прокуратуру»<sup>1</sup> 2014 р. визначив нові напрями та стандарти діяльності прокуратури в Україні, започаткував процес оновлення кадрового складу і «переформатування» органів прокуратури в цілому. Справедливо відмовившись від функції «загального нагляду», законодавець залишив за органами прокуратури єдину функцію поза межами кримінальної юстиції – представницьку. Це одержало підтримку європейських інституцій та експертного середовища. Водночас докорінні зміни щодо нормативно-правового регулювання відносин у частині здійснення зазначеної функції змушують по-новому осмислити не тільки саму функцію, а й діяльність прокуратури, спрямовану на її реалізацію.

Проблеми конституційно-правового статусу прокуратури неодноразово ставали предметом наукових досліджень. Особливу увагу окремим аспектам її конституційно-правового статусу приділяли такі вчені, як В. Бабкова, В. Гончаренко, В. Долежан, П. Каркач, В. Карпунцов, М. Косюта, В. Кравчук, С. Скрипнюк, М. Стефанчук, С. Стеценко, В. Сухонос, В. Федоренко, Ю. Шемшученко та інші вітчизняні науковці.

У свою чергу, поняття, особливості реалізації конституційно-правового реформування представницької функції прокуратури не були предметом дослідження наукою конституційного права. Це зумовлює необхідність подальших наукових розробок в цьому напрямі та свідчить про актуальність порушеної теми.

**Метою** статті є дослідження особливостей конституційного реформування представницької функції прокуратури у зв'язку з реалізацією конституційних змін в частині правосуддя.

Сучасний стан реформування прокуратури в Україні тісно пов'язаний із судовою реформою, яка наразі триває та має на меті втілення в життя стратегічного завдання щодо забезпечення її інституційної спроможності. Нормативно-правове регулювання відносин у цій сфері міститься в Законі України «Про внесення змін до Конституції України (в частині правосуддя)» від 2 червня 2016 року<sup>2</sup>. Аналізуючи положення останнього, можна констатувати доволі потужне зближення прокуратури та судової гілки влади, опосередковане конституційними змінами, відповідно до яких у структурі тексту Конституції України розміщено конституційні положення про них у єдиному розділі, що пов'язаний із правосуддям. Основним прогресивним аспектом у цьому питанні є те, що серед існуючих моделей прокуратури в Україні обрано шлях на її зближення саме із судовою, а не виконавчою владою.

У юридичній науці, на думку Л.Р. Наливайко, можна виділити два основні підходи до визначення категорії «функції держави».

По-перше, функція держави визначається головним чином через її соціальне призначення, що полягає в розв'язанні певних завдань і досягненні цілей. По-друге, поняття функцій держави пов'язується або прямо ототожнюється з поняттям її діяльності.

Провівши ґрунтовний аналіз поняття «функції держави», Л.Р. Наливайко визначає функції Української держави як об'єктивно необхідні, взаємопов'язані напрями та види її діяльності, спрямовані на реалізацію завдань, досягнення відповідної мети в конкретних формах за допомогою спеціальних методів, які виражають сутність, соціальне призначення держави, роль та місце її в суспільстві на конкретному етапі розвитку<sup>3</sup>.

Функції прокуратури – основні напрями діяльності прокуратури, що безпосередньо виражають її сутність і призначення, передбачають особливі форми, методи та тактику здійснення. На прокуратуру не можуть покладатися функції, не передбачені Конституцією України, тобто їх перелік є вичерпним і обмеженим на рівні Основного Закону. Аналіз норм Конституції України дає змогу виділити основні та тимчасові функції прокуратури.

Основні функції прокуратури передбачені ч. 1 ст. 131-1 Конституції України, до яких належать: підтримання публічного обвинувачення в суді; організація та процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, вирішення відповідно до закону інших питань під час кримінального провадження, нагляд за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями органів правопорядку; представництво інтересів держави в суді у виключних випадках і в порядку, що визначені законом. Пунктом 9 Перехідних положень Конституції України передбачені перехідні (тимчасові) функції, до яких належить нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян – прокуратура продовжує виконувати цю функцію до набрання чинності законом про створення подвійної системи регулярних пенітенціарних інспекцій; досудове слідство – залишається за прокуратурою до початку функціонування органів Державного бюро розслідувань. Після цього кримінальні провадження, розпочаті слідчими органів прокуратури, здійснюються ними до закінчення досудового розслідування, але не довше двох років, після чого у тримісячний строк передаються слідчим Державного бюро розслідувань. При цьому проблемами правового характеру прокуратури є перебудова її функціональної спрямованості. Реалізація покладених на прокуратуру функцій відбувається через відповідну діяльність прокуратури, яка за допомогою притаманного їй механізму переводить відповідну функцію зі статичного стану до стану динаміки.

Парламентська асамблея Ради Європи неодноразово звертала увагу на невизначеність місця прокуратури в системі державної влади та наполягала на інтегруванні її до виконавчої або судової влади. При прийнятті нового Закону «Про прокуратуру» законодавець не зважився на такий радикальний крок, як віднесення прокуратури до будь-якої гілки влади, а тому статус прокуратури залишився незмінним – державний орган із специфічними функціями.

Відповідно до Конституції України на прокуратуру покладено представництво в суді інтересів держави у виключних випадках і в порядку, що визначені законом. Водночас повноваження щодо здійснення представництва в суді інтересів громадянина з функцій прокуратури виключені. Запровадження таких змін є відтворенням позиції експертів Європейської комісії «За демократію через право» (далі – Венеціанська комісія), висловленої ними у своїх висновках у 2013 р. та 2015 р., де пропонується передати повноваження щодо захисту інтересів громадянина, які це право самостійно не можуть реалізувати, центрам безоплатної правової допомоги. Наприклад, у п. 75 висновку CDL-AD(2013)025 від 14 жовтня 2013 р. щодо проекту Закону України «Про прокуратуру» Венеціанська комісія звернула увагу на необхідність внести поправки до п. 2 ст. 121 Конституції України, виключивши з її змісту функцію представництва інтересів фізичних осіб.

При цьому вказана позиція обґрунтовується створенням на території України центрів безоплатної правової допомоги, які повинні перебрати на себе від прокуратури функції представництва інтересів фізичних осіб разом зі спеціалізованими установами, створеними з метою піклування про інтереси осіб, не здатних діяти від свого імені (наприклад, вихователів тощо). В очікуванні цієї конституційної поправки і повної доступності центрів, зазначається у Висновку, несумісність цих функцій представництва прокуратури зі стандартами Ради Європи повинна бути зведена до мінімуму шляхом внесення змін до проекту Закону. Будь-які випадки виконання цієї функції прокуратурою повинні бути тільки допоміжними стосовно послуг центрів правової допомоги. Якщо звернутися до прецедентної практики Європейського суду з прав людини, то цим органом Ради Європи не заперечується можливість захисту прокурором інтересів громадян за межами кримінальної сфери.

Діяльність прокуратури щодо реалізації представницької функції – це нормативно впорядкований у джерелах права, системно структурований різновид юридичної діяльності прокуратури, спрямований на захист визначених інтересів, виконання покладеної представницької функції шляхом здійснення на законних підставах і відповідно до визначених принципів виключно уповноваженими суб'єктами юридично значимої поведінки закріпленими засобами, в межах встановленої компетенції та у відповідній процедурно-процесуальній формі з метою прийняття юридично значимого рішення у найбільш раціональний та ефективний спосіб з максимальним дотриманням вимог відкритості й гласності. Венеціанська Комісія у п. 85, 87 свого Висновку CDL-AD (2013)025 від 14 жовтня 2013 р. передбачає повноваження прокурора представляти інтереси іншого державного органу в суді лише після надання для цього обґрунтувань і після прийняття таких обґрунтувань судом (у разі збереження в прокуратури функцій представництва)<sup>4</sup>.

Хоча, як вказує О.А. Байжанов, ч. 7 ст. 24 Закону закріплює, що повноваження прокурорів з представництва здійснюються виключно на підставах та в межах, передбачених процесуальним законодавством, але процесуальними кодексами не закріплено порядок судового провадження у справах щодо підтвердження наявності підстав для представництва прокурором держави в суді<sup>5</sup>.

Прокуратура України, реалізуючи представницьку функцію, метою якої є захист публічного інтересу, повинна бути одним із елементів такого правозахисного механізму, а об'єктом реалізації прокуратурою представницької функції має визначатись саме публічний інтерес, як суспільний інтерес, визнаний державою, а

також державний інтерес, який покликаний задовольняти інтереси суспільства, а не інтереси держави в особі державних органів.

У зв'язку з цим слід звернути увагу на наступні моменти. В Законі України «Про прокуратуру» передбачено можливість прокурора здійснювати представництво в суді законних інтересів держави у разі порушення або загрози порушення інтересів держави, якщо захист цих інтересів не здійснює чи неналежним чином здійснює орган державної влади, орган місцевого самоврядування або інший суб'єкт владних повноважень, до компетенції якого віднесені відповідні повноваження, а також за відсутності такого органу. При цьому не допускається здійснення прокурором представництва в суді інтересів держави в особі державних компаній, а також у правовідносинах, пов'язаних із виборчим процесом, проведенням референдумів, діяльністю Верховної Ради України, Президента України, створенням та діяльністю засобів масової інформації, а також політичних партій, релігійних організацій, організацій, що здійснюють професійне самоврядування, та інших громадських об'єднань.

Втілюючи зазначену законодавчу регламентацію нової концепції підстав представництва прокурором інтересів громадянина або держави у суді у випадках, визначених законом, законодавцем внесено низку змін до законодавчих актів України, які містять відповідні норми, з тим, щоб привести їх у відповідність до нової концепції представництва інтересів прокурором.

Водночас привертає увагу непослідовність законодавця у так званій «очистці» його норм від законодавчої регламентації участі прокурора в суді поза межами кримінальної юстиції. Так, відповідно до чинних положень ч. 5 ст. 16 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації»<sup>6</sup> суд розглядає справу про припинення діяльності релігійної організації, в тому числі за заявою прокурора.

До того ж законодавець залишив без змін положення ч. 4 ст. 22 Закону України «Про психіатричну допомогу»<sup>7</sup>, згідно зі змістом яких судові справи щодо надання психіатричної допомоги в примусовому порядку розглядаються за обов'язковою участю, в тому числі, прокурора, давши чітко зрозуміти, що участь прокурора у таких судових справах обумовлена реалізацією ним функції нагляду за дотриманням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян.

Також слід звернути увагу на положення ст. 67 Закону України «Про запобігання корупції»<sup>8</sup>. Так, за змістом ч. 1 вказаної статті нормативно-правові акти, рішення, видані (прийняті) з порушенням вимог цього закону, підлягають скасуванню органом чи посадовою особою, уповноваженою на прийняття чи скасування відповідних актів, рішень, або можуть бути визнані незаконними у судовому порядку за заявою заінтересованої фізичної особи, об'єднання громадян, юридичної особи, прокурора, органу державної влади, зокрема, НАЗК, органу місцевого самоврядування. Вбачається, що заява прокурора до суду із зазначеними вище вимогами стане «правонаступницею» такого, що називають науковці, родового поняття «позов прокурора у порядку ч. 5 ст. 23 Закону України «Про прокуратуру» (1991 р.). Так, враховуючи наказ Генерального прокурора від 21 листопада 2012 р. «Про організацію представницької діяльності» згідно із законодавчими змінами щодо удосконалення діяльності органів прокуратури, слід звернути увагу на те, що відмінність цього позову від інших позовів (заяв) прокурора – саме за ознакою набуття прокурором (як суб'єктом владних повноважень) статусу позивача. Сутність цих відмінностей полягає в тому, що таке звернення прокурора до суду за своєю правовою природою не є представницькою діяльністю, а тому його слід відрізнити від права прокурора на подання позову в інтересах держави без визначення органу, уповноваженого здійснювати функції держави у спірних правовідносинах (за відсутності такого органу або за відсутності у нього повноважень щодо звернення до суду).

Отже, можемо робити такі висновки. Проаналізовані зміни є проекцією рекомендацій європейських інституцій, які надавались до законопроектних напрацювань у сфері реформування прокуратури. При цьому детальне дослідження конституційно-правового статусу прокуратури, процесів розвитку її правозахисної діяльності, визначення ролі у сфері захисту прав і свобод громадян та інтересів держави, удосконалення її підвищення її ефективності може стати предметом подальших наукових розвідок.

<sup>1</sup> Про прокуратуру: Закон України від 14.10.2014 № 1697-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 2–3. – Ст. 12.

<sup>2</sup> Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141 (зі змінами та доповненнями від 30.09.2016).

<sup>3</sup> *Наливайко Л.Р.* Державний лад України: теоретико-правова модель: моногр. / Л.Р. Наливайко. – Х.: Право, 2009. – С. 217, 234.

<sup>4</sup> Висновок CDL-AD (2013)025, схвалений Європейською комісією за демократію через право (Венеціанською Комісією) 14.10.2013 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://pravo.org.ua/2010-03-07-18-06-07/lawreforms/1583-kodeks-rekomendatsiirady-yevropy-shchodo-sudovoi-reformy-i-reformy-prokuratury-v-ukraini.html> (дата звернення: 01.05.2018).

<sup>5</sup> *Байжанов О.А.* До питання реалізації функції прокуратури представництва з представництва інтересів держави в суді відповідно до нового закону України «Про прокуратуру» / О.А. Байжанов // Часопис Київського університету права. – 2015. – № 1. – С. 246.

<sup>6</sup> Про свободу совісті та релігійні організації : Закон України № 987-XII // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 25. – Ст. 283.

<sup>7</sup> Про психіатричну допомогу : Закон України № 1489-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 19. – Ст. 143.

<sup>8</sup> Про запобігання корупції : Закон України № 1700-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 49. – Ст. 2056.

### Резюме

#### **Торяник О.Ю. Конституційне реформування представницької функції прокуратури України.**

У статті аналізується конституційне реформування представницької функції прокуратури України. Доводиться, що сучасний стан реформування прокуратури в Україні тісно пов'язаний із судовою реформою, яка наразі триває та має на меті втілення в життя стратегічного завдання щодо забезпечення її інституційної спроможності. Зроблено висновок, що проаналізовані зміни є проекцією рекомендацій європейських інституцій, які надавались до законопроектних напрацювань в сфері реформування прокуратури.

**Ключові слова:** прокуратура, конституційно-правовий статус, представницька функція, повноваження прокуратури.

### Резюме

#### **Торяник О.Ю. Конституционное реформирование представительской функции прокуратуры Украины.**

В статье анализируется конституционное реформирование представительской функции прокуратуры Украины. Доказывается, что современное состояние реформирования прокуратуры в Украине тесно связано с судебной реформой, происходящей в настоящее время и имеющей целью воплощение в жизнь стратегической задачи по обеспечению ее институциональной способности. Сделан вывод, что проанализированные изменения являются проекцией рекомендаций европейских институтов, которые предоставлялись в законопроектных разработках в сфере реформирования прокуратуры.

**Ключевые слова:** прокуратура, конституционно-правовой статус, представительская функция, полномочия прокуратуры.

### Summary

#### **Torjanyk O. Constitutional reform of the representative function of the Prosecutor's Office of Ukraine.**

The article analyzes the constitutional reform of the representative function of the prosecutor's office of Ukraine. It is proved that the current state of the reform of the prosecutor's office in Ukraine is closely connected with the judicial reform, which is now under way and has the goal of realizing the strategic task of ensuring its institutional capacity. It is concluded that the changes analyzed are a projection of the recommendations of European institutions, were provided in legislative developments in the sphere of reforming the prosecutor's office.

**Key words:** Office of Public Prosecutor, constitutional and legal status, representation function, powers of the prosecutor's office.

УДК 342.9

**А.А. ПУХТЕЦЬКА**

*Алла Альбертівна Пухтецька, кандидат юридичних наук, доцент Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

**ЗАУВАЖЕННЯ ЩОДО САМОСТІЙНОЇ ПІДГОТОВКИ ДО ЗОВНІШНЬОГО  
НЕЗАЛЕЖНОГО ОЦІНЮВАННЯ З «АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА УКРАЇНИ»  
ТА «АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРОЦЕСУ»**

Проведення зовнішнього незалежного оцінювання (далі – ЗНО) в Україні є новою формою оцінювання якості знань учнів та випускників широкого кола навчальних закладів. Його ефективність хоча і залишається значною мірою дискусійною, проте потребує значних зусиль, прояву високого рівня знань, вмінь, навичок, які в комплексі допомагають визначити потенційно найкращих вступників.

З огляду на це **метою статті** є виклад спеціальних зауважень щодо самостійної підготовки до ЗНО з навчальних дисциплін «Адміністративне право України» та «Адміністративний процес», адже їх зміст значно розвинувся в контексті трансформації предмета та методу адміністративного права, адміністративного процесу, впровадження низки нових адміністративно-правових інститутів, європейських стандартів публічної адміністрації, оскарження та судового захисту прав громадян; ознайомлення з Програмою підготовки до ЗНО з навчальних дисциплін «Адміністративне право України» та «Адміністративний процес».

Допомагаючи майбутнім вступникам у підготовці до зовнішнього незалежного оцінювання, слід звернути їх увагу на розбіжності у підходах до викладання навчальних дисциплін «Правознавство» та «Адміністративне право України» у спеціальних навчальних закладах, застарілість матеріалів, викладених у підручниках та посібниках, що можуть містити наступні вагомні помилки:

- не відображають актуальну систему органів виконавчої влади (зверніть увагу на реформу, проведenu у 2010 р. Указом Президента України «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади», яким, зокрема, було скорочено кількість міністерств та перерозподілено функції органів виконавчої влади на центральному рівні, скасовано державні комітети, запроваджено нові види органів виконавчої влади на центральному рівні – державні агентства, служби, інспекції);

- не містять сучасних підходів щодо трансформації предмета, методу адміністративного права України як галузі права, оновленого розуміння принципів адміністративного права, європейських принципів адміністративного права, значення фундаментальних принципів правової системи, їх впливу на розвиток галузі адміністративного права;

- не розглядають наукові підходи до розуміння соціальних систем, їх взаємодії, моделей управління, методів управління, їх розвитку, а також змісту специфічно щодо них застосовуваних системного підходу, структурно-функціонального методу тощо;

- не розглядають інституційні принципи публічної адміністрації – принцип децентралізації, принцип деконцентрації, принцип централізації та їх взаємодію, значення для удосконалення організації публічної адміністрації, стан закріплення в Конституції України та системі адміністративного законодавства;

- не оперують поняттями «адміністративний акт», «адміністративна процедура», а частіше зупиняються на характеристиці юрисдикційних та неюрисдикційних проваджень, що потребує самостійного вивчення становлення в Україні інституту адміністративних актів, процедурної форми їх прийняття, надання адміністративних послуг;

- не враховують актуальні зміни до законодавства України, зокрема, внесення змін і доповнень до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кодексу адміністративного судочинства України, які часто запозичуються у підручниках, тому слід спочатку вивчити актуальний акт законодавства, що регулює певні адміністративні правовідносини, а лише потім – теоретичні узагальнення, висновки, викладені в підручнику, посібнику для перевірки актуальності викладення матеріалу;

– не уточнюють специфіку подання адміністративних позовів до адміністративних судів та категорії спорів, підсудних адміністративним судам, загальні положення про організацію системи адміністративних судів;

– містять застарілі відомості про перелік адміністративних стягнень, види спеціальних суб'єктів, що можуть притягатися до відповідальності в порядку, передбаченому Кодексом України про адміністративні правопорушення, *тому варто наголосити ще раз, що спочатку слід прочитати актуальний кодекс, який можна безкоштовно скачати на офіційному сайті Верховної Ради України, а лише потім – матеріали доступного Вам підручника.*

Окрему увагу необхідно звернути на підходи, доктринальні позиції, що сформувалися в сучасній науці адміністративного права України з урахуванням *євроінтеграційного вектору* розвитку зовнішньої політики держави, тому слід уточнити про необхідність вивчення основоположних принципів та концепцій – верховенства права, законності, пропорційності, недискримінації (рівності), а також концепцій належного урядування («*good governance*») та належної адміністрації («*good administration*»), що визначають вимоги до діяльності органів публічної адміністрації в країнах Європейського Союзу, запровадження європейських стандартів діяльності органів публічних адміністрацій, необхідних для взаємодії в Європейському адміністративному просторі, забезпечення однакової реалізації політик та актів законодавства Європейського Союзу в країнах-членах цього Союзу.

*Програма підготовки до ЗНО з навчальних дисциплін «Адміністративне право України» та «Адміністративний процес»* тематично охоплює загальні положення про науку, галузь, навчальну дисципліну «Адміністративне право України», її структуру, характеристику змісту основних галузевих та міжгалузевих інститутів, у тому числі: інституту публічної адміністрації (організації системи органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, управлінських зв'язків), інституту адміністративних актів (що визначає порядок, правила, умови дійсності актів (рішень) органів публічної адміністрації усіх рівнів, у т.ч. щодо укладання адміністративних договорів), інституту державної служби (добір на державну службу, всі стадії проходження, притягнення до відповідальності), інституту адміністративної відповідальності (не тільки особи за вчинення адміністративного правопорушення (делікту), а й органів державної влади перед потерпілими особами від їх незаконних рішень, дій, бездіяльності), інститут адміністративного судочинства (організація системи адміністративних судів, вимоги до претендентів на посаду судді, категорії спорів підсудних адміністративним судам, види підсудності, процесуальні права сторін та учасників, вимоги до адміністративного позову тощо), а також загальнотеоретичні положення про предмет, метод, принципи адміністративного права, джерела адміністративного права, адміністративну правосуб'єктність фізичних, юридичних осіб, колективних утворень, адміністративно-правовий статус органів виконавчої влади, адміністративні правовідносини, їх суб'єктів, об'єкти, зміст, специфіку розподілу повноважень між органами державного управління за умов змішаної та президентської республік, роль, значення, повноваження Президента України в сфері виконавчої влади, специфіка здійснення президентського, парламентського, громадського контролю тощо, правові форми державного управління, адміністративні та економічні методи державного управління, моделі управління, поняття та види адміністративних правопорушень, адміністративні стягнення, склад адміністративного правопорушення. Окреме місце займає вивчення інформаційної складової, що передбачає знання поняття інформації, її основних видів, специфіки доступу до інформації згідно із Законами України «Про інформацію», «Про доступ до публічної інформації», що має важливе значення для зовнішньої діяльності органів публічної адміністрації. Також необхідно звернути увагу на вивчення Особливої частини «Адміністративного права України», що охоплює державне регулювання в адміністративно-політичній, економічній та соціально-культурній сферах, знати назви та основні положення законів у розрізі означених сфер, приклади функцій міністерств та інших органів виконавчої влади, діяльність яких спрямовується та координується в цих сферах.

А також окремою складовою охоплює основні теми, що вивчаються в межах навчальної дисципліни «Адміністративний процес» та передбачає опанування знаннями з наступних основних тем: поняття адміністративного процесу, наукові підходи щодо обсягу поняття, поняття та видів адміністративних проваджень, підходів до їх класифікації, сучасних підходів до кодифікації адміністративних проваджень; характеристика ключових дефініцій, запроваджених Кодексом адміністративного судочинства України (суб'єкт владних повноважень, категорії спорів, підсудних адміністративним судам, види підсудності, адміністративний позов, вимоги до елементів адміністративного позову, судовий збір тощо), стадій судового розгляду справи адміністративним судом, у т.ч. апеляційного оскарження, перегляду Верховним Судом у межах, встановлених законом; підстави та критерії прийнятності заяв (applications) Європейським судом з прав людини, порядок виконання рішень, прийнятих Європейським судом з прав людини проти держави Україна; характеристика категорій спорів, підсудних адміністративним судам.

*Мета Програми підготовки до вступного випробування з навчальних дисциплін «Адміністративне право України» та «Адміністративний процес»* – комплексно розкрити основні положення фундаментальної галузі вітчизняної правової системи та науки адміністративного права України на етапі її демократичної трансформації з урахуванням європейських принципів і стандартів публічної адміністрації, а також наукові підходи до розуміння поняття «адміністративний процес», кодифікації адміністративного судового процесу в Україні, її специфіки та характеристики основних стадій.

*Завдання Програми підготовки до вступного випробування з навчальних дисциплін «Адміністративне право України» та «Адміністративний процес»* – сформувати системне розуміння сукупності адміністра-

тивно-правових норм, їх взаємозв'язку, специфіки розвитку в контексті запровадження інституту публічної адміністрації, поглиблення європейської інтеграції України, розуміння змісту, основних стадій адміністративного процесу, його відображення в адміністративному законодавстві України, а також оптимізувати час підготовки вступників з урахуванням наведених тематичних складових, запобігти вивченню застарілих положень про зміст та окремі інститути галузі адміністративного права, адміністративного законодавства, що, на жаль, спостерігається у низці профільних підручників.

*Структура Програми підготовки до вступного випробування з навчальних дисциплін «Адміністративне право України» та «Адміністративний процес»* охоплює вступ, спеціальні зауваження та пропозиції щодо самостійної підготовки до вступного випробування, програму, перелік рекомендованої літератури, додаткової літератури.

*Вступник повинен знати:*

– предмет, методи, структуру галузі та навчальної дисципліни «Адміністративне право України», специфіку трансформації предмета та методу адміністративного права в сучасний період, приклади їх застосування (встановлення заборон, встановлення дозволів, владні приписи – як прояви імперативного методу і приклади, значення диспозитивного методу);

– принципи адміністративного права, їх основні види, значення та взаємозв'язки з фундаментальними принципами правової системи – верховенства права, законності, рівності (недискримінації) тощо, орієнтуватися у змісті принципів децентралізації, централізації, деконцентрації та інших інституційних принципів публічної адміністрації; вміти формулювати вимоги основних процедурних принципів публічної адміністрації, принципів належної адміністрації, вимоги до доступу до адміністративних документів, характеризувати види доступу до інформації за законодавством України та перспективи запровадження загального доступу до адміністративних документів, персонального доступу, доступу великої кількості осіб до адміністративних документів;

– джерела адміністративного права, їх основні види та загальну характеристику, ієрархію, місце міжнародних актів, ратифікованих Верховною Радою України, значення судових рішень Європейського суду з прав людини та проблеми їх виконання в Україні;

– ключові дефініції «адміністративне право», «принципи адміністративного права», «адміністративно-правові гарантії», «державне управління», «управління», «соціальне управління», «координація», «субординація», «реординація», «виконавча влада», «орган виконавчої влади», «імперативний метод», «диспозитивний метод», «принцип деконцентрації», «принцип децентралізації», «принцип централізації», «управлінські відносини», «адміністративні акти», «адміністративні договори», «адміністративні процедури», «адміністративні послуги», «функція органу виконавчої влади», «компетенція органу виконавчої влади», «повноваження органу виконавчої влади», «поліцейська держава», «камералістика» «органи місцевого самоврядування», «адміністративна відповідальність», «адміністративне правопорушення (делікт)», «адміністративні стягнення», «адміністративно-правова норма», «джерела адміністративного права», «система органів виконавчої влади» та ін.;

– назву та характеристику змісту основних положень адміністративного законодавства України, напрями їх удосконалення (розділи Конституції України, Закон України «Про Кабінет Міністрів України», Закон України «Про центральні органи виконавчої влади», Закон України «Про місцеві державні адміністрації», Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні», Указ Президента України «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади», приклади положень про міністерства тощо);

– сучасні вітчизняні та європейські стандарти діяльності органів публічної адміністрації, їх класифікацію, зміст основних принципів і стандартів (групи принципів Європейського адміністративного простору: 1) юридична визначеність та передбачуваність; 2) прозорість та відкритість; 3) ефективність та результативність; 4) відповідальність; стандарти належного урядування та принципи належної адміністрації), у т.ч. щодо надання адміністративних послуг, загальних адміністративних процедур;

– загальну характеристику адміністративного правопорушення (делікту) за законодавством України, основні види адміністративних стягнень, порядок їх застосування щодо загальних та спеціальних суб'єктів адміністративного правопорушення;

– поняття та значення адміністративної юстиції, систему адміністративних судів, категорії спорів, підсудних адміністративним судам відповідно до Кодексу адміністративного судочинства України;

– характеристику основних стадій проходження державної служби, вимоги до державних службовців, притягнення їх до відповідальності;

– основні наукові підходи до розуміння поняття «адміністративний процес», його співвідношення з «адміністративними провадженнями» та «адміністративними процедурами»;

– характеристику основних стадій розгляду адміністративних справ адміністративними судами відповідно до Кодексу адміністративного судочинства України;

– характеристику основних категорій спорів, підсудних адміністративним судам, вимог щодо підсудності спорів;

– принципи адміністративного процесу, їх відмінність та співвідношення з принципами адміністративного права, фундаментальними принципами правової системи;

– систему адміністративних судів, роль та значення Верховного Суду, підстави перегляду рішень Європейським судом з прав людини.

*Вступник повинен вміти:*

- формулювати визначення ключових адміністративно-правових дефініцій, понять, розуміти обсяги їх значень, виділяти складові (елементи, компоненти, зв'язки та ін.);
- визначати належність адміністративно-правових норм до конкретних інститутів адміністративного права, характеризувати їх зміст та правове регулювання, порядок захисту прав і свобод, законних інтересів приватних осіб;
- розмежовувати види адміністративних проваджень, надавати їх загальну характеристику, визначати специфіку меж повноважень уповноважених суб'єктів;
- користуватися актами законодавства України, знати їх ієрархію, місце в системі актів адміністративного законодавства, специфіку застосування міжнародних договорів, угод, ратифікованих Верховною Радою України, у т.ч. із застереженнями щодо окремих статей;
- користуватися електронними базами даних, що систематизують законодавство України, знаходити та застосовувати актуальні версії актів адміністративного законодавства України;
- формулювати пропозиції та рекомендації щодо розвитку українського законодавства в контексті поглиблення європейської інтеграції, удосконалення наявних адміністративно-правових механізмів реалізації та захисту прав громадян тощо.

*Місце Програми підготовки до вступного випробування з навчальних дисциплін «Адміністративне право України» та «Адміністративний процес»* – становить обов'язкову складову підготовки до вступного випробування, конкретизує знання та вміння, необхідні для комплексного вивчення навчальних дисциплін «Адміністративне право України» та «Адміністративний процес», удосконалює підходи щодо самостійної підготовки вступників з урахуванням розбіжностей у навчальних планах, обсягах викладання означених дисциплін.

*Зв'язок з іншими Програмами підготовки до вступного випробування – з конституційним правом* – поглиблює конституційно-правові засади організації виконавчої влади, системи органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, управлінські зв'язки між ними, характеризує моделі управління; *з міжнародним правом* – розглядає положення окремих міжнародних договорів та угод, ратифікованих Верховною Радою України, проблеми застосування судового прецеденту-рішення Європейського суду з прав людини; *з європейським правом* – вивчає європейські принципи і стандарти, що застосовуються в країнах Європейського Союзу та запроваджуються у вітчизняній державо- та правотворчій практиці й удосконалення діяльності органів публічної адміністрації.

**Тема 1. Адміністративне право України як наука, галузь права та навчальна дисципліна.** Трансформація галузі адміністративного права України. Сучасні проблеми розвитку адміністративного права як навчальної дисципліни. Адміністративне право як наука, видатні представники. Удосконалення структури галузі та навчальної дисципліни, проблеми формування нових інститутів адміністративного права України. Історичні етапи розвитку адміністративного права: камералістика, поліцейська держава, радянський період, новітній період.

**Тема 2. Предмет та метод, принципи адміністративного права.** Трансформація предмета адміністративного права України. Предмет адміністративного права (якісна характеристика, динаміка розвитку вчень). Методи адміністративного права, проблеми застосування диспозитивного методу. Трансформація методу адміністративного права. Принципи адміністративного права та принципи державного управління, розмежування та класифікація. Принципи належної адміністрації: характеристика основних груп (базові, організаційно-технічні, процедурні, щодо обігу інформації). Ключові дефініції галузі адміністративного права.

**Тема 3. Виконавча влада: загальна характеристика. Європейські стандарти діяльності органів публічної адміністрації.** Поняття та суб'єкти публічної адміністрації. Вимоги до цілей та завдань діяльності органів публічної адміністрації. Функції та правові форми діяльності органів публічної адміністрації. Поняття виконавчої влади. Поняття державного управління. Соціальне управління. Моделі управління. Система органів виконавчої влади в Україні. Співвідношення засад централізації та децентралізації в організації виконавчої влади. Функції та повноваження органів виконавчої влади. Завдання та цілі діяльності органів виконавчої влади. Органи місцевого самоврядування. Адміністративно-правовий статус Кабінету Міністрів України, міністерств, інших центральних органів влади, органів місцевого самоврядування. Загальна характеристика актів (рішень) органів публічної адміністрації та органів місцевого самоврядування. Принципи діяльності органів публічної адміністрації. Європейські принципи і стандарти діяльності органів публічної адміністрації. Співвідношення цілей, завдань, функцій, повноважень органів публічної адміністрації.

**Тема 4. Адміністративна правосуб'єктність фізичних осіб, юридичних осіб, колективних утворень.** Адміністративна правоздатність, адміністративна дієздатність, адміністративна деліктоздатність фізичних осіб, юридичних осіб, колективних утворень. Специфіка адміністративної дієздатності неповнолітніх осіб, суб'єктів підприємницької діяльності. Статут юридичної особи: розподіл повноважень органів управління.

**Тема 5. Норми адміністративного права та їх реалізація.** Поняття адміністративно-правової норми, їх класифікація. Реалізація адміністративно-правових норм (виконання, використання, дотримання). Застосування адміністративно-правових норм та акти застосування. Ознаки правозастосовної діяльності. Система адміністративного законодавства. Ієрархія актів адміністративного законодавства та їх характеристика.



**Тема 6. Адміністративні правовідносини.** Поняття та зміст адміністративних правовідносин. Юридичні факти, їх класифікація. Суб'єкти адміністративних правовідносин. Класифікація суб'єктів адміністративних правовідносин. Вертикальні та горизонтальні управлінські відносини.

**Тема 7. Форми і методи державного управління.** Поняття форм управління, класифікація форм управління. Адміністративні договори. Видання актів управління нормативного та індивідуального характеру. Вчинення юридично значущих дій. Правові акти управління (адміністративні акти) та їх види, характеристика, питання чинності, нікчемності. Методи державного управління. Адміністративні методи управління, економічні методи управління.

**Тема 8. Актуальні проблеми надання адміністративних послуг.** Публічно-сервісна діяльність. Поняття та види адміністративних послуг. Суб'єкти надання адміністративних послуг в Україні. Державні послуги. Муніципальні послуги. Реєстраційні провадження. Порядок реєстрації суб'єкта підприємницької діяльності. Сучасні проблеми надання адміністративних послуг. Форми надання адміністративних послуг.

**Тема 9. Проблеми удосконалення інституту державної служби та її адміністративно-правове регулювання.** Поняття державної служби, її види, значення. Поняття посади державної служби. Класифікація посад державної служби. Проходження державної служби (усі стадії). Підстави дисциплінарної відповідальності державних службовців за законодавством України. Актуальні проблеми та розвиток законодавства про державну службу.

**Тема 10. Державний контроль у державному управлінні.** Сутність державного контролю, його види, загальна характеристика, приклади проявів реалізації. Зовнішній і внутрішній контроль. Контроль з боку органів місцевого самоврядування. Контроль з боку громадських організацій. Внутрішній адміністративний контроль. Президентський контроль. Парламентський контроль (в частині Рахункової Палати та Уповноваженого з прав людини). Судовий контроль.

**Тема 11. Адміністративна відповідальність.** Адміністративний примус. Поняття та види юридичної відповідальності, адміністративна відповідальність як вид юридичної відповідальності. Співвідношення з кримінальною відповідальністю, політичною відповідальністю, дисциплінарною відповідальністю, матеріальною відповідальністю. Адміністративна відповідальність фізичних осіб, становлення адміністративної відповідальності юридичних осіб.

**Тема 12. Адміністративне правопорушення (делікт).** Поняття адміністративного правопорушення. Склад адміністративного правопорушення. Суб'єкт адміністративного правопорушення та їх поділ на загальні та спеціальні. Об'єкт адміністративного правопорушення. Об'єктивна сторона адміністративного правопорушення. Суб'єктивна сторона адміністративного правопорушення. Адміністративні стягнення за Кодексом України про адміністративні правопорушення.

**Тема 13. Адміністративне судочинство.** Поняття, значення адміністративної юстиції для захисту прав громадян від незаконних дій, рішень, бездіяльності суб'єктів владних повноважень. Система адміністративних судів в Україні, підсудність спорів адміністративним судам. Категорії спорів, підсудних адміністративним судам. Адміністративний позов.

**Тема 14. Особлива частина Адміністративного права України.** Адміністративно-політична сфера, економічна сфера, соціально-культура сфера. Приклади розподілу функцій виконавчої влади в межах означених сфер, органів виконавчої влади центрального рівня, уповноважених забезпечувати їх реалізацію. Основні акти законодавства України.

**Тема 15. Адміністративний процес: загальна характеристика. Система адміністративних судів в Україні.** Поняття адміністративного процесу у широкому та вузькому розумінні. Суб'єкти адміністративного процесу. Система адміністративних судів в Україні. Критика дефініцій Кодексу адміністративного судочинства України (ст. 3). Підсудність спорів адміністративним судам.

**Тема 16. Стадії адміністративного процесу.** Характеристика основних стадій адміністративного (судового) процесу відповідно до вимог Кодексу адміністративного судочинства України, перелік основних процесуальних документів та сторін або учасників, уповноважених їх подавати.

**Тема 17. Судові рішення.** Характеристика змісту та видів основних судових рішень. Підстави перегляду судових рішень. Юридичні наслідки апеляційного, касаційного оскарження судових рішень. Значення остаточного судового рішення у справі.

**Тема 18. Судові строки.** Характеристика процесуальних строків, визначених у Кодексі адміністративного судочинства України. Проблеми їх дотримання, процесуальні диверсії з боку сторін.

**Тема 19. Вимоги до адміністративного суду (судді).** Поняття адміністративного суду, вимоги до адміністративного суду, самовідвід і відвід судді в адміністративних справах відповідно до вимог Кодексу адміністративного судочинства. Підстави притягнення суддів адміністративних судів до відповідальності.

Підсумовуючи викладене, слід узагальнити, що успішне складання ЗНО також залежить від конкретизованих знань вступників, вміння логічно аналізувати та формулювати висновки на основі як відомих, так і уявних юридичних фактів, розуміння правил аргументації, доказування, побудови гіпотез. Тому слід окрему увагу приділити повтору тем з формальної та модальної логіки, логіки висловлювань, розв'язання практичних задач.

Хоча вимоги щодо проведення ЗНО щороку можуть уточнюватися. Проте викладена у статті програма допоможе вступникам у їх самостійній підготовці, адже містить тематичні блоки, присвячені основним адміністративно-правовим інститутам, що дасть змогу організувати якісну та вчасну самопідготовку вступника.

1. Авер'янов В.Б. Українське адміністративне право на етапі реформування: питання нової доктрини / В.Б. Авер'янов // Українське право. – 2005. – С. 185–200.
2. Административное право зарубежных стран: учеб. / под ред. Н. Козырина, М.А. Шгагиной. – М., 2003. – 464 с.
3. Адміністративна юстиція України: проблеми теорії і практики. Настільна книга судді / за заг. ред. О.М. Пасенюка. – К. : Істина, 2007. – 608 с.
4. Адміністративне право України. Академічний курс : підруч. : у 2 т. – К. : Юридична думка, 2007. – Т. 1: Загальна частина / ред. колегія: Авер'янов В.Б. (голова). – 592 с.
5. Там само. – 624 с.
6. Демократичні засади державного управління та адміністративне право : моногр. / Ю.С. Шемшученко, В.Б. Авер'янов, О.Ф. Андрійко, І.О. Кресіна, В.П. Нагребельний та ін.; за заг. ред. д-ра юрид. наук В.Б. Авер'янова. – К. : Юридична думка, 2010. – 496 с.
7. Державне управління: європейські стандарти, досвід та адміністративне право: підруч. / В.Б. Авер'янов, В.А. Дерещ, М.І. Ославський та ін. ; за заг. ред. В.Б. Авер'янова. – К. : Юстініан, 2007. – 288 с.
8. Европейский суд по правам человека. Избранные решения: в 2 т. / председатель редакционной коллегии – д-р юрид. наук профессор В.А. Туманов. – М.: Изд-во НОРМА, 2000. – Т. 1. – 856 с.
9. Загальне адміністративне право: підруч. / І.С. Гриценко, Р.С. Мельник, А.А. Пухтецька та ін.; за заг. ред. І.С. Гриценка. – К. : Юрінком Інтер, 2015. – 568 с.
10. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р., ратифікована Законом України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 40. – Ст. 263.
11. Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. – Х.: Фоліо, 2017. – 46 с.
12. Лук'янець Д.М. Інститут адміністративної відповідальності: проблеми розвитку / Д.М. Лук'янець. – К., 2001. – 220 с.
13. Права громадян у сфері виконавчої влади: адміністративно-правове забезпечення реалізації та захисту / за заг. ред. В.Б. Авер'янова. – К. : Наукова думка, 2007. – 586 с.
14. Пухтецька А.А. Європейські принципи адміністративного права: моногр. / А.А. Пухтецька ; а заг. ред. В.Б. Авер'янова. – К., 2012. – 240 с.
15. *Administration and You. Principles of Administrative Law Concerning the Relations Between Administrative Authorities and Private Persons. A Handbook.* Council of Europe, Directorate of Legal Affairs, Strasbourg, 1996 // Data base <Council of Europe> : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.csr.ru/\\_upload/editor\\_files/file0025.pdf](http://www.csr.ru/_upload/editor_files/file0025.pdf)
16. *European Governance. A White Paper.* Commission of the European Communities. COM (2001) 428 final. Brussels, 25.07.2001. – Р. 8 // Data base <EC Europe>: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://ec.europa.eu/governance/contrib\\_etc\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/governance/contrib_etc_en.pdf)
17. *European Principles for Public Administration.* SIGMA Papers: # 27/19-Nov-1999 // Data base <EUPAN> : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.eupan.org>
18. *Preparing Public Administrations for the European Administrative Space / SIGMA Papers,* OECD. – Paris, 1998. – No. 23. – 191 p. // Data base <SIGMA> : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://oecd.org/dataoecd/20156/36953447.pdf>
19. *Principles of good administration in Council of Europe member states* // Data base <Council of Europe> : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_co%20operation/administrative\\_law\\_and\\_justice/Texts\\_& Documents/CJ-DA-GT\(2005\)1%20E%20Draft%20Rec%20good%20admin.pdf](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co%20operation/administrative_law_and_justice/Texts_& Documents/CJ-DA-GT(2005)1%20E%20Draft%20Rec%20good%20admin.pdf)
20. *Principles of good administration in the member-states of the European Union* // Data base <Council of Europe> : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.statskontoret.se/upload/Publikationer/2005/200504.pdf>
21. *René Chapus. Droit administratif général : en 2 t. – [15-ème édition].* – Paris : Editions Montchrestien E.J.A., 2007. – Т. 1. – 1427 p.
22. Кодекс України про адміністративні правопорушення : Закон України від 07.12.1984 № 8073-Х // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1984. – № 51.
23. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р., ратифікована Законом України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 40. – Ст. 263.
24. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 р. № 280/97-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.
25. Про місцеві державні адміністрації: Закон України від 9 квітня 1999 р. № 586-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 20. – Ст. 190.

### Резюме

#### **Пухтецька А.А. Зауваження щодо самостійної підготовки до зовнішнього незалежного оцінювання з «Адміністративного права України» та «Адміністративного процесу».**

У статті представлено основні елементи Програми підготовки до зовнішнього незалежного оцінювання з навчальних дисциплін «Адміністративне право України» та «Адміністративний процес» для допомоги в самостійній підготовці майбутніх вступників.

У статті розкрито перелік основних знань, вмінь, навичок, які має вміти застосовувати вступник з класичних та нових інститутів адміністративного права, новаційних та євроінтеграційних аспектів трансформації предмета та методу правового регулювання в контексті впровадження європейських стандартів адміністративного права. Особливу увагу приділено помилкам та недолікам навчальної літератури, відображеної у них законодавчої бази, відсутніх положень щодо євроінтеграційних аспектів розвитку адміністративно-правових інститутів.

**Ключові слова:** адміністративне право, адміністративна юстиція, адміністративний процес, європейські стандарти адміністративного права, адміністративно-правовий інститут, принципи організації та діяльності публічної адміністрації, концепція належного урядування та належної адміністрації.

## Резюме

**Пухтецькая А.А. Замечания касательно самостоятельной подготовки к внешнему независимому оцениванию по «Административному праву Украины» и «Административному процессу».**

В статье представлены основные элементы Программы подготовки к внешнему независимому оцениванию по учебным дисциплинам «Административное право Украины» и «Административный процесс» для помощи в самостоятельной подготовке будущих абитуриентов.

В статье раскрыт перечень основных знаний, умений, необходимых абитуриенту касательно содержания классических и новых институтов административного права, новационных и евроинтеграционных аспектов трансформации предмета и метода правового регулирования в контексте внедрения европейских стандартов административного права. Отдельное внимание уделено ошибкам и пробелам в учебной литературе, приведенной в них законодательной основе, отсутствие положений о евроинтеграционных аспектах развития административно-правовых институтов.

**Ключевые слова:** административное право, административная юстиция, административный процесс, европейские стандарты административного права, административно-правовой институт, принципы организации и деятельности публичной администрации, концепция надлежащего правления и надлежащей администрации.

## Summary

**Pukhtetska A. Recommendations regarding self-study for external independent evaluation in “Administrative law of Ukraine”, “Administrative process”.**

The article reveals main elements of the Program on self-study for external independent evaluation in disciplines “Administrative law of Ukraine”, “Administrative process” to provide necessary assistance for self studies of future master students.

The article reveals the list of main knowledge, skills and capacities, necessary for future master student in classic and new institutes of administrative law, innovative and European integration aspects of transformation of the subject and method of legal regulation in the context of introduction of European standards of administrative law. Special attention was devoted to the mistakes and drawbacks in study guides, enlisted legislative sources, absent provisions on European integration aspects of administrative legal institutes development.

**Key words:** administrative law, administrative justice, administrative process, European standards of administrative law, administrative legal institute, principles of organization and activities of public administration, the concept of good governance and good administration.

УДК 342.95

## І.Б. СТАХУРА

*Ігор Богданович Стахура, кандидат юридичних наук, доцент, декан факультету № 4 Львівського державного університету внутрішніх справ, полковник поліції*

## ПОНЯТТЯ І ВИДИ МЕЖ АДМІНІСТРАТИВНОГО РОЗСУДУ

Особливості адміністративно-правового розсуду зумовлюються потребами вдосконалення процесів державного управління, захисту прав і свобод людини та громадянина. Крім того, саме допустима правом можливість вибору на основі правового припису найдоцільнішого варіанта вирішення конкретної адміністративної справи породжує практичну необхідність в інституті адміністративно-правового розсуду. Тим часом право на використання державним органом або посадовою особою адміністративного розсуду не є абсолютним і нічим не обмеженим. Сам собою адміністративно-правовий розсуд передбачає наявність певних меж його здійснення у правозастосовній діяльності. Встановлення меж адміністративного розсуду є важливою гарантією забезпечення законності в діяльності суб'єктів управління. Тому управлінське рішення не позбавляється властивості законності й обґрунтованості тільки на тій підставі, що посадова особа органу управління здійснює адміністративний розсуд як прийом виконання найбільш оптимального, доцільного, необхідного і соціально бажаного управлінського рішення.

Сучасний стан розвитку управлінських відносин і тієї ролі, яку виконують в них державні органи та їх посадові особи, дає змогу визнати за необхідне визначення меж адміністративного розсуду. Ця обставина вимагає наукового осмислення питань меж адміністративного розсуду, тим паче, що ці проблеми активно обговорюються у вітчизняній і зарубіжній юридичній науці. Варто наголосити, що межі розсуду в науці загалом розглядалися в різних аспектах – як правоохоронний, адміністративний, судовий, матеріальний і процесуальний розсуд тощо. Таке різноманіття підходів до аналізу меж правового розсуду має важливе науково-теоретичне значення, що дає змогу визначити практичні аспекти, спрямовані на вдосконалення й підвищення ефективності державного управління.

Поняття «розсуд» живають не тільки в розмовній, а й у фаховій юридичній мові. Наприклад, у ст. ст. 6 і 12 ЦК України йдеться про те, що громадянин «на власний розсуд» вирішує питання, чи буде він користуватися правами, якими його наділяє ЦК, і якщо так, то як саме<sup>1</sup>.

Розсуд, наприклад, публічної адміністрації, визначається так само – закон, який уповноважує суб'єктів публічної адміністрації застосовувати розсуд, дозволяє їм ухвалювати рішення на свій розсуд, наприклад, вибирати одну із передбачених альтернатив. Однак така «свобода» дій суб'єктів публічної адміністрації викликає певне занепокоєння, оскільки ці дії обмежені Конституцією і законами України<sup>2</sup>. Так, на думку О. Семеній, адміністративний розсуд є владою суб'єктів публічної адміністрації приймати рішення, здійснювати діяльність (без застосування активної (дія чи прийняття рішення) чи пасивної (бездіяльність) поведінки уповноваженого суб'єкта). Безпосередніми виконавцями адміністративного розсуду є керівники, посадові та службові особи суб'єктів публічної адміністрації, державні службовці, незалежні уповноважені особи, у зв'язку із чим вбачається активний вияв людського чинника під час ухвалення владного рішення. Водночас, надаючи суб'єктові публічної адміністрації свободу дій, законодавча влада покладає на нього відповідальність: таку свободу дій потрібно здійснювати належно, чесно, правильно, розумно<sup>3</sup>.

У п. 6 ч. 3 ст. 2 КАС України вказано, що адміністративний суд, перевіряючи рішення, дії чи бездіяльність суб'єкта публічної адміністрації, має встановити, чи діяв останній «розсудливо». Обов'язок публічної адміністрації діяти розсудливо зафіксовано також у ст. 14 проекту Адміністративно-процедурного кодексу України<sup>4</sup>.

У практиці адміністративного судочинства, слово *розсуд* суд вживає лише щодо прав учасників процесу, а не тоді, коли розглядає питання адміністративного розсуду. Останній позначають терміном «дискреційні повноваження»<sup>5</sup>. Адміністративні суди дотримуються тієї дефініції *розсуду*, яку оприлюднила Рада Європи у своїй Рекомендації (80)<sup>6</sup>. Окрім цього, судочинство встановлює, що згідно з абз. 3 ст. 2 КАС перевіряти законність застосування адміністративного розсуду можна лише у цих визначених межах; принцип поділу влади забороняє судам здійснювати перевірку застосування розсуду за такими параметрами, як ефективність і доцільність<sup>7</sup>.

У юридичній літературі цій проблемі приділено недостатньо уваги, незважаючи на її очевидне науково-практичне значення. Так, це питання досліджували у своїх працях А. Барак, О. Лагода, Г. Ткач, А. Селіванов, Б. Рісний, Т. Коломоєць, О. Семеній, Ю. Соловей та ін.

У навчальній правознавчій літературі поняття «розсуд» зазвичай розглядають у зв'язку з поняттям «адміністративно-правова норма», а в працях з адміністративного права монографічного характеру адміністративному розсуду присвячують окрему главу (наприклад, у роботах Г. Ткач<sup>8</sup> та А. Селіванова<sup>9</sup>).

Т. Коломоєць формулює адміністративний розсуд як визначений межами норм права певний ступінь свободи суб'єкта публічної адміністрації, що надається для прийняття раціонального оптимального рішення у справі<sup>10</sup>.

Як бачимо, розсуд визначають і в широкому, і у вузькому значенні. А. Барак у своїй монографії бачить проблему меж судового розсуду не тільки у вузькому і широкому розсуді судді, а й у тих повноваженнях на його здійснення, якими він наділяється<sup>11</sup>. Науковець зазначає, що відмінність широкого і вузького розсуду полягає в кількості відкритих для судді законних варіантів: коли розсуд вузький – варіантів мало (щоправда, не менше ніж два); коли розсуд широкий – варіантів багато. Інша відмінність стосується ступеня директивності й обмеження, якою закон наділяє особу, котра застосовує розсуд під час вибору з-поміж різних альтернатив (чи то широких, чи вузьких). Тут уже йдеться не про кількість варіантів, а радше про ступінь свободи, яким володіє правомочна сторона – і щодо форми, і щодо змісту – при виборі з наявних варіантів<sup>12</sup>. Далі автор зазначає, що коли розсуд оснований на праві, то він не може бути абсолютним. Водночас визнає можливість абсолютного адміністративного розсуду, але такого, що підлягає судовому контролю<sup>13</sup>.

У юридичній літературі виокремлюють чотири види адміністративного розсуду. Перший стосується випадків, коли норма права надає суб'єктові публічної адміністрації можливість вибирати один з кількох варіантів дій<sup>14</sup>. Друга форма розсуду має місце, коли норма права уповноважує відповідного суб'єкта публічної адміністрації діяти під час реалізації наданого йому повноваження на власний розсуд. Цю форму називають терміном «адміністративний розсуд диспозитивного виду»<sup>15</sup>. Третя форма розсуду пов'язана з конкретизацією таких невизначених юридичних понять, як «суспільний інтерес», «доцільність» або «необхідність», що відповідно називають адміністративним розсудом інтерпретаційного виду<sup>16</sup>. Четверта форма розсуду має місце тоді, коли суб'єкти публічної адміністрації застосовують розсуд не у формі адміністративних рішень, а у формі організаційних заходів<sup>17</sup>.

Розглядаючи види меж судового розсуду, А. Барак виділяє процедурні і матеріальні обмеження. Процедурні обмеження він зараховує до обмежень процесуального характеру, зазначаючи при цьому, що «є обмеження щодо процедури, яких він повинен дотримуватися, і щодо характерних рис, які він повинен продемонструвати впродовж цього процесу. Ці обмеження можна згрупувати під заголовком «справедливість»<sup>18</sup>. Зауважимо, що А. Барак – представник англосаксонської правової сім'ї, і принцип справедливості є для нього важливим принципом здійснення правосуддя. Матеріальне обмеження, на його думку, характеризується тим, що «суддя повинен діяти на основі прийнятих правил тлумачення і на основі правил системи, що належать до загального права і заповнення прогалін у системі»<sup>19</sup>. Матеріальне обмеження ґрунтується на принципі розумності<sup>20</sup>.

Отже, А. Барак виділяє два види обмежень правового розсуду: процедурні і матеріальні, причому всі вони є тільки правовими обмеженнями судового розсуду. Наведений підхід має важливу практичну цінність, оскільки він пов'язує в єдине ціле матеріальні і процесуальні обмеження судового розсуду. Водночас у концепції досліджуваного автора є окремі недоліки. По-перше, А. Барак не виділяє моральні межі судового роз-

суду як самостійний вид меж (обмежень) розсуду. По-друге, розглядає процедурні і матеріальні межі як межі, ґрунтовані на справедливості й розумності. Такий підхід властивий англосаксонській правовій системі, де ці принципи лежать в основі правозастосування, вони не мають такого ж значення в рамках романо-германської правової системи, до якої належить і правова система України.

Формулюючи поняття меж розсуду, вчені вказують, що «межі судового розсуду – це встановлений легальними суб'єктами за допомогою спеціальних правових засобів у нормативних правових актах, інших формах права вид правових обмежень, що встановлює межі, в рамках яких суд має можливість вольового вибору для оптимального вирішення юридичного питання»<sup>21</sup>. На таких підставах усі правові межі можуть бути розділені «як нормативні межі судового розсуду, спеціальні межі судового розсуду, а також межі судового розсуду при застосуванні оціночних понять»<sup>22</sup>. Вищевказані положення розширюють уявлення про межі судового розсуду, вводячи в їх систему ще й морально-правові межі такого розсуду. Однак акцент робиться лише на матеріально-правових межах судового розсуду. Щоправда, у процесі діяльності суду існує велика кількість процесуальних (процедурних, як їх визначає А. Барак) меж розсуду.

Проблемі меж адміністративного розсуду приділяє увагу Ю. Тихомиров. Він обґрунтовано зазначає, що адміністративний розсуд може бути обмежений тільки законом (правом)<sup>23</sup>. На його переконання, деформація адміністративного розсуду «породжується і проблемами в законі і законодавстві. Вони особливо гостро відчужуються у сфері державного управління, коли матеріально-адміністративні норми не супроводжуються адміністративно-процесуальними нормами, коли неповно або неточно визначені функції органів, повноваження та допустимі способи їх здійснення, а також взаємини, підстави і види відповідальності»<sup>24</sup>.

Російський науковець О. Березін визначає межі правозастосовного розсуду як «встановлені за допомогою особливого правового інструментарію кордони, у межах яких суб'єкт правозастосування на основі комплексного аналізу обставин юридичної справи уповноважений винести оптимальне рішення з погляду принципів законності, справедливості і доцільності»<sup>25</sup>. З наведеного визначення абсолютно не зрозуміло, що все-таки є межею судового розсуду: правова норма чи принципи права, або в цьому визначенні межі такого розсуду є правовими і ґрунтуються на принципах законності, справедливості й доцільності.

Наведена концепція меж правозастосовного розсуду характеризується розподілом їх на правові і моральні (автор визначає їх як соціально-юридичні обмеження), що не є новим у сучасній юридичній теорії правового розсуду. Наведені ознаки меж правозастосовного розсуду не повною мірою розкривають специфіку цього явища, призначення його в механізмі правозастосовної діяльності суб'єктів.

Д. Бойко, вивчаючи законність і розсуд у правозастосовній діяльності, визнає, що система гарантій законності є важливою межею правозастосовного розсуду<sup>26</sup>. Саме гарантії законності є важливими правовими межами правозастосовного розсуду, які раніше ніхто не використовував.

Аналіз наведених підходів до визначення поняття і змісту меж правозастосовного розсуду дає змогу визнати, що в науці сформувався стійка думка про те, що межі розсуду завжди мають правовий характер, причому багато авторів пов'язують воедино матеріально-правовий і процесуально-правовий (процедурно-процесуальний) аспекти меж правозастосовного розсуду. Інший, не менш значущий підхід виділяє не тільки правову основу меж розсуду, а ще додає морально-правові аспекти цього виду правозастосовної діяльності. Подібні інтерпретації змісту правового розсуду мають право на існування, і оскаржувати їх наявність, на нашу думку, нерозумно. Однак єдиної думки серед науковців щодо характеру правового змісту меж правозастосовного розсуду немає, кожен обґрунтовує свою позицію, що не є позитивним для практики правозастосування.

Правовий розсуд виникає як природний процес, зумовлений функціонуванням права як соціального явища, що регламентує різноманітну систему суспільних відносин. Своєю чергою, право являє собою соціально-нормативну систему, сформовану в суспільстві для регулювання й охорони (дві юридичні функції права) наявних найважливіших суспільно значущих соціальних відносин. У цьому контексті право варто розглядати не тільки як певну систему встановлених або санкціонованих правил поведінки, тобто якихось абстрактних встановлень про те, «що можна і що не можна», а й дій (бездіяльності) суб'єкта в рамках реальних суспільних відносин відповідно до соціальних правил, в основі яких лежить встановлена суспільством заборона. Діяльність суб'єкта в рамках суспільних відносин оснований на свободі, окресленій соціально-нормативною системою<sup>27</sup>. У цьому сенсі правовий розсуд виникає тільки тоді, коли право виступає рівною для всіх мірою волі.

Правові норми, будучи єдиними масштабами (стандартами) людської діяльності, визначають межі вчинків людей, міру, рамки, обсяг їх можливої й належної поведінки<sup>28</sup>. У зв'язку із цим зазначимо, що свобода в цьому випадку не є безмежною. Вона має свої обмеження, межі, встановлені об'єктивним правом. І в цих межах суб'єкт права абсолютно вільний, саме в них він і здійснює свій розсуд.

Суб'єкт права, оцінюючи об'єктивну реальність (дійсне), вибирає на основі свободи варіант майбутньої поведінки, що або лежить у площині сформованого державою і суспільством правопорядку, або знаходиться за межами правового поля (юридично індиферентна поведінка). Якщо вибір майбутньої поведінки людини лежить у правовій площині, то на основі розсуду відбувається вибір правомірної або протиправної поведінки в майбутньому. Такий вибір завжди лежить у площині права, оскільки право є вирішальним критерієм оцінки людиною соціальної поведінки. На відміну від розсуду у праві, правовий розсуд завжди лежить у площині вибору лише правомірного виду поведінки. З огляду на наведені положення можна зробити висновок, що правовий розсуд завжди ґрунтується на правовій нормі і нею ж обмежується.

Обмеження правового розсуду є різновидом правових обмежень у механізмі правового регулювання суспільних відносин. Ці обмеження мають і матеріально-правовий, і процедурно-процесуальний правовий характер, що є ще одним підтвердженням єдності матеріальних і процесуальних меж правового розсуду. Правова межа розсуду як міра дозволеного варіанта поведінки суб'єкта є правомочністю особи вибрати один із наданих варіантів правомірної поведінки, тобто є однією з наданих нормою права можливостей такої поведінки. У зв'язку із цим правові межі розсуду є дозволеною правовою нормою правомочності суб'єкта вибрати один із наданих варіантів правомірної поведінки.

Водночас сам вибір правомірних варіантів поведінки лежить у площині суб'єктивних якостей і властивостей особистості, що дає змогу говорити не тільки про правові межі розсуду, але й межі психолого-моральні, які охоплюють особистісні якості суб'єкта (рівень правосвідомості та правової культури) і моральні критерії, що впливають на суб'єкт розсуду (фактори моральності, совісті тощо). Це означає, що психолого-моральні межі правового розсуду є зовнішніми детермінантами, що впливають на суб'єкта розсуду і зумовлені суб'єктивними особливостями особистості правозастосувача, рівнем його освіченості та соціалізації. Однак для правового обмеження розсуду мають значення тільки ті психолого-моральні обмеження, які виражаються у правових приписах, тому їх варто визначити як морально-правові межі розсуду.

Аналіз наведених концепцій меж правозастосовного розсуду дає змогу визнати, що види цих меж залежать від стадій процесу правового регулювання суспільних відносин: у правотворчості, реалізації норм права і державному примусі формуються правові межі правозастосовного розсуду, а на стадії інформаційного та ціннісного впливу правових приписів на суб'єктів відносин формуються морально-правові межі правозастосовного розсуду. Своєю чергою, правові межі правозастосовного розсуду поділяються на загальні межі та спеціальні матеріально-правові і процедурно-процесуальні межі. Морально-правові межі поділяються на правову свідомість і правову культуру суб'єкта правозастосування. Основою цього процесу є принципи верховенства права, справедливості, розсудливості, оперативності тощо.

<sup>1</sup> Цивільний кодекс України : Закон від 16 січня 2003 р. № 435-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

<sup>2</sup> Загальне адміністративне право : підруч. / І. С. Гриценко, Р. С. Мельник, А. А. Пухтецька та ін. ; за заг. ред. І. С. Гриценка. – К. : Юрінком Інтер, 2017. – С. 395.

<sup>3</sup> Семеній О. Ознаки адміністративного розсуду в діяльності суб'єктів публічної адміністрації / О. Семеній // Підприємництво, господарство і право. – 2017. – № 6. – С. 136.

<sup>4</sup> Тимошук В.П. Адміністративні акти: процедура прийняття та припинення дії : моногр. / В.П. Тимошук. – К. : Конус-Ю, 2010. – С. 212.

<sup>5</sup> Загальне адміністративне право : підруч. / І. С. Гриценко, Р. С. Мельник, А. А. Пухтецька та ін. ; за заг. ред. І. С. Гриценка. – К. : Юрінком Інтер, 2017. – С. 403.

<sup>6</sup> Див., наприклад: Ухвала Вищого адміністративного суду України від 20 вересня 2012 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://law.dt-kt.com/uhvala-vyshhogo-administrativnogo-sudu-ukrayiny-vid-20-09-2012-r-u-spravi-k-9991-43891-11/>

<sup>7</sup> Див., наприклад: Ухвала Вищого адміністративного суду України від 11 червня 2013 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.vasu.gov.ua/>

<sup>8</sup> Ткач Г.Й. Правова природа дискреційних повноважень органу виконавчої влади / Г.Й. Ткач // Державне управління: проблеми адміністративно-правової теорії і практики / за заг. ред. В.Б. Авер'янова. – К., 2003. – С. 124; Ткач Г.Й. Дискреційні повноваження та адміністративний розсуд у діяльності органів виконавчої влади / Г.Й. Ткач // Виконавча влада і адміністративне право / за заг. ред. В.Б. Авер'янова. – К., 2002. – С. 281.

<sup>9</sup> Селіванов А.О. Адміністративний процес в Україні: реальність і перспективи розвитку правових доктрин / А.О. Селіванов. – К. : Ін Юре, 2000. – 68 с.

<sup>10</sup> Коломоєць Т.О. Адміністративне право України. Академічний курс : підруч. / Т.О. Коломоєць. – К. : Юрінком Інтер, 2011. – С. 40.

<sup>11</sup> Барак А. Судейское усмотрение / А. Барак ; пер. с англ. ; науч. ред. В.А. Кикоть, Б.А. Страшун ; вступ. ст. М.В. Баглая. – М. : Норма, 1999. – 364 с.

<sup>12</sup> Там само. – С. 27.

<sup>13</sup> Там само. – С. 29–30.

<sup>14</sup> Ткач Г.Й. Дискреційні повноваження та адміністративний розсуд у діяльності органів виконавчої влади / Г.Й. Ткач // Виконавча влада і адміністративне право / за заг. ред. В.Б. Авер'янова. – К., 2002. – С. 281.

<sup>15</sup> Основи адміністративного судочинства та адміністративного права : навч. посіб. / за заг. ред. Р.О. Куйбіди, В.І. Шишкіна. – К. : Старий світ, 2006. – С. 167.

<sup>16</sup> Там само. – С. 41.

<sup>17</sup> Чабан В.П. Адміністративний розсуд у діяльності органів публічної адміністрації / В.П. Чабан, О.К. Волох // Науковий вісник Київського національного університету внутрішніх справ. – 2009. – № 3. – С. 31.

<sup>18</sup> Барак А. Вказана праця. – С. 32–33.

<sup>19</sup> Там само. – С. 35.

<sup>20</sup> Там само. – С. 39.

<sup>21</sup> Ермакова К.П. Правовые пределы судебного усмотрения / К.П. Ермакова // Журнал российского права. – 2010. – № 8 (164). – С. 50–58.

<sup>22</sup> Там само.

<sup>23</sup> Тихомиров Ю.А. Административное усмотрение и право / Ю.А. Тихомиров // Журнал российского права. – 2000. – № 4. – С. 77.

<sup>24</sup> Там само. – С. 79.

<sup>25</sup> Березин А.А. Пределы правоприменительного усмотрения : дисс. ... канд. юрид. наук / А.А. Березин. – Н. Новгород, 2007. – С. 66.

<sup>26</sup> Бойко Д.В. Законность и усмотрение в правоприменительной деятельности: вопросы теории : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / Д.В. Бойко. – Волгоград, 2011. – С. 24–34.

<sup>27</sup> Нерсесянц В.С. Философия права : учеб. для вузов / В.С. Нерсесянц. – М., 1997. – С. 22–28.

<sup>28</sup> Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. – М., 1997. – С. 239.

#### Резюме

##### **Стахура І.Б. Поняття і види меж адміністративного розсуду.**

У статті розглянуто особливості меж адміністративного розсуду та їх види у правозастосовній діяльності. Зазначено, що право на використання державним органом або посадовою особою адміністративного розсуду не є абсолютним і нічим не обмеженим. Адміністративно-правовий розсуд передбачає наявність певних меж його здійснення у правозастосовній діяльності. Встановлення меж адміністративного розсуду є важливою гарантією забезпечення законності в діяльності суб'єктів управління. Тому управлінське рішення не позбавляється властивості законності й обґрунтованості тільки на тій підставі, що посадова особа органу управління здійснює адміністративний розсуд як прийом виконання найбільш оптимального, доцільного, необхідного й соціально бажаного управлінського рішення.

**Ключові слова:** адміністративний розсуд, правозастосовна діяльність, законність, управлінське рішення, адміністративне судочинство.

#### Резюме

##### **Стахура І.Б. Понятие и виды пределов административного усмотрения.**

В статье рассмотрены особенности пределов административного усмотрения и их виды в правоприменительной деятельности. Указано, что право на использование государственным органом или должностным лицом административного усмотрения не является абсолютным и ничем не ограниченным. Административно-правовое усмотрение предполагает наличие определенных пределов его осуществления в правоприменительной деятельности. Установление пределов административного усмотрения является важной гарантией обеспечения законности в деятельности субъектов управления. Поэтому управленческое решение не лишается свойства законности и обоснованности только на том основании, что должностное лицо осуществляет административное усмотрение как прием выполнения наиболее оптимального, целесообразного, необходимого и социально желаемого управленческого решения.

**Ключевые слова:** административное усмотрение, правоприменительная деятельность, законность, управленческое решение, административное судопроизводство.

#### Summary

##### **Stakhura I. The concept and types of limits of administrative discretion.**

In the article features of limits of administrative discretion and their kinds in law enforcement activity are considered. It is indicated that the right to use administrative discretion by a public authority or official is not absolute and unlimited. Administrative and legal discretion contemplates the existence of certain limits of its implementation in law enforcement activities. Establishing the limits of administrative discretion is an important guarantee of ensuring legality in the activities of the subjects of administration. Therefore, the administrative decision is not deprived of the property of legality and validity only on the grounds that the official exercises administrative discretion as a way of fulfilment of the most optimal, appropriate, necessary and socially desirable administrative decision.

**Key words:** administrative discretion, law enforcement activities, legality, administrative decision, administrative legal proceedings.

**О.В. ШИНКАРУК, Ф.О. ІВАНОВ**

*Олександра Василівна Шинкарук, кандидат юридичних наук, доцент Національного університету біоресурсів і природокористування України*

*Філіп Олександрович Іванов, аспірант Національного університету біоресурсів і природокористування України*

## **СУБ'ЄКТИ АДМІНІСТРАТИВНО-ДЕЛІКТНИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ ВИКОРИСТАННЯ ТА ОХОРОНИ ПРИРОДНИХ РЕСУРСІВ**

Сьогодні відносини у сфері використання та охорони природних ресурсів є надзвичайно чутливими до протиправних проявів – незаконна вирубка лісу, видобуток бурштину, численні незаконні копанки на Донбасі тощо. Вказані дії вже в найближчому майбутньому можуть призвести до екологічної катастрофи, на межі якої Україна опинилася наразі. Єдиним дієвим механізмом є забезпечення накладення адміністративних санкцій на деліквентів, що буде носити як каральний, так і виховний характер у майбутньому. Однак попри наявність численного ряду органів, уповноважених притягати до адміністративної відповідальності, все ж немає єдиної думки щодо дефініції поняття «суб'єкт адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів».

Окремі проблеми адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів досліджувалися такими вченими, як: С.М. Балабан, В.В. Денисенко, В.М. Єрмоленко, Е.А. Зінь, В.В. Коваленко, В.К. Колпаков, С.В. Петков, С.Д. Подлінув, М.А. Самбор, О.В. Стукаленко, О.І. Харитонova, О.П. Шем'яков, М.В. Шиленко, О.В. Шинкарук, Є.В. Шульга та інші. Однак дослідженню поняття суб'єктів адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів належної уваги приділено не було.

**Мета статті** – на основі теоретичних напрацювань вчених та аналізу відповідних нормативно-правових актів налагодити дефініційно-категоріальний апарат, зокрема поняття суб'єктів адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів.

З огляду на те, що суб'єкт адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів належить до більш широкої категорії «суб'єкт адміністративного права», «суб'єкт права» та «суб'єкт правовідносин», а отже, логічним буде його дослідження крізь призму вказаних правових категорій.

На думку М.М. Ейдельберга, основною ознакою, за якою можна провести розмежування між категоріями «суб'єкти права» та «суб'єкти правовідносин», є: по-перше, можливість брати участь у різних правовідносинах, що характерно для суб'єкта права; по-друге, реальна участь у правовідносинах, що характерно для суб'єктів (учасників) правовідносин. Отже, найбільший рівень абстрактності з названих категорій має поняття «суб'єкти права». Суб'єкти права виступають як особи, що мають правосуб'єктність. Іншими словами, це громадяни, організації, громадські об'єднання, які можуть бути носіями юридичних прав та обов'язків, а відтак, брати участь у правовідносинах. Суб'єкт права має потенційну можливість вступати у правовідносини, для чого він наділяється об'єктивним правом відповідною правосуб'єктністю<sup>1,2</sup>.

З цього слідує, що суб'єктами адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів можуть бути громадяни, організації, громадські об'єднання, але тільки у тому випадку, якщо вони безпосередньо вступили у відповідні правовідносини та наділені правосуб'єктністю. Проте додамо, що наведений перелік не є вичерпним.

За переконаннями В.В. Коваленка, суб'єкти адміністративного права – це учасники суспільних відносин, які мають суб'єктивні права та виконують юридичні (суб'єктивні) обов'язки, встановлені адміністративно-правовими нормами. Якщо суб'єкт адміністративних правовідносин – це фактичний носій правових зв'язків, тобто він обов'язково в них бере реальну участь, то суб'єкт адміністративного права є, так би мовити, претендентом на цю участь. Але для того, щоб визнаватися таким претендентом, відповідна особа має бути потенційно здатним носієм суб'єктивних прав і обов'язків. Така потенційна здатність суб'єкта визначається як адміністративна правосуб'єктність. Суб'єктами адміністративного права є громадяни, іноземці, особи без громадянства. Причому правове становище суб'єктів однієї категорії неоднакове<sup>3</sup>.

Тобто, для суб'єктів адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів обов'язковою ознакою є їх реальна участь в правових зв'язках.

Також існує думка, що суб'єкт адміністративного права – це юридична чи фізична особа, що є носієм прав і обов'язків у сфері державного управління, передбачених адміністративно-правовими нормами, та має здатність надані права реалізовувати, а покладені обов'язки виконувати<sup>4</sup>.



Таким чином, виходячи із аналізу теоретичних напрацювань у сфері дефініції категорії «суб'єкт», цілком логічним буде висновок про те, що суб'єкти адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів – це реальні учасники правових зв'язків, що безпосередньо вступили у відповідні правовідносини (під час посягання на встановлений порядок охорони та використання всіх існуючих вичерпних компонентів навколишнього середовища, основним призначенням яких з матеріальної точки зору є забезпечення необхідними благами суспільства) та наділені правосуб'єктністю.

Правосуб'єктністю в аналізованій нами сфері можуть бути наділені індивідуальні й колективні учасники правовідносин, які за своєю суттю є не рівними між собою, що зумовлено їх розпорядчими та організаційно-виконавчими функціями.

На нашу думку, правосуб'єктність суб'єктів адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів це сукупність у реальних учасників правових зв'язків, що безпосередньо вступили у відповідні правовідносини (під час посягання на встановлений порядок охорони та використання всіх існуючих вичерпних компонентів навколишнього середовища, основне призначення яких з матеріальної точки зору – забезпечення необхідними благами суспільства) меж правової здатності здійснення певних дій (утримання від них), які кореспондуються владними приписами та мають різний комплекс прав та обов'язків залежно від їх обсягу та ряду зовнішніх чинників.

Виходячи із наведеного вище, слідує, що суб'єктами адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів можуть бути усі можливі реальні учасники правових зв'язків, які пов'язані із вчиненням адміністративного делікту в цій сфері, а також ті, що пов'язані з процесом притягнення винних до адміністративної відповідальності.

Оскільки адміністративний делікт у сфері використання та охорони природних ресурсів можна віднести до категорії екологічних проступків, то слід зазначити, що суб'єктами в цій сфері можуть бути як окремі громадяни і посадові особи, так і підприємства, установи і організації – юридичні особи. Деліквентами в екологічній сфері, окрім того, суб'єктами, можуть бути і державні органи управління чи органи місцевого самоврядування, які, наприклад, незаконно розпоряджаються природними ресурсами, що порушують встановлений порядок передачі природних ресурсів у власність або надання їх у користування. При цьому в даному випадку суб'єктами екологічних правопорушень є фізичні і юридичні особи, які не обов'язково є власниками природних ресурсів чи природокористувачами або взагалі носіями екологічних прав. Проступки в екологічній сфері можливі, наприклад, з боку проектних організацій, які розробляють проекти розташування й будівництва об'єктів, містобудівну документацію тощо. В окремих випадках юридичну відповідальність несуть як вітчизняні, так і іноземні фізичні та юридичні особи. До суб'єктів екологічних правопорушень належать і створені в Україні спільні підприємства, міжнародні об'єднання, організації, фірми тощо<sup>5</sup>. Зважаючи на це, першу групу суб'єктів адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів становлять правопорушники, якими можуть бути фізичні і юридичні особи (як власники та користувачі, так і ні), державні органи, органи місцевого самоврядування, посадові особи, іноземці, особи без громадянства, громадські об'єднання, міжнародні установи та інші.

Громадянин як суб'єкт екологічних проступків повинен бути дієздатним, а отже, має досягти 16-річного віку на момент вчинення неправомірних дій та бути спроможним відповідати за свої вчинки. Обов'язковою ознакою екологічних правопорушень є причинний зв'язок між протиправними діями (або бездіяльністю) і наслідками, що настали (наприклад, завданими збитками або реальною загрозою їх заподіяння). При відсутності такого зв'язку сам факт заподіяння збитків природному середовищу в цілому або окремим його компонентам не можна визнати правопорушенням, вчиненим конкретною особою.

Суб'єктами адміністративної відповідальності за екологічні правопорушення відповідно до КУпАП є тільки фізичні особи – громадяни України, іноземні громадяни, особи без громадянства та посадові особи, наділені адміністративною дієздатністю<sup>6</sup>.

С.В. Матчук та Т.В. Кріпостна вказують, що в юридичній літературі дискусійним є питання про адміністративну відповідальність юридичних осіб. Помітною при цьому є тенденція від повного заперечення такої відповідальності до її повного визнання. По суті, економічні та інші санкції, що застосовуються до юридичних осіб за порушення екологічного та природоресурсного законодавства, за своєю правовою природою є заходами адміністративної відповідальності. Адміністративні санкції до юридичних осіб нині передбачені багатьма Законами України: «Про ветеринарну медицину», «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення», «Про виключну (морську) економічну зону» та іншими. Наприклад, відповідно до Закону України «Про виключну (морську) економічну зону» юридичні особи несуть відповідальність за незаконну промислову діяльність (ст. 22), порушення правил безпечної експлуатації споруд (ст. 23), незаконну експлуатацію природних ресурсів (ст. 24), незаконне ведення морських наукових досліджень (ст. 25), забруднення морського середовища (ст. 26)<sup>7</sup>. Попри те, що законодавець у цьому випадку не називає відповідальність юридичних осіб адміністративною, вона за всіма ознаками є саме такою, оскільки за відповідні правопорушення на юридичних осіб накладаються адміністративні санкції – штрафи, конфіскація засобів і знярядь, із застосуванням яких вчинено правопорушення, конфіскація незаконно добутих природних ресурсів.

А ось щодо підприємств, як правопорушників у цій сфері, С.І. Бай та І.А. Римар вважають, що екологічна відповідальність підприємства означає відповідальність підприємства перед суспільством, нинішнім та майбутнім поколінням людей, перед кожною конкретною людиною. Найбільш розповсюдженими практиками екологічної відповідальності підприємств в українському середовищі та світі є використання альтернативних

джерел енергії; контроль кількості відходів та викидів; ефективне використання природних ресурсів та енергії; участь у програмах безпеки навколишнього середовища; інформаційна робота серед персоналу та населення; моніторинг впливу на довкілля; відмова від діяльності, шкідливої для довкілля; використання та поширення «зелених» технологій; уникнення використання генетично модифікованих організмів; зменшення пакування; сертифікація продукції та органічне маркування. Останнім часом актуальним стає питання екологічної відповідальності не лише промислових підприємств та сільського господарств, а й підприємств торгівлі<sup>8</sup>.

Таким чином, «активними» суб'єктами адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів є промислові, сільськогосподарські підприємства і підприємства торгівлі. У зв'язку з цим виникає закономірна необхідність закріплення законодавчих підстав притягнення їх до адміністративної відповідальності за вчинення адміністративного делікту в сфері використання та охорони природних ресурсів.

Більше того, як переконує В.М. Савінова, одним із найскладніших завдань підприємництва є збереження балансу між зростаючими потребами підприємців і необхідністю мінімізувати шкідливий вплив наслідків їх діяльності на навколишнє середовище. Основним принципом діяльності сучасних підприємців має стати принцип екологічної відповідальності. Зважаючи на актуальність, вона вважає за доцільне визначити та закріпити на законодавчому рівні принцип екологічної відповідальності підприємництва як спеціальний принцип господарського права. Законодавчо визнана концепція екологічної відповідальності підприємців України має з часом перетворитися з системи примусових заходів (штраф, відшкодування збитків) на моральні зобов'язання підприємців. Забезпечення стабільного розвитку суспільства у сучасних умовах вимагає формування теоретико-методологічних, інформаційних та практичних принципів ефективного функціонування екологічно орієнтованого підприємництва. Реалізація цих принципів буде сприяти вирішенню питань раціонального використання природних ресурсів, покращенню екологічної, матеріальної і духовної якості життя громадян, підвищенню екологічної безпеки. Лише поєднання екологічних, національних, економічних та соціологічних інтересів суспільства і держави надасть можливість гармонійного розвитку суспільства<sup>9</sup>.

Законом України «Про охорону навколишнього природного середовища» передбачено, що місцеві ради несуть відповідальність за стан навколишнього природного середовища на своїй території і в межах своєї компетенції. Відповідно, правопорушниками в цій сфері вони будуть, якщо не виконали чи неналежним чином не виконали: реалізацію екологічної політики України, екологічних прав громадян; не дали згоду на розміщення на своїй території підприємств, установ і організацій у порядку, визначеному законом; та інші<sup>10</sup>. Проте для місцевих рад та посадових осіб найбільш розповсюдженою є застосування дисциплінарної відповідальності в цій сфері.

Хоча адміністративно-деліктне відношення функціонує на двосторонній основі, його учасники не в рівному становищі: один суб'єкт наділений функцією веління від імені держави стосовно до іншого, а зобов'язаний суб'єкт підпорядкований велінню управомоченого, право якого складається із влади та домагання на повагу до цієї влади<sup>11</sup>. Тому особливостями адміністративно-деліктних відносин є нерівність сторін, що зумовлено участю у цих правовідносинах органів влади та управління. Це також притаманно й іншим адміністративним правовідносинам. Вказаний вид правовідносин не повинен характеризуватися вихідною нерівністю сторін, зокрема такою, коли сторона владних повноважень має значні за обсягом переваги порівняно з іншою стороною. Особливо гостро вказане питання постає, коли орган влади поєднує у собі права декількох учасників, а саме сторони, яка відстоює винуватість, а також приймає рішення про винність або невинність можливого порушника<sup>12</sup>.

Тому іншу групу суб'єктів адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів становлять суб'єкти владних повноважень у цій сфері, що є реальними учасниками даних правовідносин з моменту вчинення будь-яким правопорушником адміністративного делікту в цій сфері<sup>13</sup>.

У сфері використання та охорони природних ресурсів є своя публічна адміністрація, яка, на нашу думку, є сукупністю органів державної виконавчої влади та виконавчих органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій та інших суб'єктів, задіяних у взаємодії із суспільством з метою охорони всіх існуючих вичерпних компонентів навколишнього середовища, основним призначенням яких з матеріальної точки зору є забезпечення необхідними благами суспільство через безпосередню розумову та фізичну діяльність конкретних людей, задіяних у їх використанні та контролю за їх раціональним використанням.

З огляду на це суб'єктами адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів є конкретні суб'єкти публічної адміністрації у сфері використання та охорони природних ресурсів, які задіяні в притягненні до адміністративної відповідальності правопорушників за вчинення адміністративного делікту в цій сфері.

Виходячи із аналізу теоретичних напрацювань щодо дефініції категорії «суб'єкт», цілком логічним буде висновок про те, що суб'єкти адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів – це реальні учасники правових зв'язків, які пов'язані із вчиненням адміністративного делікту в сфері використання та охорони природних ресурсів, а також ті, що пов'язані з процесом притягнення винних до адміністративної відповідальності, які безпосередньо вступили в дані правовідносини (під час посягання на встановлений порядок охорони та використання всіх існуючих вичерпних компонентів навколишнього середовища, основним призначенням яких з матеріальної точки зору є забезпечення необхідними благами суспільства) та наділені правосуб'єктністю. До суб'єктів слід віднести, з одного боку, фізичних та юри-

дичних осіб, в окремих випадках – органи державної влади, і, з другого боку, суб'єктів владних повноважень, що здійснюють накладення адміністративних стягнень.

<sup>1</sup> Шуба В.В. Адміністративно-правові відносини в діяльності органів прокуратури України: загальнотеоретичні аспекти: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Володимир Васильович Шуба; Дніпропетровськ. держ. ун-т внутр. справ. – Д., 2006. – С. 81. – 200 с.

<sup>2</sup> Ейдельберг М.М. Суб'єкти адміністративно-правових відносин з приводу володіння земельною ділянкою / М.М. Ейдельберг // Форум права. – 2010. – № 2. – С. 146. – С. 145–150.

<sup>3</sup> Курс адміністративного права України: підруч. / В.К. Колпаков, О.В. Кузьменко, І.Д. Пастух, В.Д. Сущенко та ін. / за ред. В.В. Коваленка. – К.: Юрінком Інтер, 2012. – 808 с.

<sup>4</sup> Суб'єкти адміністративно-правових відносин: IGROUPTEAMSITE : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://sites.google.com/site/>

<sup>5</sup> Екологічне право України: підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / за ред. А. П. Гетьмана та М. В. Шульги. – Х.: Право, 2009. – 328 с.

<sup>6</sup> Матчук С.В. Адміністративно-правова відповідальність за екологічні правопорушення / С.В. Матчук, Т.В. Кріпостна // Юридична наука. – 2015. – № 7. – С. 48. – С. 46–51.

<sup>7</sup> Про виключну (морську) економічну зону: Закон України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>

<sup>8</sup> Бай С.І. Екологічна відповідальність підприємств торгівлі / С.І. Бай, І.А. Римар // Управління проектами, системний аналіз і логістика. – 2011. – Вип. 8. – С. 250. – С. 248–251. – (Технічна серія).

<sup>9</sup> Савінова В.М. Екологічна відповідальність підприємництва / В.М. Савінова // Молодий вчений. – 2015. – № 2 (3). – С. 198. – С. 195–198.

<sup>10</sup> Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України : [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua>

<sup>11</sup> Коваль Л.В. Административно-деликтное отношение / Л.В. Коваль. – К.: Вища школа, 1979. – С. 41. – 231 с.

<sup>12</sup> Самбор М.А. Адміністративно-деліктні правовідносини: окремі погляди на поняття та зміст / М.А. Самбор // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2014. – № 6. – С. 39. – С. 36–42.

<sup>13</sup> Шинкарук О.В. Окремі аспекти класифікації суб'єктів адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів / О.В. Шинкарук, Ф.О. Іванов // Часопис Київського університету права. – 2017. – Вип. 4. – С. 108–112.

#### Резюме

#### **Шинкарук О.В., Іванов Ф.О. Суб'єкти адміністративно-деліктних відносин у сфері використання та охорони природних ресурсів.**

У даній статті здійснюється спроба налагодження дефініційно-категорійного апарату, зокрема правової категорії «суб'єкт адміністративно-деліктних відносин» через виділення ознак, притаманних даному явищу. Аналіз вказаної категорії здійснюється крізь призму категорій «суб'єкт адміністративних правовідносин» та «суб'єкт правовідносин». Робиться висновок, що це реальні учасники правових зв'язків, які пов'язані із вчиненням адміністративного делікту в цій сфері, а також ті, що пов'язані з процесом притягнення винних до адміністративної відповідальності, які безпосередньо вступили в дані правовідносини (під час посягання на встановлений порядок охорони та використання всіх існуючих вичерпних компонентів навколишнього середовища, основним призначенням яких з матеріальної точки зору є забезпечення необхідними благами суспільства) та наділені правосуб'єктністю.

**Ключові слова:** адміністративно-деліктні відносини, суб'єкт адміністративно-деліктних відносин, адміністративний делікт у сфері використання та охорони природних ресурсів, використання та охорона природних ресурсів.

#### Резюме

#### **Шинкарук А.В., Иванов Ф.А. Субъекты административно-деликтных отношений в сфере использования и охраны природных ресурсов.**

В данной статье осуществляется попытка налаживания категориального аппарата, в частности правовой категории «субъект административно-деликтных отношений» посредством выделения признаков, присущих данному явлению. Анализ указанной категории осуществляется через призму категорий «субъект административных правоотношений» и «субъект правоотношений». Делается вывод, что это реальные участники правовых связей, которые связаны с совершением административного деликта в этой сфере, а также те, что связаны с процессом привлечения виновных к административной ответственности, что непосредственно вступили в данные правоотношения (во время посягательства на установленный порядок охраны и использования всех существующих исчерпывающих компонентов окружающей среды, основное назначение которых с материальной точки зрения – обеспечение необходимыми благами общества) и наделенные правосубъектностью.

**Ключевые слова:** административно-деликтные отношения, субъект административно-деликтных отношений, административный деликт в сфере использования и охраны природных ресурсов, использования и охрана природных ресурсов.

#### Summary

#### **Shynkaruk O., Ivanov F. Subjects of administrative and tort relations in the sphere of natural resources use and protection.**

In this article an attempt has been made to establish a definitive categorical apparatus, in particular the legal category “subject of administrative and tort relations” by the allocation of features inherent in this phenomenon. The analysis of the mentioned category has been carried out through the prism of the categories “subject of administrative legal relations” and “subject of legal relations”, and it has been concluded they are concrete participants of legal relationships connected with the commission of an administrative delict in this sphere, as well as with the process of bringing the delinquents to the administrative proceedings that directly entered into legal relations

(during the encroachment on the established order of all existing depleting environmental components use and protection, the main purpose of which from the material standpoint is to provide society with all necessary benefits) and be conferred with legal personality.

**Key words:** administrative and tort relations, subject of administrative and tort relations, administrative delict in the sphere of natural resources use and protection, natural resources use and protection.

УДК 341.64

**І.В. ВЛАДИМИРЕНКО**

*Ігор Вячеславович Владимиренко, здобувач Між-регіональної академії управління персоналом*

## **НОРМОТВОРЧЕ ПРОВАДЖЕННЯ ЯК ЗАСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ТА СВОБОД ЛЮДИНИ**

Взаємовідносини держави з громадянами і насамперед нормотворча діяльність, судовий контроль здійснюються шляхом затвердження відповідних процедур (адміністративних проваджень). В Україні напрацьовано певну систему адміністративно-правових процедур як у сфері управління, так і в галузі адміністративної юстиції, судового контролю. Разом із тим актуальними є проблеми їх систематизації та більш широкого запровадження в практику діяльності.

Питанням адміністративного судочинства, у тому числі його принципам, присвячено публікації провідних науковців: В.Б. Авер'янова, Н.В. Александрової, Б.М. Бабія, В.П. Базова, М.Т. Гаврильціва, В.М. Денисова, Н.Ю. Задираки, С.А. Каміонського, О.В. Кузьменко, М.В. Коваліва, В.В. Копейчикова, А.М. Колодія, Р.О. Куйбіди, В.К. Матвійчука, О.М. Пасенюка, В.Г. Перепелюка, П.М. Рабіновича, І.Б. Стахури, В.Е. Теліпка, І.О. Хар, О.І. Харитонової, Ю.С. Шемшученка та ін. Водночас вищезазначені проблеми не одержали свого вирішення. Виходячи з цього, проведено подальше спеціальне дослідження відповідних відносин з використанням комплексного, системного підходу.

**Метою** статті є формування поняття і систематизація адміністративних процедур (проваджень), виділення основних їх видів та розробка концептуального підходу до визначення ролі цих проваджень у забезпеченні прав та свобод людини.

Розвиток як у міжнародно-правовому в цілому, так і в окремих країнах різноманітних правових процедур в управлінні, за допомогою яких реалізуються державна влада, взаємовідносини людей з владою, а також численні форми правового контролю (особливо судового) за діяльністю органів державного управління набуває величезного значення. Ступінь розвитку, якості юридичної регламентації зазначених процедур, особливо нормотворчої діяльності, судового контролю, адміністративної юстиції, пов'язана з розвиненістю таких феноменів, як правова держава, пріоритетність інституту прав та свобод людини, верховенства права<sup>1</sup>.

Якщо у періоди Античності та Середньовіччя ідея якості юридичної регламентації процедур взаємодії людей з владою, забезпечення прав та свобод людини розглядалася як конкурентна до гіпотези про те, що найкращою формою державного правління є правління благонадійного диктатора<sup>2</sup>, то вже Аристотель (384–322 рр. до н.е.), розглядаючи питання, що краще для володаря: правити на власний розсуд або відповідно до права, обстоював останню альтернативу, що безпосередньо пов'язана з пріоритетністю верховенства права. Він змістовно обґрунтував необхідність правління відповідно до права, а отже, і до правових процедур, виключення саморозсуду. Тобто, у більшості своїй розуміння верховенства права зводилося до ототожнення цього принципу з благодійністю правителя.

Оцінюючи ступінь розвитку концепції пріоритетності прав і свобод людини, що містяться у творах давньогрецьких і давньоримських мислителів (Аристотель, Сенека, Цицерон) та релігійних діячів і філософів доби Середньовіччя (Ф. Аквінський), П.М. Рабинович зазначав, що ця концепція інтерпретувалася ними у найширшому її розумінні, тобто як визнання необхідності підпорядкування «позитивного» (встановленого чи затвердженого державними органами) права «непозитивному» (негативному). Під останнім розуміються природні права людини, потреби людської природи, вимоги розуму, моралі тощо<sup>3</sup>. Цю ж концепцію поділяє і С.П. Головатий: «верховенство права – це ідея виключно природного права, доктрини природного права, тобто – ідея, яка виникла на визнанні одного факту: людина як істота природи з'являється на світ з певними правами і свободами, яких їй ніхто не дає і ніхто не має права від неї відібрати. І ці права та свободи називаються основоположними, які є невідчужуваними»<sup>4</sup>. А саме з такого роду концепції випливає і обґрунтування необхідності розробки системи управлінських і контрольних проваджень.

Розглянемо наступні питання: 1) що таке адміністративне провадження і їх види; 2) які провадження можна віднести до основних; 3) які критерії розвиненості адміністративних проваджень.

Щодо поняття адміністративного провадження, то в юридичній літературі стосовно адміністративно-правових відносин вживаються, нерідко як синоніми, терміни: «адміністративне провадження», «адміністративний процес» та «адміністративна процедура». Так, Е.Ф. Демський пропонує визначати адміністративну

процедуру як встановлений нормами адміністративно-процесуального права порядок діяльності суб'єктів правовідносин щодо реалізації нормативно-правового регулювання у сфері державного управління та розгляду й вирішення конкретних адміністративних справ<sup>5</sup>. О.В. Кузьменко, багато праць якої присвячено тематиці щодо адміністративного процесу та адміністративних процедур, також неодноразово досліджує співвідношення цих понять<sup>6</sup>. Вона вважає, що адміністративна процедура – це встановлений адміністративно-процесуальними нормами порядок діяльності уповноважених суб'єктів щодо розгляду й вирішення індивідуально-конкретних справ.

У проєкті Адміністративно-процедурного кодексу України (далі – АПКУ) запропоновано такі визначення:

1) адміністративна процедура – визначений законодавством порядок адміністративного провадження;

2) адміністративне провадження – сукупність послідовно здійснюваних адміністративним органом процедурних дій і прийнятих процедурних рішень з розгляду та вирішення адміністративної справи, що завершується прийняттям адміністративного акта і його зверненням до виконання<sup>7</sup>.

Виходячи із загальноприйнятого використання поняття, наданого в Толковому словарі Володимира Даля (термін «процедура» визначається як «всякое длительное последовательное дело, порядок»). Щодо терміна «процес», то в цьому ж словнику воно ототожнюється із поняттям «процедура»<sup>8</sup>), у «Большой советской энциклопедии» (не наводиться визначення терміна «процедура», однак надано таке визначення терміна «процес» (походить від латинського *processus* – продвижение): 1) последовательная смена состояний стадий развития; 2) совокупность последовательных действий для достижения какого-либо результата<sup>9</sup>, а також у «Новому тлумачному словнику української мови» (процедура визначається як офіційно встановлений чи узвичаєний порядок здійснення, виконання або оформлення чого-небудь<sup>10</sup>) – можна погодитися з тим, що терміни «адміністративне провадження» та «адміністративна процедура» можна вживати як синоніми.

Водночас поняття «адміністративний процес» доцільно розглядати у двох значеннях – у вузькому і широкому. У вузькому дане поняття можна інтерпретувати як порядок розгляду і вирішення тих чи інших справ, а у широкому значенні, як зазначається у підручниках з адміністративного права<sup>11</sup>, – це врегульована адміністративно-процесуальними нормами діяльність уповноважених суб'єктів, спрямована на реалізацію норм відповідних матеріальних галузей права в ході розгляду і вирішення індивідуально визначених справ.

Отже, адміністративне провадження являє собою систему (процесуальних) норм, що регламентують порядок діяльності уповноважених суб'єктів щодо здійснення того чи іншого процесу або розгляду й вирішення індивідуально конкретних справ. Адміністративне провадження можна визначити і як порядок здійснення судочинства в адміністративних судах – адміністративне судочинство.

Щодо видів адміністративного провадження, то можна виділити нормотворче провадження, реєстраційні, ліцензійні, дозвільні провадження, провадження за скаргами фізичних та юридичних осіб, провадження у справах про адміністративні правопорушення (проступки), адміністративне судочинство, заохочувальні провадження тощо.

Основними видами адміністративних проваджень ми вважаємо нормотворче провадження та адміністративне судочинство. Під нормотворчим провадженням розуміється система (процесуальних) норм, що регламентують порядок діяльності уповноважених суб'єктів стосовно здійснення того чи іншого процесу підготовки й прийняття нормативно-правових актів різного рівня (починаючи від законопроектів та постанов Верховної Ради України, постанов і розпоряджень Кабінету Міністрів України і закінчуючи відомчими актами (наказами, інструкціями та іншими актами міністерств, державних служб, інспекцій, агентств)), рішеннями органів місцевого самоврядування, місцевих державних адміністрацій, а також локальними актами (накази, положення, правила) керівників державних підприємств, установ та організацій.

Доцільність віднесення нормотворчого провадження до числа основних зумовлюється важливістю юридичних актів у життєдіяльності суспільства, окремих її сфер. Регламентація, упорядкування відповідної процедури, введення її у чіткі процесуальні рамки слугує важливою гарантією ефективності й законності підзаконних актів, а отже, і забезпечення верховенства права, прав та свобод людини.

Нормотворчі провадження опосередковуються відповідними правовими актами. Це насамперед Закон України від 10 лютого 2010 р. № 1861-V «Про Регламент Верховної Ради України» (коли йдеться про підготовку законопроектів та постанов Верховної Ради України)<sup>12</sup>, а також Закон України від 11 вересня 2003 р. № 1160-IV «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності»<sup>13</sup>. Крім того, діють Правила підготовки проєктів актів Кабінету Міністрів України, затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 6 вересня 2005 р. № 870<sup>14</sup>, Закони України «Про Кабінет Міністрів України» від 10 жовтня 2010 р., «Про центральні органи виконавчої влади» від 17 березня 2011 р.; Укази Президента України «Про Єдиний державний реєстр нормативних актів» від 27 червня 1996 р., «Про опублікування актів законодавства України в інформаційному бюлетені «Офіційний вісник України»; Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств, інших органів виконавчої влади, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 28 грудня 1992 р., та Порядок ведення Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів та користування ним, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 23 квітня 2001 р. тощо.

Найважливішим документом, що регулює нормотворчий процес, залишається Закон України «Про засади державної регуляторної політики...». Держава організовує процес регуляторної діяльності, приймаючи відповідні нормативно-правові акти, інструктивно-методичні матеріали та наділяючи органи державної влади, місцевого самоврядування та різноманітні організації відповідними обов'язками щодо здійснення регуляторної діяльності, контролює цю діяльність. Зазначені функції, виконувани державою щодо регуляторної

діяльності, утворюють самостійний напрям державної політики в сфері господарювання – регуляторну політику. «Державна регуляторна політика у сфері господарської діяльності, – як зазначено у згаданому Законі, – це напрям державної політики, спрямований на вдосконалення правового регулювання господарських відносин, а також адміністративних відносин між регуляторними органами або іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання, недопущення прийняття економічно недоцільних та неефективних регуляторних актів, зменшення втручання держави у діяльність суб'єктів господарювання та усунення перешкод для розвитку господарської діяльності, що здійснюється в межах, у порядку та у спосіб, що встановлені Конституцією та законами України».

Зазначений напрям державної політики знаменував, по суті, реформування всієї системи правового регулювання в галузі економіки – введення регуляторної реформи.

Якість результату будь-якої діяльності забезпечується якістю організації її процесу, а Закон України «Про засади державної регуляторної політики...» присвячений організації здійснення регуляторної діяльності – процесу прийняття правових актів та відстеження за їх ефективністю тощо. Означений Закон акцентує увагу не на самих результатах цієї діяльності (правових актах), а на виконанні певних процедур у процесі її здійснення. Це аналіз регуляторного впливу правового акта, оприлюднення його проекту, погодження із спеціально уповноваженим органом або його відповідним територіальним органом, а також відстеження результативності та перегляд регуляторних актів. Результатом регуляторної діяльності (об'єктом регуляторної політики) є не будь-яке урегулювання правовими актами, а лише ефективне урегулювання. Адже за Законом України «Про засади державної регуляторної політики...», яким встановлено вимоги до цих актів шляхом визначення принципів державної регуляторної політики (принципів вдосконалення правового регулювання господарських та відповідних адміністративних відносин), є: «доцільність – обґрунтована необхідність державного регулювання господарських відносин з метою вирішення існуючої проблеми; адекватність – відповідність форм та рівня державного регулювання господарських відносин потреби у вирішенні існуючої проблеми та ринковим вимогам з урахуванням усіх прийнятних альтернатив; ефективність – забезпечення досягнення внаслідок дії регуляторного акта максимально можливих позитивних результатів за рахунок мінімально необхідних витрат ресурсів суб'єктів господарювання, громадян та держави; збалансованість – забезпечення у регуляторній діяльності балансу інтересів суб'єктів господарювання, громадян та держави; передбачуваність – послідовність регуляторної діяльності, відповідність її цілям державної політики, а також планам з підготовки проектів регуляторних актів, що дозволяє суб'єктам господарювання здійснювати планування їхньої діяльності; прозорість та врахування громадської думки – відкритість для фізичних та юридичних осіб, їх об'єднань дій регуляторних органів на всіх етапах їх регуляторної діяльності, обов'язковий розгляд регуляторними органами ініціатив, зауважень та пропозицій, наданих у встановленому законом порядку фізичними та юридичними особами, їх об'єднаннями, обов'язковість і своєчасність доведення прийнятих регуляторних актів до відома фізичних та юридичних осіб, їх об'єднань, інформування громадськості про здійснення регуляторної діяльності».

Відповідність вказаним принципам регуляторної політики забезпечується саме за допомогою регламентації процесів правотворення і правозастосування (нормотворчого провадження) – шляхом виділення спеціальних процедур, що повинні виконуватися регуляторним органом при здійсненні цих процесів. Забезпечення здійснення державної регуляторної політики, говориться в ст. 5 вищезазначеного Закону, включає: встановлення єдиного підходу до підготовки аналізу регуляторного впливу та до здійснення відстеження результативності регуляторних актів; підготовку аналізу регуляторного впливу; планування діяльності з підготовки проектів регуляторних актів та ін.

Серед етапів процесу нормотворчої діяльності є й такі, які безпосередньо спрямовані на забезпечення прав громадян – залучення широкої громадськості до процесу нормотворення. Це етапи: оприлюднення проектів регуляторних актів з метою одержання зауважень і пропозицій від фізичних та юридичних осіб, їх об'єднань, а також відкриті обговорення за участю представників громадськості питань, пов'язаних з регуляторною діяльністю; відстеження результативності регуляторних актів (цей етап також припускає врахування громадської думки, зауважень і пропозицій громадян); перегляд регуляторних актів (також з урахуванням зауважень і пропозицій громадськості); систематизацію регуляторних актів; недопущення прийняття регуляторних актів, які є непослідовними або не узгоджуються чи дублюють діючі регуляторні акти; викладення положень регуляторного акта у спосіб, який є доступним та однозначним для розуміння особами, які повинні впроваджувати або виконувати вимоги цього регуляторного акта; оприлюднення інформації про здійснення регуляторної діяльності<sup>15</sup>.

Таким чином, ми підійшли до відповіді на третє поставлене питання: які критерії розвиненості системи адміністративних проваджень, зокрема, нормотворчого провадження. На нашу думку, критеріями якості нормотворчого провадження є такі показники, як спрямованість адміністративних проваджень на забезпечення прав людини, повнота цих проваджень, їх дотримання тощо.

Щодо проблем нормотворчого провадження, то публічна адміністрація встановлює власні правила підготовки своїх відомчих актів, що, безумовно, ускладнює системне функціонування органів управління і тягне порушення конституційних прав, свобод та інтересів громадян. Безсистемність нормотворчого провадження обумовлюється передусім відсутністю наукового обґрунтування єдиної концепції побудови та розвитку нормотворчого провадження. Це впливає на якість регуляторних актів, а практика й досі не виробила єдиного підходу до вирішення цих процесуальних проблем.

Підбиваючи підсумки розглянутому, зазначимо, що з прийняттям Закону «Про засади державної регуляторної політики...» вперше на законодавчому рівні закріплюються вимоги до змісту відповідних правових актів, а також фактично визнається, що якість державної політики (державного управління, правових актів) залежить від якості процесу її здійснення – технології нормотворчого провадження і правозастосування.

Водночас, на жаль, можливості цього потенційно потужного Закону в галузі побудови бажаної системи українського законодавства використовуються на практиці не повною мірою.

<sup>1</sup> Головатий С. Верховенство права: моногр.: у 3 кн. / С. Головатий. – К.: Вид-во «Фенікс», 2006. – LXIV; 1747 с. – С. 90.

<sup>2</sup> Пухтецька А. Еволюція доктринального тлумачення принципу верховенства права: від зарубіжної доктрини до вітчизняного праворозуміння / А. Пухтецька // Юридичний журнал. – 2007. – № 4. – С. 12–17.

<sup>3</sup> Рабінович П.М. Верховенство права / П.М. Рабінович // Юридична енциклопедія. – К., 1998. – Т. 1. – С. 341–342.

<sup>4</sup> Головатий С.П. Верховенство права: юридичний принцип, який в Україні офіційно визнано та який має діяти / С.П. Головатий // Українське право: Матеріали міжнародної конференції «Верховенство права: питання теорії та практики». – 2006. – № 1. – С. 13–14; С. 85–90.

<sup>5</sup> Демський Е.Ф. Адміністративне процесуальне право України: навч. посіб. / Е.Ф. Демський. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 496 с. – С. 134–135.

<sup>6</sup> Кузьменко О.В. Теоретичні засади адміністративного процесу: моногр. / О.В. Кузьменко. – К.: Атіка, 2005. – 352 с. – С. 164–174.

<sup>7</sup> Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід та пропозиції для України / авт.-упоряд. В.П. Тимошук. – К.: Факт, 2003. – 496 с. – С. 90.

<sup>8</sup> Толковий словарь живаго великорускаго языка Владимира Даля. – М.: Издание книгопродавца-типографа М.О. Вольфа, 1882. – Т. 3. – 555 с. – С. 526.

<sup>9</sup> Большая советская энциклопедия. – М.: Изд-во «Советская энциклопедия», 1975. – Т. 21. – 639 с. – С. 161.

<sup>10</sup> Новий тлумачний словник української мови: у 4 т. – К.: Вид-во «Аконіт», 1998. – Т. 3. – 927 с. – С. 828.

<sup>11</sup> Битяк Ю.П. Адміністративне право України: підруч. / Ю.П. Битяк. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 327 с. – С. 16.

<sup>12</sup> Про Регламент Верховної Ради України: Закон України від 10 лютого 2010 р. № 1861-V // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2010. – № 14–15, № 16–17. – Ст. 133.

<sup>13</sup> Про засади державної регуляторної політики...: Закон України від 11 вересня 2003 р. № 1160-IV // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2004. – № 9. – Ст. 79.

<sup>14</sup> Про затвердження Правил підготовки проектів актів Кабінету Міністрів України. Кабінет Міністрів України; Постанова, Правила від 6 вересня 2005 р. № 870: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/870-2005-%D0%BF>

<sup>15</sup> Регуляторна політика: нові можливості. Методичний посібник. – 2-ге вид., доп. – К., 2004. – 195 с. – С. 73.

#### Резюме

##### **Владимиренко І.В. Нормотворче провадження як засіб забезпечення прав та свобод людини.**

Розглянуто поняття і види адміністративних проваджень. Виділено як основний їх вид нормотворче провадження. Досліджено роль останнього у забезпеченні прав та свобод людини в рамках концептуального підходу до здійснення регуляторної політики в Україні. Піддано аналізу, з метою вдосконалення, чинне нормотворче провадження. Виявлено проблеми та сформульовано пропозиції з його удосконалення.

**Ключові слова:** адміністративні провадження, види адміністративних проваджень, нормотворче провадження, регуляторна політика, прав та свободи людини, регуляторний акт.

#### Резюме

##### **Владимиренко І.В. Нормотворческое производство как средство обеспечения прав и свобод человека.**

Рассмотрены понятие и виды административных производств. Выделено в качестве основного их вид – нормотворческое производство. Исследована роль последнего в обеспечении прав и свобод человека в рамках концептуального подхода к осуществлению регуляторной политики в Украине. Подвергнуты анализу, с целью совершенствования, действующее нормотворческое производство. Выявлены проблемы и сформулированы предложения по его совершенствованию.

**Ключевые слова:** административные производства, виды административных производств, нормотворческое производство, регуляторная политика, прав и свобод человека, регуляторный акт.

#### Summary

##### **Vladymyrenko I. Rulemaking proceedings as a means of human rights and freedoms.**

The concept of «administrative proceedings», «administrative procedure» and «administrative process» are analyzed. It is concluded that the terms «administrative proceedings» and «administrative procedure» can be used as synonyms.

At the same time, the concept of «administrative process» should be considered in two meanings – in the narrow and broad. In the narrow given concept can be interpreted as a procedure for consideration and resolution of certain cases, and in the broad sense – it is regulated by the administrative-procedural rules of the activities of authorized entities, aimed at implementing the norms of the relevant material branches of law during the consideration and resolution of individually defined cases. It is substantiated that administrative proceedings represent a system of (procedural) norms regulating the procedure for the activities of authorized entities in relation to the implementation of a particular process or the consideration and resolution of individually-specific cases. Administrative proceedings can also be defined and as a procedure for the administration of justice in administrative courts – administrative justice.

**Key words:** administrative proceedings, types of administrative proceedings, norm-setting proceedings, regulatory policy, human rights and freedoms, regulatory act.

**Є.Ю. ЛИТВИНЕНКО**

*Євген Юрійович Литвиненко, аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## **ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ОСНОВНИХ ВИДІВ КОДИФІКАЦІЙНИХ АКТИВ У КРАЇНАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ТА УКРАЇНІ**

Актуальність теми зумовлена потребами розвитку системи адміністративного законодавства України з урахуванням вироблених європейською доктриною та практикою підходів до кодифікації адміністративного законодавства.

Кодифікація адміністративного законодавства в Україні виступає однією з провідних форм правотворчості, адміністративне законодавство налічує низку кодифікованих актів законодавства, проте до цього часу не досягнутими залишаються визначені у Концепції адміністративно-правової реформи та доктрині адміністративного права завдання розвитку підгалузей адміністративного законодавства з поступовою їх кодифікацією з урахуванням прикладів країн Європейського Союзу (далі – ЄС).

**Метою даної статті** є порівняльно-правовий аналіз основних видів кодифікаційних актів у системі адміністративного законодавства у країнах ЄС та Україні. Серед основних завдань слід визначити: 1) розкриття змісту та значення порівняльно-правового аналізу у державно-правових дослідженнях; 2) характеристика структури та змісту основних кодифікаційних актів адміністративного законодавства, прийнятих у період незалежності України; 3) аналіз основних видів кодифікаційних актів у країнах ЄС; 4) формулювання пропозиції та рекомендації з розвитку вітчизняного законодавства з урахуванням положень кодексів, що діють у країнах ЄС.

Теоретичну базу дослідження становлять наукові праці таких відомих учених-адміністративістів, як В.Б. Авер'янов, О.Ф. Андрійко, Н.О. Армаш, О.М. Бандурка, Д.М. Бахрах, І.Л. Бачило, В.М. Бевзенко, А.І. Берлач, Ю.П. Битяк, Ю.В. Ващенко, Є.С. Герасименко, І.П. Голосніченко, І.С. Гриценко, П.В. Діхтієвський, Є.В. Додін, Ж.В. Завальна, Н.Ю. Задирака, Т.Є. Кагановська, Р.А. Калюжний, Л.Є. Кисіль, С.В. Ківалов, А.В. Кірмач, Л.В. Коваль, Т.О. Коломосьць, В.К. Колпаков, А.Т. Комзюк, О.В. Кузьменко, Р.О. Куйбіда, Д.М. Лук'янець Р.С. Мельник, Н.Р. Нижник, Ю.С. Педько, В.Г. Перепелюк, С.В. Петков, А.А. Пухтецька, А.О. Селіванов, О.Л. Соколенко, С.Г. Стеценко, М.М. Тищенко, В.П. Тимошук, Г.Й. Ткач, Н.В. Хорошак, Ю.С. Шемшученко, А.М. Школик та багатьох інших.

Серед європейських вчених та дослідників розглянуто праці таких науковців, як: П. Амселек, Г. Бребант, Ф. Бурдо, Г. Ведель, К. Гет'єр, І. Годемет, А.В. Дайсі, Ф. Жестаз, Ж. Зіллера, П. Делволве, П. Доллат, С. Касіс, Т. Ларзул, А. Лобадер, М. Ломбард, Ж. Моро, Р. Одент, Ж.-Л. Оберт, Ж. Раз, Ж. Рівєро, Б. Сейлер, Л. Філіп, К. Франчіні, П.-Л. Фрієр, М. Фромонт, Р. Шапюс, Ю. Шварце та інших.

Вивчення основних видів кодифікаційних актів, що були прийняті у післявоєнній Європі та у сучасний період, потребує використання низки правових методів, що допомагають з'ясувати не тільки методологічні, історичні, аксіологічні підходи їх розробників до структурування правових норм, їх об'єднання та розвитку у нових видах кодифікаційних актів, а й порівняльно-правовий метод, що полягає у зіставленні однопорядкових юридичних явищ, дефініцій, проваджень та з'ясуванні спільних і відмінних рис.

Як зазначає професор О.Ф. Скакун, «у даний час Україна переживає складний процес перетворення незалежної правової системи та її адаптації до постійно оновлюваних соціально-політичних та економічних умов. Важливу роль у цьому процесі може відіграти порівняльне правознавство, оскільки при врахуванні національних особливостей та збереженні правових традицій принципове значення набуває досвід, накопичений іншими країнами, в результаті вирішення аналогічних задач у цій сфері»<sup>1</sup>.

При дослідженні змісту правових явищ і правових інститутів беруться до уваги підходи вироблені щодо вирішення економічних, соціальних та інших завдань у державі, взаємозв'язки з міжнародними та європейськими актами. Правила порівняльно-правового методу визначають обов'язкові вимоги щодо проведення порівняльно-правових досліджень. Одне з найважливіших полягає у тому, що «об'єкти порівняння повинні бути порівнюваними, тобто між ними в обов'язковому порядку повинен існувати прямий зв'язок»<sup>2</sup>.

Застосування порівняльно-правового методу при дослідженні проблем кодифікації адміністративного законодавства дає змогу з'ясувати спільні та відмінні риси вироблених кодифікаційних актів, ознак, що належать одному й тому ж виду кодифікаційних актів, наявність у них схожих структур, цінностей, спільної сфери застосування, засад відповідальності та інших завдань.

«Критична оцінка зарубіжного досвіду перенесена на національну основу та застосування на практиці усього того, що відповідає місцевим реаліям, передбачає використання порівняльно-правового методу. З його допомогою можна встановити, як вирішується подібна задача в інших правових системах та з'ясува-



ти, наскільки таке рішення може бути застосовано у національній правовій системі<sup>3</sup>». Висловлену позицію підтримує вчений С.С. Алексєєв, який підкреслив, що «порівняльно-правовий метод дає змогу не лише виявити відмінності, риси наступності правових систем різних історичних типів та правових сімей, а й формулювати загальнотеоретичні положення і конструкції, виявляти закономірності функціонування і розвитку які враховують особливості правових систем різних соціальних структур, епох, країн»<sup>4</sup>.

А.Х. Саїдов зазначає, що «об'єкти порівняльно-правових досліджень можуть бути найрізноманітнішими: наприклад, це певна правова норма або окремих правовий інститут, галузь права або конкретна соціальна проблема, що вирішується за допомогою різних правових засобів у різних правових системах; об'єкт порівняння може бути і ширшим, наприклад, правова система або основні правові сім'ї сучасності<sup>5</sup>». Погоджуючись із висловленими позиціями, слід додати, що при застосуванні порівняльно-правового методу у державно-правових дослідженнях необхідно забезпечити проведення порівняння не тільки загальних рис, а й структури, форми, значення, змісту, соціальних та економічних аспектів реалізації досліджуваного правового явища.

У радянський період дослідження капіталістичних та соціалістичних правових систем вважалося несумісним через різний соціально-класовий стан суспільства, за змістом та значенням, соціальною спрямованістю таких систем, що знижувало вірогідність отримуваних висновків. На сьогодні означена різниця більше простежується між пострадянськими країнами та країнами ЄС. Але частина країн, які приєдналися до ЄС упродовж останніх десятиріч, забезпечили якісний перегляд змісту та спрямованості основних державно-правових інститутів, захист фундаментальних прав людини, утвердження демократії, розвиток громадянського суспільства.

Правила застосування порівняльно-правового методу передбачають обов'язковість врахування соціального та державного устрою країн, традицій та цінностей, правової культури, розвитку системи законодавства та ін. На думку видатного російського компаративіста Ю.О. Тихомирова, слід утримуватися від таких помилок: «невірний вибір критеріїв порівняльного аналізу, неврахування об'єктивних факторів і умов функціонування певних інститутів, запозичення неадекватних правових концепцій, неправильне використання юридичних понять і конструкцій, сліпе копіювання іноземних інститутів без їх адаптації»<sup>6</sup>.

Під час здійснення порівняння безпосередньо застосовуються правила юридичного аналізу, що об'єднують низку інтелектуальних методів та прийомів пізнання правових явищ з метою розробки та реалізації правових підходів до вирішення соціальних проблем. «Юридичний аналіз є галуззю юридичних знань, що вивчає способи та прийоми інтелектуального опрацювання правової матерії»<sup>7</sup>.

Кодифікація адміністративного законодавства в країнах ЄС використовувалася як одна з провідних форм систематизації законодавства задовго до вступу європейських країн до даної регіональної організації. Наприклад, кодифікація адміністративних процедур у Польщі була проведена у 1928 р., у Австрії – в 1925 р., у Чехословаччині – в 1928 р., в Югославії – в 1957 році. Отже, сучасний результат кодифікації адміністративного законодавства в країнах ЄС ґрунтується на засадах кодифікації (принципах, об'єктах, фундаментальних цінностях), що сформувалися до утворення ЄС. У другій половині ХХ ст. основна увага приділялася розвитку соціального, міграційного, податкового законодавства, спрощенню адміністративних процедур, порядку подання петицій до органів публічної адміністрації, оскарження адміністративних актів до адміністративних судів.

В Україні трансформація правової системи на засадах демократії, поваги до фундаментальних прав і свобод людини і громадянина, визнання основоположних європейських цінностей дістала закріплення в таких актах законодавства з 1990 р. : Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. № 55-ХІІ, Акт про проголошення незалежності України від 24 серпня 1991 р. № 1427 – ХІІ, Конституція України від 28 червня 1996 року. Проте розвиток вітчизняного адміністративного законодавства засвідчує поступ лише в окремих сферах: адміністративне судочинство, митне право, фінансове і банківське право, освітнє право, соціальне право, міграційне право.

Як зазначав В.В. Тищенко, «у радянський період склалися багатоманітні види кодифікаційних актів. Проте за усіх особливостей їх змісту та юридичної природи, а також зовнішніх відмінностей, їх об'єднує основна специфічна функція, що полягає в тому, що кодифікаційні акти покликані забезпечувати найбільш стабільне правове регулювання певної, як правило, однорідної групи суспільних відносин»<sup>8</sup>. Слід погодитися з висловленою науковою позицією та додати, що на сьогодні прийнято в системі адміністративного законодавства України багато різновидів кодифікаційних актів, проте лише частина з них містить положення, що відображають демократичні цінності, фундаментальні права і свободи людини і громадянина, удосконалення судового та позасудового механізму захисту порушених прав. З огляду на це важливо дослідити підходи європейських та сучасних українських вчених до виокремлення основних видів кодифікаційних актів, зокрема, актів адміністративного законодавства з метою його удосконалення засобами кодифікації.

Багатоманітність кодифікаційних актів ускладнює їх класифікацію за певною однією підставою, тому в науковій літературі наводяться різні класифікації кодифікаційних актів за наступними критеріями: 1) за юридичною силою; 2) за обсягом врегульованих суспільних відносин<sup>9,10,11</sup>; 3) правила та інструкції<sup>12</sup>.

На думку О.С. Йоффе, «принципи групування нормативних приписів підпорядкованих задачам найбільш чіткого законодавчо технічного оформлення певного кодифікаційного акта, враховують об'єктивно існуючу систему норм відповідної галузі права»<sup>13</sup>. Наведена позиція ілюструє підхід до виокремлення видів кодифікаційних актів з урахуванням їх місця в системі галузі, а також міжгалузевих зв'язків, що дає змогу об'єд-

нати в кодифікаційному акті не тільки однорідні суспільні відносини одного правового інституту, а й передбачити необхідні зв'язки з суміжними інститутами.

Кодифікаційний акт є безпосередньою метою будь-якої кодифікаційної діяльності, що затверджується відповідним правотворчим органом, а його зміст спрямований на якісний перегляд чинного законодавства, усунення суперечностей, викликаних розвитком правового регулювання суспільних відносин.

За специфікою юридичної сили кодифікаційних актів останні класифікуються за: а) юридичною силою та місцем органу, що видав кодифікаційний акт, у загальній системі правотворчих органів (кодифікаційні акти європейського законодавства; кодифікаційні акти колишнього СРСР; кодифікаційні акти окремих союзних республік колишнього СРСР; кодифікаційні акти окремих країн-членів ЄС); б) за результатом кодифікаційної діяльності: закони; основи; кодекси; підзаконні акти; акти органів державного управління в колишньому СРСР; акти публічної адміністрації в країнах ЄС; положення; статuti; в) за сферою поширення дії: союзні та республіканські акти; г) за значенням для регулювання суспільних відносин: цілепокладаючий характер нормативних актів, їх виключне регулювання найвищими законодавчими актами (особливе значення основ та кодексів щодо інших нормативних актів, які передбачають відповідність усіх інших некодифікованих актів їх положенням); г) за характером нормативних приписів: акти, що встановлюють загальні положення та принципи правового регулювання; акти, що охоплюють все законодавче регулювання певної сфери суспільних відносин, що становлять галузь права або правовий інститут; акти, які повністю врегульовують певну групу суспільних відносин, що охоплюють усі норми даної галузі права або правового інституту; д) за обсягом врегульованих відносин: акти, що охоплюють усі правові норми, що належать до даної галузі права; акти, що містять правові норми, які врегульовують найважливіші відносини певної галузі права; акти, що врегульовують відносини, що становлять правовий інститут або підгалузь права; е) за співвідношенням кодифікаційного акта та галузей права: комплексні та галузеві акти; є) за формою кодифікаційного акта: основи, основні начала законодавства, кодекси, устави, положення – характерні для радянського та сучасного українського законодавства; а в ЄС – директиви, регламенти, модельні кодекси, кодекси, закони, судова практика; ж) за вступом в силу: з моменту прийняття, з моменту опублікування, з моменту повідомлення осіб, на яких поширюється дія кодифікаційного акта.

Слід зазначити, що хоча вид кодифікаційного акта за назвою може збігатися в країнах ЄС та в Україні, проте їх зміст, структура, об'єкти кодифікації різняться.

Одним із основних видів кодифікаційних актів виступає закон. Загальнофілософське розуміння закону значно різниться від його наукового розуміння, а також спеціального – морального або юридичного значення. Найширший обсяг розуміння поняття закону – загальнофілософський, що передбачає «закон як елемент розвитку всезагальності, що означає внутрішні, стійкі, необхідні суттєві зв'язки та відносини між явищами, що обумовлюють їх упорядкований розвиток та зміни»<sup>14</sup>. Категоричний імператив І. Канта виступає класичним аналогом морального закону, якому не завжди властиве чітке формулювання його положень. У юридичному розумінні «закон – це особливий письмовий документ, що втілює спосіб (форму) регулювання певної сфери суспільних відносин органами державної влади (переважно законодавчої або ж самим народом)»<sup>15</sup>.

Основні види законів у науковому розумінні прийнято поділяти за наступними підставами: 1) за рівнем детермінованості процесів – статичні та динамічні закони; 2) за специфікою процесів розвитку природного та соціального світу – природні та соціальні закони; 3) за ступенем загальності та сферою дії – загальні та спеціальні закони; 4) за значенням у системі – закони організації, функціонування та розвитку системи; 5) за способом вираження залежності між явищами та процесами – закони математичні, закони фізичні, закони природного відбору<sup>16</sup>.

У країнах ЄС розуміння закону базується на його класичному розумінні, сформульованому у римському писаному праві, в якому були визначені вимоги для визнання правового припису в якості закону. «Було визнано обов'язковим, щоб закон походив від органу, що має відповідні повноваження, так чи інакше втілював інтереси усього римського народу та щоб він був належним чином оприлюднений: таємний правовий акт не міг мати верховної юридичної сили. Для його прийняття закон повинен був бути доведеним до відома громадян – виставлений магістром заздалегідь на спеціальному місці форуму. Закон повинен був містити наступні обов'язкові елементи: вступну частину, зміст та санкцію за порушення закону»<sup>17</sup>.

В Україні поняття закону в енциклопедичній літературі визначено як нормативно-правовий акт, прийнятий Верховною Радою України, що регулює найважливіші суспільні відносини, виражає волю та інтереси більшості населення України, закріплює основні права людини, правові механізми їх реалізації та захисту та має найвищу юридичну силу щодо інших нормативно-правових актів.

Закони виступають центральним елементом законодавства, яке у широкому розумінні охоплює сукупність чинних нормативно-правових актів (законів, постанов, указів, наказів, інструкцій), що регулюють правовідносини в державі. За основними видами закони поділяються на загальні та галузеві. У вузькому розумінні поняття законодавства охоплює лише сукупність законів, виданих вищим законодавчим органом влади за визначеною у законі процедурою.

Найширше коло суб'єктів права законодавчої ініціативи встановлено у країнах зі змішаною республіканською і парламентською формами правління, а процедури реалізації права законодавчої ініціативи обумовлені внутрішньою побудовою представницьких органів.

Наступним основним видом кодифікаційних актів є кодекс. У вітчизняній енциклопедичній літературі поняття кодексу визначено як нормативний (законодавчий) акт, який об'єднує норми права певної галузі

законодавства (Цивільний кодекс України, Кримінальний кодекс України), а також підгалузей права (Митний кодекс України, Повітряний кодекс України). Кодекс є законом, у якому об'єднано систему норм певної галузі права. Його статті розташовуються у суворій логічній послідовності, відбивають внутрішню структуру галузі права.

Кодекс України про адміністративні правопорушення (КУпАП) було прийнято 7 грудня 1984 р., у ньому систематизовано склади адміністративних правопорушень та адміністративні стягнення, що можуть накладатися за їх вчинення фізичними особами. Цей кодекс не поширюється на юридичних осіб, санкції окремих статей передбачають накладення стягнення на керівника підприємства як фізичну особу.

У розділі I КУпАП передбачено, що основним завданням КУпАП є «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 і гідності інших громадян, до правил співжиття, сумлінного виконання своїх обов'язків, відповідальності перед суспільством»<sup>18</sup>. Окремо слід зазначити, що у даному структурному елементі КУпАП встановлено обсяг поняття «законодавство України про адміністративні правопорушення», що складається з цього Кодексу та інших законів України.

Станом на 9 квітня 2018 р. КУпАП передбачає поділ на розділи, частини та глави, які розміщені у послідовності згідно з об'єктами, що підлягають захисту. Наприклад, глава 6 – Адміністративні правопорушення, що посягають на власність; глава 12 – Адміністративні правопорушення в галузі торгівлі, громадського харчування, сфері послуг, в галузі фінансів і підприємницької діяльності; глава 15 – Адміністративні правопорушення, що посягають на встановлений порядок управління. Загалом у КУпАП налічується два розділи, дві частини і 39 глав.

Проте структурні частини КУпАП потребують удосконалення як з боку змісту, так і кількісних параметрів. Зокрема, видається не виправданим виокремлення самостійного вступного розділу КУпАП, який не входить до загальної частини, хоча й передбачає загальні положення, що класично розміщуються саме в цьому структурному елементі. Частина глав містить додаткову нумерацію, при цьому використовуються різні підходи до визначення їх місця в структурі кодексу (примітки та цифри). Зазначений недолік потребує усунення шляхом проведення загальної нумерації глав. У контексті оновлення вітчизняного законодавства, на наш погляд, необхідно додати перехідні положення щодо розмежування сфери дії КУпАП та інших кодексів, введення в дію яких необхідно в контексті проведення адміністративно-правової реформи.

Кодекс адміністративного судочинства України (далі – КАСУ) – діючий кодифікований акт законодавства України у формі кодексу, створений у контексті реалізації Концепції адміністративної реформи в Україні на основі німецького досвіду з метою захисту суб'єктивних прав та законних інтересів приватних осіб у відносинах з владними суб'єктами. Активну участь у розробці проекту КАСУ взяли видатні українські вчені: В.Б. Авер'янов, І.П. Голосніченко, В.С. Стефанчук. КАСУ був прийнятий Верховною Радою України у 2005 р., проте у зв'язку із проведеною судовою реформою в Україні та переглядом судової структури суттєві зміни були внесені щодо ланок судочинства, специфіки розгляду спорів адміністративними судами України.

Станом на 21 квітня 2018 р. КАСУ до юрисдикції адміністративних судів віднесено: 1) спори фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи індивідуальних актів), дій чи бездіяльності; 2) спори з приводу прийняття та проходження громадянами публічної служби; 3) спори між суб'єктами владних повноважень з приводу реалізації компетенції у сфері управління, у тому числі делегованих повноважень; 4) спори, що виникають з приводу адміністративних договорів; 5) за зверненням суб'єкта владних повноважень у випадках, визначених законом; 6) спори щодо правовідносин, пов'язаних з виборчим процесом чи процесом референдуму; 7) спори фізичних чи юридичних осіб із розпорядником публічної інформації щодо доступу до публічної інформації; 8) спори щодо вилучення або примусового відчуження майна для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності; 9) спори щодо оскарження рішень атестаційних, конкурсних, медико-соціальних експертних комісій; 10) спори щодо формування складу державних органів, органів місцевого самоврядування; 11) спори фізичних чи юридичних осіб щодо оскарження рішень, дій або бездіяльності замовника у правовідносинах щодо закупівель товарів, робіт і послуг для потреб оборони; 12) спори щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів охорони державного кордону<sup>19</sup>. Порівняно із редакцією 2005 р. відбулося значне розширення переліку категорій спорів, підсудних адміністративним судам, проте до цього часу не впровадженими залишаються категорії спорів, що передбачають відповідальність органів публічної адміністрації перед приватними особами, у тому числі за професійний ризик, відшкодування моральної шкоди, заподіяної діями та майном органів публічної адміністрації.

Перелік категорій спорів, підсудних адміністративним судам в Україні, необхідно розширити з урахуванням досвіду не тільки Німеччини, а й Франції, Іспанії, Португалії, у яких більш докладно приділено увагу проблематиці захисту фундаментальних прав людини засобами адміністративного судочинства. Зокрема, ст. 4 Закону Португалії від 19 лютого 2002 р. «Про статус адміністративних та фіскальних трибуналів», до компетенції останніх передано, зокрема, розгляд спорів, що мають на меті: «а) захист фундаментальних прав, а також визначених законом інтересів, що ґрунтуються на нормах адміністративного права; б) контроль за законністю нормативно-правових актів органів публічної адміністрації, що прийняті на основі норм адміністративного права; в) контроль за законністю актів, прийнятих державою, регіонами, навіть, якщо вони не належать до органів публічної адміністрації; г) контроль за законністю правил та рішень, прийнятих приват-

ною особою на виконання їх адміністративних (управлінських) повноважень»<sup>20</sup>. Висловлена пропозиція наводить приклад деталізованого закріплення окремих категорій спорів, підсудних адміністративним судам у сфері захисту фундаментальних прав людини, що заслуговує, на нашу думку, врахування в КАСУ в наступній редакції.

Доповнити ч. 1 ст. 19 КАСУ положеннями, що визначають предметну підсудність спорів адміністративним судам окремими самостійними пунктами: 13) спори щодо захисту фундаментальних прав людини та законних інтересів, що реалізуються на основі норм адміністративного права та захищаються на основі приписів адміністративного права; 14) спори з приводу притягнення до позадоговірної відповідальності осіб публічного права, у тому числі щодо відшкодування шкоди, завданої у зв'язку з реалізацією владних управлінських функцій; 15) спори щодо притягнення до позадоговірної відповідальності приватних осіб, що здійснювали на підставі закону або договору повноваження держави, її органів, а також колективних суб'єктів публічного права.

На окрему увагу заслуговує впровадження низки центральних категорій та понять у КАСУ з урахуванням європейського досвіду, а саме: поняття та видів адміністративних актів, адміністративних контрактів публічної адміністрації, відповідальність органів публічної адміністрації.

Структура КАСУ передбачає поділ на сім розділів: розділ I – Загальні положення, розділ II – Позовне провадження, розділ III – Перегляд судових рішень, розділ IV – Процесуальні питання, пов'язані з виконанням судових рішень в адміністративних справах, розділ V – Відновлення втраченого судового провадження, розділ VI – Прикінцеві положення, розділ VII – Перехідні положення. Поділ розділів на глави та параграфи нерівномірний, загальна кількість статей станом на 21 квітня 2018 р. – 391. Наведена структура КАСУ значно відрізняється від сучасних європейських підходів до структурної організації процесуальних кодексів, тому вітчизняний підхід потребує врахування нових об'єктів правового захисту, які впроваджуються у національну правову систему (гідність людини, права людини тощо).

У главі I КАСУ визначено поняття верховенства права у вузькому процесуальному розумінні, тому потребує перегляду змісту та закріплення у наступній редакції з урахуванням змісту та значення принципу верховенства права у міжнародних та законодавчих актах України, рішенні Конституційного Суду України тощо. Викласти у новій редакції ч. 1 ст. 6 КАСУ «Верховенство права»: 1. Суд при вирішенні справи керується принципом верховенства права, відповідно до якого визнається неприпустимим порушення прав людини, встановлення обмеження здійснення прав і свобод людини, забезпечується доступ до суду та судового розгляду справ, неприпустимість свавілля органів публічної влади, встановлення меж дискреційних повноважень, забезпечення ефективного контролю.

Окремо слід зазначити, що КАСУ є прикладом класичної кодифікації норм процесуального права, який має специфіку щодо інших галузевих процесуальних кодексів, таких як Цивільний процесуальний кодекс України, Господарський процесуальний кодекс України, Кримінально-процесуальний кодекс України. Означена специфіка визначається належністю спорів, що віднесені до розгляду в порядку КАСУ, до сфери забезпечення загального блага, інтересів усього суспільства, публічного інтересу, інтересу держави, загального економічного інтересу, в яких юридичні наслідки переважною мірою виникають у публічно-правовій сфері.

КАСУ не передбачає можливості об'єднання проваджень цивільного та адміністративного судочинства, хоча таке повноваження притаманне адміністративним судам окремих європейських країн, що представляють французьку адміністративну традицію (Франція, Португалія, Греція). З урахуванням вищевикладеного подальше удосконалення КАСУ передбачається з урахуванням нових видів категорій спорів та проваджень за участю органів публічної адміністрації країн-членів ЄС.

Окрему увагу в даній статті слід приділити прикладу кодифікаційного акта країни-члена ЄС, що не властивий вітчизняному адміністративному законодавству.

«Загальний кодекс про власність публічних осіб» (далі – ЗКВПО) об'єднує законодавчі положення, що визначають правовий статус майна, що належить особам публічного права. Кодекс було введено в дію Ордоном (постановою) № 2006-460 від 21 квітня 2006 р.<sup>21</sup>, що об'єднує у французькому праві законодавчі положення, що визначають правовий статус майна осіб публічного права.

Зокрема, у ЗКВПО дістали нормативне закріплення: 1) порядок набуття майна на платній та безоплатній основі; 2) процедури набуття майна у Франції та особливості щодо закордонного майна; 3) види майна, що належать до публічного майна; 4) види майна, що належать до приватного майна; 5) порядок розгляду спорів щодо належності майна до публічної або приватної сфери; 6) порядок здійснення операцій з нерухомістю; 7) специфічні положення щодо заморських департаментів та розташованого у них майна.

26 липня 2005 р. було прийнято Закон № 2005-842 щодо утвердження та модернізації економіки<sup>22</sup>, відповідно до положень якого уряд Франції був зобов'язаний переглянути та упорядкувати правила, що застосовуються до приватного та публічного майна осіб публічного права, у такий спосіб систематизуючи у загальному кодексі правила щодо правового статусу публічного та приватного майна в державі, територіальних утвореннях та публічних установах.

Структура ЗКВПО є аналогічною до Цивільного кодексу, що будується на використанні трьох фундаментальних понять – процедур набуття майна, управління майном та розпорядження майном осіб публічного права. У результаті проведеної роботи урядом відбулося оновлення правил управління публічним майном, змінено та доповнено порядок набуття та розпорядження публічним майном, а також було введено низку нових юридичних положень.

Одним із невідкладних завдань уряду було забезпечити важливі правила захисту публічного майна, зокрема щодо його невідчужуваності. Таким чином до публічного майна, що належить особі публічного права, віднесено: майно, що використовується для безпосередньої взаємодії з громадянами; майно, що задіяно у наданні публічних послуг відповідно до завдань діяльності органів публічної адміністрації. Запропоноване нове визначення мало значний вплив на розвиток теорії публічного майна. До того ж ЗКВПО було закріплено і поняття приватного майна осіб публічного права, що було розподілено на наступні основні категорії згідно із законом: нерухоме майно, яке є необхідною частиною майна публічних осіб; дороги; дерева та ліси, що регулюються відповідно до окремого режиму.

Майно поділяється на «нематеріальне» (права) та «об'єкти матеріального світу». Останнє складається з двох видів: 1) нерухоме майно, яке закріплене та не може бути транспортоване без заподіяння шкоди, зокрема, це конструкції, вмонтовані в землю; 2) майно, яке може бути легко транспортоване та належить до рухомого майна.

Проаналізуємо основні ознаки нерухомого публічного майна: 1) належність особі публічного права; 2) пряме використання майна у взаємодії з громадянами; 3) використання при наданні публічних послуг, якщо таке майно є необхідним для виконання завдань органом публічної адміністрації.

Що стосується майна, яке належить комуні та яке має статус співвласності з особою приватного права, не може належати до загального режиму публічного майна.

Використання майна в публічній сфері також може бути спільним, тобто колективним або приватним. Таким чином, публічна сфера має залучати громадян до, наприклад, здійснення контролю за пішоходами та автомобілістами. Проте режим майна залежатиме від способу спільного використання та задіяних суб'єктів і об'єктів (наприклад, використання каналізації для водо- та газопостачання).

Спільне використання майна визнається анонімним, неперсоніфікованим, що надає користь громадянам, які юридично не ідентифікуються та не повинні бути наділені правомочностями фізичної або юридичної особи. Таке користування може бути тільки тимчасовим та має відповідати конкретним потребам і цілям діяльності публічної влади. Також слід узагальнити, що таке спільне використання майна ґрунтується на принципах вільного доступу, безоплатного надання та рівного доступу для всіх заінтересованих осіб.

Використання майна в приватних цілях у публічній сфері є персоналізованим. Передбачається необхідність отримання свідоцтва про право власності або право управління означеним майном. Таке свідоцтво надає його власнику ексклюзивне право (він є єдиним, який має право використовувати місцезнаходження майна, що закріплено за ним) та на постійній основі використовувати означене. За таке приватне використання майна здійснюється плата відповідно до тих переваг, що їх отримує володілець відповідного свідоцтва. Форми дозволів можуть стосуватися: тимчасового дозволу на використання майна, права паркування, розміщення терас кафе на тротуарах вулиць, відведення спеціальних місць для стоянки таксі та велосипедного транспорту.

У ст. 2122-1 ЗКВПО встановлено загальні принципи використання майна: «ніхто не може, окрім осіб, що мають свідоцтво про право використання майна, займати приміщення осіб публічного права, зазначене в статті 1 ЗКВПО або використовувати за правилами загального доступу»<sup>23</sup>.

У ст. 2122-4 ЗКВПО передбачено використання сервітутів, відповідно до його розуміння, закріпленого у ст. 637 Цивільного кодексу Французької Республіки. Слід звернути увагу, що згідно з положеннями ст. 639 Цивільного кодексу введено три великі групи сервітутів: 1) сервітути, які встановлюються, виходячи з природних особливостей місця, що пов'язано із земельною ділянкою; 2) сервітути, встановлені законом для цілей публічного використання («адміністративні сервітути», наприклад, сервітути для проходу пішоходів у спеціально визначених місцях або у випадку надзвичайних ситуацій); 3) сервітути, встановлені згодою громадян (угода між двома сусідами).

За зайняття або використання публічного майна здійснюється плата (фр. – *redevance*), окрім випадків, встановлених законом. Їх розмір обраховується відповідно до положень ст. ст. 2125-3–2125-5, 2321-1–2323-14 ЗКВПО.

Юридичний режим спільного використання майна передбачає встановлення винятків щодо оплати вищезазначених зборів, а саме комуни відповідно до ст. 2125-2 ЗКВПО, які самостійно здійснюють надання послуг з водопостачання, звільняються від сплати будь-яких зборів на підставі виконання обов'язку держави в публічно-правовій сфері.

Відповідно до ст. ст. 1311-2–1311-4-1 ЗКВПО передбачено надання дозволу на використання майна в публічній сфері, що має офіційну назву *Vaux Emphytéotique Administratif*, що надається з метою виконання територіальною громадою за власний кошт важливого завдання в сфері надання публічних послуг або реалізації завдань з метою забезпечення загального інтересу, які належать до їх компетенції. Надані права не можуть бути передані іншим територіальним громадам, так само як і обов'язки, передбачені дозволами. Такі дозволи видаються на період від 18 до 99 років.

Також ЗКВПО передбачає окремий вид дозволу на тимчасове використання майна. Він укладаються територіальними утвореннями відповідно до поставлених завдань, переважно стосуються будівельно-конструкторських робіт та нерухомих інсталяцій за власний рахунок з метою виконання завдання з надання публічних послуг або з метою виконання завдань загального інтересу, що належать до їх компетенції. Такі дозволи надаються на строк до 70 років, мінімальний строк не визначено.

У результаті проведення дослідження слід зробити такі висновки.

1. При дослідженні змісту правових явищ, правових інститутів беруться до уваги підходи, вироблені щодо розв'язання економічних, соціальних та інших завдань у державі, взаємозв'язки з міжнародними та європейськими актами. Правила порівняльно-правового методу визначають обов'язкові вимоги щодо проведення порівняльно-правових досліджень. Проте у державно-правових дослідженнях дуже важко забезпечити комплексне дослідження, яке б враховувало не поверхові, а істотні ознаки досліджуваних явищ, адже згадані прямі зв'язки часто не є очевидними для дослідника, а формально закріплені зв'язки в юридичній практиці можуть бути відсутніми або фактично не застосовуватися.

2. В Україні досі не прийнятими залишаються надзвичайно важливі кодифікаційні акти у сфері адміністративних процедур та звернень громадян, адміністративно-деліктного права, публічного майна, інформаційного права. З огляду на це подальше дослідження видів кодифікаційних актів у країнах ЄС створить теоретико-методологічну основу удосконалення кодифікаційної роботи в Україні, у тому числі стосовно системи адміністративного законодавства нашої держави.

3. У країнах ЄС та Україні зберігаються спільні підходи щодо розмежування загальнофілософського, наукового розуміння поняття закону, а специфіка юридичного розуміння закону обумовлена особливостями соціальної сфери суспільного життя та його розвитку в умовах демократичної соціальної формації і становлення інститутів демократичного громадянського суспільства в Україні. Отже, у законах, як актах кодифікації законодавства, законодавець не тільки визначає, а й упорядковує, формулює основні правила, вимоги, виконання яких обов'язкове для всіх членів суспільства.

4. Слід висловити наступні пропозиції щодо удосконалення КУПАП: а) удосконалити структурування Загальної та Особливої частин, переглянути поділ на глави та розділи, їх нумерацію. З урахуванням європейського досвіду змінити ієрархію об'єктів адміністративно-правового регулювання та змінити черговість розміщення структурних елементів кодексу (від найважливіших до спеціальних); б) низка глав були додані до КУПАП пізніше у кількості 4–5 статей, що не може становити самостійний розділ, тому пропонується об'єднання невеликих за обсягом глав у один розділ; в) винести за рамки врегульованих КУПАП положень окремі глави, що передбачають накладення адміністративних стягнень в окремих сферах, наприклад, будівництво, фінансове право та їх об'єднання з положеннями основних законів в цих сферах з метою їх подальшої кодифікації.

5. Дослідження французького досвіду правового регулювання та кодифікації норм, що визначають правовий статус майна осіб публічного права, дає змогу зробити низку висновків та рекомендацій для удосконалення вітчизняного правового регулювання та проведення кодифікації законодавства в зазначеній сфері.

Вважаємо за необхідне ініціювати розробку Кодексу України про власність осіб публічного права з метою систематизації положень Конституції України, законів та підзаконних актів, які передбачають загальний та спеціальний режими використання майна, що належить органам виконавчої влади, органам місцевого самоврядування, комунальним підприємствам, установам, організаціям, приватним особам, що тимчасово в межах наданих дозволів використовують майно осіб публічного права. Врахування французького досвіду кодифікації законодавства у зазначеній сфері дає змогу визнати доцільним об'єднання в пропонованому Кодексі законодавчих положень щодо приватного та публічного майна.

<sup>1</sup> Скакун О.Ф. Место общего сравнительного правоведения в системе юридических наук и его официальный статус / О.Ф. Скакун // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: зб. наук. статей ; за ред. Ю.С. Шемшученка, О.В. Кресіна. – К.: Інститут держави і права ім. Корецького НАН України, Таврійський національний університет ім. В.І. Вернадського, Київський університет права НАН України, 2006. – С. 6.

<sup>2</sup> Тилле А.А. Сравнительный метод в юридических дисциплинах / А.А. Тилле, Г.В. Швеков. – М.: Высшая школа, 1973. – С. 13

<sup>3</sup> Скакун О.Ф. Вказана праця.

<sup>4</sup> Алексеев С.С. Общая теория права: в 2 т. / С.С. Алексеев. – М., Юридическая литература, 1981. – Т. 1. – С. 32–33.

<sup>5</sup> Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая география мира / А.Х. Саидов. – М., 1993. – С. 51–52.

<sup>6</sup> Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения / Ю.А. Тихомиров. – М.: Норма, 1996. – С. 54–55.

<sup>7</sup> Козюк М.Н. Сравнительное правоведение и юридический анализ: методологические проблемы / М.Н. Козюк // Порівняльне правознавство: сучасний стан і перспективи розвитку: зб. наук. статей / за ред. Ю.С. Шемшученка, О.В. Кресіна. – К.: Ін-т держави і права ім. Корецького НАН України; Таврійський національний університет ім. В.І. Вернадського, Київський університет права НАН України, 2006. – С. 108.

<sup>8</sup> Тищенко В.В. Виды кодификационных актов / В.В. Тищенко // Правотворчество в СССР / под ред. проф. А.В. Мицкевича. – М.: Юридическая литература, 1974. – С. 247–248.

<sup>9</sup> Там само. – С. 319 с.

<sup>10</sup> Мицкевич А.В. Акты высших органов Советского государства / А.В. Мицкевич. – М.: Юридическая литература, 1967. – С. 150.

<sup>11</sup> Пиголкин А.С. Подготовка проектов нормативных актов / А.С. Пиголкин. – М.: Юридическая литература, 1968. – С. 115.

<sup>12</sup> Керимов Д.А. Кодификация и законодательная техника / Д.А. Керимов. – М.: Госюриздат, 1962. – С. 42.

<sup>13</sup> Иоффе О.С. Структурные подразделения системы права / О.С. Иоффе // Ученые записки ВНИИСЗ. – М., 1968. – Вып. 14. – С. 47.

<sup>14</sup> Философский словарь / авт.-сост.: И.В. Андрущенко, О.А. Вусатюк, С.В. Линецкий, А.В. Шуба. – К.: А.С.К., 2006. – С. 294.

<sup>15</sup> Там само. – С. 296.

<sup>16</sup> Там само.

<sup>17</sup> Большая юридическая энциклопедия : более 2 000 юридических терминов и понятий / под ред. В.В. Аванесян, С.В. Андреева, Е.В. Белякова, Е.В. Глазова, Л.В. Дудкина и др. – Самое полное современное издание. – М.: Эксмо, 2008. – С. 197.

<sup>18</sup> Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р. № 8073-X // База даних «Законодавство України» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/80731-10> (Дата звернення: 08.04.2018).

<sup>19</sup> Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35–37. – Ст. 446.

<sup>20</sup> Fromont M. Droit administrative des Etats europeens, Paris, Presses Universitaires de France, 2006. – P. 141.

<sup>21</sup> Code général de la propriété des personnes publiques: l'ordonnance 2006-460 du 21 avril 2006 // Data base «Legifrance» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070299&dateTexte=20080505> (Date of review 15.05.2018)

<sup>22</sup> Loi n 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie Data base «Legifrance» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000451890> (Date of review 15.05.2018).

<sup>23</sup> Code général de la propriété des personnes publiques: l'ordonnance 2006-460 du 21 avril 2006 // Data base «Legifrance» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070299&dateTexte=20080505> (Date of review 15.05.2018).

#### Резюме

**Литвиненко Є.Ю. Порівняльно-правовий аналіз основних видів кодифікаційних актів у країнах Європейського Союзу та України.**

У даній статті автором розглянуто специфіку застосування порівняльно-правового методу при дослідженні державно-правових явищ, правила його застосування для формулювання вірогідних висновків та рекомендацій при порівнянні адміністративно-правових інститутів, положень актів адміністративного законодавства країн Європейського Союзу та України.

Автором розглянуто основні види кодифікаційних актів у країнах Європейського Союзу та України, проаналізовано зміст та структуру кодексів, що були прийняті в Україні в період незалежності, а також кодексів європейських країн, прийняття яких пропонується для удосконалення вітчизняної системи адміністративного законодавства.

**Ключові слова:** порівняльно-правовий метод, кодифікація, адміністративне законодавство, кодекс, Європейський Союз.

#### Резюме

**Литвиненко Е.Ю. Сравнительно-правовой анализ основных видов кодификационных актов в странах Европейского Союза и Украины.**

В данной статье автором рассмотрена специфика применения сравнительно-правового метода при исследовании государственно-правовых явлений, правила его применения для формирования возможных выводов и рекомендаций при сравнении административно-правовых институтов, положений актов административного законодательства стран Европейского Союза и Украины.

Автором рассмотрены основные виды кодификационных актов в странах Европейского Союза и Украины, проанализировано содержание и структуру кодексов, принятых в Украине в период независимости, а также кодексов европейских стран, принятие которых предлагается для совершенствования отечественной системы административного законодательства.

**Ключевые слова:** сравнительно-правовой метод, кодификация, административное законодательство, кодекс, Европейский Союз.

#### Summary

**Lytvynenko Y. Comparative legal analysis of the main types of codified acts in the European Union countries and Ukraine.**

In the proposed article author has reviewed specifics of comparative legal method application in state legal studies, rules of its application for formulating of possible conclusions and recommendations for comparison of the main administrative legal institutes, provisions of administrative legislative acts in the European Union countries and Ukraine.

Author described the main types of codified acts in the countries of the European Union and Ukraine, analyzed the essence and structure of the codes, enacted in Ukraine during the period of independence, as well as of European codes that could be recommended for future implementation into domestic system of administrative legislation.

**Key words:** comparative legal method, codification, administrative legislation, code, European Union.

Д.А. ОДОЛАДОВ

Данило Андрійович Одоладов, аспірант Київського університету права НАН України

## ДЖЕРЕЛА БАНКІВСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ТА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Розглядаючи питання, пов'язані з регулювання відносин у сфері банківської діяльності, неможливо оминати увагою такі важливі поняття, як «банківське законодавство» та «джерела банківського законодавства». Актуальність питання джерел банківського законодавства полягає у необхідності дослідження джерел банківського законодавства Європейського Союзу з метою адаптації вітчизняного законодавства до вимог сьогодення та умов функціонування сучасних банківських систем.

Питанню дослідження джерел банківського законодавства приділяли увагу Т.А. Латковська, Є.В. Карманов, О.П. Орлюк, Д.О. Гетманцев, М.І. Трипольська, розглядаючи нормативно-правові акти, якими врегульована банківська діяльність банків в Україні та окремі аспекти загальноєвропейського регулювання банківської діяльності. Водночас не було приділено достатньо уваги розгляду джерел банківського законодавства Європейського Союзу та окремих країн ЄС.

**Метою статті** є дослідження питання джерел банківського законодавства України та загальноєвропейських джерел банківського законодавства, а також аналіз перспектив і головних напрямів подальшого вдосконалення банківського законодавства України.

**Основними результатами дослідження** є розгляд понять джерел законодавства, аналіз джерел права Європейського Союзу та подальшого напряму розвитку банківського законодавства України.

Аналізуючи різні точки зору поняття джерел законодавства, слід погодитися з тим, що найбільш прийнятними є ті позиції, згідно з якими під джерелом розуміють «спосіб вираження і закріплення (зміни чи відміни) правових норм»<sup>1</sup>, або «спосіб визнання соціальних норм в якості обов'язкових»<sup>2</sup>.

Вивченню окремих аспектів банківського законодавства приділяли увагу вчені ще у радянський період. Характерним для їх дослідження було те, що вони використовували термін «банківське законодавство» у широкому значенні. А.П. Заєць пояснював перевагу широкого підходу науки того періоду до розуміння терміна «законодавство» тим, що він базувався на уявленні про органічну взаємодію законів і актів, що їх конкретизують або розвивають, де під взаємодією нерідко приховувалася підміна закону підзаконним актом – актами уряду, інших органів державної влади. Сприяв цьому й значний дефіцит законів, що існував тривалий час при фактичному домінуванні підзаконних, більше того – відомчих нормативних актів, у тому числі і в банківсько-правовій сфері<sup>3</sup>.

Існує декілька підходів до розуміння терміна «законодавство». Згідно з першим законодавство розуміється як сукупність законів та законодавчих актів вищих органів державної влади. Згідно з другим до законодавства включаються також урядові акти, які мають нормативний характер. Найбільш широким є третій підхід, який полягає у включенні до законодавства усіх законів та підзаконних актів. Цей підхід поділяє, зокрема, Л.К. Воронова, зазначаючи, що система фінансового законодавства складається з ієрархічної сукупності законів і нормативно-правових актів з фінансових питань.

У наш час значний науковий інтерес становить рішення Конституційного Суду України про тлумачення терміна «законодавство» від 9 липня 1998 р. № 12-рп/98. Суд зазначив, що термін «законодавство», який використовується у ч. 3 ст. 21 Кодексу законів про працю, треба розуміти так, що він охоплює:

- Конституцію України;
- закони України;
- чинні міжнародні акти України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України;
- постанови Верховної Ради України;
- Укази Президента України;
- декрети і постанови Кабінету Міністрів України.

Зазначена позиція Конституційного Суду України має методологічне значення не лише для законодавства про працю, а й для банківського законодавства, оскільки це перше офіційне тлумачення цього поняття.

Суд визначив, що термін «законодавство» використовується в основному у значенні сукупності законів та інших нормативних актів, що регламентують ту чи іншу сферу публічних відносин, і є джерелами певної галузі права<sup>4</sup>.

Тому на сьогоднішній день провідні українські вчені вважають, що термін «банківське законодавство» означає систему всіх упорядкованих певним чином нормативно-правових актів, що регулюють суспільні відносини у сфері банківської діяльності. Тобто, практично термін «банківське законодавство» – це закони, якими врегульовані правовідносини у сфері здійснення банківської діяльності, а також видані на їх основі підзаконні нормативні акти з банківських питань<sup>5</sup>.



О.П. Орлюк банківське законодавство розглядає як систему всіх упорядкованих певним чином нормативно-правових актів, що регулюють відносини у сфері банківської діяльності.

На думку М.І. Трипольської, банківське законодавство на сьогодні являє собою систему різноманітних за юридичною чинністю та сферою дії нормативно-правових актів з певною ієрархією, які регулюють банківську діяльність.

Найбільш обґрунтованим, на наш погляд, є визначення Д.О. Гетманцева, на думку якого банківське законодавство являє собою сукупність правових форм, які містять у собі норми різних галузей права (в основному фінансового, адміністративного та цивільного), об'єднаних за сферою правового регулювання – банківською діяльністю, але при їх застосуванні використовуються різні (протилежні за своєю природою) методи правового регулювання. При цьому вчений зазначає, що основний нормативно-правовий масив банківського законодавства належить до фінансового права<sup>6</sup>.

Таке визначення є обґрунтованим, оскільки, по-перше, воно містить чіткий перелік галузей права, норми якого входять до банківського законодавства, по-друге, вказує на спільні та відмінні риси таких норм. Обґрунтованим також є зазначення переважної ролі саме норм фінансового права.

Оскільки банківське право своїм предметом охоплює різноманітні суспільні відносини, то закони, норми яких регулюють ці відносини, класифікуються, як правило, на загальні та спеціальні. Першим було прийнято спеціальний закон «Про банки і банківську діяльність» (1991 р.). Наступним кроком розвитку законодавства було врегулювання діяльності Національного Банку України у спеціальному Законі України «Про Національний банк України» (1999 р.), який визначив його правовий статус. Другим спеціальним банківським законом є Закон України «Про банки і банківську діяльність» (2000 р.), норми якого визначають структуру банківської системи, а також економічні, організаційні й правові засади створення, діяльності, реорганізації та ліквідації банків. При цьому необхідно зазначити, що відповідні питання більш детально врегульовані у підзаконних актах – постановах Національного банку України. Таким чином, до основної групи джерел банківського права слід віднести такі спеціальні банківські закони, як: Закон України «Про Національний банк України» від 20 травня 1999 р. та Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 7 грудня 2000 року. Саме цим спеціальним законам належить визначальне місце в правовому регулюванні банківської діяльності. До спеціального банківського законодавства належать також закони, сфера регулювання яких поширюється виключно на банківську діяльність. Це такі нормативно-правові акти, як Закон України «Про платіжні системи і переказ грошей в Україні», Закон України «Про фонд гарантування вкладів фізичних осіб» та ряд інших. Важливе місце серед джерел банківського права належить загальним законам. До них належать, зокрема: Закони України «Про господарські товариства», «Про цінні папери і фондовий ринок», «Про фінансові послуги і державне регулювання ринку фінансових послуг», «Про кредитні спілки», «Про обіг векселів в Україні» та інші. Загальне банківське законодавство включає в себе також норми, які містяться в Податковому кодексі і прийнятому 2 грудня 2010 р. Бюджетному кодексі України, в редакції від 8 липня 2010 р., Цивільному кодексі України, Господарському кодексі України та Кримінальному кодексі України.

Особливістю банківських відносин є значна роль підзаконних нормативно-правових актів – постанов Національного банку України, що дає підстави говорити про наявність нормотворчих повноважень НБУ.

Однією з актуальних ідей, яка потребує подальшого розвитку та розгляду можливості запровадження, є ідея щодо створення єдиного кодифікованого акта – Банківського кодексу України. Такий акт міг би об'єднати норми банківського законодавства, які наразі присутні у великій кількості різних нормативно-правових актів, що значно полегшить як їх оновлення та зміну законодавцем, так і безпосередньо користування ними. Основу такого акта можуть становити Закони України «Про банки і банківську діяльність» та «Про Національний банк України». На сьогодні відповідне питання знаходиться у стадії наукової розробки та обґрунтування необхідності. Позицію необхідності створення Банківського кодексу поділяють такі науковці, як Є. Карманов, Д. Кирилюк та інші вчені.

У разі, якщо процес прийняття банківського кодексу буде доведений до завершення, це створить передумови для прискорення розвитку банківського законодавства, допоможе об'єднати джерела банківського законодавства, подолавши окремі випадки неузгодженості між ними.

На сьогодні банківський кодекс наявний у законодавстві багатьох країн. Так, банківський кодекс США є поєднанням законів, які регулюють відносини у банківському секторі, при цьому підзаконні нормативні акти до цього кодексу не включені, що обумовлено наявністю двох рівнів регулювання банківської діяльності: загальнодержавного та місцевого. Таким чином, кодекс США «Code of Federal Regulations» врегульовує лише загальні аспекти здійснення банківської діяльності<sup>7</sup>. До особливостей правового регулювання банківської діяльності у цій країні належить також наявність спеціальних законів, спрямованих на запобігання виникненню кризових явищ. Банківський кодекс Великобританії має зовсім іншу природу і являє собою збірку правил та принципів здійснення банківської діяльності, а його спрямуванням є не більш чітке нормативно-правове регулювання, а загальне підвищення якості банківських послуг<sup>8</sup>. При цьому банківський кодекс Великобританії не є обов'язковим для виконання та не має юридичної сили, дотримання його положень ґрунтується на правосвідомості банківських співробітників. На нашу думку, відповідні концепції не можуть бути застосовані при регулюванні банківської діяльності в Україні, оскільки американський підхід адаптований під функціонування в умовах більш складного державного устрою, а британський не вирішує завдання об'єднання нормативно-правових актів.

Найбільш досконалим, на нашу думку, є Банківський кодекс Республіки Білорусь (далі – БК РБ). Цей кодифікований нормативно-правовий акт об'єднав основні нормативно-правові акти у сфері регулювання банківської діяльності. До питань, які врегульовані БК РБ, належать, зокрема питання щодо:

- визначення банківського законодавства та банківських відносин, здійснення банківської діяльності;
- правового статусу Національного банку Республіки Білорусь, його функцій та повноважень;
- правового статусу інших банків, та правових засад їх діяльності, порядку створення і припинення діяльності тощо.

Таким чином, Банківський кодекс Республіки Білорусь є кодифікованим актом, який регулює здійснення банківської діяльності та функціонування банківської системи. Саме цей нормативно-правовий акт, на нашу думку, необхідно детально проаналізувати при розробці Банківського кодексу України і врахувати його позитивні положення.

Створення банківського кодексу допоможе вирішити одночасно декілька актуальних питань правового регулювання банківської діяльності:

– Виявлення та усунення суперечностей між діючими нормативно-правовими актами у процесі їх об'єднання.

– Значне полегшення використання банківського законодавства, об'єданого у один нормативний акт.

Таким чином, створення банківського кодексу, на нашу думку, є доцільним та обґрунтованим. До складу банківського кодексу повинні увійти як основні закони, що регулюють банківську діяльність, так і положення постанов Національного банку України щодо порядку створення та припинення діяльності банків, а також нормативно-правові акти, які регулюють надання банківських послуг та здійснення банківських операцій. Створення єдиного кодифікованого акта допоможе значно підвищити ефективність нормативно-правового регулювання банківської діяльності та спростить подальшу модернізацію законодавства з метою адаптації до сучасних вимог.

Досліджуючи нормативно-правове регулювання банківської діяльності Європейського Союзу, необхідно пам'ятати, що воно не знаходиться у статичному стані, а постійно змінюється, вдосконалюється та розвивається. За останні роки європейська банківська система зазнала декілька значних кризових явищ, а тому прагнення законодавців спрямовані на створення такої системи регулювання банківських відносин, яка б допомогла запобігти таким явищам у майбутньому або зменшити їх вплив.

Розглядаючи джерела банківського законодавства Європейського Союзу, необхідно передусім звернути уваги на наявність декількох рівнів правового регулювання. Першоосновою існуючих джерел права Європейського Союзу виступають джерела національного законодавства окремих країн, які стали джерелом для запозичення принципів та концепцій. У подальшому міжнародні публічні договори, які мають вищу юридичну силу, закріпили та врегулювали зв'язки міжнародного права та права окремих країн. Таким чином, специфічність системи джерел банківського законодавства Європейського Союзу полягає у поєднанні елементів міжнародного та національного права. На відміну від міжнародного права, джерела права Європейського Союзу є структурованими та мають чітко визначені ієрархічні зв'язки. При цьому, визначаючи джерела національного банківського законодавства окремої держави, необхідно підкреслити, що до їх системи входять джерела банківського права Європейського Союзу, а також міжнародні угоди, якими регулюються питання здійснення банківських операцій. Як справедливо зазначає М. С. Демидович, основним завданням банківського законодавства Європейського Союзу було гармонізувати банківське право у різних державах-членах Європейського співтовариства. При цьому таке законодавство виходило із принципу мінімальної гармонізації, який означав, що на рівні Співтовариства встановлюється лише мінімум правил, які повинні бути в законодавстві кожної держави<sup>9</sup>.

До первинних джерел належать загальні установчі договори, які встановлюють засади функціонування загальноєвропейських органів. Головною рисою вищезазначених нормативно-правових актів є їх особливе положення в системі законодавства Європейського Союзу, за правовою природою подібне до статусу Конституції у національному законодавстві країни.

До вторинних джерел банківського права відносять специфічні нормативно-правові акти: директиви, регламенти та рішення. На відміну від першої групи, вторинні джерела видаються інститутами Європейського Союзу.

Регламенти мають загальний характер та є обов'язковими для всіх суб'єктів права Європейського Союзу, виступаючи основним засобом нормативно-правового регулювання. Регламенти мають загальнообов'язковий характер.

Директиви визначають мету правового впливу та очікуваний результат, при цьому кожна держава самостійно визначає механізм та шляхи реалізації. Вони також є основною формою узгодження правового регулювання банківської діяльності. Відповідно до змісту директив можна розрізнити загальні та спеціальні. Директивою встановлюється певна модель правовідносин, яка має бути створена та може бути вказаний спосіб її реалізації. Так, наприклад, перша банківська директива 77/780/ЄЕС від 12 грудня 1977 р. визначала основи регулювання банківської діяльності. Згодом у 1989 р. з метою усунення виявлених недоліків була прийнята Друга банківська директива (89/646/ЄЕС). Вищезазначені директиви охоплюють основоположні принципи регулювання банківської діяльності. У подальшому прийнято додаткові директиви, якими були врегульовані окремі аспекти здійснення банківської діяльності. Ці акти органів Європейського Союзу М.С. Демидович відносить до другої групи, яка об'єднує спеціалізовані директиви щодо регулювання банківської діяльності<sup>10</sup>.

Збільшення кількості нормативно-правових актів призвело до виникнення необхідності їх об'єднання. Для вирішення цього питання 20 березня 2000 р. була прийнята Директива 2000/12/ЄС Європейського парламенту та Ради щодо започаткування й подальшого здійснення діяльності кредитних установ. На сьогодні чинною є Директива 2006/48/ЄС Європейського Парламенту та Ради про започаткування та здійснення діяльності кредитних установ від 14 червня 2006 р., яка доповнює та виправляє попередній нормативно-правовий акт. Консолідована директива об'єднує сукупність попередніх директив, встановлюючи основні правила створення та функціонування банківських установ, визначає загальні критерії банківського нагляду, містить визначення основних понять. Рішення європейських законодавців щодо прийняття консолідованої директиви підтверджує доцільність кодифікації законодавства та об'єднання нормативно-правових актів, виступаючи додатковим аргументом на підтримку розробки Банківського кодексу.

Рекомендації не є обов'язковими та не мають обов'язкової юридичної сили, але враховуються під час прийняття рішень.

Рішення мають індивідуальний характер, створюючи певні обов'язки лише для окремого визначеного суб'єкта та мають на меті врегулювання окремих специфічних питань. Особливістю цього виду нормативно-правових актів є можливість їх оскарження у судовому порядку.

Визначаючи риси окремих джерел банківського законодавства Європейського Союзу, необхідно зазначити особливий статус рішень Суду Європейського Союзу, які є загальнообов'язковими для всіх суб'єктів та носять остаточний характер. Рішенням Суду Європейського Союзу притаманні основні принципи права міжнародних договорів. Виходячи з цього, можна зазначити про наявність прецеденту як джерела правового регулювання.

Істотну роль у регулюванні банківської діяльності відіграла доповідь Алессандра Ламфалуссі, Комітету Мудреців (The Committee of Wise Men) «Про законодавче регулювання європейських ринків цінних паперів». У ній розглядалися аспекти регулювання ринку цінних паперів, але викладені принципи були застосовані для регулювання фінансового сектора.

Членами Комітету Мудреців була запропонована чотирирівнева система законодавчого регулювання фінансових ринків. Така система була схвалена Європейським Союзом 23 березня 2001 р., повністю прийнята європейською спільнотою та імплантована в національні системи і є механізмом у сфері нормативного регулювання банківського нагляду в ЄС<sup>11</sup>.

Чотирирівнева система складається з наступних рівнів:

1. Перший рівень – прийняття принципів і загальних норм глобального характеру шляхом стандартизованих законодавчих процесів.
2. Другий рівень – створення структур, які повинні деталізувати на нормативному рівні рамочні норми, прийняті на першому рівні.
3. Третій рівень – співробітництво і створення загальних стандартів серед органів держав-членів Європейського Союзу для здійснення послідовного провадження норм, які були прийняті на перших двох рівнях.
4. Четвертий рівень – посилення механізмів виконання прийнятих рішень на основі діяльності Європейської комісії та регулюючих органів – членів Європейського Союзу і приватним сектором<sup>12</sup>.

Досліджуючи питання регулювання банківської діяльності в державах ЄЕС, неможливо оминати увагою рекомендації Базельського комітету, які охоплюють питання управління ризиками, вимоги до капіталу та інші аспекти.

Деякі дослідники банківського права Європейського Союзу відносять до його джерел міжнародні угоди з питань банківської діяльності і пов'язаних з нею питань, учасниками яких є держави-члени Європейського Союзу (наприклад, Женевські конвенції «Про одноманітний закон про переказний і простий вексель» (1930 р.) та «Про одноманітний закон про чеки» (1931 р.); Отавські конвенції ЮНІДРУА 1988 р. «Про міжнародний фінансовий лізинг» та «Про міжнародний фінансовий факторинг»; уніфіковані правила, укладені Міжнародною торгівельною палатою по інкасо, акредитивах, договірних гарантіях)<sup>13</sup>. Виходячи з того, що положення зазначених вище договорів не включені до актів органів Європейського Союзу, їх відносять до національного законодавства окремих держав.

Отже, можемо зробити висновок, що існує багато підходів до визначення поняття «банківське законодавство». Найбільш повним є поняття, згідно з яким банківське законодавство включає норми різних галузей права, які об'єднуються за сферою правового регулювання – банківською діяльністю. При цьому важливо зазначити, що основний нормативно-правовий масив банківського законодавства належить до фінансового права. Особливістю банківського законодавства також є наявність підзаконних актів, виданих Національним Банком України, які відіграють важливу роль у регулюванні банківської діяльності.

Важливим кроком на шляху вдосконалення правового регулювання банківської діяльності може стати розробка та прийняття Банківського кодексу як єдиного кодифікованого акта, до складу якого мають увійти норми окремих спеціальних законів, якими на сьогодні врегульована банківська діяльність в Україні. При цьому зберігається роль підзаконних нормативно-правових актів, виданих Національним банком України, оскільки саме ними врегульовуються окремі аспекти здійснення банківської діяльності. Аналіз банківського законодавства Європейського Союзу та США підтверджує обґрунтованість і доцільність таких змін у вітчизняному законодавстві.

Правове регулювання банківської діяльності Європейського Союзу має декілька рівнів, поєднуючи міжнародне та національне регулювання. При цьому загальноєвропейські нормативно-правові акти, до яких

належать директиви, регламенти та рекомендації, встановлюють основоположні принципи функціонування фінансової системи Європейського Союзу, які знаходять відображення у національних нормативно-правових актах окремих держав.

Важливу роль у розвитку банківського законодавства відіграють рекомендації Базельського комітету. Вони спрямовані на забезпечення стабільності функціонування банківської системи, підвищення надійності банків та загальної захищеності фінансової системи від кризових явищ. Таким чином, до основних особливостей джерел банківського законодавства Європейського Союзу можна віднести використання директив як специфічного інструменту правового регулювання й тенденції до їх подальшої кодифікації; значну роль Базельського комітету та специфіку співіснування загальноєвропейських нормативно-правових актів і внутрішніх законодавчих актів окремих країн-членів Європейського Союзу, а також окремої групи міжнародних угод. При цьому побудова банківського законодавства Європейського Союзу зберігає повноваження національних органів, які здійснюють регулювання банківської діяльності, що робить регулювання більш гнучким та дозволяє врахувати традиції та особливості функціонування банківської системи окремих держав.

<sup>1</sup> Общая теория государства и права. Академический курс: в 3 т. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Норма, 2007. – Т. 2: Право / отв.ред. М.Н. Марченко. – 816 с.

<sup>2</sup> Теория права и государства : учеб. для вузов / под ред. Г.Н. Манова. – М. : БЕК,1995. – 549 с.

<sup>3</sup> Приходько В.П. Поняття «банківське законодавство» в широкому і вузькому значенні / В.П. Приходько // Збірник тез доповідей Всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Суми, 22–23 листопада 2007 р.): Суми, 2007. – Т. 2. – С. 66–68.

<sup>4</sup> Там само.

<sup>5</sup> Там само.

<sup>6</sup> Гетманцев Д.О. Банківське право України / Д.О. Гетманцев, Н.Г. Шукліна. – К.: Центр учбової літератури, 2007. – 344 с.

<sup>7</sup> Code of Federal Regulations, Title 12 Banks and Banking : [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: [https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=ae64e20d3458c8f51fdee555532d9c70&mc=true&tpl=/ecfrbrowse/Title12/12tab\\_02.tpl](https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=ae64e20d3458c8f51fdee555532d9c70&mc=true&tpl=/ecfrbrowse/Title12/12tab_02.tpl)

<sup>8</sup> Banking Act : [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: [https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/1/pdfs/ukpga\\_20090001\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/1/pdfs/ukpga_20090001_en.pdf)

<sup>9</sup> Демидович М.С. До питання щодо джерел європейського банківського права / М.С. Демидович // Держава і право. – 2006. – № 1. – С. 338–343.

<sup>10</sup> Там само. – С. 341.

<sup>11</sup> Гойванюк М.П. Досвід регулювання банківської діяльності в країнах ЄС. 2012 / М.П. Гойванюк // Фінанси, облік і аудит. – 2012. – № 19. – С. 30–39.

<sup>12</sup> Там само.

<sup>13</sup> Прокопенко Є.Л. Банківське право ЄС : навч. посіб. / Є.Л. Прокопенко, В.Ф. Хоровський, Б.М. Криволапов. – К. : ІМВ КНУ ім. Тараса Шевченка, 2004. – 137 с.

### Резюме

#### **Одолодов Д.А. Джерела банківського законодавства України та Європейського Союзу.**

Розглянуто особливості нормативно-правового регулювання банківської діяльності в Україні та Європейському Союзі, поняття банківського законодавства та джерел банківського законодавства, основні джерела банківського законодавства Європейського Союзу та їх особливості.

**Ключові слова:** правове регулювання банківської діяльності, банківське законодавство, джерела банківського законодавства, директива, резолюція, рекомендація, постанова, банківський кодекс.

### Резюме

#### **Одолодов Д.А. Источники банковского законодательства Украины и Европейского Союза.**

Рассмотрены особенности нормативно-правового регулирования банковской деятельности в Украине и Европейском Союзе, понятия банковского законодательства и источников банковского законодательства, основные источники банковского законодательства Европейского Союза и их особенности. **Ключевые слова:** правовое регулирование банковской деятельности, банковское законодательство, источники банковского законодательства, директива, резолюция, рекомендация, постановление, банковский кодекс.

### Summary

#### **Odoladov D. Sources of banking legislation of Ukraine and the European Union.**

The article covers issues of features of regulatory legal regulation of banking activity in Ukraine and the European Union, the concept of banking legislation and sources of banking legislation, the main sources of banking legislation of the European Union and their features.

**Key words:** legal regulation of banking activities, banking legislation, sources of banking legislation, directive, resolution, recommendation, resolution, banking code.

УДК 347.254 (477)

**О.Є. АВРАМОВА**

*Ольга Євгенівна Аврамова, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Харківського національного університету внутрішніх справ*

### **ЛАНКИ МЕХАНІЗМУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЖИТЛОВИХ ВІДНОСИН**

Механізм правового регулювання є системою впливу правових засобів на суспільні правовідносини. Внаслідок цього здійснюється перетворення суспільних відносин на правовідносини. Сам механізм правового регулювання (далі – МПР) є єдиною динамічною системою, оскільки складається з елементів/ланок, що знаходяться у ланцюгові правового впливу на суспільні відносини. Його мета полягає в регулюванні відносин, що виникають, існують. Суспільні відносини знаходяться у постійному розвитку. Це й відбивається на динаміці МПР. Слід зазначити, що при встановленні правового регулюванні конкретних відносин МПР отримує на певний час статичний стан. Для житлового права механізм правового регулювання, його елементи/ланки мають особливе значення, оскільки галузь житлового законодавства потребує оновлення та реформування.

Найбільш близьким за правовою природою до МПР житлових відносин є механізм цивільно-правового регулювання. У юридичній науці механізм цивільно-правового регулювання, щодо якого механізм правового регулювання житлових відносин є спеціальною категорією, досліджувався С.С. Алексєвим, на рівні цивільного права – Н.С. Кузнецовою, А.В. Кострубою, С.О. Погрібним, С.О. Сліпченко, Р.Б. Шишкою, В.Л. Яроцьким та іншими. Незважаючи на вклад науковців у його вивчення, окремого розгляду МПР житлових відносин не проводилось. При цьому необхідно зауважити, що можливість доведення існування самостійності МПР житлових відносин полягає у встановленні специфіки елементів/ланок МПР житлових відносин.

Тому **метою** статті є визначення ланок механізму правового регулювання житлових відносин.

В.Л. Яроцький слушно здійснює образне порівняння МПР цивільно-правового регулювання з алгоритмом, тобто певною послідовністю дій, за допомогою яких можна розв'язати певну задачу, що дає змогу акцентувати увагу на взаємообумовленості статичних, діяльнісно-динамічних і результативних аспектів забезпечуваного ним впливу на певні групи відносин, що становлять предмет цивільного права<sup>1</sup>. Звернемо увагу, що вчений світ МПР цивільно-правового регулювання розглядає з точки зору засад теорії права та влучно визначає, що МПР є системою послідовного впливу права на конкретні правовідносини. При цьому щодо динамічного впливу МПР на суспільні відносини варто приєднатися до позиції Р.Б. Головкина, котрий вказує, що МПР є не якоюсь формальною, штучною, чисто теоретичною конструкцією, навпаки, його головна риса – це функціональна динамічна сутність. МПР є механізмом поетапного «розгортання» об'єктивного права зовні, у сферу реальних суспільних відносин. У суспільстві він пов'язує право (належне) і життя (суше), ідеальні моделі й реальні процеси, явища<sup>2</sup>. Розгортання позитивного права в сферу суспільних відносин стає можливим завдяки як процесу МПР, так і його елемента/ланок. Загальне визначення МПР цивільних правовідносин пропонує О.М. Калашник – як систему правових засобів, організованих у певній послідовності та спрямованих на впорядкування, регулювання, закріплення, розвиток і вдосконалення цивільних відносин на підставі основоположних принципів права<sup>3</sup>. Підсумовуючи викладені позиції, можна констатувати, що МПР спрямовано на регулювання суспільних відносин за допомогою правових засобів і що він складається з конкретних елементів. Звернемося до встановлення елементів/ланок МПР житлових відносин.

Теоретичне обґрунтування існування механізму правового регулювання, його стадії та складові запропонував С.С. Алексєєв. У праці «Механізм правового регулювання в соціалістическом государстве» (1966 р.) дослідник визначив, що процес правового регулювання складається із трьох стадій: 1) регламентування суспільних відносин; 2) дія юридичних норм, у результаті чого виникають правовідносини; 3) реалізація суб'єктивних прав і обов'язків. Трьом стадіям процесу правового регулювання відповідає три основних елементи або частини механізму: 1) юридичні норми; 2) правовідносини; 3) акти реалізації суб'єктивних прав і обов'язків. Додатково до них виділяються такі елементи, як: нормативні юридичні акти, правова сві-

домість і правова культура<sup>4</sup>. Його наступна праця «Проблеми теорії права» (1972 р.) також визначала МПР, але стосовно назви «елемент МПР» автор застосував подвійну термінологію «елемент/ланка»<sup>5</sup>. Учений у книзі «Право. Азбука. Теорія. Філософія. Опыт комплексного исследования» (1999 р.) використовує вже виключно термін «ланки МПР»<sup>6</sup>. Такий підхід до термінів щодо складових МПР потребує окремого осмислення, оскільки застосування різних визначень значно впливає на тлумачення юридичних категорій. Тому зупинимось на встановленні особливостей понять «елемент» та «ланка».

У тлумачних словниках пропонується наступне: елемент – це складова частина чого-небудь, окрема деталь<sup>7</sup>, ланка – це складова частина ланцюга<sup>8</sup>. Отже, елемент є об'єктом, пов'язаним з іншими об'єктами у єдиний комплекс, а ланки надають можливість рухатися механізму як одне ціле. Елемент може вилучатися із загального поняття, існувати самостійно та підлягати окремому дослідженню від єдиної системи його знаходження. Ланка як елемент ланцюга не може існувати поза цього утворення та повинна вивчатися у єдності з усім ланцюгом. Отже, при застосуванні поняття «ланка» щодо складових МПР можна зробити висновок, що МПР – це певна система/ланцюг впливу права на суспільні відносини, а тому її складові повинні досліджуватися в системі понять одного МПР. При цьому вилучення будь-якої ланки призводить до руйнування системи, а отже, неможливості впливу права на суспільні відносини. На таку властивість звертає увагу і А.В. Коструба, котрий зазначає, що МПР в цілому здатен спричинити наслідки, які не може бути спричинено окремими його елементами<sup>9</sup>. Тому доцільно при розгляді частин МПР застосовувати термін «ланка».

Таку позицію підтримав А.М. Васильєв, який стверджував, що варто виокремлювати основний функціональний ряд МПР та визначати послідовно розташовані в ньому правові категорії, які виступають тут більш істотно за інший порядок. Підкреслимо, науковець не застосує термін «елемент» чи «ланка». Він вказує на існування функціонального ряду, тобто послідовних взаємопов'язаних часток, що найбільш близькі саме до поняття «ланка». До функціонального ряду МПР він відносить: правові принципи – правотворчість – правові норми – юридичні факти – правовідносини – суб'єктивне право – юридична обов'язки – індивідуальні акти реалізації прав і обов'язків – правопорядок. У цьому субординація юридичних категорій у понятійному ряду відображає логіку впливу права на суспільні відносини, що відбувається за функціональним принципом<sup>10</sup>. Наведена позиція щодо ланок МПР є розширеною, але у науці дійсно існують різні погляди щодо складових МПР.

Підсумовуючи, необхідно зробити висновок, що МПР – це цілісна система, яка складається із взаємопов'язаних послідовних ланок, що розташовані за вектором дії МПР. Ланками МПР є: 1) правові принципи; 2) юридичні норми; 3) юридичні факти; 4) правовідносини; 5) акти реалізації суб'єктивних прав і обов'язків. Виокремивши ланки МПР, здійснимо їх моделювання щодо житлових відносин.

Первинний елемент – це правові принципи. Принципи регулювання житлових відносин поділяються на загальні та спеціальні. Загальні принципи регулювання житлових відносин встановлені у ст. 3 Цивільного кодексу України, оскільки житлові правовідносини є елементом широких приватних відносин, засади регулювання яких встановлено саме у ст. 3 ЦК України. Зокрема, це: 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; 2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; 3) свобода договору; 4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; 5) судовий захист цивільного права та інтересу; 6) справедливість, добросовісність та розумність<sup>11</sup>. М.К. Галянич визначає таку систему основних принципів житлового права: недоторканності житла, свободи вибору місця проживання, пріоритетності прав людини, гарантованості правового захисту при виселенні із житла, свободи реалізації права на житло, доступності користування житловим фондом, цільового використання житла<sup>12</sup>. Аналізуючи запропоновані принципи, необхідно звернути увагу на їх певну тотожність, зокрема: принцип гарантованості правового захисту при виселенні із житла є складовою принципу недоторканності житла; принцип пріоритетності прав людини охоплює і принцип свободи вибору місця проживання, свободи реалізації права на житло. О.О. Кармаза підтримує ці принципи та наводить власний погляд, виокремлюючи такі принципи: гарантованість правового захисту житлових прав; законність; диспозитивність; стабільність житлових відносин; обґрунтованість актів державної влади та органів місцевого самоврядування щодо розподілу та надання житла, що перебуває у державній або комунальній власності; неможливість накладання арешту на житло, яке вже перебуває під арештом; попередження правопорушень щодо житла; взаємна відповідальність особи та держави<sup>13</sup>. Науковці доводять, що принципи житлового права становлять: принцип припустимості здійснення права на житло; принцип недоторканності житла; принцип рівності правового режиму для суб'єктів житлового права; принцип невтручання в особисті справи, ще можна назвати його принципом дозволеної спрямованості житлово-правового регулювання<sup>14</sup>. У цих принципах також простежується ідентичність. Так, принцип недоторканності житла охоплює принцип невтручання в особисті справи та принцип рівності правового режиму для суб'єктів житлового права. Тотожність впливає з того що ст. 8 Європейської конвенції з прав людини (недоторканність житла) поширює захист на приватне, сімейне життя, таємницю кореспонденції та житло.

Варто зазначити, що наукових думок щодо принципів житлового права багато. Вважаємо, що принципи житлового права у МПР житлових відносин повинні визначати основні напрями, засади регулювання житлових відносин, тому до них варто віднести: доступність житла; безпечність житла; стабільність проживання у житлі; недоторканність житла.

Наступна ланка МПР житлових відносин – юридична норма. Це основа правового регулювання на рівні позитивного права. Юридичні норми визначають необхідну поведінку у вигляді суб'єктивних прав та юри-

дичних обов'язків, тобто моделюють певну поведінку. Вони у механізмі МПР житлових відносин встановлюються цивільним законодавством та окремими нормативними актами, які регулюють житлові правовідносини. Правові норми, що визначають юридичні факти житлових правовідносин, можуть бути як приватними так і у публічними.

Юридичні факти, як категорія МПР, є системним елементом механізму правового регулювання житлових відносин, оскільки вони є підставою виникнення правовідносин, а отже, розгляд самостійного механізму правового регулювання без виокремлення юридичних фактів неможливий. Втілення норми права в життя здійснюється через механізм правового регулювання, елементом якого є юридичні факти<sup>15</sup>. Це конкретні життєві обставини, що призводять до виникнення, зміни, припинення житлових правовідносин. Вони можуть поділятися на такі групи: 1) залежно від характеру настання наслідків виокремлюють наступні юридичні факти: правопороджуючі, правоприпиняючі, правозмінюючі, комплексні; 2) за вольовою ознакою: дії, події; 3) за кількісним складом виділяються прості та складні юридичні факти. Юридичні факти житлових правовідносин поділяються на: правопороджуючі, правоприпиняючі, правозмінюючі, комплексні. Кожен з цих фактів може розглядатися самостійно, оскільки передбачає різну спрямованість суб'єктів, їх дію, наявність правової норми, що втілює відповідну індивідуальну дію суб'єкта. Правопороджуючі юридичні факти житлових правовідносин пов'язані з наступними фактами: виникнення житлової потреби; вселення у житло; отримання права на проживання у житлі; укладання договору про надання житлово-комунальних послуг тощо. Правозмінюючі юридичні факти житлових правовідносин – це факти, що є підставою для змін існуючих правовідносин, зокрема народження дитини, укладання шлюбу може мати наслідком вселення у житло члена сім'ї власника житла, що призводить до зміни режиму проживання у житлі. Правоприпиняючі юридичні факти житлових правовідносин – це факти як дії, так і події, що призводять до припинення житлових правовідносин. Наприклад, відповідно до наказу Держжитлокомунгоспу від 2 липня 1993 р. № 52 «Про затвердження Правил оцінки фізичного зносу жилих будинків» будинок визнається непридатним для проживання, коли його фізична зношеність сягає 81 %, тобто такий будинок практично зруйновано<sup>16</sup>. Непридатне житло не може використовуватися для проживання, а на підставі рішення власника, за погодженням з державними органами, може переобладнуватися у нежитлові приміщення або підлягає знесенню. Наведений факт встановлення фізичного зносу житлового будинку може бути підставою щодо припинення житлових правовідносин. Комплексні юридичні факти мають місце, коли один факт призводить зокрема як до виникнення, так і змін житлових правовідносин. Наприклад, факт народження дитини у власника житла: 1) виникає сервітут права на проживання у житлі батьків – власників житла; 2) змінюються правовідносини користування житлово-комунальних послуг, зокрема розрахування житлово-комунальних послуг (без наявності лічильників) може відбуватися за кількістю прописаних осіб.

У механізмі правового регулювання житлових відносин виокремлюється і така ланка, як правовідносини. Вони є індивідуалізованим суспільним зв'язком між особами, що характеризується наявністю суб'єктивних прав та юридичних обов'язків<sup>17</sup>. Житлові правовідносини – це врегульовані нормами права суспільні відносини проживання у житлі. Метою житлових правовідносин є задоволення та забезпечення потреби проживання у житлі. Об'єктом житлових правовідносин виступає проживання у житлі. Сучасні житлові правовідносини виникають з приводу: проживання у житлі (правовий режим безпечного проживання); отримання житла (за речовою, зобов'язальною, соціальною моделлю); управління житлом (управління багатоквартирним, індивідуальним будинком); управління житловим фондом (облік житла, виявлення безхазяйного житла, проведення будівельного контролю для виявлення житла, непридатного для проживання тощо); будівництва житла (аспект санітарно-технічної безпеки збудованого житла для проживання); обліку осіб, які потребують житла; надання житлово-комунальних послуг тощо. Житлові правовідносини охоплюють такі групи відносин: речові (сервітут проживання у житлі члена сім'ї власника житла, легаті); зобов'язальні (договори щодо користування житлом, зокрема договір найму, позички; договори про надання житлово-комунальних послуг, договір управління багатоквартирним будинком тощо); організаційні (управління житлом, житловим фондом; облік громадян щодо надання соціального житла); інформаційні (отримання інформації про стан житла, зокрема з державних реєстрів); відносини щодо захисту житлових прав, зокрема при примусовому виселенні. За своєю правовою природою ці правовідносини поділяються на приватноправові та публічно-правові відносини.

Остання ланка у МПР житлових правовідносин – акти реалізації суб'єктивних прав і обов'язків. Це дії суб'єктів житлових правовідносин щодо здійснення встановлених у житловому законодавстві конкретних суб'єктивних прав та обов'язків. До цих дій можна віднести дії суб'єкта, спрямовані на задоволення житлової потреби, зокрема придбання житла за певною моделлю. На підставі актів реалізації суб'єктивних прав і обов'язків може формуватися індивідуальне правове регулювання, спрямоване на конкретні відносини, зокрема у вигляді договору, статуту об'єднання співвласника багатоквартирного будинку, рішення суду тощо.

Підсумовуючи вищевикладене, необхідно зробити загальний висновок, що ланки механізму правового регулювання житлових відносин мають власну специфіку, відмінну від цивільно-правових категорій, що обумовлена наявністю публічного елементу та, в деяких випадках, відсутністю диспозитивної. Наявність вказаних характеристик ланок МПР житлових відносин свідчить про існування самостійного механізму правового регулювання житлових відносин, який потребує окремого дослідження та науково обговорення.

<sup>1</sup> Яроцький В.Л. Загальна характеристика механізму цивільно-правового регулювання / В.Л. Яроцький // Актуальні проблеми приватного права : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 93-й річниці з дня народж. В.П. Маслова (м. Харків, 27 лют. 2015 р.). – Х., 2015. – С. 17.

<sup>2</sup> Головкин Р.Б. Механизм морально-правового регулирования частной жизни / Р.Б. Головкин // Вестник Ивановского государственного энергетического университета. – 2005. – С. 4.

<sup>3</sup> Калашиник О.М. Механізм правового регулювання цивільних відносин як об'єкт наукових досліджень: генеза та сутність / О.М. Калашиник // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2017. – № 2 (14). – С. 144.

<sup>4</sup> Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве / С.С. Алексеев. – М. : Юрид. лит., 1966. – С. 34, 35.

<sup>5</sup> Алексеев С.С. Проблемы теории права / С.С. Алексеев. – Свердловск : Изд-во Свердл. юрид. ин-та. 1972. – Т. 1. – С. 364.

<sup>6</sup> Алексеев С.С. Право : Азбука. Теория. Философия : Опыт комплексного исследования / С.С. Алексеев. – М. : Статут, 1999. – С. 156.

<sup>7</sup> Новий тлумачний словник української мови: у 3 т. – К. : Вид-во «Аконіт», 2004. – Т. 1: А–К / укл. В. Яременко, О. Сліпченко. – С. 642.

<sup>8</sup> Новий тлумачний словник української мови у 3 т. – К. : Вид-во «Аконіт», 2004. – Т. 2: К–П / укл. В. Яременко, О. Сліпченко. – С. 56.

<sup>9</sup> Коструба А.В. Цивільне правовідношення в механізмі правового регулювання / А.В. Коструба // Вісник Національної академії правових наук. – 2014. – № 1 (76). – С. 113.

<sup>10</sup> Васильев А.М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права / А.М. Васильев. – М. : Юрид. лит., 1976. – 264 с.

<sup>11</sup> Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

<sup>12</sup> Галантич М.К. Приватноправові засади реалізації житлових прав громадян в Україні : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 Цивільне право, сімейне право, цивільний процес, міжнародне приватне право / М.К. Галантич. – К. : Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2008. – С. 15.

<sup>13</sup> Кармаза О.О. Принципи житлового права / О.О. Кармаза // Науковий вісник Національного університету державної податкової служби України (економіка, право). – 2012. – № 4 (59). – С. 191.

<sup>14</sup> Ільєнко В. Принципи житлового права / В. Ільєнко, Д. Ільєнко, Р. Карпенко // Підприємництво, господарство і право. 2017. – № 10. – С. 38.

<sup>15</sup> Сліпченко С.О. Правопороджуючі юридичні факти у механізмі правового регулювання особистих немайнових відносин / С.О. Сліпченко // Вісник Національної академії правових наук України. – 2013. – № 3 (74). – С. 195.

<sup>16</sup> Про затвердження Правил оцінки фізичного зносу жилих будинків : наказ Колегії державного комітету України з питань житлово-комунального господарства (Держжитлокомунгосп) № 52 від 2 липня 1993 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ua-info.biz/legal/basehi/ua-rmeyxr/index.htm>

<sup>17</sup> Алексеев С.С. Вказана праця. – С. 51.

### Резюме

#### **Аврамова О.С. Ланки механізму правового регулювання житлових відносин.**

Стаття присвячена дослідженню ланок механізму правового регулювання житлових відносин. Проаналізовано окремі його ланки, зокрема правові принципи; юридичні норми; юридичні факти; правовідносини; акти реалізації суб'єктивних прав і обов'язків. Найявішею особливістю ланок механізму правового регулювання житлових відносин вказує на потребу в окремому правовому регулюванні житлових відносин.

**Ключові слова:** житлові відносин, механізм, правове регулювання, принципи, факти, права та обов'язки.

### Резюме

#### **Аврамова О.Е. Звенья механизма правового регулирования жилищных отношений.**

Статья посвящена исследованию звеньев механизма правового регулирования жилищных отношений. Проанализированы отдельные его звенья, в частности правовые принципы, юридические нормы; юридические факты; правоотношения; акты реализации субъективных прав и обязанностей. Наличие особенностей звеньев механизма правового регулирования жилищных отношений указывает на необходимость в отдельном правовом регулировании жилищных отношений.

**Ключевые слова:** жилищные отношений, механизм, правовое регулирование, принципы, факты, права и обязанности.

### Summary

#### **Avramova O. The elements of legal regulation procedure of housing relations.**

The article is concerned with the research of the legal regulation procedure of housing relations. The separate elements, including the legal principles, legal rules, legal facts, legal relations, acts of legal rights and liabilities were analyzed. The presence of peculiarities of the legal regulation procedure of housing relations elements identifies the necessity of the separate legal regulation of housing relations.

**Key words:** housing relations, mechanism, legal regulation, principles, facts, rights and responsibilities.



**Л.В. ВАКАРЮК**

*Людмила Василівна Вакарюк, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

**ДО ПИТАННЯ СТРУКТУРИ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ В ТРУДОВОМУ ПРАВІ**

Необхідно зазначити, що наука трудового права, як і інші галузі права, досить часто апелює такими категоріями, як правові засоби. При цьому науковцями ще не вироблено загальноприйнятого поняття вказаних правових явищ і це є зрозумілим з огляду на неоднозначність вказаних категорій. «Кожна галузь права наділяється специфічним набором способів правового регулювання ... котрий типовий для тієї чи іншої сфери суспільних відносин»<sup>1</sup>. Для кожної галузі права характерний певний «набір» юридичних засобів, їх специфічне поєднання тут детерміноване особливостями впорядкування відносин в даній сфері життєдіяльності суспільства<sup>2</sup>. Як зауважує Н.Д. Гетьманцева, тільки здатність до правового регулювання наділяє сукупність правових способів, засобів, прийомів цілісністю, а не просто механічною сумою певних елементів. Правове регулювання трудових відносин, зауважує науковець, не може забезпечити ні один із елементів самостійно, воно здійснюється одночасно всіма його компонентами в їх органічному взаємозв'язку і завдяки цим зв'язкам<sup>3</sup>. Не є винятком трудове право, яке увібрало в себе, в особі правових засобів, всю гамму приватноправових і публічно-правових галузевих фарб, яких об'єднує єдина мета і завдання галузі.

Проблемам правового режиму взагалі та його структури зокрема приділяли увагу відомі вчені як теорії права, так і галузевих наук, зокрема: С.С. Алексєєв, М.І. Байтін, Д.М. Бахрах, В.В. Бєлєвцева, В.М. Горшенєв, В.Б. Ісаков, А.М. Колодій, О.В. Малько, М.І. Матузов, В.Я. Настюк, С.П. Погребняк, П.М. Рабінович, О.С. Родіонов, І.С. Самощенко, І.О. Соколова, Ю.О. Тихомиров, Е.Ф. Шамсумова та інші вчені.

**Метою статті** є з'ясування особливостей структури правового режиму в трудовому праві та подальша теоретична розробка даної проблеми.

Специфіка мети (завдань) трудового права як галузі потребує особливої сукупності засобів, способів чи навіть прийомів їх застосування, тобто правового регулювання трудових відносин<sup>4</sup>. Отже, з'ясуємо специфіку мети і завдань, що обумовлюють особливості функціонування трудо-правового режиму і його складову.

Свого часу Р.З. Лівшиць зауважив, що «гармонійний баланс економічних та соціальних інтересів має бути характерним для трудового права. Звідси – завданням трудового права є узгодження цілей економічного процвітання та захист особистості, її прав і свобод»<sup>5</sup>, створення необхідних правових умов для досягнення оптимального погодження інтересів сторін трудових відносин, інтересів держави, а також правове регулювання трудових і тісно з ними пов'язаних суспільних відносин<sup>6</sup>, стійкий баланс інтересів працівника і роботодавця<sup>7</sup>. Правовий зміст поняття «баланс інтересів» зашифрований у генетичному коді трудового права, сакральна сутність якого полягає у його соціальній спрямованості, основоположною, відправною точкою якої є пріоритет прав та законних інтересів працівника<sup>8</sup>. Як бачимо, узгодження прав та інтересів сторін трудового договору, які є протилежні за своїм змістом, завжди було пріоритетним завданням трудового права як самостійної галузі права, що історично їх вибороло сформувавшись як право соціального захисту працівника. При цьому ідея узгодженості інтересів полягає у постійному удосконаленні трудового законодавства таким чином, щоб забезпечити виконання за його допомогою найбільш центральних функцій галузі трудового права – захисної і виробничої<sup>9</sup>.

Вказана протилежність інтересів його основних суб'єктів як працівника, так і роботодавця набуває особливого змісту в сучасних умовах господарювання, при проголошенні свободи праці і «свободи від праці». Тому захист прав та інтересів сторін трудового договору виступає в якості одного із завдань трудового законодавства, а створення необхідних правових умов для досягнення оптимального узгодження інтересів працівника (вільно розпоряджатися своїми здібностями до праці) і роботодавця (свободи економічної (підприємницької) діяльності) належить до одних із його пріоритетних завдань.

Конкретний вибір відповідного засобу, способу у змісті трудо-правового режиму повинен здійснюватися першочергово при визначенні мети. Адже від вказаної обставини залежить той факт, який характер норми буде закладено у змістовну трудо-правового режиму: дозволу чи заборони (стимулу чи обмеження). Тому й, відповідно, саме норма права задає характер приписів – первинних способів впливу на поведінку людей (працівників): чи то дозвіл, чи то наказ, чи заборона (стимул, обмеження) і таким чином задає характер відповідному правовому режиму<sup>10</sup>.

Важливе місце у структурі трудо-правового режиму для досягнення мети і завдань трудового права посідають норми Конституції, які є правовою основою для розробки норм трудового права, сутністю і змістом яких є захист працівників<sup>11</sup> та конституційні гарантії, що є основним видом юридичних гарантій і відотримання та реалізації яких залежить надання інших видів гарантій у сфері найманої праці. Конституція України здійснює безпосередній вплив на функціонування трудо-правового режиму, оскільки без врахування

конституційних положень трудо-правовий режим не зможе проявити свої ціннісні властивості. Іншими словами, можна сказати, що Конституція закладає відповідний режимний фундамент для реалізації права на працю, закріплюючи для цього необхідні соціальні й економічні важелі. Саме в Основному Законі встановлюються конституційно-правові норми, що є основоположними для всіх інших нормативно-правових актів, які виходять з її норм і забезпечують таким чином їх деталізацію. Тому функціонування трудо-правового режиму неможливе без інших законів, як правових засобів, що засновані на конституційних положеннях, та вносять свою специфіку у його функціонування.

Міжнародні акти, які ратифіковані Україною, також є змістовною складовою трудо-правового режиму. Основні принципи, що закріплені у міжнародних актах, дістали своє вираження в інститутах трудового права та внесли специфіку у зміст трудо-правового режиму. Особливе місце в змістовній трудо-правового режиму займають також закони, у яких вирішуються практично всі найважливіші питання суспільного життя країни. Адже від якості останніх залежить ефективність дії трудо-правового режиму. Серед них особливе місце посідає кодифікований закон – Кодекс Законів про працю, що покликаний регулювати соціально-трудова відносини, метою і результатом яких є створення матеріальних і духовних цінностей для існування всього суспільства<sup>12</sup>.

Специфіка мети і завдань, що обумовлюють особливості функціонування трудо-правового режиму, конкретизується у нормативно-правових актах, що регламентують трудові відносини. Як правило, у більшості випадків саме від законів залежить результативність функціонування трудо-правового режиму, адже наскільки всебічно і адекватно їх положення будуть конкретизовані й деталізовані, відповідати економічним і соціальним чинникам, настільки ефективним буде сприяння режиму у правовому регулюванні трудових відносин. Окрім законів, важливе значення в структурі трудо-правового режиму набувають і підзаконні акти, які поряд із законами дають змогу забезпечити правореалізацію, підвищити ефективність функціонування трудо-правового режиму.

Окреме місце в структурі трудо-правового режиму займають норми-принципи, принципи правового регулювання трудових відносин, які є найбільш важливими основоположними засадами, першоосновою трудового права, задають загальну спрямованість правовому регулюванню трудових відносин, встановлюють межі правового регулювання, визначають напрям розвитку правової системи, впливають на зміст і розвиток усіх інших елементів правової матерії<sup>13</sup>, в тому числі і на характер змістовної трудо-правового режиму, стабільність його функціонування.

Отже, мета (завдання) трудо-правового режиму визначає специфіку його складових елементів. Правові засоби у структурі трудо-правового режиму, обираючись відповідно до мети трудового права, розв'язують різноманітні її завдання, тому вони є головною ланкою діяльності у сфері правового регулювання суспільних відносин у сфері найманої праці як на рівні держави, так і на рівні окремого підприємства, установи, організації. Трудо-правовий режим повинен сприяти і забезпечувати «правовий клімат», «правову атмосферу», щоб показати, як функціонують його елементи: норми права, норми-принципи, нормативні правові акти, принципи правового регулювання трудових відносин, міжнародні акти та інші елементи, для того, щоб досягнути зазначеної мети в процесі правового регулювання суспільних відносин у сфері найманої праці.

У будові, структурі полягає внутрішня системність конкретного правового режиму, оскільки саме в структурі підтримуються і функціонують правові явища, зберігаючи стабільність і динаміку зв'язків як інститутів права, так і правового регулювання суспільних відносин конкретної галузі. Так, трудо-правовий режим є певною системою, що побудована у певному порядку. Тому всі правові (юридичні) засоби у вказаній системі взаємообумовлені один одним та функціонують у комплексі. Правовий інструментарій, у який втілюється трудо-правовий режим, проявляється у створенні умов, клімату, який є диференційованим щодо реалізації прав і інтересів суб'єктів трудових відносин. Якщо враховувати, що набір складових у змісті трудо-правового режиму може бути різним і, відповідно, поєднуватися між собою, то і діапазон трудо-правових режимів є досить широким – від «м'яких» до відносно «жорстких». «М'які» режими передбачають різного роду встановлення механізму забезпечення фактичної реалізації стимулів, гарантій, пільг. «Жорсткі» режими передбачають встановлення механізму забезпечення фактичної реалізації заборон, обмежень, відповідальності. Окрім того, трудо-правовий режим може поєднуватися і проявляти своє функціонування у правових засобах як державного, так і договірного регулювання.

Отже, як бачимо, правовий режим є структурований і включає в себе: встановлення механізму забезпечення фактичної реалізації системи стимулів, гарантій, заборон, обмежень, а також компетентне їх виконання, застосування до порушників заходів примусу та притягнення винних до відповідальності<sup>14</sup>. Правовий режим є узагальнюючою категорією, яка вибирає основні юридичні засоби в сфері дії права. Законодавець, встановлюючи той чи інший правовий режим, залучає лише ті юридичні засоби, які відповідають меті, завданням, характеру відносин, що піддаються правовій регламентації<sup>15</sup>.

Правові засоби, в структурі трудо-правового режиму, залежно від мети суб'єкта регулювання, можна класифікувати на дві групи: правові засоби державного регулювання і правові засоби договірного регулювання. Правові засоби державного регулювання здійснюють владне, жорстке їх нормування державою шляхом видання законів і, таким чином, визначають, як правило, характер трудо-правового режиму, завдяки чому здійснюється вплив на свідомість та поведінку працівників і роботодавців та формується конкретна їх поведінка в процесі трудової діяльності. Правові засоби договірного регулювання пов'язані із втіленням трудо-правового режиму у практичну діяльність суб'єктів трудових правовідносин через правореалізаційну

діяльність. Вони продовжують функціонування державно-правових засобів, індивідуалізуючи правові норми стосовно до конкретних юридичних фактів, конкретних суб'єктів трудових правовідносин, тому й характеризуються елементами індивідуальності, оскільки сторони договірної регулювання обирають їх для досягнення конкретної, а не абстрактної мети: задоволення своїх потреб, а відтак і інтересів в процесі трудової діяльності. У структурі трудо-правового режиму правові засоби державного і договірної регулювання можуть як поєднуватися, так і співвідноситися між собою в процесі практичної реалізації.

Закономірною властивістю правового режиму загалом і трудо-правового режиму зокрема, як функціональної характеристики права, є те, що він передбачений для практичного використання, тобто для досягнення конкретної мети, завдяки якій законодавець (роботодавець) підбирає необхідний набір правового інструментарію. Разом з тим тільки шляхом практичної діяльності правові засоби демонструють як свій регулятивний потенціал, так і свою реальну цінність.

У трудо-правовому режимі, як і в будь-якому іншому режимі, можна виокремити такі складові: логічний зміст (мета, тобто, для чого запроваджується (встановлюється) трудо-правовий режим), аксіологічне (ціннісне) значення (доцільність наділення суб'єктів трудових відносин конкретними правами і обов'язками у зв'язку із запровадженням відповідного режиму), праксеологічне значення (які дії необхідно здійснити, для того, щоб реалізувати трудові права і обов'язки, при запровадженні відповідного режиму: «м'якого» чи «жорсткого») і текстуальну прив'язку (правові документи, які були підставою для інтерпретації та легітимації трудо-правового режиму).

Правовий режим – це статико-динамічне явище, яке зосереджує у своєму змісті систему правових засобів, що використовуються на певних стадіях правового регулювання з метою ефективного його забезпечення (впливу). Правовий режим впливає на працівника і роботодавця як виконавців трудової діяльності (трудоного процесу): їх свідомість і поведінку. Під впливом трудо-правового режиму сторони трудових відносин оптимізують мотивацію до праці, свою трудову діяльність, видозмінюють її або ж взагалі припиняють.

Отже, трудо-правові засоби – це інституціональні елементи правової дійсності, що засновані на приватноправових і публічно-правових засадах, використання яких в рамках трудо-правового режиму та в системній взаємодії з іншими елементами соціального регулювання під впливом соціальних і психологічних факторів забезпечує створення правових (юридичних) умов для реалізації прав і законних інтересів суб'єктів суспільних відносин у сфері найманої праці. При цьому під правовою дійсністю необхідно розуміти цілісний комплекс правових явищ і процесів, що включає до себе право, правову діяльність, правосвідомість, та складається в результаті їх взаємозв'язку і взаємодії, характеризує правову дію на суспільні відносини<sup>16</sup>.

Специфічні ознаки трудо-правових засобів полягають у тому, що вони є: основними функціональними елементами дії права, правового регулювання загалом і трудо-правового режиму зокрема; повинні відповідати меті трудової діяльності, в рамках якої використовуються; повинні відповідати специфіці методу трудового права, оскільки трудо-правовий режим проявляє свій вплив, свою функціональну дію через метод правового регулювання з метою задоволення суб'єктами трудових відносин своїх потреб та інтересів; є правовими (юридичними) способами забезпечення інтересів суб'єктів трудових відносин; засновані на приватноправових і публічно-правових засадах; проявляють своє поєднання і співвідношення в правовому регулюванні трудових відносин з метою його ефективного забезпечення.

Отже, можемо зробити висновки, що до правових засобів, які входять в структуру трудо-правового режиму, належать: норма трудового права, в якій визначаються мета та формується характер трудо-правових режимів для забезпечення ефективної діяльності суб'єктів трудового права; міжнародні акти, які ратифіковані Україною – основні правові положення, що створюють свого роду режимний фундамент для забезпечення як ціннісного правового регулювання, так і ефективного вирішення соціально-економічних, політичних, культурних та інших завдань; принципи правового регулювання трудових відносин – нарівні з нормою права визначають напрями впливу трудо-правових режимів; нормативно-правові акти, в яких втілюються змістовно трудо-правові режими з метою ефективного правового регулювання трудових відносин. У свою чергу, структура правового режиму це – статико-динамічна складова, яка поєднує у своєму арсеналі комплекс правових засобів різного складу та рівня, що відображає специфіку її компонентів і структурних зв'язків між ними.

<sup>1</sup> Рукавишникова І.В. Метод фінансового права / І.В. Рукавишникова ; отв. ред. Н.И. Химичева. – 2-е изд, перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2006. – С. 88.

<sup>2</sup> Демків Р.Я. Правове регулювання як юридичне явище: окремі аспекти розуміння / Р.Я. Демків // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2015. – Вип. 34. – Т. 1. – С. 22. – (Серія «Право»).

<sup>3</sup> Гетьманцева Н.Д. Правове регулювання трудових відносин в сучасних умовах господарювання: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.05 / Ніна Дмитрівна Гетьманцева. – К., 2016. – С. 34.

<sup>4</sup> Там само.

<sup>5</sup> Процевський О.І. Про предмет трудового права / О.І. Процевський // Право України. – 2001. – № 12. – С. 82.

<sup>6</sup> Процевський О.І. Методологічні засади трудового права: моногр. / О.І. Процевський. – Х.: ХНАДУ, 2014. – С. 152–153.

<sup>7</sup> Головина С.Ю. Главная задача сегодня – найти устойчивый баланс интересов работника и работодателя / С.Ю. Головина // Российское право: образование, практика и наука. – 2011. – № 4–5. – С. 12–17.

<sup>8</sup> Андрушко А.В. «Баланс інтересів»: експлікація поняття в контексті трудового права / А.В. Андрушко // Університетські наукові записки. – 2015. – № 1 (53). – С. 116.

<sup>9</sup> Ярошенко О.М. Додаткові підстави розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця: недоліки та шляхи їх усунення / О.М. Ярошенко // Розвиток законодавства про працю і соціальне забезпечення: здобутки і проблеми: тези доп. і наук. повідомлень IV Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 5–6 жовтня 2012 р.). – Х.: Право, 2012. – С. 63.

<sup>10</sup> Гетьманцева Н.Д. Особливості правового регулювання трудових відносин: моногр. / Н.Д. Гетьманцева. – Чернівці: Технодрук, 2015. – С. 277.

<sup>11</sup> Курс порівняльного трудового права: підруч. : у 2 т. / М.І. Іншин, А.Р. Мацюк, А.М. Соцький, В.І. Щербина [за ред. А.Р. Мацюка. – 2-ге вид. змін. і доп.]. – Х. : Діса плюс, 2015. – Т. 1. – С. 488.

<sup>12</sup> Процевський О.І. Методологічні засади трудового права: моногр. / О.І. Процевський. – Х. : ХНАДУ, 2014. – С. 19.

<sup>13</sup> Чанишева Г.І. Основні принципи правового регулювання трудових відносин за проектом Трудового Кодексу України / Г.І. Чанишева // Університетські наукові записки. – 2016. – № 59. – С. 10.

<sup>14</sup> Горленко В.А. Режим правового регулювання (теоретико-прикладний аспект): автореф. дисс. ... канд. юрид. наук.: спец. 12.00.01 «Теорія і історія права і государства; історія правових учень» / В.А. Горленко. – СПб., 2002. – С. 14.

<sup>15</sup> Шамсумова Э.Ф. Правовые режимы (теоретический аспект): дисс. ... канд. юрид. наук / Э.Ф. Шамсумова; Уральский юридический институт МВД России. – Екатеринбург, 2001. – С. 10.

<sup>16</sup> Милькова К.В. Поняття та зміст правової дійсності / К.В. Милькова // Адвокат. – 2009. – № 5 (104). – С. 16.

#### Резюме

##### **Вакарюк Л.В. До питання структури правового режиму в трудовому праві.**

Стаття присвячена висвітленню структури трудо-правового режиму. Автором наголошується, що до правових засобів, які входять в структуру трудо-правового режиму, належать: норма трудового права; міжнародні акти, які ратифіковані Україною; принципи правового регулювання трудових відносин; нормативно-правові акти.

**Ключові слова:** правовий режим, трудо-правовий режим, структура, правові засоби, мета регулювання.

#### Резюме

##### **Вакарюк Л.В. К вопросу об структуре правового режима в трудовом праве.**

Статья посвящена освещению структуры трудо-правового режима. Автором отмечается, что к правовым средствам, входящим в структуру трудо-правового режима, относятся: норма трудового права; международные акты, ратифицированные Украиной; принципы правового регулирования трудовых отношений; нормативно-правовые акты.

**Ключевые слова:** правовой режим, трудо-правовой режим, структура, правовые средства, цель регулирования.

#### Summary

##### **Vakaryuk L. On the structure of the legal regime in labor law.**

The article is devoted to the elucidation of the structure of the labor-legal regime. The author stresses that the legal means included in the structure of labor and legal regime include: the standard of labor law; international acts ratified by Ukraine; principles of legal regulation of labor relations; legal acts.

**Key words:** legal regime, labor-legal regime, structure, legal means, regulation, purpose regulation.

УДК 34.047:330.131.7

#### **М.М. ВЕЛИКАНОВА**

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

### **РИЗИК ТА ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ: ОГЛЯД ДОКТРИНАЛЬНИХ ПІДХОДІВ ЩОДО ПРОБЛЕМИ ЇХ СПІВВІДНОШЕННЯ**

Будучи універсальною категорією, ризик знаходить прояв у різних суспільних відносинах, зумовлюючи особливості їх суб'єктного складу та змісту. Як наслідок, правові явища та категорії під впливом ризику можуть набувати (або втрачати) специфічні характеристики, здатні впливати на особливості правового регулювання таких суспільних відносин. Тому вивчення співвідношення ризику із іншими суміжними категоріями має не тільки теоретичне, а й практичне значення.

Дослідженням цивільно-правової відповідальності, її підстав, впливу ризику на застосування мір цивільно-правової відповідальності займалися М.М. Агарков, В. Варкалло, І.В. Волосенко, Д.А. Горячкіна, І.С. Канзафарова, Д.В. Лубягіна, Р.А. Майданик, В.А. Ойгензихт, В.Д. Примак, В.А. Тархов, А.Л. Ткачук та інші науковці. У працях означених, а також багатьох інших вчених сформувалися певні доктринальні підходи щодо розуміння сутності цивільно-правової відповідальності, її підстав, заходів впливу на правопорушників, а також співвідношення ризику із цивільно-правовою відповідальністю.

Разом із тим доводиться констатувати, що значна кількість наукових робіт із зазначеної проблематики породила й різноманітні підходи до розуміння співвідношення ризику із цивільно-правовою відповідальністю. Тому назріла потреба проаналізувати такі підходи та певним чином їх узагальнити.

У зв'язку з цим **метою** даної публікації є аналіз та узагальнення запропонованих у науці підходів до співвідношення ризику та цивільно-правової відповідальності.

Досить часто у наукових публікаціях порушується питання відповідальності за ризик, де пропонується ризик розглядати як критерій, підставу, принцип при притягненні осіб до цивільно-правової відповідальності. Так чи інакше, проблема відповідальності за діяльність, пов'язану з ризиком, розглядалася у різні часи та різними науковцями. У попередніх публікаціях нами вже досліджувались загальні умови притягнення осіб до цивільно-правової відповідальності та підстави відповідальності за діяльність, пов'язану з ризиком<sup>1</sup>. Втім, наразі нагальною є потреба остаточно визначитись із співвідношенням таких категорій цивільного права, як ризик та відповідальність.

На сьогодні відсутнє легальне визначення поняття цивільно-правової відповідальності. Та і в доктрині означений інститут не здобув однозначного розуміння. А це, як підкреслює Р.А. Майданик, перешкоджає ефективному захисту цивільних прав та інтересів і сприяє формуванню неоднакової судової практики<sup>2</sup>.

Певним чином усталеною у науці можна вважати позицію про два значення поняття відповідальності: позитивно-перспективне та негативно-пасивне. Як писав В.А. Ойгензіхт: «Відповідальність – поняття багатогранне, воно пов'язане не тільки з минулим (з уже вчиненим проступком), а й із майбутнім... Обов'язок і відповідальність завжди залежать один від одного... Юридичне поняття відповідальності є перш за все відповідальне ставлення до своїх обов'язків, що забезпечує правильне їх виконання. Відповідальність за порушення є наслідком безвідповідальної поведінки, порушенням обов'язку, наслідком того, що окремим особам зраділо «почуття відповідальності»<sup>3</sup>.

В.В. Васькин, М.І. Овчинников та Л.М. Рогович, здійснюючи аналіз наведених у спеціальній літературі визначень поняття цивільно-правової відповідальності, вказують, що загальним недоліком всіх визначень є те, що підкреслюючи той чи інший бік відповідальності, ці визначення не дають змоги встановити її специфіку, не визначають зрозуміло й чітко її місце в системі права. На їх думку, цивільно-правова відповідальність у ретроспективному (негативно-пасивному) значенні характеризується наступними ознаками: 1) наявністю примусу; 2) суспільним осудом; 3) негативними наслідками для правопорушника. Що стосується позитивно-перспективної відповідальності, то, за твердженням авторів, її значення має підвищуватись, оскільки належний розвиток позитивно-перспективних оперативних засобів впливу на учасників відносин покликаний звести до мінімуму випадки невиконання чи неналежного виконання зобов'язань, у тому числі і майнових втрат. У цивільно-правових відносинах система позитивно-перспективної відповідальності забезпечується суміжними зовнішніми системами управління, контролю тощо<sup>4</sup>.

Втім, все ж домінує негативно-ретроспективне розуміння юридичної відповідальності. Як слушно зазначає Р.А. Майданик, у доктрині права під юридичною відповідальністю переважно розуміють правоохоронний інститут, який передбачає державно-примусові заходи за скоєне правопорушення та полягає у встановленні для правопорушника негативних наслідків у формі обмежень особистого та майнового характеру<sup>5</sup>.

І.С. Канзафарова у своєму докторському дослідженні, присвяченому основам цивільно-правової відповідальності в Україні, відмічає, що цивільно-правову відповідальність доцільно розглядати як підсистему у системі цивільно-правового впливу. Елементами цивільно-правової відповідальності як системи є: норми цивільного права, в яких відповідальність знаходить вираження; принципи цивільно-правової відповідальності; індивідуально-правові акти автономного характеру, які є персоніфікованими регламентаторами суспільних відносин (договори, статuti юридичних осіб та ін.); порушення цивільних прав як підстава виникнення цивільних охоронних правовідносин; цивільні охоронні правовідносини. Тому, на думку вченої, цивільно-правову відповідальність необхідно розуміти як обумовлену особливостями предмета і методу цивільно-правового регулювання систему цивільно-правових засобів, за допомогою яких, з одного боку, забезпечується і гарантується захист цивільних прав та інтересів суб'єктів цивільного права, а з другого – здійснюється штрафний і виховний вплив на правопорушників<sup>6</sup>.

Польський вчений В. Варкалло, досліджуючи питання відповідальності у цивільному праві, розмежовує абсолютну відповідальність, відповідальність, засновану на принципі вини та відповідальність, засновану на ризику. При цьому, як випливає із його праці, відповідальність, заснована на ризику, займає проміжне місце між двома першими. На погляд автора, відповідальність на підставі ризику відрізняється від відповідальності за вину тим, що, по-перше, виникає без доведення вини особи, яка відповідає за шкоду, і без законної презумпції її вини; по-друге, доведення особою відсутності її вини недостатньо для звільнення її від відповідальності. Для відмежування такої відповідальності від абсолютної відповідальності В. Варкалло використовує ще один критерій – допустимість заперечень з посиланням на обставини, що пом'якшують чи звільняють від відповідальності, тобто допустимість доведення цих обставин відповідачем<sup>7</sup>. Водночас С.Н. Братусь у вступній статті до монографії В. Варкалло «Ответственность по гражданскому праву: (возмещение вреда, функции, виды, границы)» зазначає, що наближення трактування ризику до кваліфікованої вини, з одного боку, та абсолютної відповідальності, з другого, призводить до нівелювання ризику як самостійної підстави відповідальності<sup>8</sup>.

У науковій літературі питання відповідальності за ризик порушувалось також і в контексті відповідальності за чужу вину. На думку М.М. Агаркова, відповідальність за чужу вину не є порушенням принципу вин-

ної відповідальності, оскільки вона є юридико-технічним способом покладення відповідальності в порядку регресної вимоги на справжнього винуватця<sup>9</sup>. При цьому автор взагалі відкидає ідею відповідальності за ризик, замінюючи її ідеєю несення ризику. В.А. Ойгензихт, розглядаючи позицію М.М. Агаркова, зазначає, що абсолютно неправильно говорити про відповідальність за ризик, так само як і про відповідальність за вину, оскільки вина є однією з підстав відповідальності, а тому можна стверджувати про відповідальність за наявності вини. Аналогічно можна говорити й про відповідальність, однією із підстав якої є ризик<sup>10</sup>. Автор зазначає, що відповідальність боржника за так звану чужу вину будується все ж таки не з урахуванням його вини, проте боржник у цих випадках бере на себе обов'язок третіх осіб, тобто обов'язок гаранта в широкому розумінні. Тому умовою притягнення його до відповідальності є ризик гаранта. При цьому вчений наголошує, що застосування відповідальності за принципом ризику гаранта обумовлене наявністю необхідного причинного зв'язку між поведінкою третьої особи і порушенням договору<sup>11</sup>.

Розглядаючи позиції різних науковців щодо категорії ризику, В.А. Ойгензихт доходить висновку, що ризик є підставою відповідальності при випадкових, але протиправних обставинах, що пов'язані з діями особи, яка завдала шкоду, і по відношенню до якої презюмується допущення нею можливості таких наслідків. Разом із тим ризик є підставою покладення збитків у тому випадку, коли відсутня протиправність при об'єктивно випадкових чи об'єктивно неможливих обставинах або коли шкода завдана правомірними діями суб'єкта<sup>12</sup>.

Проте існує й інша точка зору, відповідно до якої ризик не визнається підставою цивільно-правової відповідальності. Зокрема, такої позиції дотримуються В.О. Тархов та В.Д. Примаєв, на думку яких ризик не обумовлює і не виключає ні винності, ні протиправності<sup>13</sup>. Не погоджується із висловленою В.А. Ойгензихтом думкою і Д.В. Лубягіна, зазначаючи, що ризик не може розглядатись ні як підстава вини, ні як мінімальний ступінь вини, ні як підстава цивільно-правової відповідальності. Враховуючи те, що особа, яка вчинила ризикове діяння, була від самого початку обізнана, що та чи інша поведінка є законною, але потенційно небезпечною, ризикованою, абсолютно обгрунтовано й те, що обов'язок з відшкодування шкоди покладається на цю особу. Але в цьому випадку йдеться не про винність відповідної особи та відповідальність, яка настає в такому випадку, а лише про відновлення майнового становища<sup>14</sup>.

Розмежовує розподіл ризиків і цивільно-правову відповідальність і В.О. Вячеславов, котрий вказує, що: 1) цивільно-правова відповідальність розглядається як одна з форм державно-правового впливу на правопорушника, а розподіл ризиків здійснюється, як правило, самими учасниками цивільного обороту без їх звернення до компетентних органів держави; 2) підставою для застосування санкцій, як мір цивільно-правової відповідальності, є юридичний факт – правопорушення, а для розподілу ризиків, зокрема, розподілу ризику правопорушення не потрібно самого факту правопорушення. Досить передбачення сторонами можливості певної обставини, в тому числі правопорушення, і вираження волі на розподіл можливих невігідних наслідків його вчинення; 3) цивільно-правова відповідальність і ризик співвідносяться як дійсність і можливість, тому що цивільно-правова відповідальність є покладання невігідних майнових наслідків на особу, яка допустила порушення цивільних прав і обов'язків. Несення ризику не передбачає безпосереднє покладання на особу невігідних майнових наслідків, але тільки означає можливість настання невігідних майнових наслідків у майновій сфері певної особи; 4) загальними умовами настання цивільно-правової відповідальності є порушення суб'єктивного права і/або юридичного обов'язку, вина правопорушника, причинно-наслідковий зв'язок між діянням правопорушника і збитками потерпілого, шкода або збитки на стороні потерпілого. Для розподілу ризиків і несення ризику як результату відповідної діяльності не потрібна наявність даних умов. Розподіл ризиків якраз і має сенс тоді, коли правопорушення ще не відбулося і, отже, відсутні як факти зазначені вище умови настання відповідальності<sup>15</sup>.

Така позиція В.О. Вячеславова перекикається із висловленою М.С. Малєїним думкою, що відповідальність передбачає засудження винної поведінки і покарання за неї, але осуд, вина і покарання відсутні при розподілі збитків, що випадково виникли<sup>16</sup>.

Серед представлених у науці цивільного права позицій спостерігається і певний компромісний підхід до розуміння співвідношення ризику і цивільно-правової відповідальності. Зокрема, І.В. Волосенко щодо точки зору М.С. Малєїна зазначає: «З таким підходом не можна повністю погодитися, оскільки термін «розподіл збитків» ґрунтується на факті виникнення шкідливого результату і презумпції неправомірної поведінки заподіювача шкоди, що за певних умов може бути мінімально необхідним для виникнення цивільно-правової відповідальності у випадках з т. зв. усіченим складом такої відповідальності»<sup>17</sup>.

Таким чином, можна констатувати, що у цивільно-правовій доктрині не склалось однозначної позиції щодо співвідношення ризику та відповідальності. Одні вчені ризик, поряд із виною, розуміють як підставу цивільно-правової відповідальності, у той час як інші вважають, що ризик не може розглядатись ні як підстава вини, ні як мінімальний ступінь вини, ні як підстава цивільно-правової відповідальності. Має місце й компромісний підхід. Втім, для остаточного вирішення питання співвідношення ризику із цивільно-правовою відповідальністю доцільно провести аналіз умов цивільно-правової відповідальності та впливу ризику на вжиття мір цивільно-правової відповідальності.

<sup>1</sup> Великанова М.Н. Риск как основание гражданско-правовой ответственности / М.Н. Великанова // Закон и жизнь. – 2013. – № 10/2 (262). – С. 47–50.

<sup>2</sup> Юридична відповідальність: проблеми виключення та звільнення / кол. авт. ; відп. ред. Ю.В. Баулін. – Донецьк: ВД «Кальміус», 2013. – С. 86.

<sup>3</sup> *Ойгензихт В.А.* Имущественная ответственность в хозяйственных договорах: учеб. пособ. / В.А. Ойгензихт. – Душанбе, 1980. – С. 6.

<sup>4</sup> *Васькин В.В.* Гражданско-правовая ответственность / В.В. Васькин, Н.И. Очинников, Л.Н. Рогович. – Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1988. – С. 7–28.

<sup>5</sup> Юридична відповідальність: проблеми виключення та звільнення / кол. авт. ; відп. ред. Ю.В. Баулін. – Донецьк: ВД «Кальміус», 2013. – С. 86.

<sup>6</sup> *Канзафарова І.С.* Теоретичні основи цивільно-правової відповідальності в Україні: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / І.С. Канзафарова. – К., 2007. – С. 16.

<sup>7</sup> *Варкалло В.* Ответственность по гражданскому праву: (возмещение вреда, функции, виды, границы) / В. Варкалло ; пер. с польск. Залесского В.В.; под ред. с вступ. ст. Братуся С.Н. – М.: Прогресс, 1978. – С. 214.

<sup>8</sup> Там само. – С. 14, 17.

<sup>9</sup> *Агарков М.М.* К вопросу о договорной ответственности / М.М. Агарков // Вопросы советского гражданского права. – М., Л.: Изд-во АН СССР, 1945. Сб I. – С. 143.

<sup>10</sup> *Ойгензихт В.А.* Проблема риска в гражданском праве / В.А. Ойгензихт. – Душанбе, 1972. – С. 213.

<sup>11</sup> *Ойгензихт В.А.* Имущественная ответственность в хозяйственных договорах: учеб. пособ. / В.А. Ойгензихт. – Душанбе, 1980. – С. 44.

<sup>12</sup> *Ойгензихт В.А.* Проблема риска в гражданском праве / В.А. Ойгензихт. – Душанбе, 1972. – С. 216.

<sup>13</sup> *Примак В.Д.* Ризик і питання безвинної відповідальності / В.Д. Примак // Вісник господарського судочинства. – 2002. – № 4. – С. 200–206; *Тархов В.А.* Гражданское право. Общая часть / В.А. Тархов ; Московский ун-т потребительской кооперации. Чебоксарский кооперативный ин-т. – Чебоксары, 1997. – 331 с.

<sup>14</sup> *Лубягина Д.В.* Риск на рынке ценных бумаг (частноправовые аспекты): моногр. / Д.В. Лубягина. – М. : Проспект, 2017. – 240 с. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [books.google.com.ua/books?id=tKdCDwAAQBAJ&pg=PT249&lpq=PT249&dq=Лубягина+Д.В.+Риск+в+гражданском+праве.+Монография.+М.,+2016&source=bl&ots=cbs0fK\\_Xg-&sig=Q4VnnpddZ1OKbcCCCLG2Ai—SWg&hl=uk&sa=X&ved=0ahUKEwiImfJXtnYAhWKKiwKHQDeBRUQ6AEIJzAA#v=onepage&q=%D0%9B%D1%83%D0%B1%D1%8F%D0%B3%D0%B8%D0%BD%D0%B0%20%D0%94.%D0%92.%20%D0%A0%D0%B8%D1%81%D0%BA%20%D0%B2%20%D0%B3%D1%80%D0%B0%D0%B6%D0%B4%D0%B0%BD%D1%81%D0%BA%D0%BE%D0%BC%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B5.%20%D0%9C%D0%BE%D0%BD%D0%BE%D0%B3%D1%80%D0%B0%D1%84%D0%B8%D1%8F.%20%D0%9C.%2C%202016&f=false](https://books.google.com.ua/books?id=tKdCDwAAQBAJ&pg=PT249&lpq=PT249&dq=Лубягина+Д.В.+Риск+в+гражданском+праве.+Монография.+М.,+2016&source=bl&ots=cbs0fK_Xg-&sig=Q4VnnpddZ1OKbcCCCLG2Ai—SWg&hl=uk&sa=X&ved=0ahUKEwiImfJXtnYAhWKKiwKHQDeBRUQ6AEIJzAA#v=onepage&q=%D0%9B%D1%83%D0%B1%D1%8F%D0%B3%D0%B8%D0%BD%D0%B0%20%D0%94.%D0%92.%20%D0%A0%D0%B8%D1%81%D0%BA%20%D0%B2%20%D0%B3%D1%80%D0%B0%D0%B6%D0%B4%D0%B0%BD%D1%81%D0%BA%D0%BE%D0%BC%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B5.%20%D0%9C%D0%BE%D0%BD%D0%BE%D0%B3%D1%80%D0%B0%D1%84%D0%B8%D1%8F.%20%D0%9C.%2C%202016&f=false) (дата звернення: 15.01.2018).

<sup>15</sup> *Вячеславов Ф.А.* Распределение рисков в договорных обязательствах: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / Ф.А. Вячеславов. – М., 2008. – С. 16–17.

<sup>16</sup> *Малеин Н.С.* Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях / Н.С. Малеин. – М.: Наука, 1968. – С. 18.

<sup>17</sup> *Волосенко І.В.* Ризик у цивільному праві (поняття, природа, види): дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / І.В. Волосенко. – К., 2011. – С. 54.

## Резюме

**Великанова М.М. Ризик та цивільно-правова відповідальність: огляд доктринальних підходів щодо проблеми їх співвідношення.**

У статті досліджується співвідношення ризику та цивільно-правової відповідальності. Робиться висновок, що у цивільно-правовій доктрині не склалось однозначної позиції з цього питання. Одні вчені ризик, поряд із виною, розуміють як підставу цивільно-правової відповідальності, у той час як інші вважають, що ризик не може розглядатися ні як підстава вини, ні як мінімальний ступінь вини, ні як підстава цивільно-правової відповідальності. Має місце і компромісний підхід.

**Ключові слова:** ризик, наслідки ризику, цивільно-правова відповідальність, вина.

## Резюме

**Великанова М.М. Риск и гражданско-правовая ответственность: обзор доктринальных подходов к проблеме их соотношения.**

В статье исследуется соотношение риска и гражданско-правовой ответственности. Делается вывод, что в гражданско-правовой доктрине не сложилось однозначной позиции по этому вопросу. Одни ученые риск, наряду с виной, понимают как основание гражданско-правовой ответственности, в то время как другие считают, что риск не может рассматриваться ни как основание вини, ни как минимальная степень вини, ни как основание гражданско-правовой ответственности. Имеет место и компромиссный подход.

**Ключевые слова:** риск, последствия риска, гражданско-правовая ответственность, вина.

## Summary

**Velykanova M. Risk and civil liability: review of doctrinal approaches to the problem of their interrelation.**

The article is devoted to the interrelation between risk and civil liability. The conclusion is made that the civil legal doctrine does not have a clear position on this issue. Some scientists risk, along with guilt, are understood as the basis of civil liability, while others believe that risk cannot be considered either as a guilty cause, nor as a minimum degree of guilt, nor as a basis for civil liability.

**Key words:** risk, consequences of risk, civil liability, guilt.

**Я.В. ПЕТРУНЕНКО**

*Ярослав Вікторович Петруненко, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Національного університету «Одеська юридична академія»*

## **СТАДІЙНО-ПРОЦЕДУРНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЗАСТОСУВАННЯ ПРЯМИХ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВИХ ЗАСОБІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕФЕКТИВНОГО ВИКОРИСТАННЯ ДЕРЖАВНИХ КОШТІВ**

Однією із обов'язкових умов законного застосування господарсько-правових засобів забезпечення ефективного використання державних коштів є дотримання учасниками правовідносин у цій сфері встановленої законодавством процедури. Це означає необхідність послідовного проходження всіх етапів відповідної процедури, здійснення всіх дій та прийняття рішень, що відповідають конкретному етапу процедури, а також застосування інших заходів, які необхідні для переходу на кожний наступний етап. Для дотримання означеної умови у законодавстві України має бути чітко визначено процедуру застосування кожного виду господарсько-правового засобу, види та наслідки вчинення дій на кожному етапі, порядок прийняття рішень тощо.

Окремі процедурні питання застосування правових засобів, у тому числі господарсько-правових, досліджували такі науковці, як Л.В. Андреєва, А.В. Басов, В.С. Белих, О.М. Вінник, О.П. Віхров, Є.П. Губін, В.В. Добровольська, Д.В. Задихайло, Г.Л. Знаменський, Н.П. Костюк, І.М. Кравець, О.Е. Ліллемяє, Д.В. Лічак, В.К. Малолітнева, В.К. Мамутов, Т.В. Некрасова, К.В. Николина, В.В. Поєдинок, О.П. Подцерковний, І.П. Поповська, Б.І. Пугінський, О.О. Савчук, Н.О. Саніахметова, Д.В. Слинько, Г.В. Смолин, І.В. Труш, В.А. Устименко, В.В. Чайковська, Р.І. Шабанов, О.М. Шуміло, В.С. Щербина, О.Х. Юлдашев, І.М. Ямкова та інші. Однак на сьогодні відсутні комплексні дослідження, присвячені визначенню особливостей процедури застосування прямих господарсько-правових засобів забезпечення ефективного використання державних коштів, а у наявних наукових роботах ці питання розглядаються лише фрагментарно. Це, власне, й обумовлює актуальність даної проблематики і вказує на важливість проведення досліджень у даній сфері.

**Метою** представленої наукової статті є проведення аналізу процедури застосування прямих господарсько-правових засобів з метою виявлення їх особливостей, а також недоліків та прогалин правового регулювання у цій сфері з подальшою розробкою пропозицій щодо їх усунення. Досягненню поставленої мети сприятиме розв'язання наступних **завдань**: дослідити основні етапи застосування різних видів прямих господарсько-правових засобів забезпечення ефективного використання державних коштів та на підставі проведеного аналізу виявити і узагальнити характерні особливості відповідної процедури.

У науковій літературі поняття «*процедура*», «*порядок*» та «*процес*» застосовуються як тотожні. Подібна тотожність спостерігається й у деяких законодавчих актах. Однак при проведенні наукового дослідження особливостей застосування господарсько-правових засобів забезпечення ефективного використання державних коштів доцільно вживати поняття «*процедура*», оскільки саме його зміст більшою мірою охоплює коло питань, пов'язаних із визначенням послідовності дій, що реалізуються на кожному етапі застосування конкретного засобу, а також рішень, які при цьому приймаються.

Процедура застосування господарсько-правових засобів забезпечення ефективного використання державних коштів – це визначена законами, державними програмами або окремими рішеннями уповноважених органів система послідовних дій та рішень, які здійснюються (приймаються) відповідними органами (посадовими особами) та суб'єктами господарювання на кожному етапі правового регулювання діяльності останніх, що має своєю метою забезпечення ефективного використання державних коштів.

Для виявлення особливостей процедури застосування прямих господарсько-правових засобів необхідно охарактеризувати відповідну процедуру кожного з їх видів.

Так, відповідно до ст. 12 Закону України «Про публічні закупівлі»<sup>1</sup> закупівлі можуть здійснюватися шляхом застосування однієї з таких процедур: відкриті торги; конкурентний діалог; переговорна процедура закупівлі. При цьому ч. 1 ст. 20 даного Закону<sup>2</sup> встановлено, що відкриті торги є основною процедурою закупівлі. Це означає, що за відсутності спеціальних підстав та умов, визначених приписами ст. ст. 33, 35 Закону України «Про публічні закупівлі»<sup>3</sup>, застосовується саме процедура відкритих торгів. Її особливістю є те, що тендерні пропозиції мають право подавати всі зацікавлені особи, а для проведення процедури закупівлі має бути подано не менше двох пропозицій.

Кожна процедура складається із окремих пов'язаних між собою стадій, на яких учасниками вчиняються певні дії<sup>4</sup>. З огляду на положення Закону України «Про публічні закупівлі»<sup>5</sup>, процедура відкритих торгів включає такі основні етапи: 1) оприлюднення замовником через авторизовані електронні майданчики на веб-порталі Уповноваженого органу інформації про закупівлю українською мовою, а у разі, якщо очікувана вар-



тість закупівлі перевищує 133 тисячі євро для товарів і послуг або 5150 тисяч євро для робіт, – додатково англійською мовою (ст. 10); оприлюднення тендерної документації (ст. 22); 2) утворення тендерного комітету замовником або призначення останнім уповноваженої особи (ст. 11); 3) подання тендерної пропозиції в електронному вигляді через електронну систему закупівель суб'єктом господарювання, який виявив бажання та має об'єктивну можливість (ст. 25); 4) розкриття тендерних пропозицій з інформацією та документами, визначеними законом, після закінчення строку подання тендерних пропозицій (ст. 27); 5) розгляд та оцінка тендерних пропозицій за визначеними законом критеріями оцінки; визначення переможця (ст. 28); 6) укладення договору про закупівлю (ст. 36).

У процесі проходження етапів публічних закупівель ведеться необхідна документація, зокрема: річний план закупівель; протокол розкриття тендерних пропозицій; протокол розгляду тендерних пропозицій; звіт про результати проведення процедури закупівлі; повідомлення про внесення змін до договору; звіт про виконання договору про закупівлю; звіт про укладені договори та ін., типова форма яких затверджена наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України «Про затвердження форм документів у сфері публічних закупівель» від 22 березня 2016 р. № 490<sup>6</sup>.

Розглянуті вище етапи здійснення публічних закупівель є обов'язковими та типовими, якщо закупівля здійснюється за процедурою відкритих торгів. У разі успішного завершення процедури вона закінчується укладенням договору про закупівлю, однак на практиці непоодинокі випадки, коли доводиться проводити повторний аукціон. Зокрема, наприклад, у I кварталі 2017 р. із загальної кількості проведених торгів в електронній торговій системі 69,4 % були успішними, тобто завершилися укладенням договору, 23,3 % – не відбулися з різних причин, а 7,3 % – скасовані<sup>7</sup>.

У зв'язку з цим, крім обов'язкових етапів процедури здійснення публічних закупівель, необхідно виділити додаткові (факультативні) етапи, які мають місце у разі виникнення такої потреби або за наявності для цього визначених законом підстав.

До таких етапів можна віднести: 1) надання тендерним комітетом, у разі звернення до нього не пізніше ніж за 10 днів до закінчення строку подання тендерної пропозиції учасника торгів, роз'яснень щодо тендерної документації (ст. 23); 2) забезпечення учасниками тендерної пропозиції у разі, якщо така умова визначена замовником. При цьому розмір забезпечення тендерної пропозиції у грошовому виразі не може перевищувати 0,5 % очікуваної вартості закупівлі у разі проведення торгів на закупівлю робіт та 3 % – у разі проведення торгів на закупівлю товарів чи послуг на умовах, визначених тендерною документацією (ст. 24); 3) оскарження процедури закупівлі (ст. 18); 4) проведення електронного аукціону, який полягає в повторювальному процесі пониження цін або приведених цін з урахуванням показників інших критеріїв оцінки (ст. 29); 5) відхилення тендерних пропозицій (ст. 30); 6) відмова замовника від торгів або визнання їх такими, що не відбулися (ст. 31).

У разі наявності умов, визначених ст. 33 Закону України «Про публічні закупівлі»<sup>8</sup>, застосовується процедура конкурентного діалогу, зокрема, якщо: замовник не може визначити необхідні технічні, якісні характеристики (специфікації) робіт або визначити вид послуг, і для прийняття оптимального рішення про закупівлю необхідно провести переговори з учасниками; предметом закупівлі є консультативні, юридичні послуги, розробка інформаційних систем, програмних продуктів, здійснення наукових досліджень, експериментів або розробок, виконання дослідно-конструкторських, будівельних робіт, визначення вимог до виконання яких потребує переговорів.

Процедура конкурентного діалогу, відповідно до ст. 34 Закону України «Про публічні закупівлі»<sup>9</sup>, проводиться у два етапи: 1) учасникам пропонується подати тендерну пропозицію, в якій надається інформація про відповідність учасника кваліфікаційним критеріям, вимогам, визначеним замовником у тендерній документації, та опис рішення про закупівлю без зазначення ціни; 2) учасники подають остаточні тендерні пропозиції із зазначенням ціни у строк не менше 15 днів з дня отримання запрошення взяти участь у другому етапі. При цьому розгляд, оцінка поданих пропозицій, визначення переможця та укладення договору про закупівлю здійснюються у загальному порядку, встановленому для процедури відкритих торгів.

Отже, особливістю процедури конкурентного діалогу є те, що основному етапу проведення торгів передують переговорний процес з метою визначення найбільш оптимальних умов закупівлі. При цьому перемогу у переговорах отримує саме той учасник, який запропонує відповідні умови.

Ще одним різновидом процедури публічних закупівель є переговорна процедура. Відповідно до ст. 35 Закону України «Про публічні закупівлі»<sup>10</sup> переговорна процедура закупівлі застосовується замовником як виняток у разі: закупівлі творів мистецтва або закупівлі, пов'язаної із захистом прав інтелектуальної власності, або укладення договору про закупівлю з переможцем архітектурного чи мистецького конкурсу; відсутності конкуренції на відповідному ринку; нагальної потреби у здійсненні закупівлі у зв'язку з виникненням особливих економічних чи соціальних обставин; якщо замовником було двічі відмінено тендер через відсутність достатньої кількості учасників; потреби здійснити додаткову закупівлю в того самого постачальника з метою уніфікації, стандартизації або забезпечення сумісності з наявними товарами, технологіями, роботами чи послугами; необхідності проведення додаткових будівельних робіт, не зазначених у початковому проекті; закупівлі юридичних послуг, пов'язаних із захистом прав та інтересів України.

Переговорна процедура застосовується як виняток, оскільки замовник публічних закупівель приймає рішення про намір укласти договір за результатами проведення переговорів, а не шляхом оцінювання наданих тендерних пропозицій.

Необхідно зазначити, що згадані вище процедури публічних закупівель, які визначені національним законодавством, закріплені також у Директиві Європейського Парламенту і Ради ЄС від 26 лютого 2014 року<sup>11</sup>. Водночас даною Директивою передбачені окремі види процедур закупівель, які наразі не знайшли відображення у законодавстві України. Зокрема, до таких процедур належить процедура з обмеженням, інноваційне партнерство.

Визначено, що при проведенні обмежених процедур будь-який суб'єкт господарювання може подати заявку на участь у відповідь на запрошення взяти участь у конкурсних торгах, залежно від обставин, шляхом надання інформації для якісного відбору, запитуваної замовником. Мінімальний термін для подачі заявок на участь становить 30 днів від дати, на яку було надіслано контрактне повідомлення або, якщо у якості засобу запрошення до участі у конкурсних торгах використовується попереднє інформаційне повідомлення, запрошення для підтвердження заінтересованості. Подавати пропозиції можуть тільки ті суб'єкти господарювання, яких замовник запросив зробити це після оцінки представленої ними інформації. Замовники можуть обмежити кількість прийнятних кандидатів, які будуть запрошені для участі в процедурі<sup>12</sup>. Тобто, специфікою обмежених процедур є те, що до участі у торгах допускаються лише запрошені замовником суб'єкти господарювання. Якісні критерії їх відбору визначаються замовником, але вони мають бути відкритими та рівними для всіх.

Що стосується інноваційного партнерства, то заявку на участь у ньому може подати будь-який суб'єкт господарювання у відповідь на контрактне повідомлення шляхом надання інформації для якісного відбору, запитуваної замовником. Директивою<sup>13</sup> визначено, що інноваційне партнерство спрямоване на розвиток інноваційного продукту, послуг або робіт і подальшого придбання товарів, послуг або робіт, за умови, що вони відповідають рівням ефективності та максимальної вартості, погодженим між замовниками й учасниками.

Отже, для процедури публічних закупівель у сфері інноваційного розвитку передбачено особливі умови та порядок проведення, які спрямовані на забезпечення передовсім інноваційного розвитку підприємництва. Відтак, з метою приведення національного законодавства у відповідність до стандартів Європейського Союзу, у Законі України «Про публічні закупівлі»<sup>14</sup> представляється доцільним визначити особливості здійснення публічних закупівель у порядку інноваційного партнерства.

Певні особливості має також процедура застосування такого господарсько-правового засобу прямого регулювання, як контрактація сільськогосподарської продукції, яка за своєю природою є різновидом розміщення державного замовлення.

Розміщуючи державне замовлення на закупівлі сільськогосподарської продукції, держава тим самим стимулює укладення договорів контрактації. Незалежно від умов договору, контрактант зобов'язаний прийняти вироблену продукцію та оплатити її. Тим самим держава забезпечує товаровиробнику гарантію збуту виробленої продукції у завчасно узгоджених договором асортименті, кількості, якості та, що важливо, за попередньо узгодженими і зафіксованими у договорі вигідними для виробника цінами<sup>15</sup>.

Як зазначається у науковій літературі, особливістю процедури укладення договорів контрактації сільськогосподарської продукції є те, що відповідний договір укладається лише щодо майбутніх товарів, які ще підлягають вирощуванню (наприклад, зерно, овочі тощо) чи виробництву в умовах сільського господарства (худоба, птиця). Отже, момент виконання договору не тільки не збігається з моментом його укладання, а й значно віддалений від нього у часі<sup>16</sup>.

Аналіз змісту ст. 272 ГК України<sup>17</sup> дає змогу виділити такі основні етапи здійснення контрактації сільськогосподарської продукції: 1) розміщення державних замовлень на поставку державі сільськогосподарської продукції – визначення обсягів та асортименту сільськогосподарської продукції у річних планах закупівлі; 2) визначення заготівельного (закупівельного) або переробного підприємства чи організації, яке стає стороною договору; 3) визначення істотних умов договору, їх узгодження, підписання сторонами договору; 4) повідомлення виробником сільськогосподарської продукції, не пізніше як за 15 днів до початку заготівлі продукції, контрактанта про кількість і строки здачі сільськогосподарської продукції; погодження графіку поставки; 5) прийняття контрактантом від виробника сільськогосподарської продукції.

Визначені етапи здійснення контрактації сільськогосподарської продукції потребують певного уточнення, оскільки наразі дане питання регламентоване ГК України<sup>18</sup>, але відсутність спеціального законодавчого акта про контрактацію сільськогосподарської продукції породжує низку проблем процедурного характеру. З цього приводу необхідно зауважити, що відповідно до ст. 272 ГК України<sup>19</sup> умови договору контрактації мають бути передбачені Типовим договором контрактації сільськогосподарської продукції, затвердженим у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України. Однак на сьогодні такий Типовий договір не затверджено. Крім того, у деяких зарубіжних країнах діють спеціальні закони у цій сфері.

Наприклад, у США одним із інструментів упорядкування операцій із товарами, які називаються «фермерською продукцією», став Зведений (уніфікований) комерційний кодекс США. Цей кодекс узагальнює законодавчі акти, згідно з якими фермери США як повноправні суб'єкти розвинених ринкових відносин мають систему прав та обов'язків не лише щодо виробництва сільськогосподарських культур і тваринницької продукції, а й щодо їх реалізації<sup>20</sup>.

Відтак, уявляється перспективним прийняти спеціальний Закон України «Про контрактацію сільськогосподарської продукції», в якому визначити: вимоги до сільськогосподарських товаровиробників, з якими у подальшому можуть укладатися договори контрактації (організаційно-правова форма їх діяльності, міні-

мальні обсяги товарного виробництва тощо); характеристика кожного етапу процедури укладення договору контрактації сільськогосподарської продукції (хто може бути ініціатором укладення договору, форма надання пропозиції про його укладення, спосіб досягнення домовленості та порядок вирішення розбіжностей тощо); процедура виконання договору контрактації.

До прямих господарсько-правових засобів також належать ліцензування та технічне регулювання. На основі аналізу положень Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності»<sup>21</sup> та Закону України «Про технічні регламенти та оцінку відповідності»<sup>22</sup> можливо виділити такі основні етапи процедури застосування цих господарсько-правових засобів: 1) визначення та затвердження ліцензійних умов або технічних регламентів, їх оприлюднення; 2) визначення державних органів, уповноважених здійснювати ліцензування або оцінювання відповідності технічним регламентам та стандартам; 3) звернення суб'єкта господарювання до уповноваженого органу, подання всіх визначених законодавством документів; 4) прийняття та розгляд уповноваженим органом поданих документів у встановлений строк та прийняття рішення про видачу або відмову у видачі ліцензії (становить десять робочих днів з дня одержання органом ліцензування заяви про отримання ліцензії) або сертифікату відповідності. Факультативним етапом у процедурі ліцензування та технічного регулювання є оскарження прийнятого органом ліцензування або уповноваженим органом у сфері технічного регулювання рішення до спеціально визначеного органу.

Підсумовуючи вищевикладене, можливо дійти наступних узагальнюючих висновків, які мають теоретичне значення для наукової розробки досліджуваної проблематики і можуть слугувати підґрунтям для подальших наукових розвідок у цій сфері. Отже, процедура застосування господарсько-правових засобів забезпечення ефективного використання державних коштів – це визначена законами, державними програмами або окремими рішеннями уповноважених органів система послідовних дій та рішень, які здійснюються (приймаються) відповідними органами (посадовими особами) та суб'єктами господарювання на кожному етапі правового регулювання діяльності останніх, яка має своєю метою забезпечення ефективного використання державних коштів. Особливістю процедури застосування прямих господарсько-правових засобів забезпечення ефективного використання державних коштів є те, що початковим етапом майже завжди виступає прийняття державно-владного рішення, яке одночасно стає однією з підстав застосування засобу (затвердження плану закупівель, затвердження ліцензійних умов провадження певного виду господарської діяльності тощо). До інших типових етапів процедури застосування прямих засобів належить оприлюднення інформації, що містить повідомлення про початок застосування відповідного засобу, умови допущення суб'єктів господарювання до відповідної процедури, а також звернення суб'єктів господарювання у визначеній формі. Одним із нововведень законодавства у сфері регулювання господарсько-правових засобів є запровадження процедури оскарження прийнятого уповноваженим органом рішення, зокрема, в адміністративному порядку, та утворення для цього спеціальних органів (наприклад, Експертно-апеляційної ради з питань ліцензування) в той час, як раніше переважала судова процедура оскарження.

<sup>1</sup> Про публічні закупівлі: Закон України від 25 грудня 2015 р. № 922-VIII // Офіційний вісник України. – 2016. – № 15. – Ст. 582: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/922-19>

<sup>2</sup> Там само.

<sup>3</sup> Там само.

<sup>4</sup> Петруненко Я.В. Господарсько-правові основи державних закупівель в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Я.В. Петруненко. – О., 2013. – 22 с.

<sup>5</sup> Про публічні закупівлі: Закон України від 25 грудня 2015 р. № 922-VIII // Офіційний вісник України. – 2016. – № 15. – Ст. 582: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/922-19>

<sup>6</sup> Про затвердження форм документів у сфері публічних закупівель: наказ Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 22 березня 2016 р. № 490 // Офіційний вісник України. – 2016. – № 25. – Ст. 1014 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0449-16>

<sup>7</sup> Сфера публічних закупівель: звіт за I квартал 2017 року / Міністерство економічного розвитку і торгівлі України. Transparency International Ukraine : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [https://www.slideshare.net/ProZorro\\_slides/2017-76718818](https://www.slideshare.net/ProZorro_slides/2017-76718818)

<sup>8</sup> Про публічні закупівлі: Закон України від 25 грудня 2015 р. № 922-VIII // Офіційний вісник України. – 2016. – № 15. – Ст. 582: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/922-19>

<sup>9</sup> Там само.

<sup>10</sup> Там само.

<sup>11</sup> Про державні закупівлі та скасування Директиви 2004/18/ЄС: Директива 2014/24/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС від 26 лютого 2014 р. // Збірник директив ЄС з питань державних закупівель. 2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://eupublicprocurement.org.ua/wp-content/uploads/2015/02/EU-PP-Directives-Compendium\\_UKR.pdf](http://eupublicprocurement.org.ua/wp-content/uploads/2015/02/EU-PP-Directives-Compendium_UKR.pdf)

<sup>12</sup> Там само.

<sup>13</sup> Там само.

<sup>14</sup> Про публічні закупівлі: Закон України від 25 грудня 2015 р. № 922-VIII // Офіційний вісник України. – 2016. – № 15. – Ст. 582 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/922-19>

<sup>15</sup> Петруненко Я.В. Контрактація як господарсько-правовий механізм забезпечення ефективного використання державних коштів Я.В. Петруненко // Публічне право. – 2015. – № 4 (20). – С. 129–137.

<sup>16</sup> Шуміло О.М. Договір контрактації сільськогосподарської продукції у контексті екологічних вимог / О.М. Шуміло // Вісник ХНУВС. – 2012. – № 2 (57). – С. 416–424.

<sup>17</sup> Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. / Верховна Рада України // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 462 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/436-15>

<sup>18</sup> Там само.

<sup>19</sup> Там само.

<sup>20</sup> *Марич Х.* Договір контрактації сільськогосподарської продукції / Х. Марич // Підприємництво, господарство і право. – 2016. – № 3. – С. 87–92.

<sup>21</sup> Про ліцензування видів господарської діяльності: Закон України від 2 березня 2015 р. № 222-VIII // Офіційний вісник України. – 2015. – № 25. – Ст. 722 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/222-19>

<sup>22</sup> Про технічні регламенти та оцінку відповідності: Закон України від 15 січня 2015 р. № 124-VIII // Офіційний вісник України. – 2015. – № 12. – Ст. 306 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/124-19>

#### Резюме

**Петруненко Я.В.** Стадійно-процедурна характеристика застосування прямих господарсько-правових засобів забезпечення ефективного використання державних коштів.

Стаття присвячена дослідженню особливостей процедури застосування прямих господарсько-правових засобів забезпечення ефективного використання державних коштів. Охарактеризовано основні етапи застосування різних видів прямих господарсько-правових засобів забезпечення ефективного використання державних коштів. На підставі проведеного аналізу виявлено особливості відповідної процедури.

**Ключові слова:** процедура, господарсько-правові засоби, державні кошти, ефективне використання.

#### Резюме

**Петруненко Я.В.** Стадійно-процедурная характеристика применения прямых хозяйственно-правовых средств обеспечения эффективного использования государственных средств.

Статья посвящена исследованию особенностей процедуры применения прямых хозяйственно-правовых средств обеспечения эффективного использования государственных средств. Охарактеризованы основные этапы применения различных видов прямых хозяйственно-правовых средств обеспечения эффективного использования государственных средств. На основе проведенного анализа выявлены особенности соответствующей процедуры.

**Ключевые слова:** процедура, хозяйственно-правовые средства, государственные средства, эффективное использование.

#### Summary

**Petrunenکو Ia.** The procedural characteristics for the use of direct economic and legal means to ensure the effective use of public funds.

The article is devoted to the study of the features of the procedure for the use of direct economic and legal means to ensure the effective use of public funds. The main stages of the application of various types of direct economic and legal means of ensuring the effective use of public funds are described. On the basis of the analysis, the features of the procedure are revealed.

**Key words:** procedure, economic and legal means, state funds, effective use.

УДК 347.455

**М.С. МУЛЯР**

*Мирослава Сергіївна Муляр, здобувач Київського університету права НАН України*

## ФІНАНСОВІ УСТАНОВИ, НА ЯКІ ПОШИРЮЄТЬСЯ ДІЯ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО СПОЖИВЧЕ КРЕДИТУВАННЯ»

15 листопада 2016 р. Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про споживче кредитування», який набрав чинності у червні 2017 року. У ст. 2 Закону зазначається, що його метою є захист прав та законних інтересів споживачів і кредиторів, створення належного конкурентного середовища на ринках фінансових послуг та підвищення довіри до нього, забезпечення сприятливих умов для розвитку економіки України, гармонізація законодавства нашої країни із законодавством Європейського Союзу та міжнародними стандартами<sup>1</sup>.

Однак у Законі України «Про споживче кредитування» чітко не визначено, які фінансові установи, окрім банківських, володіють правовим статусом кредитодавця у правовідносинах споживчого кредитування та до яких застосовується відповідне правове регулювання.

Питання правового статусу кредитодавця за договором кредиту розглядалися в дисертаційних дослідженнях С.М. Лепех та Л.В. Оплачко. Визначення кола суб'єктів серед небанківських установ, які можуть виступати кредитодавцями у відносинах іпотечного кредитування, було предметом дослідження Н.В. Квіт. Але у контексті відносин споживчого кредитування та з урахуванням останніх законодавчих змін у цій галузі в юридичній літературі дане питання не розглядалося.

© М.С. Муляр, 2018

**Мета статті** полягає у визначенні кола фінансових установ, які наділені правовим статусом кредитодавця у відносинах споживчого кредитування та на які поширюється дія Закону України «Про споживче кредитування», і формування пропозицій щодо його вдосконалення.

У ст. 1054 Цивільного кодексу України визначено, що кредитодавцем є банк або інша фінансова установа<sup>2</sup>. Утім, дещо інше визначення поняття «кредитодавець» наведено у ст. 1 Закону України «Про споживче кредитування», де зазначено, що кредитодавець – це банк або інша фінансова установа, яка відповідно до закону має право надавати споживчі кредити<sup>3</sup>.

Відповідно до положень ст. 2 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» до фінансових установ належать юридичні особи – банки, кредитні спілки, ломбарди, лізингові компанії, довірчі товариства, страхові компанії, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди і компанії та інші юридичні особи, **виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг**, що внесені до відповідного реєстру в установленому законом порядку<sup>4</sup>.

На нашу думку, слушним є висновок Л. Оплачко про недоцільність поділу у ст. 1054 ЦК України особи кредитодавця на банки й інші фінансові установи, оскільки, відповідно до ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», банки належать до фінансових установ<sup>5</sup>.

Необхідно брати до уваги те, що, відповідно до ст. 7 Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності», надання фінансових послуг підлягає ліцензуванню<sup>6</sup>.

Окрім цього, у ст. 5 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» визначено, що виключне право або інші обмеження щодо надання окремих фінансових послуг встановлюються законами про діяльність відповідної фінансової установи та нормативно-правовими актами державних органів, що здійснюють регулювання ринків фінансових послуг<sup>7</sup>.

Аналіз чинного українського законодавства свідчить, що кредитодавцем за договором споживчого кредиту може виступати тільки спеціальна фінансова установа – банк, інша фінансова установа, внесена до відповідного реєстру в установленому законом порядку, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг, право якої надавати споживчий кредит встановлено законом та яка має ліцензію на провадження господарської діяльності з надання фінансових послуг.

Таким чином правовий статус кредитодавця у відносинах споживчого кредитування визначається наявністю у нього спеціальної правосуб'єктності.

З огляду на те, що у споживчому кредитуванні спеціальна правосуб'єктність є необхідною умовою для володіння правовим статусом кредитодавця, важливо визначити, які фінансові установи, крім банківських, з переліку, зазначеного у ст. 2 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», володіють спеціальною правосуб'єктністю кредитодавця у споживчому кредитуванні.

Традиційно термін «правосуб'єктність» розуміється як передбачена нормами права здатність особи з усіма відповідними наслідками виступати учасником правовідносин і використовується для характеристики особи як суб'єкта права.

В.С. Деревнін зазначає, що в науковій літературі поняття правосуб'єктності тісно пов'язано з категорією «правовий статус», яку в науковій літературі іноді розглядають як тотожну правосуб'єктності. Разом із тим різниця між ними, на думку деяких науковців, полягає в тому, що правовий статус суб'єкта визначає набір прав, які він має для вступу у гіпотетичне, абстрактне правовідношення, а правосуб'єктність – це вже характеристика повноважень конкретного суб'єкта у конкретному правовідношенні<sup>8</sup>.

Не можна не погодитись із І.С. Окуневим, що спеціальна правосуб'єктність – це здатність особи бути учасником лише певного кола правовідносин у рамках даної галузі права. Вона відображає специфіку нормативного регулювання у межах конкретних інститутів права<sup>9</sup>.

Першою фінансовою установою, спеціальну правосуб'єктність та правовий статус якої нам необхідно визначити та розглянути, є кредитна спілка.

Закон України «Про кредитні спілки»<sup>10</sup> визначає кредитну спілку, як неприбуткову організацію, засновану фізичними особами, професійними спілками, їх об'єднаннями на кооперативних засадах з метою задоволення потреб її членів у взаємному кредитуванні та наданні фінансових послуг за рахунок об'єднаних грошових внесків членів кредитної спілки. Кредитна спілка є фінансовою установою, виключним видом діяльності якої є надання фінансових послуг, передбачених цим Законом. У ст. 21 Закону, серед іншого, зазначено, що кредитна спілка відповідно до свого статуту: надає кредити своїм членам на умовах їх платності, строковості та забезпеченості в готівковій та безготівковій формі.

Зазначимо, що згідно зі ст. 21 Закону України «Про кредитні спілки» отримувати кредити від імені членів кредитної спілки можуть також фермерські господарства та приватні підприємства, які знаходяться у їх власності. Однак цю норму Закону на практиці застосувати неможливо. Справа в тому, що зазначена конструкція норми Закону характерна для такого правовідношення, як представництво (ст. 237 ЦК України). У такому разі юридичні особи (фермерське господарство і приватне підприємство) створюють, змінюють, припиняють цивільні права та обов'язки фізичної особи, яку вони представляють. Оскільки членом кредитної спілки можуть бути тільки фізичні особи, зазначена норма Закону щодо представництва не може бути застосована на практиці.

З огляду на те, що кредитні послуги входять до визначених спеціальним законодавством виключних послуг кредитної спілки, а позичальниками кредитної спілки можуть бути тільки фізичні особи, ми можемо зробити висновок, що кредитні спілки мають право надавати лише споживчі кредити, а відтак кредитна спілка володіє спеціальною правосуб'єктністю кредитодавця у споживчому кредитуванні.

Далі на окрему нашу увагу заслуговує питання правового статусу ломбардів як суб'єктів споживчого кредитування.

Незважаючи на те, що останні роки в Україні через кризові явища в економіці спостерігається «бум» кредитування населення ломбардами та зростання вражаючими темпами їх кількості, спеціального закону, який би належним чином регулював діяльність цих фінансових установ, немає.

Перший проект Закону «Про ломбарди і ломбардну діяльність» було подано до Верховної Ради ще у далекому 2003 р., а вже останній раз проект Закону «Про ломбарди і ломбардну діяльність» було зареєстровано у парламенті 20 січня 2015 р., але й донині цей Закон не прийнято. Отже, складається ситуація, коли величезний сегмент фінансового ринку, який займають ломбарди, на законодавчому рівні належним чином не регулюється. Наразі зазначена сфера регулюється лише підзаконними актами та загальними законодавчими актами.

Так, діяльність ломбардів здійснюється відповідно до Цивільного кодексу України, Господарського кодексу України, Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», Положенням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України «Про порядок надання фінансових послуг ломбардами», Законом України «Про заставу» «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень» та інших законів України і виданих відповідно до них нормативно-правових актів.

Організаційно-правові та економічні засади створення та діяльності ломбардів і здійснення регулятивних і наглядових функцій, пов'язаних з діяльністю ломбардів, як фінансових установ, визначено Положенням про порядок надання фінансових послуг ломбардами, затвердженим розпорядженням Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України 26 квітня 2005 р.<sup>11</sup> (далі – Положення).

У зазначеному Положенні визначено, що ломбард – фінансова установа, виключним видом діяльності якої є надання на власний ризик фінансових кредитів фізичним особам за рахунок власних або залучених коштів, під заставу майна на визначений строк і під процент та надання супутніх послуг ломбарду. Далі у Положенні говориться, що фінансовий кредит ломбарду – надання ломбардом коштів у позику, забезпечених заставою, на визначений строк та під процент. У своїй діяльності ломбарди повинні дотримуватися вимог чинного законодавства, зокрема про захист прав споживачів<sup>12</sup>.

Отже, нормами права, які регулюють діяльність ломбардів, визначено, що ломбарди є фінансовими установами зі спеціальним правовим статусом кредитодавця у споживчому кредитуванні, адже їх виключним видом діяльності є надання кредитів фізичним особам.

Разом із тим варто зазначити, що окрім надання кредитів супутньою послугою ломбардів, яка пов'язана зі специфікою їх діяльності, є зберігання речей. Справа в тому, що в основному ломбарди надають кредити населенню під особливий вид застави – заклад, коли предмет застави передається у володіння заставодержателя або за його наказом – у володіння третій особі. Відносини щодо зберігання речей у ломбарді регулюються положеннями ст. ст. 967, 968 Цивільного кодексу України.

Проаналізувавши чинне законодавство України, можна зробити висновок, що кредитування, зберігання та застava майна у ломбарді має специфічний об'єктний та суб'єктний склад правовідносин. Так, об'єктом застави та зберігання в ломбарді є рухомі речі, призначені для особистого споживання. Але в наукових колах висловлюється думка, що предметом застави можуть бути і нерухомі речі. Так, на думку Н.М. Квіт, ломбарди мають право брати в заставу і нерухоме майно, тому що законом їм це не заборонено<sup>13</sup>.

Оскільки ломбарди надають кредити та супутні послуги, які є передумовою надання кредиту або впливають з його надання, виключно фізичним особам, які беруть кредит на споживчі потреби та під заставу майна, призначеного для особистого споживання, сторонами договорів кредиту, договору зберігання речей, з одного боку, є ломбард (фінансова установа, в розпорядженні якої команда професіоналів), а з іншого, – фізична особа – споживач послуг ломбарду, цілком логічно, що на правовідносини між ломбардом та споживачем має розповсюджуватися законодавство про захист прав споживачів, що й зазначається у Положенні про порядок надання фінансових послуг ломбардами України<sup>14</sup>.

До прийняття Закону України «Про споживче кредитування» відносини між ломбардами та споживачами регулювалися положеннями ст. 11, ст. 18 Закону України «Про захист прав споживачів». Однак Законом України «Про споживче кредитування» у правове регулювання цих відносин було внесено істотні зміни. Так, відповідно до п. 8 ч. 2 ст. 3 Закону України «Про споживче кредитування» цей Закон не поширюється на кредити, що надаються ломбардами у разі передання предмета застави на збереження ломбарду, за умови, що зобов'язання споживача обмежуються вартістю предмета застави. Водночас перехідними положеннями цього Закону змінюються, а фактично вилучаються, цілком гармонійні, які забезпечували споживачу доволі надійний правовий захист, положення ст. 11 «Права споживачів в разі придбання ним продукції у кредит», Закону України «Про захист прав споживачів». У перехідних положеннях Закону України «Про споживче кредитування» встановлено, що цей Закон застосовується до відносин споживчого кредитування у частині, що не суперечить Закону України «Про споживче кредитування», саме у цій редакції після законодавчих змін і було викладено ст. 11 Закону України «Про захист прав споживачів».

Логіка законодавця щодо виключення кредитних послуг ломбарду зі сфери регулювання Закону України «Про споживче кредитування» є незрозумілою та непослідовною. Ломбарди – це фінансові установи, що надають кредитні послуги населенню, наділені спеціальною правосуб'єктністю кредитодавця у споживчому кредитуванні, а тому правила їхньої діяльності мають бути аналогічними до інших кредитних установ.

Разом із тим, враховуючи специфіку надання кредитів ломбардами, коли зобов'язання споживача за кредитною угодою в основному обмежуються предметом застави, положення Закону України «Про споживче кредитування» фактично позбавили споживачів кредитних послуг ломбарду спеціального правового захисту, що, безумовно, послабить позиції людей у відносинах із цією кредитною установою. Закони, що регулюють подібні правовідносини, повинні забезпечувати споживача спеціальними засобами правового захисту, а не обмежувати їх, що фактично й відбулося на практиці після прийняття Закону України «Про споживче кредитування».

Аналізуючи категорію «звуження змісту прав і свобод», Конституційний Суд України в мотивувальній частині свого Рішення від 11 жовтня 2005 р. № 8-рп/2005 констатував, що «Звуження змісту прав і свобод означає зменшення ознак, змістовних характеристик можливостей людини, які відображаються відповідними правами та свободами, тобто якісних характеристик права. Звуження обсягу прав і свобод – це зменшення кола суб'єктів, розміру території, часу, розміру або кількості благ чи будь-яких інших кількісно вимірюваних показників використання прав і свобод, тобто їх кількісної характеристики»<sup>15</sup>.

Окрім цього, Конституційний Суд України у своєму Рішенні від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005 констатував, що визначення Законом правових актів такими, які втратили чинність, зупинення їх дії, внесення до них змін і доповнень стосовно закріплених в них прав і свобод людини і громадянина є скасуванням або обмеженням цих прав і свобод<sup>16</sup>.

Відповідно до ч. 3 ст. 22 Конституції України при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод громадян.

Отже, положення п. 8 ч. 2 ст. 3 Закону України «Про споживче кредитування» суперечать частині третій ст. 22 Конституції України і є неконституційними, тому що обмежує існуючі до прийняття цього Закону права споживача.

У контексті адаптації українського законодавства в галузі споживчого кредитування до законодавства ЄС не можна залишити поза увагою той факт, що в європейському законодавстві кредитором у правовідносинах споживчого кредитування можуть виступати не тільки юридичні особи, а й фізичні особи. Визначальним критерієм віднесення тієї чи іншої особи до категорії кредиторів є прибутковий, професійний характер її діяльності щодо надання кредиту. До того ж, коло юридичних осіб, які виступають кредитором у правовідносинах споживчого кредитування, не обмежується виключно банківськими та фінансовими установами. Так, відповідно до ст. 3 Директиви ЄС 2008/48 про кредитні договори для споживачів<sup>17</sup> під терміном «кредитор» розуміється будь-яка фізична або юридична особа, яка надає або обіцяє надати кредит у межах його торговельної, підприємницької або професійної діяльності.

Таким чином, європейський кредитор не звужує, а навпаки розширює коло осіб, на яких розповсюджується дія законодавства про захист прав споживачів кредитних послуг.

Отже, у правовідносинах споживчого кредитування ломбарди наділені спеціальним правовим статусом кредитора, що обумовлює розповсюдження дії Закону України «Про споживче кредитування» на відносини між ломбардами та споживачами. З огляду на вищевикладене постає необхідність із ч. 2 ст. 3 Закону України «Про споживче кредитування» виключити п. 8 такого змісту: «кредити, що надаються ломбардами у разі передання предмета застави на збереження ломбарду, за умови що зобов'язання споживача обмежуються вартістю предмета застави».

Наступною фінансовою установою, що міститься у переліку, визначеному у ст. 2 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», є лізингова компанія.

Діяльність лізингових компаній в Україні регулюється нормами Цивільного, Господарського, та Податкового кодексів, спеціальним законом «Про фінансовий лізинг», а також іншими законами і нормативними актами Національного банку України та Національною комісією, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг.

Н.Ф. Ментух, досліджуючи лізингові компанії, надає визначення терміну лізингова компанія. Це господарська організація, створена у визначеному законодавством порядку, що на професійній основі, постійно та безпосередньо здійснює лізингову діяльність для задоволення майнових інтересів інших суб'єктів господарських правовідносин з метою отримання прибутку, має відокремлене майно, закріплене за ним на визначеному правовому титулі та господарську правосуб'єктність і відповідно до чинного законодавства виконує функцію лізингодавця<sup>18</sup>.

Згідно з положеннями ч. 1 ст. 807 Цивільного кодексу України предметом договору лізингу можуть бути тільки індивідуально визначена та неспоживна річ, віднесена відповідно до законодавства до основних фондів<sup>19</sup>.

Досліджуючи коло суб'єктів серед небанківських фінансових установ, які можуть виступати кредитором у відносинах іпотечного кредитування, Н.М. Квіт дійшла висновку, з яким не можна не погодитись, що прирівнювати лізинг і кредит не можна, оскільки це суперечить правовій природі даних договірних відносин. По-перше, предметом кредитного договору є лише грошові кошти, а предметом лізингу – неспоживча річ, визначена індивідуальними ознаками і віднесена законодавством до основних фондів. По-друге, за своєю природою кредитні відносини цивільним законодавством України віднесено до договорів надання послуг, а лізинг – до договорів про надання майна у користування, як особлива форма оренди (найму)<sup>20</sup>.

Таким чином, лізингові компанії за своєю правовою природою не можуть виступати суб'єктами кредитних відносин взагалі і зокрема відносин споживчого кредитування.

Щодо права страхових компаній виступати кредитодавцями у споживчому кредитуванні, то Л.П. Оплачко<sup>21</sup> та С.М. Лепех<sup>22</sup> акцентують увагу на тому, що страхові компанії можуть надавати кредити лише чітко визначеним особам, зокрема тим, які уклали договори страхування життя.

Н.М. Квіт, досліджуючи правовий статус страхової компанії як кредитодавця з позиції іпотечного кредитування, зробила висновок, що страхові компанії можуть виступати кредитодавцями при іпотечному кредитуванні, але тут мають місце певні особливості такого іпотечного кредитування. Так, на думку автора, особливістю такого іпотечного кредитування є суб'єкти, між якими виникають дані відносини. Іпотечним кредитодавцем тут завжди виступає страховик, який обов'язково повинен мати чину ліцензію Держфінпослуг України на здійснення діяльності зі страхування життя, а іпотечними позичальниками лише страхувальника, який уклав зі страховиком договір страхування життя та може отримати грошові кошти відповідно до Порядку використання резервів із страхування життя для довгострокового кредитування житлового будівництва, у тому числі індивідуальних забудовників», який був затверджений Розпорядженням Держфінпослуг України від 16 січня 2007 року<sup>23</sup>.

Відповідно до положень ст. 31 Закону України «Про страхування» страхові компанії мають право надавати кредити страхувальникам, якими можуть бути виключно фізичні особи, що уклали договори страхування життя, в межах викупної суми на момент видачі кредиту та під заставу викупної суми.

Кошти резервів із страхування життя можуть використовуватися для довгострокового кредитування житлового будівництва, у тому числі індивідуальних забудовників, у порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України<sup>24</sup>.

*Отже, страхова компанія може виступати кредитодавцем і надавати споживчі кредити тільки обмеженому колу споживачів – особам, які уклали договір страхування життя та коли цільовим використанням кредиту є будівництво житлової нерухомості.*

У питанні щодо визначення права інвестиційних компаній, установ накопичувального пенсійного забезпечення, довірчих товариств виступати в якості кредитодавців у споживчому кредитуванні, ми поділяємо точку зору Л.П. Оплачко, що установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні компанії взагалі не мають права надавати кредити<sup>25</sup>.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 64 Закону України «Про інститути спільного інвестування» від 5 липня 2012 р. № 5080-VI<sup>26</sup> компанія з управління активами під час провадження діяльності з управління активами інституту спільного інвестування не має права надавати кредити за рахунок активів інституту спільного інвестування. Проте дане обмеження не поширюється на діяльність компанії з управління активами венчурного фонду, на що вказують положення ст. 14 та ст. 64 цього Закону. Крім того, Ю ст. 48 аналізованого Закону також передбачено право венчурного фонду надавати кошти у позику. Разом із тим, відповідно Розділу 5 «Положення про склад та структуру активів інституту спільного інвестування» від 10 вересня 2013 р. № 1753, затвердженого рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку<sup>27</sup>, позики за рахунок коштів венчурного фонду можуть надаватися тільки юридичним особам за умови, що не менш як 10 відсотків статутного капіталу відповідної юридичної особи належить такому венчурному фонду.

*Таким чином, інвестиційні компанії не мають права надавати кредити фізичним особам, а отже, не можуть виступати суб'єктами споживчого кредитування.*

Установи накопичувального пенсійного забезпечення також не можуть виступати кредитодавцями у споживчому кредитуванні, оскільки у ст. 49 Закону України «Про недержавне пенсійне забезпечення»<sup>28</sup> міститься заборона особі, яка здійснює управління активами пенсійного фонду, під час провадження нею такої діяльності надавати будь-які кредити (позики) за рахунок пенсійних активів.

Ще однією фінансовою установою, право якої виступати кредитодавцем у споживчому кредитуванні нам необхідно з'ясувати, є довірчі товариства.

На сьогоднішній день діяльність довірчих товариств регулюється Декретом Кабінету Міністрів України «Про довірчі товариства» від 17 березня 1993 р. № 23-93<sup>29</sup> (далі – Декрет), Розділом 3 глави 70 Цивільного кодексу України.

Відповідно до положень ст. ст. 1 та 4 цього Декрету, довірче товариство – товариство з додатковою відповідальністю, яке здійснює представницьку діяльність відповідно до договору, укладеного з довірцями майна щодо реалізації їх прав власників. Майном довірителя є кошти, цінні папери та документи, які засвідчують право власності довірителя. При цьому довіритель майна – юридична особа або громадянин, які передають довірчому товариству повноваження власника належного їм майна відповідно до умов укладеного між ними договору.

Довірче товариство здійснює такі довірчі операції: для громадян – збереження та представницькі послуги для обслуговування майна довірцелів; для юридичних осіб – розпорядження майном, агентські послуги, ведення рахунків для власників їх цінних паперів та управління голосуючими акціями, переданими довірчому товариству шляхом участі в загальних зборах акціонерного товариства.

Як бачимо, законодавством встановлено виключний перелік послуг, які дочірні товариства мають право надавати громадянам (фізичним особам) і надання кредитів у цьому переліку відсутнє.

Відтак, довірчі товариства не можуть виступати кредитодавцями в споживчому кредитуванні, оскільки це суперечить сутності їхньої діяльності.

*Отже, проведений аналіз законодавства, що регулює діяльність фінансових установ, дає змогу зробити наступні висновки та рекомендації.*



*По-перше, правовий статус кредитодавця у відносинах споживчого кредитування визначається наявністю у нього спеціальної правосуб'єктності.*

*По-друге, відповідно до положень законодавства до суб'єктів, що володіють правовим статусом кредитодавця у споживчому кредитуванні, належать банки, ломбарди, у відносинах споживчого кредитування з обмеженим колом споживачів – кредитні спілки і страхові компанії.*

*По-третє, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні компанії, довірчі товариства, лізингові компанії не мають права надавати споживчі кредити, виступати кредитодавцями у правовідносинах споживчого кредитування, оскільки це суперечить правовій природі та сутності їх діяльності.*

*По-четверте, виключення ломбардів зі сфери регулювання Закону України «Про споживче кредитування» є необґрунтованим та безпідставним, адже ломбарди є фінансовими установами, що надають кредитні послуги населенню, наділені спеціальною правосуб'єктністю кредитодавця у споживчому кредитуванні, а тому правила їхньої діяльності мають бути аналогічними до інших кредитних установ.*

*Виключення ломбардів зі сфери регулювання Закону України «Про споживче кредитування» має наслідком послаблення позиції споживача у відносинах з цією фінансовою установою та істотно обмежує їх права, що існували до моменту прийняття цього Закону. З метою виправлення недоліків законодавства пропонується внести зміни до Закону України «Про споживче кредитування», а саме із ч. 2 ст. 3 Закону України «Про споживче кредитування» виключити п. 8 такого змісту: «кредити, що надаються ломбардами у разі передання предмета застави на збереження ломбарду, за умови, що зобов'язання споживача обмежуються вартістю предмета застави».*

*По-п'яте, в умовах євроінтеграційних процесів законодавства про споживче кредитування та розвитку кредитних технологій вбачається важливим не звужувати, а поступово розширювати коло осіб, на яких поширюється сфера дії Закону України «Про споживче кредитування». Разом з тим метою ефективнішого забезпечення захисту прав та інтересів споживачів кредитних послуг існує необхідність визначення в означеному Законі більш конкретних критеріїв віднесення тієї чи іншої особи до статусу кредитодавця у відносинах споживчого кредитування.*

<sup>1</sup> Про споживче кредитування : Закон України від 15 листопада 2016 р. № 1734-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1734-19>

<sup>2</sup> Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15> – Назва з екрана.

<sup>3</sup> Про споживче кредитування : Закон України від 15 листопада 2016 р. № 1734-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1734-19>

<sup>4</sup> Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України від 12 липня 2001 р. № 2664-III : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2664-14>

<sup>5</sup> *Оплачко Л.П.* Правове регулювання відносин за кредитним договором: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Лілія Петрівна Оплачко ; Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва НАПрН України. – К., 2011.

<sup>6</sup> Про ліцензування видів господарської діяльності, надання фінансових послуг підлягає ліцензуванню : Закон України від 2 березня 2015 р. № 222-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/222-19>

<sup>7</sup> Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України від 12 липня 2001 р. № 2664-III : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2664-14>

<sup>8</sup> *Деревнін В.С.* Загальні засади визначення правосуб'єктності товарної біржі / В.С. Деревнін // Актуальні проблеми держави і права. – 2011. – С. 349 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.apdr.in.ua/v58/53.pdf> ; Про кредитні спілки: Закон України від 20 грудня 2001 р. № 2908-III // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 30. – Ст. 1 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2908-14>

<sup>9</sup> *Окунев І.С.* Проблема правосуб'єктності як складова теорії правового статусу суб'єкта права / І.С. Окунев // Держава і право: зб. наук. праць. Юридичні і політичні науки. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2007. – Вип. 37. – С. 63.

<sup>10</sup> Про кредитні спілки: Закон України від 20 грудня 2001 р. № 2908-III // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 30. – Ст. 1 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2908-14>

<sup>11</sup> Про затвердження Положення про порядок надання фінансових послуг ломбардами: розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 26 квітня 2005 р. № 3981. Зареєстровано в Міністерстві юстиції України 14 травня 2005 р. за № 565/10845 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://search.ligazakon.ua/\\_doc2.nsf/link1/RE10845.html](http://search.ligazakon.ua/_doc2.nsf/link1/RE10845.html)

<sup>12</sup> Там само.

<sup>13</sup> *Квіт Н.М.* Небанківська фінансова установа як кредитодавець за договором про іпотечний борг (кредит) / Н.М. Квіт // Університетські наукові записки. – 2009. – № 1 (29). – С. 112–118.

<sup>14</sup> Про затвердження Положення про порядок надання фінансових послуг ломбардами: розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 26 квітня 2005 р. № 3981. Зареєстровано в Міністерстві юстиції України 14 травня 2005 р. за № 565/10845 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://search.ligazakon.ua/\\_doc2.nsf/link1/RE10845.html](http://search.ligazakon.ua/_doc2.nsf/link1/RE10845.html)

<sup>15</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданням Верховного Суду України та 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців третього, четвертого пункту 13 розділу XV «Прикінцеві положення» Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» та офіційного тлумачення положення частини третьої статті 11 Закону України «Про статус суддів» (справа про рівень пенсії і щомісячного довічного грошового утримання). Справа № 1-21/2005, м. Київ, від 11 жовтня 2005 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v008p710-05>

<sup>16</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу Х «Перехідні положення» Земель-

ного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками). Справа № 1-17/2005 22 вересня 2005 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-05>

<sup>17</sup> Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC [Electronic resource] // OJ L 133, 22.5.2008, P. 66–92. – Mode of access: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32008L0048> – Title from the screen.

<sup>18</sup> Ментух Н.Ф. Лізингові компанії: поняття та ознаки / Н.Ф. Ментух // Актуальні проблеми правознавства : зб. наук. праць. – 2016. – Вип. № 2. – С. 108–112.

<sup>19</sup> Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

<sup>20</sup> Квіт Н.М. Вказана праця.

<sup>21</sup> Оплачко Л.П. Вказана праця. – 19 с.

<sup>22</sup> Лепех С.М. Кредитний договір: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 / Світлана Михайлівна Лепех ; Львівський національний університет імені Івана Франка. – Л., 2004. – 19 с.

<sup>23</sup> Квіт Н.М. Вказана праця.

<sup>24</sup> Про страхування: Закон України 7 березня 1996 р. № 85/96-ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/85/96-%D0%B2%D1%80>

<sup>25</sup> Оплачко Л.П. Вказана праця. – 19 с.

<sup>26</sup> Про інститути спільного інвестування: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5080-VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/5080-17>

<sup>27</sup> Положення про склад та структуру активів інституту спільного інвестування : рішення Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 10 вересня 2013 р. № 1753. Зареєстровано в Міністерстві юстиції України 1 жовтня 2013 р. за № 1689/24221 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1689-13>

<sup>28</sup> Про недержавне пенсійне забезпечення: Закон України від 9 липня 2003 р. № 1057-IV : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1057-15>

<sup>29</sup> Про довірчі товариства : декрет Кабінету Міністрів України від 17 березня 1993 р. № 23-93 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/23-93>

### Резюме

**Муляр М.С. Фінансові установи, на які поширюється дія Закону України «Про споживче кредитування».**

Стаття присвячена визначенню та аналізу кола фінансових установ, що володіють правовим статусом кредитодавця у відносинах споживчого кредитування та на які поширюється дія Закону «Про споживче кредитування».

Автор звертає увагу на проблеми визначення переліку фінансових установ, на які розповсюджується дія Закону України «Про споживче кредитування», та шляхи їх вирішення.

Робиться висновок, що у відносинах споживчого кредитування на можливість виокремлення фінансової установи з правовим статусом кредитодавця серед інших фінансових установ впливає наявність спеціальної правосуб'єктності. В умовах адаптації українського законодавства у галузі споживчого кредитування до законодавства ЄС пропонується не звужувати, а поступово розширювати коло осіб, на яких поширюється сфера дії Закону України «Про споживче кредитування».

**Ключові слова:** спеціальний правовий статус, кредитодавець, споживче кредитування, ломбарди.

### Резюме

**Муляр М.С. Финансовые учреждения, на которые распространяется действие Закона Украины «О потребительском кредитовании».**

Статья посвящена определению и анализу круга финансовых учреждений, обладающих правовым статусом кредитодателя в отношениях потребительского кредитования, на которые распространяется действие Закона Украины «О потребительском кредитовании».

Автор обращает внимание на проблемы определения перечня финансовых учреждений, на которые распространяется действие Закона Украины «О потребительском кредитовании», и пути их решения.

Делается вывод, что в отношениях потребительского кредитования на возможность выделения финансового учреждения с правовым статусом кредитодателя среди других финансовых учреждений влияет наличие специальной правосубъектности. В условиях адаптации украинского законодательства в области потребительского кредитования с законодательством ЕС предлагается не сужать, а постепенно расширять круг лиц, на которых распространяется сфера действия Закона Украины «О потребительском кредитовании».

**Ключевые слова:** специальный правовой статус, кредитодатель, потребительское кредитование, ломбарды.

### Summary

**Muliar M. Financial institutions subject to the Law of Ukraine «On Consumer Lending».**

The article is devoted to the definition and analysis of a range of financial institutions that have the legal status of a lender in consumer lending relationships and are covered by the Law of Ukraine «On Consumer Lending».

The author draws attention to the problems of determining financial institutions that are subject to the Law «On Consumer Crediting», and ways to resolve them.

The author concludes that a special legal personality distinguishes financial institution with the legal status of a lender among other financial institutions in consumer lending relations. It is proposed not to narrow, but gradually expand the circle of persons covered by the scope of the Law «On Consumer Crediting» on the way of adaptation of the Ukrainian legislation in the field of consumer crediting with the EU legislation.

**Key words:** special legal status, lender, consumer lending, pawnshops.

## І.В. НАСТАВНИЙ

*Ілля Вячеславович Наставний, аспірант Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

### МІСЦЕ ПРАВОВІДНОСИН У СФЕРІ ПРОФЕСІЙНОГО СПОРТУ У СТРУКТУРІ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА ТА ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Розпочинаючи аналіз питань, пов'язаних з визначенням місця професійних спортивних відносин в структурі предмета цивільного права та цивільного законодавства, вважаємо за доцільне передусім акцентувати увагу на розмежуванні терміносполучень «спортивні правовідносини» та «відносин у сфері професійного спорту». Це зумовлено насамперед комплексним характером законодавчих норм, які регламентують зазначені правовідносини, що є предметом не тільки галузі цивільного, а й інших галузей права, як-от: адміністративного права, трудового права, права соціального забезпечення тощо. Зважаючи на наведене вважаємо, що терміносполучення «відносин у сфері професійного спорту» та «спортивні правовідносини» взаємопов'язані та співвідносяться як частина і ціле. Відносин у сфері професійного спорту є одним із різновидів спортивних правовідносин, оскільки у зазначеній сфері можуть виникати також відносини у сфері любительського спорту, фізичної культури тощо.

У силу того, що відносини в сфері професійного спорту є відносно новими та малодослідженими, а предметом цілеспрямованого правового регулювання спортивні відносини стали лише в середині ХХ ст., насамперед доцільно наголосити на відсутності широкої палітри визначень цих понять. Загалом у вітчизняній юридичній літературі з цього приводу зазначається, що суспільні відносини, які виникають щоденно між суб'єктами діяльності в сфері фізичної культури та спорту, перетворюються на спортивні правовідносини тоді, коли на них розповсюджується дія норм, які містяться в найрізноманітніших нормативно-правових актах спортивного законодавства<sup>1</sup>. Тобто, зазначені відносини виникають при здійсненні професійної спортивної діяльності, яка включає ігрову фізкультурно-спортивну діяльність, спортивно-суддівську та тренерську діяльність, а також роботу інших фахівців у галузі професійного спорту. Іншими словами, відносини у сфері професійного спорту поділяються на: 1) відносини щодо здійснення професійної діяльності; 2) відносини щодо діяльності фахівців так званого «неспортивного призначення», а саме: лікарів, масажистів, консультантів, психологів, технічних працівників тощо. Зважаючи на це, можемо виокремити в межах відносин у сфері професійного спорту: 1) спортивні правовідносини, що виникають при здійсненні професійної спортивної діяльності; 2) організаційні правовідносини, що виникають при організації проведення спортивних змагань; 3) інформаційні правовідносини, що пов'язані з інформуванням спортсменів, вболівальників тощо про проведення спортивних змагань, популяризацією оздоровчого значення фізичної культури, напрямів спорту, досягнень спортсменів України на міжнародних спортивних змаганнях та ін.

При дослідженні правової природи відносин у сфері професійного спорту насамперед важливо встановити галузеву належність цього виду правовідносин. Важливим також видається окреслення меж досліджуваних нами правовідносин, адже вони є лише одним із видів спортивних правовідносин.

Отже, передусім зазначимо, що суспільні відносини в сфері професійного спорту є об'єктом регулювання і охорони правової системи, адже закономірності соціально-правового характеру, в тому числі й у сфері професійного спорту, знаходять своє відображення в процесі еволюції вітчизняної правової системи. Разом із тим і сама правова система розвивається та функціонує під впливом цих порівняно нових відносин. Це дає нам змогу стверджувати, що у зв'язку із розвитком відносин у сфері професійного спорту все більший інтерес викликає питання їх правового регулювання. Свідченням чого є конфліктні ситуації, які виникають у сфері взаємодії суб'єктів спортивних відносин. При їх взаємодії найчастіше порушуються суб'єктивні цивільні права спортсменів, оскільки, як правило, саме вони є більш слабшою стороною у спортивних правовідносинах.

Зважаючи на це, важливим є визначення місця нормативно-правових приписів, що регламентують сферу спорту, в системі права і системі вітчизняного законодавства. З цього приводу доцільно зазначити, що у юридичній науці немає консенсусу щодо місця спортивного права у системі права загалом. Так, Г.Ю. Бордюгова виділяє спортивне право у нову, вже достатньо відособлену галузь права, норми якої регулюють суспільні відносини у сфері фізичної культури та спортивної діяльності. Це комплексна галузь права, оскільки її норми регулюють відносини, на які розповсюджується також дія норм, що водночас належать до інших галузей права – цивільного, трудового, адміністративного, міжнародного та їй притаманний специфічний методологічний набір способів і прийомів правового регулювання, які становлять комплексний метод. Водночас, на думку дослідниці, вона є самосійною галуззю, яка охоплює сферу своєрідних суспільних відносин та відповідну нормативно-правову базу, що характеризується багатоманітністю й складним взаємозв'язком інститутів та норм, що існують в ній<sup>2</sup>. Схожа позиція висловлена А.М. Апаровим. Вчений вважає, що

спортивне право – це комплексна галузь права України, сукупність правових норм, що регулюють організаційні, соціальні та економічні основи діяльності у сфері фізичної культури і спорту, суспільні відносини, що виникають при створенні умов для розвитку фізичної культури і спорту, пов'язані з ними господарські, адміністративні, майнові, трудові та фінансові суспільні відносини, які виникають у зв'язку з організацією та проведенням цілеспрямованих фізкультурно-оздоровчих та спортивних заходів комерційного та некомерційного спрямування, відносини між суб'єктами сфери фізичної культури і спорту, які мають аматорський або професійний статус або займаються фізичною культурою і спортом для задоволення своїх особистих потреб, а також відносини між організаторами фізкультурно-оздоровчих або спортивних заходів<sup>3</sup>. Виходячи із чого поширеною в юридичній літературі є думка, згідно з якою сукупність норм, які регулюють фізкультурно-спортивні відносини, може бути об'єднана в комплексну галузь через специфічність предмета регулювання<sup>4</sup>.

Разом із тим зазначена теза викликає цілком обґрунтовані контраргументи у опонентів концепції спортивного права як окремої галузі права. Так, на думку Н.О. Овчиннікової, засади правового регулювання фізичної культури та спорту не можуть бути віднесені до окремої чи комплексної галузі права, оскільки в юридичній літературі критеріїв для побудови галузевої структури системи права сформувався два – це предмет та метод правового регулювання, які є непорушними. Якщо критерій наявності власного методу правового регулювання як конституційної ознаки галузі права відкинути, це призведе до кризи всієї теорії системи права та неминучого змішання теоретичних уявлень про систему права та систему законодавства<sup>5</sup>. Схожої позиції дотримується С.В. Сердюков, на думку якого наразі сформувалася комплексна галузь законодавства – спортивне право, яка має особливий предмет правового регулювання, що відрізняється внутрішньою структурованістю і системністю. Водночас автором не заперечується можливість теоретико-правового розгляду спортивного права в інших якостях. Зокрема, спортивне право можна розглядати як складову частину правової системи – «цілісного комплексу правових явищ, пов'язаних зі спортом»<sup>6</sup>.

Не вдаючись до детального аналізу правової природи спортивного права, все ж вважаємо за доцільне висловити власну точку зору щодо цього питання, особливо зважаючи на нагальну потребу у оновленні вітчизняної системи права в контексті зближення із системою європейського права.

Виходячи із вироблених теоретиками права таких основних ознак системи права, як: органічності єдності і взаємозв'язку правових норм; об'єктивності та обумовленості суспільних відносин; різноманіття неоднакових за змістом і обсягом структурних елементів, що утворюють систему (норми права, інститути права, підгалузі і галузі права), доцільно систему права визначити як її внутрішню будову, яка виражається в єдності та узгодженості правових норм, а також в поділі права на відносно самостійні частини – право приватне та право публічне. При цьому публічне та приватне право – це не галузі права у їхньому традиційному розумінні, а сфери, зони права, котрі можна назвати «супергалуззями», або «надгалуззями», що має суттєве методологічне значення<sup>7</sup>. Будучи «супергалуззями» загального феномена права, що існують на наднаціональному рівні, вони охоплюють групу галузей національного права<sup>8</sup>. Відповідно й співвідношення приватноправових та публічно-правових засад правового регулювання не є унікальним. Воно стосується правового регулювання усіх без винятку сфер суспільного життя та актуальне на всіх етапах розвитку правової науки, адже формування гуманного, демократичного суспільства можливе тільки на підставі поєднання, взаємодії приватноправових і публічно-правових засад<sup>9</sup>.

Цікавою з цього приводу є позиція Є.О. Суханова, що кардинальне реформування економічного і суспільного ладу в якості одного з неминучих наслідків мало зміну цієї системи. Відновлення приватноправових основ і перехід до принципового поділу всієї правової сфери на приватноправову і публічно-правову привели до того, що місце «піраміди» підпорядкованих галузей посіла нова їхня система, заснована на рівності приватноправового та публічно-правового підходів. У цій системі дві взаємодіючі, але не підпорядковані сфери приватного і публічного права поглинають безліч окремих правових галузей і їх груп. Зрозуміло також, що нова система права більшою мірою відповідає завданням формування правової держави і громадянського суспільства, яке не має більше перебувати під постійним та всеосяжним державним впливом. Єдність і узгодженість цієї системи забезпечуються не ієрархічною підпорядкованістю її елементів, а єдністю загальних правових принципів, які лежать в її основі, а також критеріїв виділення (відокремлення) правових галузей, що визначає функціональні особливості кожної з цих підсистем. Соціально-економічну базу такого становища становлять визнання ключової ролі невід'ємних прав і свобод особистості, а також ринкова організація господарства<sup>10</sup>. Із наведеного можемо зробити висновок про негативне ставлення вченого до підходів про пошук місця «комплексних» галузей права та інших «комплексних» елементів у сучасних правових системах, що було притаманно радянській правовій системі. Одразу ж зазначимо про підтримку нами цієї наукової позиції, виходячи із того, що розпорошення правових норм за комплексними галуззями права не сприяють удосконаленню механізму правового регулювання суспільних відносин.

Протилежної позиції з цього приводу дотримувався С.С. Алексєєв, який на первинному рівні виділяє галузі права (профільюючі та спеціальні), правові інститути (субінститути) і їх об'єднання – підгалузі. На іншому рівні вчений виділяє такі вторинні утворення, як: комплексні галузі права, комплексні та змішані правові інститути. На думку дослідника, юридичні норми, які входять до складу комплексних утворень, залишаються у структурі основної галузі. Такі норми входять у вторинну структуру, при цьому залишаючись нормами цивільного, кримінального, адміністративного права тощо. Появу вторинних структур дослідник пояснює багатством і багатогранністю правового регулювання ряду суспільних відносин, неможливістю вміщати всі особливості регулювання в рамках однієї, хоч би й головної, структури<sup>11</sup>.

На нашу думку, виходячи із висловленої в юридичній літературі тези про недоцільність абсолютизувати та переоцінювати значення поділу права на галузі, зважаючи, що у західній доктрині права ніколи не абсолютизували галузевий поділ, а англо-американське право взагалі такому поділу не надає значення, оскільки там принципово важливим є поділ права на публічне і приватне, в основі якого лежить сфера інтересів<sup>12</sup> та виділяються тільки такі фундаментальні галузі, як: цивільне, адміністративне, кримінальне право і то не завжди<sup>13</sup>, вважаємо за доцільне наголосити на необхідності віднесення відносин в сфері професійного спорту до галузі приватного права. Як слушно з цього приводу зазначає М.О. Ткалич, приватні відносини у сфері професійного спорту – це майнові та особисті немайнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, які виникають у зв'язку із здійсненням спортивної діяльності, і врегульовані нормами приватного права. Наведене визначення ґрунтується на загальноприйнятих у вітчизняній науці підходах і відповідає ст. 1 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) – відносинами, врегульованими цивільним законодавством, є особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників<sup>14</sup>.

Відповідно, підтримуючи наведену позицію, доходимо висновку, що правовідносини у сфері професійного спорту формують приватноправовий інститут, що регулює особисті немайнові та майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, які виникають у межах одного типового суспільного відношення – професійного спорту. Так, для сфери професійного спорту як самостійної, на свій ризик діяльності, ближчим є приватне право. Воно дає змогу особі вільно обирати вид спортивних правовідносин, керуючись не владними приписами, а відомою інформацією про гононари спортсменів, власними вподобаннями та фізичними можливостями. Зазначене підтверджується положенням ст. 38 Закону України «Про фізичну культуру і спорт», в якій підкреслено комерційне спрямування професійного спорту як напряму діяльності у спорті, що пов'язаний з підготовкою та проведенням видовищних спортивних заходів на високому організаційному рівні з метою отримання прибутку.

Зазначений правовий інститут, будучи складовою системи приватного права, має загальні з нею характеристики – специфічний методологічний набір способів і прийомів правового регулювання, об'єктивну відособленість і органічну єдність компонентів, специфічність методу, відносну самостійність, стійкість і автономність функціонування, хоча й іншого рівня. Тобто, правові основи професійного спорту утворюють приватноправовий інститут, що є складовим елементом галузі приватного права.

До такого висновку доходимо, опираючись на висловлену Р.А. Майдаником тезу про недоцільність виокремлення медичного права як окремої галузі права через відсутність однорідного предмета і метода правового регулювання. При цьому вчений наголошує на доцільності визнання медичного права комплексною сферою (галуззю) законодавства й інших допустимих джерел права (правові звичаї, судові прецеденти тощо), що є системою правових норм, які регулюють неоднорідні відносини<sup>15</sup>.

Зазначена точка зору вітчизняних дослідників цілком може бути прийнята в межах цього дослідження, зважаючи на те, що система законодавства характеризується систематизованістю її нормативно-правових актів, обумовлених єдністю державної волі та поєднанням приватноправових і публічно-правових начал. Інакше кажучи, система спортивного законодавства – це сукупність джерел права, які є формою вираження правових норм. Саме в законодавстві (джерелах права) правові норми і їх різні структурні утворення отримують свій зовнішній прояв. Відповідно, формування сукупності нормативно-правових актів у спортивній сфері суспільних відносин властиве формуванню саме галузі законодавства. З цього приводу слушною є висловлена А.С. Довгертом теза, згідно з якою характер цивільних відносин є природним, а не таким, що залежить від законодавця. Завдання останнього полягає лише у визнанні природної суті цих відносин і встановленні адекватного їх регулювання<sup>16</sup>.

Як видається, такий висновок можна обґрунтувати тим, що в основі поділу системи права на галузі лежать предмет і метод правового регулювання, а галузь законодавства, що регулює сферу спортивних відносин, можна виокремити за предметом регулювання та наявністю спеціального нормативно-правового акта, що регулює спортивні правовідносини. Разом із тим нормативно-правовий акт, присвячений врегулюванню спортивних відносин (наприклад, Закон України «Про фізичну культуру і спорт»), регулює різні за своїм змістом види суспільних відносин, включаючи норми декількох галузей права (цивільного, фінансового, трудового, соціального забезпечення тощо), тому у нього не може бути єдиного предмета і методу правового регулювання. При цьому як приватноправові, так і публічно-правові відносини регулюються законодавством, поділ якого в силу самої його природи на «приватну» і «публічну» складові навряд чи можливий<sup>17</sup>. Відповідно, система права і система законодавства вибудовуються за різними критеріями. Систему права засновано на якісній однорідності відносин, що регулюються самостійними галузями права (предметна єдність), система ж законодавства враховує практичну доцільність узагальнення норм за ознакою спрямованості правового впливу на окремі сфері суспільного життя (функціональна єдність)<sup>18</sup>.

В юридичній літературі запропоновано розмежування системи законодавства і системи права здійснювати за такими критеріями: 1) розбіжність обсягу; 2) відмінності у співвідношенні об'єктивного і суб'єктивного; 3) відмінності у системоутворюючих факторах системи права і системи законодавства; 4) неоднаковий рівень структурної впорядкованості, цілісності (система права, на відміну від системи законодавства, є системою, що самоорганізовується); 5) відмінності у співвідношенні статичних і динамічних властивостей: система права більш стійка, інваріантна, ніж система законодавства; 6) відмінності у закономірностях функціонування і розвитку<sup>19</sup>. Слід зазначити, що наведені критерії розмежування галузі права та галузі законодав-

ства не викликають заперечень. Водночас з цього приводу доцільно навести висловлену у юридичній літературі тезу: коли йдеться про систему законодавства, то кожна галузь законодавства є комплексною, оскільки складається переважно з нормативно-правових актів, які містять норми різних галузей права<sup>20</sup>.

Виходячи із наведеного, можемо зробити висновок, що законодавство в сфері спорту на сьогодні є самостійною комплексною галуззю законодавства, предметом регулювання якої є суспільні відносини в сфері спорту, що поєднує різні їх види. Так, норми спортивного законодавства поширюються на любительський та професійний спорт, на фізичне виховання у системі освіти, на відносини в сфері спортивної медицини тощо. Більше того, зазначена галузь законодавства включає в себе нормативно-правові акти, що регулюють суспільні відносини, які виникають в процесі участі інших фізичних і юридичних осіб в діяльності, пов'язаній з організацією та проведенням спортивних заходів як на національному, так і на міжнародному рівнях. Зазначена комплексна галузь законодавства має ієрархічну структуру, оскільки в спрощеному вигляді нормативно-правові акти нижчого рівня (Укази Президента України, постанови Кабінету Міністрів України, накази міністерств та відомств в сфері спорту, розпорядження голів обласних та районних державних адміністрацій, керівників різного роду навчальних закладів, статuti спортивних організацій тощо) підпорядковуються і обумовлені актам більш високого рівня з точки зору їх юридичної сили (Цивільний кодекс, Закон України «Про фізичну культуру і спорт» тощо). Тобто, під комплексною системою законодавства, що регулює сферу спортивних відносин, пропонуємо розуміти сукупність різнорівневих нормативно-правових актів, об'єднаних предметною єдністю, які регулюють однорідні суспільні відносини, а також єдиними принципами, в основі яких, як правило, лежить базовий законодавчий акт.

<sup>1</sup> *Бордюгова Г.Ю.* Міжнародне спортивне право як основа для формування національної галузі права «Спортивне право України»: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11 / Г.Ю. Бордюгова. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 2009. – С. 119.

<sup>2</sup> Там само. – С. 87–88.

<sup>3</sup> *Апаров А. М.* Спортивне право України. – К.: Істина, 2012. – С. 47.

<sup>4</sup> *Егоричев А.Н.* Конституционно-правовые основы физкультурной деятельности: российский и зарубежный опыт: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02 / А.Н. Егоричев. – М., 2006. – С. 11.

<sup>5</sup> *Овчинникова Н.А.* Правовое регулирование профессионального спорта в Российской Федерации (общеправовой анализ): автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / Н.А. Овчинникова. – Владимир, 2008. – С. 15–16.

<sup>6</sup> *Сердюков А.В.* Спортивное право как комплексная отрасль законодательства : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 / А.В. Сердюков. – М., 2010. – С. 5.

<sup>7</sup> *Довгерт А.С.* Методологічне значення ідеї наднаціонального цивільного права / А.С. Довгерт // Право України. – 2009. – № 8. – С. 15.

<sup>8</sup> *Майданик Р.А.* Цивільне право: Загальна частина / Р.А. Майданик. – К.: Алерта, 2012. – Т. I: Вступ у цивільне право. – С. 49.

<sup>9</sup> *Крупчан О.Д.* Приватноправове та публічно-правове регулювання підприємництва в Україні / О.Д. Крупчан // Актуальні проблеми приватного права України: зб. статей до ювілею д-ра юрид. наук, професора Наталії Семенівни Кузнецової / відп. ред. Р.А. Майданик та О.В. Кохановська. – К.: ПрАТ «Юридична практика», 2014. – С. 247.

<sup>10</sup> *Суханов Е.А.* Гражданское право : в 2 т. / Е.А. Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Бек, 1998. – Т. 1. – С. 28.

<sup>11</sup> *Алексеев С.С.* Общая теория права: в 2 т. / С.С. Алексеев. – М.: Юрид. лит., 1981. – Т. 1. – С. 252–259.

<sup>12</sup> *Настечко К.* Увага! Нова галузь / К. Настечко // Український юрист. – 2007. – № 6 (54). – С. 29.

<sup>13</sup> *Гражданское общество и развитие гражданского права: сб. статей к юбилею д-ра юрид. наук, профессора Наталии Семеновны Кузнецовой / отв. ред. Р.А. Майданик и Е.В. Кохановская. – К.: ЧАО «Юридическая практика», 2014. – С. 130.*

<sup>14</sup> *Ткалич М.О.* Спортивне приватне право як підгалузь цивільного (приватного) права / М. О. Ткалич // Проблеми цивільного права та процесу : тези доп. учасників наук.-практ. конф., присвяч. світлій пам'яті О.А. Пушкіна (м. Харків, 25 травня 2018 р.) / МВС України, Харків, нац. ун-т внутр. справ; Харків. обласний осередок Всеукр. громад. орг. «Асоціація цивілістів України». – Х.: ХНУВС, 2017. – С. 221.

<sup>15</sup> *Майданик Р.А.* Медичне право в системі права України / Р.А. Майданик. – К.: Алерта, 2013. – С. 21.

<sup>16</sup> *Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / за ред. розробників проекту Цивільного кодексу. – К., 2004. – С. 31.*

<sup>17</sup> *Сердюков А.В.* Спортивное право как комплексная отрасль законодательства: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / А.В. Сердюков. – М., 2010. – С. 40–41.

<sup>18</sup> *Тонкое Е.Е.* Комплексные отрасли права: плодотворная идея или отказ от формальной определенности в правовой науке? / Е.Е. Тонкое, В.С. Синенко // Вестник Воронежского государственного университета. – 2016. – № 2 (25). – С. 62. – (Серия: «Право»).

<sup>19</sup> *Мешкова О.Е.* Соотношение системы права и системы законодательства / О.Е. Мешкова // Вестник Омского университета. – 1998. – № 1. – С. 89.

<sup>20</sup> *Сивий Р.Б.* Деякі питання поділу права на приватне та публічне / Р.Б. Сивий // Методологія приватного права: зб. наук, праць (за матеріалами наук.-теорет. конф. (м. Київ, 30 травня 2003 р.)) / ред. кол.: О.Д. Крупчан (голова) та ін. – К.: Юрінком Інтер, 2003. – С. 107.

### Резюме

**Наставний І.В.** Місце правовідносин у сфері професійного спорту у структурі цивільного права та цивільного законодавства.

Стаття присвячена дослідженню питань, пов'язаних із визначенням місця професійних спортивних відносин у структурі предмета цивільного права та цивільного законодавства. Зокрема, при дослідженні правової природи відносин у сфері профе-

сійного спорту встановлено галузеву належність цього виду правовідносин, визначено місце нормативно-правових приписів, що регламентують сферу спорту, в системі права і системі вітчизняного законодавства. Встановлено, що правовідносини у сфері професійного спорту формують приватноправовий інститут, що регулює особисті немайнові та майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, які виникають у межах одного типового суспільного відношення – професійного спорту. Доведено, що законодавство в сфері спорту на сьогодні є самостійною комплексною галуззю, предметом регулювання якої є суспільні відносини в сфері спорту, що поєднує різні їх види.

**Ключові слова:** професійний спорт, спортивне право, спортивне законодавство, відносини в сфері професійного спорту, спортивні правовідносини, система права, система законодавства.

#### Резюме

***Наставний І.В. Место правоотношений в сфере профессионального спорта в структуре гражданского права та гражданского законодательства.***

Статья посвящена исследованию вопросов, связанных с определением профессиональных спортивных отношений в структуре предмета гражданского права и гражданского законодательства. В частности, при исследовании правовой природы отношений в сфере профессионального спорта установлена отраслевая принадлежность этого вида правоотношений, определено место нормативно-правовых предписаний, регламентирующих сферу спорта, в системе права и системе отечественного законодательства. Установлено, что правоотношения в сфере профессионального спорта формируют частноправовой институт, регулирующий личные неимущественные и имущественные отношения, основанные на юридическом равенстве, свободном волеизъявлении, имущественной самостоятельности их участников, возникающие в пределах одного типичного общественного отношения – профессионального спорта. Доказано, что законодательство в сфере спорта на сегодня является самостоятельной комплексной отраслью, предмет регулирования которой – общественные отношения в сфере спорта, сочетающие различные их виды.

**Ключевые слова:** профессиональный спорт, спортивное право, спортивное законодательство, отношения в сфере профессионального спорта, спортивные правоотношения, система права, система законодательства.

#### Summary

***Nastavnyy I. The place of legal relationships in the sphere of professional sport in the structure of civil law and civil legislation.***

The article is devoted to the research of issues related to the definition of the place of professional sports relations in the structure of the subject of civil law and civil legislation. In particular, during the research of the legal nature of relations in the field of professional sport the sectoral affiliation of this type of legal relationship, the place of legal regulations governing the sphere of sports, the system of law and the system of domestic legislation have been established. It has been established that legal relations in the field of professional sport form a private legal institute regulating personal non-property and property relations, based on legal equality, free expression of will, property independence of their participants, which arise within the limits of one typical social attitude – professional sport. It is proved that the legislation in the field of sport today is an independent comprehensive branch of legislation, the subject of regulation of which is social relations in the field of sport, combining their different kinds.

**Key words:** professional sport, sports law, sports legislation, relations in the field of professional sport, sports legal relations, system of law, system of legislation.

УДК 347.77

**Ю.Л. БОШИЦЬКИЙ, Ю.М. КАПІЦА**

*Юрій Ладиславович Бошицький, професор, ректор Київського університету права НАН України, керівник Міжнародного центру правових проблем інтелектуальної власності при Інституті держави і права ім В.М. Корецького НАН України*

*Юрій Михайлович Капіца, кандидат юридичних наук, директор Центру досліджень інтелектуальної власності та трансферу технологій НАН України*

## ПРАВОВІ АСПЕКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ НА ПРИКЛАДІ НАН УКРАЇНИ

Незважаючи на те, що інтелект у всі часи мав надзвичайно високу вартість у будь-якому суспільстві, в умовах сучасності він перетворився на стратегічний ресурс держав. Так, експорт новітніх технологій сприяв швидкому розвитку економік багатьох країн світу, створював умови для розвитку науки, техніки, для раціонального використання їх результатів. Ті країни, що зробили у своїй внутрішній політиці ставку на заохочення до творчості, на розвиток науки й освіти, нині входять до числа найбільш розвинених країн з високим рівнем якості життя.

Створення нових об'єктів інтелектуальної власності, зокрема винаходів, корисних моделей, промислових зразків супроводжується багатьма питаннями, серед яких важливе місце посідають проблеми правової охорони цих об'єктів, прав та інтересів їхніх творців. Тому вдосконалення правової охорони інтелектуальної діяльності, належна охорона її результатів є обов'язком усього суспільства – державних діячів, вчених, практиків і особливо юристів. Безумовно, ці питання потрібно розглядати комплексно.

Абсолютно природно, що культура, науково-технічний рівень виробництва, ефективність економіки, соціально-економічний прогрес в цілому і, нарешті, добробуту суспільства значною мірою залежать від рівня й ефективності творчої діяльності в цьому суспільстві, а творча, інтелектуальна діяльність стала рушійною силою розвитку цивілізації. Країни з високорозвиненою ринковою економікою відзначаються певним рівнем розвитку освіти, науки й культури. Культура, виробництво, матеріально-технічне забезпечення побуту зумовлюють і визначають рівень цивілізації того чи іншого суспільства. Однак все це є результатами творчої діяльності людини.

Закони ринкової економіки ставлять питання, щоб науково-технічні дослідження і виробничий процес розглядалися як єдиний процес розвитку науки, техніки і виробництва, як стадії єдиного циклу. Виробництво завжди буде вимагати від науки та від науково-технічних досліджень усе нових і нових рішень, тобто винаходів та інших досягнень, які б невпинно підвищували ефективність суспільного виробництва. Наступна група об'єктів інтелектуальної власності – засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товару і послуг. Іншими словами – це комерційні позначення, якими виробник позначає вироблену ним продукцію, надані послуги або індивідуалізує себе на ринку серед інших суб'єктів господарювання.

### **Домінуюча роль права у створенні, охороні та захисті об'єктів інтелектуальної власності**

Право, будучи формою вираження розвитку суспільних відносин, фіксує їх рівень, істотно впливає на їхній зміст, створюючи різні об'єкти інтелектуальної власності. Але цей вплив може бути не тільки позитивним, а й негативним. У цьому випадку норма виступає не стимулом, а гальмом. Така ситуація складається, коли виникає суперечність між формою суспільних відносин і їхнім змістом, коли правова форма застаріла і не відповідає тенденціям розвитку суспільних відносин або, навпаки, форма сама по собі прогресивна, однак не може бути реалізована на практиці внаслідок того, що суспільні відносини відстають в своєму розвитку. Коли відсутня передусім економічна база, яка забезпечує «дотягнення» змісту до форми і тим самим реалізацію норм права.



Основними засобами вдосконалення законодавства в сфері інтелектуальної діяльності є підвищення якості нормативної бази, посилення наукової обґрунтованості та демократизації правотворчості й правозастосування.

У теорії права якість законів пов'язується або з їхніми властивостями, або з властивостями нормативних актів взагалі, або з рівнем ефективності їхнього застосування. На сучасному етапі розвитку суспільства якість законодавства безпосередньо пов'язують з роллю права в розв'язанні завдань економічної реформи, оскільки від якості закону залежить не тільки його регулятивний, ідеологічний або інформаційний потенціал, а й можливість ефективної його реалізації. Найважливішою ознакою якості та передумовою ефективності закону є повнота правового регулювання. Це означає регулювання законодавчими актами тих відносин, які потребують правової регламентації за допомогою матеріальних і процесуальних норм, а також шляхом встановлення охоронних санкцій за порушення регулятивних норм. Повнота правового регулювання передбачає врахування в законодавстві цілого комплексу процесів, що характеризують зв'язок права із навколишнім середовищем, визначають його місце серед об'єктів зовнішнього оточення.

Передусім варто зазначити, що національне законодавство з питань інтелектуальної власності відносно молоде. Однак у результаті послідовного створення законодавчої та нормативної бази, яка б відповідала вимогам основних міжнародних конвенцій у сфері інтелектуальної власності, вже сформована система законодавства у цій сфері. Цьому сприяли вимоги щодо становлення цивілізованого ринку об'єктів інтелектуальної власності, створення умов для викорінення піратських механізмів виготовлення і розповсюдження контрафактних творів. Новий Цивільний кодекс України відіграє важливу роль у завершенні цього процесу.

Широкому колу питань щодо регулювання авторських і суміжних прав присвячена окрема глава Цивільного кодексу України (гл. 36) «Право інтелектуальної власності на літературний, художній та інший твір (авторське право)» і глава 37 «Право інтелектуальної власності на виконання, фонограму, відеограму та програму (передачу організацій мовлення (суміжні права))»<sup>1</sup>. Правові норми, які містяться у даних главах ЦКУ, носять характер основ цивільного законодавства щодо охорони і захисту авторських суспільних відносин. Авторське право є складовою частиною цивільного права. Тому до авторських відносин можуть бути застосовані всі ті правила ЦКУ загального характеру, розраховані на регулювання всіх цивільно-правових відносин. На авторські відносини поширюються норми, що містять правила про правочини, правосуб'єктність, засоби й способи захисту порушених прав тощо. Також до авторського права можуть бути застосовні правила Кодексу щодо спадкового права і правоздатності іноземних громадян та осіб без громадянства.

Цивільний кодекс України як акт базисного характеру визначає місце авторських прав у системі інших цивільних прав, а також фіксує принципові положення, що стосуються питань їх охорони й захисту. Однак Цивільний кодекс не підміняє собою всі інші закони, що регулюють цивільні відносини. Виконуючи роль базисного акта системи цивільного законодавства, кодекс включає у свій склад тільки норми загального значення. А закріплення в ньому спеціальних правил, присвячених регулюванню окремих аспектів тих чи інших відносин у всьому їх різноманітті, неможливе і недоцільне. Про це свідчить і аналіз кодифікованого цивільного законодавства інших країн – авторські відносини регулюються там спеціальним законом.

Більш системно і детально положення Цивільного кодексу України розкриті в спеціальному Законі України «Про авторське право і суміжні права» від 23 грудня 1993 р. (далі – ЗУ АПСР)<sup>2</sup>. Цей Закон регулює дві великі самостійні групи суспільних відносин. Перша група відносин пов'язана зі створенням і використанням творів науки, літератури і мистецтва і становить одну групу норм права. Дані відносини є предметом регулювання авторського права в його традиційному значенні. Інша група – це відносини, які виникають у зв'язку зі створенням і використанням фонограм, виконань, постановок, передач організацій ефірного і кабельного мовлення. Їх називають суміжними правами. Ці відносини не є авторськими, однак тісно взаємопов'язані з ними. Тому їхнє регулювання в одному законі є логічним і доцільним.

Варто зазначити, що Закон України «Про авторське право і суміжні права» максимально наближений за рівнем авторсько-правової охорони до аналогічних законів найбільш розвинутих країн, в ньому враховано принципові положення найбільш важливих міжнародних договорів і конвенцій, зокрема Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів.

Зазначений закон своєю правовою природою має багатогалузевий характер, хоча в ньому практично відсутні норми іншої галузевої приналежності. Виділимо тільки правила, що носять цивільно-процесуальний характер, а також кілька бланкетних, тобто відсилочних норм до кримінального та адміністративного законодавства. Переважна більшість норм закону розрахована на пряме застосування.

Учасники авторських і суміжних відносин, відповідно до закону, не обмежені у здійсненні своїх прав, тобто вільні розпоряджатися ними на свій розсуд. Враховуючи те, що в сучасних ринкових умовах майнові права авторів отримали статус своєрідного товару, це дозволяє вільно відчужувати і передавати його на підставі цивільно-правових угод. Дані положення закону надають йому чітко виражену ринкову спрямованість.

Іншими важливими джерелами авторського права є підзаконні акти, які покликані розвивати та деталізувати правила, що містяться в законах. Підзаконні акти у сфері авторського права і суміжних прав поділяються на три основні групи: підзаконні акти загального характеру, відомчі нормативні акти, локальні акти. До підзаконних актів загального характеру належать постанови Кабінету Міністрів України (далі – КМУ) у сфері авторського права та суміжних прав. Серед найбільш важливих – постанови КМУ «Про розміри відрахувань до фондів творчих спілок України за використання творів літератури та мистецтва від 3 березня 1992 р., «Про мінімальні ставки авторської винагороди за використання творів літератури і мистецтва» від

18 листопада 1994 р., «Про державну реєстрацію прав автора на твори науки, літератури і мистецтва» від 18 липня 1995 р., «Про затвердження Правил роздрібної торгівлі примірниками аудіовізуальних творів і фонограм» від 4 листопада 1997 р., «Про затвердження положень з питань розповсюдження примірників аудіовізуальних творів та фонограм» від 13 жовтня 2000 року<sup>3</sup>.

Підзаконні нормативні акти загального характеру у сфері авторського права мають право приймати інші центральні органи виконавчої влади, зокрема Міністерство освіти і науки, Міністерство культури, а також деякі інші органи управління за функціональним призначенням. Відомчі акти є важливими джерелами авторського права, вони видаються тими центральними органами виконавчої влади, яким підпорядковані організації, що використовують твори науки, літератури і мистецтва. Відомчі акти приймаються також тими міністерствами, яким підпорядковані спеціалізовані видавництва та організації, що використовують авторські твори. Відомчі акти ґрунтуються на законах і підзаконних актах загального характеру, у випадку розбіжності з ними не підлягають застосуванню, а також можуть бути оскаржені в судовому порядку.

*Локальні акти* в сфері авторського права, як правило, стосуються проблем, пов'язаних із проведенням творчих конкурсів, організацією вернісажів і виставок, упорядкуванням реалізації творів образотворчого мистецтва тощо.

*Внутрішні акти* підприємства, установи та організації, які діють лише у межах окремої юридичної особи, представлені індивідуальними статутами і положеннями видавництв, редакцій газет та журналів, кіностудій, навчальних і наукових закладів, правилами їхньої роботи, посадовими інструкціями. Вони мають непряме відношення до регулювання авторських прав, але є важливими при укладанні авторських договорів. Локальні акти дають змогу визначити, чи має юридична особа право займатися діяльністю, зв'язаною з використанням творів. Якщо таким правом вона не володіє, укладений договір не буде мати юридичної сили, що потягне негативні наслідки. Локальні акти, як і акти відомчого характеру, чітко відповідають закону і підзаконним актам загального характеру.

*Міжнародні договори й угоди* – важливі джерела українського авторського права. Серед них головними є Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів (1886 р.), Римська конвенція про охорону інтересів виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення (1961 р.), Женевська конвенція про охорону інтересів виробників фонограм від незаконного відтворення їх фонограм (1971 р.), Брюссельська конвенція про розповсюдження сигналів, що несуть програми, які передаються через супутники (1974 рр.), Всесвітня конвенція про авторське право (1952 р.)<sup>4</sup>. Національне законодавство взагалі, і зокрема у сфері авторського права, базується на принципі: якщо міжнародним договором, у якому бере участь Україна, встановлено інші правила, ніж ті, що містяться в Законі, то застосовуються правила міжнародного договору. Практична значимість цього означає, що норми міжнародних договорів мають перевагу перед внутрішнім національним законодавством, у зв'язку з чим їх роль у регулюванні авторських відносин надзвичайно важлива.

Цивільний кодекс України є важливим джерелом патентного права. У Книзі 4 «Право інтелектуальної власності» закріплено правила, що відіграють значну роль при регулюванні патентних відносин. Норми ЦКУ застосовуються до таких питань, як ліцензійні договори, способи захисту патентних прав тощо. Так, до джерел національного патентного права належать Закони України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», «Про охорону прав на промислові зразки»<sup>5</sup>, деякі інші законодавчі акти. Звичайно, ці закони базуються на Конституції України, Законах України «Про власність», «Про державну таємницю» тощо. Підзаконні акти в сфері патентного права носять загальний характер, вони поширюються на всіх осіб, зв'язаних з охороною і використанням винаходів, корисних моделей, промислових зразків. Відомчих і локальних актів відносно небагато.

Відомчі підзаконні акти становлять нормативні акти різних міністерств і відомств, присвячені розвитку винахідництва, охороні й використанню об'єктів промислової власності у відповідній галузі народного господарства. Сфера дії таких актів останнім часом значно зменшилася у зв'язку з адміністративною реформою і скороченням числа галузевих міністерств, реформою законодавства в сфері промислової власності. Кількість локальних підзаконних актів місцевих органів влади й органів місцевого самоврядування, актів установ, зв'язаних з охороною і використанням об'єктів промислової власності, обмежено.

Конче важливим джерелом патентного права є міжнародні договори й угоди. Насамперед це Паризька конвенція про охорону промислової власності, Договір про патентну кооперацію. У 1994 р. країни СНД прийняли Євразійську патентну конвенцію, відповідно до якої створено Євразійське патентне відомство, що видає з 1 січня 1996 р.<sup>6</sup> патенти на винаходи, які діють на території всіх держав, що беруть участь у Конвенції. Дана Конвенція не поширюється на корисні моделі й промислові зразки.

Правове регулювання відносин, зв'язаних з комерційними (фірмовими) найменуваннями, торговими марками, географічними зазначеннями, здійснюється нормами, що містяться в ряді законів України, актах підзаконного характеру, а також міжнародних договорах, у яких бере участь Україна. До головних законів належать Закони України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» та «Про охорону прав на зазначення походження товарів»<sup>7</sup>. Спеціального закону, присвяченого комерційному (фірмовому) найменуванню, поки що в Україні немає. Однак у Цивільному кодексі відносини, які виникають стосовно даного об'єкта права інтелектуальної власності, регулює Глава 43 «Право інтелектуальної власності на комерційне найменування», до якої входить три статті, а в цілому в ЦКУ є десяток статей, які так чи інакше стосуються комерційних (фірмових) найменувань. Центральне місце серед них займає ст. 90 ЦКУ, у якій указується, що всі

юридичні особи, які є комерційними організаціями, можуть мати комерційне (фірмове) найменування. Ця норма дає змогу судити про суб'єктів права на фірму, якими є комерційні юридичні особи, а також констатувати, що право на користування фірмою водночас виступає і як обов'язок комерційної організації.

Слід зауважити, що в Україні до останнього часу була відсутня судова практика по спорах, пов'язаних з використанням фірмових найменувань і товарних знаків. Ні Верховний Суд України, ні Вищий Господарський Суд України поки ще не прийняли керівних постанов з даних питань. Відомий інтерес мають, втім, рекомендації нарад по судово-арбітражній практиці, а також експертна практика Держслужби інтелектуальної власності, які хоча і не є джерелами права, але показують, як застосовуються норми патентного права в реальному житті.

Стосовно положень міжнародних конвенцій з питань комерційних позначень, то вони є складовою частиною правової системи України. Зазначимо, що Україна бере участь практично у всіх основних міжнародних договорах, прямо присвячених питанням міжнародно-правової охорони комерційних позначень. Це Паризька конвенція про охорону промислової власності, Мадридська угода про міжнародну реєстрацію знаків і Ніццька угода про міжнародну класифікацію товарів і послуг для реєстрації знаків.

Є певна специфіка законодавства, що регулює правовідносини, які пов'язані з так званими нетрадиційними об'єктами інтелектуальної власності. Дана специфіка пов'язана з самим об'єктом правового регулювання. Законодавство в цій сфері складається з різних джерел права, що містять правила стосовно кожного з цих об'єктів інтелектуальної власності. Так, наприклад, це наукові відкриття, яким присвячено лише дві статті глави 38 ЦКУ, що має назву «Право інтелектуальної власності на наукове відкриття». Однак норми, які містяться в зазначеній главі ЦКУ, лише визначають поняття наукового відкриття, право автора на наукове відкриття і форму його правової охорони.

Єдиним нормативним актом, що розкриває поняття й ознаки відкриття, порядок оформлення прав на нього, зміст цих прав та інші найважливіші питання, залишається Положення про відкриття, винаходи і раціоналізаторські пропозиції, затверджене ще Радою Міністрів СРСР 21 серпня 1973 року. Слід, однак, зазначити, що правила цього Положення, які присвячені відкриттям, хоча зараз вже не застосовуються на практиці, але формально зберігають свою юридичну чинність.

Національне законодавство про охорону прав на *комерційну таємницю* складається з сукупності статей, що містяться в різних нормативно-правових актах, присвячених регулюванню інших суспільних відносин. Важливе значення мають статті Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції»<sup>8</sup>, якими заборонено незаконне використання інформації, що становить комерційну таємницю, визначають функції і права державних антимонопольних органів, містять санкції, що застосовуються до порушників правил чесної конкуренції, а також включають цілу низку положень, які мають до неї безпосереднє відношення. Так, це норми, що стосуються поняття інформаційних ресурсів, конфіденційної інформації, захисту інформації тощо.

Нормативним актом, присвяченим правовій охороні *компонувальних інтегральних мікросхем (ІМС)*, є Закон України «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем»<sup>9</sup>. Так, топографія ІМС розглядається як самостійний об'єкт, відмінний від об'єктів, охоронюваних авторським і патентним правом. Тому Закон містить норми, що регулюють усі види цивільних та інших відносин, які виникають з приводу створення і використання топографій. Дане положення, звичайно, не виключає того, що в розглянутій сфері можуть застосовуватися загальні норми цивільного права, а з питань, для яких специфіка охоронюваного об'єкта не має істотного значення, і деякі положення авторського та патентного права.

Правова охорона *селекційних досягнень* регулюється Законом України «Про охорону прав на сорти рослин», в якому розкрито поняття, ознаки і види селекційних досягнень, що отримують правову охорону, загальний порядок оцінки їх охороноздатності, виключні права патентовласників і авторів селекційних досягнень, відповідальність за їх порушення тощо.

Правове регулювання отримали відносини, що виникають в процесі *раціоналізаторської діяльності* людини. Незважаючи на те, що сьогодні сфера централізованого державного регулювання раціоналізаторської діяльності значно звужилася, оскільки така регламентація повинна здійснюватися самими підприємствами, результати цієї діяльності залишаються конче важливими для держави. Раніше діючі нормативні акти, зокрема, Положення про відкриття, винаходи і раціоналізаторські пропозиції 1973 р., а також підзаконні акти Патентного відомства СРСР, що доповнювали і розвивали його, втратили своє обов'язкове значення.

### **Розвиток та врегулювання створення, охорони та використання об'єктів права інтелектуальної власності в НАН України**

Аналіз діяльності наукових установ НАН України у патентно-ліцензійній сфері свідчить, що до 1991 р. установи щорічно подавали 3600–3800 заявок на винаходи та отримували 2100–2400 авторських свідоцтв на винаходи. В іноземних країнах щорічно отримувалось 70–130 патентів на винаходи. Вказані показники відображали значний науково-технічний потенціал наукових установ НАН України та в цілому показники діяльності з патентування в Україні, інших країнах СРСР були зіставні з показниками розвинутих країн світу.

Економічна криза 90-х років минулого століття, пов'язана з розпадом СРСР, зменшення на порядок обсягів фінансування наукових досліджень в нашій країні, зміна внутрішньополітичних та економічних пріоритетів відобразилися на діяльності наукових установ НАН України, обсяги подання заявок на винаходи знизилися у 10–13 разів. Практично повністю припинилося патентування винаходів в країні далекого зарубіжжя. Щорічні обсяги подання заявок на охорону прав на винаходи до країн СНД становили незначну кількість – 17–20 заявок на рік. У цілому в Україні зазначені фактори призвели до скорочення кількості винаходів

ників та раціоналізаторів з 1991 р. до 2002 р. більш ніж у 20 разів, з 800–1100 тис. у 1986–1991 рр. до 45 тис. у 2002 році.

Виникли суттєві труднощі щодо отримання охоронних документів. Відбулися якісні зміни подання заявок на винаходи. Так, з 1991 р. по 2004 р. в Україні видавалися деклараційні 6-річні патенти без проведення експертизи по суті під відповідальність заявника.

Все це створило систему відсутності контролю за якістю заявок. Патент став охоронним документом, під який неможливо було отримати інвестиції з можливістю патентування будь-яких, навіть звичайних технічних рішень. Термін розгляду заявок на винаходи з проведенням експертизи по суті перевищував 4–5 років, що призвело до втрати сенсу в отриманні охоронних документів у зв'язку із застарілістю технічних рішень.

Значні проблеми склалися і з забезпечення патентною інформацією в Україні. До 1991 р. забезпечення патентною інформацією в Україні відбувалося через Патентний фонд Державної науково-технічної бібліотеки (далі – ДНТБ) та 17 регіональних центрів науково-технічної інформації в Харкові, Сімферополі, Львові та інших містах. З 1992 р., у зв'язку зі зменшенням фінансування, одержання патентної інформації ДНТБ та регіональними центрами зупинилося. Припинилася передплата реферативного журналу «Изобретения стран мира», що був основним джерелом патентної інформації для винахідників. Хоча на створене у 1992 р. Державне патентне відомство покладалося завдання комплектування Українського патентного фонду (патентної бібліотеки) (п. 4 Положення про Держпатент, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 21 липня 1992 р. № 411), ця робота не була організована на належному рівні. Закупівля іноземних патентно-інформаційних видань, якими могло б користуватися широке коло громадян України, не здійснювалась.

Критична ситуація склалася з діяльністю патентно-ліцензійних відділів установ бюджетної сфери, включаючи систему НАН України. Протягом 90-х років минулого століття підрозділи з патентно-ліцензійної роботи (охорони інтелектуальної власності) в наукових установах, організаціях та на підприємствах України були практично ліквідовані. Це призвело до руйнування державної системи підтримки винахідництва в установах та на підприємствах, з чим безпосередньо пов'язано як зменшення винаходів в Україні, так і занепад діяльності з їх захисту та комерціалізації. У наукових установах НАН України відбулося зменшення кількості працівників патентно-ліцензійних відділів з 7–12 осіб у великих установах до 2–3 осіб та в інших установах – з 3–4 осіб до одного фахівця або такий фахівець був відсутній.

Крім того, патентні підрозділи здійснювали роботу на основі застарілих нормативних положень ще 1985 року. Оплата праці працівників патентних підрозділів значно погіршилась порівняно з діючою раніше постановою Держкомпраці СРСР та Секретаріату ВЦСПС від 19 червня 1985 року. Так, згідно з актами СРСР оплата праці керівників патентно-ліцензійних відділів здійснювалась на рівні керівників основних наукових підрозділів. Проте вказані положення були відмінені зі встановленням зниженої оплати праці відповідних керівників як керівників допоміжних підрозділів. Згодом відділи з винахідницької та патентно-ліцензійної роботи були віднесені до відділів, які виконують наукову, науково-технічну або науково-організаційну роботу, з оплатою праці керівника такого відділу на 30 % менше, ніж керівників науково-дослідних підрозділів.

Зазначимо, що вказана картина суперечила досвіду інших розвинутих країн, зокрема США, де відповідні відділи у відомствах, державних лабораторіях, університетах – один із основних елементів комерціалізації нововведень.

Національна академія наук України неодноразово звертала увагу на ці болючі питання. На виконання постанови Кабінету Міністрів України від 7 грудня 1998 р. № 1931 «Про заходи щодо реалізації Програми діяльності Кабінету Міністрів України» та доручення Кабінету Міністрів України від 14 січня 1999 р. № інд. 28 було підготовлено проект постанови «Про затвердження Типового положення про підрозділ міністерства, іншого органу центральної виконавчої влади з питань охорони прав на об'єкти інтелектуальної власності», що погоджена з усіма заінтересованими міністерствами та відомствами. Проте вказана постанова не була прийнята.

Ситуація змінилася лише при розробці проекту Закону України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій», прийнятого у 2006 році. За ініціативою НАН України до Закону були внесені положення щодо утворення в органах виконавчої влади НАН України, галузевих академіях наук, установ, що входять до сфери їх компетенції, – підрозділів з інноваційної діяльності, трансферу технологій, охорони інтелектуальної власності.

Маючи на меті зміну зазначених вище негативних тенденцій, НАН України було ініційовано у червні 2001 р. проведення спільного засідання Президії НАН України та Колегії Міністерства освіти і науки України «Про стан та проблеми правової охорони винаходів та інших об'єктів промислової власності в Україні».

У прийнятій постанові від 13 червня 2001 р. № 171 зазначалося, що щорічно зростає кількість підприємств і наукових організацій, в яких повністю припинилася винахідницька та раціоналізаторська діяльність. Питома вага таких підприємств у 1999 р. становила 95,1 %. Діючі закони України «Про охорону прав на винаходи та корисні моделі», «Про охорону прав на промислові зразки» не передбачають належний захист інтересів працівників – авторів об'єктів промислової власності, порядок та розмір винагороди за створення та використання винаходів. Вказувалося, що з 1992 р. у регіонах України припинилося одержання сучасної патентної інформації країн світу, зокрема видання «Изобретения стран мира», що робить винахідницьку роботу та проведення пошуку на патентну чистоту при експорті наукоємної продукції практично неможливими.

Також зазначалося, що перешкодою ефективній інноваційній діяльності в Україні є великі терміни (4–5 років) проведення експертизи заявок на винаходи та видачі патентів зі строком дії 20 років. Нагальним питанням є скорочення вказаних строків до двох років. Існуючий порядок видачі деклараційних («коротких») патентів без проведення кваліфікаційної експертизи зі строком дії шість років не забезпечує належного захисту винаходів, під такі патенти неможливо залучити інвестиції, що також суперечить вимогам Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (далі – TRIPS), якою передбачено строк дії патенту на винахід не менше 20 років. Вказувалося, що ситуація ускладнюється у зв'язку з відсутністю валютних коштів для патентування українських винаходів за кордоном, що є суттєвою перешкодою для інноваційної діяльності в Україні, зростання виробництва та експорту наукоємної продукції. Багато наукових установ відмовляються від патентів на винаходи через нестачу коштів для підтримання їх чинності, що призводить до значних втрат для нашої держави. В Україні на відміну від порядку, що існував до 1991 р., не здійснюється підготовка фахівців-патентознавців за рахунок державного замовлення.

Зазначалося, що в Україні не прийняте «Типове положення про підрозділ міністерства, іншого центрального органу виконавчої влади з питань охорони прав на об'єкти інтелектуальної власності». Ліквідація патентних підрозділів в державних установах, організаціях набула значних масштабів та вимагає термінового виправлення становища. Загальне падіння винахідницької активності в Україні потребує вжиття невідкладних заходів.

Постановою Президії НАН України та МОН України від 13 червня 2001 р. № 171 було затверджено Першочергові заходи з охорони в Україні прав на винаходи, інші об'єкти промислової власності, що передбачали напрями вирішення зазначених вище проблем. Проте питання припинення видачі деклараційних патентів було вирішено лише з 2004 р. з уведенням у силу нового Цивільного кодексу України. До цього часу не вирішено питання підтримки іноземного патентування українських винаходів, визначення порядку та розміру виплати винагороди винахідникам тощо.

Умови здійснення патентно-ліцензійної діяльності в наукових установах почали поступово змінюватися з 2003 р., що пов'язано зі зростанням з 2003 р. до 2008 р. фінансування наукових досліджень за рахунок бюджетних коштів. Вказане, а також ряд організаційно-правових заходів з посилення патентно-ліцензійної діяльності в НАН України призвели до поступового збільшення кількості поданих заявок та отриманих охоронних документів у два рази – до 600–700 на рік.

Суттєвим фактором розвитку патентно-ліцензійної діяльності в Академії наук стало прийняття Президією НАН України розпорядження «Про підрозділи з питань трансферу технологій, інноваційної діяльності та інтелектуальної власності» від 16 січня 2007 р. № 15.

Розпорядженням з метою підвищення рівня охорони об'єктів права інтелектуальної власності в установах НАН України, а також забезпечення маркетингу результатів наукових розробок та розширення їх впровадження було затверджено:

– Типове положення про структурний підрозділ з питань трансферу технологій, інноваційної діяльності та інтелектуальної власності наукових установ НАН України;

– Положення про використання об'єктів права інтелектуальної власності в НАН України;

– Примірні договори про службові об'єкти права інтелектуальної власності та виплату винагороди за їх використання та примірний договір між творцями об'єктів права інтелектуальної власності.

Керівників наукових установ НАН України, діяльність яких пов'язана зі створенням винаходів та інших об'єктів права інтелектуальної власності, впровадженням результатів наукових розробок, зокрема, було зобов'язано:

– забезпечити утворення структурних підрозділів, а також реорганізацію підрозділів з патентно-ліцензійної та винахідницької роботи у зазначені підрозділи з внесенням відповідних змін до штатного розкладу установ;

– передбачити у структурних підрозділах посади наукових співробітників, що займаються питаннями кон'юнктурних, маркетингових, патентних досліджень, трансфером технологій.

Установам було також запропоновано розглянути питання про внесення доповнень до колективних договорів стосовно визначення розміру та порядку виплати винагороди, преміювання за створення та використання об'єктів права інтелектуальної власності, що створюються працівниками установ.

Крім того, розпорядженням Президії НАН України № 683 від 30 жовтня 2005 р. були затверджені вимоги та методичні підходи щодо проведення інвентаризації нематеріальних активів у наукових установах, що надало поштовху діяльності установ з бухгалтерського обліку нематеріальних активів.

Зазначені заходи поступово привели до утворення підрозділів з питань трансферу технологій, інноваційної діяльності та інтелектуальної власності в 92 наукових установах НАН України та до вдосконалення обліку нематеріальних активів. Так, згідно з річними звітами наукових установ за 2017 р. в балансі установ було відображено в якості нематеріальних активів майнові права на 4305 винаходів, корисних моделей, промислових зразків, торговельних марок, сортів рослин (з них 694 взято на облік у 2014 р.), у тому числі 330 авторських свідоцтв та патентів на сорти рослин<sup>10</sup>.

Для вказаних років характерним є негативна тенденція подання заявок на винаходи, що пов'язано зі зменшення фінансування проведення наукових досліджень та обмеженням у 2013–2014 рр. або неможливістю використання коштів, що отримують наукові установи від госпдоговірної діяльності. Зазначене обумовило складнощі сплати зборів за подання заявок та підтримку чинності охоронних документів, зменшення

пакета охоронних документів на винаходи й корисні моделі, що підтримуються установами Академії наук, а також до зменшення обсягів використання результатів розробок, у тому числі ОІВ, організаціями та підприємствами. Разом із тим за ініціативою НАН України Законом України «Про наукову і науково-технічну діяльність» (в редакції від 26 листопада 2015 р.) були передбачені положення щодо створення науковими установами господарських товариств з метою використання об'єктів права інтелектуальної власності (ст. 60); здійснювалося вдосконалення використання створених в наукових установах ОІВ при реалізації науково-технічних проєктів спільно з суб'єктами господарювання (постанови бюро Президії НАН України від 13 грудня 2017 р. № 340, від 7 жовтня 2015 р. № 236), використання ОІВ при утворенні господарських товариств (розпорядження Президії НАН України від 17 травня 2016 р. № 293). На сайті НАН України створено окремий розділ «Охорона прав інтелектуальної власності та трансфер технологій в наукових установах» з докладною інформацією щодо нормативного регулювання цієї діяльності в НАН України, з розміщенням методичних матеріалів<sup>11</sup>.

Українська наука, як середовище створення різних об'єктів інтелектуальної власності, потребує найскорішого реформування. 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. Економічне відродження нашої країни, орієнтація на розвиток ринкових відносин, прагнення співпраці зі світовим співтовариством потребують чітко визначених перспектив розвитку та удосконалення суспільних відносин у цій важливій сфері і є необхідною умовою розвитку національної економіки, підвищення рівня добробуту громадян, забезпечення національної безпеки нашої держави та зростання загального рівня культури наших громадян, що значно поліпшить передумови для євроінтеграції в недалекому майбутньому.

<sup>1</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.

<sup>2</sup> Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3792-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 13. – Ст. 64.

<sup>3</sup> Про розміри відрахувань до фондів творчих спілок України за використання творів літератури та мистецтва : постанова Кабінету Міністрів України від 3 березня 1992 р. № 108 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/108-92-%D0%BF> ; Про мінімальні ставки авторської винагороди за використання творів літератури і мистецтва : постанова Кабінету Міністрів України від 18 листопада 1994 р. № 784 (втратила чинність на підставі постанови КМ № 72 (72-2003-п ) від 18 січня 2003 р.; Про державну реєстрацію прав автора на твори науки, літератури і мистецтва : постанова Кабінету Міністрів України від 18 липня 1995 р. № 532 (із змінами) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/532-95-%D0%BF> ; Про затвердження Правил роздрібної торгівлі примірниками аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних : постанова Кабінету Міністрів України від 4 листопада 1997 р. № 1209 // Офіційний вісник України. – 1997. – № 45; Про затвердження положень з питань розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних : постанова Кабінету Міністрів України від 13 жовтня 2000 р. № 1555 // Урядовий кур'єр. – 2000. – № 227.

<sup>4</sup> Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів від 24 липня 1971 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995\\_051](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_051) ; Міжнародна конвенція про охорону інтересів виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення від 26 жовтня 1961 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_763](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_763) ; Міжнародна конвенція про охорону інтересів виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995\\_763](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_763) ; Конвенція про розповсюдження несучих програми сигналів, що передаються через супутники від 21 травня 1974 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995\\_250](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_250) ; Всесвітня конвенція про авторське право 1952 року від 6 вересня 1952 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_052](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_052)

<sup>5</sup> 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; Про охорону прав на промислові зразки : Закон України від 15 грудня 1993 р. № 3688-ХІІ // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 7. – Ст. 34.

<sup>6</sup> Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1883 р. // Зібрання чинних міжнародних договорів України. – 1990. – № 1. – 320 с.; Договір про патентну кооперацію від 19 червня 1970 р. // Зібрання чинних міжнародних договорів України. – 1990. – № 1. – 366 с.; Євразійська патентна конвенція від 9 вересня 1994 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/997\\_420](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/997_420)

<sup>7</sup> «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг : Закон України від 15 грудня 1993 р. № 3689-ХІІ // Голос України. – 1994. – 17 лютого; Про охорону прав на зазначення походження товарів : Закон України від 16 червня 1999 р. № 752-ХІV // Урядовий кур'єр. – 1999. – 29 липня.

<sup>8</sup> Про захист від недобросовісної конкуренції: Закон України від 7 червня 1996 р. № 236/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 36. – Ст. 164.

<sup>9</sup> Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем : Закон України від 5 листопада 1997 р. № 621/97-ВР // Урядовий кур'єр. – 1997. – 11 грудня.

<sup>10</sup> Створення, правова охорона та використання об'єктів права інтелектуальної власності / Звіт про діяльність Національної академії наук України у 2017 році / НАН України. – К. : Академперіодика, 2018. – С. 397–402.

<sup>11</sup> Охорона прав інтелектуальної власності та трансфер технологій в наукових установах. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ipr.nas.gov.ua/> (дата звернення: 01.06.2017).

#### Резюме

**Бошицький Ю.Л., Капица Ю.М. Правові аспекти реалізації прав інтелектуальної власності в Україні на прикладі НАН України.**

Стаття присвячена ролі права у створенні та охороні об'єктів інтелектуальної власності. Аналізується національне законодавство, що регулює правове підґрунтя створення, охорони та використання об'єктів права інтелектуальної власності в НАН України. Аналізується діяльність наукових установ НАН України в патентно-ліцензійній сфері. Автори доводять, що українська наука як середовище створення різних об'єктів інтелектуальної власності потребує якнайшвидшого реформування. Для цього потрібне державне сприяння охороні інтелектуальної власності, що вимагає запровадження організаційно-правових заходів.

**Ключові слова:** охорона об'єктів інтелектуальної власності, використання об'єктів права інтелектуальної власності в НАН України, наукові установи, патентно-ліцензійна робота, правова культура, державне сприяння охороні інтелектуальної власності, розвиток національної економіки.

#### Резюме

**Bohitsky Y., Kapitsa Y. Правовые аспекты реализации прав интеллектуальной собственности в Украине на примере НАН Украины.**

Статья посвящена роли права в организации и охране объектов интеллектуальной собственности. Анализируется национальное законодательство, регулирующее правовую основу создания, охраны и использования объектов права интеллектуальной собственности в НАН Украины. Анализируется деятельность научных учреждений НАН Украины в патентно-лицензионной сфере. Авторы доказывают, что украинская наука как среда создания различных объектов интеллектуальной собственности требует скорейшего реформирования. Для этого нужно государственное содействие охране интеллектуальной собственности, что требует введения организационно-правовых мер.

**Ключевые слова:** охрана и защита объектов интеллектуальной собственности, использование объектов права интеллектуальной собственности в НАН Украины, научные учреждения, патентно-лицензионная работа, правовая культура, государственное содействие охране интеллектуальной собственности, развитие национальной экономики.

#### Summary

**Boshitsky Y., Kapitsa Y. Legal aspects of the implementation of intellectual property rights in Ukraine using the example of the National Academy of Sciences of Ukraine.**

The article covers the role of law in creation and protection of intellectual property. The national legislation regulating the legal basis for the creation, protection and use of the objects of intellectual property rights in the National Academy of Sciences of Ukraine is analyzed. The activity of scientific institutions of the NAS of Ukraine in the patent and license sphere is analyzed. The authors assert that Ukrainian science as a medium for the creation of various objects of intellectual property requires reforming as soon as possible. For this, the state assistance to protect intellectual property is needed that requires the introduction of organizational and legal measures.

**Key words:** protection of intellectual property, use of intellectual property rights in the National Academy of Sciences of Ukraine, scientific institutions, patent-licensing work, legal culture, state assistance to protect intellectual property, development of the national economy.

УДК 347.7

#### І.М. ПАНЧЕНКО

*Ірина Миколаївна Панченко, кандидат юридичних наук, доцент Херсонської державної морської академії*

### ВИЩИЙ НАВЧАЛЬНИЙ ЗАКЛАД НА ШЛЯХУ ДО ІННОВАЦІЙНОГО РОЗВИТКУ: ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ

Значимість інноваційного потенціалу наукової школи в освітньому процесі вищого навчального закладу (далі – ВНЗ) у сучасних ринкових умовах постійно зростає. ВНЗ розвинених держав – це не тільки організація, що виконує функцію збереження культурно-освітнього національного потенціалу, підвищення рівня освіченості населення та науково-технічного розвитку країни, відтворення накопичених знань і досвіду поколінь, а й суб'єкт економіки, товаровиробник інтелектуального продукту і освітніх послуг.

Реформування української системи вищої освіти зумовило потребу у формуванні інноваційної моделі розвитку вищої школи та створенні сучасних навчальних закладів, завданням яких буде використання науково-інноваційного потенціалу вишу для розвитку економіки і вирішення соціальних завдань регіону та країни в цілому. Користуючись досвідом інших країн світу, в нашій державі відбуваються спроби вирішити низку проблем, що давно назріли в українській системі освіти та постали перед формуванням ринку освітніх послуг в Україні.

На превеликий жаль, подібні спроби запозичення позитивного досвіду успішних західних сусідів не завжди дають свій позитивний результат, оскільки нерідко беруться до уваги лише вибірково певні елементи освітніх програм, не враховуючи того, що всі складові елементи дають позитивний ефект виключно завдяки їх системності, яка втрачається внаслідок вибіркості запозичення.

**Метою** даної статті є визначення ролі інтелектуальної власності як одного із ключових інструментів для переходу ВНЗ до інноваційного розвитку та аналіз проблем, які стоять на шляху до формування інноваційної моделі розвитку вищої школи.

Кожен товар чи послуга, що існують на світовому ринку, включають в себе елемент інтелектуальної власності й відповідні права. Не є секретом, що результати інтелектуальної діяльності, якими ми щодня користуємося і без яких у XXI ст. важко уявити своє життя, приносять чималі статки своїм винахідникам. Більш того, фундаментом глобальної економіки все частіше стають знання та інновації, що виступають локомотивом економічного зростання держави в цілому.

У розвинутих країнах вже давно збагнули, що ще зі шкільних років дитина має зрозуміти, що результати інтелектуальної власності – це джерело заробітку. На превеликий жаль, українські реалії зовсім інші. Зокрема, у школах та ВНЗ у молоді, як правило, відсутній такий предмет, як «Право інтелектуальної власності». У ВНЗ якщо така дисципліна і викладається, то виключно в рамках підготовки магістрів, а сам курс є невеликим за обсягом. Якщо ж казати про студентів, які вирішили зупинитися на здобутті освітнього ступеню бакалавр, то скоріше за все, хоч якесь, навіть базове уявлення про право інтелектуальної власності у таких учнів взагалі буде відсутнім. На нашу думку, подібна практика докорінно неправильна.

Вважаємо, що навчальна дисципліна «Право інтелектуальної власності» має стати обов'язковою до вивчення абсолютно в усіх ВНЗ. Студентам ще з першого курсу мають пояснюватися базові принципи зі створення, набуття, охорони та захисту права інтелектуальної власності, а головне, молодь має бути обізнаною у питаннях комерціалізації результатів своєї інтелектуальної діяльності. Бачення особою економічного потенціалу в результатах своєї інтелектуальної діяльності стає можливим виключно за умови впровадження в навчальний процес дисциплін, що будуть надавати студентам необхідні знання, зокрема, з інтелектуальної власності. За рахунок правової обізнаності студентів усіх спеціальностей в даній сфері можна було б частково стабілізувати економічну ситуації в країні, яка на сьогодні знаходиться у кризовому стані.

Минулого року, за сприяння Всесвітньої організації інтелектуальної власності, в Україні обговорювалось питання щодо впровадження Типового положення про політику в сфері інтелектуальної власності для університетів та науково-дослідних установ (далі – Положення).

Дане Положення стосується питань права власності, охорони й комерційного використання інтелектуальної власності, яка створювалася дослідниками під час виконання своїх службових обов'язків або здійснення діяльності в університеті. У документі викладаються встановлені навчальним закладом правила співпраці з промисловими та комерційними організаціями і визначаються принципи розподілу економічної вигоди, отриманої в результаті комерціалізації інтелектуальної власності.

Провідні ВНЗ світу (Оксфордський університет, Кембриджський університет, університет Глазго, Королівський коледж у Лондоні тощо) вже давно успішно користуються Типовими положеннями в сфері інтелектуальної діяльності. До прикладу, серед українських вишів нами не було знайдено жодного, який би користувався даним Положенням.

Одним із позитивних кроків можна назвати формування Кабінетом Міністрів України Ради з питань інтелектуальної власності. Відповідну постанову ухвалено на засіданні уряду 7 лютого 2018 року.

Даний орган буде діяти як тимчасовий консультативно-дорадчий орган Кабінету Міністрів України та здійснюватиме координацію процесів щодо функціонування й розвитку системи правової охорони інтелектуальної власності й визначатиме в цілому державну політику у сфері інтелектуальної власності в Україні.

Основними завданнями Ради є:

- 1) сприяння забезпеченню координації дій органів виконавчої влади у сфері інтелектуальної власності;
- 2) визначення шляхів та механізму вирішення проблемних питань, що виникають під час формування та реалізації державної політики у сфері інтелектуальної власності;
- 3) підготовка пропозицій та рекомендацій щодо програм розвитку та функціонування державної системи інтелектуальної власності, забезпечення інтегрування України у міжнародний та європейський інтелектуальний простір з урахуванням національних інтересів, розвитку та реформування державної системи правової охорони інтелектуальної власності<sup>1</sup>.

Однак недостатньо тільки створювати продукти інтелектуальної праці, потрібен ефективний механізм управління інтелектуальною власністю. Місце інтелектуальної власності в інноваційній діяльності полягає в тому, що поряд з іншими науковими дослідженнями і розробками об'єкт інтелектуальної власності використовуються як засіб розвитку виробництва та економічного зростання. Роль інтелектуальна діяльність людини стає все більш значущою, оскільки продукти інтелектуальної праці вважаються найціннішими активами в сучасному суспільстві.

Слід звернути увагу на щорічний звіт ООН «Глобальний інноваційний індекс», який готують Корнельський університет, школа бізнесу INSEAD і Всесвітня організація інтелектуальної власності. Даний звіт слугує своєрідним показником інноваційного клімату країни. За результатами 2017 р. Україна увійшла у топ-50 країн у глобальному індексі інновацій<sup>2</sup>, що є найкращим результатом за останні сім років. Слід зауважити, що в топ-25 традиційно входять виключно держави з високим рівнем доходу (винятком є тільки Китай, який



має середній рівень доходу на душу населення), а відповідно, в даних країнах виділяються значні кошти на підтримку та розвиток інноваційної діяльності. Україна ж посіла друге місце в рейтингу з-поміж країн за рівнем доходів нижче середнього.

Порівняно з 2016 р. наша держава піднялася на шість пунктів<sup>3</sup>, що обумовлено високим коефіцієнтом інноваційної ефективності, тобто співвідношенням інноваційного результату до інноваційних ресурсів.

Розглянемо критерії, за якими визначається місце тієї чи іншої держави в представленому рейтингу. Вже традиційно рушійною силою української інноваційної конкурентоспроможності є людський капітал. Його ефективна реалізація і є основною конкурентною перевагою України. Однак, порівняно з 2016 р. цей показник зменшився за рахунок скорочення державних витрат на освіту та науку. Тобто, у той час як розвинені держави щорічно збільшують обсяг фінансування у даній сфері, в нашій державі відбуваються протилежні процеси. Відсутність фінансування та гідної заробітної плати змушують українських науковців емігрувати до країн з більш привабливим економічним кліматом. Саме зараз йде друга за обсягом хвиля інтелектуальної еміграції, яка поступається лише еміграції, що припала на 1991–1994 роки.

Займаному місцю у рейтингу «Глобального інноваційного індексу» Україна багато в чому завдячує значній кількості вишів, доступності вищої освіти та великій кількості випускників ВНЗ. При цьому слід зауважити, що при проведенні глобального дослідження та визначенні даного рейтингу якість наданих освітніх послуг та компетентність випускників вишів не перевірялись. Дана обставина пояснюється тим, що розвинуті країні априорі вважають, що у ВНЗ належним чином готують висококваліфікованих спеціалістів, а наявність диплому про вищу освіту є тому підтвердженням.

На нашу думку, Україна могла б підняти власну економіку та досягти значно вищих результатів у світових економічних рейтингах, якби в країні функціонувала дієва цільова програма щодо поширення знань з інтелектуальної власності, зокрема у ВНЗ, та підтримання інноваційної діяльності.

Університет повинен виступати в якості інструменту підтримки регіональної економіки, оскільки саме у вишах має відбуватися формування нових ідей і підготовка кваліфікованих кадрів, проводитися наукові дослідження і розробки, що згодом приведе до створення нових видів продуктів і послуг.

ВНЗ мають активізувати свою інноваційну діяльність, беручи участь у спільних проектах з науково-дослідними інститутами, конструкторськими бюро та іншими інноваційними організаціями. Перспективним напрямом розвитку інноваційної діяльності вишу залишається створення інноваційних центрів, технополісів, а також тісна співпраця з бізнесом в інноваційній сфері.

Інноваційна діяльність у сучасному ВНЗ обов'язково має включати в себе три компоненти. По-перше, це інновації в освіті, включаючи введення нових спеціальностей, необхідних для ринку праці, а також нових напрямів підготовки та перепідготовки кадрів, впровадження в учбовий процес нових дисциплін, спрямованих не стільки на формування у слухачів фундаментальних знань, скільки на виховання у студентів навичок самостійної роботи, розвитку креативного мислення, формування вмінь роботи з великим обсягом отриманої інформації. Також інновації в освіті мають включати сучасні методи викладення матеріалу в процесі навчання. Зокрема, при читанні лекцій викладач має використовувати наочний матеріал, презентації, залучати студентів до обговорення теми лекції, тим самим відмовляючись від старої моделі викладення, так названої «розмовляючої голови», де говорить виключно викладач, а студенти мовчать.

По-друге, інноваційна діяльність ВНЗ обов'язково передбачає науково-технічні інновації, включаючи нові наукоємні технології, вироби, патенти тощо. Все це неможливо без наявності в університеті ефективної науково-дослідної бази (лабораторної, обладнання) і висококваліфікованих кадрів. До прикладу, в університетах США поширена практика, коли в межах університету можливо здійснити усі етапи як науково-дослідної, так і проектно-конструкторської діяльності. Таким чином, починаючи від ідеї і закінчуючи виготовленням інноваційного продукту, всі етапи здійснюються у ВНЗ, що стає можливим виключно за наявності у даному навчальному закладі сучасної, а головне – ефективної інфраструктури.

По-третє, складовою інноваційної діяльності ВНЗ є інновації в управлінні вишем, орієнтованому на підвищенні ефективності функціонування навчального закладу за рахунок оптимізації кадрового, фінансового та матеріального забезпечення.

Таким чином, стратегічними цілями інноваційної діяльності вишів мають стати: розвиток науково-інноваційного потенціалу ВНЗ за рахунок залучення і ефективного використання зовнішніх і внутрішніх інвестицій; формування й розвиток інноваційного циклу ВНЗ в освітній та науково-технічній сферах на базі інтеграції освітнього, наукового, науково-технічного та інноваційного процесів; формування ринку наукоємних розробок і технологій, створення умов для підприємництва та комерціалізації розроблених науково-технічних і освітніх інноваційних продуктів; створення і просування наукоємних продуктів і послуг, якість яких відповідає вимогам національних і міжнародних стандартів; залучення вчених, викладачів, студентів ВНЗ в інноваційний процес і отримання стабільного доходу від інноваційної діяльності<sup>4</sup>.

Стратегія розвитку навчального закладу має бути заснована на реалізації концепції ВНЗ як навчально-науково-інноваційного комплексу, тобто університету інноваційного типу. У цьому випадку виші, з одного боку, готують фахівців нового покоління для ринку інтелектуальної праці, а з іншого, – виступають розробниками, постачальниками об'єктів інтелектуальної власності, продукції та послуг з новою якістю, затребуваними споживачами.

Тим не менш реальна ситуація у навчальних закладах показує, що проголошена стратегія інноваційного розвитку університету далеко не завжди узгоджується з реально існуючими заходами і не дає суттєвих

результатів протягом достатньо тривалого періоду часу, що обумовлено причинами як об'єктивного, так і суб'єктивного характеру.

Зі зростанням рівня усвідомлення необхідності змін економічного курсу в напрямі світової технологічної траєкторії більш чітко виявляється велика кількість «провалів» у системі вищої освіти. Слід виділити наступні ключові фактори, які гальмують інноваційну діяльність ВНЗ, а саме: відтік інтелектуалів з інноваційної діяльності; відсутність заінтересованості у студентів; інертність більшості викладачів; відсутність належних знань і вмій; велике навчальне навантаження; нерозвиненість інноваційної інфраструктури; відсутність матеріальної заінтересованості; відсутність технічних можливостей<sup>5</sup>.

Як наслідок, нині виникла потреба у виробленні узгодженого бачення сучасного і майбутнього інноваційного розвитку України у всіх учасників цього процесу – держави, бізнесу, науки, суспільства.

В інноваційній сфері набуває дедалі більшого поширення модель «потрійної спіралі», створена в Англії та Голландії на початку ХХІ ст. професором університету Ньюкасла Генрі Іцковіца та професором амстердамського університету Лойетом Лейдесдорф. Модель «потрійної спіралі» (влада – бізнес – університет) базується на трьох засадах:

- 1) посилення в інноваційній економіці ролі вишів у взаємозв'язку з бізнесом та урядом;
- 2) трансформація прагнення до співпраці науки, бізнесу і держави в інноваційний механізм, який реалізується за ініціативи держави;
- 3) часткове прийняття на себе кожним із трьох інститутів додаткових функцій, характерних для інших інститутів. ВНЗ, в моделі «потрійної спіралі» виступають в якості «точки відліку» інноваційного процесу, генератора нових знань і технологій, визначають інноваційний потенціал держави та конкурентоспроможність національної економіки.

Разом із тим у сучасних умовах інноваційна взаємодія між владою, бізнесом та університетами порушена з трьох основних причин. По-перше, в сфері бізнесу повинна бути витримана послідовність: спочатку модернізація виробництва, а потім інновації та впровадження проривних технологій; по-друге, за відсутності потреби з боку бізнесу університети не можуть готувати хороших фахівців; по-третє, в силу протиріччя між необхідністю забезпечити стабільність і інноваційним розвитком влада може займатися інноваціями тільки в екстремальних умовах<sup>6</sup>.

Наведені вище проблеми можна було б вирішити шляхом прийняття відповідної цільової програми. Проте, на превеликий жаль, можна констатувати, що на сьогодні переважна більшість програм, які приймаються українським урядом, досить нечітко прописані. Неприпустимо вказувати в програмах лише загальні формулювання, де йдеться лише про наміри і де немає чіткої покрокової програми, яка б надавала можливість реалізувати поставлені цілі.

Однією з проблем є й короткостроковість стратегій і планів, які приймаються в Україні. До прикладу візьмемо Указ Президента України від 12 січня 2015 р. № 5/2015 «Про Стратегію сталого розвитку “Україна–2020”». Дана стратегія є комплексною та зачіпає майже всі сфери життя українського суспільства, зокрема містить Програму розвитку інновацій та пропонує реформа захисту інтелектуальної власності. У цілому стратегія передбачає втілення 62 реформ та програм за усіма напрямками, проте вона розрахована лише на п'ять років. Слід зауважити, що вже виходячи зі вказаних строків ні про які довгострокові плани щодо розвитку країни йтися не може, оскільки довгострокова стратегія має бути розрахована принаймні на 10–15 років.

На думку автора, для ефективного розвитку економіки держава має вдосконалити структуру пріоритетних напрямів розвитку, зокрема науково-технічного, тобто визначити стратегічні довгострокові національні пріоритети строком на 15–20 років. Далі слід визначити середньострокові пріоритети національного та регіонального рівнів (строком на п'ять років) і вже потім, у межах короткострокових програм, розробляти цільові інноваційні та науково-технічні програми.

Таким чином, можна дійти висновку, що освіта в сфері інтелектуальної та інноваційної діяльності вже котрий рік поспіль вимагає до себе особливої уваги. Світові тенденції розвитку науки обумовили нагальну необхідність оновлення існуючої системи освіти та внесення в неї істотних змін. Неминучість кардинальних змін у цій сфері зумовлює потребу у пошуку нових підходів до проектування освітнього процесу у ВНЗ. Університет сьогодні має стати інноваційний майданчиком для наукових досліджень. Світова практика свідчить про те, що в наукомісткій продукції, яка виробляється високорозвиненими країнами, неухильно зростає частка інтелектуальної праці. І якщо Україна має намір увійти до числа таких розвинених країн, уряду держави необхідно сформувати зовнішні умови (законодавчі та соціальні), в яких ВНЗ могли б існувати тільки в режимі безперервного впровадження інновацій. Лише за умови становлення на шлях інноваційного розвитку наша країна має шанси подолати наслідки фінансової кризи, яка вже продемонструвала всю безперспективність орієнтації на експортно-сировинну модель економіки.

<sup>1</sup> Про Раду з питань інтелектуальної власності: постанова Кабінету Міністрів України від 7 лютого 2018 р. № 90 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/90-2018-п>

<sup>2</sup> The Global Innovation Index 2017 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.globalinnovationindex.org/gii-2017-report#>

<sup>3</sup> The Global Innovation Index 2016 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_gii\\_2016.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_gii_2016.pdf)

<sup>4</sup> *Перминова О.М.* Оценка инновационной деятельности вуза / О.М. Перминова, А. О. Войт // Интеллектуальные системы в производстве. – 2006. – № 1. – С. 195–200.

<sup>5</sup> *Михайлов В.А.* Проблема измерения инновационного потенциала вуза / В.А. Михайлов // Теория и практика общественного развития. – 2012. – № 4. – С. 27–29.

<sup>6</sup> *Уваров А.Ф.* Региональная инновационная система: университет в тройной спирали экономики знаний / А.Ф. Уваров : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.econorus.org/onim/upload/0gtk.doc>

#### Резюме

**Панченко І.М.** Вищий навчальний заклад на шляху до інноваційного розвитку: проблеми та перспективи.

Стаття присвячена визначенню ролі інтелектуальної власності як одного із ключових інструментів для переходу вищих навчальних закладів до інноваційного розвитку та аналізу основних проблем, які стоять на шляху до реалізації стратегії інноваційної діяльності.

**Ключові слова:** вищий навчальний заклад, інтелектуальна власність, інноваційна діяльність.

#### Резюме

**Панченко И.Н.** Высшее учебное заведение на пути к инновационному развитию: проблемы и перспективы.

Статья посвящена определению роли интеллектуальной собственности как одного из ключевых инструментов для перехода высших учебных заведений к инновационному развитию и анализу основных проблем, стоящих на пути реализации стратегии инновационной деятельности.

**Ключевые слова:** высшее учебное заведение, интеллектуальная собственность, инновационная деятельность.

#### Summary

**Panchenko I.** The higher educational institution on the way to innovative development: problems and prospects.

This article is devoted to definition of the role of intellectual property as one of key tools for transition from the higher educational institutions to the innovative development and the analysis of the main problems getting in the way to realization of strategy of innovative activity.

**Key words:** higher educational institution, intellectual property, innovative activity.

УДК 347.77

**Р.В. БУДКА**

*Руслан Володимирович Будка, аспірант Київського університету права НАН України*

## ГАРМОНІЗАЦІЯ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ЧЕСЬКОЇ РЕСПУБЛІКИ ІЗ ЗАКОНОДАВСТВОМ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

На розвиток права інтелектуальної власності Чеської Республіки значно вплинув процес зближення національного законодавства із правом Європейського Союзу. Складнощі тут мають подвійний характер, що пов'язано із різним розумінням процесу гармонізації законодавства та самою наднаціональною природою ЄС. В українській науці прийнято вважати, що гармонізація законодавства є приведенням законодавства держав-членів та країн – не членів у відповідність до вимог Європейського Союзу на підставі правових актів організації. Цей процес може відбуватися у формі адаптації законодавства, імплементації положень, стандартизації норм тощо<sup>1</sup>. Однак Чеська Республіка є державою-членом ЄС, а тому поняття гармонізації права цієї країни із правом ЄС відрізняється у силу наднаціонального характеру права ЄС. Тому якщо аналізувати як вітчизняну, так і чеську літературу, проблема гармонізації законодавства найчастіше стосується відповідно процесу європейської інтеграції та співвідношення національного законодавства та наднаціонального за своєю природою права Європейського Союзу. Натомість у праві ЄС гармонізацію у широкому сенсі визначають як заміну різних національних політик єдиною спільною політикою Союзу у відповідній сфері. У вузькому розумінні гармонізація у праві ЄС – це предметне наближення національних правових приписів до встановлених Союзом стандартів шляхом скасування відмінностей у національних законодавствах<sup>2</sup>.

Виходячи із цього, метою цього дослідження є порівняльно-правовий аналіз особливостей гармонізації права інтелектуальної власності Чеської Республіки із правом Європейського Союзу. При цьому також увага буде звертатися на особливості гармонізації законодавства через законотворчу діяльність та здійснення права на захист у Європейському палаці правосуддя. З цієї метою буде розкрито особливості прямої дії права ЄС як наднаціональної правової системи до права Чеської Республіки і яким чином це впливає на особливості гармонізації правової матерії обох правових систем. На основі цього буде розкрито особливості гармо-

нізації законодавства ЄС і ЧР, з урахуванням особливостей імплементації *acquis communautaires* у практиці Європейського палацу правосуддя (Суду ЄС) у правопорядок ЧР.

Особливістю правопорядку ЄС є його наднаціональний характер. Чеський науковець П. Свобода характеризує право ЄС як таке, що створює окремий правовий порядок, що містить основні як процедурні, так і процесуальні стандарти, які прямо та опосередковано імплементуються в національні правопорядки держав-членів ЄС<sup>3</sup>. Особливою рисою права ЄС є верховенство і пряма дія права ЄС до національних правопорядків, зокрема до законодавства ЧР. Цьому сприяла діяльність Суду ЄС. Як слушно зазначає М. Савчин, Суд ЄС у справі *Costa v. ENEL* задався питанням, чи поширюється право Європейських Спільнот лише на держави-учасниці, які, власне, створили цю наднаціональну систему права, чи воно поширюється також і на приватних осіб, які й просили в Суду захисту належних їм прав. Суд зазначив, що право Спільнот є окремою правовою системою, яка виникла у результаті передачі державами-учасницями частини своїх суверенних повноважень її інститутам, на підставі чого у Спільнот виникають певні зобов'язання із захисту прав і свобод приватних осіб<sup>4</sup>.

Згодом ця доктрина була розвинута щодо природи дії права ЄС у прецедентному праві Суду ЄС. Він трактував правову систему ЄС як таку, що за своїм характером виходить за межі міжнародно-правової природи і проникає в національні правові системи держав-членів ЄС. У силу передачі частини суверенних повноважень транснаціональним утворенням створюється правопорядок нового типу, який набуває наднаціонального характеру<sup>5</sup>. Також як право «інтеграційного союзу» (*Integrationsverband*)<sup>6</sup> правова система ЄС розглядається у прецедентному праві Федерального Конституційного Суду Німеччини.

Відповідно до цих вимог поступово сформувалася вимога-принцип ефективного застосування права Європейських Спільнот до національного законодавства держав-членів ЄС, яке має бути належним і однаковим у кожній державі-члені ЄС<sup>7</sup>. Принцип прямої дії права ЄС полягає у забезпеченні ефективного функціонування та досягненні цілей Союзу шляхом належного й одноманітного застосування європейського права в національних судах держав-членів<sup>8</sup>. Відповідно до критеріїв, сформульованих у справі, установчі договори, якщо вони сформульовані чітко і визначено, мають безпосередній вплив як на вертикальні, так і на горизонтальні правовідносини, а також правове регулювання, яке принципово застосовується у всіх відносинах, за винятком рамкових правил. Водночас директиви мають ослаблений прямий ефект, коли умови повинні бути конкретизовані для забезпечення їх прямої дії<sup>9</sup>.

Далі чеські науковці підкреслюють, що при вступі ЧР до ЄС перший етап гармонізації права полягає в тому, щоб держави прийняли частину *acquis* ЄС, а другий – створення певних правових інструментів для належного виконання зобов'язань, що випливають із членства на момент прийняття. У цьому випадку йдеться про гармонізацію або зближення законодавства. На їх думку, концепція наближення нормативно-правових актів до норм Європейських Спільнот та ЄС означає діяльність, яка приводить до повної сумісності чеського права з нормами Європейських Спільнот та ЄС до дати приєднання ЧР до Союзу. Предметом такої гармонізації тоді стало все законодавство Чехії, яке було несумісним з *acquis*<sup>10</sup>.

В українській юридичній науці дещо інакші погляди на природу зближення та гармонізації законодавства. Гармонізацію законодавства розглядають у літературі із іншими засобами зближення національних правопорядків. Професор І. Яковюк виділяє такі терміни, які відображають суть зближення правопорядків, зокрема права ЄС та законодавства України: адаптація, апроксимація, гармонізація, зближення, імплементація, інтеграція, рецепція, трансформація, узгодження, уніфікація тощо<sup>11</sup>. Також одним із способів зближення законодавства України із правом ЄС виділяють транспозицію<sup>12</sup>.

На думку М. Савчина, зближення національних правопорядків забезпечується через наступні заходи:

- а) зближення законодавства, коли визначається загальний курс держав у певній сфері, напрями; етапи зближення, способи зближення (у формі програм, планів, модельних актів);
- б) гармонізація законодавств, коли узгоджуються спільні підходи, концепції розвитку національних законодавств, формулюються загальні правові принципи та окремі рішення (наукові концепції);
- в) прийняття модельних правових актів (загальні норми, правові стандарти);
- г) уніфікація законодавства, коли розробляються і набувають чинності загальнообов'язкові одноманітні правові норми<sup>13</sup>.

Правда, більшість із згаданих заходів зближення національних законодавств стосується міжнародних відносин, а не відносин у рамках наднаціональних об'єднань, специфічного роду серед яких виступає Європейський Союз. У рамках ЄС, згідно із Договором про Європейський Союз, діє механізм наближення законодавства (ст. ст. 114–118 ДпЄС)<sup>14</sup>. Такий механізм враховує наднаціональну природу ЄС, згідно з якою право ЄС має верховенство щодо національного законодавства держав-членів ЄС з урахуванням на застереження у ст. 6 Договору про функціонування ЄС щодо поваги до національних конституційних традицій держав-членів.

З урахуванням особливостей інтеграції Чеської Республіки до Європейського Союзу питання гармонізації законодавства Чехії у рамках ЄС трактується більше диференційовано. Так, чеський науковець П. Свобода<sup>15</sup> виділяє наступні способи гармонізації законодавства Чеської Республіки у світі положень права ЄС:

- а) обґрунтованість запровадження різниці у правовому регулюванні на відміну від загальних засад, визначених правом ЄС. Такі винятки мають бути зумовлені на засадах пропорційності забезпечення захисту національного ринку та недопущення дискримінації, про запровадження яких має бути строком у шість місяців поінформована Єврокомісія з обґрунтуванням запропонованих заходів;

б) запобіжні заходи, в рамках яких за узгодженням Єврокомісії можливо певний відступ від правил у рамках директив, який видає Європарламент, з метою усунення «спотворення на внутрішньому ринку»;

в) виходячи із критерію діапазону регулювання параметрів – повна, мінімальна гармонізація, а залежно від методу посилання на стандарти – повна і альтернативна;

г) директиви, які часто містять певну свободу розсуду щодо їх впровадження через певні національні інститути та способи їх впровадження, що призводить до суперечок, оскільки вони потребують законодавчого регулювання та інституційного і процедурного забезпечення на національному рівні;

д) повна гармонізація, яка передбачає здійснення загальних дій ЄС, спрямованих на узгодження певної предметної сфери національного законодавства ЄС із правом ЄС, якщо така сфера належить до предмета відання ЄС;

е) варіативна гармонізація, яка передбачає обрання варіанта забезпечення національного стандарту продукції чи запровадження стандартів ЄС на національному рівні;

є) мінімальна гармонізація, яка передбачає запровадження на національному рівні мінімальних стандартів правового регулювання та його юридичного забезпечення, хоча може запровадити й суворіші стандарти;

ж) альтернативна гармонізація, яка передбачає ухвалення директиви, в якій пропонуються альтернативні заходи щодо впровадження стандартів;

з) гармонізація з посиланням на стандарти – директива може містити посилання на загальні цілі чи на стандарти, які вироблені в приватноправовій сфері.

Група чеських науковців (В. Шмейкал, А. Вондрачкова, І. Пеліканова) розглядають гармонізацію національних законодавств та права ЄС у руслі охорони прав споживачів, податкової політики, державних (публічних) закупівель<sup>16</sup>.

Механізм зближення національних законодавств передбачає багаторівневу та багатофункціональну взаємодію між національними органами влади та інститутами ЄС. На рівні інституцій ЄС Європейський Парламент та Рада, діючи згідно зі звичайною законодавчою процедурою та після проведення консультацій з Економічно-соціальним комітетом ухвалюють заходи щодо наближення положень законів, підзаконних або адміністративних актів держав-членів, спрямованих на створення та функціонування внутрішнього ринку (ст. 114(1) ДпФЄС). Це є загальною вимогою для узгодження положень права ЄС та національних законодавств, яке має універсальний характер.

Водночас можливі винятки й відхилення від зазначеної процедури, яка полягає у забезпеченні врахування певних особливостей держав-членів ЄС. Тому якщо держава-член після того, як Європейський Парламент та Рада, Рада або Комісія ухвалили захід із гармонізації, вважає за необхідне зберегти національні положення на підставі важливих потреб, пов'язаних із захистом суспільної моралі, порядку або безпеки; захисту здоров'я та життя людей, тварин або рослин; захисту національних скарбів, що мають мистецьку, історичну або археологічну цінність; захисту промислової та комерційної власності або із захистом довкілля або умов праці, вона інформує Комісію про ці положення та підстави для їх збереження. Так само на підставі нового наукового доказу щодо захисту довкілля або умов праці вона повідомляє Комісії про заплановані положення та причини їх впровадження (ст. 114(4-5) ДпФЄС).

Також передбачена взаємодія між інститутами ЄС та органами національних держав у разі вироблення ЄС директив та резолюцій, які можуть «спотворювати умови конкуренції на внутрішньому ринку і такі спотворення необхідно усунути» (ст. 116 ДпФЄС). За таких обставин Європейська Комісія проводить консультації із компетентними національними органами, за результатами яких видається відповідна директива. Комісія може рекомендувати певні заходи національній державі, спрямовані на усунення відповідного спотворення на внутрішньому ринку.

При цьому передбачається диференціація щодо зближення національних законодавств держав-членів із правом ЄС у сфері права інтелектуальної власності. Зокрема, в рамках ЄС діє Європейське право інтелектуальної власності з метою запровадження уніфікованого захисту прав інтелектуальної власності в усьому Союзі та встановлення централізованого механізму надання дозволів, узгодження й нагляду в межах усього ЄС. Рада, діючи згідно зі спеціальною законодавчою процедурою, за допомогою регламентів встановлює положення щодо мови Європейського права інтелектуальної власності. З питань права інтелектуальної власності Рада діє одноставно із Європарламентом (ст. 118 ДпФЄС).

Окрім згаданих інструментів гармонізації в рамках ЄС також слід виділити юрисдикцію Європейського палацу правосуддя (European Court of Justice), зокрема процедуру преюдиціального запиту, яку може застосувати будь-який суд загальної юрисдикції в разі необхідності застосування права ЄС у національному законодавстві.

Цікавою в цьому відношенні є правова позиція Верховного суду ЧР, згідно з якою не існує адекватного забезпечення відповідальності держави за порушення законодавства ЄС на національному рівні при ситуації, коли порушується законодавство ЄС, тому її слід застосувати з урахуванням принципу першості відповідальності держави відповідно до прецедентного права Суду ЄС. Чеський закон застосовується лише тоді, коли законодавство Союзу, включаючи прецедентне право Суду ЄС, не передбачає іншого. Іншими словами, чеський закон застосовується, якщо його адаптація відповідає законодавству ЄС. Чеський закон може застосовуватися до питань, які не вирішені законодавством ЄС, але лише за умови, що це не заважає або надмірно не порушує права особи отримувати компенсацію<sup>17</sup>. Проблема полягає в тому, що у ЧР діє Закон про відповідальність за шкоду, заподіяну внаслідок здійснення державних повноважень рішенням або незаконною

адміністративною процедурою 1998 року<sup>18</sup>. Його чинність також поширюється на вирішення спорів про відповідальність фізичних та юридичних осіб за порушення законодавства ЄС. Цей закон має серйозні недоліки щодо відповідальності за порушення законодавства ЄС, оскільки був прийнятий до входження ЧР до складу ЄС. Попередні спроби судової інтерпретації Верховним Судом та Конституційним Судом не дали змогу зблизити його з вимогами права ЄС. Зазначене рішення Верховного Суду ЧР було спробою деякою мірою компенсувати недоліки чеського законодавства у цьому відношенні.

Якщо йдеться про гармонізацію законодавства ЄС із країнами, які знаходяться у відносинах асоціації із Союзом, як це має місце з Україною, то механізм гармонізації є інакшим дещо. Він залежить від визначених за взаємною згодою напрямів співпраці, рівня співробітництва сторін та особливостей правового статусу третьої держави (державо-партнер, державо-сусід, державо-заявник, державо-кандидат) на підставі відповідних міжнародних угод<sup>19</sup>.

Як правило, положення угод, які стосуються адаптації національного законодавства асоційованих країн з правом ЄС, мають характер як «твердих», так і «м'яких» зобов'язань сторін залежно від сфер, в яких здійснюється узгодження<sup>20</sup>. А при визначенні самих сфер, що потребують адаптації, враховується особливий характер відносин ЄС з конкретною країною, хоча певні сфери, зокрема, захист права інтелектуальної власності, законодавство у галузі конкуренції визначені в угодах про асоціацію.

На тлі чеського досвіду гармонізації законодавства із правом ЄС у сфері права інтелектуальної власності гармонізації права інтелектуальної власності до України на перших порах ґрунтувалася на Тимчасовій угоді про торгівлю і співробітництво 1995 р., яка пізніше була замінена на Угоду про партнерство і співробітництво (1998 р.), а на сьогодні – Угодою про асоціацію.

Тимчасова угода про торгівлю і співробітництво, зокрема, перераховані у Додатку III до неї директиви і регламенти ЄС, регулювали захист прав на інтелектуальну власність на рівні організації та стосувалися зближення законодавства держав-членів Євросоюзу щодо торговельних марок, захисту топографічних назв, напівпровідникової продукції, захисту комп'ютерних програм, створення сертифікатів із додаткового захисту медичної продукції, захисту географічних показників і визначників походження сільськогосподарської продукції та продуктів споживання; координації деяких правил щодо авторських прав та прав авторства на супутникове мовлення й кабельну ретрансляцію; гармонізації термінів захисту авторських і суміжних прав, прав на оренду плати та кредитування, а також деяких суміжних прав у галузі інтелектуальної власності.

Відповідно однією з форм гармонізації у сфері захисту прав на інтелектуальну власність Тимчасова угода також визначила ухвалення національних правових актів, які тією чи іншою мірою брали б до уваги положення вторинного права ЄС. Тобто, перелічені в документі нормативні акти Євросоюзу могли бути використані Україною в процесі гармонізації її законодавства з правом ЄС для створення правового режиму у сфері захисту прав на інтелектуальну власність, аналогічного тому, який існував у межах організації<sup>21</sup>.

Наразі у сфері інтелектуальної власності важливою проблемою, що потребує вирішення, є усунення суперечностей між нормами національного права та міжнародними конвенціями з охорони інтелектуальної власності, що є лише першим кроком на шляху до виконання положень міжнародних угод. Набагато важче й важливіше завдання – створення цілісного правового механізму, здатного забезпечити ефективний захист права на інтелектуальну власність на національному рівні. В Україні такий механізм усе ще перебуває на стадії становлення, що закладає підґрунтя для конфліктів у відносинах між нашою державою та Євросоюзом і потребує продовження роботи з гармонізації законодавства<sup>22</sup>.

Аналіз установчого механізму функціонування ЄС та діяльності його інститутів свідчить, що в якості основного інструменту гармонізації законодавства Чеської Республіки із правом Європейського Союзу у сфері права інтелектуальної власності служать директиви ЄС, які містять гнучкі механізми узгодження положення національного права із наднаціональним правом. Цей механізм поглиблюється через інструменти Європейського права інтелектуальної власності, а також через правозахисний механізм Європейського палацу правосуддя.

<sup>1</sup> Законотворчість. Словник термінів і понять з міжнародного та європейського права. – К., 2005. – 160 с.

<sup>2</sup> *Schweitzer M., Hummer W.* Europarecht: das Recht der Europäischen Union, das Recht der Europäischen Gemeinschaft en (EGKS, EG, EAG) mit Schwerpunkt EG. Neuwied, Kriftel, Berlin : Luchterhand, 1996. – 631 s.

<sup>3</sup> *Svoboda, Pavel.* Úvod do evropského práva. Praha: C.H. Beck, 2010. – S. 63.

<sup>4</sup> *Савчин М.В.* Сучасні тенденції конституціоналізму в контексті глобалізації та правового плюралізму / М.В. Савчин. – Ужгород: РІК-У, 2018. – С. 371.

<sup>5</sup> Case Van Gend en Loos, 26/62, 5 February 1963.

<sup>6</sup> Lisbon Case, 2 BvE 2/08, § 322.

<sup>7</sup> *Craig, Paul, De Burca, Gráinne (eds.)*. EU Law: Text, Cases, and Materials. Oxford: Oxford University Press, 2008. – S. 346.

<sup>8</sup> *Weatherhill Stephen.* Cases and Materials on EU Law. Sixth edition. Oxford: Oxford University Press, 2003. – S. 99.

<sup>9</sup> *Davis Karen.* Understanding European Union Law. Second edition. London: Cavendish Publishing Limited, 2003. – S. 48–49.

<sup>10</sup> *Tichy Luboš a kol.* Evropské právo. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 834–835. A Šiskova, Naděžda, Tyc, Vladimír. Sbližování českého práva s právem Evropských společenství. – Dokumenty. Praha: Linde, 1997. – S. 6–7.

<sup>11</sup> *Яковюк І.В.* Адаптація та гармонізація законодавства в умовах інтеграції: проблема співвідношення / І.В. Яковюк // Вісник Національної академії правових наук. – 2012. – № 4 (71). – С. 31–32.

<sup>12</sup> *Петров Р.* Транспозиція *acquis* Європейського Союзу у правові системи третіх країн / Р. Петров. – К.: Істина, 2012. – 364 с.

<sup>13</sup> Савчин М.В. Порівняльне правознавство. Загальна частина / М.В. Савчин. – К.: Центр учбової літератури, 2016. – С. 243.

<sup>14</sup> Консолідовані версії Договору про Європейський Союз та Договору про функціонування Європейського Союзу (2010/C 83/01) // Офіційний вісник Європейського Союзу С 83/1. – 2010. – 3 жовтня. – С. 94–96.

<sup>15</sup> Svoboda Pavel. Úvod do evropského práva. Praha: C. H. Beck, 2010). – S. 98–103.

<sup>16</sup> Tomášek M. Tůč V. a kol. Právo Evropské unie. 2 aktualizované vydání. Praha: Leges, 2013. – S. 243–262.

<sup>17</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 28 Cdo 2927/2010, ze dne 20. srpna 2012.

<sup>18</sup> Zákon České Republiky č. 82/1998 Sb. o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem, Zákon č. 82/1998 Sb. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1998-82>

<sup>19</sup> Яковюк І.В. Адаптація та гармонізація законодавства в умовах інтеграції: проблема співвідношення / І.В. Яковюк // Вісник Національної академії правових наук. – 2012. – № 4 (71). – С. 39.

<sup>20</sup> Zemanek K. Is the Term «Soft Law» Convenient. In Liber Amicorum : Professor Ignaz Seidl. – Hohenveldern (Ed. by Hafner G., Loible G., Rest A., Sucharia-Behrmann L., Zemanek K.). The Hague, 1998. – P. 843–862.

<sup>21</sup> Муравйов В. Гармонізація законодавства України з правом Європейського Союзу в рамках Угоди про асоціацію між Україною та ЄС / В. Муравйов, Н. Мушак // Віче. – 2013. – № 8. – С. 13.

<sup>22</sup> Там само. – С. 18.

### Резюме

**Будка Р.В. Гармонізація права інтелектуальної власності Чеської Республіки із законодавством Європейського Союзу.**

На основі аналізу механізму гармонізації законодавства Чеської Республіки із законодавством Європейського Союзу зроблено висновок, що в якості основного інструменту такої гармонізації у сфері права інтелектуальної власності служать директиви ЄС, які містять гнучкі механізми узгодження положення національного права із наднаціональним правом. Цей механізм поглиблюється через інструменти Європейського права інтелектуальної власності, а також через правозахисний механізм Європейського палацу правосуддя.

**Ключові слова:** гармонізація законодавства, директиви, Європейське право інтелектуальної власності, зближення законодавства, трансформація.

### Резюме

**Будка Р.В. Гармонизация права интеллектуальной собственности Чешской Республики с законодательством Европейского Союза.**

На основе анализа механизма гармонизации законодательства Чешской Республики с законодательством Европейского Союза сделан вывод, что в качестве основного инструмента такой гармонизации в сфере права интеллектуальной собственности служат директивы ЕС, содержащие гибкие механизмы согласования положения национального права с наднациональным правом. Этот механизм углубляется через инструменты Европейского права интеллектуальной собственности, а также через правозащитный механизм Европейского двора правосудия.

**Ключевые слова:** гармонизация законодательства, директивы, Европейское право интеллектуальной собственности, сближение законодательства, трансформация.

### Summary

**Budka R. The main directions of the harmonization of intellectual property law of the Czech Republic with the European Union legislation.**

Based on the analysis of the mechanism of harmonization of the legislation of the Czech Republic with the legislation of the European Union, it is concluded that the main instrument of such harmonization in the field of intellectual property law are EU directives, which contain flexible mechanisms for harmonizing the provisions of national law with supranational law. Through the instruments of European intellectual property law this mechanism is deepened, as well as through the human rights mechanism of the European Court of Justice.

**Key words:** approximation of legislation, harmonization of legislation, directives, European intellectual property law, transformation.

УДК 349.42

**В.В. ЛАТИШЕВА**

*Вікторія Володимирівна Латишева, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Кременчуцького національного університету імені Михайла Остроградського*

## ПРАВОВИЙ СТАТУС СЕЛЯНИНА В КОНТЕКСТІ СТАЛОГО РОЗВИТКУ СІЛЬСЬКИХ ТЕРИТОРІЙ

На сьогодні першочерговим завданням аграрної політики є вирішення проблем розвитку сільських територій, в основу якого закладаються принципи сталого розвитку. Концептуальне підґрунтя сталого розвитку сільських територій має розглядатися як система поглядів про сутність таких його аспектів, як екологія, економіка та людина. Насамперед постає необхідність у формуванні поняття ключового суб'єкта розвитку сільських територій – особистості селянина. Отже, необхідно дослідити правовий статус селянина та з'ясувати внутрішню сутність його особистості. Тому дослідження має бути спрямоване на визначення принципів та методів розвитку особистості селянина.

В українській юридичній науці до проблем визначення поняття «селянство» звертаються у своїх дослідженнях Н.І. Титова, В.М. Єрмоленко, В.В. Носік, Н.О. Багай, О.В. Гафурова та інші науковці. Варто підкреслити, що на особливе значення особи селянина для розвитку аграрних відносин протягом тривалого історичного періоду звертають увагу всі вчені, особливо юристи-аграрники. Професор В.В. Носік<sup>1</sup> цитує М.С. Грушевського, який зазначав, що головною підставою Великої України ще довго, якщо не завжди, буде селянство. Водночас В.М. Єрмоленко<sup>2</sup> доводить, що поняття «селянин» є центральною, основоположною категорією аграрного права як системоутворювальний суб'єкт аграрних правовідносин, а також як історично зумовлений носій культурної самобутності українського народу.

**Мета статті** полягає у науковому дослідженні правового статусу селянина в контексті сталого розвитку сільських територій. Для здійснення поставленої мети необхідно довести: особливості правового статусу селянина; значення сільського господарства у життєдіяльності селянина; специфіку принципів та методів розвитку особистості селянина.

Під час дослідження правового статусу селянина, окрім спеціальних юридичних методів, необхідно використовувати діалектичний метод наукового пізнання, який являє собою вчення про закони розвитку суспільства. Окрім того, для більш повного з'ясування специфічних закономірностей розвитку селянства необхідно використати наукові доробки інших суспільних наук, зокрема, філософії та психології.

Насамперед потрібно визначити особливості правового статусу селянина. У теорії права<sup>3</sup> правовий статус особи визначається як система закріплених у нормативно-правових актах і гарантованих державою прав, свобод, обов'язків, відповідальності, згідно з якими індивід як суб'єкт права координує свою поведінку в суспільстві. Правове становище обумовлюється особливостями соціального статусу, що існує у певному періоді розвитку суспільства і держави. Соціальний статус особи залежить від сутності соціального укладу, в умовах якого він складається та функціонує. Досліджуючи правовий статус селянина, Т.В. Курман наголошує, що одним із головних завдань, яке постає перед нашою державою, має бути не лише закріплення та декларування у законодавстві певних прав і свобод селян, а й створення ефективних і дієвих механізмів реалізації цих прав щодо забезпечення сталого розвитку сільськогосподарського виробництва<sup>4</sup>.

Варто зауважити, що трактуючи правовий статус особи, учені нерідко до його структури вводять законні інтереси та гарантії. Зазначені категорії є або його передумовами, або умовами. Відомо, що інтерес передує правам і обов'язкам незалежно від того, чи знаходить він пряме закріплення в законодавстві, чи просто підлягає правовому захисту з боку держави<sup>5</sup>. Науковець Н.О. Багай зауважує, що сучасний розвиток аграрного законодавства України характеризується зміщенням центральної мети: від захисту інтересів держави – до захисту інтересів людини, селянина<sup>6</sup>. Підтвердженням цього є щонайменше три Цілі сталого розвитку<sup>7</sup>, зокрема: подолання бідності у всіх її формах та всюди; подолання голоду, досягнення продовольчої безпеки,



поліпшення харчування і сприяння сталому розвитку сільського господарства; сприяння поступальному, усеохоплюючому та сталому економічному зростанню, повній і продуктивній зайнятості та гідній праці для всіх. Поставлені Цілі потребують розв'язання таких завдань до 2030 р.: підвищення життєстійкості малозабезпечених і осіб, які перебувають у вразливому становищі, зменшення їх незахищеності й вразливості перед викликаними зміною клімату екстремальними явищами та іншими економічними, соціальними й екологічними потрясіннями і лихами; подвоєння продуктивності сільського господарства і доходів дрібних виробників продовольства, фермерських сімейних господарств, у тому числі шляхом забезпечення гарантованого та рівного доступу до землі, інших виробничих ресурсів і чинників сільського виробництва, знань, фінансових послуг, ринків і можливостей для збільшення доданої вартості та зайнятості в несільськогосподарських секторах; забезпечення розробки і здійснення стратегій заохочення сталого туризму, який сприяє створенню робочих місць, розвитку місцевої культури і виробництву місцевої продукції.

Зауважимо, що спеціальний статус особи як представника тієї чи іншої соціальної групи, відокремленої за певними юридично значущими ознаками, який наділений відповідно до законів та інших нормативних актів спеціальними, додатковими правами і обов'язками, обумовлений особливостями становища особи та потребами її функціональної спеціальної активності<sup>8</sup>. Професор Н.І. Титова обґрунтовує необхідність загальносуспільного сприйняття селян, які важко працюють на землі, як людей, що заслуговують на загальну повагу, як носіїв народних традицій, високої громадянської моралі та свідомості<sup>9</sup>.

Аналізуючи принципи законодавства, яким регулюються відносини соціального розвитку села, О.В. Гафурова, серед інших, визначає принцип відродження селянства як носія самобутності титульної нації, який безпосередньо не впливає зі змісту аграрного законодавства, а є результатом наукових узагальнень<sup>10</sup>.

З урахуванням думок учених зазначимо, що такі поняття, як «селянин» і «сільськогосподарське виробництво», мають стійкий взаємозв'язок, тому вважаємо за необхідне проводити дослідження особистості селянина саме як суб'єкта забезпечення сталого розвитку сільськогосподарського виробництва. На нашу думку, забезпечення сталого розвитку сільськогосподарського виробництва можливе за умови функціонування системи заохочення до аграрного господарювання, тобто забезпечення попередньо зазначеного «інтересу». Отже, необхідно на законодавчому рівні популяризувати бренд «українського селянства» як виробника якісної продукції, що забезпечує продовольчу безпеку та підтримує здоров'я нації. При цьому держава має гарантувати селянам право на достатній життєвий рівень, оскільки саме вони можуть гарантувати продовольчу безпеку в результаті здійснення сільськогосподарського виробництва.

У свою чергу, для підвищення усвідомлення свого статусу для суспільства в цілому, необхідно розкрити внутрішню сутність особистості селянина. У психологічному словнику<sup>11</sup> вказано, що особистість виникла й розвинулася у процесі суспільно-історичного розвитку людства, у процесі роботи. Належність особистості до певного суспільства, до певної системи суспільних відносин визначає її психологічну та соціальну сутність. Зважаючи на те, що характерними ознаками особистості є наявність у неї свідомості, виконувани нею суспільні ролі, суспільно корисна спрямованість її діяльності, спробуємо детальніше розглянути особистість селянина.

Варто зазначити, що свідомість розглядається філософами та психологами як вища форма відображення дійсності, властива людям і пов'язана з їхньою психікою, абстрактним мисленням, світоглядом, самосвідомістю, самоконтролем своєї поведінки і діяльності та передбаченням результатів останньої<sup>12</sup>.

Оскільки ми розглядаємо селянина як суб'єкта сталого розвитку сільськогосподарського виробництва, вважаємо, що свідомість селян тісно пов'язана насамперед з екологічною складовою господарювання. Зокрема, селянин самостійно, на власний ризик використовує природні ресурси, і від того, наскільки він урахує закони екології у своїй діяльності, настільки цінним для суспільства буде результат його діяльності. Отже, у процесі своєї життєдіяльності селяни мають задовольняти не лише свої потреби, потреби суспільства, а й потреби прийдешніх поколінь.

Розвиток особистості здійснюється через діяльність, яка керується системою мотивів. Діяльнісно-безпосередній тип взаємодії, який формується у людини з найбільш референтною групою (або особою), є визначальним чинником розвитку<sup>13</sup>.

Американський психолог А. Маслоу, створюючи свою теорію мотивацій, намагався пояснити, чому в різний час у людей виникають різні потреби. Він уважав, що потреби людини мають ієрархічну структуру з п'яти рівнів: фізіологічні потреби, потреби в безпеці, соціальні потреби, потреби в повазі, потреби у самовираженні. У кожному конкретний момент часу людина буде прагнути до задоволення тієї потреби, що для неї є важливішою або сильною<sup>14</sup>.

Отже, з урахуванням Цілей сталого розвитку, на сьогодні існують потреби у поліпшенні якості харчування, тому ми вважаємо, що саме селяни можуть задовольнити ці потреби внаслідок здійснення органічного сільського господарства, і водночас можуть задовольнити власні потреби у повазі та самовираженні. На сьогодні вітчизняне законодавство передбачає форми господарювання, які надають можливість самовираження, зокрема – фермерське господарство, особисте селянське господарство. Окрім того, селяни можуть реалізувати себе як автори селекційних досягнень, бджолярі й пасічники тощо. Така діяльність не лише сприяє саморозвитку особистості, а й надає умови для гідної роботи. Зазначимо, що за даними Міжнародної організації праці гідна робота включає в себе можливість для роботи, які забезпечують продуктивні і справедливі доходи, безпеку на робочому місці та соціальний захист сім'ї, найкращі перспективи для особистісного розвитку та соціальної інтеграції, свободи для людей, організацію та участь у прийнятті рішень, рівність можливостей і ставлення для всіх жінок і чоловіків<sup>15</sup>.

Проте варто зазначити, що діяльність селянина необхідно розглядати значно ширше та враховувати певні особливості. Можливо, саме ставлення до селянина лише як до виробника сільськогосподарської сировини впродовж тривалого часу й призвело до кризи селянства. Причиною цього, на нашу думку, є індустріалізація аграрного виробництва, зокрема ст. 22 Конституції УРСР закріплено, що в Україні послідовно втілюється в життя програма перетворення сільськогосподарської праці на різновид індустріальної<sup>16</sup>. Унаслідок цього селяни стали віддалятися від природи, зруйнувався їх життєсвіт.

У монографії «Соціальна етика та екологія. Гідність людини – шанування природи»<sup>17</sup> А.М. Єрмоленко досліджує так званий міф про «вічного селянина», який він кваліфікує як певну реакцією на розвиток товарно-грошових відносин у селі. Учений наголошує, що селянин – це не індивід, відділений від природи, родини, свого помешкання та господи. Навпаки, він значною мірою залежить від родини та природи. Така залежність передається з покоління в покоління, а тому перетворює селянина на носія культурної традиції, яка пов'язана з певним ландшафтом і є гарантом того, що ритми природи збігаються з ритмами людського життя. На думку вченого, відбувається поступова зміна в ціннісних орієнтаціях від матеріальних (успіх, прибуток, споживання) до постматеріальних цінностей, до яких належить також і цінність природного довкілля: чисте повітря, чиста вода, гарний ландшафт, здорове харчування тощо.

Зауважимо, що важливими для формування особистості селянина є принципи, тобто керівні засади, які визначатимуть світогляд особи.

У книзі «Повстання на захист природи. Від довкілля до життєсвіту»<sup>18</sup> Клаус Міхаель Маєр-Абіх розглядає антропоцентричний світогляд: «anthropos» – людина знаходиться у центрі, увесь світ існує задля неї, а природний світ довіряє своїх життєвих просторів тільки в життєвих просторах людини.

Отже, враховуючи призначення селянина у забезпеченні сталого розвитку сільськогосподарського виробництва, наголошуємо на необхідності наукового обґрунтування та правовому закріпленні принципу селяноцентризму. Учений-економіст О.І. Павлов досліджує селяноцентризм як висхідний принцип розбудови сільських територій і наголошує на необхідності формування нової ідеології розвитку сільських територій, спроможної змінити ставлення держави до селян, покращити психологічний клімат на селі, подолати невпевненість сільського населення у своєму майбутньому, повернути його довіру до влади<sup>19</sup>.

За радянських часів життєвий простір селян намагалися наблизити до міського, перевести до робітничого класу, перемістивши досвід фабричної праці для досягнення більшої спеціалізації виробництва<sup>20</sup>.

Проте вчені вважають, що методи, за допомогою яких має здійснюватися вплив соціуму на індивіда, мають принципове значення і у разі їх неадекватного вибору можуть виявитися не тільки неефективними, а й такими, що призводять до протилежних наслідків. Ідеал полягав би у виробленні таких форм впливу, за яких індивід вільно, за власним переконанням намагався б дотримуватися певної міри самообмеження, яка була б розумною стосовно завдань, що виникають перед соціумом як цілісністю і вимагають від індивіда самопожертви<sup>21</sup>.

На сьогодні для забезпечення сталого розвитку сільських територій важливого значення набуває підвищення статусу селянина, тому аграрне законодавство має розвиватися за принципом селяноцентризму. У цьому зв'язку необхідно розробити правові методи, які сприятимуть розвитку особистості селянина, зокрема збереженню самотності корінного населення, підтримці традиційних способів сільськогосподарського виробництва, екологічному господарюванню.

Отже, ми встановили, що селяни мають окремий правовий статус, який має бути закріплений у законодавстві. Ми вважаємо, що такий статус має надаватися окремим категоріям осіб та їх родинам, які самостійно, дотримуючись основних законів екології, здійснюють діяльність, пов'язану з виробництвом сільськогосподарської продукції. На нашу думку, в контексті сталого розвитку сільських територій поняття «селянин», «мешканець сільського населеного пункту», «працівник сільськогосподарського підприємства» не є тотожними та мають розглядатися окремо.

На підставі проведеного дослідження визначено основні принципи та методи розвитку особистості селянина, які можуть бути використані для побудови правового механізму сталого розвитку сільських територій.

<sup>1</sup> Науково-практичний коментар до Закону України «Про особисте селянське господарство» / за ред. В.В. Носіка. – К. : Кондор, 2004. – 252 с. – С. 6.

<sup>2</sup> Єрмоленко В.М. Походження поняття «селянин» як основоположної категорії аграрного права / В.М. Єрмоленко // Сучасні наук.-практ. проблеми, екологічного, земельного та аграрного права : матер. «круглого столу» (м. Харків, 6 грудня 2013 р.) : зб. тез наук. доп. / за заг. ред. А.П. Гетьмана ; Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». – Х. : Право, 2013. – С. 26.

<sup>3</sup> Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підруч. / О.Ф. Скакун ; пер. з рос. – Х. : Консум, 2001. – 656 с. – С. 377–378.

<sup>4</sup> Курман Т.В. До питання про правовий статус селянина в аспекті сталого розвитку сільськогосподарського виробництва / Т.В. Курман // Науковий вісник Національного університету біоресурсів і природокористування України. – 2015. – Вип. 218. – С. 43.

<sup>5</sup> Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підруч. / О.Ф. Скакун ; пер. з рос. – Х. : Консум, 2001. – 656 с. – С. 379.

<sup>6</sup> Багай Н.О. Селянство: проблеми законодавчого визначення поняття / Н.О. Багай // Проблеми розвитку аграрного та земельного права України: матеріали міжнародної наук.-практ. конференції (м. Київ, 25 травня 2011 р.). – К. : Вид-во географічної літератури «Обрії», 2011. – 215 с. – С. 64.

- <sup>7</sup> Національна доповідь «Цілі сталого розвитку: Україна»: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.un.org.ua/ua/tsili-rozvytku-tysiacholititia/tsili-staloho-rozvytku>
- <sup>8</sup> Скакун О.Ф. Вказана праця. – С. 381.
- <sup>9</sup> Землі сільськогосподарського призначення: права громадян України : наук.-навч. посіб. / Н.І. Титова, В.І. Федорович, М.Я. Ващишин та ін. ; за ред. Н.І. Титової. – Л. : ПАІС, 2005. – 368 с. – С. 275.
- <sup>10</sup> Гафурова О.В. Соціальний розвиток села в Україні: теорія та практика правового регулювання : моногр. / О.В. Гафурова / за заг. ред. В.М. Єрмоленка. – К. : Ірідіум, 2014. – 480 с. – С. 115–117.
- <sup>11</sup> Психологический словарь / под ред. В.П. Зинченко, Б.Г. Мещерякова. – [2-е изд., перераб. и доп.]. – М. : Педагогика-Прес, 1996. – 440 с. – С. 174.
- <sup>12</sup> Там само. – С. 176.
- <sup>13</sup> Там само.
- <sup>14</sup> Там само. – С. 183.
- <sup>15</sup> Програма гідної праці МОП для України на 2016–2019 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—europe/—ro-geneva/—sro-budapest/documents/genericdocument/wcms\\_470684.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—europe/—ro-geneva/—sro-budapest/documents/genericdocument/wcms_470684.pdf)
- <sup>16</sup> Конституція Української РСР від 20 квітня 1978 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1978. – № 18. – С. 268.
- <sup>17</sup> Єрмоленко А.М. Соціальна етика та екологія. Гідність людини – шанування природи : моногр. / А.М. Єрмоленко. – К. : Лібра, 2010. – 416 с. – С. 265.
- <sup>18</sup> Маєр-Абіх Клаус Міхаель. Повстання на захист природи. Від доквілля до спільно світу / Клаус Міхаель Маєр-Абіх ; пер. з нім., післямова, примітки Анатолія Єрмоленка. – К. : Лібра, 2004. – 196 с. – С. 84
- <sup>19</sup> Павлов О.І. Селяноцентризм як висхідний принцип розбудови сільських територій України / О.І. Павлов // Економіка, фінанси, право. – К. : Аналітик, 2009. – № 9. – С. 14–17.
- <sup>20</sup> Хрущев Н.С. Строительство коммунизма в СССР и развитие сельского хозяйства / Н.С. Хрущев. – М., 1964. – Т. 8. – 560 с.
- <sup>21</sup> Свідзинський А.В. Синергетична концепція культури / А.В. Свідзинський. – Луцьк, 2008. – 696 с. – С. 53–54.

#### Резюме

##### **Латишева В.В. Правовий статус селянина в контексті розвитку сільських територій.**

У статті досліджено особливості правового статусу селянина та встановлено необхідність підвищення ролі особистості селянина у забезпеченні продовольчої безпеки держави як виробника якісної продукції. З'ясовано, що аграрне законодавство має розвиватися за принципом селяноцентризму.

**Ключові слова:** сталий розвиток, селянин, особистість, селяноцентризм, екологічне господарювання, аграрне законодавство.

#### Резюме

##### **Латишева В.В. Правовий статус крестьянина в контексте развития сельских территорий.**

В статье исследованы особенности правового статуса крестьянина и определена необходимость повышения роли личности крестьянина в обеспечении продовольственной безопасности государства как производителя качественной продукции. Установлено, что аграрное законодательство должно развиваться на основе принципа крестьяноцентризма.

**Ключевые слова:** устойчивое развитие, крестьянин, личность, крестьяноцентризм, экологическое хозяйствование, аграрное законодательство.

#### Summary

##### **Latysheva V. Legal status of a peasant in the context of sustainable development of rural territories.**

In the article the legal status of a peasant in the context of sustainable development of rural territories has been investigated. It was found that such concepts as peasant and agricultural production have a stable relationship and according to this at the legislative level to popularize the brand of Ukrainian peasantry as a producer of quality products that provides food security and supports the health of the nation was proposed. It was concluded that agrarian production should be developed on the basis of the principle of peasant-centricism.

**Key words:** sustainable development, peasant, personality, peasant-centricism, ecological management, agrarian law.

УДК 343.9

**Т.В. ДУЮНОВА**

*Тетяна Василівна Дуюнова, кандидат юридичних наук, доцент Харківського національного технічного університету сільського господарства імені Петра Василенка*

## ЩОДО ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ НЕОБХІДНОЇ ОБОРОНИ ТА УМОВ ЇЇ ПРАВОМІРНОСТІ

Українське суспільство знаходиться на стадії соціальної трансформації, яка суттєво змінила його структуру та ієрархію цінностей. Згідно з Конституцією України найвищою соціальною цінністю є людина, її життя, здоров'я, честь, гідність, недоторканність і безпека. (ст. 3 Основного Закону). Але в умовах сьогодення, які супроводжуються складною політичною, соціально-економічною кризою, військовою ситуацією, виникають численні проблеми, пов'язані з зростанням рівня й динаміки злочинності. Домінуюче значення набувають насильницькі злочини, що належать до категорії тяжких і особливо тяжких. У суспільстві спостерігається різке насичення зброї як в сфері легального володіння, так і в кримінальному середовищі. Кількість злочинів, які вчиняються шляхом використання зброї, вибухових речовин і вибухових пристроїв, набуває загрозливого значення.

За таких умов держава не може повною мірою гарантувати усім надійний захист і безпеку від злочинних посягань, і надто часто особа залишається сама, захищаючи своє життя, здоров'я, майно. Для будь-якого демократичного суспільства пріоритетним напрямом державної політики щодо захисту прав людини є створення максимуму правових можливостей для свого захисту. Не є винятком у цьому аспекті і наша країна. Конституція України у ст. 27 закріпила право кожного захищати своє життя і здоров'я, життя та здоров'я інших людей від протиправних посягань<sup>1</sup>.

У цьому фундаментальному конституційному положенні законодавець закріпив повноцінну правову підставу щодо гарантій реалізації права на необхідну оборону. Необхідна оборона, як самостійний кримінально-правовий інститут, отримала правове закріплення не тільки в конституційних, а й у кримінально-правових нормах, оскільки право на життя та здоров'я є невід'ємними, недоторканими, природними благами кожної людини, а їх захист становить основу будь-якої цивілізованої системи права.

Інститут необхідної оборони може ефективно виконувати своє призначення лише за відсутності для людини, яка захищає не тільки свої, а й інтереси інших осіб, реальної загрози бути притягнутим до кримінальної відповідальності. На сьогоднішній день більшість спеціалістів наголошують на тому, що правозастосовна практика щодо реалізації громадянами права на захист є вкрай незадовільною. Відносно осіб, котрі правомірно завдали шкоди в стані необхідної оборони, надто часто здійснюється кримінальне переслідування, застосовуються запобіжні заходи, виносяться обвинувальні судові вироки. Неправильне застосування норм про необхідну оборону підриває авторитет співробітників оперативних, слідчих, прокурорських і судових органів, породжує невіру в закон. Названі факти свідчать про закономірність відродження наукового та практичного інтересу до кримінально-правового інституту необхідної оборони.

Проблемні питання інституту необхідної оборони завжди були в центрі уваги вчених-правознавців. Значний внесок у дослідження вказаної проблематики внесли Г.М. Андрусяк, П.П. Андрушко, М.І. Бажанов, Ю.В. Баулін, Н.П. Берестовий, В.П. Діденко, М.Й. Коржанський, С.Г. Келіна, М.Д. Шаргородський, М.І. Якубович та інші. У роботах цих вчених містяться положення, які стали основою реформування кримінального законодавства в частині регулювання обставин, що виключають злочинність діяння в цілому і необхідної оборони зокрема. Але не зважаючи на значні наукові доробки вказаних вчених, залишається ще багато питань, що потребують ґрунтовного дослідження й наукового аналізу.

Отже, **метою** даної статті є дослідження правової природи інституту необхідної оборони, як самостійного кримінально-правового інституту, аналіз чинного законодавства щодо визначення умов правомірності необхідної оборони.

Закріплені у Конституції України фундаментальні положення утвердження та забезпечення права людини самостійно захищатися від протиправних посягань знайшли своє відображення у Кримінальному Кодексі України 2001 р., в якому законодавець вперше виокремив самостійний розділ VIII Загальної частини «Обставини, що виключають злочинність діяння» та значно розширив перелік таких обставин. Якщо за Кримінальним кодексом України 1960 р. цих обставин було три, то за Кримінальним кодексом 2001 р. їх передбачено вісім. Особливої уваги у цьому переліку заслуговує необхідна оборона.

Право на необхідну оборону закріплено в ст. 36 Кримінального кодексу України. Відповідно до неї необхідною обороною визнаються дії, вчинені з метою захисту прав та інтересів особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони<sup>2</sup>.

Отже, необхідна оборона – це правомірний захист від суспільно небезпечного посягання на інтереси громадян і держави, які охороняються кримінальним законом шляхом завдання шкоди особі, яка посягає, при дотриманні певних умов. Необхідна оборона – це суб'єктивне право кожного громадянина, який може реалізувати це право, а може ухилитися від його реалізації. Відмова громадянина від реалізації свого права на захист від суспільно небезпечного діяння може викликати лише осуд з боку суспільства<sup>3</sup>.

Аналізуючи положення ст. 36 Кримінального кодексу України, можна констатувати, що реалізовувати право на необхідну оборону шляхом завдання шкоди особі, яка здійснює посягання, можуть особи незалежно від можливості уникнути суспільно небезпечного посягання чи звернутися за допомогою до інших осіб чи державних органів. Цим положенням підкреслюється активний характер захисної діяльності, що, в свою чергу, спростовує твердження, згідно з яким особа не вправі активно оборонятися, коли має можливість уникнути нападу шляхом втечі або звернутися за допомогою до інших осіб.

Необхідна оборона за своєю правовою природою є самостійним інститутом кримінального права, ефективність застосування якого на практиці залежить від законодавчого закріплення державою кримінально-правових норм, які б забезпечували і стимулювали самостійне застосування громадянами даного інституту для захисту від суспільно небезпечних посягань.

Сутність необхідної оборони полягає в завданні шкоди особі, яка здійснює посягання. Але необхідно зазначити, що кримінальне законодавство рівною мірою покликане охороняти права усіх громадян. Отже, правовій охороні підлягає і особа, яка порушує закон, вчиняючи протиправне діяння. Тому завдання шкоди особі, яка вчиняє кримінальне правопорушення у ситуації необхідної оборони, суворо регламентується законом. Як будь-яке право, право на необхідну оборону має свої межі і виникає за певних умов. Перевищення визначених законом меж і порушення умов реалізації права на необхідну оборону, перетворює її на злочин.

У теорії кримінального права України умови, які потрібні для визнання наявності стану необхідної оборони, зазвичай іменуються умовами правомірності необхідної оборони. Вчені-правознавці вказані умови поділяють на дві групи: 1) умови правомірності необхідної оборони, які стосуються суспільно небезпечного посягання; 2) умови правомірності необхідної оборони, які стосуються захисту<sup>4</sup>.

Ми вважаємо, що більш обґрунтовано умови правомірності необхідної оборони поділяти на: 1) умови, які характеризують підстави виникнення і припинення права на необхідну оборону; 2) об'єктивні й суб'єктивні ознаки, які визначають межі реалізації права на самозахист. Першу групу становлять суспільна небезпека, наявність та дійсність посягання; другу – коло об'єктів захисту, спрямованість завдання шкоди, співмірність захисту характеру і небезпеці посягання.

Перша умова правомірності необхідної оборони – суспільна небезпека посягання. Під суспільно небезпечним посяганням деякі науковці розуміють злочинне посягання та вважають, що правомірна оборона від явно незлочинних суспільно небезпечних дій (наприклад, здійснених малолітнім або психічно хворим) недопустима й підпадає під ознаки крайньої необхідності<sup>5</sup>.

Аналізуючи ст. 36 Кримінального кодексу України, можна констатувати, що підставою необхідної оборони є посягання, яке становить суспільну небезпеку, і таке посягання не обов'язково має бути злочинним. Як справедливо з цього приводу наголошують Е.М. Кісілюк та Д.М. Мошенець, суспільна небезпека діяння не рівнозначна його злочинності, оскільки злочин характеризується певною сукупністю ознак, і суспільна небезпека – одна із них. Посягання повинне бути за своїми об'єктивними ознаками суспільно небезпечним і протиправним, однак при цьому не обов'язково злочинним<sup>6</sup>.

Розглядаючи суспільну небезпеку як умову правомірності необхідної оборони необхідно говорити про об'єктивну суспільну небезпеку посягання, тобто здатність діяння завдати шкоди або створити загрозу завдання шкоди правам та інтересам, які охороняються кримінальним законодавством.

Дійсність або реальність посягання розглядається не тільки як основна умова правомірності необхідної оборони, а й слугує підставою для відмежування необхідної оборони від уявної. Як зазначає Ю.В. Александров, суспільно небезпечне посягання має бути реальним (дійсним), тобто таким, що об'єктивно існує, і тільки від нього можна вести необхідну оборону. Реальність посягання є обов'язковою умовою правомірності дій, що вчиняються у стані необхідної оборони, якщо ж посягання існує лише в уяві особи, то захисні дії розглядаються як уявна оборона<sup>7</sup>.

Реальність суспільної небезпеки, як правило, встановлюється виходячи із загальної характеристики дій особи, яка вчиняє посягання, і особи, яка обороняється. Вказана умова констатує той факт, що не може бути необхідної оборони проти правомірних дій.

Що стосується групи умов, які відносяться до захисту, то необхідно зазначити, що коли особа сама порушує баланс суспільних відносин чи сприяє вчиненню кримінального правопорушення іншими особами, то вона вже апіорі ставить себе за межі закону і тим самим створює підстави для можливого припинення протиправних дій, в тому числі і шляхом фізичного впливу.

Аналізуючи ст. 36 Кримінального кодексу України, можна зазначити, що об'єктами захисних дій у стані необхідної оборони є охоронювані законом права та інтереси особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільні інтереси та інтереси держави. Оцінюючи правомірність дій особи, яка захищається, необхідно враховувати тезу про те, що право на завдання шкоди в стані необхідної оборони є пріоритетним і виступає гарантом щодо усіх інших прав і свобод людини та громадянина.

Наступною умовою правомірності необхідної оборони є співмірність захисту характеру і небезпеці посягання. Співмірність у даному випадку доречно використовувати в співвідношенні зі словом «приблизно». У реальному житті потреба в необхідній обороні виникає зазвичай в умовах недостатності часу для прийняття рішення, стресової ситуації, що знижує можливість реального сприйняття обставин посягання. У цьому разі досягти точної відповідності між небезпекою, яка загрожує, і арсеналом захисних дій практично неможливо. Існує загальне правило, відповідно до якого при посяганні, що пов'язане з насильством, небезпечним для життя особи, яка обороняється чи інших осіб, або з безпосередньою загрозою застосування такого насилля можливе завдання будь-якої шкоди особі, яка вчиняє посягання. В інших випадках для уникнення перевищення меж необхідної оборони шкода, яка завдається особі, що вчиняє посягання, повинна обмежуватися з урахуванням характеру і ступеня погрози. При оцінці правомірності дій особи, яка обороняється, повинен враховуватися увесь комплекс характеристик, які стосуються як безпосередньо її самої, так і особи, яка вчиняє посягання. Зокрема, необхідно враховувати стать, вік, фізичну підготовку, володіння спортивними навичками тощо. Окремо взятий фактор, навіть такий як наявність чи відсутність зброї у сторін, не завжди може слугувати однозначним критерієм для визначення правомірності необхідної оборони.

Виходячи з вищевикладеного, можна зробити висновок про те, що необхідна оборона за своєю правовою природою є самостійним інститутом кримінального права, ефективність застосування якого на практиці залежить від законодавчого закріплення державою кримінально-правових норм, які б забезпечували і стимулювали самостійне застосування громадянами даного інституту кримінального права для захисту від суспільно небезпечних посягань.

Правова природа інституту необхідної оборони базується на визнанні природного права людини на самозахист від злочинних посягань усіма способами, які не заборонені законом. Це право встановлюється державою як необхідне доповнення державної охоронної і попереджувальної діяльності, але разом із тим дане право не створюється, а лише визнається і санкціонується державою. Соціально-правове призначення інституту необхідної оборони полягає не в підвищенні соціально-правової активності громадян, а в законодавчому закріпленні гарантій реалізації цього права.

Для того щоб необхідна оборона повністю відповідала вимогам Кримінального кодексу України, повинні бути дотримані її умови правомірності захисту. Регламентація інституту необхідної оборони в законодавстві повинна відображати насамперед інтереси особи, чий права і свободи порушено. Закон про кримінальну відповідальність має стати надійним механізмом, що дозволяє людині діяти без остраху стати жертвою переслідування за свої суспільно корисні діяння.

Необхідна оборона як кримінально-правовий інститут – дуже складна юридична категорія, тому для ефективного застосування норм кримінального законодавства у практичній діяльності дане питання потребує подальшого ґрунтовного аналізу та дослідження.

<sup>1</sup> Конституція України від 28 червня 1996 року (із змінами та доповненнями) // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

<sup>2</sup> Кримінальний кодекс України: Чинне законодавство зі змінами та допов. // Україна. Закони. – К.: Алерта; ЦУЛ, 2011. – 174 с.

<sup>3</sup> *Мошенець Д.М.* Правове та організаційне забезпечення поняття необхідної оборони в Україні / Д.М. Мошенець // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2013. – Вип. 23. – Ч. II. – Т. 3. – С. 33–36. – (Серія «Право»).

<sup>4</sup> Кримінальне право України: Загальна та особлива частини: навч. посіб. / Т.О. Гончар, Є.Л. Стрельцов. – Х. : Одиссей, 2014. – 240 с.

<sup>5</sup> *Сахаров А.Б.* Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность / А.Б. Сахаров // Советское государство и право. – 1987. – № 11. – С. 111–119.

<sup>6</sup> *Кісілюк Е.М.* Умови правомірності необхідної оборони, які характеризують посягання / Е.М. Кісілюк, Д.М. Мошенець // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. / редкол.: С.В. Ківалов (голов. ред.), В.М. Дрьомін (заст. голов. ред.) Ю.П. Алєнін [та ін.] ; МОН України; НУ ОЮА. – О. : Юрид. л-ра, 2014. – Вип. 73. – С. 503–510.

<sup>7</sup> *Александров Ю.В.* Кримінальне право України: заг. частина: підруч. для студ. вищ. навч. закл. / Ю.В. Александров, В.А. Клименко. – К.: МАУП, 2004. – 328 с.

### Резюме

#### *Дуюнова Т.В.* Щодо правової природи необхідної оборони та умов її правомірності.

У даній статті розглядаються питання щодо визначення правової природи необхідної оборони як самостійного кримінально-правового інституту, що виключає злочинність діяння. На сьогоднішній день у суспільстві спостерігається різке наси-

чення зброї як у сфері легального володіння, так і в кримінальному середовищі. За таких надзвичайно складних умов зростає кількість злочинів, які вчиняються шляхом використання зброї, вибухових речовин і вибухових пристроїв. Названі факти закономірно сприяють відродженню наукового і практичного інтересу до кримінально-правового інституту необхідної оборони.

**Ключові слова:** посягання, суспільна небезпека, захист, оборонні дії, необхідна оборона, умови правомірності, перевищення меж необхідної оборони.

#### Резюме

**Дуюнова Т.В. Относительно правовой природы необходимой обороны и условий её правомерности.**

В данной статье рассматриваются вопросы относительно определения правовой природы необходимой обороны как самостоятельного уголовно-правового института, исключающего преступность деяния. Доказано, что на сегодняшний день в обществе наблюдается резкое насыщение оружия как в сфере легального владения, так и в криминальной среде. При таких чрезвычайно сложных условиях возрастает число преступлений, совершаемых путем использования оружия, взрывчатых веществ и взрывных устройств. Названные факты закономерно способствуют возрождению научного и практического интереса к уголовно-правовому институту необходимой обороны.

**Ключевые слова:** посягательство, общественная опасность, защита, оборонительные действия, необходимая оборона, условия правомерности, превышение пределов необходимой обороны.

#### Summary

**Duyunova T. Relatively legal nature of necessary defensive and terms of her legitimacy.**

This article discusses the definition of the legal nature of the necessary defense, as an independent criminal-legal institution that excludes the crime of the act. It is established that the legal nature of the institution of necessary defense is based on the recognition of the natural human right to self-defense against criminal encroachments by all means not prohibited by law. The main conditions for the legitimacy of the necessary defense are analyzed.

**Key words:** encroachment, public danger, defense, defensive actions, necessary defense, conditions for legitimacy, exceeding the limits of necessary defense.

УДК 343.985

#### П.М. КУБРАК

*Петро Микитович Кубрак, кандидат юридичних наук, доцент, адвокат Ради адвокатів Київської області*

### ПОПЕРЕДНЄ СЛІДСТВО В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ РЕСПУБЛІКИ ФРАНЦІЇ

Кримінальне судочинство Республіки Франції (КПК 1808 р.), система правосуддя та правоохоронних органів була взята за зразок при здійсненні судово-правової реформи Росії у період 1864 року. Тією чи іншою мірою здобутки кримінального процесуального права Франції знайшли відображення в реформі кримінально судочинства України у судово-правовій реформі СРСР у період 1958 року. Кримінальне процесуальне право Республіки Франції постійно знаходиться в динаміці, намагаючись відповідати сучасним викликам та дотримуватись розумного балансу між ефективною протидією злочинності та захистом прав учасників кримінального судочинства.

Сучасна Українська держава стоїть перед викликами, що загрожують її існуванню. Наріжним каменем цих викликів є протидія корупції. Сучасна модель кримінального судочинства, у тому числі й досудове слідство, як і уся система органів кримінальної юстиції, не здатна протидіяти існуючим викликам нашої держави. У цьому відношенні можуть допомогти здобутки науки та практики органів кримінальної юстиції, у тому числі й попереднього слідства Республіки Франції.

З'ясування зазначених проблем у різні періоди розвитку кримінального процесу України займалися такі вчені, як: Ю.П. Алєнін, С.А. Альперт, М.І. Бажанов, Ю.М. Грошевий, Л.В. Головки, С.В. Боботов, А.Я. Дубинський, В.С. Кузьмічов, Є.Д. Лук'янчиков, М.М. Михеєнко, В.Т. Маляренко, О.Р. Михайленко, В.В. Молдован, А.В. Молдован, А.М. Погорєцький, Б.В. Романюк, О.Ю. Татаров, М.Є. Шумило, В.І. Шишкін та ін. Проте до цього часу зазначена проблема не знайшла свого належного вирішення.

**Мета статті** полягає у дослідженні історико-правових передумов становлення та розвитку досудового провадження в Республіці Франції.

Сучасний Французький кримінальний процес упродовж XIII–XVIII ст. формувався під впливом латинського канонічного процесу, римського права, германських та франкських звичаїв. Пізніше він сформувався в розшуковий (інквізиційний) процес. У ньому була відсутня змагальність. Характерним рисами такого процесу була таємність та писемний характер провадження. Така форма процесу отримала законодавче закріплення у королівських ордонансах 1532 р. та 1670 р. (ордонанс Людовіка XIV)<sup>1</sup>. Великою французькою революцією

така форма процесу була усунена. Унаслідок наполеонівської кодифікації кримінального процесуального права в 1808 р. був прийнятий «Кодекс кримінального слідства». У 1958 р. було прийнято Кримінальний процесуальний кодекс Франції (Code d'instruction criminelle), який вступив в силу 2 березня 1959 р.<sup>2</sup>

Склалась так звана змішана форма кримінального процесу: для досудового провадження була нехарактерною змагальність. Такій стадії була притаманна таємність та письмовий характер. Водночас судові стадії провадились на засадах гласності та змагальності.

Наріжним принципом побудови органів, що здійснюють кримінальне провадження, є чітке розмежування функцій кримінального переслідування (обвинувачення), попереднього слідства та судового розгляду. Змішування процесуальних функцій недопустимо. Відповідно до цього, кожний зазначений головний напрям кримінальної процесуальної діяльності – функція, що забезпечується окремою системою органів.

Попереднє слідство в Франції має судовий характер. Структура підрозділів досудового слідства автономно діє в судовій системі. Тому відповідно до доктринальних положень організації кримінального судочинства є розділення судових органів на тих, що розглядають справу по суті і тих, що здійснюють попереднє слідство. У свою чергу, система органів прокуратури, на якій лежить обов'язок кримінального переслідування та підтримання державного обвинувачення на правах однієї із сторін, не є складовою частиною судової влади<sup>4</sup>.

Судові органи Франції, що здійснюють провадження в кримінальних справах, поділяються на ті, що належать до загальної юрисдикції та спеціалізованих судів. До загальної юрисдикції належать суди, які розглядають кримінальні справи по суті: трибунали інстанції (їх ще називають малою інстанцією), трибунали великої інстанції, апеляційні суди та Касаційний суд. Окреме місце займають суди асизів. До спеціалізованих судів належать: суди, що розглядають кримінальні справи щодо неповнолітніх, політичні кримінальні суди (Високий суд правосуддя, Суд правосуддя Республіки) та військові суди<sup>5</sup>.

Судові органи, що здійснюють попереднє слідство, поділяються на слідчі органи загальної юрисдикції і спеціалізовані слідчі органи. Слідчими органами загальної юрисдикції є слідчий суддя (перша інстанція) та «слідча камера» (за Законом від 15 червня 2000 р.) апеляційного суду (друга інстанція). За Законом від 15 червня окреме місце в системі попереднього слідства займає «суддя по свободам і ув'язненню».

Слідчі судді і суддя по свободам і ув'язненню діють у складі трибуналів великої інстанції. На них, відповідно до Законів від 5 лютого 1994 р.: про Вищу раду магістратури та про статус магістратури у повному обсязі поширюється статус суддів. Вони, як і судді є незалежні та незмінні. Суддя по свободам і ув'язненню призначається головою трибуналу великої інстанції. По рангу він прирівнюється до голови, першого заступника голови, або заступника трибуналу (ст. 137-1 КПК). Він бере участь у розгляді цивільних та кримінальних справ. Такий суддя не може розглядати справи, по яким він здійснював контроль.

Слідчі камери є структурною частиною апеляційного суду. Слідча камера складається з голови та двох радників. За ч. 3 ст. 191 КПК в редакції Закону від 30 грудня 1987 р. голова слідчої камери призначається декретом Президента за узгодженням з Вищою Радою магістратури. Радники щорічно призначаються на посаду Генеральною Асамблеєю апеляційного суду з числа членів суду. Функції слідчої камери зумовлюються завданнями органу попереднього слідства другої інстанції. Така функція реалізується в двох напрямках: 1) розгляд під час провадження попереднього слідства скарг на акти слідчого судді, які підлягають оскарженню, шляхом вирішення питання про визнання їх недійсними та вилучення їх з матеріалів кримінальної справи; 2) в окремих випадках слідча камера наділена правом самостійно здійснювати слідчі дії, збирати докази, вилучати кримінальну справу у слідчого судді, приймати справу до свого провадження та завершувати її розслідування.

Слідча камера також здійснює дисциплінарний нагляд за деякими посадовими особами (наприклад, до них належать офіцери судової поліції). Вони також займаються питаннями екстрадиції, реабілітації тощо.

До спеціалізованих органів попереднього слідства належать суддя (він у певних випадках одночасно є органом попереднього слідства та суддею, який вирішує справу по суті) та слідчий суддя у справах неповнолітніх, слідчого суддю і палату за контролем слідства при військових судах, слідчі комісії при Високому суді правосуддя та Суді правосуддя Республіки.

У Франції кримінальний процес сприймається в двох значеннях. Так, в аспекті статички процесу кримінальний процес сприймається як організація кримінальної юстиції. А в аспекті динаміки – як сукупність послідовно здійснюваних цими органами дій процесу під час руху справи по стадіям, спрямованих на досягнення поставлених цілей<sup>6</sup>. Французька юридична доктрина сприймає кримінальний процес тільки як систему дій компетентних державних органів, які здійснюють провадження в кримінальній справі<sup>7</sup>.

У французькому кримінальному процесі проведено чітке розмежування попередніх стадій: дізнання, порушення кримінального переслідування та попереднє слідство. Таке розмежування стосується і судових стадій: судовий розгляд, апеляція та касація.

Диференціація кримінального процесу Франції зумовлюється поділом усіх злочинних діянь на три категорії: злочини, проступки та правопорушення.

Порушення кримінального переслідування є стадією кримінального процесу Франції. Змістом цієї стадії є вирішення питання про рух публічного позову щодо встановлених конкретних фізичних осіб або ще не встановлених осіб і формується обвинувачення – «кримінальне переслідування».

Порушення кримінального переслідування здійснюється після проведеного дізнання. У багатьох випадках, коли дізнання у кримінальних справах не провадиться, кримінальний процес розпочинається стадією порушення кримінального переслідування.



Виходячи з принципу розмежування функцій, правом порушувати кримінальне переслідування наділена прокуратура. За ст. 40 КПК прокурор в стадії кримінального переслідування керується принципом доцільності<sup>8</sup>.

Сутність попереднього слідства у Франції проявляється в наступних рисах: 1) має судовий характер; 2) не належить до органів кримінального переслідування; 3) збирання доказів з метою встановлення істини в кримінальному процесі; 4) наявність двох інстанцій, яка забезпечує не тільки струнку його структуру, а й за аналогією з системою правосуддя забезпечує оскарження рішень слідчих суддів у другій інстанції; 5) за своєю процесуальною формою охоплює процесуальну діяльність з моменту порушення кримінального переслідування, прийняттям слідчим суддею справи до свого провадження до моменту розгляду судом справи по суті; 6) має розшуковий (інквізиційний), писемний, таємний та не змагальний характер. Але починаючи з 1897 р. попереднє слідство почало модернізуватися, набуваючи ознак змагальності. У 1897 р. захисник був допущений в дану стадію процесу. З прийняттям КПК в 1958 р. риси розшукового характеру були властиві тільки першій інстанції.

Слідчого суддю, члена трибуналу великої інстанції, за поданням міністра юстиції призначає Президент Франції. При цьому обов'язково враховується думка Вищої ради магістратури. Слідчий суддя звільняється з посади судді у разі його підвищення або вчинення дисциплінарного проступку.

Процесуальна функція попереднього слідства має двоякий характер: 1) адміністративна. Вона спрямована на реалізацію розшукової функції, спрямованої на збір доказів, шляхом здійснення слідчих дій (постанова про виїзд на місце події, постанова про привод свідка т.д.);

– виконує розшукову функцію. Така діяльність вважається адміністративною;

2) юрисдикційна (судова) функція слідчого судді проявляється у правозастосуванні, шляхом постановлення відповідних процесуальних актів: наприклад, рішення про закриття справи, відмова у визнанні цивільним позивачем. Тільки такі акти можуть бути оскаржені в другій інстанції – слідчій камері апеляційного суду. Слід мати на увазі, що з моменту прийняття кодексу 1808 р. до сьогодення дня сформувалась чітка тенденція щодо зменшення розшукової функції слідчого судді та домінування функції судді<sup>9</sup>.

Формально тільки слідчий суддя належить до органів попереднього слідства першої інстанції. Відповідно до Закону від 15 червня 2000 р. частина його повноважень<sup>10</sup> перейшла до судді по свободам та ув'язненню, який став ще одним судовим органом, що здійснює судовий контроль за слідчим суддею. Такий контроль він не може виконувати самостійно. Це можливо лише за ініціативою органів, що здійснюють провадження у справі, або сторін.

Базовий принцип розмежування функцій кримінального переслідування та попереднього слідства передбачає, що прийняття кримінальної справи до свого провадження та відкриття попереднього слідства може розпочинатися лише за вимогою прокурора. Існує правило, згідно з яким слідчий суддя може делегувати тільки слідчі, а не юрисдикційні повноваження (ч. 4 ст. 81, ч. 1 ст. 151 КПК).

Отже, можемо зробити висновок, що попереднє слідство за кримінальним процесуальним законодавством Республіки Франції має глибокі історичні підвалини. В системі органів кримінальної юстиції була запроваджена концепція розмежування функцій. Такий підхід мінімізує вплив корупції при провадженні кримінальної справи. Попереднє слідство носить судовий характер і знаходиться в судовій системі. Функція попереднього слідства та розгляду справи по суті не перетинаються. Слідчий суддя Франції не належить до органів кримінального переслідування. Вплив прокурора на провадження справи мінімально обмежений. У кримінальному провадженні слідчий суддя Франції є процесуально незалежний у встановленні істини у справі.

<sup>1</sup> Уголовный процесс западных государств : монография / К.Ф. Гуценко, Л.В. Головкин, Б.А. Филимонов ; под ред. Гуценко К.Ф. – М.: Зерцало – М, 2001. – 480 с. – С. 283.

<sup>2</sup> Юридична судова практика у Франції: форми оскарження. Доступ до права. Основні принципи процесу // Зб. документів французько-українського технічного співробітництва. – К.: Етна-1, 2003. – № 4. – С. 17.

<sup>3</sup> Рабінович П.М. Рішення Європейського Суду з прав людини: до характеристики концептуально-методологічних засад їх обґрунтування / П.М. Рабінович // Практика Європейського Суду з прав людини: Рішення. Коментарі. – 1999. – № 1. – 478 с.

<sup>4</sup> Михайленко О.Р. Прокуратура Франції: становлення та повноваження / О.Р. Михайленко // Право України. – 2000. – № 2. – С. 100–102.

<sup>5</sup> Шишкін В.І. Система судів загальної юрисдикції у Франції / В.І. Шишкін // Право України. – 1996. – № 6. – С. 18–22. – С. 18.

<sup>6</sup> Pradel J. Procedure penale / 9 ed. Paris, 1997. – P. 17. – P. 10.

<sup>7</sup> Levasseur G., Chavanne A., Montreuil J. Droit penal et procedure penale. 11 ed. Paris, 1984. – P. 118.

<sup>8</sup> Там само. – С. 148.

<sup>9</sup> Passat M.L. Droit penal et procedure penale. Paris, 1986. – P. 7.

<sup>10</sup> Молдован А.В. Кримінальний процес: Україна, ФРН, Франція, Англія, США: навч. посіб. / А.В. Молдован. – К.: Центр навчальної літератури, 2005. – 352 с. – С. 156.

## Резюме

### Кубрак П.М. Попереднє слідство в кримінальному процесі Республіки Франції.

У статті здійснено дослідження теоретичних і практичних питань розвитку і становлення попереднього слідства в кримінальному процесі Республіки Франції.

**Ключові слова:** структура стадій досудового провадження в кримінальному процесі Республіки Франції, публічний та приватний позов у кримінальному провадженні, порушення кримінального переслідування, початок попереднього слідства, його провадження, закінчення попереднього слідства.

Резюме

**Кубрак П.М. Предварительное следствие в уголовном процессе Республики Франции.**

В статье осуществлено исследование теоретических и практических вопросов развития и становления предварительного следствия в уголовном процессе Республики Франции.

**Ключевые слова:** структура стадий предварительного следствия в уголовном процессе Республики Франции, публичный и частный иск в уголовном производстве, возбуждение уголовного преследования, начало предварительного следствия, его производство, завершение предварительного следствия.

Summary

**Kubrak P. Preliminary investigation in the criminal procession of the Republic of France.**

In the article carried out a study of theoretical and practical issues of the development and establishment of a preliminary investigation in the criminal process of the Republic of France.

**Key words:** the structure of the stages of preliminary investigation in the criminal procedure of the Republic of France, public and private lawsuit in criminal proceedings, institution of criminal prosecution, the beginning of the preliminary investigation, its production, completion of the preliminary investigation.

УДК 343.121.4(477)

**І.В. МУДРАК**

*Інна Василівна Мудрак, кандидат юридичних наук,  
доцент Національного університету «Одеська  
юридична академія»*

**ЩОДО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВА ПОТЕРПІЛОГО НА ПРОЦЕСУАЛЬНУ  
КОМУНІКАЦІЮ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ**

Проблематика реалізації права потерпілого на процесуальну комунікацію в кримінальному провадженні передбачає насамперед законодавчу регламентацію чіткого переліку випадків обов'язкової участі представника потерпілого в кримінальному провадженні та необхідності визнання потерпілого належним суб'єктом права на безоплатну правничу допомогу за рахунок держави, а також дослідження та вирішення цілого ряду інших питань, пов'язаних із забезпеченням прав потерпілих, їх кримінально-процесуальної активності.

Актуальність досліджуваної проблематики підсилюється й тим, що в Україні досі немає спеціального закону щодо захисту прав та законних інтересів потерпілих, а чинні нормативні положення зводяться переважно до викладення процесуальних прав потерпілого, без всебічного регламентування процедури відновлення його матеріальних прав. Хоча проект Закону України «Про охорону прав жертв злочинів» був розроблений та пропонувався ще у 2001 р. В.О. Туляковим, в тому числі ст. 10 даного проекту Закону «Право на захист та справедливе поводження» передбачала гарантування всім жертвам злочинів рівний доступ до безплатної юридичної допомоги, необхідної для забезпечення захисту їх прав<sup>1</sup>.

**Мета** статті – вказати на випадки обов'язкової участі представника – адвоката потерпілого (фізичної особи) в кримінальному провадженні. Адже переконані, що важливою процесуальною умовою реалізації прав і законних інтересів потерпілого в кримінальному провадженні є надання йому гарантованого ст. 59 Конституції України права на професійну правничу допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога має бути надана безоплатно, оскільки відсутність законодавчої регламентації обов'язкової участі адвоката – представника потерпілого у кримінальному судочинстві ставить учасників процесу у нерівне положення.

Слід визнати, що КПК України 2012 р. безперечно розширив перелік прав потерпілого в кримінальному провадженні. Разом із тим в сучасній доктрині небезпідставно порушуються проблемні питання, пов'язані з набуттям особою процесуального статусу потерпілого в кримінальному провадженні, участю потерпілого у кримінально-процесуальному доказуванні, відшкодуванням потерпілому шкоди, завданої кримінальним правопорушенням тощо. Тому питанням, пов'язаним з проблематикою реалізації прав потерпілого в кримінальному провадженні, присвячені праці Ю.П. Аленіна, І.В. Гловюк, М.І. Гошовського, Ю.О. Гурджі, В. Гусарова, С.В. Давиденко, О.М. Дроздова, Д.Ю. Кавуна, О.В. Капліної, В.О. Коновалової, О.М. Крукевич, О.П. Кучинської, Т.В. Лукашкіної, В.Т. Нора, М.О. Осінської, М.І. Тлепової, Л.І. Шаповалова та інших вчених.

Зокрема, погоджуємось з Т.В. Лукашкіною, яка вказує на необхідність забезпечити права тих осіб, щодо яких було вчинено злочин, котрим реальної шкоди завдано не було, у першу чергу у справах, провадження в яких здійснюється у формі приватного обвинувачення, адже провадження у таких справах може здійснюва-

тись тільки за заявою потерпілого<sup>2</sup>. Зважаючи на те, що в разі замаху на злочин шкода може бути відсутня, з пропозицією щодо внесення доповнення до ч. 1 ст. 55 КПК України з метою визначити, що потерпілим може бути визнана особа і в разі, коли її права та інтереси було поставлено під загрозу порушення, слід погодитись.

Отже, щодо врегулювання обов'язкової участі представника – адвоката потерпілого (фізичної особи) в кримінальному провадженні, вважаємо за необхідне доповнити Кримінальний процесуальний кодекс України ст. 58<sup>1</sup> такого змісту:

«1. Участь представника потерпілого (фізичної особи) є обов'язковою у кримінальному провадженні в таких випадках:

- 1) щодо осіб, які стали жертвою кримінального правопорушення у віці до 18 років;
- 2) щодо осіб, які на момент вчинення щодо них кримінального правопорушення були визнані недієздатними або обмежено дієздатними;
- 3) щодо осіб, які внаслідок психічних розладів чи фізичних вад (сліпі, глухі, німі тощо) не здатні повною мірою реалізувати свої права;
- 4) щодо осіб похилого віку (старше 60-ти років);
- 5) щодо осіб, які не володіють мовою, якою ведеться кримінальне провадження;
- 6) щодо осіб, які в результаті вчиненого щодо них кримінального правопорушення стали інвалідами першої або другої групи;
- 7) щодо осіб, які залучені до участі у кримінальному провадженні як правонаступники у разі смерті потерпілого внаслідок кримінального правопорушення;
- 8) у разі укладення угоди про примирення (з моменту ініціювання укладення угоди) та у разі невиконання угоди про примирення (з моменту звернення потерпілого з клопотанням про скасування вироку);
- 9) у разі укладення угоди про визнання винуватості (у провадженнях, де передбачена письмова згода потерпілого на укладення угоди про визнання винуватості) – з моменту ініціювання укладення угоди;
- 10) у разі відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення або зміни державного обвинувачення – перекваліфікації на менш тяжке кримінальне правопорушення чи зменшення обсягу обвинувачення;
- 11) щодо осіб, які внаслідок кримінального правопорушення опинилися у важкому фізіологічному стані, що унеможливорює подання ними заяви/надання письмової згоди; їх близьких родичів чи членів сім'ї, визнаних потерпілими;
- 12) щодо осіб, які не можуть самостійно залучити представника через відсутність коштів або з інших об'єктивних причин та заявили клопотання про залучення представника до кримінального провадження.

2. Представник потерпілого (фізичної особи) може бути залучений до кримінального провадження у випадках, коли слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд вирішить, що обставини кримінального провадження вимагають його участі, а потерпілий не залучив його.

Представник потерпілого (фізичної особи) може бути залучений до кримінального провадження слідчим, прокурором, слідчим суддею чи судом в інших випадках, передбачених законом, що регулює надання безоплатної правничої допомоги.

3. В усіх випадках, визначених частинами 1, 2 цієї статті, правнича допомога надається потерпілому за рахунок держави»<sup>3</sup>.

Крім того, п. 2 ч. 1 ст. 56 КПК України, серед іншого, закріплено право потерпілого бути повідомленим про обрання, зміну чи скасування щодо підозрюваного, обвинуваченого заходів забезпечення кримінального провадження. Вивчивши положення розділу II КПК України «Заходи забезпечення кримінального провадження», можна констатувати, що у КПК України не передбачено обов'язку слідчого, прокурора направити або вручити потерпілому письмове повідомлення або копію ухвали слідчого судді про застосування до підозрюваного заходів забезпечення. Крім зазначеного, підкреслимо, що думка потерпілого має відігравати вирішальну роль під час прийняття рішення про застосування заходів забезпечення кримінального провадження. Для цього в юридичній літературі пропонується надати потерпілому право брати участь у судовому засіданні з розгляду клопотання про обрання заходу забезпечення, оскільки потерпілий може вказати на факти загрози його життю і здоров'ю, на деякі обставини вчинення злочину, що необхідні для встановлення обґрунтованості підозри та причетності особи до вчинення кримінального правопорушення. Така практика вже визнана деякими країнами.

Крім того, вивчаючи практику застосування кримінального процесуального закону, слід зазначити, що ухвали суду про застосування до особи заходів забезпечення кримінального провадження нерідко містять такі формулювання: «покласти на обвинуваченого наступні обов'язки: утримуватися від спілкування з потерпілими...»<sup>4</sup>; «у суду відсутні підстави вважати, що інші (менш суворі) запобіжні заходи, можуть забезпечити виконання обвинуваченим процесуальних обов'язків, а також запобігти його спробам незаконно впливати на потерпілих...»<sup>5</sup>; «суд встановив, що у потерпілого є обґрунтовані побоювання щодо подальшого застосування насильства відносно нього»<sup>6</sup>. Наведені приклади тільки підтверджують, що надання потерпілому можливості висловлювати власну думку з приводу застосування до особи запобіжних заходів дасть змогу забезпечити йому особисту безпеку, а в деяких випадках (наприклад, при вирішенні питання про арешт майна підозрюваного) – гарантуватиме відшкодування йому шкоди. У зв'язку з цим доречно було б доповнити п. 2 ч. 1 ст. 56 КПК України щодо права потерпілого бути повідомленим про час і місце судового засідання, про обрання, зміну чи скасування щодо підозрюваного, обвинуваченого заходів забезпечення кримінального провадження. Потерпілому, який скористався правом відмови від участі в судовому засіданні з

приводу обрання, зміни чи скасування щодо підозрюваного заходів забезпечення кримінального провадження, вважаємо, слід повідомити про результати судового засідання.

Натомість відповідно до ч. 4 ст. 193 КПК України за клопотанням сторін або за власною ініціативою слідчий суддя, суд мають право заслухати будь-якого свідка чи дослідити будь-які матеріали, що мають значення для вирішення питання про застосування запобіжного заходу. На нашу думку, було б доречно вказати тут насамперед на право потерпілого бути заслуханим (допитаним). Аналогічно у ч. 4 ст. 172, ч. 3 ст. 156, ч. 4 ст. 151 КПК України мало б бути вказано на право потерпілого висловити свою думку під час вирішення судом питання про арешт майна, тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом, відсторонення від посади.

Для потерпілого важливе значення має відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням. Тому вважаємо, закріплення на законодавчому рівні порядку відшкодування шкоди за рахунок Державного бюджету є невідкладною вимогою сьогодення. В доктрині вже звучать пропозиції «виключити із КПК України всі відсылні норми до неіснуючого законодавства, які стосуються забезпечення прав і законних інтересів жертви кримінального правопорушення (ч. 3 ст. 127 та інші статті КПК України)»<sup>7</sup>. Але ж це конституційний обов'язок держави щодо захисту прав та законних інтересів громадян, які потерпіли від злочинних посягань та наділені правом на відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, і слід вести мову не про виключення, а лише про реальне забезпечення.

Вважаємо, що також має бути вирішено питання щодо обмеження кількості представників потерпілого в кримінальному провадженні аналогічно ч. 3 ст. 46 КПК України, де вказано, що одночасно брати участь у судовому розгляді можуть не більше п'яти захисників одного обвинуваченого. Проте, на нашу думку, має бути встановлено обмеження щодо кількості адвокатів – як захисників підозрюваного, так і представників потерпілого – і на стадії досудового розслідування, адже можливим є неправомірне затягування часу (наприклад, під час ознайомлення з матеріалами кримінального провадження тощо), що може призвести до порушень розумних строків кримінального провадження.

Усі досліджені питання вказують на актуальність проблематики напрацювання концепції забезпечення права на процесуальну комунікацію жертви кримінального правопорушення, а також вивчення окремих проблем та прогалин законодавчого регулювання права потерпілого на процесуальну комунікацію в змагальному кримінальному процесі.

<sup>1</sup> Туляков В.О. Вчення про жертву злочину: соціально-правові основи: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08 / В.О. Туляков. – О., 2001. – С. 22–30.

<sup>2</sup> Лукашкіна Т.В. Поняття потерпілого у кримінальному провадженні України потребує вдосконалення / Т.В. Лукашкіна // Традиції та новаті юридичної науки: минуле, сучасність, майбутнє: матеріали Міжнародної наук.-практ. конференції (м. Одеса, 19 травня 2017 р.): у 2 т. / відп. ред. Г.О. Ульянова. – О.: Видавничий дім «Гельветика», 2017. – Т. 2. – С. 378–380.

<sup>3</sup> Мудрак І.В. кримінальний процесуальний кодекс 2012 року: ідеологія та практика правозастосування: колективна моногр. / І.В. Мудрак; за заг. ред. Ю.П. Аленіна; відп. за вип. І.В. Гловюк. – О.: Видавничий дім «Гельветика», 2018. – С. 321–346.

<sup>4</sup> Ухвала Дніпровського районного суду м. Дніпродзержинськ Дніпропетровської області про зміну запобіжного заходу від 23 лютого 2015 р. у справі № 209/4356/13-к: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/50008850>

<sup>5</sup> Ухвала Солом'янського районного суду м. Києва від 5 жовтня 2015 р. у справі № 760/23434/14-к: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/51936663>

<sup>6</sup> Ухвала Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області від 2 жовтня 2015 р. у справі № 308/4008/15-к: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/51814908>

<sup>7</sup> Давиденко С.В. Потерпілий як суб'єкт кримінально-процесуального доказування: моногр. / С.В. Давиденко; за наук. ред. Ю.М. Грошевого; НЮАУ ім. Ярослава Мудрого. – Х.: ФІНН, 2008. – С. 20.

### Резюме

**Мудрак І.В. Щодо забезпечення права потерпілого на процесуальну комунікацію у кримінальному провадженні.**

У статті досліджено проблемні питання, пов'язані з урегулюванням обов'язкової участі представника – адвоката потерпілого (фізичної особи) в кримінальному провадженні.

**Ключові слова:** кримінальне провадження, представник потерпілого, безоплатна правнича допомога.

### Резюме

**Мудрак І.В. К вопросу об обеспечении права потерпевшего на процессуальную коммуникацию в уголовном производстве.**

В статье исследованы проблемные вопросы, связанные с урегулированием обязательного участия представителя – адвоката потерпевшего (физического лица) в уголовном производстве.

**Ключевые слова:** уголовное производство, представитель потерпевшего, бесплатная правовая помощь.

### Summary

**Mudrak I. Concerning the victim's right to procedural communications in criminal proceedings.**

The article deals with the problematic issues connected with the settlement of the obligatory participation of a representative – the victim's lawyer (individual) in a criminal proceeding.

**Key words:** criminal proceedings, representative of victim, free legal aid.

**Р.В. ПЕРЕЛИГІНА, У.М. МИТНИК**

*Раїса Володимирівна Перелигіна, кандидат юридичних наук, доцент Київського університету права НАН України*

*Уляна Миколаївна Митник, аспірант Київського університету права НАН України*

**ФЕНОМЕНОЛОГІЯ ДОМАШНЬОГО НАСИЛЬСТВА В УКРАЇНІ  
ТА ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ**

Останнім часом спостерігаються негативні тенденції до зміни кількісних та якісних характеристик домашнього насильства в Україні та Європейському Союзі. Набуваючи поширення, домашнє насильство стає все більш жорстоким. Домашнє насильство посягає на найважливіші права людини, тому ця тема є актуальною та займає одне із найважливіших місць у системі проблем загальнодержавного рівня будь-якої країни.

Проблему домашнього насильства досліджували у своїх працях такі вітчизняні вчені, як І.А. Ботнарєнко, Т.І. Возна, А.М. Волощук, А.О. Галай, В.О. Галай, Л.М. Сукмановська та ін. Внесок у дослідження даного питання зробили й такі зарубіжні вчені, як М. Джонсон, Г.Г. Еквіно, Ліз Келлі, О.В. Катушонок. Проте, незважаючи на високий інтерес до теми домашнього насильства та значну кількість праць, феноменологія домашнього насильства є недостатньо дослідженою.

**Метою** статті є дослідження феномена домашнього насильства в Україні та Європейському Союзі.

Домашнє насильство є однією зі складових частин загальної структури насильницької злочинності, в яку входять діяння, пов'язані з фізичним і психічним насильством над особистістю чи погрозою його застосування.

Тривалий час проблема домашнього насильства вважалася прерогативою усталених звичаїв та традицій і залишалася поза сферою правового регулювання. Будь-яке втручання у сімейні стосунки з боку держави та суспільства вважалось грубим порушенням таємниці приватного життя і не припускалось. Це призвело до певного свавілля у сфері сімейних відносин, внаслідок чого у ній з'явилася значна кількість латентних правопорушень, які залишалися поза увагою компетентних органів державної влади. Вперше на світовому рівні проблема домашнього насильства була висвітлена та набула актуальності завдяки активним діям міжнародного руху на захист прав жінок, оскільки саме жінки являли собою найбільш уразливу та незахищену групу, що страждала від насильницьких дій з боку членів своєї родини.

Домашнє насильство має місце у всьому світі та не є географічно ізольованою проблемою, щоденно завдає шкоди найціннішим благам людини – честі та гідності, здоров'ю та життю. Таке насильство викликає не лише фізичний біль, моральні страждання, а й підриває почуття безпеки, захищеності особи, тримає її у стані постійного нервового напруження, що може призвести до розладів психіки, депресій, нервових зривів чи розвитку психічного захворювання. Світовою громадськістю насильство визнано однією з найбільш розповсюджених у світі форм порушення прав людини. Без подолання цього небезпечного явища неможливо створити умови для самореалізації людини, розвитку паритетної демократії, реалізації принципів рівних прав і можливостей кожного громадянина<sup>1</sup>.

Насильство в сім'ї стало найпоширенішою формою агресії в сучасній Україні. Нині 30–40 % тяжких насильницьких злочинів вчиняється саме в сім'ї. Жертви сімейно-побутових конфліктів становлять найчисленнішу групу серед загиблих і потерпілих від будь-яких злочинів<sup>2</sup>. Домашнє насильство в Україні – причина 100 тисяч днів госпіталізації, 30 тисяч звернень до відділів травматології, 40 тисяч викликів лікарів<sup>3</sup>.

44 % населення України потерпали від насильства в сім'ї упродовж свого життя, причому 30 % зазнавали насильства у дитячому віці. Близько половини тих, хто зазнавав насильство в дитячому віці, стикалися з ним і в дорослому житті. Крім того, за експертними оцінками жінки частіше стикалися з насильством в сім'ї у дорослому віці (33 % проти 23 % чоловіків), а чоловіки – у дитячому (34 % проти 27 % жінок). 35 % українців стикалися з психологічним насильством (найчастіше це постійне приниження та контролююча поведінка), 21 % – з фізичним (побиття, а також замикання, зв'язування, примушення стояти в нерухомому положенні), 17 % – з економічним (примушення звітувати за кожен копійку, присвоєння обманним шляхом чи знищення майна), 1 % – з сексуальним насильством (насильне примушення до статевого акту)<sup>4</sup>.

Відповідно до статистичних даних, які наводить І.М. Ткаченко, найчастіше потерпілими від насильства в сім'ї є дружина (співмешканка) (48,1 %), діти (15,6 %), а також батьки (14,2 %) винного. Крім того, зазначені злочини вчиняються проти чоловіків (співмешканців) (5,1 %), рідних сестер і братів (3,8 %), а також інших родичів або близьких винного – дідусів, бабусь, онуків, дядьків, тіток, племінників, батьків і рідних братів (сестер) чоловіка і жінки (співмешканців) тощо – (13,2 %)<sup>5</sup>.

За даними Міністерства юстиції України, щорічно 600 жінок гинуть в Україні від домашнього насильства<sup>6</sup>. Лише 10 % із 1 млн жінок, які потерпають від насильства, звертаються до правоохоронних органів. Кожен день поліція фіксує 348 фактів домашнього насильства, і в 70–80 % випадків його жертвами є жінки. Розрахунки, проведені Інститутом демографії і соціальних досліджень на замовлення Фонду народонаселення ООН, свідчать, що щорічно 1,1 млн українок зіштовхуються з фізичною і сексуальною агресією в сім'ї. Президент Міжнародного правозахисного центру Ла Страда-Україна Катерина Левченко стверджує, що в поліцію звертаються тільки 10–15 % потерпілих. Так, за даними Українського інституту соціальних досліджень, лише 27 % жінок вважають образи проявом насильства і тільки 32 % схожим чином оцінюють приниження.

Для 49 % респонденток насильство – це побої, а 56 % згодні вважати насильством звалтування<sup>7</sup>. Катерина Левченко також зазначає, що відповідно до соціологічних даних три мільйони дітей страждають від домашнього насильства, будучи свідками. Насправді таких дітей та дорослих значно більше, ніж звернень, зареєстрованих Національною поліцією України. За офіційними даними, поліція за рік реєструє понад 100 тисяч звернень за фактом насильства в сім'ї<sup>8</sup>.

Загалом упродовж всього 2017 р. до поліції надійшло понад 110900 заяв, повідомлень про вчинені правопорушення та інші події, пов'язані з насильством в сім'ї, з них 1400 подані дітьми. За даними МВС, понад 200 дітей є потерпілими від кримінальних правопорушень, пов'язаних з насильством в сім'ї. Стосовно осіб, які вчинили насильство в сім'ї, поліцією складено понад 80842 адміністративні протоколи. Особам, які скоюють насильство в сім'ї, винесено понад 70 тисяч офіційних попереджень про неприпустимість вчинення насильства в сім'ї. Станом на січень 2018 р. на обліку Національної поліції перебувало понад 69 тисяч осіб (з них 5,7 тисяч жінок)<sup>9</sup>.

У Європі 74 % опитаних вважають, що домашнє насильство щодо жінок є поширеним у їх країні. Натомість лише 2 % респондентів вважали його невисоким<sup>10</sup>.

За даними дослідження, проведеного Лондонською школою гігієни та тропічної медицини, в усьому світі 38,6 % усіх загиблих жінок загинули від рук своїх партнерів. Північні держави-члени ЄС, незважаючи на значну гендерну рівність, виділяються на порівняльних рейтингах поширеності насильства між партнерами. Дані Агентства з основних прав Європейського Союзу показують, що Швеція, Фінляндія та Данія мають значно більший рівень насильства, спрямованого на партнерів-жінок, ніж середній в ЄС.

Відповідно до досліджень Агентства з основних прав Європейського Союзу рівень фізичного та/або сексуального насильства, вчиненого поточним чи попереднім партнером щодо жінок з 15-річного віку серед держав-членів ЄС, найвищий в Данії (32 %), Латвії (32 %) та Фінляндії (30 %), найнижчий – в Австрії, Іспанії, Хорватії, Польщі, Словенії (по 13 %)<sup>11</sup>.

Дослідження ООН свідчить про те, що побутове насильство зі смертельним наслідком становить 28 % всіх умисних вбивств у Європі. Жінок частіше, ніж чоловіків, вбивають їх близькі: при тому, що близький партнер чи насильство в сім'ї є причиною 18 % вбивств серед чоловіків, ця цифра зростає до 55 %, коли йдеться про жінок. Ці показники в різних країнах різні, але таке явище існує у всій Європі. Наприклад, 89 % жінок гинуть від рук партнера чи члена сім'ї в Албанії, 80 % – у Швеції і 74 % – в Фінляндії<sup>12</sup>.

У 2016 р. у Франції 123 жінки були вбиті їх партнером або колишнім партнером. Тобто, одна жінка була вбита чоловіком у середньому кожні три дні. Майже 225 тисяч жінок були жертвами фізичного або сексуального насильства з боку подружжя, але менше, ніж одна з п'яти покаржилась на це<sup>13</sup>.

Уотсон і Парсонс, провівши дослідження стосовно домашнього насильства в Ірландії для Національної ради з питань злочинності, виявили, що 15 % жінок та 6 % чоловіків страждають від жорстокого домашнього насильства, 29 % жінок та 26 % чоловіків – від домашнього насильства, де поєднане жорстоке і незначне насильство. Дослідження також показало, що близько 88000 чоловіків та 213000 жінок в Ірландії потерпали від жорстокого насильства з боку партнера у певний момент свого життя<sup>14</sup>.

Домашнє насильство існує у різних соціальних групах та категоріях населення. Не зважаючи на те, що між рівнем освіти та вчиненням домашнього насильства не існує прямої кореляційної залежності, його найчастіше вчиняють люди малоосвічені, з низьким культурним рівнем. Це не випадково, оскільки малоосвіченим особам більш притаманні егоїстичні інстинкти, відсутність критичної оцінки власної поведінки, вузький кругозір, примітивні потреби та інтереси, культ грубої фізичної сили, зневага до морально-культурних норм, нестриманість емоцій, брутальність, безпринципність. Особи з більш високим рівнем освіти намагаються знайти інший спосіб вирішення сімейного конфлікту (примирення, розлучення та ін.). Крім того, в більшості випадків не відрізняються високим освітнім рівнем і жертви домашнього насильства. Так, серед потерпілих від домашнього насильства жінок вищу освіту мали лише 6 %; середню спеціальну – 20 %; середню – 24 %; 32 % – неповну середню освіту, а 18 % жертв мали лише початкову освіту<sup>15</sup>.

Крім цього, поширеною також є думка про те, що насильство стосується виключно малозабезпечених, соціально незахищених сімей. Проте вона є помилковою. Так, наприклад, за даними дослідження, проведеного В. Лобановим, 2/3 осіб, які вчинили насильство в сім'ї, мали задовільні житлові умови<sup>16</sup>.

Для насильства в сім'ї притаманним є не просто розподіл ролей «насильник/жертва», а так звані віктимологічні «гойдалки», коли лише випадок вирішує, хто ким стане. Це пов'язано із майже тотожними характеристиками дієвих осіб, включених у цей конфлікт. Наприклад, щодо матеріальної залежності Н.А. Орловська зазначає, що майже у 35 % випадків насильства правопорушник є матеріально залежним у власній родині, у 27 % таким є потерпілий<sup>17</sup>.

Не зважаючи на те, що тема насильства досліджується вже давно, до цього часу немає повної єдності у визначенні злочинного насильства, зокрема домашнього насильства, у світовій юридичній науці і практиці. Крім цього, важливим є відмежування поняття домашнього насильства від сімейного насильства.

Варто зазначити, що у вітчизняній науці і практиці поняття домашнього насильства часто ототожнюють із поняттям сімейного насильства. Крім цього, терміном «домашнє насильство» в основному оперують зарубіжне законодавство, наука та практика. На нашу думку, основна відмінність між поняттями домашнього і сімейного насильства полягає у тому, що кримінологічною ознакою домашнього насильства є місце його вчинення, і воно не завжди пов'язане зі сферою шлюбно-сімейних відносин, а поняття «сімейне насильство» охоплює сімейний характер мотивації вчинення протиправних діянь і прямо пов'язане із поняттям «сім'я».

Стаття 64 Житлового кодексу України відносить до членів сім'ї наймача дружину наймача, їх дітей та батьків. Членами сім'ї наймача може бути визнано і інших осіб, якщо вони постійно проживають разом з наймачем і ведуть з ним спільне господарство<sup>18</sup>. Стаття 3 Сімейного кодексу України визначає, що сім'ю становлять особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки. Подружжя вважається сім'єю і тоді, коли чоловік та дружина у зв'язку з навчанням, роботою, лікуванням, необхідністю піклування за батьками, дітьми та з інших поважних причин не проживають спільно<sup>19</sup>.

Таким чином, відношення між поняттями «сімейне насильство» та «домашнє насильство» можна розглядати як відношення між частиною і цілим.

Ліз Келлі зазначає, що домашнє насильство включає різноманітні комбінації фізичних і сексуальних нападів, а також різних форм психологічних та економічних зловживань. Домашнє насильство – це постійна система насильства і зловживань. Це ситуація повторюваної віктимізації, де жертва є вразливою саме тому, що вона живе разом з нападником і відчуває лояльність та навіть любов до нього.

Я. Кінаш визначає домашнє насильство як акт зумисного залякування, фізичного нападу, побиття, замах сексуального характеру чи будь-яку іншу неправомірну поведінку одного партнера щодо іншого<sup>20</sup>.

Г. Алескерова виділяє широкий і вузький підхід до визначення поняття домашнього насильства. У широкому розумінні домашнє насильство вона визначає як таке, що охоплює всіх людей, які знаходяться у близьких родинних зв'язках або живуть під одним дахом. У вузькому розумінні домашнє насильство вона визначає як таке, що охоплює тільки інтимних партнерів незалежно від законної реєстрації відносин<sup>21</sup>.

За визначенням Т.А. Забеліної, домашнє насильство – це повторюваний зі збільшенням частоти цикл фізичних, сексуальних, словесних, емоційних та економічних образ стосовно своїх близьких з метою набуття над ними влади й контролю.

О.А. Вороніна зазначає, що домашнє насильство – будь-яка форма фізичного, сексуального чи психологічного насильства, яка загрожує безпеці або здоров'ю членів сім'ї з боку інших членів сім'ї. Формами домашнього насильства науковець визначає загрози застосування фізичної сили, побої й побиття, психологічне та сексуальне насильство<sup>22</sup>.

Поняття домашнього насильства є новим для українського законодавства і з'явилося із прийняттям Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» від 7 грудня 2017 року. До цього часу вітчизняне законодавство оперувало терміном «насильство в сім'ї». Відповідно до зазначеного закону домашнє насильство – це діяння (дії або бездіяльність) фізичного, сексуального, психологічного або економічного насильства, що вчиняються в сім'ї чи в межах місця проживання або між родичами, або між колишнім чи теперішнім подружжям, або між іншими особами, які спільно проживають (проживали) однією сім'єю, але не перебувають (не перебували) у родинних відносинах чи у шлюбі між собою, незалежно від того, чи проживає (проживала) особа, яка вчинила домашнє насильство, у тому самому місці, що й постраждала особа, а також погрози вчинення таких діянь<sup>23</sup>. Стаття 173-2 КУпАП визначає домашнє насильство як умисне вчинення будь-яких діянь (дій або бездіяльності) фізичного, психологічного чи економічного характеру (застосування насильства, що не спричинило тілесних ушкоджень, погрози, образи чи переслідування, позбавлення житла, їжі, одягу, іншого майна або коштів, на які потерпілий має передбачене законом право тощо), внаслідок чого могла бути чи була завдана шкода фізичному або психічному здоров'ю потерпілого<sup>24</sup>.

Щодо визначення домашнього насильства в зарубіжному законодавстві, то зазначимо наступне.

ООН визначає насильство в сім'ї як «прояв історично нерівноправного розподілу влади в стосунках між чоловіком і жінкою»<sup>25</sup>.

Модельне законодавство ООН про протидію домашньому насильству визначає, що всі насильницькі дії фізичного, психологічного і сексуального характеру стосовно жінок, здійснені на підставі статевої ознаки особою або особами, які пов'язані з ними родинними і близькими стосунками, від словесних образ і погроз до важких фізичних побоїв; викрадення; погрози каліцтвом; залякування; примус; переслідування; словесні образи; насильницьке або незаконне вторгнення в житло; підпал; знищення власності; сексуальне насильство; згвалтування в шлюбі; насильство, пов'язане з посагом або викупом нареченої; каліцтва геніталій; насильство, пов'язане з експлуатацією через проституцію; насильство відносно хатніх робітниць та спроби здійснити такі акти повинні розглядатися як домашнє насильство. Отже, ООН у Модельному законодавстві по протидії домашньому насильству передбачає в якості жертв домашнього насильства лише жінок, ігноруючи чоловіків, дітей та осіб похилого віку<sup>26</sup>.

У Конвенції Ради Європи про попередження та боротьбу з насильством щодо жінок та домашнім насильством домашнє насильство визначається як всі акти фізичного, сексуального, психологічного чи еко-

номічного насильства, що вчиняються у сім'ї або на побутовому рівні або між колишнім чи теперішнім подружжям чи партнерами, незважаючи на те, проживає правопорушник із жертвою чи окремо від неї<sup>27</sup>.

Кодекс королівських прокурорів у Великобританії визначає сімейне насильство як будь-який випадок чи низку випадків контролю, примусу, загрозової поведінки, насильства чи знущань між особами віком від 16 років і старше, які є або були інтимними партнерами або членами сім'ї незалежно від статі чи орієнтації<sup>28</sup>.

Відповідно до Закону Болгарії «Про захист від домашнього насильства» домашнім насильством визнається будь-який акт фізичного, сексуального, психологічного, емоційного або економічного насильства, а також досвід такого насильства, насильницьке обмеження особистого життя, особистої свободи та особистих прав, вчинені проти осіб у стосунках, які або були у сімейних стосунках або у фактичному співжитті. Будь-яке психологічне та емоційне насильство щодо дитини вважається будь-яким домашнім насильством, здійсненим в її присутності<sup>29</sup>.

У законодавстві Німеччини відсутнє визначення поняття сімейного насильства. Стосовно змісту насильства у сім'ї, то слід зазначити, що загалом у Німеччині під цим терміном розуміють застосування насильства між людьми, які проживають у спільному союзі на основі взаємної турботи і підтримки. Під це визначення підпадає також насильство між партнерами та колишніми партнерами, яке має назву «домашнє насильство»<sup>30</sup>.

У Португалії вчинення насильства в сім'ї згідно з кримінальним законодавством є злочином. Воно класифікується як «фізичне чи психологічне жорстоке ставлення до подружжя, неповнолітнього чи неповноправної особи»<sup>31</sup>.

У § 199 Кримінального кодексу Чехії передбачено кримінальний злочин, який кваліфікується як «насильство над особою, яка проживає в спільному помешканні», що визначається як катування близької людини чи іншої людини, що живе зі злочинцем у спільному житлі<sup>32</sup>.

Стаття 572 Кримінального кодексу Італії визначає поняття жорстокого поводження з членами сім'ї та співмешканцями, яким є будь-який випадок жорстокого поводження з особою з сім'ї, або зі співмешканцем, або із підпорядкованою особою чи довіреною з причин навчання, освіти, догляду, нагляду або опіки, або для здійснення професійних обов'язків чи мистецтва<sup>33</sup>.

Законодавство Польщі, Словаччини, Іспанії не містять поняття домашнього насильства. Але ст. 207 Кримінального кодексу Польщі встановлює покарання для особи, що фізично або психічно переслідує найближчу особу або іншу особу, яка перебуває в постійних або тимчасових відносинах залежності від насильника<sup>34</sup>.

Кримінальний кодекс Словаччини визначає поняття вчинення насильства над близькою особою, яким є здійснення кримінального злочину тиранії близької особи; насильства; сексуального насильства та поняття кримінальних злочинів щодо особи, яка знаходиться під охороною, якою може бути дитина, вагітна жінка, особа, яка потребує опіки, особа похилого віку, хвора особа<sup>35</sup>.

Стаття 153 Кримінального кодексу Іспанії містить норму щодо караності того, хто будь-яким способом спричиняє психічну шкоду або будь-яку травму, не визначену як злочин у Кримінальному кодексі, або того, хто б'є чи знущається іншим чином без заповідання травми особі, коли жертва була його дружиною, або жінкою, з якою він був пов'язаний аналогічними емоційними відносинами, навіть коли вони не живуть разом, або особливо вразливою особою, яка живе з правопорушником. Статті 171, 172 Кримінального кодексу Іспанії містять норми про залякування та примус зазначених осіб<sup>36</sup>.

Отже, феномен домашнього насильства виник достатньо давно, проте дослідження даної теми почалося порівняно недавно. На даний час відсутнє уніфіковане визначення поняття домашнього насильства. На нашу думку, під домашнім насильством слід розуміти будь-який акт фізичного, сексуального, психологічного (у формі емоційного чи вербального насильства) або економічного насильства, вчинений до членів сім'ї, близьких родичів, а також осіб, які проживають із насильником в одному помешканні.

<sup>1</sup> Яхязде Е.М. Насильство в сім'ї: міжнародний досвід та сучасні проблеми в Україні / Е.М. Яхязде // Вісник Дніпропетровського університету імені Альфреда Нобеля. – 2013. – № 2 (5). – С. 120–125. – С. 121. – (Серія «Юридичні науки»).

<sup>2</sup> Правові засади запобігання насильству в сім'ї: Гадяцьке районне управління юстиції. – Гадяч, 2011. – 47 с. – С. 4.

<sup>3</sup> Щороку 1,5 тис. жінок помирають від рук своїх чоловіків. В Україні прийняли закон проти насильства : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://dzerkalo.media/shhoroku-1-5-tis-zhinok-pomirayut-vid-ruk-svoyih-cholovikiv-v-ukrayini-priynyalizakon-proti-nasilstva/>

<sup>4</sup> ООН: домашнє насильство в Україні : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.hearts.in.ua/articles/against-domestic\\_violence/623.php](http://www.hearts.in.ua/articles/against-domestic_violence/623.php)

<sup>5</sup> Ткаченко І.М. Теоретико-криминологічна характеристика факторів, що обумовлюють насильство в сім'ї / І.М. Ткаченко // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Юриспруденція. – 2013. – Вип. 6-1 (1). – С. 80–83. – С. 81.

<sup>6</sup> Наталія Бернацька: щороку в Україні від домашнього насильства гинуть понад 600 жінок : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://minjust.gov.ua/news/ministry/nataliya-bernatska-schoroku-v-ukraini-vid-domashnogo-nasilstva-ginut-ponad-600-jinok>

<sup>7</sup> Ежегодно в Украине от домашнего насилия погибают 600 женщин (инфографика) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.unian.net/society/2233769-ежегодно-в-ukraine-от-domashnego-nasiliya-pogibayut-600-jenschin-infografika.html>

<sup>8</sup> Мільйони дітей щороку стають свідками домашнього насильства : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://hromadske.ua/posts/protidiya-domashnomu-nasilstvu>



- <sup>9</sup> 200 дітей потерпіли від насильства у сім'ї – Нацполіція показала статистику за 2017 рік : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://prm.ua/uprodovzh-minulogo-roku-nadiyshlo-ponad-110-tisyach-zayav/>
- <sup>10</sup> Public perception of domestic violence against women in the European Union (EU) in 2016 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.statista.com/statistics/665758/perception-of-frequency-of-domestic-violence-against-women-in-eu/>
- <sup>11</sup> The best countries for gender equality may also have a domestic violence problem : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2016/06/10/the-best-countries-for-gender-equality-may-also-have-a-domestic-violence-problem/?noredirect=on&utm\\_term=.94ca30b5d04d](https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2016/06/10/the-best-countries-for-gender-equality-may-also-have-a-domestic-violence-problem/?noredirect=on&utm_term=.94ca30b5d04d)
- <sup>12</sup> Борьба с насилием в отношении женщин должна стать главным приоритетом : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://www.coe.int/en/web/commissioner/view/-/asset\\_publisher/ugj3i6qSEkhZ/content/fighting-violence-against-women-must-become-a-top-priority/pop\\_up?\\_101\\_INSTANCE\\_ugj3i6qSEkhZ\\_viewMode=print&\\_101\\_INSTANCE\\_ugj3i6qSEkhZ\\_languageId=ru\\_RU](https://www.coe.int/en/web/commissioner/view/-/asset_publisher/ugj3i6qSEkhZ/content/fighting-violence-against-women-must-become-a-top-priority/pop_up?_101_INSTANCE_ugj3i6qSEkhZ_viewMode=print&_101_INSTANCE_ugj3i6qSEkhZ_languageId=ru_RU)
- <sup>13</sup> Emmanuel Macron: Domestic violence is «France's shame» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.bbc.com/news/world-europe-42121407>
- <sup>14</sup> Male Victims of Domestic Abuse : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.whatwouldeyoudo.ie>
- <sup>15</sup> Волощук А.М. Діяльність служби дільничних інспекторів міліції щодо попередження насильства в сім'ї : моногр. / А.М. Волощук, Х.П. Ярмакі, О.В. Ковальова. – О. : ОДУВС, 2013. – 218 с. – С. 7.
- <sup>16</sup> Бандурка І.О. Кримінально-правова характеристика насильства в сім'ї / І.О. Бандурка // Європейські перспективи. – 2013. – № 8. – С. 104–109. – С. 107.
- <sup>17</sup> Орловська Н.А. Запобігання насильству в сім'ї: стандарти ООН та українські реалії / Н.А. Орловська // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. – 2014. – № 11. – Т. 2. – С. 70–73. – С. 71. – (Серія «Юриспруденція»).
- <sup>18</sup> Житловий кодекс Української РСР // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 1983. – Додаток до № 28. – Ст. 573 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/5464-10>
- <sup>19</sup> Сімейний кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2002. – № 21–22. – Ст. 135 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>
- <sup>20</sup> Сукмановська Л. Домашнє насильство: дослідження актуальної проблеми сьогодення / Л. Сукмановська // Юридичний вісник. – 2014. – № 4. – С. 215–219. – С. 216.
- <sup>21</sup> Алескерова Г. Проблема домашнього насильства і його жертви / Г. Алескерова // Право і суспільство. – 2015. – № 4. – С. 205–209. – С. 207.
- <sup>22</sup> Ботнарченко І.А. Насильство в сім'ї: поняття, сутність та причини виникнення / І.А. Ботнарченко // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2016. – Вип. 2. – С. 37–47. – С. 40.
- <sup>23</sup> Про запобігання та протидію домашньому насильству : Закон України // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2018. – № 5. – Ст. 35 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2229-19>
- <sup>24</sup> Кодекс України про адміністративні правопорушення // Відомості Верховної Ради Української РСР (ВВР). – 1984. – Додаток до № 51. – Ст. 1122 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/80731-10>
- <sup>25</sup> Возна Т.І. До проблеми попередження насильства в сім'ї / Т.І. Возна // Вісник Національного університету внутрішніх справ України. – 2002. – № 18. – С. 55–60. – С. 56.
- <sup>26</sup> Волощук А.М. Вказана праця. – С. 20.
- <sup>27</sup> Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008482e>
- <sup>28</sup> Controlling or Coercive Behavior in an Intimate or Family Relationship : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/controlling-or-coercive-behaviour-intimate-or-family-relationship>
- <sup>29</sup> Закон за защита от домашното насилие : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.lex.bg/laws/ldoc/2135501151>
- <sup>30</sup> Міжнародний досвід попередження та протидії домашньому насильству : моногр. / А.О. Галай, В.О. Галай, Л.О. Головка, В.В. Муранова та ін. / за заг. ред. А.О. Галай. – К.: КНТ, 2014. – 160 с. – С. 50.
- <sup>31</sup> Código Penal : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.codigopenal.pt/>
- <sup>32</sup> Trestní zákoník : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.podnikatel.cz/zakony/zakon-c-40-2009-sb-trestni-zakonik/uplne/>
- <sup>33</sup> Codice Penale : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale>
- <sup>34</sup> Kodeks karny : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://kodeks.ws/karny/tekst.htm>
- <sup>35</sup> Міжнародний досвід попередження та протидії домашньому насильству : моногр. / А.О. Галай, В.О. Галай, Л.О. Головка, В.В. Муранова та ін. / за заг. ред. А.О. Галай. – К.: КНТ, 2014. – 160 с. – С. 91.
- <sup>36</sup> Código Penal : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

## Резюме

### **Перелигіна Р.В., Митник У.М. Феноменологія домашнього насильства в Україні та Європейському Союзі.**

У статті досліджено феноменологію домашнього насильства в Україні та Європейському Союзі. Розглянуто поняття домашнього насильства. Проаналізовано сучасний стан та підходи до визначення поняття домашнього насильства у законодавстві та практиці України та Європейського Союзу.

**Ключові слова:** домашнє насильство, сім'я, Україна, Європейський Союз, кримінальне законодавство.

## Резюме

### **Перелигіна Р.В., Митник У.М. Феноменологія домашнього насильства в Україні та Європейському Союзі.**

В статье исследовано феноменологию домашнего насилия в Украине и Европейском Союзе. Рассмотрено понятие домашнего насилия. Проанализированы современное состояние и подходы к определению понятия домашнего насилия в законодательстве и практике Украины и Европейского Союза.

**Ключевые слова:** домашнее насилие, семья, Украина, Европейский Союз, уголовное законодательство.

Summary

*Perelygina R., Mytnyk U. Phenomenology of domestic violence in Ukraine and the European Union.*

The phenomenology of domestic violence in Ukraine and the European Union are researched. The concept of domestic violence is considered. It was analyzed the present state and approaches to the definition of domestic violence in the legislation and practice of Ukraine and the European Union.

**Key words:** domestic violence, family, Ukraine, the European Union, criminal legislation.

УДК 343.9.01:343.431

**Н.В. СМЕТАНІНА, Є.С. МАНАГАРОВА**

*Наталія Володимирівна Сметаніна, кандидат юридичних наук, асистент кафедри Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

*Єлизавета Станіславівна Манагарова, магістрант Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

**КРИМІНОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЗЛОЧИНІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ТОРГІВЛЕЮ ЛЮДЬМИ В УМОВАХ ГІБРИДНОЇ ВІЙНИ**

Торгівля людьми у сучасному світі є одним із найнебезпечніших порушень прав і свобод людини. Суспільна загроза торгівлі людьми, як надзвичайно небезпечного злочину, полягає в посяганні на невід'ємні права людини – право на вільний розвиток своєї особистості, право на повагу до її гідності, на свободу та особисту недоторканність, свободу пересування і вільний вибір місця проживання, право на охорону здоров'я та медичну допомогу, а інколи й право на життя. Торгівля людьми становить значну суспільну небезпеку для жінок, чоловіків і дітей, яких використовують з метою жебракування, сексуальної та трудової експлуатації, та залучення до інших незаконних видів діяльності, що принижують честь та гідність людини. Згідно з дослідженнями Міжнародної організації праці (далі – МОП) в будь-який момент часу у світі в сучасному рабстві знаходиться 20,9 млн. осіб. Широка ж громадськість мало що знає про практичну діяльність державних і правоохоронних органів з приводу протидії торгівлі людьми<sup>1</sup>.

Торгівля людьми не оминула жодну країну світу. Не стала винятком і Україна. Як зазначається у щорічній доповіді Державного департаменту США про торгівлю людьми від 19 червня 2013 р., «Україна є країною походження, транзиту та поступово стає країною призначення для чоловіків, жінок і дітей, яких піддають примусовій праці та сексуальній експлуатації. Українці стають жертвами торгівлі людьми в Україні, а також у Росії, Польщі, Іраку, Іспанії, Туреччині, Кіпрі, в Республіці Сейшельські Острови, Португалії, Чеській Республіці, Ізраїлі, Італії, Об'єднаних Арабських Еміратах, Чорногорії, Великобританії, Казахстані та Тунісі. Громадяни іноземних країн, включаючи Молдову, Узбекистан, Пакистан, Камерун та Азербайджан, піддавалися в Україні примусовій праці. Найбільш уразливими до торгівлі людьми є українці, які проживають у сільській місцевості з обмеженим доступом до працевлаштування. Вербувальники часто застосовують до них насильство, обман та боргову кабалу. Жертв торгівлі людьми з метою примусової праці експлуатували у сфері будівництва, сільського господарства, промисловості, домашньої роботи, лісозаготівлі, догляду за дітьми та жебрацтві».

Над проблемою віктимної поведінки жертв торгівлі людьми та запобігання їй працювали такі вітчизняні дослідники, як В.С. Батиргарєєва, Б.М. Головкін, О.В. Дручек, В.О. Іващенко, К.Б. Левченко, О.В. Лисодєд, О.В. Наден, Ю.С. Орел, Ю.В. Раковська, Р.І. Суслов, Л.В. Чеханюк та інші.

У національному законодавстві поняття торгівлі людьми визначається у ст. 149 Кримінального кодексу України «Торгівля людьми або інша незаконна угода щодо людини» та у ст. 1 Закону України «Про протидію торгівлі людьми» як «здійснення незаконної угоди, об'єктом якої є людина, а так само вербування, переміщення, переховування, передача або одержання людини, вчинені з метою експлуатації, у тому числі сексуальної, з використанням обману, шахрайства, шантажу, уразливого стану людини або із застосуванням чи погрозою застосування насильства, з використанням службового становища або матеріальної чи іншої залежності від іншої особи, що відповідно до Кримінального кодексу України визнаються злочином».

У 2013 р. було обліковано 131 кримінальне правопорушення, що пов'язані з торгівлею людьми або іншою незаконною угодою щодо передачі людини, у 2014 р. обліковано 118 таких правопорушень (динаміка є негативною і становить -9,9 %), у 2015 р. обліковано 110 правопорушень (динаміка є негативною і становить -6,8 %), у 2016 р. обліковано 115 правопорушень, а у 2017 р. – 340 правопорушень.

Типовий портрет жертви такого злочину як торгівля людьми створити вкрай складно. Серед виявлених жертв є люди різної статі, віку, соціального походження, статку. Водночас є певні групи ризику, які об'єднують особливо вразливих людей, стосовно яких існує висока ймовірність того, що вони можуть стати об'єктами цього злочину. Насамперед до цієї категорії можна віднести представників соціально незахищених і неблагополучних верств населення, які знаходяться у складних життєвих обставинах: членів багатодітних родин та малозабезпечених сімей; одиноких матерів; людей з особливими потребами (як у сфері фізичного, так і психічного здоров'я); самотніх людей похилого віку; жертв насильства в сім'ї; сиріт, дітей, які позбавлені опіки та піклування, «дітей вулиці»; безробітних працездатного віку (особливо тих, хто тривалий час не може знайти собі роботу); безпритульних<sup>2</sup>.

Високий ризик потрапляння до тенет торгівців людьми мають: трудові мігранти (насамперед, з нерегульованим статусом); особи, які незаконно виїжджають за кордон чи перебувають там або незаконно в'їхали чи перебувають на території України; особи, які користуються послугами шлюбних агенцій, фірм з посередництва у працевлаштуванні, в т.ч. і за кордоном; особи, які займаються модельною діяльністю; особи, які працюють у сфері розваг; особи, які займаються проституцією; особи, які раніше постраждали від торгівлі людьми; алко- та наркозалежні особи<sup>3</sup>.

У плані гендерного аналізу помітною є тенденція до незначної переваги кількості постраждалих осіб чоловічої статі (52 %) порівняно з жінками (48 %). Чоловіки стають жертвами торгівлі людьми у віці від 14 до 44 років (87,7 %), найбільш віктимною категорією є особи у віці від 25 до 34 років (45,2 %). Більшість з них перебувають у скрутному матеріальному становищі (87,6 %)<sup>4</sup>. Дослідники зазначають, що чоловіків здебільшого використовують на виробництві. Жінок віком від 18 до 30 років використовують у секс-індустрії, а старших 30 років – в обслуговуванні. Серед постраждалих від торгівлі дітьми переважають дівчата (до 60 %) віком від 11 до 18 років, але помітною є тенденція збільшення кількості продажу немовлят<sup>5</sup>.

Торгівля людьми не є одномоментною дією, а являє собою складний і багатоетапний процес, головною метою якого є експлуатація жертви. Механізм торгівлі людьми у класичному варіанті складається із таких стадій як вербування, переміщення, передача і експлуатація. Особливості віктимної поведінки жертви існують на кожному із зазначених етапів.

Так, вербування як перший етап торгівлі людьми може здійснюватися через оголошення про працевлаштування або навчання за кордоном в ЗМІ, в соціальних мережах, туристичних, шлюбних та модельних агенціях, фірмах з працевлаштування за кордоном, через листування («наречена поштою») тощо. Особливістю такого вербування є повний або частковий обман майбутньої жертви.

Торгівля людьми, як правило, передбачає будь-яке пересування жертви. Торговці переміщують жертв з їхнього середовища і тримають у місцях, де можуть їх контролювати і утримувати в залежності. Перевезення відбувається найчастіше із супроводом. Це робиться, аби унеможливити ситуації, коли жертва може не прибути до місця призначення. Такий супровід також має на меті зменшення кола контактів жертви з оточенням. На етапі перевезення постраждалі можуть вже зазнавати обмеження свободи пересування та спілкування, грубого поводження, фізичного знущання та іншої шкоди. Нерідко жертв переховують, використовуючи при цьому різноманітні засоби: укривають в спеціальних приміщеннях, змінюють персональні дані, документи, зовнішність тощо.

Експлуатація є кінцевим етапом торгівлі людьми. Відповідно до визначення, наданого у примітці до ст. 149 Кримінального кодексу України, вона включає всі форми сексуальної експлуатації, використання в порнобізнесі, примусову працю або примусове надання послуг, рабство або звичаї, подібні до рабства, підневільний стан, залучення в боргову кабалу, вилучення органів, проведення дослідів над людиною без її згоди, усиновлення (удочеріння) з метою наживи, примусову вагітність, втягнення у злочинну діяльність, використання у збройних конфліктах тощо.

Найбільш поширеними у сучасному суспільстві вважають трудову та сексуальну експлуатацію. У трудову експлуатацію потрапляють як чоловіки і жінки, так і діти. Чоловіків зазвичай використовують на важких роботах: у сільському господарстві, на будівництві та виробництвах. Їх змушують працювати по 16–18 годин на добу, без вихідних, з порушенням техніки безпеки праці. Часто такі особи повністю ізольовані, проживають в антисанітарних умовах, без належного харчування. Жінок використовують як доглядальниць за хворими або літніми людьми, хатніх робітниць, на підприємствах з пошиття одягу тощо.

У процесі трудової експлуатації на початку роботи постраждалим, як правило, обіцяють заробітну плату після виконання певного обсягу або наприкінці певного терміну роботи. Проте коли через певний час вони починають наполягати на виплаті заробітної плати, їм пояснюють, що жодних коштів вони не отримають і мають працювати стільки, скільки хазяїн вважатиме за потрібне. Будь-який спротив жорстоко карається побоями, обмеженням у пересуванні, голодом, залякуваннями. За результатами досліджень і розслідувань відомо багато випадків, коли постраждалих б'ють, з них знущаються, на їхньому тілі часто можна побачити опіки від цигарок та рубці від порізів. Експлуататори, завдаючи фізичної шкоди, намагаються морально «зламати» людину, підкорити та примусити виконувати все, що їй накажуть<sup>6</sup>.

Сексуальна експлуатація є найприбутковішою для торговців людьми і при цьому має найважчі фізичні та психічні наслідки для постраждалих осіб через постійне фізичне, сексуальне та психологічне насильство, яким вони піддаються. Постраждалих експлуатують у різноманітних місцях: будинках розпусти, вуличній проституції, масажних салонах, приватних будинках і квартирах або в агентствах дівчат за викликом.

Нерідко постраждали від торгівлі людьми піддаються змішаній експлуатації – зазвичай трудовій та сексуальній, однак можуть траплятися й інші комбінації.

Упродовж усього процесу торгівлі людьми, і особливо на стадії експлуатації, жертва ризикує бути втягненою у протиправну діяльність. Експлуатація може включати примушування до крадіжок, виробництва та транспортування наркотичних засобів, провезення контрабанди, здійснення інших правопорушень. Експерти стверджують, що щороку відбувається кілька тисяч нелегальних трансплантацій нирок від живих сторонніх донорів. Деякі з них отримані внаслідок торгівлі людьми<sup>7</sup>.

Нова для України група ризику – вимушені переселенці або внутрішньо переміщені особи (далі – ВПО) із зони конфлікту. Станом на лютий 2015 р. за даними ООН в Україні нараховувалося понад 1 млн. ВПО, а на 19 січня 2017 р., підрозділами соціального захисту населення обласних та Київської міської держадміністрацій взято на облік 1 млн 648 тис. 852 переселенців, або 1 млн 327 тис. 687 сімей з Донбасу та Криму<sup>8</sup>. Через невизначеність перспектив подальшого влаштування, побутові складнощі та брак ресурсів (зокрема фінансових), такі люди є особливо вразливими та схильними до прийняття сумнівних пропозицій вербувальників. До того ж збройні конфлікти завжди створювали додаткові умови для збільшення кількості порушень прав людей. У цей час жертвами торгівлі людьми стають як ВПО, так і громадяни України з інших областей, оскільки через загострення економічної кризи на території усієї держави вони змушені шукати альтернативні шляхи заробітку. До нових тенденцій можна також віднести торгівлю людьми терористичними елементами на територіях Донецької та Луганської областей.

У таких умовах поширеною стала схема торгівлі чоловіками, які внаслідок використання до них обману стають наркокур'єрами на території Російської Федерації<sup>9</sup>. Особливістю такої форми торгівлі людьми є використання політичного маніпулювання, що надає винним додаткових інструментів та засобів використовувати інформацію на свою користь. Наприклад, правоохоронні органи Російської Федерації свою причетність до злочинів заперечують та «джерелом» вербування вважають саме українську сторону і навіть наголошують на відмові українських правоохоронців від взаємодії для загальної боротьби із проявами злочину на різних стадіях. Висуваються версії стосовно того, чи є зв'язок між кількістю трудових мігрантів та позитивною динамікою викриття наркокартелів в Росії, чи можуть у подальшому особи, які стали жертвами, бути «людським ресурсом» для участі у війні<sup>10</sup>.

У результаті дослідження необхідно виокремити наступні етапи торгівлі у цих конкретних випадках. «Приманкою» для вербування осіб є пропозиція працювати кур'єром чи експедитором на території Російської Федерації з обіцянкою великих грошей. При цьому, на початковому етапі залучення конкретизація виконуваної роботи як така відсутня, особі видається певна сума грошей, квиток на дорогу, особистий телефон. На перший погляд, все легально. Але подальший розвиток подій виглядає таким чином: телефон, що надається для спілкування, контролюється, нерідко у особи вилучається паспорт, при отриманні першої «посилки», яку необхідно доставити, її змістом виявляються наркотичні речовини, а за спробу втечі або зв'язку із родичами для порятунку до особи застосовуються погрози різного характеру та фізичні знущання. Усі вищенаведені ознаки безпосередньо сигналізують про те, що особа стала жертвою трудової експлуатації, що є однією з форм торгівлі людьми. Типово такі дії вчиняються організованими злочинними угрупованнями, учасники яких полюють на чоловіків 20–35 років<sup>11</sup>.

Ефективне запобігання торгівлі людьми ускладнює ціла низька проблем, серед яких: визначення кримінально-процесуального статусу жертви торгівлі людьми (як особу, що за російським законодавством засуджено за злочин у сфері обігу наркотичних засобів, визнати потерпілою від торгівлі людьми в Україні?); недовіра населення до правоохоронних органів; різниця між офіційними показниками кількості жертв злочину та реально існуючими постраждалими, що підтверджується поодинокими зверненнями членів сім'ї та близьких родичів зниклої особи, відображає дійсну картину того, що відбувається. Тобто, злочин характеризується високим показником латентності. До того ж існуючий військовий конфлікт значно ускладнює можливість співпраці між правоохоронними органами двох країн.

Жертви торгівлі людьми після повернення до нормального життя ще довго відчують наслідки експлуатації: проблеми зі здоров'ям (депресії, загострення хронічних захворювань, порушення сну, пам'яті, статеві хвороби); психічні проблеми (низька самооцінка, підвищена збудливість або ж апатія, суїцидні схильності, нарко/алкозалежність); проблеми емоційної сфери (страх, почуття самотності, вини, суму, безпорадності).

На загальносоціальному рівні серед заходів запобігання торгівлі людьми можемо виокремити наступні: формування та реалізація ефективної соціальної політики, зменшення рівня безробіття, урегулювання міграційних процесів, зростання стандартів життя людей, підвищення рівня обізнаності серед населення і особливо серед груп ризику про механізм перетворення на жертву торгівлі людьми (проведення загальнонаціональних інформаційних кампаній, висвітлення у ЗМІ проблеми торгівлі людьми), гарантія безпеки осіб, які визнані потерпілими від торгівлі людьми, забезпечення відновлення прав постраждалих від торгівлі людьми, виявлення та розслідування злочинів, пов'язаних з торгівлею людьми, притягнення до відповідальності осіб, причетних до торгівлі людьми, посилення прикордонного контролю, інформування громадськості щодо результатів діяльності у сфері боротьби з торгівлею людьми (ст. ст. 9–12 Закону України «Про протидію торгівлі людьми»).

Спеціальний рівень запобігання передбачено ст. 5 Закону України «Про протидію торгівлі людьми», де визначено, що суб'єктами протидії торгівлі людьми є: Президент України, Кабінет Міністрів України, цент-

ральні та місцеві органи виконавчої влади, закордонні дипломатичні установи України та заклади допомоги особам, які постраждали від торгівлі людьми. Також підкреслюється, що у здійсненні заходів, спрямованих на запобігання торгівлі людьми, беруть участь органи місцевого самоврядування, а також, за згодою, підприємства, установи, організації незалежно від форми власності, громадські організації та окремі громадяни. Стаття 13 Закону України «Про протидію торгівлі людьми» встановлює національний механізм взаємодії суб'єктів, які здійснюють заходи у сфері протидії торгівлі людьми. Основним суб'єктом у системі запобігання торгівлі людьми є Департамент боротьби зі злочинами, пов'язаними з торгівлею людьми (у складі кримінальної поліції).

На індивідуальному рівні доцільним є корегуючий вплив на поведінку груп ризику, особливо членів багатодітних родин та малозабезпечених сімей, одиноких матерів, людей з особливими потребами, самотніх людей похилого віку, жертв насильства в сім'ї, сиріт, дітей, які позбавлені опіки та піклування, «дітей вулиці», безробітних працездатного віку і безпритульних, осіб, які займаються модельною діяльністю та осіб, які займаються проституцією. Позитивно себе зарекомендували індивідуальні й колективні бесіди з такими особами, надання порад щодо можливостей і порядку офіційного працевлаштування за кордоном, поводження із особистими документами, процедури перетину державного кордону, попередження їх про можливий механізм залучення у торгівлю людьми та наслідки від цього злочину. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження порядку встановлення статусу особи, яка постраждала від торгівлі людьми» від 23 травня 2012 р. за № 417 визначає процедуру встановлення статусу особи, яка постраждала від торгівлі людьми (додатки 1, 2, 3 до Порядку).

Актуальним завданням для протидії торгівлі людьми в умовах гібридної війни залишається участь у міжнародних програмах захисту постраждалих від торгівлі людьми, звернення безпосередньо осіб, які постраждали, або їх родичів чи близьких осіб до консульських та дипломатичних установ, активізація з боку правоохоронних органів стосовно викриття шляхів залучення та пошуку потенційних жертв, інформування населення про існуючу небезпеку та підтримка з боку громадського сектора.

<sup>1</sup> Головкін Б.М. Громадська думка щодо торгівлі людьми: кримінологічний погляд на проблему / Б.М. Головкін, В.С. Батиргарєєва // Право України. – 2003. – № 7. – С. 34–38. – С. 36.

<sup>2</sup> Віктимологія : навч. посіб. / В.В. Голіна, Б.М. Головкін, М.Ю. Валуйська та ін. ; за ред. В.В. Голіни і Б.М. Головіна. – Х. : Право, 2017. – 308 с. – С. 237–245.

<sup>3</sup> Сметаніна Н.В. Сучасний стан запобігання торгівлі людьми в Україні / Н.В. Сметаніна // Юридична осінь 2017 року: зб. тез доповідей та наук. повідомл. учасників всеукр. наук. конф. молодих вчених та студентів (м. Харків, 15 листопада 2017 р.) / за заг. ред. А.П. Гетьмана. – Х. : Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого: Мадрид, 2017. – С. 190–194. – С. 191.

<sup>4</sup> Раковська Ю.В. Особливості експлуатації чоловіків у рамках торгівлі людьми / Ю.В. Раковська // Актуальні проблеми держави і права. – 2012. – Вип. 64. – С. 563–570. – С. 564.

<sup>5</sup> Дручек О.В. Торговля людьми та проблеми протидії їй в Україні / О.В. Дручек // Порівняльно-аналітичне право : електрон. фах. наук. вид. – 2014. – № 3. – С. 154 – 157. – С. 155. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.pap.in.ua/3\\_2014/42.pdf](http://www.pap.in.ua/3_2014/42.pdf)

<sup>6</sup> Віктимологія : навч. посіб. / В.В. Голіна, Б.М. Головкін, М.Ю. Валуйська та ін. ; за ред. В.В. Голіни і Б.М. Головіна. – Х. : Право, 2017. – 308 с. – С. 237–245.

<sup>7</sup> Головкін Б.М. Торговля органами людини: українські реалії / Б.М. Головкін // Журнал східноєвропейського права. – 2016. – № 27. – С. 21–26 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://easternlaw.com.ua/wp-content/uploads/2016/05/holovkin\\_27.pdf](http://easternlaw.com.ua/wp-content/uploads/2016/05/holovkin_27.pdf)

<sup>8</sup> Скільки сьогодні в Україні зареєстровано переселенців з Донбасу і Криму: інформація по регіонах : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://ua.112.ua/statji/skilyky-sohodni-v-ukraini-zareiestrovano-pereselentsiv-z-donbasu-ta-krymu-informatsiia-po-rehionakh-369259.html>

<sup>9</sup> «Ла-Страда»: переселенці та «атовці» – серед вразливих груп у схемах торгівлі людьми : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.radiosvoboda.org/a/28697325.html>

<sup>10</sup> В Росії через наркомафію пропадають українці : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://helsinki.org.ua/articles/v-rosiji-cherez-narkomafiju-propadajut-ukrajintsi/>; «Справа українських кур'єрів» у Росії та «справа вербувальників» у Києві: що відбувається та чого очікувати : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://helsinki.org.ua/articles/sprava-ukrajinskyh-kujjeriv-u-rosiji-ta-sprava-verbuvajnykiv-u-kyjevi-scho-vidbuvajetsya-ta-choho-ochikuvaty/>

<sup>11</sup> Фігурантів справи «вербування у наркокур'єри» в Росію захищає адвокат Насірова – право захисниця: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.radiosvoboda.org/a/28596057.html>

## Резюме

**Сметаніна Н.В., Манагарова Є.С. Кримінологічна характеристика злочинів, пов'язаних із торгівлею людьми в умовах гібридної війни.**

У статті досліджено загальні кримінологічні ознаки торгівлі людьми, а саме віктимність особи, стадії та форми торгівлі людьми, шляхи запобігання цьому. Висвітлено актуальність проблеми особливої торгівлі людьми, відповідно до якої відбувається залучення чоловіків шляхом введення в оману в якості кур'єрів для перевезення наркотичних речовин, що ускладнено наявністю політичного аспекту.

**Ключові слова:** торгівля людьми, трудова експлуатація, вербування, гібридна війна, наркотрафік, політичний вплив на стан злочинності.

Резюме

*Сметанина Н.В., Маназарова Є.С.* Кримінологічна характеристика преступлений, связанных с торговлей людьми в условиях гибридной войны.

В статье исследованы общие кримінологические признаки торговли людьми, а именно: виктимность лица, стадии и формы торговли людьми, пути предотвращения этого. Освещена актуальность проблемы особой торговли людьми, в соответствии с которой происходит привлечение мужчин путем введения в заблуждение в качестве курьеров для перевозки наркотических веществ, с наличием политического аспекта.

**Ключевые слова:** торговля людьми, трудовая эксплуатация, вербовка, гибридная война, наркотрафик, политическое влияние на состояние преступности.

Summary

*Smetanina N., Managarova E.* Criminological characteristics of crimes of human trafficking in a hybrid war.

The article examines the general criminological factors of human trafficking, namely the victim's character, stages and forms of human trafficking, ways of preventing. The relevance of the problem of special trafficking in human beings is highlighted, according to which there is involvement of men by misleading them as couriers for the transport of drugs complicated with a political aspect.

**Key words:** human trafficking, labor exploitation, recruitment, hybrid war, drug trafficking, political influence on crime.

УДК 343.92

**С.О. ФІЛІППОВ**

*Станислав Александрович Филиппов, кандидат психологических наук, доцент, подполковник юстиции, докторант Национальной академии Государственной пограничной службы Украины имени Богдана Хмельницкого*

## НЕЗАКОННОЕ ПЕРЕМЕЩЕНИЕ ТАБАЧНЫХ ИЗДЕЛИЙ ЧЕРЕЗ ТАМОЖЕННУЮ ГРАНИЦУ: ТЕНДЕНЦИИ В КОНТЕКСТЕ ПЕРСПЕКТИВ КРИМИНАЛИЗАЦИИ

В нынешних реалиях незаконное перемещение табачных изделий через таможенную границу является чрезвычайно любопытным для кримінологии видом теневой экономической деятельности. Конечно, оно влечёт (по крайней мере в Украине) не уголовную, а административную ответственность, предусмотренную за нарушение таможенных правил. Вместе с тем признание этого вида деятельности на уровне Стратегии, одобренной распоряжением Кабинета Министров Украины (далее – КМУ), «наиболее доходным <для> международных преступных группировок... имеющим глобальный трансграничный характер, быстро развивающимся и приспособляющимся к новым обстоятельствам, использующим дешевые и широкодоступные новейшие технологии», свидетельствует о фактическом включении его в сферу кримінологической политики<sup>1</sup>. Пресечение данного правонарушения всегда является одной из важнейших целей пограничных и таможенных органов всех стран Европы, целью совместных международных операций под эгидой FRONTEX, как, впрочем, и ежедневной оперативно-служебной деятельности украинских правоохранительных органов на государственной границе. Мы полагаем, что данное правонарушение является недооценённым (речь, разумеется, о его последствиях), именно поэтому в Украине целесообразность криминализации экономической контрабанды (по крайней мере, по отношению к подакцизным товарам) периодически оказывается на повестке дня. Актуализируется в этой связи и целый ряд кримінологических вопросов.

Включить контрабанду табачных изделий (термин используется в Рамочной Конвенции ВОЗ по борьбе против табака и в Стратегии в сфере противодействия незаконному производству и обороту табачных изделий)<sup>2</sup> в предметную область исследования, посвящённого трансграничной преступности, нас побудила публикация L. Shelley по этой проблеме<sup>3</sup>. При этом данная тематика, разумеется, не является новой для украинских кримінологов. В частности, работы, в той или иной мере её касающиеся, в последнее время публиковали В.И. Антипов, М.Г. Вербенский, Б.Н. Головкин, Е.В. Додин, Н.А. Орловская, Д.В. Приймаченко и многие другие учёные. Научные положения, разработанные ими, и составляют теоретическую основу нашего исследования.

Обращает на себя внимание то, что вектор исследований проблем, связанных с незаконностью перемещения табачных изделий через границу, преимущественно ориентирован на уменьшение экономического вреда от этой незаконной деятельности. В этом есть определённая недооценка кримінологического потенциала данной деятельности. Полагаем, что имеется ряд и иных кримінологических аспектов, на которых следует заострить внимание исследовательского сообщества.

Исходя из этого, **целью статьи** является объяснение тенденций, определяющих связь незаконного перемещения табачных изделий через границу с трансграничной преступностью, последствий такой связи, а прикладной целью – формулирование путей противодействия данному явлению в контексте гармонизации политики Украины – ЕС в соответствующей сфере.

Следует отметить, что общеевропейская проблема контрабанды табачных изделий имеет и ярко выраженную украинскую составляющую. По данным Всемирной таможенной организации, Украина относится к числу стран, с территории которых в ЕС попадает большое количество контрабандных сигарет<sup>4</sup>. По данным KPMG (одной из крупнейших в мире аудиторских компаний, входящих в «большую четвёрку»), Украина в 2016 г. стала крупнейшим источником происхождения контрабандных сигарет для ЕС<sup>5</sup>. Анализ результатов оперативно-служебной деятельности Госпогранслужбы Украины на государственной границе показывает наибольшую интенсивность попыток контрабанды сигарет во Львовской, Волынской, Черновицкой и Закарпатской областях<sup>6</sup>. Этот же вывод в известной мере подтверждается и сообщениями на ведомственном ресурсе<sup>7</sup>.

Причём, по результатам исследования, изложенным в работе И.В. Тимец<sup>8</sup>, мы можем констатировать, что для данной местности такой незаконный промысел вполне можно считать исторически сложившимся. При этом характерным был не вывоз, как сейчас, а ввоз табака. В частности, с конца XVIII в., в период нахождения Галичины в пределах Австрийской империи (назв. до 1867 г.), правила табачной монополии государства предполагали запрет на индивидуальное выращивание табака для себя, его экспорт и, разумеется, строго наказывалась контрабанда табака. Правда среди мер, применяемых к контрабандистам (штраф, размеры которого были чрезвычайно значительны, а также общественные работы), была и такая, очевидно курьёзная, как отправка на солдатскую службу в пограничные подразделения. Контрабандой табака преимущественно занимались жители сёл в пограничье, откуда он распространялся по провинции<sup>9</sup>. Занятие в течение десятилетий контрабандным промыслом с венгерских земель на Галичину завершилось после поднятия закупочных цен на табак, что сделало его доставку невыгодной. Однако уже в XX в. вместо табака стали контрабандой перемещать готовые изделия – сигары и папиросы. Учитывая крайне низкий уровень поддержки инспекторов пограничной стражи со стороны местного населения, Польская табачная компания (отраслевая монополия на Галичине) финансировала вербовку и оплату услуг информаторов. После распада Австро-Венгрии контрабандисты переправляли табачные изделия из Чехии на украинские земли, пребывавшие в составе Польши. Экономически это было выгодно, поскольку цены на изделия Польской табачной монополии были выше, чем в Чехии, на 300 %<sup>10</sup>.

В современной Европе основной вектор перемещения сигарет – противоположный – из-за пределов Евросоюза – в страны, входящие в ЕС. Вызвано это, разумеется, более чем существенной разницей в ценах. Например, цены в Польше на сигареты по крайней мере вдвое или втрое выше, чем в Украине. Это порождает соответствующее спросу предложение, в котором можно легко убедиться, набрав запрос «papierosy z ukraínu» в строке поиска. В свою очередь, из Алжира контрабандные сигареты попадают во Францию, где табачные изделия дороже втрое (в уличной торговле) или вчетверо (в супермаркете), чем в Алжире. Поэтому именно Франция, Польша, Германия, а также Балканы, Украина, Алжир, Тунис чаще всего упоминаются в контексте контрабанды табачных изделий. Что характерно, даже в рамках существующих таможенных, налоговых, иных межгосударственных союзов, члены которых координируют свою фискальную политику, не удаётся унифицировать стоимость подакцизных товаров. Например, стоимость сигарет в Армении и Кыргызстане вдвое ниже, а в Белоруссии и Казахстане в полтора раза ниже, нежели в России, несмотря на наличие единой таможенной политики<sup>11</sup>. Итак, учитывая, что данный товар лёгок, компактен, имеет высокую цену реализации, экономическая детерминация контрабанды сигарет является наиболее очевидной. Никаких существенных изменений в обозримом будущем в снижении значения её экономической обусловленности ожидать не приходится. Хотя следует отметить, что в Украине осуществляется определённая деятельность, которая рано или поздно должна нивелировать выгоды от данного промысла. Речь идёт о повышении ставок акциза до минимального уровня ЕС. По замыслу семилетнего плана, одобренного Верховной Радой Украины, цена условной пачки сигарет вырастет с 29 до 88 гривен к 2025 году<sup>12</sup>.

Теоретически это должно не только сократить потребление табака, но и повлиять на уменьшение доходности деятельности, связанной с незаконным перемещением через границу табачных изделий.

Вместе с тем, из этого не следует, что последствия контрабанды сигарет лежат тоже исключительно в экономической плоскости. Наше предположение состоит в том, что контрабанда сигарет является мощнейшим фактором, обуславливающим формирование криминогенного потенциала жителей пограничья, а также фактором формирования капитала для развития масштабов и диверсификации трансграничной преступной деятельности.

Сначала изложим объективные данные, иллюстрирующие состояние дел с контрабандой сигарет в Европе. Итак, примерно половина всех обнаружений происходила на восточных сухопутных границах. Согласно доступным данным EaP-RAN (сеть анализа рисков Восточного партнёрства) в 2016 г. перемещение более 18,8 млн сигарет было пресечено на восточной границе ЕС в более чем 400 случаях<sup>13</sup>. Значительная часть – в ходе морских операций. Их *modus operandi* включает использование транспортных контейнеров, загружаемых в зонах свободной торговли с ограниченными процедурами контроля за грузом и сопровождающей документацией. Преступная деятельность с использованием различных типов плавсредств процветает, в т.ч. и в открытом море, и в морских районах, на которые распространяется национальная юрисдикция. Часть правонарушений пресекалась в ходе морских операций FRONTEX (табл.1).

Таблиця 1. Результаты обнаружения контрабандных сигарет на внешних границах ЕС в ходе многоцелевых операций Frontex.

Наименование совместной операции Frontex	Количество обнаружений		Количество изъятых сигарет (шт.)	
	2016	2017	2016	2017
Indalo	4	7	323 452	64 330 000
Poseidon	6	10	13 985 980	42 425 600
Triton	3	2	150 000	680 000
Focal Points Sea	2	2	400	368
Minerva	2		159 520	11 400
<b>Всего</b>	17	21	14 560 632	107 435 968

Как показано в данной таблице, в ходе морских операций, проводившихся в Западном, Центральном и Восточном Средиземноморье в 2017 г., изъято контрабандных сигарет на 637 % и задержано на 65 % контрабандистов больше, чем в 2016 году<sup>14</sup>.

Сравнительно небольшое количество сигарет, перевозимое отдельными лицами через ППР, были припрятаны в их машинах или в автобусах. Также использовались специально оборудованные отсеки (тайники) для сокрытия товаров в транспортных средствах, более сложные укрытия в поездах. Особо отметим, что использовались плоты, железнодорожные дрезины, средства малой авиации, планеры, мотодельтапланы, беспилотные летательные аппараты.

Были случаи использования товарных поездов, направляющихся в Латвию, Литву и Польшу. В них табачные изделия укладывались, например, в специально подготовленные полости в брёвнах транспортируемого леса-кругляка. Вариант товарного железнодорожного транспорта как средства перемещения табачных изделий для правонарушителей привлекателен тем, что делает труднодоказуемой их связь с товаром.

В последнее время находит распространение такой способ неправомерной деятельности, как незаконное перемещение через границу табачного сырья с последующим изготовлением сигарет на подпольных заводах, расположенных в Европе. В этом случае значительно снижаются транспортные затраты и риск выявления на границе. В качестве примера приведём успешные операции, в которых участвовала Госпогранслужба Украины в конце 2017 – начале 2018 года. В первой из них на территории Испании (провинция Гранада) было выявлено подпольное производство сигарет из контрабандного сырья мощностью 2 млн штук в сутки, организованное гражданином России, на котором трудились граждане Украины. Во втором случае аналогичное производство было организовано на территории Польши (в городе Влоцлавек Куявско-Поморского воеводства).

Обратившись к результатам оперативно-служебной деятельности украинской пограничной службы, констатируем рост на 45 % выявления данной продукции. Основным направлением незаконного ввоза в Украину табачных изделий является южный регион, вывоза – западный<sup>15</sup>. Результаты оперативно-служебной деятельности пограничной службы Украины по противодействию незаконного перемещения через границу табачных изделий отображены нами в таблице 2.

Таблиця 2. Результаты пресечения Государственной пограничной службой Украины незаконного перемещения через границу сигарет.

Год	Удельная доля (%)							Кол-во изъятых пачек сигарет
	въезд в Укр.	выезд из Укр.	в ППР	вне ППР	участок			
					сухопут.	морской	авиа	
2016	54	46	20	80	98	2	-	5,8 млн
2017	43	57	60	40	59	29	12	8,3 млн

В качестве примера приведём случаи выявления незаконно перемещаемых сигарет в пунктах пропуска через государственную границу Украины (ППР через ГГУ) «Новые Яриловичи» (500 ящиков на сумму 8 млн грн) и «Городище» (540 ящиков). Выявление осуществлялось на границе с Республикой Беларусь, сигареты перемещались из России в Сербию посредством грузового автотранспорта гражданами Сербии.

На основе обобщения проанализированных данных, включая результаты оперативно-служебной деятельности правоохранительных органов, FRONTEX, факторами-тенденциями, определяющими взаимосвязь незаконного перемещения табачных изделий через границу и трансграничной преступности, а также негативно влияющих на противодействие преступности, считаем следующие:

1. Самостоятельным фактором является недооценка того обстоятельства, что явление это – лишь верхушка айсберга, который, в свою очередь, включает табачные фабрики, оптовые склады, магазины в пограничье, контрафактную или неучтенную при производстве продукцию, систему учёта сырья, логистическую систему (транспорт, систему перевозки, базы накопления). Это огромная теневая отрасль, непосредственно



связанная с трансграничной преступностью, что констатировано в Стратегии в сфере противодействия незаконному производству и обороту табачных изделий (далее – Стратегия)<sup>16</sup>. Незаконное перемещение через границу сигарет часто сопряжено с контрабандой наркотиков, изготовлением и распространением фальсифицированных товаров. Каналы контрабанды сигарет и особенно доходы от их продажи могут быть использованы для иной незаконной трансграничной деятельности.

2. В вышеупомянутом документе среди основных направлений реализации Стратегии указано «введение уголовной ответственности за незаконное перемещение табачных изделий через таможенную границу Украины». Сохранение административной ответственности за данное правонарушение, очевидно, создаёт иллюзию безнаказанности в общественном сознании. В большинстве случаев действия правонарушителей квалифицируются по ч. 1 ст. 483 Таможенного кодекса Украины, что влечет наложение штрафа в размере 100 % стоимости товара – непосредственных предметов нарушения таможенных правил с конфискацией товара, а также транспортных средств со специально изготовленными тайниками<sup>17</sup>. Несмотря на довольно значительные санкции, налагаемые на лицо, привлекаемое за совершение правонарушения, в общественном сознании хотя и есть понимание незаконности такого деяния, но восприятия серьезности его последствий, очевидно, нет. Массовость ситуации, при которой правонарушитель оплачивает штраф и снова продолжает свою неправомерную деятельность, ставит на повестку дня вопрос о криминализации контрабанды подакцизных товаров, что вылилось в соответствующий законопроект 2840. Проектом предложено включить в перечень предметов контрабанды, предусмотренных ст. 201 Уголовного кодекса Украины, подакцизные товары в крупных размерах, т.е. если их стоимость в двести пятьдесят и более раз превышает необлагаемый минимум доходов граждан<sup>18</sup>.

Многолетняя «культура безнаказанности» (по меткому выражению L. Shelley) приводит к странным результатам. Так, характеризуя их, глава областной госадминистрации Закарпатской области упоминал об одном из жителей Тячевского района Закарпатья, 163 раза привлекавшемся к административной ответственности за контрабанду сигарет. Для создания общественной поддержки ссылаются на опыт соседних государств. Например, «в соседней Румынии уголовная ответственность наступает за контрабанду всего одной пачки сигарет через зеленую границу, в Венгрии – за контрабанду сигарет стоимостью более 100 000 форинтов (столько стоит примерно 15 блоков сигарет), а в Словакии – за более 8 блоков сигарет»<sup>19</sup>.

По пути криминализации «экономической» контрабанды пошли в России, о чём свидетельствует введение в УК ст. 200.2, предусматривающей ответственность за контрабанду алкогольной продукции и (или) табачных изделий (ст. 200.2 УК РФ) в крупном размере (если их стоимость превышает 250 тыс. руб.)<sup>20</sup>.

Характеризуя возможный «зигзаг криминализации» контрабанды подакцизных товаров, следует отметить, что аргументы его сторонников выглядят вполне логичными. Однако вполне логичными были и аргументы в пользу декриминализации несколько лет назад. После этого констатировался определённый прогресс, обусловленный декриминализацией контрабандой товаров. Поэтому, возможно, этот вопрос необходимо рассматривать в комплексе с такими инструментальными мерами противодействия, на которых мы остановимся ниже.

3. Незаконная торговля контрабандными табачными изделиями ежегодно влечёт для стран ЕС потери налоговых поступлений в миллиарды евро. Например, во Франции 27 % рынка сигарет – в тени, а потери, вероятно, составляют до 4 млрд евро ежегодно<sup>21</sup>.

4. Незаконное перемещение табачных изделий через таможенную границу непосредственным образом связано с многоуровневой коррупцией<sup>22</sup>.

5. Вне сомнения, этот незаконный вид трансграничной деятельности, развиваясь, стимулирует создание и разрастание сети вовлечённых участников, куда входят не только люди, непосредственно перевозящие и переносящие табачные изделия («челноки», «муравьи», «несуны», «верблюды»), но и поставщики сырья, изготовители фальсифицированной продукции, работники транспортных предприятий, коррумпированные чиновники, IT-специалисты и т.д.

Чрезвычайно важно учитывать широкое использование социальных медиа средств для стимулирования продвижения контрабандной продукции. Facebook противодействует использованию своей платформы, например, для вербовки в DAESH, но в случае её широкого использования для организации незаконного трансграничного перемещения подакцизных товаров этого ограничения добиться сложно.

Пути противодействия незаконному перемещению табачных изделий через границу следует рассматривать в контексте гармонизации политики Украины – ЕС в соответствующей сфере. В частности, ст. 352 Соглашения об ассоциации между Украиной и ЕС... гласит: «Стороны развивают сотрудничество и гармонизируют политику по противодействию и борьбе с мошенничеством и контрабандой подакцизных товаров»<sup>23</sup>.

В целом такая политика, как представляется, связана со следующими шагами:

1. Безусловно, коррупция, являясь главным фактором обеспечения устойчивости системы незаконного трансграничного перемещения табачных изделий, должна быть основной целью для противодействия этой системе. В этой связи, вне всякого сомнения, прогрессивным является создание и развитие систем объективного контроля, минимизирующих значение человеческого фактора. В контексте Директивы ЕС по табачной продукции (2014/40 / ЕС) безусловный интерес и для Украины представляет создание системы отслеживания всей европейской цепи поставок табачных изделий (ст. 15), а также системы безопасности, помогающие выявлять незаконную продукцию (ст. 16). В рамках системы генерируется и фиксируется за каждой упаков-

кой табачного изделия уникальных код-идентификатор, по которому возможно отследить его поставку<sup>24</sup>. Создание системы мониторинга и сбора данных о внутренней и трансграничной торговле табачными изделиями, в частности, незаконной торговле, которая должна включать обмен информацией с уполномоченными органами (в том числе правоохранительными) иностранных государств, прежде всего государств – членов ЕС предусмотрено Стратегией.

2. Очевидна необходимость гармонизации в направлении постепенного сближения акцизных ставок на табачные изделия в контексте ст. 352 Соглашения об ассоциации между Украиной и ЕС, поскольку их различия являются экономически мотивирующим криминогенным фактором, стимулирующим не только незаконное перемещение табачных изделий через границу, но и изготовление фальсифицированных табачных изделий, уклонение от налогов и сборов, других обязательных платежей.

3. Следует учитывать фактор активного присутствия участников системы «производство – трансграничное перемещение – сбыт» в социальных медиа средствах. Постепенно горизонтальные сетевые структуры по организации трансграничного перемещения и сбыта табачных изделий будут преобладать над вертикальными в силу их экономической целесообразности. Минимизации личных контактов между членами горизонтальной сети (поставщиками, перевозчиками) и покупателями способствует Facebook и другие социальные медиа средства.

4. Необходимы усилия по разрушению «культуры безнаказанности», которая является основой криминогенного потенциала деятельности местного населения пограничных регионов. Предусмотренная законодательством административная (а не уголовная) ответственность за анализируемое правонарушение, очевидно, усложняет эту задачу.

5. Обращает на себя внимание тот факт, что при заявленном среди ожидаемых результатов реализации Стратегии уменьшении объемов незаконного перемещения табачных изделий через таможенную границу Украины, собственно направлений достижения этого результата предусмотрено не так много. Среди них, введение уголовной ответственности за незаконное перемещение табачных изделий через таможенную границу Украины, усиление контроля за перемещением табачной продукции в ШПр через ГТ, морских портах и во время железнодорожных перевозок, усиление сотрудничества с таможенными и пограничными органами иностранных государств в сфере борьбы с незаконным перемещением табачных изделий через таможенную границу Украины. Представляется, что расширение перечня этих мер и является перспективным направлением дальнейших исследований.

<sup>1</sup> Стратегія у сфері протидії незаконному виробництву та обігу тютюнових виробів на період до 2021 року. Схвалено розпорядженням Кабінету Міністрів України від 23 серпня 2017 р. № 570-р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.kmu.gov.ua/ua/npas/250225276>

<sup>2</sup> Рамкова конвенція ВООЗ із боротьби проти тютюну. Конвенцію ратифіковано Законом № 3534-IV від 15.03.2006 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/897\\_001](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/897_001)

<sup>3</sup> Louise Shelley. *A Hazy Crisis: Illicit Cigarette Smuggling in the OSCE Region* July 19, 2017 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.csce.gov/sites/helsinkicommission.house.gov/files/CigaretteSmuggling.pdf>

<sup>4</sup> Illicit Trade Report 2015. World Customs Organization. 2015. – 154 p.

<sup>5</sup> A study of the illicit cigarette market in the European Union, Norway and Switzerland. KPMG. 2017. – 233 p. – P.15.

<sup>6</sup> Результати оперативно-службової діяльності ДПСУ за 2017 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://dpsu.gov.ua/ua/photo/infografika-rezultati-operativno-sluzhbovoi-diyalnosti-za-2017-rik/>

<sup>7</sup> Біля кордону з Румунією військовослужбовці Держприкордонслужби зупинили «цигарковий караван» 01.06.2018 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://dpsu.gov.ua/ua/news/Bilya-kordonu-z-Rumuniyu-viyskovosluzhbovci-Derzhpri-kordonsluzhbi-zupinili-cigarkoviy-karavan/>; На кордоні у Волинській області вилучили причеп з сигаретами на понад 200 тисяч гривень 01.06.2018 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://dpsu.gov.ua/ua/news/%20VIDEO%20-Na-kordoni-u-Volinskiy-oblasti-viluchili-prichep-z-sigaretami-na-ponad-200-tisyach-griven/>; Дельтаплан з сигаретами та контрабандистами прикордонники затримали на Буковині. 30.05.2018 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://dpsu.gov.ua/ua/news/deltaplan-z-sigaretami-ta-kontrabandistami-prikordonniki-zatrimali-na-bukovini/>

<sup>8</sup> *Тимець І.В.* Контрабанда тютюну в Галичині у XIX–XX ст. та передумови її виникнення / І.В. Тимець // Музейний вісник. – 2014. – № 14. – С. 192–201.

<sup>9</sup> Указанная работа. – С. 193.

<sup>10</sup> Указанная работа. – С. 199.

<sup>11</sup> *Скачко А.В.* Контрабанда и уклонение от уплаты таможенных платежей: стратегические направления уголовно-правовой политики противодействия им в современной России : дисс. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / А.В. Скачко. – Краснодар, 2017. – 377 с. – С. 247.

<sup>12</sup> Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо забезпечення збалансованості бюджетних надходжень у 2018 році : Закон України від 7 грудня 2017 р. № 2245-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2245-19/print1520522429510622>

<sup>13</sup> Eastern Partnership Annual Risk Analysis. 2017. FRONTEx. – 32 P.

<sup>14</sup> Risk Analysis for 2018. Warsaw, FRONTEx, 2018. – 54 p.

<sup>15</sup> Результати оперативно-службової діяльності ДПСУ за 2017 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://dpsu.gov.ua/ua/photo/infografika-rezultati-operativno-sluzhbovoi-diyalnosti-za-2017-rik/>

<sup>16</sup> Стратегія у сфері протидії незаконному виробництву та обігу тютюнових виробів на період до 2021 року. Схвалено розпорядженням Кабінету Міністрів України від 23 серпня 2017 р. № 570-р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.kmu.gov.ua/ua/npas/250225276>

<sup>17</sup> Митний кодекс України від 13 березня 2012 р. № 4495-VI : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4495-17/print1521041922740068>

<sup>18</sup> Проект Закону про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо криміналізації контрабанди підакцизних і контрафактних товарів (продукції) у великих розмірах № 2840. 15.05.2015 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=&pf3511=55114](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=55114) ; Про порядок денний восьмої сесії Верховної Ради України восьмого скликання: постанова Верховної Ради України від 20 березня 2018 р. № 2351-VIII : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2351-19/print1520522429510622>

<sup>19</sup> Москаль вирішив посилити покарання за контрабанду, що в вигляді законопроекту вже давно запропонував президентові Балога. 30.07.2015. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://zakarpattya.net.ua/News/143188-Moskal-vyryshyv-posulyty-pokarannia-za-kontrabandu-shcho-v-vyhliadi-zakonoproektu-vzhe-davno-zaproponuvav-prezydentovi-Baloha>

<sup>20</sup> О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в части усиления мер противодействия обороту контрафактной продукции и контрабанде алкогольной продукции и табачных изделий : Федеральный закон РФ от 31 декабря 2014 г. № 530-ФЗ.

<sup>21</sup> La France, championne d'Europe des cigarettes de contrebande. 8.06.2016 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://lexpansion.lexpress.fr/actualite-economique/la-france-championne-d-europe-des-cigarettes-de-contrebande\\_1800103.html](https://lexpansion.lexpress.fr/actualite-economique/la-france-championne-d-europe-des-cigarettes-de-contrebande_1800103.html)

<sup>22</sup> Michael D. Maltz, Herbert Edelhertz, Harvey H. Chamberlain, Combating cigarette Smuggling. Law enforcement guide. Washington, 1976. 39 P. 2 p.

<sup>23</sup> Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. Угоду ратифіковано із заявою Законом № 1678-VII від 16.09.2014 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/ru/984\\_011/page10](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/ru/984_011/page10)

<sup>24</sup> Directive 2014/40/Eu Of The European Parliament And Of The Council of 3 April 2014 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning the manufacture, presentation and sale of tobacco and related products and repealing Directive 2001/37/EC.

#### Резюме

**Філіппов С.А. Незаконное перемещение табачных изделий через таможенную границу: тенденции в контексте перспектив криминализации.**

В статье проанализированы тенденции, определяющие связь незаконного перемещения табачных изделий через границу с трансграничной преступностью, последствия такой связи, а также сформулированы пути противодействия данному явлению в контексте гармонизации политики Украины – ЕС в соответствующей сфере. Особое внимание уделено криминализации контрабанды подакцизных товаров.

**Ключевые слова:** трансграничная преступность, таможенная граница, табачные изделия, сигареты, криминализация, контрабанда.

#### Резюме

**Філіппов С.О. Незаконне переміщення тютюнових виробів через митний кордон: тенденції в контексті перспектив криміналізації.**

У статті проаналізовано тенденції, що визначають зв'язок незаконного переміщення тютюнових виробів через кордон із транскордонною злочинністю, наслідки такого зв'язку, а також сформульовано шляхи протидії цьому явищу в контексті гармонізації політики України – ЄС у відповідній сфері. Особливу увагу приділено криміналізації контрабанди підакцизних товарів.

**Ключові слова:** транскордонна злочинність, митний кордон, тютюнові вироби, сигарети, криміналізація, контрабанда.

#### Summary

**Filippov S. Illegal trafficking of tobacco products across the customs border: trends in the context of the criminalization prospects.**

The article analyzes the trends that define connection of illegal movement of tobacco products across the border to the cross-border crime, the consequences of such connections, also the ways of fighting this phenomenon in the context of harmonization policy of Ukraine and the EU in the relevant field have been formulated. Special attention is paid to the criminalization of smuggling of excisable goods.

**Key words:** cross-border crime, customs border, tobacco products, cigarettes, criminalization, smuggling.

Р.О. БОЛГОВ

*Руслан Олегович Болгов, аспірант Національної академії внутрішніх справ, приватний детектив***ГРУПИ СМЕРТІ – КІБЕРЗЛОЧИННІСТЬ НОВОГО РІВНЯ**

Загальновідомо, що основними елементами криміналістичної характеристики вбивства є низка ознак (спосіб вчинення, спосіб приховування, час та місце вчинення, типова слідова картина, характеристика особи злочинця), які під час розслідування допомагають виявити особу, яка вчинила злочин і притягнути її до відповідальності. Однак, коли способом вчинення злочину є доведення до самогубства через віртуальний простір, знайти справжнього злочинця – досить непросте річ. Особливе значення має підготовка психологічного портрета такого вбивці, вивчення його методів впливу на жертв, особистісних якостей тощо.

Так, у листопаді 2015 р. було викрито соціопата, який за допомогою маніпулювання та психологічного тиску підштовхував до самогубства дівчат через так звані «групи смерті» у мережі Інтернет. Це був резонанс, який, як лакмусовий папірець, виявив цілу низку проблем нашої правоохоронної та судової систем, а також безсилля на той час законодавства України протидіяти злочинам нового рівня – «кіберсуїцидальності». Під терміном «кіберсуїцидальність» ми розуміємо сукупність дій користувачів мережі Інтернет, що спрямовані на доведення до самогубства інших користувачів даної мережі. Це може здійснюватися шляхом: різноманітних маніпуляцій, психологічного тиску, шантажу, введення в оману, шляхом «гри», яка включає в себе нанесення собі (або іншим) пошкоджень та дій, які можуть призвести до летального випадку «гравця» або інших осіб. У результаті дій зазначеної особи офіційно було встановлено дев'ять жертв з Росії та України, яких було доведено до самогубства у такий спосіб<sup>1</sup>. Для України цей резонансний злочин виявив безсилля правоохоронної та судової систем, і актуальність пошуку та реалізації інструментів у протидії нового виду злочинності не викликало сумнівів.

**Метою** даної статті є аналіз виникнення такого нового суспільно-небезпечного діяння, як доведення до самогубства особи через її причетність до «груп смерті», а також засобів протидії цьому небезпечному явищу.

*Новизна роботи* полягає у висвітленні унікального практичного досвіду боротьби із новим видом злочинності – від постановки проблеми до внесення змін у чинне законодавство країни із залученням низки спеціалістів, в тому числі й приватних детективів. Ця «маленька перемога» вкотре довела необхідність ведення інституту приватної детективної діяльності задля покращення боротьби зі злочинністю в країні.

Більшість «груп смерті» були виявлені в соціальній мережі ВКонтакте. Ймовірно через те, що там зосереджувалося найбільше скупчення підлітків, яким було цікаво отримати нові враження, не замислюючись над наслідками, і навіть ті, що хотіли покінчити життя самогубством з різних причин. «Групи смерті» на перший погляд об'єднували осіб, які не могли самотужки впоратись зі своїм горем (у когось померла близька людина, хтось увійшов у депресивний стан, а комусь просто набридло жити). Однак основна мета їх створення – доведення до самогубства. Найбільш відомими серед них були: «f57», «Тихий Дом», «Море китов», «Синий кит», «Разбуди меня в 4:20» «Никомуненужнькая», «Секта снов», «ХАЙП», «Привет со дна», «Sedative», «Стать феей огня Винкс» та інші<sup>2,3</sup>.

Вважають, що масштабна діяльність таких груп почалася після самогубства громадянки Росії Р. Камболіної (1995 р.н.) – більш відомої в мережі як Ріна Паленкова<sup>4</sup>, яка 22 листопада 2015 р. лягла під потяг, перед цим відправивши повідомлення своїм друзям у мережі ВКонтакте із одним словом «ня.пока» та фото на фоні потягів. Після цього вона стала нібито іконою всіх суїцидальників в Росії (кількість «лайків» під фото – майже півмільйона). Спочатку вважали, що Р. Камболіноа була в «групі смерті» під назвою f57. Згодом цю інформацію спростували, але вже було пізно – механізм був запущений і підлітки почали масово намагатись вступити в цю «групу смерті». Пізніше з'явилися інші групи ідентичної тематики.

Для доведення до самогубства куратори «груп смерті» залучали учасників до так званої «гри». «Гра» починалася, коли учасник добровільно вступав в цю інтернет-спільноту<sup>5</sup>. Для вступу в «гру» необхідно було написати певні хеш-теги, (які зараз, завдяки розголосу та контролю правоохоронних органів, блокують) на своїй сторінці в мережі та чекати відповіді «куратора» наприклад: «#Тихий, что стоит на волнах. #Синий, что плывёт в . #Забирай меня, к себе. #Жду указаний. #Явигре . #жду #инструкций #синий , “жду”, “хочу”, “море”, “разбуди”, “спасименя”, “кит”, “синий\_кит”, “я\_в\_игре»». Далі втаємничені куратори пропонували виконувати низку завдань, причому завдання давались о 4:20 ранку. Саме в цей час йде активна фаза сну, і якщо людину розбудити, то вона більш чутлива до впливу, навіювання, гіпнозу тощо. Ця фізіологічна властивість організму застосовувалася «кураторами» задля маніпулювання та програмування дій на підсвідомому рівні.

Ось приблизний перелік завдань на кожен день, часу на виконання яких дається дуже мало. Це зумовлено тим, що на швидкості людина не в змозі правильно осмислювати інформацію та аналізувати її. Так, зазвичай, працюють професійні шахраї.

- «1. На руці лезом вирізати f57.
2. Прокинутися в 4.20 і дивитися страшні відео.
3. Порізати вздовж вен руку (не глибоко). Тільки три порізи.
4. Намалювати кита на аркуші.
5. Якщо ти готовий стати китом – пишеш на носі лезом «так». Якщо ні, то робиш зі своєю рукою все, що хочеш (багато порізів і так далі).
6. Завдання з шифром, як квест.
7. Видряпати f40.
8. Написати в статусі #я кит.
9. Повинен перебороти свій страх.
10. Встати в 4.20 і піти на дах.
11. Треба видряпати на руці кита або намалювати.
12. Цілий день дивитися страшні відео.
13. Слухати музику, яку вони тобі присилають.
14. Порізати губу.
15. Тикати руку голкою.
16. Зробити собі боляче.
17. Піти на найвищий дах і стояти на краю.
18. Залізти на міст.
19. Залізти на кран.
20. Перевірка на довіру.
21. Треба поговорити по скайпу з китом.
22. Сидіти вниз ногами на краю даху.
23. Знову завдання з шифром.
24. Секретне завдання.
25. Зустрітися з китом.
26. Тобі кажуть дату смерті, і ти повинен змиритися.
27. У 4.20 піти на рейки.
28. Ні з ким не спілкуватися.
29. Дати клятву, що ти кит.

З 30-го на 49-й день ти кожен день прокидаєшся, дивишся відео, слухаєш музику і кожен день робиш новий поріз на руці, розмовляєш з китом». На 50-й день надходить завдання вчинити самогубство.

Вже при проходженні початкових етапів куратори не давали кинути гру. Вони вимагали надіслати своє фото, особисті дані, а якщо учасник хотів вийти з гри, то починали надходити погрози розправи на рідними та близькими гравця.

Завдяки ініційованому розслідуванню та наполегливій праці низки експертів, журналістів та суспільства у лютому 2018 р. Верховною Радою України був прийнятий Закон України, за редакцією відомого кримінолога Анни Маляр, про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо встановлення кримінальної відповідальності за сприяння вчиненню самогубства), яким внесено зміни до ст. 120 КК України, де ч. 1 статті виклала у наступній редакції: «Доведення особи до самогубства або до замаху на самогубство, що є наслідком жорстокого з нею поводження, шантажу, систематичного приниження її людської гідності або систематичного протиправного примусу до дій, що суперечать її волі, схиляння до самогубства, а також інших дій, що сприяють вчиненню самогубства». У пояснювальній записці до законопроекту йшлося, що внесення цих змін до ст. 120 Кримінального кодексу дозволить притягати до відповідальності осіб, які спонукають до суїциду через Інтернет, зокрема користувачів соцмереж. 5 березня 2018 р. даний закон було підписано Президентом України<sup>6,7</sup>. На сьогодні кіберполіція України почала виявляти такі факти та діяти на попередження<sup>8</sup>.

За статистичними даними «Нової газети»<sup>9</sup>, за 2014–2015 рр. до самогубства було доведено 130 підлітків, які так чи інакше були причетні до смертоносної гри. Також було встановлено, що масові самогубства підлітків почалися ще в 2012 році. Однак встановити причетність «груп смерті» до цих самогубств вдалося лише через кілька років. Одними з перших, хто почав ретельно перевіряти дані випадки на рівні держави, стала Росія. Наприкінці 2015 р. Роскомнадзор почав блокувати такі спільноти і передавати інформацію про їх діяльність до правоохоронних органів Росії. Так було затримано першого підозрюваного, який був адміністратором «груп смерті» – 21-річного звукорежисера Ф. Будейкіна, більш відомого як «Філіп Лис», мешканця Московської області (м. Солянчогірськ). Йому висунули обвинувачення у підбурюванні до скоєння самогубства (ч. 4 ст. 33 та ст. 110 УК РФ) та обвинувачують у доведенні до самогубства майже 15 підлітків<sup>10</sup>. За два дні до свого арешту Будейкін дав інтерв'ю, у якому зазначив причину своїх злочинних дій: «...Есть люди, а есть биомусор. Это те, кто не представляет никакой ценности для общества и несут или принесут обществу только вред. Я чистил наше общество от таких людей. Началось в 2013 году. Тогда я создал «F57». Просто создал, посмотреть, что будет. Позаливал туда шок-контента, это начало привлекать людей. В 2014 году её забанили. Долго смеялся, когда видел, как все пытаются понять, что же значит «F57». Всё просто. F – Филипп, моё имя. 57 – последние цифры моего тогдашнего номера. Идею обдумывал на протяжении пяти лет. Можно сказать, готовился. Я продумывал концепцию проекта, конкретные уровни и этапы. Нужно было отделить нормальных от биомусора...»<sup>11</sup>.

Було ініційовано законопроект сенатора А. Белякова, який підкреслив, що діюче законодавство дозволяло адміністраторам «груп смерті» уникати відповідальності. У зв'язку з чим він розробив законопроект, який вводить в Кримінальний кодекс РФ нове поняття – «підбурювання до самогубства»: «...склонение лица к самоубийству путем уговора, подкупа, обмана, предоставления информации, направленной на формирование привлекательного восприятия самоубийства, в том числе содержащейся в средствах массовой информации и информационно-телекоммуникационных сетях, а также содействие совершению самоубийства советами, указаниями, предоставлением средств и орудий совершения самоубийства». Покарання за скоєння такого злочину передбачає, згідно із зазначеним вище законопроектом, обмеження волі строком від трьох років, а якщо ці дії були вчинені щодо неповнолітньої особи або скоєно групою осіб за попереднім зговором, то обмеження волі передбачає від п'яти до дев'яти років<sup>12</sup>.

Казахстанський детектив Рустам Мірзабаєв, власник Аутсорингової компанії «Бюро незалежних розслідувань», зазначив, що особливу увагу до даної проблеми в їх країні звернули після виходу вищезазначеної статті в «Новій газеті». Широко обговорювалася ця тема в соцмережах, ЗМІ, юристами, психологами, пред-

ставниками державних органів та громадських організацій, та депутатами Парламенту. Зі слів Р. Мізарбасва, випадки дитячих суїцидів у країні є, однак відсутня офіційна статистика з прив'язкою саме до «груп смерті». Основними засобами боротьби з «групами смерті» в Казахстані є:

- а) блокування виявлених груп за рішенням прокуратури або через суд;
- б) виявлення таких груп органами внутрішніх справ та комітетом національної безпеки;
- г) робота в навчальних закладах серед дітей;

д) створення телефонів довіри та сторінки на сайті Міністерства інформації для надання інформації про виявлені «групи смерті» населенням. Також багато пропозицій щодо протидії обговорюється як громадянами, так і депутатами. Наприклад, обмеження доступу дітей до 16 років в соцмережі, внесення поправок до законодавства, повне закриття доступу до таких ресурсів. Однак одна з проблем протидії «групам смерті» в тому, що такі ресурси знаходяться за межами країни і впливати на них можливо лише за допомогою письмових повідомлень через офіційні структури<sup>13</sup>.

Отже, питаннями «груп смерті» сьогодні активно займаються поліція, кіберполіція, психологи, кримінологи, журналісти, детективи та просто небайдужі громадяни, які роблять все можливе щодо виявлення таких груп і осіб, які намагаються довести до самогубства підлітків та дітей. В Україні вже проходять навчальні безкоштовні семінари з профілактики та превенції дій таких груп, ведуться роботи з постраждалими. Постійно перевіряється мережа на предмет виявлення «груп смерті», їх адміністраторів та кураторів.

Так, психологи радять батькам приділяти більше уваги своїм дітям, звертати увагу і адекватно реагувати на зміну їх поведінки, навіть моніторити їх соціальні сторінки (не рекомендується забороняти або відбирати гаджети, набагато краще самим зареєструватись в соціальній мережі, додатись у друзі та бачити, з ким дружить ваша дитина, в яких групах перебуває і які пости та якого характеру публікує). У разі виявлення дивної поведінки дитини рекомендують насамперед звернутися до психологів (щоб встановити її причини) та працівників кіберполіції. Повідомити їх про ресурс, де було виявлено заклик до вчинення самогубства або ж до подібних дій, а також зробити скріншот (обов'язково із зображення самого посилання на даний пост), який також надати поліції, а у разі отримання таких фото через ММС або отримання будь-яким месенджером, зафіксувати час та абонента, від якого надійшло дане повідомлення<sup>14</sup>.

<sup>1</sup> Серійний маніяк в інтернеті. Телепрограма «Говорить Україна»: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://burorus.com/index.php/my-v-smi/138-serijnjy-manyak-v-internete-polnuy-vypusk-govorit-ukrajina>

<sup>2</sup> Опасные интернет-сообщества: «Синий кит», «Тихий дом», «Море китов». Телепрограма «ПравДиво-шоу»: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://youtu.be/hOY9R10fYZo>

<sup>3</sup> Групи смерті. Телепрограма «Стосується Кожного»: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.youtube.com/watch?v=37g-oJ8vUEA&feature=youtu.be&t=3442>

<sup>4</sup> Рина Паленкова: 17-летняя смертница «убила» сотни своих ровесников. Жуткий феномен Ренаты Камболиной: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.gazeta.kg/news/incidents-news/81366-rina-palenkova-17-letnyaya-smertnica-ubila-sotni-svoih-rovesnikov-zhutkiy-fenomen-renaty-kambolinoy-foto-video.html>

<sup>5</sup> Группы смерти» ВКонтакте: взгляд изнутри: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://detective-wandering-cottage.com/viewtopic.php?f=33&t=261#p805>

<sup>6</sup> Рада ввела уголовную ответственность за содействие в самоубийстве, в том числе и через интернет: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://burorus.com/index.php/articles/160-rada-vvela-ugolovnuyu-otvetstvennost-za-sodejstvie-v-samoubijstve-v-tom-chisle-i-cherez-internet>

<sup>7</sup> Про внесення зміни до статті 120 Кримінального кодексу України щодо встановлення кримінальної відповідальності за сприяння вчиненню самогубства: Закон України від 8 лютого 2018 р. № 2292-19: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2292-19>

<sup>8</sup> Киберполиция заблокировала более тысячи «групп смерти» в соцсетях Подробности УНИАН: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.unian.net/society/2318456-kiberpolitsiya-zablokirovala-bolee-tyisyachi-grupp-smerti-v-sotssetyah-knyazev.html>

<sup>9</sup> Группы смерти (18+) // Нова газета. – 16.05.2016: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.novayagazeta.ru/articles/2016/05/16/68604-gruppy-smerti-18>

<sup>10</sup> Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (ред. от 19.02.2018): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_10699/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_10699/)

<sup>11</sup> Администратор «групп смерти». Чистосердечное признание (аудиозапись) // Санкт-Петербург.ру. – 15.11.2016: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://saint-petersburg.ru/m/society/grachev/353694/?utm\\_source=&utm\\_medium=&utm\\_campaign=v-seti-rouavilos-intervyu-s-filippom-lis](http://saint-petersburg.ru/m/society/grachev/353694/?utm_source=&utm_medium=&utm_campaign=v-seti-rouavilos-intervyu-s-filippom-lis)

<sup>12</sup> Статью УК «Доведение до самоубийства» предлагают дополнить пунктом о склонении к уходу из жизни: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://iz.ru/news/616662>

<sup>13</sup> Суд заблокировал «группы смерти» в «ВКонтакте» на территории Казахстана: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://tengrinews.kz/internet/sud-zablokiroval-gruppy-smerti-vkontakte-territorii-312186/>

<sup>14</sup> *Ієрусалимов І.О.* Пропозиції до методичних рекомендацій щодо протидії кримінальним правопорушенням, пов'язаним з діяльністю «груп смерті» в соціальних інтернет мережах та мобільних додатках IP-телефонії/2017

### Резюме

#### **Болгов Р.О. Групи смерті – кіберзлочинність нового рівня.**

У статті розглянуто проблематику такого кримінального правопорушення, як доведення до самогубства через соцмережі. Наведено приклади так званих «груп смерті», що реалізували свою злочинну діяльність як в межах України, так і за кордоном.

Описано засоби боротьби та запобігання з цим правопорушенням як в межах нашої країни, так і на прикладах Росії та Казахстану.

**Ключові слова:** групи смерті, доведення до самогубства, Кримінальний Кодекс України.

#### Резюме

***Bolgov P.O. Группы смерти - киберпреступность нового уровня.***

В статье рассмотрена проблематика такого уголовного преступления, как доведение до самоубийства через соцсети. Даны примеры так называемых «групп смерти», которые реализовали свою преступную деятельность как в пределах Украины, так и за рубежом. Описаны средства борьбы и предотвращения этих правонарушений как в пределах нашей страны, так и на примере России и Казахстана.

**Ключевые слова:** группы смерти, доведение до самоубийства, Уголовный Кодекс Украины.

#### Summary

***Bolgov R. Death groups – new cyber crime.***

The article deals with a criminal offense as suicide through social networks. Examples of so-called «death groups» that have realized their criminal activity both within Ukraine and abroad are considered. The means of struggle and prevention of this offense are described both within our country, and on an example of Russia, Kazakhstan.

**Key words:** death groups, suicide attempts, Criminal Code of Ukraine.

УДК 343.985.7

### І.О. ВАЩЕНКО

*Ірина Олександрівна Ващенко, асистент кафедри Національного університету «Одеська юридична академія»*

## ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛІСТИЧНІЙ ХАРАКТЕРИСТИКИ ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ ОБІГУ НАРКОТИЧНИХ ЗАСОБІВ, ПСИХОТРОПНИХ РЕЧОВИН, ЇХ АНАЛОГІВ АБО ПРЕКУРСОРІВ

Криміналістична характеристика як наукова абстракція має не тільки теоретичне значення, а й практичну цінність. Не зважаючи на довготривалу дискусію стосовно криміналістичної характеристики злочинів, дискусійними залишаються питання про її структуру й характеристику основних елементів. Це стосується повною мірою й криміналістичних характеристик окремих видів злочинів, також і стосовно злочинів у сфері обігу наркотиків.

Проблемам криміналістичної характеристики злочинів приділялась увага вченими-криміналістами. Це, зокрема: Р.С. Белкін, В.П. Бахін, В.І. Громов, А.В. Дулов, В.Є. Коновалова, О.М. Колесніченко, І.М. Лузгін, В.О. Образцов, В.Г. Танасевич, Б.М. Шавер, І.М. Якімов, М.П. Яблоков та ін. Так, питанням розслідування злочинів у сфері обігу наркотичних засобів присвячені роботи: С.А. Данильяна, О.А. Єсіної, В.А.Коханова, О.В. Кузнєцова, Т.Б. Куликової, О.В. Одерія, А.М. Поляха, С.А. Роганова, О.Ю. Самохіна, А.В. Сивачева, В.С. Фоменка, А.М. Щукіна та ін.

**Метою** статті є криміналістична характеристика злочинів у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів. Завданням є з'ясування змісту, особливостей та кола елементів, які входять до криміналістичної характеристики зазначених злочинів.

Криміналістична характеристика злочинів складається з низки елементів. З моменту появи розглянутого поняття в літературі цьому питанню приділялося дуже багато уваги. Якщо звернутися до тлумачень цієї категорії, що знайшли своє місце в роботах із методики розслідування окремих видів злочинів, то можна помітити, що більшість криміналістів називають серед найважливіших її структурних елементів: дані про спосіб вчинення злочину; дані про характерні сліди, що залишаються на місці злочину; обстановку вчинення злочину; предмети посягання; осіб, що вчиняють злочини; особистість потерпілого; типові кримінальні ситуації; слідчу ситуацію; характерні мотиви та ін.

Така різноманітність думок з приводу структури криміналістичної структури злочинів дає змогу зробити висновок про те, що в ряді випадків авторами взагалі не встановлюється обмеження за її обсягом, змістовною й функціонально спрямованістю елементів, які включаються до неї, оскільки до неї включаються елементи як за криміналістичними, так і за кримінально-правовими, кримінально-процесуальними і кримінологічними ознаками<sup>1</sup>, або структура лімітується мінімальним переліком таких елементів, що складаються з даних про властивості суб'єкта злочину, особливості способу його вчинення і своєрідність обстановки злочинного посягання<sup>2</sup>.

Тому для визначення кола елементів криміналістичної характеристики злочинів необхідно, як зазначає В.В. Тіщенко, дотримуватися принаймні таких умов: а) перша: набір її елементів повинен бути системним, що забезпечує повноцінне функціонування розглянутого поняття й відбиває основні закономірності у механізмі такого функціонування; б) друга: виділені елементи повинні мати здатність нести інформацію про зміст і значення слідів – відображень і механізм їхнього утворення, відбивати можливості побудови моделі події в цілому чи окремих її елементів при дефіциті інформації, щодо окремих обставин, особливостей взаємозв'язку і відносин між ними, показувати таким чином шляхи та засоби пізнання розслідуваної події<sup>3</sup>.

Проаналізувавши існуючі точки зору щодо змісту та структури криміналістичної характеристики, можна виділити такі її основні елементи стосовно злочинів у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів: відомості щодо предмета злочинного посягання, способи вчинення злочинів, особу злочинця, типові сліди злочину й обстановку вчинення злочинів. Зазначені елементи взаємопов'язані прямо чи опосередковано, мають кореляційні зв'язки, а дані узагальнення слідчої практики та кримінальних проваджень є підґрунтям для встановлення такої залежності, що в кінцевому результаті є основою побудови оптимальної та ефективної методики розслідування<sup>4</sup>.

У криміналістичному аспекті предмет безпосереднього посягання – це матеріальні утворення. Останніми можуть бути найрізноманітніші фізичні тіла, речі й предмети органічного та неорганічного походження, які виступають матеріальним виразом суспільних відносин. Предметом безпосереднього посягання у криміналістичному плані може бути і людина, тобто її тілесна організація, що розглядається як фізико-біологічна система, яка може вступати у різні взаємодії, відображати себе у матеріальному середовищі<sup>5</sup>. Для криміналістичної характеристики предмет злочинного посягання важливий як слідоутворюючий об'єкт, що дає змогу будувати версії про механізм слідоутворення, вид слідів на взаємодіючих об'єктах (злочинці, обстановці місця події). Такий підхід до предмета безпосереднього посягання створює передумови використання типових слідчих ситуацій для побудови методики розслідування конкретного злочину.

Предметом злочинного посягання досліджуваної категорії злочинів відповідно до чинного кримінального законодавства є наркотичні засоби, психотропні речовини, їх аналоги або прекурсори. Визначення поняття наркотичних засобів та їх переліку законодавець сформулював у Законі України «Про обіг в Україні наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів» від 8 липня 1999 року. Перелік наркотичних засобів, психотропних речовин (далі – Перелік) також затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 6 травня 2000 р. № 770 з відповідними змінами. До відповідного переліку наркотичних засобів аналоги не віднесені.

**Наркотичними засобами** (ст. ст. 305–309, 313–320 КК України) є речовини природного (рослини) або синтетичного (препарату) походження, які у разі зловживання ними становлять небезпеку для здоров'я населення. Як наркотичні засоби в Україні широке розповсюдження отримали: декстраморамід, декстрапроксифен, діаморфін (героїн), метадон, морфін, пентазоцин, петідін та ін. Особливу небезпеку являє собою поява нових синтетичних наркотичних засобів. Широке розмаїття наркотичних засобів зумовлює наявність великої кількості підходів до їх класифікації: окремі автори нараховують до 12 підстав до їх систематизування<sup>6</sup>. Найбільш розповсюдженим у криміналістичній літературі є поділ наркотиків залежно від джерел їх походження на рослинні (природні) та синтетичні наркотичні засоби. Окремо можна виділити підклас напівсинтетичних наркотичних засобів<sup>7</sup>.

**Психотропні речовини** (ст. ст. 305–309, 313–315, 317–320 КК України) – це матеріальні об'єкти, що виникли в результаті хімічних процесів та введені до спеціального реєстру, оскільки зловживання ними становить небезпеку для здоров'я населення. Прекурсори (ст. ст. 305, 306, 311, 312, 318, 320 КК України) не є наркотичними препаратами, це речовини та їх солі, що внесені до спеціального реєстру, оскільки використовуються в процесі виробництва та виготовлення наркотичних засобів, а також психотропних речовин. До Переліку як прекурсори, зокрема, внесені: ацетон, етиловий ефір, сірчана кислота, соляна кислота та інші.

**Аналоги наркотичних і психотропних речовин** (ст. ст. 305–309, 313–315, 317, 320 КК України) – заборонені до обігу на території України речовини синтетичні чи природні, не включені до Переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, хімічна структура та властивості яких подібні до хімічної структури та властивостей наркотичних засобів і психотропних речовин, психоактивну дію яких вони відтворюють<sup>8</sup>.

Останнім часом привертає увагу громадськості поява так званих курильних сумішей або трав'яних ароматизованих сумішей, міксів, спайсів, оскільки в них у великій кількості присутні синтетичні канабіноїди, які викликають психічні розлади та становлять потенційну загрозу для здоров'я людини<sup>9</sup>.

Одним із центральних елементів криміналістичної характеристики є спосіб вчинення злочину. У криміналістичній літературі дискусійними залишаються питання стосовно способу вчинення злочину і його структури. Цьому питанню приділялася увага такими вченими, як В.П. Колмаковим, Г.М. Мудьогінім, О.М. Колесніченком, Г.А. Густовим та іншими науковцями. З урахуванням вищезазначених дискусій, ми дійшли висновку що дані про спосіб вчинення злочинів у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів виступає основою для: а) висування версій; б) планування та організації розслідування; в) вибору оптимального шляху розслідування; г) прогнозування механізму вчинення злочину; д) розробки заходів попередження злочинів<sup>10</sup>.

Переважає більшість досліджуваних злочинів, як правило, вчиняються з попереднім приготуванням. Дії з підготування злочину включають: вибір місця для зберігання наркотиків; вибір об'єкта для їх збуту; роз-



робку плану вчинення злочину; підбір співучасників у розподілі ролей. Дії щодо безпосереднього вчинення аналізованих злочинів диференціюється на декілька різнопланових способів, що утворюють самостійні склади злочинів: незаконне виготовлення, придбання, у тому числі шляхом розкрадання, крадіжок; зберігання, перевезення, пересилка, збут наркотичних засобів; контрабанда наркотичних засобів, психотропних речовин або прекурсорів. Особливістю незаконного обігу наркотичних засобів є те, що окрема злочинна діяльність (наприклад, незаконне виготовлення, контрабанда і придбання) може бути як самостійною, так і паралельною, пов'язаною воєдино підсистемою<sup>11</sup>. При цьому, на думку В.С. Фоменка, слід врахувати, що більшість злочинів розглядуваної категорії є продовжуваною і має, як правило, організований характер, коли кожне окреме діяння (виготовлення, зберігання, збут тощо) є лише окремою ланкою в загальному ланцюжку злочинів, учинених різними особами в різних місцях і в різний час. При цьому переважна більшість способів учинення наркозлочинів спрямована зрештою на отримання максимального можливого прибутку та наступну легалізацію доходів, отриманих злочинним шляхом<sup>12</sup>, що, у свою чергу, утворює окремий склад злочину, передбаченого ст. 306 КК України.

Не менш важливим є наступний елемент криміналістичної характеристики злочинів, пов'язаних з обігом наркотичних засобів – це слідові картини. Типові сліди злочину є важливою інформаційно-змістовною ланкою між всіма елементами криміналістичної характеристики злочинів у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин їх аналогів або прекурсорів. Завдяки цьому елементу формується доказова база стосовно вчиненого злочину та будуються слідчі версії. Правильна оцінка «слідової картини» допомагає створити основи для найбільш швидкого розпізнання того чи іншого способу вчинення злочину за окремими ознаками. Учinenня злочинів у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин їх аналогів або прекурсорів призводить до виникнення безлічі найрізноманітніших слідів, що поряд з іншими джерелами інформації дають змогу не тільки правильно кваліфікувати вчинене, а й вибирати засоби і методи для розкриття та розслідування цих злочинів<sup>13</sup>. Дані про сліди й одержувана у зв'язку з цим інформація є необхідною умовою забезпечення всебічного, повного, об'єктивного дослідження обставин розслідуваного злочину.

«Слідова картина», як елемент криміналістичної характеристики злочину, являє собою сукупність джерел матеріальних та ідеальних відображень, що відображаються в матеріальному середовищі внаслідок його вчинення. Отже, слідові картини злочинів у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин їх аналогів або прекурсорів – це сукупність абстрагованої інформації про типові матеріальні й ідеальні сліди-ознаки даного злочину, характерні для певних способів зазначеної категорії злочинів, що знаходяться у кореляційній взаємозалежності між особистістю злочинця і предметом посягання<sup>14</sup>.

У зв'язку з цим, на наш погляд, типові «слідові картини» злочинів, що розглядаються, доцільно досліджувати та класифікувати за способами їх учinenня<sup>15</sup>. Саме через спосіб, головним чином, і виявляється процес злочинного акту. Таким чином доцільно типові сліди незаконного обігу наркотичних засобів поділити на кілька груп: 1) сліди виготовлення, вирощування наркотичних засобів; 2) сліди зберігання, перевезення, збуту й придбання наркотичних засобів; 3) сліди порушення правил виробництва, придбання, обліку, зберігання, відпуску, перевезення або пересилання наркотичних засобів; 4) сліди споживання наркотичних засобів; 5) сліди впливу наркотичних засобів на організм людини та ін; (8, Грачев).

Не менш важливим є такий елемент криміналістичної характеристики, як дані про особу злочинця. Значення та врахування ознак особи злочинця може надати істотну допомогу в розкритті та розслідуванні злочинів та запобіганні злочинних проявів. Слід відмітити, що проблема криміналістичної характеристики особи злочинця для методики розслідування злочинів зазначеної категорії злочинів є першочерговою та потребує постійної уваги з боку доктринального дослідження. Це пояснюється динамікою розвитку суспільства в цілому і особи як його складової частини: з неминучим розвитком суспільства змінюються цінності, криміналізуються і декриміналізуються діяння, що в свою чергу змінюють і характер особистості.

Криміналістику і методику розслідування злочинів зокрема цікавлять такі дані про особу злочинця, які вказують на закономірні зв'язки між нею та учиненим злочином, виявляються зовні в різних слідах.

На думку деяких авторів, спосіб і обстановка вчинення наркозлочинів перебувають у прямій залежності від якостей особи. У зв'язку із цим комплекс ознак осіб, які вчиняють ці злочини, становлять соціально-демографічні, виробничо-побутові, соціально-правові характеристики, а також окремі психофізичні ознаки осіб. У спеціальній літературі пропонуються також інші ознаки осіб, причетних до наркозлочинів: відомості про уміння та навички, медичні характеристики<sup>16</sup>.

Злочинна діяльність, пов'язана з незаконним обігом наркотиків, утворює глибоко законспірований ланцюжок дій осіб, які пов'язані між собою і здійснюють протиправний рух наркотичних засобів від джерела (виготовлення, придбання та ін.) до споживачів – наркоманів. У зв'язку із цим характеристики особи злочинця необхідно розглянути у співвідношенні з певними етапами такої діяльності. Так, за класифікацією, запропонованою В.М. Шевчуком, до осіб, які беруть участь у незаконному обігу наркотичних засобів, належать: виробники, розповсюджувачі, розкрадачі, перевізники, споживачі наркотиків, організатори злочинних угруповань. Слід зазначити, що у практиці правоохоронної діяльності зазначається тенденція до поетапної зміни «рольових» функцій, коли споживач з часом стає дрібним збувальником наркотиків.

Деякі вчені розглядають особу злочинця у сфері незаконного наркообігу, виходячи з їх особистісних характеристик, масштабу злочинної діяльності, ступеня її стійкості, мотивації, рольовій функції, входження в організовану структуру або заняття індивідуальним дрібним наркобізнесом. Так, виділяють наступні типи особистості: а) крупні наркоділки; б) рядові учасники злочинних груп та «челядь» лідерів (охорона і т.п.);

в) особи, які вирощують рослини, що містять в собі наркотики; г) збирачі дикоростучих рослин, що містять в собі наркотики; д) збувальники-професіонали; е) наркомани.

Єдину характеристику особи злочинця навряд чи можна скласти, оскільки між виготовленням наркотичного засобу і його вживанням наркоманом розташовується мережа посередників, що займаються: а) виробництвом; б) відправленням; в) перевезенням; г) отриманням; д) реалізацією.

З урахуванням викладеного можна виділити наступні, найбільш характерні види злочинців у сфері незаконного наркообігу: **1) виробники; 2) скупники-оптовики; 3) збувальники-професіонали; 4) перевізники; 5) «споживачі наркотиків» 6) «наркомани».** Сфера незаконного обігу наркотичних засобів представлена не тільки одинаками, які самостійно виготовляють, купують, споживають і збувають наркотики, а й організованими групами. Висока вартість наркотичних засобів на нелегальному ринку, порівняно малі витрати, необхідні для їх виготовлення, наявність стабільного ринку збуту наркотиків зумовлюють зв'язок злочинів, пов'язаних з виготовленням, зберіганням і збутом наркотиків, з організованою злочинною діяльністю<sup>17</sup>.

Вчинення кожного злочину супроводжується певним комплексом реалій дійсності, котрі безпосередньо або опосередковано впливають на всі етапи реалізації злочинного діяння. Кожен злочин, його підготовка, вчинення й приховання здійснюються в тій чи іншій обстановці, у тих чи інших умовах, що здатні впливати на інші елементи криміналістичної характеристики. Саме обстановка злочину, як комплексна категорія, що включає до свого складу ряд взаємопов'язаних елементів, дає змогу формувати цілісне сприйняття сукупності умов, у котрих відбувався злочин.

Характерною ознакою обстановки вчинення наркозлочинів є те, що важливе значення мають не тільки обставини, які супроводжували його вчинення, а й ті, що передували йому, і ті, що виникли після його вчинення<sup>18</sup>. До основних криміналістично значимих ознак обстановки злочинів належать місце й час їх учинення, що має серйозне значення для їх своєчасного і якісного розкриття та розслідування. Незаконне виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, збут або контрабанда наркотичних засобів учиняються активними діями суб'єкта в конкретному місці, у певний час із застосуванням різних засобів, унаслідок чого утворюються специфічні сліди. Розглянуті злочини вчиняються здебільшого в обстановці, що забезпечує конспірацію незаконних операцій з наркотичними засобами. Говорячи про просторово-часову характеристику злочинних дій даної категорії, необхідно зазначити, що вони, як правило, учиняються в різних місцях, нерідко значно віддалених один від одного й у різний час. Обстановка, що складається після вчинення злочину, характеризується здебільшого повним або частковим зникненням слідів злочину. Відбуваються зміни й знищення матеріальних слідів злочину у місцях учинення злочину під впливом зміни або виникнення нових умов і обставин, які можуть мати як об'єктивний, так і суб'єктивний характер<sup>19</sup>.

Криміналістична характеристика злочинів у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів не вичерпується наведеним визначенням та описом її елементів і потребує подальшого наукового розроблення, аналізу та постійної уваги з боку доктринального дослідження.

<sup>1</sup> Гавло В.К. К вопросу о криминалистической характеристике преступлений / В.К. Гавло // Вопросы повышения эффективности борьбы с преступностью: сб. науч. трудов. – Томск: Изд-во Томск. ун-та, 1980. – С. 113–124.

<sup>2</sup> Танасевич В.Г. Значение криминалистической характеристики преступлений и следственных ситуаций для методики расследования / В.Г. Танасевич // Актуальные проблемы советской криминалистики: сб. науч. трудов. – М., 1980. – С. 83–89.

<sup>3</sup> Тищенко В.В. Теоретичні і практичні основи методики розслідування злочинів: моногр. / В.В. Тищенко // Одеська національна юридична академія. – О. : Фенікс, 2007. – С. 59.

<sup>4</sup> Аленин Ю.П. О структуре методики расследования преступления / Ю.П. Аленин // Юридична освіта і правова держава: зб. наук. праць. – О.: Астропринт, 1997. – С. 244–249.

<sup>5</sup> Смирнов І.В. Деякі пріоритетні напрями удосконалення боротьби з наркобізнесом і наркоманією в Україні / І.В. Смирнов // Вісн. Нац. ун-ту внутр. справ. – Х., 2004. – Вип. 28. – С. 3–12.

<sup>6</sup> Самохін О.Ю. Зміст криміналістичної характеристики незаконного обігу наркотичних засобів / О.Ю. Самохін // Вісник Київського нац. університету ім. Т. Шевченка: Юридичні науки. – 2004. – № 60–62. – С. 47–50.

<sup>7</sup> Взрывчатка и наркотики: Особенности назначения экспертиз: Пособие для следователей и оперативных работников / М.А. Михайлов, В.С. Позий. – Симферополь: ДОЛЯ, 2002. – С. 56.

<sup>8</sup> Про наркотичні засоби, психотропні речовини і прекурсори : Закон України від 15 лютого 1995 р. № 60/95-ВР : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/60/95-%D0%B2%D1%80>

<sup>9</sup> Шепітько В.Ю. Розслідування злочинів корупційної спрямованості: наук. – практ. посіб. / В.Ю. Шепітько, В.А. Журавель. – Х.: Харків юрид., 2013. – С. 3.

<sup>10</sup> Зуйков Г.Г. Криминалистическое учение о способе совершения преступлений / Г.Г. Зуйков // Социалистическая законность. – 1971. – № 1. – С. 42–56.

<sup>11</sup> Настільна книга слідчого: наук.-практ. видання для слідчих і дізнавачів / М.І. Панов, В.Ю. Шепітько, В.О. Коновалова та ін. – 2-е вид. – К.: Вид. дім «Ін. Юре», 2007. – 728 с.

<sup>12</sup> Фоменко В.С. Расследование преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / В.С. Фоменко. – М., 2007. – С. 28.

<sup>13</sup> Криміналістика: підруч. для студ. вищ. навч. закл. / В.Ю. Шепітько. – К.: Ін Юре, 2010. – С. 331.

<sup>14</sup> Кулеха І. Кодеїнове божевілля : в Україні частішають випадки немедичного вживання ліків / І. Кулеха // Юрид. вісник України. – 2012. – № 33. – С. 12–13.

<sup>15</sup> Кахановский Ф.Н. Обнаружение и выделение синтетических каннабиноидов, содержащихся в некоторых курительных смесях / Ф. Н. Кахановский, О.А. Посильский, Н.В. Шальга // Криміналіст. вісник. – 2010. – № 1 (13). – С. 155–161.

<sup>16</sup> Майоров А.А. Криминологическая характеристика лиц, связанных с незаконным оборотом наркотиков / А.А. Майоров // Российский следователь. – 2009. – № 2. – С. 23.

<sup>17</sup> Предупреждение, выявление и расследование преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотиков, совершенных на территориях нескольких государств-участников СНГ: пособ. / А.А. Куприянов, О.Е. Третьяков, В.А. Верещагин и др. – М.: ВНИИ МВД РФ, 2005. – С. 155.

<sup>18</sup> Таркова С.А. Феномен музыки и ее влияние на человека (доксографические суждения): моногр. / С.А. Таркова. – Х.: Нове слово, 2011. – С. 84–96.

<sup>19</sup> Сергатию М.О. Характеристика злочинних груп, що займаються незаконним обігом наркотиків / М.О. Сергатию // Науковий вісник Юридичної академії Міністерства внутрішніх справ. – 2003. – № 3. – С. 246–249.

#### Резюме

**Ващенко І.О. Особливості криміналістичної характеристики злочинів у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів.**

У даній статті здійснено криміналістичну характеристику злочинів у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, з'ясовано її особливості та зміст елементів з урахуванням специфіки зазначених злочинів.

**Ключові слова:** криміналістична характеристика, особливості криміналістичної характеристики, елементи криміналістичної характеристики, наркотичні засоби, психотропні речовини, прекурсор, аналоги наркотичних засобів, наркозлочини.

#### Резюме

**Ващенко И.А. Особенности криминалистической характеристики преступлений в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов или прекурсоров.**

В данной статье осуществлена криминалистическая характеристика преступлений в сфере оборота наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов или прекурсоров, выяснены особенности и содержание ее элементов с учетом специфики указанных преступлений.

**Ключевые слова:** криминалистическая характеристика, особенности криминалистической характеристики, элементы криминалистической характеристики, наркотические средства, психотропные вещества, прекурсоры, аналоги наркотических средств, наркопреступления.

#### Summary

**Vashchenko I. Features of the criminalistics characteristics of crimes in the sphere of trafficking in narcotic drugs, psychotropic substances of their analogues or precursors.**

In this article, a criminalistics characterization of crimes in the sphere of trafficking in narcotic drugs and psychotropic substances of their analogs or precursors has been made, its features and the content of its elements have been clarified, taking into account the specifics of these crimes.

**Key words:** criminological characteristics, characteristics of the criminalistics characteristics, elements of the criminalistics characteristics, narcotic drugs, psychotropic substances, precursors, analogues of narcotic drugs, drug offenses.

УДК 343.1(477)

**Є.О. ГОВОРУН**

*Євгенія Олексіївна Говорун, аспірант Харківського національного університету внутрішніх справ, прокурор відділу прокуратури Харківської області*

## АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ВСТАНОВЛЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ СТРОКІВ ПРОКУРОРОМ, СЛІДЧИМ СУДДЕЮ, СУДОМ

Вперше нормами чинного Кримінального процесуального кодексу України передбачено право прокурора, слідчого судді та суду встановлювати процесуальні строки у кримінальному провадженні. Проте вказані повноваження є недостатньо оцінені та не повною мірою використовуються у практичній діяльності вказаних суб'єктів.

Аналіз чинного КПК України надає вказівку лише на такі суб'єкти встановлення процесуальних строків, як прокурор, слідчий суддя, суд.

Аналіз слідчої та судової практики дає можливість стверджувати, що орган досудового розслідування також має право встановлювати процесуальні строки під час досудового розслідування у кримінальному провадженні.

Вивченню проблематики встановлення процесуальних строків прокурором, слідчим суддею, судом приділено увагу у працях С.О. Заїки, В.Г. Клочкова, Є.Г. Коваленка, Т.Л. Корепанової, О.М. Ларіна, В.Т. Малярєнка, О.Р. Михайленка, В.В. Рожнової, В.Т. Томіна, С.Б. Фоміна, Г.В. Юркової, Р.Х. Якупова та інших науковців.

Незважаючи на це, враховуючи реформування кримінального процесуального законодавства України, актуальність питання встановлення процесуальних строків прокурором, слідчим суддею, судом потребує подальшого дослідження та удосконалення.

**Метою** даної статті є аналіз окремих питань законодавчої регламентації встановлення процесуальних строків прокурором, слідчим суддею, судом, вивчення судової практики з цього питання, а також формулювання пропозицій щодо його удосконалення.

Задля повного розуміння меж встановлення процесуальних строків прокурором, слідчим суддею слід насамперед виходити з поняття процесуального строку.

Відповідно до законодавчого визначення процесуальні строки – це встановлені законом або відповідно до нього прокурором, слідчим суддею або судом проміжки часу, у межах яких учасники кримінального провадження зобов'язані (мають право) приймати процесуальні рішення чи вчиняти процесуальні дії (ч. 1 ст. 113 КПК України)<sup>1</sup>.

Процесуальний строк обов'язково пов'язаний із прийняттям якогось процесуального рішення чи вчиненням процесуальної дії (утриманням від неї). Це обумовлено тим, що норми про строки встановлюють правила поведінки суб'єктів кримінальної процесуальної діяльності, визначаючи, протягом якого проміжку часу має бути прийнято рішення чи вчинена дія (сукупність дій), тобто встановлюють порядок процесуальної діяльності. У результаті строки регулюють суспільні відносини, які мають місце у сфері кримінального судочинства і, відповідно, є процесуальними засобами нормативного характеру<sup>2</sup>.

Разом із тим, відповідно до ч. 1 ст. 114 КПК України, для забезпечення виконання сторонами кримінального провадження вимог розумного строку слідчий суддя, суд має право встановлювати процесуальні строки у межах граничного строку, передбаченого цим Кодексом, з урахуванням обставин, встановлених під час відповідного кримінального провадження.

Як ми бачимо, законодавець визначив як суб'єктів встановлення строків: слідчого суддю та суд, оминувши не менш важливого суб'єкта – прокурора. Та лише частиною другою ст. 114 КПК України закріплено, що будь-які строки, які встановлюються прокурором, слідчим суддею або судом, не можуть перевищувати меж граничного строку, передбаченого цим Кодексом, та мають бути такими, що дають достатньо часу для вчинення відповідних процесуальних дій або прийняття процесуальних рішень та не перешкоджають реалізації права на захист.

Проте навіть у ч. 2 ст. 114 КПК України законодавець не повною мірою закріпив коло суб'єктів, які б могли встановлювати процесуальні строки.

Так, відповідно до ст. 110 КПК України, процесуальними рішеннями є всі рішення органів досудового розслідування, прокурора, слідчого судді, суду. Кримінальні процесуальні рішення органів досудового розслідування, прокуратури, слідчого судді, суду – це виражені у встановленій законом формі індивідуальні правозастосовні акти, в яких компетентні органи і посадові особи у відповідному порядку з метою вирішення правових та криминологічних завдань кримінального судочинства дають відповіді на питання, які виникають під час провадження і виражають владні волевиявлення щодо дій чи бездіяльності, які впливають із встановлених на момент прийняття рішень фактичних обставин провадження та приписів чинного законодавства<sup>3</sup>.

Тобто, серед суб'єктів, які приймають процесуальні рішення, з'являється новий не менш вагомий суб'єкт – орган досудового розслідування.

До того ж, слід підкреслити, що на сьогодні, згідно з нормами чинного КПК України (п. 5 ч. 2 ст. 39 КПК України), керівник органу досудового розслідування вправі погоджувати проведення слідчих (розшукових) дій та продовжувати строк їх проведення у випадках, передбачених цим Кодексом.

Так, на сьогоднішній день слід констатувати недоліки законодавчої регламентації повноважень органів досудового розслідування у частині встановлення процесуальних строків та хто саме може встановлювати такі строки – керівник органу досудового розслідування, слідчий чи оперативні підрозділи.

Саме тому, закріплення законодавчої можливості встановлювати процесуальні строки, у тому числі органом досудового розслідування, забезпечить умови для ефективного досудового розслідування, а також сприятиме жорсткому контролю за забезпеченням дотримання прав і свобод громадян.

За органами досудового розслідування слід не лише закріпити можливість встановлювати процесуальні строки, а й розширити та конкретизувати його межі й засоби здійснення, зокрема шляхом процесуальної регламентації окремих організаційних важелів такої роботи.

Отже, внесення змін до ст. 114 КПК України вплине на якість застосування вказаної норми.

Окрім цього, слід звернути увагу на те, що ч. 1 ст. 114 КПК України передбачено «право» слідчого судді, суду встановлювати процесуальні строки, а з аналізу ч. 2 вбачається імперативність встановлення таких строків прокурором, слідчим суддею або судом.

Тобто, виникає колізія у правозастосуванні, коли, з одного боку, мають право встановлювати процесуальні строки лише слідчий суддя, суд, а фактично встановлюють процесуальні строки прокурор, слідчий суддя, суд.

При встановленні процесуальних строків слід враховувати:

- 1) граничні строки вчинення відповідних процесуальних дій або прийняття процесуальних рішень, передбачених КПК України;
- 2) обставини, встановлені під час відповідного кримінального провадження;

3) достатність часу для вчинення учасником кримінального провадження відповідних процесуальних дій або прийняття ним процесуальних рішень;

4) відсутність перешкод реалізації права на захист.

Процесуальні строки встановлюються у межах граничного строку та не можуть їх перевищувати. Граничним строком є максимально допустима тривалість відповідного процесуального строку, встановлена КПК України або відомчим підзаконним нормативним актом (наприклад, відповідно до ч. 6 ст. 194 нового КПК України обов'язки, що становлять зміст особистого зобов'язання як запобіжного заходу, можуть бути покладені на підозрюваного, обвинуваченого на строк не більше двох місяців).

Проте встановлення процесуальних строків КПК України не у всіх випадках пов'язує їх із граничним строком вчинення відповідних процесуальних дій або прийняття процесуальних рішень.

Так, п. 4 ч. 2 ст. 36 нового КПК України покладає на прокурора повноваження доручати слідчому, органу досудового розслідування проведення у встановлений прокурором строк слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій. При цьому прокурор самостійно визначає строки їх проведення з урахуванням обставин відповідного кримінального провадження та доцільності невідкладного здійснення слідчих (розшукових) або інших процесуальних дій.

Обставини, встановлені під час відповідного кримінального провадження, також впливатимуть на встановлення процесуальних строків. До прикладу, у конкретному кримінальному провадженні буде встановлено, що кримінальне правопорушення вчинено особами у групі. Отже, процесуальні строки будуть поширюватися на всіх осіб, яким повідомлено про підозру у вчиненні такого правопорушення.

Достатність часу для вчинення учасником кримінального провадження відповідних процесуальних дій або прийняття ним процесуальних рішень впливатиме лише з строку, необхідного такому учаснику для його виконання.

Розглянемо ситуацію, коли прокурор надає вказівки слідчому для виконання з комплексом дій, які необхідно виконати, при цьому встановлює строк їх виконання у 20 днів. Проте строк не відповідає реально необхідному строку для допиту, наприклад 20 учасників кримінального провадження, проведення вибухо-технічної експертизи і отримання тимчасового доступу до документів підприємства.

Таким чином, встановлення будь-якого процесуального строку має виходити з достатності часу на його виконання.

Відсутність перешкод реалізації права на захист є одним із найбільш важливих компонентів встановлення процесуального строку.

Забезпечення обвинуваченому права на захист згідно зі ст. 129 Конституції України є основною засадою судочинства, а відповідно до ст. 7 КПК України віднесено до загальних засад кримінального провадження.

Стаття 59 Конституції України проголошує право кожного на правову допомогу та вільний вибір захисника своїх прав, а ст. 63 Основного Закону закріплює право на захист підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного.

У ст. 20 КПК України, що розкриває зміст забезпечення права на захист як загальної засади кримінального провадження, закріплено право підозрюваного, обвинуваченого, виправданого, засудженого на захист, яке полягає у наданні йому можливості надати усні або письмові пояснення з приводу підозри чи обвинувачення; право збирати й подавати докази; брати особисту участь у кримінальному провадженні; користуватись правовою допомогою захисника; реалізовувати інші процесуальні права, передбачені КПК України.

Відповідно до положень ст. 48 КПК України захисник може у будь-який момент бути залученим підозрюваним, обвинуваченим, їх законними представниками, а також іншими особами за проханням чи згодою підозрюваного, обвинуваченого до участі у кримінальному провадженні. Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд зобов'язані надати затриманій особі чи особі, яка тримається під вартою, допомогу у встановленні зв'язку із захисником або особами, які можуть запросити захисника, а також надати можливість використати засоби зв'язку для запрошення захисника. Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд зобов'язані утримуватися від надання рекомендацій щодо залучення конкретного захисника.

Крім того, право на захист захисника забезпечується, зокрема, нормами КПК, які регламентують обов'язкову участь захисника у кримінальному провадженні (ст. ст. 49, 52 КПК), визнання недопустимими доказів, отриманих внаслідок порушення права особи на захист (ст. 87 КПК), особливості реалізації права на відмову від захисника (ст. 54 КПК), можливість підготовки до захисту від нового (ст. 338 КПК) або від додаткового обвинувачення (ст. 339 КПК), здійснення судового провадження за відсутності захисника як підставу для скасування судового рішення (п. 4 ч. 2 ст. 412 КПК)<sup>4</sup>.

Таким чином, встановлення процесуального строків у кожному випадку має виходити з граничного строку, встановлених обставин кримінального провадження, достатності часу та як найвища догма – непорушності права на захист.

Спробуємо проаналізувати практичний аспект закріпленого права встановлювати процесуальні строки у кримінальному провадженні.

Дійсно, кримінальне процесуальне законодавство України надає можливість потерпілим та їх представникам звертатися до суду з клопотанням про встановлення строку для проведення процесуальних дій, необхідних та достатніх для закінчення досудового розслідування.

Зокрема, відповідно до ч. 1, ч. 2 ст. 28 КПК України під час кримінального провадження кожна процесуальна дія або процесуальне рішення повинні бути виконані або прийняті в розумні строки, проведення

досудового розслідування у розумні строки забезпечує прокурор, слідчий суддя (в частині строків розгляду питань, віднесених до його компетенції), а судового провадження – суд.

На сьогоднішній день практика з розгляду таких клопотань неоднозначна. Слідчі судді відмовляють у задоволенні клопотань із вказівкою на те, що згідно зі ст. 219 КПК України досудове розслідування повинно бути закінчене протягом двох місяців з дня повідомлення особі про підозру, а деякі повертають з вказівкою на те, що встановлення слідчому строку для закінчення досудового розслідування суперечить вимогам ст. ст. 303, 304 КПК України. Вказане підтверджує ухвала слідчого судді Білоцерківського міськрайонного суду Київської області від 7 липня 2015 року<sup>5</sup>.

Однак є і інший досвід розгляду таких клопотань від учасників провадження.

Як приклад, ухвалою слідчого судді Бориспільського міськрайонного суду Київської області від 25 червня 2015 р.<sup>6</sup> задоволено клопотання учасників кримінального провадження про встановлення строку для вчинення дій, необхідних для закінчення досудового розслідування. При цьому слідчий суддя не вказав, які саме слідчі дії необхідно виконати.

Для потерпілих та їх адвокатів така практика судів є неоціненною, проте така ухвала для сторони обвинувачення є не зовсім зрозумілою, адже слідчий суддя задовольняючи скаргу, клопотання учасника провадження (подекуди без участі в судовому засіданні слідчого чи прокурора), виходить з його точки зору та відсутності всіх матеріалів досудового розслідування та не враховуючи при цьому складність провадження, кількість потерпілих, кількість свідків, багатоепізодність тощо.

Таким чином, потрібно напрацьовувати позитивну практику з розгляду таких клопотань або звертатись до судів щодо встановлення строків для проведення процесуальних дій, необхідних та достатніх для закінчення досудового розслідування.

Насамперед, закріпивши законодавче право встановлювати процесуальні строки, у тому числі й органом досудового розслідування, як одним із суб'єктів такого права, кримінальне процесуальне законодавство України ще на один крок наблизиться до європейських стандартів судочинства та забезпечення прав учасників кримінального провадження.

Враховуючи вищевикладене, ч. 1 ст. 114 КПК України слід викласти у такій редакції: «Для забезпечення виконання сторонами кримінального провадження вимог розумного строку орган досудового розслідування, прокурор, слідчий суддя, суд встановлюють процесуальні строки у межах граничного строку, передбаченого цим Кодексом, з урахуванням обставин, встановлених під час відповідного кримінального провадження. Будь-які строки, що встановлюються органом досудового розслідування, прокурором, слідчим суддею або судом, не можуть перевищувати меж граничного строку, передбаченого цим Кодексом, та мають бути такими, що дають достатньо часу для вчинення відповідних процесуальних дій або прийняття процесуальних рішень та не перешкоджають реалізації права на захист».

Отже, сформульовані висновки свідчать про актуальність проведення подальшого дослідження питань встановлення процесуальних строків під час досудового розслідування у кримінальних провадженнях.

<sup>1</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення: 18.04.2018).

<sup>2</sup> Строки у новому кримінальному процесуальному законодавстві: наук.-практ. посіб. / Д.О. Олейніков, М.В. Членов. – Х. : Право, 2015. – 152 с.

<sup>3</sup> Кримінальний процес: підруч. / Ю.М. Грошовий, В.Я. Тацій, В. Пшонка та ін. ; за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки. – Х. : Право, 2013. – 824 с.

<sup>4</sup> Про узагальнення судової практики забезпечення права на захист у кримінальному провадженні : постанова пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25 вересня 2015 р. № 9 // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2015. – № 6. – С. 30 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chcks\\_2015\\_6\\_8](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chcks_2015_6_8) (дата звернення: 18.04.2018)

<sup>5</sup> Ухвала по справі № 357/9504/15-к : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/46957151> (дата звернення: 18.04.2018).

<sup>6</sup> Там само.

### Резюме

**Говорун Є.О.** Актуальні питання встановлення процесуальних строків прокурором, слідчим суддею, судом.

Сформульовано визначення процесуальних строків, а також встановлення процесуальних строків прокурором, слідчим суддею, судом. Розроблено процесуальний порядок встановлення процесуальних строків. Проаналізовано судову практику встановлення строку для проведення процесуальних дій, необхідних та достатніх для закінчення досудового розслідування. Запропоновано зміну регламентації щодо кола суб'єктів встановлення процесуальних строків.

**Ключові слова:** процесуальні строки, учасники кримінального провадження, процесуальні рішення, граничні строки, встановлення строків, реалізація права на захист.

### Резюме

**Говорун Е.А.** Актуальные вопросы установления процессуальных сроков прокурором, следственным судьей, судом.

Сформулировано определение процессуальных сроков, а также установление процессуальных сроков прокурором, следственным судьей, судом. Разработан процессуальный порядок установления процессуальных сроков. Проанализирована

судебная практика установления срока для проведения процессуальных действий, необходимых и достаточных для окончания досудебного расследования. Предложено изменение регламентации относительно круга субъектов установления процессуальных сроков.

**Ключевые слова:** процессуальные сроки, участники уголовного производства, процессуальные решения, предельные сроки, установление сроков, реализация права на защиту.

#### Summary

##### *Hovorun Y. Actual issues of establishing procedural timeframes by the prosecutor, the investigating judge and the court.*

The definition of procedural timeframes, as well as the establishment of procedural timeframes by the prosecutor, investigating judge, court, were formulated. Procedural procedure for establishing procedural timeframes has been developed. The judicial practice of setting a timeframe for conducting procedural actions which is necessary and sufficient for the end of pre-trial investigation was analyzed. It was proposed to change the regulations regarding the subjects of setting procedural timeframes.

**Key words:** procedural timeframes, participants in criminal proceedings, procedural decisions, deadlines, setting of the timeframes, implementation of the right for defense.

УДК 343.773

#### О.В. ЗАЙЧКО

*Олена Вікторівна Заїчко, здобувач Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

### АКТУАЛЬНІ АСПЕКТИ МІЖНАРОДНОГО ТА ЗАРУБІЖНОГО ДОСВІДУ ЗАПОБІГАННЯ НЕЗАКОННІЙ ПОРУБЦІ ЛІСУ

Сучасний стан лісокористування в Україні, як свідчать динаміка макроекономічних показників та активізація злочинних посягань у формі незаконної порубки лісу, характеризується технічним відставанням від рівня світових держав. Інвестиційний підйом лісового сектора економіки неможливий без бюджетного фінансування витрат на лісовідновлення згідно з принципом невиснажливого лісокористування. Отже, у контексті гармонійного розвитку моделі експорт-орієнтованого лісокористування, вигідного як державі, так і індивідуальним підприємцям, першорядну роль повинні відігравати елементи державного регулювання, зокрема правові податкові методи. Для пошуку науково обґрунтованих заходів втручання в економіку лісокористування потрібно звернутися до досвіду провідних країн світу. Зауважимо, що виявлення навіть негативних елементів у зарубіжних системах має велике значення, оскільки це запобігає повторенню помилок в масштабах національної економіки.

Станом на сьогодні істотне відставання України у втіленні положень Угоди про Асоціацію з ЄС<sup>1</sup> переконливо свідчить, що здійснений раніше акт зміни власників (приватизація) на об'єкти промисловості та сільського господарства ще не створює належних умов для ефективного функціонування економіки, а також постійного поповнення держбюджету. Для цього потрібна комплексна перебудова всієї системи соціально-економічних і правових відносин у суспільстві, що особливо гостро ставить проблему специфікації прав власності не тільки на макрорівні, а й в окремих сферах господарювання. Із цієї точки зору кримінологічне дослідження правової реалізації права власності на лісові ресурси є надзвичайно актуальним як у теоретичному, так і в прикладному аспектах.

Отже, пропонуємо розглянути основні напрями державного регулювання лісового сектору економіки в країнах, де, так само як і в Україні, лісове господарство має істотне значення для економіки в цілому і державного бюджету зокрема. До таких значущих напрямів, на нашу думку, належать: 1) державне регулювання закупівлі дров населенням з метою опалювання; 2) правове регулювання стійкого лісокористування як ресурсу деревообробної промисловості та рекреаційного бізнесу; 3) міжнародне співробітництво у галузі моніторингу лісів та запобігання порубкам лісу 4) залучення громадськості до управління лісовими ресурсами.

**Державне регулювання закупівлі дров населенням з метою опалювання.** За офіційними даними, у США 15,5 % домогосподарств використовують дрова як первинне або вторинне паливо<sup>2</sup>. Незважаючи на високий рівень життя і розвинений лісовий сектор, що виробляє найрізноманітнішу продукцію, в тому числі й деревне паливо, самостійна заготівля дров має істотне значення, допомагаючи вирішити проблеми з опаленням осель в холодну пору року. У низці штатів це таке саме традиційне заняття місцевого сільського населення, як і полювання. Необхідність заготівлі дров підвищує інтерес громадян до питань управління лісами. Окрім того, завдяки такій заготівлі зменшується рівень пожежної небезпеки в лісах, підтримуються в проїжджому стані лісові дороги.

На відміну від українського правового регулювання, що не містить чітких розмежувань щодо виду деревини, яка може бути заготовлена для особистих потреб, федеральне та регіональне американське зако-

нодавство розмежує правовий порядок заготівлі дров за критерієм правового режиму власне лісу та його різновиду. Зокрема, за федеральним законодавством, громадяни мають право збирати лише мертву деревину – як сухостій, так і сушняк, а взимку повинні перевіряти життєздатність сухого дерева за станом кори<sup>3</sup>. Для заготівлі дров з метою розведення багаття в національних лісах (обсягом до 0,5 куб. м) дозвіл не вимагається. Натомість, для заготівлі дров у такому лісі для опалення оселі необхідно отримати відповідний дозвіл, оплатити збір, а також дотримуватися фітосанітарних правил, що можуть обмежувати максимальну відстань перевезення дров через запобігання поширенню шкідників та хворобам<sup>4</sup>. Такі лісорубні дозволи можна придбати у лісництвах або торгівельних центрах, із якими укладено відповідні угоди. Логічним, із нашої точки зору, виглядає дозвіл на заготівлю дров у лісах, що належать певному штату або округу, лише жителям відповідної місцевості<sup>5</sup>.

Однією із беззаперечних переваг лісового законодавства США у цій галузі є його гнучкість та орієнтованість на стає лісокористування. Наприклад, іноді лісові інспекції можуть надавати домовласникам лісорубні дозволи безкоштовно, якщо у місцевих лісах накопичується велика кількість сухою та сушняку, що створює підвищену пожежну небезпеку, в тому числі для населених пунктів. У разі ж дефіциту в місцевості дров'яної деревини кількість дозволів, які видаються на її заготівлю, обмежується (при цьому вони розподіляються за принципом «живої черги»), окрім того, зменшується норма відпустки дров на одне домоволодіння (замість звичайних 45–50 м<sup>3</sup> вона може бути знижена до 9–12 м<sup>3</sup>), а термін дії скорочується з одного календарного року до 30 днів<sup>6</sup>.

Звичайна максимальна норма відпуску дров для заготівлі громадянами становить близько 50 куб. м на рік. Мінімальний індивідуальний обсяг визначається, виходячи з суми платежу – остання має становити не менше 20 доларів США (зазвичай це 5–20 куб. м дров)<sup>7</sup>, вочевидь, для того, щоб витрати на оформлення документів не перевищували ціну за виготовлені опісля дрова.

На окрему увагу заслуговують правила вивезення заготовлених громадянами дров, що були затверджені у деяких штатах із метою спрощення запобігання незаконній порубці лісу. Деякі лісництва, окрім власне лісорубних дозволів, видають громадянам окремі дозволи на вивезення деревини. Такі дозволи мають форму паперових купонів яскравого кольору, що видаються з розрахунку 1 шт. на вивезення приблизно 1 куб. м дров. Завдяки цьому знаку співробітники лісових інспекцій та поліцейські можуть легко контролювати легальність перевезень. За відсутності таких позначок на автомобілі, що перевозить дрова, їхньому неправильному оформленні, спробах фальсифікації тощо вантаж буде розцінений як незаконний з моменту початку руху<sup>8</sup>.

**Правове регулювання стійкого лісокористування як ресурсу деревообробної промисловості та рекреаційного бізнесу.** Як зазначалося нами раніше, одним із вагомих чинників незаконної порубки лісу в Україні є конфлікт інтересів між орієнтованим на експорт розпорядником лісових ресурсів у особі Держліс-агентства України та малими й середніми деревообробними підприємствами. Отже, слід звернутися до досвіду ліберальних західних економічних систем, де бізнес успішно виконує функцію експорту сировини за кордон, водночас дотримуючись основних засад сталого природокористування.

Основна форма придбання прав на видобуток лісових ресурсів в Канаді – орендні договори з державою, відповідно до яких орендарі сплачують роялті (платежі) за користування природними ресурсами держави. Існують два основні способи укладання договорів. Перший – надання в оренду лісопромисловцям власне лісових угідь на підставі договорів про управління лісами. Другою формою орендних відносин, зручнішою для підприємств меншого масштабу, є видання ліцензій на заготівлю деревини. У такому випадку загальний план лісозаготівель, а також лісовідновлювальних робіт визначають спеціальні урядові органи.

Разом із однозначними перевагами такої моделі лісокористування перед державною експлуатацією лісів орендна модель, на думку експертів, містить вагомий недолік, а саме – зниження витрат орендарів на лісовідновлювальні роботи. Так, за статистикою, в орендованих канадських лісах сума таких витрат у чотири рази нижче, ніж у тих, що належать підприємствам на правах приватної власності<sup>9</sup>.

Набагато менш потужна роль держави в регулюванні лісового сектора економіки у США. Лісове законодавство США ґрунтується всього на п'яти законах: «Про раціональне використання природних сировинних ресурсів» (1960 р.), «Про відновлення лісів і пасовищ» (1974 р.), «Про федеральну політику та управління земельними ресурсами» (1976 р.), «Про лісові і пасовищні поновлювані ресурси» (1978 р.), «Про охорону суспільних (кооперативних) лісів» (1978 р.). У перших чотирьох законах закріплено приписи, що регламентують порядок лісокористування в лісах усіх форм власності. Найважливіші з них: не перевищення обсягу рубки лісу над його приростом, комплексне й багатопільове використання деревини, регулярність санітарних рубок і одночасно відновлення посадок молодяку, принцип платності лісокористування.

Національна програма стимулювання лісового господарства (Forest Land Enhancement Program) спонукає власників до підтримання та відновлення лісових ресурсів. Вона фінансується через Службу охорони природних ресурсів Департаменту сільського господарства США і покликана забезпечити землевласникам повернення до 75 % коштів, витрачених на відновлення дерев, підвищення якості деревини та інші заходи<sup>10</sup>.

Одна із найбільш розвинених скандинавських держав, Швеція, також надає пріоритет приватній власності на лісові ресурси. Станом на сьогодні близько половини національних лісових ресурсів належать приватним фізичним особам, а також малим і середнім підприємцям (ділянки, що в середньому мають площу до 50 га); 25 % лісів належать семи найбільшим підприємствам цієї галузі, а решта 20 % – державі, місцевим громадам або церкві<sup>11</sup>. Засадничий принцип державної лісової політики Швеції – стає, багатопільове корис-



тування лісами та повна відповідальність власників за підтримання доквілля у належному стані. Державне регулювання лісового сектору економіки зведене до моніторингу стану лісів шляхом їхньої регулярної інвентаризації десятима регіональними управліннями в 95 лісових районах<sup>12</sup>.

Відомо, що українські ліси, як і західноєвропейські, мають великий потенціал для розвитку екологічного, краєзнавчого і спортивного туризму, спортивного полювання й риболовлі, збору диких рослин та ягід, виробництва сувенірної, ексклюзивної харчової продукції тощо. Розвиток цих напрямів лісокористування, за умови дотримання вимог сталого розвитку, може ефективно сприяти диверсифікації виробництва лісовим бізнесом продукції і послуг зі збереженням лісових екосистем і їхніх компонентів. У багатьох випадках розвиток «альтернативного» лісокористування може бути компромісом як на власне охоронюваних природних територіях (де це допускається їх режимом), так і в інших лісах високої природоохоронної цінності, а також приносити істотні заробітки місцевому населенню.

Звертаючи увагу на **міжнародний досвід у галузі встановлення правових стандартів ефективного лісокористування**, слід зосередити увагу насамперед на наслідках підписання Кіотського протоколу, комплексної глобальної угоди щодо протидії змінам клімату. Оскільки імплементація положень Кіотського протоколу для ефективного реалізації вимагала якнайскорішого розмежування широкого кола термінів, цей документ надав визначення таким термінам, як: ліси, заліснення, лісовідновлення та ін. Із 2001 р. на щорічних конференціях сторін Кіотського протоколу обговорювалися питання включення до переліку механізму «чистого розвитку діяльності» заходів, спрямованих на скорочення знеліснення і деградації лісів. Під такою діяльністю запропонували розуміти ефективне управління вже існуючими лісами на територіях країн, що розвиваються, за умов фінансування промислово розвиненими країнами<sup>13</sup>.

На регіональному рівні надзвичайно актуальним для України є правові інструменти ЄС із захисту та охорони лісів, як джерело найкращих практик у захисті лісових ресурсів, а також корпоративної соціальної відповідальності бізнесу. В цілому лісова політика ЄС ґрунтується на компетенціях країн-членів, тому роль власне спільноти базується на принципі субсидіарності і полягає тільки в наданні більшої значущості національним політикам і програмам, шляхом:

- контролю над лісами в ЄС і повідомлення інформації про їхній стан;
- запобігання глобальним змінам і залучення уваги країн-учасниць до нових проблем;
- координація та підтримка заходів швидкого реагування<sup>14</sup>.

Отже, сьогодні Європейський Союз має низку потужних інструментів з охорони своїх лісів. Основи законодавства держав-членів Європейського Союзу і система інформації про стан лісів і застосування принципів раціонального ведення лісового господарства, ухвалені на Міністерській конференції з охорони лісів в Європі (MCPFE), сприяють охороні лісових ресурсів Європи<sup>15</sup>. Європейська комісія регулює діяльність Постійного лісового комітету, Консультативної групи з питань лісів, Консультативної групи з питань промислової обробки деревини і експертної групи з лісових пожеж<sup>16</sup>.

**Залучення громадськості до управління лісовими ресурсами.** Сучасний етап розвитку українського суспільства наочно демонструє неможливість здійснення успішних реформ без підтримки громадськості. Як слушно зауважує В.В. Голіна, ідеологія участі громадськості у запобіганні злочинності має формуватися на засадах як інтелектуальної її підтримки, так і фізичної співучасті в цьому процесі<sup>17</sup>. Для дослідження цього аспекту зарубіжного досвіду ми вирішили дослідити формування державної політики щодо участі громадськості у реформуванні лісового сектору в США, як держави, що відома своїм активним громадянським суспільством.

Із середини 1970-х рр., після того як виникли перші прецеденти судових позовів окремих громадян і НУО до Лісової служби США, нескінченні суди стали все більше заважати діяльності служби. У період з 1970 р. по 2005 р. на неї подавали в суд частіше, ніж на будь-яке інший національний орган із охорони доквілля, причому 75 % судових справ було ініційовано з метою обмеження лісокористування в національних лісах<sup>18</sup>.

Різне збільшення кількості судових розглядів було пов'язано, з одного боку, з появою широкого прошарку активного середнього класу – добре освічених і сильно мотивованих громадян, що мають гроші та час і націлені на використання судової системи для впливу на рішення Лісової служби в питаннях лісокористування. З іншого боку, екстенсивне використання природних ресурсів, зокрема лісових, обумовило конфліктні ситуації, пов'язані з боротьбою активних громадян за право жити в сприятливій екологічній обстановці. Чи може протистояння органів управління лісами, бізнесу та громадських активістів привести до продуктивних результатів у довгостроковій перспективі? Американський досвід показує, що в подібній ситуації конфлікт – це безвихідь для усіх сторін. Так, у період з 1989 р. по 2005 р. у судах США позивачі, що виступають за збереження лісів, програли більш половини справ, а позивачі, що виступають за використання лісових ресурсів, – понад дві третини справ<sup>19</sup>. За оцінками американських фахівців, для громадян і активістів результати позовів (такі як привернення суспільної уваги, накопичення політичного капіталу) були часто не менш важливі, ніж виграш у суді по конкретній справі. Очевидно, що для деяких учасників конфліктів суди, виступи в пресі тощо ставали самоціллю.

Використання інформації про ліси суттєво полегшує планування на регіональному та місцевому рівнях. Централізована система надає можливість стандартизувати інформацію, яка через комп'ютерні сервери стає доступною для всіх заінтересованих сторін. Оскільки вся інформація міститься в електронній формі, її легко адаптувати під програмні оболонки конкретних користувачів, спрощується підготовка звітності для вищих

органів, легше відслідковуються зміни в довкіллі<sup>20</sup>. Таким чином, однаковість даних і системний підхід до управління природними ресурсами підвищують ефективність управління лісами на рівні держави, штату або окремого муніципалітету або графства.

Залучення громадськості також може сприяти збалансованому освоєнню лісів. Наприклад, у штаті Монтана діє Комітет із відродження лісів – партнерська група, у роботі якої активно беруть участь представники різних заінтересованих сторін (органів управління лісами, неурядових організацій із захисту довкілля), поціновувачі дикої природи та екстремальних видів спорту, автотуристи, лісопромисловці, місцеві гідди, землевласники. На початку роботи Комітет розробив 13 принципів відродження лісів, які, по суті, є місцевою «конституцією» лісокористування. Цими принципами керується й погоджувальна група, до компетенції якої належить розв'язання конфліктів між лісокористувачами<sup>21</sup>.

Унікальний феномен партнерства державних органів і громадськості в сфері планування і реалізації проєктів, який ми можемо спостерігати в США сьогодні, становить ефективний механізм забезпечення підтримки і досягнення консенсусу в сфері управління лісами. Управління на основі принципів такого партнерства вимагає нової стратегії користування лісами, але реалізація цього підходу, попри певні складнощі, є дуже перспективною в Україні.

<sup>1</sup> 13 % успіху: чому урядова оцінка виконання асоціації виявилася завищеною : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.eurointegration.com.ua/articles/2018/03/2/7078265/>

<sup>2</sup> Analysis of U.S. residential wood energy consumption: 1967–2009 [Electronic resource] // Access mode: [https://www.fs.fed.us/nrs/pubs/jrnl/2012/nrs\\_2012\\_song\\_001.pdf](https://www.fs.fed.us/nrs/pubs/jrnl/2012/nrs_2012_song_001.pdf)

<sup>3</sup> U.S. Forest Service : Tree Cutting : <https://www.fs.fed.us/visit/know-before-you-go/tree-cutting>

<sup>4</sup> The Personal-Use Firewood Program on Three National Forests: a Cost Analysis [Electronic resource] // Access mode: [https://www.fs.fed.us/ne/newtown\\_square/publications/research\\_papers/pdfs/scanned/OCR/ne\\_rp527.pdf](https://www.fs.fed.us/ne/newtown_square/publications/research_papers/pdfs/scanned/OCR/ne_rp527.pdf)

<sup>5</sup> Firewood Cutting : U. S. Department of Agriculture Forest Service [Electronic resource] // Access mode: [https://www.fs.usda.gov/wps/portal/fsinternet/cs/detail!/ut/p/z/0/4\\_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfljo8zjQwGwNHCwN\\_DI8zPyBcqYKBfkO2oCABZcx5g/?position=Not%20Yet%20Determined.Html&pname=Forest%20Service%20-%20Forest%20Products%20Permits&ss=110612&navtype=BROWSEBYSUBJECT&pnavid=1600000000000&navid=160110000000000&ttype=detail&cid=fsbdev7\\_007236](https://www.fs.usda.gov/wps/portal/fsinternet/cs/detail!/ut/p/z/0/4_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfljo8zjQwGwNHCwN_DI8zPyBcqYKBfkO2oCABZcx5g/?position=Not%20Yet%20Determined.Html&pname=Forest%20Service%20-%20Forest%20Products%20Permits&ss=110612&navtype=BROWSEBYSUBJECT&pnavid=1600000000000&navid=160110000000000&ttype=detail&cid=fsbdev7_007236) – Title from the screen.

<sup>6</sup> Firewood Cutting : U. S. Department of Agriculture Forest Service [Electronic resource] // Access mode: [https://www.fs.usda.gov/wps/portal/fsinternet/cs/detail!/ut/p/z/0/4\\_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfljo8zjQwGwNHCwN\\_DI8zPyBcqYKBfkO2oCABZcx5g/?position=Not%20Yet%20Determined.Html&pname=Forest%20Service%20-%20Forest%20Products%20Permits&ss=110612&navtype=BROWSEBYSUBJECT&pnavid=160000000000000&navid=160110000000000&ttype=detail&cid=fsbdev7\\_007236](https://www.fs.usda.gov/wps/portal/fsinternet/cs/detail!/ut/p/z/0/4_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfljo8zjQwGwNHCwN_DI8zPyBcqYKBfkO2oCABZcx5g/?position=Not%20Yet%20Determined.Html&pname=Forest%20Service%20-%20Forest%20Products%20Permits&ss=110612&navtype=BROWSEBYSUBJECT&pnavid=160000000000000&navid=160110000000000&ttype=detail&cid=fsbdev7_007236) – Title from the screen.

<sup>7</sup> Firewood Cutting Permits Six Rivers National Forest [Electronic resource] // Access mode: [https://www.fs.usda.gov/Internet/FSE\\_DOCUMENTS/stelprdb5415103.pdf](https://www.fs.usda.gov/Internet/FSE_DOCUMENTS/stelprdb5415103.pdf) – Title from the screen.

<sup>8</sup> Forest Permits for Firewood Collection [Electronic resource] // Access mode: <http://northernarizonafirewood.com/diy/> – Title from the screen.

<sup>9</sup> Моисеев Н.А. Экономика лесного хозяйства / Н.А. Моисеев, Г.М. Киселев, Е.Б. Назаренко. – 2-е изд., стереотип. – М.: МГУЛ, 2004.

<sup>10</sup> Forest Land Enhancement Program (FLEP) [Electronic resource] // Access mode: <https://timbertax.org/getstarted/costshare/programs/flep/>

<sup>11</sup> Who Owns the Forest [Electronic resource] // Access mode: <http://skyddaskogen.se/en/who-owns-the-swedish-forest>

<sup>12</sup> Department of Forest Ecology and Management [Electronic resource] // Access mode: <https://www.slu.se/en/departments/forest-ecology-management/>

<sup>13</sup> Tropical Deforestation and The Kyoto Protocol [http://edfclimatecorps.org/sites/default/files/4867\\_Santillietal\\_ClimaticChange.pdf](http://edfclimatecorps.org/sites/default/files/4867_Santillietal_ClimaticChange.pdf)

<sup>14</sup> Sustainable Forestry and the European Union : Initiatives of the European Commission // <http://ec.europa.eu/environment/forests/pdf/sustforest.pdf>

<sup>15</sup> MCPFE Information Document on Data Collection and Compiling the Statistics On Protected and Protective Forest and Other Wooded Land in Europe // Access mode: [http://www.foresteurope.org/docs/reporting/MCPFE\\_INFO\\_DOC\\_on\\_data\\_collection\\_on\\_Protected\\_forests.pdf](http://www.foresteurope.org/docs/reporting/MCPFE_INFO_DOC_on_data_collection_on_Protected_forests.pdf)

<sup>16</sup> *Сторожук В.* Порівняльний аналіз лісового законодавства України та пов'язаних з ним правових актів на відповідність до законодавчої бази Європейського Союзу з питань сталого управління лісами: [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://fleg1.fleg.org.ua/fileadmin/user\\_upload/ufs/04.%20Program%20Information/4.02%20Program%20Components/4.02.02%20Legislation/4.02.02.Comparative\\_Analisys\\_of\\_Forest\\_Legislation\\_Ukraine.276.de](http://fleg1.fleg.org.ua/fileadmin/user_upload/ufs/04.%20Program%20Information/4.02%20Program%20Components/4.02.02%20Legislation/4.02.02.Comparative_Analisys_of_Forest_Legislation_Ukraine.276.de)

<sup>17</sup> *Голіна В.В.* Роль громадськості у здійсненні кримінологічної політики в Україні / В.В. Голіна // Питання боротьби зі злочинністю : зб. наук. пр. – Х., 2014. – Вип. 27. – С. 91–100.

<sup>18</sup> Twenty Years of Forest Service National Environmental Policy Act Litigation <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.853.5723&rep=rep1&ttype=pdf>

<sup>19</sup> Twenty Years of Forest Service National Environmental Policy Act Litigation <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.853.5723&rep=rep1&ttype=pdf>

<sup>20</sup> *Kraxner F.* Mapping certified forests for sustainable management – A global tool for information improvement through participatory and collaborative mapping / Forest Policy and Economics. – 2017. – 83. – P. 10–18.

<sup>21</sup> Montana Forest Collaboration Network // Access mode: <https://montanaforestcollaboration.org/app/home/principles/>

#### Резюме

**Заїчко О.В.** Актуальні аспекти міжнародного та зарубіжного досвіду запобігання незаконній порубці лісу.

У статті на підставі законодавства зарубіжних держав та міжнародно-правових актів регіонального й універсального рівня визначено основні напрями запобігання незаконній порубці лісу. Підкреслено важливість залучення громадськості до управління лісовими ресурсами.

**Ключові слова:** злочини проти довкілля, незаконна порубка лісу, міжнародний досвід, запобігання злочинності.

#### Резюме

**Заичко Е.В.** Актуальные аспекты международного и зарубежного опыта предупреждения незаконной порубки леса.

В статье на основании законодательства зарубежных государств и международно-правовых актов регионального и универсального уровня определены основные направления предупреждения незаконной порубки леса. Подчеркнута важность привлечения общественности к управлению лесными ресурсами.

**Ключевые слова:** преступления против окружающей среды, незаконная порубка леса, международный опыт, предупреждение преступности.

#### Summary

**Zaichko O.** Relevant issues of international and foreign experience in preventing illegal logging.

The article identifies the main directions for preventing illegal logging, based on the legislation of foreign states and international legal acts on the regional and universal level. The importance of involving the public communities in the forest resources management has been highlighted.

**Key words:** crimes against the environment, illegal logging, international experience, crime prevention.

УДК 343.9 (4+73) : 343.343.6

#### С.О. КІБАЛЬНИК

*Станіслав Олегович Кібальник, аспірант Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Сташиса НАПрН України*

### НЕЗАКОННЕ ПЕРЕПРАВЛЕННЯ ОСІБ ЧЕРЕЗ ДЕРЖАВНИЙ КОРДОН У КРИМІНОЛОГІЧНІЙ НАУЦІ ЄС ТА США

З'ясування сутності будь-якого явища із необхідністю вимагає проведення огляду та характеристики існуючих досліджень у рамках даного предметного поля. Актуальність аналізу наукової розробки проблеми незаконного переправлення осіб через державний кордон викликана існуючою на даний час в Україні суперечністю між потребою у розробці обґрунтованої концепції запобігання цьому злочину та відсутністю ґрунтовних наукових розробок у відповідній сфері.

На українському науковому просторі незаконне переправлення осіб через державний кордон здебільшого виступає предметом дослідження з адміністративно-правової та кримінально-правової точок зору, що зумовлює лише поверховий характер його опрацювання з позицій кримінології, практично без урахування зарубіжного досвіду. В той же час у кримінологічній науці країн Заходу зазначена проблематика опрацьовується найбільш активно.

**Метою і завданням** статті є з'ясування стану наукового опрацювання проблеми незаконного переправлення осіб через державний кордон у кримінологічних дослідженнях вчених Західної Європи та Північної Америки.

Подібно до України, кримінальна відповідальність за сприяння перетинанню державного кордону з порушенням встановленого законодавством порядку має у західних країнах глибокі історичні корені. Так, поширенню незаконного переправлення осіб через державний кордон США дала поштовх заборона рабської праці після Громадянської війни. Невдовзі був ухвалений Закон про виключення китайців 1882 р., яким було заборонено будь-яку китайську імміграцію. Це призвело до появи ринку послуг з незаконного переправлення через американсько-мексиканський кордон китайських громадян, які прагнули повернутися до США<sup>1</sup>. Найбільш відомими прикладами протягом ХХ ст. стали, ймовірно, незаконне переправлення осіб, які рятувались від політичних переслідувань, через кордони нацистської Німеччини та через Берлінську стіну, із НДР до ФРН. Втім, у західній суспільній думці такі дії набули схвальної оцінки – на відміну від імміграції з Глобального Півдня, частина якої здійснювалась за сторонньою допомогою вже у 1960-х роках.

Так само, як і в Україні, науковий інтерес до проблем незаконного переправлення осіб через державний кордон набув значного поширення на Заході протягом 1990-х років, у зв'язку зі світовими глобалізаційними

процесами, що багатократно посилили неконтрольований рух людських потоків до економічно розвинених країн. До них відноситься так звана «човнова міграція» через Середземне море до Європи, яка з'явилася одразу після запровадження Італією та Іспанією у 1991 р. візового режиму для громадян північно-африканських держав<sup>2</sup>. У сучасній англійській літературі для позначення незаконного переправлення осіб через державний кордон вживаються терміни «migrant smuggling» або «human smuggling» – «контрабанда мігрантів» та «людська контрабанда» відповідно.

У цілому в західній криминології виділяється декілька концептуальних підходів до розуміння цього явища. Дж. Солт та Дж. Штейн у 1997 р. розвинули його інтерпретацію у якості глобального міграційного бізнесу, якому притаманні як незаконні, так і законні складові. Цей бізнес розглядається як система міжнародних мереж зі складним підрахунком прибутку та витрат, включаючи набір інституцій та агентів. Розроблена дослідниками модель складається із трьох етапів: мобілізація та вербування мігрантів; їх рух у дорозі; включення їх до ринку праці у країні призначення<sup>3</sup>. У якості підсумку своєї теорії автори вказують на необхідність нового погляду на імміграційний контроль, який приділяв би особливу увагу суб'єктам, що прагнуть комерційної вигоди, а не самим особам, які незаконно переправляються через державні кордони. Аналогічну точку зору запропонував А. Аронович, називаючи рушійними силами зростання динаміки незаконного переправлення осіб через державний кордон потужні ринкові сили<sup>4</sup>. Згодом все більша кількість дослідників, зокрема Ш. Чжан<sup>5</sup> та Е. Герман<sup>6</sup>, сконцентрували увагу на розгляді ролі родинних та інших найближчих соціальних зв'язків у цій злочинній індустрії, що призвело до появи так званої «сімейної теорії». На іншому слабкому місці «теорії глобального міграційного бізнесу» наголосили Дж. Думернік та Д. Кайл, доводячи можливість наявності в таких злочинців не лише корисливих, а й альтруїстичних мотивів, внаслідок чого їх діяльність має не виключно комерційну, а подвійну природу<sup>7</sup>.

Незважаючи на переважне фокусування «теорії глобального міграційного бізнесу» на економічних аспектах незаконного переправлення осіб через державний кордон, останнє також розглядається в її межах і як прояв організованої злочинності. На даний час така точка зору отримала форму самостійної однойменної теорії. Так, фахівцями Австралійського інституту криминології в одному з епізодів такого злочинного діяння було встановлено 10 різних ролей співучасників – вербувальників, перевізників, інформаторів тощо, на чолі яких знаходяться фінансисти, відповідальні за контроль над прибутками злочинної організації<sup>8</sup>. Згідно ж з іще деякими поглядами, мережі з незаконного переправлення осіб через державні кордони скоріше являють собою гнучкі горизонтальні структури на разовій основі та без чіткої ієрархії, засновані передусім за сімейною чи клановою ознакою. Таким чином, на думку прихильників «теорії сімейного бізнесу», діяльність злочинних організацій професійних переправників доповнюється активною роллю родинних, дружніх та земляцьких зв'язків як у процесі незаконної міграції, так і у процесі облаштування особи після прибуття до країни призначення<sup>9</sup>. Але попри критику «теорії глобального міграційного бізнесу» з боку прихильників «теорії сімейного бізнесу», остання, на нашу думку, охоплює занадто широке коло суб'єктів, які відіграють у міграційних процесах різні функціональні ролі. За такого підходу до переправників осіб через державний кордон мають бути віднесені й особи, які внаслідок родинних стосунків допомагають незаконним мігрантам в облаштуванні на новому місці проживання (насамперед шляхом підшукування місця роботи, надання житла та навіть просто інформування щодо життя у країні, до якої прибули їх родичі). За законодавством зарубіжних держав такі дії також можуть визнаватися злочинними, однак вони не є комерційною діяльністю, принаймні на постійній основі. Тому вважаємо за більш правильне визначити останній із розглянутих підходів просто як «теорію сімейних зв'язків».

Особливо контрверсійним у західній науці є питання стосовно особистості злочинця, що вчиняє незаконне переправлення осіб через державний кордон. З позицій криминології такі особи описуються як близькі до насильницьких злочинців. Для обґрунтування такого погляду використовуються як матеріали кримінальних проваджень, так і результати безпосереднього спостереження. Особливо чітко така характеристика простежується в дослідженнях, проведених на американсько-мексиканському кордоні, у Туреччині та Франції<sup>10</sup>. Деякі вчені навіть стверджують про можливі зв'язки переправників з особами із терористичних організацій<sup>11</sup>. З позицій же, так би мовити, «чистої» соціологічної науки, погляд на відносини мігрантів і переправників постає значно складнішим, ніж традиційна схема дихотомії жорстокого корисливого злочинця та пасивної жертви вимагання грошових коштів. У таких дослідженнях акцент робиться на взаємну зацікавленість усіх осіб, що беруть участь у незаконному переправленні через державний кордон – як з точки зору ініціативи на його вчинення, так і з точки зору можливої участі особи, яка незаконно переправляється, у підготовці таких дій. Однак так чи інакше, розгляд особистості злочинця, що вчиняє незаконне переправлення осіб через державний кордон, як у криминологічних, так і у соціологічних працях західних вчених робиться лише фрагментарно. С. Уебб та Дж. Берроуз пояснюють це тим, що як злочинці, так і переправлені ними особи часто належать до одного кола соціальних зв'язків<sup>12</sup>, а за словами В. Білджер, добра репутація переправника (тією мірою, наскільки ця інформація не дозволяє викрити його правоохоронним органам) має важливе значення на ринку таких послуг<sup>13</sup>. Як стверджує М. Неске, самі мігранти зазвичай знають про своїх переправників дуже мало, тому інтерв'ю з ними є корисними здебільшого з метою з'ясування їх власних суб'єктивних мотивів<sup>14</sup>.

Не обходить стороною західна криминологія і питання юридичної відповідальності осіб, які незаконно переправляються через державні кордони. Останнім часом європейськими дослідниками приділяється увага розмежуванню формальної декриміналізації незаконної міграції (яка наразі не розглядається в якості злочи-

ну у більшості країн Заходу) та все більшим поширенням її фактичної криміналізації за допомогою адміністративно-правових норм, шляхом взяття порушників міграційного законодавства на тривалий час під варту або відмови їм у доступі до житла, роботи та охорони здоров'я<sup>15</sup>. На думку ряду фахівців, навіть сам факт незаконного переправлення особи через державний кордон лише посилює її вразливе становище – при тому, що для неї це може бути єдиною можливістю отримання статусу біженця та доступу до міжнародного захисту<sup>16</sup>. Бачимо різку відмінність від точки зору наукової спільноти України, де, навпаки, домінуючим є твердження щодо необхідності запровадження кримінальної відповідальності за будь-яке незаконне перетинання державного кордону, а не лише переправлення через нього інших осіб.

Слід зазначити також, що західними кримінологами незаконне переправлення осіб через державний кордон часто розглядається не лише у межах проблеми незаконної міграції в цілому, а й у тісному зв'язку із явищем торгівлі людьми. У державах Заходу є значно поширеним втягнення незаконно переправлених осіб до боргової кабали за надані послуги – на відміну від України, де остання майже не практикується, а мігранти сплачують грошові кошти переправникам одразу<sup>17</sup>. Також чималий інтерес європейських та північноамериканських дослідників привертають суперечливі моменти розмежування статусу осіб, незаконно переправлених через державний кордон, та осіб, постраждалих від торгівлі людьми. Вагомий внесок зроблено європейською та північноамериканською кримінологією у розвиток теорії та практики запобігання незаконному переправленню осіб через державний кордон. Особливу цікавість з боку її представників викликають питання удосконалення охорони державних кордонів з позицій критичної оцінки вжитих державою запобіжних заходів на предмет дотримання балансу між інтересами національної безпеки та уникненням необґрунтованих порушень прав осіб, які ці кордони перетинають<sup>18</sup>. При цьому підкреслюється кореляційний зв'язок між погіршенням правового становища мігрантів та попитом з їх боку на послуги переправників через державні кордони<sup>19</sup>, розглядаються питання доцільності посилення криміналізації незаконного переправлення осіб через державний кордон на фоні збереження та посилення детермінантів як його, так і незаконної міграції. Протягом останніх років спостерігається помітне збільшення кількості наукових праць такої спрямованості, що, на нашу думку, кореспондує стрімкому зростанню масштабів незаконної міграції у світі (у тому числі і до країн ЄС). Приділяється увага й розробленню інноваційних заходів запобігання незаконному переправленню осіб через державний кордон – від можливостей використання з такою метою соціальних мереж<sup>20</sup> до запобігання відмиванню грошових коштів, здобутих злочинним шляхом<sup>21</sup>.

Враховуючи транснаціональний характер проблеми незаконного переправлення осіб через державний кордон, пов'язані з ним питання досліджуються не лише у роботах науковців західних країн, а й у матеріалах міжнародних організацій. В якості однієї із таких публікацій можна виділити превентивний інструментарій щодо запобігання зазначеним злочинам, представлений Управлінням ООН з наркотиків та злочинності в 2010 р. у м. Нью-Йорк, де містяться численні рекомендації щодо використання стандартизованих інструментів збору даних, заходів забезпечення безпеки кордонів, розробки стратегії з підвищення обізнаності потенційних мігрантів про ризики, які становить незаконне переправлення<sup>22</sup>. Низка важливих кримінологічних напрацювань міститься у ґрунтовній дослідницькій доповіді, опублікованій цією ж міжнародною інституцією наступного року. Серед них – характеристика організаційної структури злочинних мереж та кількісні оцінки обсягів розглядуваного явища за регіонами світу, соціально-демографічна характеристика осіб, що незаконно переправляються через кордони різних держав, аналіз зв'язків, у які вони вступають зі злочинцями в цьому механізмі, надання типології способу незаконного переправлення осіб, оцінка впливу запобіжних заходів на такі злочинні прояви<sup>23</sup>. До цього варто додати ґрунтовне дослідження Міжнародної ради з політики по правам людини, опубліковане 2010 р. у м. Женева, щодо міжнародної узгодженості підходів до положення осіб, незаконно переправлених через державний кордон, та інших іноземних громадян з неурегульованим правовим статусом<sup>24</sup>.

Характерною рисою досліджень незаконного переправлення осіб через державний кордон у кримінології Заходу вважаємо здебільшого прикладний, а не теоретично-фундаментальний характер наукових праць з даної тематики – що, в цілому, відповідає загальній тенденції сучасного розвитку кримінології у напрямі подолання відчуження між наукою та практикою<sup>25</sup>. Істотно підсилюється ця тенденція тим, що масштабність обсягів незаконної міграції до західних країн та викликана нею значна швидкість змін різноманітних параметрів цих процесів зумовлюють постійну втрату актуальності одних результатів наукових розробок та появу необхідності у проведенні нових. Все ж зазначимо, що останнім часом серед європейських дослідників незаконного переправлення мігрантів через Середземне море особливе визнання отримав, зокрема, П. Кампана, що з 2015 р. працює в Інституті кримінології Кембриджського університету з використанням широкого спектру новітніх джерел та методів дослідження цього явища, яке він визначає як «квінтесенцію вільного ринку»: від даних прослуховування телефонних розмов контрабандистів до моніторингу груп та чатів у соціальних мережах. 15 березня 2014 р. у Брюсселі був заснований Федеральний міграційний центр «Мугіа», який щороку публікує вичерпні наукові звіти щодо незаконного переправлення осіб через державні кордони та торгівлі людьми, в тому числі щодо кращих (на думку авторів) заходів запобігання ним, а також виступає із власними пропозиціями з цих питань. Можна відмітити й наукову роботу Г. Санчес з Інституту досліджень національної безпеки в Техаському університеті Ель-Пасо, проведenu у 2014 р. на основі інтерв'ювання великої кількості переправників осіб через державний кордон США із Мексикою<sup>26</sup>, а певні питання щодо соціально-демографічних ознак переправників та переправлених ними осіб порушувалися в монографічній праці Л. Шеллі, опублікованій того ж року у вашингтонському Інституті міграційної політи-

ки<sup>27</sup>. Широку популярність має академічний інтернет-проект «Border Criminologies», що існує з 2013 р. на юридичному факультеті Оксфордського університету, де публікуються у вільному доступі дослідницькі матеріали з питань прикордонного контролю та кримінальної юстиції за провадженнями такої категорії.

Отже, можемо зробити такі висновки. У країнах Заходу на даний час накопичено достатньо широкий обсяг наукових напрацювань щодо незаконного переправлення осіб через державний кордон, які мають істотний потенціал для застосування в тому числі й в Україні. Як щодо сутності цього суспільно небезпечного явища, так і щодо окремих його аспектів погляди науковців різноманітні та суперечливі. Однак об'єктивна соціально-економічна обстановка, у якій проводились прикладні дослідження, може суттєво відрізнятися від ситуації у інших державах. Це, своєю чергою, вимагає поглибленої розробки зазначеної проблематики відповідно до українських умов з метою уникнення механічного запозичення в Україні зарубіжного досвіду до релевантних суспільних відносин. Існуванням та необхідністю вирішення великої кількості нерозглянутих та дискусійних питань у цій сфері зумовлюється необхідність комплексних і всебічних криминологічних досліджень, достатніх для розробки ефективної моделі загальносоціального та спеціально-криминологічного запобігання незаконному переправленню осіб через державний кордон на національному рівні.

<sup>1</sup> Chinese Exclusion Act // Wikipedia : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://en.wikipedia.org/wiki/Chinese\\_Exclusion\\_Act](https://en.wikipedia.org/wiki/Chinese_Exclusion_Act)

<sup>2</sup> Van Liempt I. A Critical Insight into Europe's Criminalisation of Human Smuggling // Swedish Institute for European Policy Studies : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.sieps.se/en/publications/2016/a-critical-insight-into-europes-criminalisation-of-human-smuggling-20163epa/>

<sup>3</sup> Salt J., Stein J. Migration as a business: the case of trafficking / J. Salt, J. Stein // International Migration. – 1997. – № 35, p. 4. – P. 467–494.

<sup>4</sup> Aronowitz A.A. Smuggling and trafficking in human beings: the phenomenon, the markets that drive it and the organizations that promote it / A.A. Aronowitz // European Journal on Criminal Policy and Research. – 2001. – № 9, p. 2. – P. 171.

<sup>5</sup> Zhang S.X. Chinese Human Smuggling Organizations: Families, Social Networks, and Cultural Imperatives / S.X. Zhang. – Stanford : Stanford University Press, 2008. – 304 p.

<sup>6</sup> Herman E. Migration as a family business: the role of personal networks in the mobility phase of migration / E. Herman // International Migration. – 2006. – № 44, p. 4. – P. 191–230.

<sup>7</sup> Doomernik J., Kyle D. Introduction / J. Doomernik, D. Kyle // Journal of International Migration and Integration. – 2004. – № 5, p. 3. – P. 266.

<sup>8</sup> Schloenhardt A. Organised Crime and Migrant Smuggling: Australia and the Asia-Pacific / A. Schloenhardt. – Canberra : Australian Institute of Criminology, 2002. – 102 p.

<sup>9</sup> Herman E. Migration as a family business: the role of personal networks in the mobility phase of migration / E. Herman // International Migration. – 2006. – № 44, ч. 4. – P. 198.

<sup>10</sup> Narli N. Human Trafficking and Smuggling: the Process, the Actors and the Victim Profile. In Trafficking in Persons in South East Europe. – A Threat to Human Security, Nilufer Narli, ed. Vienna: National Defence Academy; Istanbul, Center for Strategic Research, 2006. – P. 17.

<sup>11</sup> Smuggling of migrants – A Global Review and Annotated Bibliography of Recent Publications // United Nations Office on Drugs and Crime : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant-Smuggling/Smuggling\\_of\\_Migrants\\_A\\_Global\\_Review.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant-Smuggling/Smuggling_of_Migrants_A_Global_Review.pdf)

<sup>12</sup> Webb S., Burrows J. Organised Immigration Crime: A Post-Conviction Study // Research Report. – № 15. – London: Home Office : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://rds.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs09/horr15c.pdf>

<sup>13</sup> Bilger V., Hofmann M., Jandl M. Human Smuggling as a Transnational Service Industry: Evidence from Austria / V. Bilger, M. Hofmann, M. Jandl // International Migration, Special Edition on Human Smuggling. – 2006. – № 44 (4). – P. 86.

<sup>14</sup> Neske M. Human Smuggling to and through Germany / M. Neske // International Migration, Special Edition on Human Smuggling. – 2006. – № 44 (4). – P. 131.

<sup>15</sup> Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings // Centre for European Policy Studies. – Brussels, 2016. – P. 24.

<sup>16</sup> Spijkerboer T. The Human Costs of Border Control / T. Spijkerboer // European Journal of Migration and Law. – 2007. – № 9. – P. 127.

<sup>17</sup> Серова І.І. Міжнародно-правові механізми протидії нелегальній міграції: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11 / І.І. Серова; НАН України. Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. – К., 2004. – С. 7.

<sup>18</sup> Aas K.F., Gundhus H. Policing Humanitarian Borderlands: Frontex, Human Rights and the Precariousness of Life / K.F. Aas, H. Gundhus // The British Journal of Criminology. – 2015. – № 55, p. 1. – P. 1–18; Spijkerboer T. The Human Costs of Border Control / T. Spijkerboer // European Journal of Migration and Law. – 2007. – № 9. – P. 127–139.

<sup>19</sup> Hews R.A. Trafficking Smuggled Migrants: An Issue of Vulnerability / R.A. Hews // Global Tides. – 2016. – № 10. – P. 1–15; Hathaway J.C. The human rights quagmire of «human trafficking» / J.C. Hathaway // Virginia Journal of International Law. – 2008. – № 49 (1). – P. 1–27.

<sup>20</sup> The Use of Social Media in the Fight Against Migrant Smuggling // EMN Inform : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.emn.lv/wp-content/uploads/emn-informs-00\\_emn\\_inform\\_on\\_social\\_media\\_in\\_migrant\\_smuggling.pdf](http://www.emn.lv/wp-content/uploads/emn-informs-00_emn_inform_on_social_media_in_migrant_smuggling.pdf) – Заголовок з екрана.

<sup>21</sup> Kluczyński M. Prevention of Money Laundering in the Fight Against Human Trafficking and Smuggling of Migrants / M. Kluczyński // Internal Security. – 2013. – № 5 (2). – P. 83–96.

<sup>22</sup> Toolkit to Combat Smuggling of Migrants. Tool 9, Prevention of the smuggling of migrants // United Nations Office on Drugs and Crime : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Toolkit\\_Smuggling\\_of\\_Migrants/10-50900\\_Tool9\\_ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Toolkit_Smuggling_of_Migrants/10-50900_Tool9_ebook.pdf) – Заголовок з екрана.

<sup>23</sup> Smuggling of migrants – A Global Review and Annotated Bibliography of Recent Publications // United Nations Office on Drugs and Crime : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant-Smuggling/Smuggling\\_of\\_Migrants\\_A\\_Global\\_Review.pdf](https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Migrant-Smuggling/Smuggling_of_Migrants_A_Global_Review.pdf) – Заголовок з екрана.

<sup>24</sup> Spijkerboer T. The Human Costs of Border Control / T. Spijkerboer // European Journal of Migration and Law. – 2007. – № 9. – P. 127–139.

<sup>25</sup> Голина В.В. Сучасна кримінологія: досягнення, проблеми, перспективи / В.В. Голина // Сучасна кримінологія: досягнення, проблеми, перспективи : матеріали Міжнар. наук. конф., присвяч. 50-річчю каф. кримінології та кримінально-виконавчого права (м. Харків, 9 грудня 2016 р.) / за ред. В.Я. Тація, Б.М. Головкина. – Х. : Право, 2016. – С. 5.

<sup>26</sup> G.E. Sanchez. Human Smuggling and Border Crossings // Routledge Studies in Criminal Justice, Borders and Citizenship, 2014. – 146 p.

<sup>27</sup> Shelley L. Human Smuggling and Trafficking into Europe: A Comparative Perspective / L. Shelley. – Washington, DC: Migration Policy Institute, 2014. – 24 p.

#### Резюме

##### **Кібальник С.О. Незаконне переправлення осіб через державний кордон у кримінологічній науці ЄС та США.**

Стаття присвячена характеристиці та аналізу стану розробки проблеми незаконного переправлення осіб через державний кордон з позицій кримінології вченими Західної Європи та Сполучених Штатів Америки. Основну увагу приділено формулюванню загальних тенденцій та закономірностей її висвітлення західними фахівцями, а також виявленню спільних та суперечливих аспектів у їх точках зору.

**Ключові слова:** незаконне переправлення осіб через державний кордон, незаконна міграція, організована злочинність, транскордонна злочинність, запобігання злочинності.

#### Резюме

##### **Кібальник С.О. Незаконная переправка лиц через государственную границу в криминологической науке ЕС и США.**

Статья посвящена характеристике и анализу состояния разработки проблемы незаконной переправки лиц через государственную границу учеными Западной Европы и Соединенных Штатов Америки. Основное внимание уделено формулированию общих тенденций и закономерностей ее освещения западными специалистами, а также выявлению общих и дискуссионных аспектов в их точках зрения.

**Ключевые слова:** незаконная переправка лиц через государственную границу, незаконная миграция, организованная преступность, международная преступность, трансграничная преступность, предотвращение преступности.

#### Summary

##### **Kibalnyk S. Human smuggling in the criminological science of the EU and the USA.**

The article is devoted to characteristic and analysis of the scientific development of the human smuggling problem in Western Europe and the United States of America. The main attention is drawn to the formulation of general trends and patterns in its coverage by Western experts, as well as the revealing of common and controversial aspects in their points of view.

**Key words:** human smuggling, illegal migration, organized crime, cross-border crime, crime prevention.

УДК 343.3/.7

#### **В.М. КРИВОЛАПОВ**

*Володимир Михайлович Криволапов, ад'юнкт  
Національної академії внутрішніх справ*

### **КРИМІНАЛІСТИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИНАМ, ПОВ'ЯЗАНИМ ІЗ ЗАВОЛОДІННЯМ КОШТАМИ ШЛЯХОМ УТРУЧАННЯ В РОБОТУ БАНКОМАТІВ**

Швидкі темпи розвитку фінансових ринків та все більш зростаюча масштабність проведення розрахунків у міжнародних платіжних системах супроводжуються одночасним виникненням різного роду ризиків, пов'язаних із застосуванням платіжних терміналів. У зв'язку з цим здійснення оцінювання ризиків шахрайства та дослідження їх економічних наслідків для учасників розрахункових процесів, а також розробка системи заходів щодо мінімізації даних ризиків є актуальною в умовах інтернаціоналізації систем масових електронних платежів.

Специфічні риси та властивості електронних грошей, а також масштабний характер їх розвитку і поширення в повсякденному житті суспільства привернули увагу не тільки потенційних користувачів, але також контролюючих і регулюючих організацій. Нині підвищений інтерес до вдосконалення процедур їх звернення пояснюється успішним функціонуванням приватних систем електронних грошей і криптовалюти, впливом

глобальної економічної кризи, зниженням надійності світової валютної системи, наявністю кіберзагроз у фінансовій сфері. Сьогодні як окремі господарюючі суб'єкти, так і країни в цілому відчують потреба в легітимному використанні децентралізованого підходу до організації електронних розрахунково-платіжних систем, побудованих з застосуванням технології блокчейн, оскільки вони позбавлені основних недоліків централізованих систем в частині безпеки здійснення розрахунків і платежів, а також зберігання фінансової інформації.

Питання розслідування злочинів у різні часи були об'єктом дослідження широкого кола вчених, зокрема таких як Ю.П. Аленін, В.Д. Басай, В.П. Бахін, П.Д. Біленчук, В.К. Весельський, А.Ф. Волобуєв, Д.Ю. В'юнник, О.М. Джужа, О.П. Дубовий, В.Ф. Єрмолович, Ю.Л. Заросинський, А.В. Іщенко, В.С. Кузьмічов, В.Т. Маляренко, І.О. Манжос, Г.І. Прокопенко, М.В. Салтевський, П.Ю. Тимошенко, О.А. Федотов, С.С. Чернявський, В.В. Черней, В.М. Шевчук, В.Ю. Шепітько, М.Є. Шумило та ін. Однак, незважаючи на велику кількість публікацій з цієї тематики, питання аналізу та мінімізації ризиків шахрайства учасників міжнародних платіжних систем в Україні залишається відкритим.

Отже, **метою** статті є визначення елементного складу зазначеної категорії злочинів, яка зумовлена нагальною потребою аналізу криміналістичної характеристики зазначеної категорії злочинів та з урахуванням їх специфіки.

Розслідування будь-яких злочинів повинно ґрунтуватися на узагальненій слідчій практиці, у поєднанні з використанням апробованих криміналістичних рекомендацій та наукових знань. Уже існуючі наукові напрацювання розкривають значну кількість питань з цієї проблематики. Водночас, об'єктивно враховуючи соціальні й правові реалії сьогодення, дослідження питання незаконного втручання в роботу банкоматів залишається досить актуальним.

Дедалі частіше банки прагнуть знизити власні витрати і спонукати клієнтів до оплати товарів, послуг, податків і т.д. не через касира, а через банківські термінали або за допомогою інтернет-банкінгу. Проте в Україні обсяг операцій зі зняття готівки з банкоматів перевищує обсяг оплат товарів і послуг за банківськими картками більш ніж удвічі і за дев'ять місяців 2017 р становив понад 5 млрд грн. І весь цей грошовий потік проходить через банкомати, яких більше 38 тис. по всій Україні<sup>1</sup>.

Будапештська Конвенція, як основоположний документ у сфері боротьби з кіберзлочинністю, надає таку класифікацію кіберзлочинів:

1) правопорушення проти конфіденційності, цілісності та доступності комп'ютерних даних і систем, зокрема:

- незаконний доступ, наприклад, шляхом злому, обману та іншими засобами;
- нелегальне перехоплення комп'ютерних даних;
- втручання в дані, включаючи навмисне пошкодження,
- знищення, погіршення, зміну або приховування комп'ютерної інформації без права на це;
- втручання в систему, включаючи умисне створення серйозних перешкод функціонуванню комп'ютерної системи, наприклад, шляхом розподілених атак на ключову інформаційну інфраструктуру;

– зловживання пристроями, тобто виготовлення, продаж, придбання для використання, поширення пристроїв, комп'ютерних програм, комп'ютерних паролів або кодів доступу з метою здійснення кіберзлочинів;

2) правопорушення, пов'язані з комп'ютерами, включаючи підробку і шахрайство, вчинені з використанням комп'ютерів;

3) правопорушення, пов'язані з утриманням інформації, зокрема дитяча порнографія, расизм і ксенофобія;

4) правопорушення, пов'язані з порушенням авторських та суміжних прав, наприклад незаконне відтворення і використання комп'ютерних програм, аудіо/відео та інших видів цифрової продукції, а також баз даних і книг.

Разом із тим, з урахуванням мотивації злочинців, кіберзлочини можна умовно розділити на наступні категорії:

- кібершахрайство з метою заволодіння коштами;
- кібершахрайство з метою заволодіння інформацією (для власного користування або для наступного продажу);

- втручання в роботу інформаційних систем з метою отримання доступу до автоматизованих систем управління (для умисного пошкодження за винагороду або для нанесення збитку конкурентам);
- інші злочини.

Перша категорія злочинів – привласнення грошових коштів, при якому шахраї використовують різні способи, іноді змушуючи користувачів самостійно розкривати конфіденційні дані.

Найпоширеніші злочини, що належать до другої – третьої категорії – це злом баз даних і виведення з ладу комп'ютерних систем компаній і державних організацій, а також крадіжка інновацій або технологій.

У рамках даного дослідження найбільш детально розглянуто кіберзлочини, в результаті яких виникає фінансова чи інша матеріальна вигода у вигляді незаконно отриманих доходів. Йдеться насамперед про використання інформаційно-комунікаційних систем і комп'ютерних технологій для доступу до приватної власності юридичних і фізичних осіб та подальших дій з управління або розпорядження цією власністю. Зокрема, найбільш популярним нині серед кіберзлочинів є отримання доступу до засобів клієнтів банківських установ.



У цій категорії найбільш поширеними є такі види злочинів:

1) шахрайство в мережі Інтернет, зокрема:

- створення «фінансових пірамід» в мережі Інтернет;
- шахрайство при продажу товарів (послуг) через Інтернет або на Інтернет-аукціонах;
- діяльність по створенню програмних засобів з метою розкрадання фінансової, комерційної або персональної інформації (створення фіктивних WEB-сайтів, поширення комп'ютерних вірусів і троянських програм, перехоплення трафіку тощо);

2) шахрайство в системах дистанційного банківського обслуговування (далі – ДБО), зокрема:

- створення комп'ютерних вірусів і троянських програм для прихованого перехоплення управління комп'ютером клієнта з встановленим програмним забезпеченням ДБО;
- відкриття рахунків, проведення несанкціонованих операцій і отримання готівкових коштів в результаті несанкціонованих операцій в системах ДБО;
- отримання платежів від іноземних відправників через міжнародну систему SWIFT внаслідок втручання в роботу комп'ютерів і систем ДБО клієнтів іноземних банківських установ;

3) підробка платіжних карт і банкоматне шахрайство, зокрема:

- використання втрачених/викрадених/підроблених платіжних карт;
- викрадення реквізитів платіжних карт, в тому числі із застосуванням технічних засобів їх «клонування»;
- скімінг – виготовлення, збут і установка на банкомати пристроїв зчитування/копіювання інформації з магнітної смуги платіжної карти і отримання ПІН-коду до неї;
- використання «білого пластику» для «клонування» (підробки) платіжної картки та зняття готівки в банкоматах;
- Transaction Reversal Fraud – втручання в роботу банкомату при здійсненні операцій видачі готівки, яке залишає незмінним баланс карткового рахунку при фактичному отриманні готівки зловмисником;
- Cash Trapping – заклеювання диспенсера для присвоєння зловмисником готівки, яка була списана з карткового рахунку законного власника картки.

Слід зазначити, що стрімкий розвиток сфери інформаційних технологій постійно генерує нові види послуг, в тому числі в фінансовій сфері. Це, в свою чергу, змушує злочинців удосконалювати свої здібності і придумувати нові способи незаконного заробітку в кіберсередовищі.

Такий оборот готівки не може не привертати зловмисників, охочих ними заволодіти. Почастішали випадки як нападів на інкасаторів, так і крадіжки грошей з банкоматів і пристроїв самообслуговування. Якщо напад на інкасаторів – це дуже ретельно підготовлений, смертельно небезпечний шлях, по якому йдуть в основному люди, яким вже нічого втрачати, то крадіжка грошей із банкоматів є більш поширеною та безпечною. Спокуса велика: кілька сотень тисяч гривень лежать усього лише за тонкою стінкою сейфа.

Для більш детального аналізу ми розберемо категорії злочинців, які вчиняють незаконні дії щодо банкоматів, а саме: зломщики, грабіжники(викрадачі), кіберзлочинці (хакери) та шахраї.

Основною метою злочинців, що спеціалізуються на зломі банкомату, є крадіжка готівки з нижнього кабінету (сейфа) банкомату, нерідко сполучена з незаконним проникненням у приміщення, де встановлений банкомат. Часто таких осіб називають «ведмежатниками». Для досягнення своєї мети вони використовують три основні способи:

- злом сейфа банкомату на місці його розміщення;
- протиправне відкривання замка сейфа банкомату;
- несанкціоноване переміщення (крадіжка) банкомату і відкриття його в іншому віддаленому місці.

Для злomu сейфа банкомату «ведмежатники» найчастіше використовують звичайний слюсарний інструмент (ручний або електричний), який вільно можна придбати в будівельному магазині (кувалду, лом, ножівку, дискову пилу типу «болгарка», газовий різак і т.д.). Однак останнім часом частішали й випадки руйнування оболонки сейфа банкомату за допомогою вибуху. Для цього зловмисники або закачують в нижній кабінет банкомату вибухонебезпечний газ, або встановлюють кумулятивний заряд зовні сейфа.

Протиправне відкриття замикаючого пристрою сейфа банкомату здійснюється найчастіше за допомогою спеціалізованого інструменту (відмичок), що дає змогу відкрити замок без використання ключа або його руйнування, а в деяких випадках – шляхом використання штатних ключів чи кодів (якщо мала місце змова злочинців з працівниками фінансової або обслуговуючої організації).

Для несанкціонованого переміщення банкомату зловмисники використовують підручні, автотранспортні або спеціальні засоби. За допомогою даних засобів злочинці витягують банкомат з приміщення і відвозять у віддалене приховане місце, де й здійснюють безпосередній злом сейфа та викрадення готівки.

Слід підкреслити: якщо ж банкомат або платіжний термінал розміщено в закритому приміщенні (іншими словами, до нього немає вільного доступу в будь-який час доби), порушникам доводиться спочатку проникнути в приміщення, «обійти» заходи охоронної сигналізації та відеоспостереження (при їх наявності), і тільки після цього добиратися до готівки, зламуючи сейф банкомату. Як показує статистика такого роду злочинів, порушників не зупиняє навіть наявність фізичної охорони на об'єкті, особливо якщо це літнього віку сторож або вахтерка.

Зазначеними видами злочинів займаються як кустарі-одинаки з найпростішими підручними інструментами, так і організовані злочинні групи, оснащені за останнім словом техніки.

Наступна категорія зловмисників – це грабіжники. Це найбільш небезпечний вид злочинців, які діють у сфері дистанційного банківського обслуговування. Під загрозу збройного пограбування можуть потрапити як звичайні громадяни (при знятті готівки з банкомату), так і інкасатори (при завантаженні, вивантаженні або транспортуванні готівкових коштів). У цій категорії зустрічаються як відчайдушні «одинаки», так і організовані злочинні групи, які мають спеціальні знання, підготовку, автотранспорт, засоби придушення радіозв'язку, вогнепальну зброю.

Для протидії цій категорії злочинців необхідне оснащення банкоматів системами «інтелектуального» відеоспостереження, а також засобами тривожної сигналізації. Крім того, на обговорення може бути винесене питання про негласне формуванні сигналу тривоги шляхом набору спеціальної комбінації цифр на панелі введення ПІН-коду.

Окремої уваги заслуговують кіберзлочинці, так звані хакери, методи «роботи» яких можуть бути різними. В одних випадках – це може бути крадіжка готівки з нижнього кабінету банкомату, в інших – отримання незаконного доступу до конфіденційної інформації банківських карт клієнтів<sup>2</sup>.

У першому випадку, на відміну від вищеповисаних зломщиків, хакерам потрібен безпосередній доступ не в нижній кабінет банкомату, де розташовані касети з готівкою, а в верхній кабінет банкомату, де розташований комп'ютерний блок з операційною системою. Шляхом розтину верхнього кабінету і несанкціонованого підключення до комп'ютера банкомату вони встановлюють (інсталиують) шкідливі програми або підмінюють програмне забезпечення банкомату. Після чого банкомат стає «слухняним» і або видає гроші зі свого нижнього кабінету по команді злочинця, або здійснює безготівкові перекази грошових коштів з чужих рахунків, до яких був отриманий доступ.

В Україну з Європи прийшов інноваційний спосіб крадіжки грошей з банкоматів і терміналів – пристрої заражають вірусами-шпигунами. Найчастіше в якості об'єктів для атаки зловмисники використовують АТМ і POS-термінали великих мережевих магазинів. Їх заражають шкідливим програмним забезпеченням для автоматичного запису технічної інформації та ПІН-кодів банківських карток клієнтів фінансових установ, які скористалися послугами терміналу.

У зв'язку з цим для забезпечення безпеки банкомату від таких загроз необхідно, по-перше, заблокувати (захистити від несанкціонованого відкриття) верхній кабінет, наприклад, за допомогою магнітоконтактного сповіщувача. По-друге, здійснити програмний захист операційної системи та програмного забезпечення банкомату від хакерських атак.

Досить згадати, якого шуму в кінці 2014 р. наробив вірус Backdoor.MSIL.Tyurkin, виявлений «Лабораторією Касперського». Цей вірус заражав банкомати по всьому світу і дозволяв кіберзлочинцям спустошувати касети з грошима. Окремо слід згадати про Росію, на яку припав найбільший відсоток «пограбувань» банкоматів з його використанням. Як повідомили експерти «Лабораторії Касперського», пограбування здійснювалися без використання кодів карт фізичних осіб шляхом прямих маніпуляцій з банкоматами. Фахівці проаналізували відеоматеріали з камер відеоспостереження, які були встановлені в місцях розміщення заражених банкоматів, і виявили, що зловмисники отримували гроші з банкоматів, попередньо встановивши шкідливий код із завантажувального диска. Цей вірус виявився актуальним для банкоматів, що працюють на 32-розрядній платформі Microsoft Windows.

Після проведення розслідування по новому вірусу «Лабораторія Касперського» були розроблені практичні рекомендації<sup>3</sup> для кредитно-фінансових організацій, компаній, що займаються обслуговуванням банківських пристроїв самообслуговування, і розробників програмного забезпечення (далі – ПО) для банкоматів. Відповідно до цих рекомендацій, щоб уникнути ризиків зараження банкоматів шкідливими програмами необхідно:

- посилити фізичний захист банкоматів (важливо, щоб банкомат надійно стояв на місці – був прикріплений до стіни або підлоги приміщення чи поміщений у спеціальний бокс);
- встановити охоронну сигналізацію (за даними «Лабораторії Касперського» Backdoor.MSIL.Tyurkin заражав тільки банкомати без сигналізації);
- замінити всі замки і майстер-ключі від виробника, що замикають верхні відсіки (кабінети) банкоматів;
- змінити встановлені за замовчуванням паролі BIOS (розробникам ПО слід приділяти більше уваги безпеці пристроїв: унікальні паролі BIOS повинні бути складними, містити не тільки цифри, а й букви та спецсимволи);
- встановити і регулярно оновлювати антивірусний захист банкоматів;
- регулярно виконувати повну перевірку файлової системи кожного банкомату;
- регулярно перевіряти банкомати на наявність сторонніх пристроїв (скімерів);
- використовувати тільки перевірені Whitelisting-продукти на банкоматах, щоб знизити ймовірність визначення антивірусами чистого програмного забезпечення як шкідливого так і навпаки.

Окремої уваги заслуговують шахраї, що займаються вчиненням злочинів, пов'язаних із втручанням в роботу банкомату. Ця кримінальна категорія найбільш «різношерста» й винахідлива. Цілі таких правопорушників і методи їх діянь можуть бути найрізноманітнішими, часом непередбачуваними. Зазначимо лише найбільш відомі:

- крадіжка конфіденційної інформації банківських карт клієнтів (скімінг);
- крадіжка банківської карти шляхом її механічного блокування в картридер банкомату («ліванська петля»);
- крадіжка готівки клієнта шляхом захоплення і утримання банкнот в презентері банкомату;

- помилкове скасування банківської або платіжної операції;
- установка підроблених банкоматів («банкоматів-клонів»);
- створення «сайтів-клонів» кредитних організацій;
- розсилка на стільникові телефони власників банківських карт повідомлень від імені банку про блокування банківської карти.

В Україні загальний рівень шахрайства за платіжними картками поступово набирає обертів. Уже у 2012 р. від карткового шахрайства постраждали клієнти 51 банку, в той час як у 2011 р. причетними до незаконних операцій були картки, емітовані лише 43 фінансовими установами. За даними НБУ, протягом 2012 р. було здійснено 7,6 тис. неправомірних операцій, що на 2,5 тис. операцій менше, ніж у 2010 році. При цьому, у 2011 р. кількість шахрайських операцій становила лише 2,9 тис., тобто у 3,5 раза (на 7,2 тис.) менше, ніж у 2010 р., та на 4,7 тис. операцій менше, ніж у 2012 році. Відповідно до змін кількості шахрайських трансакцій у 2011 р. втрати від них зменшилися на 6,7 млн гривень порівняно з попереднім періодом – з 13 млн гривень до 6,3 млн гривень. Але вже у 2012 р. збитки збільшилися до 9,1 млн гривень, причому середній обсяг однієї несанкціонованої операції становив приблизно 1 тис. гривень.

У 2011 р. практично усі операції (99,7 % від їх загальної кількості), що заподіяли збитків банкам, держателям платіжних карток та торговцям, були здійснені з картками міжнародних платіжних систем Visa (55,27 %), на яку припадає найбільша частка ринку, та MasterCard (44,45 %)⁴. Обсяг втрат держателів карток міжнародної платіжної системи Visa у 2011 р. становив понад 6,2 млн гривень. У 2012 р. зросла кількість шахрайських операцій, здійснених за допомогою карток платіжної системи MasterCard, які використовувалися вдвічі частіше, ніж у попередньому році, і становила 1883 операції. Це завдало збитків держателям платіжних карток даної системи на суму 2,8 млн гривень⁵. Щодо вітчизняних платіжних систем НСМЕП та УкрКарт, то вони не зазнали втрат взагалі.

Проблеми боротьби із шахрайством у сфері дистанційного банківського обслуговування вимагають окремої ґрунтовної розмови.

Підсумовуючи вищезазначене, слід підкреслити, що питання організації заходів охорони в зоні розміщення банкоматів, платіжних терміналів та інших засобів дистанційного банківського обслуговування, а також особливості застосування систем активного захисту, що встановлюються як в самих банкоматах, так і в клієнтських зонах, потребує значно більшої уваги, аніж є сьогодні. В даний час ці напрями в сфері безпеки об'єктів дистанційного банківського обслуговування активно розвиваються і допомагають істотно підвищити ефективність застосовуваних заходів захисту.

<sup>1</sup> Сахно Д. Загальна інформація про систему міжбанківського обміну інформацією «Exchange-online» / Д. Сахно // Українська міжбанківська Асоціація членів платіжних систем «СМА». – 2012. – 5 жовтня : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ema.com.ua/exchange-online/info-exchange/>

<sup>2</sup> Богомолов А.Н. Банковские платежные карты как предмет состава изготовления или сбыта поддельных кредитных либо расчетных карт и иных платежных документов / А.Н. Богомолов // Территория науки. – 2015. – № 2. – С. 158–165.

<sup>3</sup> Голованов С. Банкоматный вирус Tuurkin: будут ли новые атаки? / С. Голованов // Банкноты стран мира. – М., 2015. – № 4. – С. 26–27.

<sup>4</sup> О безопасности рынка платежных карт Украины // Карт Бланш: информационно-аналитический журнал. – 2012. – № 2. – С. 37–38.

<sup>5</sup> Аналіз масштабів та основні напрями мінімізації ризиків шахрайства членів міжнародних платіжних систем : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.economy.nauka.com.ua/?op=1&z=2120>

## Резюме

**Криволапов В.М. Криміналістична характеристика протидії злочинам, пов'язаним із заволодінням коштами шляхом утручання в роботу банкоматів.**

У статті розглянуто основні категорії порушників і види кримінальних правопорушень, у тому числі вчинених ними злочинів на об'єктах дистанційного банківського обслуговування, а також відомі на сьогодні способи протидії таким злочинам. Аналіз статистики злочинів, пов'язаних із заволодінням коштами шляхом утручання в роботу банкоматів (платіжні термінали), дає змогу із усього різноманіття порушників виділити кілька основних категорій.

**Ключові слова:** банкомат, банк, телекомунікаційна мережа, мережа інтернет, програмне забезпечення, інформаційні технології.

## Резюме

**Криволапов В.М. Криминалистическая характеристика противодействия преступлениям, связанным с завладением денежными средствами путем вмешательства в работу банкоматов.**

В статье рассмотрены основные категории нарушителей и виды уголовных преступлений, в том числе совершенных ими преступлений на объектах дистанционного банковского обслуживания, а также известные на сегодня способы противодействия таким преступлениям. Анализ статистики преступлений, связанных с завладением денежными средствами путем вмешательства в работу банкоматов (платежные терминалы), позволяет из всего многообразия нарушителей выделить несколько основных категорий.

**Ключевые слова:** банкомат, банк, телекоммуникационная сеть, сеть интернет, программное обеспечение, информационные технологии.

Summary

*Krivolapov V. Forensic characteristic of counteraction to crimes connected with the acquisition of funds by means of the delivery of ATMs.*

The article deals with the main categories of violators and types of criminal offenses, as well as crimes committed by them at remote banking facilities, as well as methods known today for counteracting such crimes. Analysis of the statistics of crimes associated with the acquisition of funds through intervention in the work of ATMs (payment terminals), allows you to distinguish several main categories from a variety of offenders.

**Key words:** ATM, bank, Telecommunication network, Internet, software, information technologies.

УДК 343.132

**Л.В. ПІВНЕНКО**

*Людмила Володимирівна Півненко, старший викладач Харківського національного технічного університету сільського господарства імені Петра Василенка*

### ОСОБЛИВОСТІ ПРЕД'ЯВЛЕННЯ ОСОБИ ДЛЯ ВПІЗНАННЯ ЗА ФУНКЦІОНАЛЬНИМИ ОЗНАКАМИ

В основу впізнання можуть бути покладені будь-які ознаки (прикмети, особливості), якщо вони мають особистий характер, тобто невіддільні від даної особи і проявляються зовні, створюючи можливість сприйняття, запам'ятовування і відтворення в ході пред'явлення особи для впізнання.

Доведено, що у випадках, коли у слідчого виникають сумніви щодо об'єктивності результатів пред'явлення особи для впізнання за функціональними ознаками, доцільним є залучення фахівців. Слідчий може призначити логопедичну експертизу, а після пред'явлення для впізнання за ходом – біомеханічну експертизу, що в свою чергу дасть змогу повно і об'єктивно дослідити обставини вчиненого злочину і сформулювати належну доказову базу.

З огляду на складність в організації і проведенні впізнання особи за функціональними ознаками вказана слідча дія повинна проводитися із чітким дотриманням процесуальних норм, тактико-криміналістичних прийомів і рекомендацій.

Ефективна діяльність органів досудового розслідування щодо розкриття і розслідування злочинів залежить передусім від належної організації і проведення слідчих (розшукових) дій. Слідча (розшукова) дія – це передбачений Кримінальним процесуальним кодексом захід, який застосовується компетентними особами для збирання, дослідження, оцінки та використання доказів у ході кримінального провадження. Слідчі дії мають пізнавальний і водночас процесуальний характер та розшукову спрямованість, сутність якої полягає у діяльності слідчого чи іншої уповноваженої особи відшукати та належним чином процесуально закріпити фактичні дані, що мають значення для розкриття злочину та встановлення особи, яка його вчинила.

Перелік слідчих (розшукових) дій чітко регламентовано Кримінальним процесуальним кодексом України, в якому чинне місце займає така слідча (розшукова) дія, як пред'явлення особи для впізнання. Пред'явлення особи для впізнання є важливим засобом збирання доказової інформації, дає змогу перевірити показання осіб, які були допитані раніше (потерпілого, свідка, підозрюваного), висунути й перевірити слідчі версії, отримати нові докази у кримінальному провадженні.

Одним із видів пред'явлення особи для впізнання є впізнання за функціональними ознаками (голосом, ходом). Це надто складна слідча дія, що викликає певні труднощі в ході її практичного застосування. За умови неналежної підготовки і порушення процесуального порядку проведення вказаної слідчої дії може бути втрачена доказова інформація, яка має суттєве значення для розкриття злочину та встановлення особи, яка його вчинила.

Питання процесуальної регламентації та тактики проведення впізнання завжди привертала увагу вчених-криміналістів. Багатоаспектність даної проблеми, а також важливість результатів впізнання для практики кримінального судочинства визначають актуальність подальшого дослідження цих питань.

Проблемам законодавчого регулювання слідчих дій і, зокрема, пред'явлення для впізнання присвятили свої наукові праці відомі вчені: Р.С. Белкін, Ю.М. Грошевий, А.В. Іщенко, І.П. Козаченко, В.І. Комісаров, В.О. Коновалова, Є.Д. Лук'янчиков, В.Т. Томін, Л.Д. Удалова, П.П. Цветков, В.Ю. Шепітько, М.Є. Шумило та інші. Не зважаючи на значні наукові доробки вчених-правознавців, необхідно зазначити, що в роботах багатьох авторів пред'явлення для впізнання досліджувалося фрагментарно, а питанням пред'явлення особи для впізнання за функціональними ознаками приділялося зовсім мало уваги. Аналізуючи викладене вище, можна констатувати, що не вирішеність процесуальних і криміналістичних проблем вимагає більш ґрунтов-

ного аналізу питань щодо процесуального порядку проведення впізнання особи за функціональними ознаками та належного процесуального закріплення доказової бази, отриманої в ході провадження вказаної слідчої (розшукової) дії під кутом зору сучасних змін, що відбуваються у сфері кримінального судочинства.

**Мета** даної статті полягає у визначенні особливостей пред'явлення особи для впізнання за функціональними ознаками, висвітленні проблемних питань для подальшого напрацювання єдиних науково обґрунтованих методичних рекомендацій щодо проведення даної слідчої (розшукової) дії.

Пред'явлення для впізнання, як засіб збирання доказової інформації у ході розслідування злочинів, на практиці застосовувався давно, але законодавчому закріпленню впізнання як самостійної слідчої дії передувало складний і тривалий процес. Досить довго пред'явлення для впізнання деякі науковці розглядали як особливу форму допиту свідка та вважали, що присутність понятих не змінює його процесуальну природу<sup>1</sup>.

Таке твердження викликало чимало запитань. З часом, у ході тривалих дискусій, науковці обґрунтували самостійний характер впізнання та переконливо довели, що його не можна розглядати як одну із форм допиту. Пред'явлення для впізнання – це складна слідча дія, регламентований кримінально-процесуальним законом комплекс організаційних, пізнавальних і посвідчувальних дій слідчого, що ґрунтується на здатності людини впізнавати за ознаками матеріальні об'єкти та спрямована на встановлення наявності чи відсутності їх тотожності.

На думку І.І. Когутича, пред'явлення для впізнання – це судово-слідча дія, яка полягає в пред'явленні особі будь-якого об'єкта з метою його ототожнення або встановлення групової спільності з об'єктом, котрий раніше спостерігався цією особою у зв'язку з обставинами, що мають значення для кримінальної справи<sup>2</sup>.

В.Ю. Шепітько, В.О. Коновалова вказують, що пред'явлення для впізнання – слідча (розшукова) дія, яка полягає у пред'явленні свідку, потерпілому, підозрюваному в передбаченому законом порядку певного об'єкта для того, щоб вони могли встановити його тотожність або відмінність від того об'єкта, який спостерігався раніше, зберігся в пам'яті і про який давали показання<sup>3</sup>.

С.Д. Лук'янчиков зазначає, що пред'явлення для впізнання є видом криміналістичної ідентифікації за ідеальним відображенням (образом у думці) об'єкта (особи, речі тощо). Суб'єктом ідентифікації виступає людина, яка сприймала той чи інший об'єкт, запам'ятала його (зберегла у пам'яті його мислений образ) і може впізнати, якщо побачить знову<sup>4</sup>.

Отже, аналізуючи викладене вище, можна констатувати: більшість науковців стверджують, що сутність цієї дії полягає в тому, що під час її проведення шляхом виділення та порівняння найбільш характерних ознак та особливостей ідеального образу, який зберігся в пам'яті особи, яка впізнає, та об'єкта в натуральному вигляді або його зображення на фотознімку чи у відеозапису відбувається встановлення тотожності, подібності або відмінності такого ідеального образу із пред'явленою для впізнання особою.

Залежно від об'єкта, який пред'являють особі для впізнання, Кримінальний процесуальний кодекс України 2012 р. виділяє наступні види впізнання: впізнання особи (ст. 228 КПК); впізнання речей (ст. 229 КПК); впізнання трупа (ст. 230 КПК).

Найбільш розповсюдженим видом впізнання в практиці розслідування злочинів є впізнання особи. Загальновідомо, що людину індивідуалізують не тільки особливості будови окремих частин тіла (анатомічні ознаки зовнішності), а й функціональні особливості (хода, міміка, жестикуляція), стійкі звички, які набуваються в процесі певної діяльності, а також предмети одягу, взуття, прикраси та інші речі, які вона використовує.

Доволі часто зустрічаються випадки, коли злочини вчиняються в умовах, за яких потерпілі не мають можливості побачити і запам'ятати зовнішність злочинця (темний час доби, непередбаченість нападу, поганий зір потерпілого тощо), але вони добре запам'ятовують певні функціональні ознаки, тобто особливості голосу, мови. У таких випадках пред'явлення для впізнання може бути проведено за динамічними (функціональними) ознаками. Найбільш вагомими в даному випадку для впізнання є особливості голосу, мови, адже вказані ознаки є відносно стійкими, і тільки певні обставини (хвороба, старість) можуть вплинути та змінити їх.

Деякі науковці вважають, що проводити впізнання за однією динамічною ознакою (хода, голос), а не за сукупністю всіх ознак зовнішності не можна, оскільки вони легко змінюються не тільки в результаті хвороби, старості, а й за бажанням самої особи.

На нашу думку, в основу впізнання можуть бути покладені будь-які ознаки (прикмети, особливості), якщо вони мають особистий характер, тобто невіддільні від даної особи, і проявляються зовні, створюючи можливість сприйняття, запам'ятовування і відтворення в ході пред'явлення особи для впізнання.

Впізнання особи за функціональними ознаками регламентовано ч. 9 ст. 228 Кримінального процесуального кодексу України, в якій зазначено, що впізнання особи може здійснюватися за голосом або ходом, при цьому впізнання за голосом повинно здійснюватися поза візуальним контактом між особою, що впізнає, та особами, які пред'явлені для впізнання<sup>5</sup>.

Об'єктом такого впізнання є не окремий голос чи окрема хода, а конкретна особа. Водночас характерними ознаками, що вказують на певну особу, виступають окремі й значущі для впізнання ознаки голосу чи ходи<sup>6</sup>.

Підготовка і організація пред'явлення особи для впізнання за функціональними ознаками значно складніша, ніж пред'явлення для впізнання за ознаками зовнішності, і починається з попереднього допиту особи, якій може бути пред'явлено особу для впізнання за голосом. Специфіка такого допиту полягає в тому, що слідчий встановлює умови, за яких особа мала можливість сприймати голос і мову, її індивідуальні особли-

вості (ступінь уважності, стан слуху), а також зміст та обсяг сприйнятих звукових сигналів і «образ» голосу, який відобразився в пам'яті особи, яка допитується.

Впізнання за голосом проводиться не тільки на підставі ознак голосу, а й з урахуванням усіх інших особливостей, які характерні для усної мови особи, яка пред'являється для впізнання (діалект, акцент, дефекти мови, слова-паразити, жаргонні слова тощо)<sup>7</sup>. Враховуючи те, що сукупність ознак мови лише у відносно малому обсязі, порівняно з ознаками зовнішності, піддається словесному описуванню, слідчий повинен сприяти відновленню в пам'яті особи, яку допитує, специфічних ознак голосу.

Не зважаючи на численні рекомендації з проведення пред'явлення для впізнання за голосом і мовою, викладені у довідниково-методичній літературі для слідчих, у криміналістичній літературі все ще зустрічається точка зору, відповідно до якої людині зовсім не складно змінити свій голос на певний час, а тому результати пред'явлення для впізнання злочинець може викривити, змінивши свій голос. Все це деякою мірою негативно відобразилося на ставленні практичних працівників до можливості проведення цієї слідчої дії.

Як справедливо зазначають з цього приводу А.Ф. Волобуєв та Ю.В. Кутепов, такий висновок зроблено на підставі помилкового судження, що усі люди можуть змінити свій голос до такого стану, що його не можна впізнати. Тільки незначна кількість людей мають здатність змінити тембр і силу голосу, надаючи йому різноманітні відтінки<sup>8</sup>.

Є.Є. Подголін також підкреслює, що «не слід боятися, що особа, котра упізнається, змінить свій голос. Голос кожної людини має фізіологічні (природні) властивості, пов'язані з будовою її мовного апарату і змінити їх нелегко»<sup>9</sup>.

Небезпека умисного спотворювання голосу і мови є дещо перебільшеною. Як зазначає З.Г. Самошина, яка проводила експериментальні дослідження, особа, що намагається змінити голос, не може підтримувати його тривалий час, після декількох фраз голос змінюється, втомлюються голосові зв'язки, зміна голосу не проходить непомітною для спостерігача<sup>10</sup>.

Голосу людини характерні стійкі ознаки незалежно від слів, які вона вимовляє. Ці ознаки індивідуальні й виступають як характеристика особи, що дозволяє провести її ідентифікацію. Отже, коли слідчий бачить намагання особи змінити свій голос та ознаки мови, він повинен запропонувати даній особі пришвидшити темп вимови слів, фраз, неодноразово їх повторити або збільшити обсяг відтворюваного тексту.

У тих випадках, коли виникають сумніви щодо об'єктивності результатів впізнання за голосом і мовою, слідчий може призначити логопедичну експертизу і поставити перед експертом наступні запитання: Чи має мова особи, яка пред'являлася для впізнання, стійкі специфічні особливості, і якщо так, то які саме? Чи роблять ці особливості дану мову такою, що добре запам'ятовується і чи дають змогу вказані особливості відрізнити мову цієї особи від мови інших осіб?

Висновок даної судової експертизи допоможе зробити більш об'єктивними результати пред'явлення для впізнання і уникнути можливості посилення обвинуваченого на суб'єктивний характер сприйняття особою, яка впізнавала його з голосу і мови.

Наступним видом пред'явлення для впізнання за функціональними ознаками є пред'явлення особи для впізнання за ходою. Разом із тим необхідно зазначити, що впізнання за ходою в практичній діяльності зустрічається ще рідше, ніж впізнання за голосом і мовою. Це пояснюється тим, що віднайти характерні ознаки ходи людини, відрізнити одну людину від іншої за ходою вкрай складно. Зазвичай людині вкрай складно описати словами ходу іншої людини. Тільки яскраво виражені особливості (кульгавість, сильне розгойдування корпусу тіла, розмахування руками) фіксуються в пам'яті людини і в подальшому відтворюються в показаннях.

У випадках, коли особливості ходи особи, яка пред'являється для впізнання, малопомітні, свідкам, потерпілим надто складно їх описати. Тому не зовсім зрозуміло, чи наявні вони в особи, яка буде пред'являтися для впізнання. У такому разі суттєву допомогу може надати використання спеціальних знань у сфері біомеханіки.

У випадку, коли впізнання проводиться тільки за ходою, і є сумніви в достовірності результатів пред'явлення для впізнання, слідчому доцільно призначити біомеханічну експертизу. Під час даної експертизи слідчий повинен ставити наступні питання: Чи має підозрюваний, обвинувачений будь-які особливості ходи, осанки, а якщо так, то які саме? Чи є ці особливості стійкими; в яких життєвих ситуаціях вони можуть виявлятися найбільш чітко?

Часом виникає необхідність пред'явити для впізнання лише функціональні ознаки об'єкта, що впізнається, наприклад, набуті звички у поведінці, жестикуляцію, манеру тримати паузу. Як правильно зазначає М.В. Салтєвський, у цих випадках виникає нетрадиційна ситуація. Зокрема, автор вважає, що таке пред'явлення для впізнання можливе, але вимагає спеціальної підготовки та запрошення фахівців. Також зазначений науковець схиляється до думки, що за звуковим образом можна пред'являти для впізнання ходу людей, предмети, агрегати, машини, що є джерелами звуку<sup>11</sup>.

При пред'явленні особи для впізнання можуть бути залучені спеціалісти, для фіксування його ходу та результатів технічними засобами, психологи, педагоги та інші фахівці. Підставою для участі психологів і педагогів під час проведення пред'явлення для впізнання може бути необхідність врахування факторів сприйняття, особливостей віку впізнаючого чи його психічного стану та умов проведення слідчої дії. Запрошення фахівців, які володіють спеціальними знаннями, необхідними для надання допомоги слідчому в проведенні пред'явлення для впізнання за функціональними ознаками, буде в багатьох випадках доцільним.

Отже, можемо зробити такі висновки. Пред'явлення особи для впізнання – це самостійна слідча дія, різновидом якої є пред'явлення для впізнання за функціональними ознаками. Вказана слідча дія повинна проводитися із чітким дотриманням процесуальних норм, тактико-криміналістичних прийомів і рекомендацій, що в подальшому забезпечить правомірність та достовірність отриманих результатів, які можуть бути визнані як докази у кримінальному провадженні.

У певних випадках, коли у слідчого виникають сумніви щодо об'єктивності результатів пред'явлення особи для впізнання за функціональними ознаками, він може призначити логопедичну експертизу, а після пред'явлення для впізнання за ходою – біомеханічну експертизу, що в свою чергу дасть змогу повно і об'єктивно дослідити обставини вчиненого злочину і сформуванати належну доказову базу.

З огляду на складність в організації і проведенні впізнання особи за функціональними ознаками дане питання потребує подальшого ґрунтовного дослідження і розробки ефективних науково обґрунтованих методичних рекомендацій щодо проведення даної слідчої (розшукової) дії.

<sup>1</sup> Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса / М.С. Строгович ; отв. ред. Н.Н. Полянский. – М.: Изд-во АН СССР, 1958. – Т. 1. – 704 с.

<sup>2</sup> Когутич І.І. Тактика підготовки пред'явлення для впізнання у судовому слідстві / І.І. Когутич // Вісник Львівського університету. – 2004. – Вип. 40. – С. 408–414. – (Серія «Юридична»).

<sup>3</sup> Навчально-методичний посібник для самостійної роботи та практичних занять і словник термінів з навчальної дисципліни «Криміналістика» (галузь знань 0304 «Право», освітньо-кваліфікаційний рівень «Бакалавр», напрям підготовки 6.030401 «Правознавство») / уклад.: В.Ю. Шепітько, В.О. Коновалова, В.А. Журавель та ін. – Х.: Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого», 2013. – 165 с.

<sup>4</sup> Лук'янчиков С. Пред'явлення для впізнання – засіб інформаційного забезпечення розслідування / С. Лук'янчиков, Б. Лук'янчиков // Вісник кримінального судочинства. – 2015. – № 4. – С. 46–53.

<sup>5</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. // Голос України. – 2012. – 19 травня (№ 90–91).

<sup>6</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. професорів В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.С. Шумила. – К.: Юстініан, 2012. – 1224 с. – С. 500.

<sup>7</sup> Руководство по расследованию преступлений: Науч. прак. Пособие / А.В. Гриненко, Т.В. Каткова, Г.К. Кожевников и др. – Х.: Консум, 2001. – 608 с. – С. 492.

<sup>8</sup> Волобуев А.Ф. Предъявление для опознания по особенностям голоса и речи при расследовании тяжких преступлений / А.Ф. Волобуев, Ю.В. Кутепов // Криминалистика и судебная экспертиза: Межведомственный научно-метод. сборник. – К., 1997. – Вып. 48. – С. 59.

<sup>9</sup> Лук'янчиков С.Д. Щодо видів пред'явлення для впізнання / С.Д. Лук'янчиков // Правничий часопис Донецького університету. – 1997. – № 1. – С. 26–29.

<sup>10</sup> Самошина З.Г. Вопросы теории и практики предъявления для опознания на предварительном следствии / З.Г. Самошина. – М., 1976. – С. 61.

<sup>11</sup> Салтєвський М.В. Криміналістика (у сучасному викладі): підруч. / М.В. Салтєвський. – К.: Кондор, 2005. – 588 с.

## Резюме

### **Півненко Л.В. Особливості пред'явлення особи для впізнання за функціональними ознаками.**

У статті досліджуються питання щодо процесуального порядку проведення пред'явлення особи для впізнання за функціональними ознаками. Зазначається, що вказана слідча дія може проводитися в тих випадках, коли злочин було вчинено в умовах, за яких потерпілий не мав можливості побачити і запам'ятати зовнішність злочинця (темний час доби, непередбаченість нападу, поганий зір потерпілого тощо), але він добре запам'ятав певні функціональні ознаки, тобто особливості голосу, мови, ходи. Найбільш вагомими в такому випадку для впізнання є особливості голосу, мови, оскільки вказані ознаки є відносно стійкими, і тільки певні обставини (хвороба, старість) можуть вплинути та змінити їх.

**Ключові слова:** слідчі дії, пред'явлення особи для впізнання, функціональні ознаки, логопедична експертиза, біомеханічна експертиза.

## Резюме

### **Пивненко Л.В. Особенности предъявления лица для опознания по функциональным признакам.**

В статье исследуются вопросы относительно процессуального порядка проведения предъявления лица для опознания по функциональным признакам. Отмечается, что указанное следственное действие может производиться в тех случаях, когда преступление было совершено в условиях, при которых потерпевший не имел возможности увидеть и запомнить внешность преступника (темное время суток, непредсказуемость нападения, плохое зрение потерпевшего и т.п.), но он хорошо запомнил определенные функциональные признаки, то есть особенности голоса, речи, походки. Наиболее весомыми в таком случае для опознания являются особенности голоса, речи, поскольку указанные признаки являются относительно устойчивыми, и только определенные обстоятельства (болезнь, старость) могут повлиять и изменить их.

**Ключевые слова:** следственные действия, предъявление лица для опознания по функциональным признакам, логопедическая экспертиза, биомеханическая экспертиза.

## Summary

### **Pivnenko L. Features of Presentation of a Person for Identification by Functional Features.**

In this article questions of procedural order of carrying out presentation of a person for identification by functional features are examined. It is noted that this investigative action can be carried out when the crime has been committed in circumstances under which

the victim is unable to see and remember the appearance of the offender (dark time, unpredictability of attack, poor eyesight of the victim, etc.), but he has well remembered certain functional features, that is features of voice, speech, gait. The most significant in this case for recognition are the features of voice and speech, since these characteristics are relatively stable, and only certain circumstances (illness, old age) can affect and change them.

**Key words:** investigative actions, presentation of the person for identification by functional signs, logopedic examination, bio-mechanical examination.

УДК 343.13

**Д.А. СКОРОМНИЙ**

*Данило Анатолійович Скоромний, аспірант  
Науково-дослідного інституту вивчення проблем  
злочинності імені академіка В.В. Сташиса НАПрН  
України*

## САНКЦІЇ НОРМ ПРАВА, ЩО РЕГУЛЮЮТЬ ПРИЙНЯТТЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ РІШЕНЬ: ОЗНАКИ, ПОНЯТТЯ

Санкція у теорії права являє собою досить поширену тему для дослідження. Науковці висвітлюють різні аспекти її функціонування, як елемента норми права, і з'ясовують її характерні риси у всіх галузях права. Не є винятком і кримінальне процесуальне право. Тут санкції досліджуються з огляду на їх здатність унормувувати суспільні відносини між учасниками кримінального провадження та забезпечувати захист їх прав, свобод і законних інтересів.

Попри це, в науці кримінального процесу й дотепер не знайшло свого висвітлення питання особливостей санкцій норм права, що забезпечують прийняття кримінальних процесуальних рішень, чим і обумовлюється актуальність нашого дослідження.

Проблематика санкцій норм права була предметом багатьох наукових досліджень. Серед науковців, які їх здійснювали, варто назвати таких, як А.В. Малько, А.В. Мурзановська, А.І. Ллалутдінов, А.І. Столмаков, А.С. Барабаш, Г.М. Ветрова, Л.М. Борисова, М.А. Громов, О.А. Мусаткіна, О.О. Сидоренко, Р.М. Білокінь, С.А. Полунін, Я.М. Романюк та багатьох інших.

**Мета статті** полягає у тому, щоб з'ясувати найбільш характерні риси санкцій норм права, що регулюють прийняття кримінальних процесуальних рішень, а також на їх основі сформулювати визначення таких санкцій.

Санкція в найбільш загальному її розумінні являє собою структурний елемент норми права, що забезпечує здійснення як гіпотези, так й диспозиції такої норми. У санкції відбивається ставлення суспільства, держави до поведінки особи, яка повинна дотримуватись положення відповідних норм права. Вона виконує роль певного запобіжника, що забезпечує виконання юридичних обов'язків та охорону суб'єктивних прав від можливих порушень.

Однак не варто розглядати санкцію норми права як окремий елемент законодавства, що «назавжди прив'язаний» до однієї норми. Вона являє собою певну сукупність нормативно-правових приписів, які можуть слугувати «будівельним матеріалом» й для інших норм права. Наприклад, санкція кримінальної процесуальної норми може перетворитись на гіпотезу, однак уже кримінально-правової норми. І, навпаки, диспозиція норми цивільного права за необхідності перетворюється на кримінальну процесуальну, якщо при вирішенні процесуальних завдань необхідно владнати питання, наприклад, майнового характеру і т.д.

Таку саму роль відіграє санкція й у кримінальному процесі. Проте поруч із загальними рисами вона набуває ще й спеціальних, таких, що властиві їй як гаранту дотримання правил прийняття кримінальних процесуальних рішень. І серед згадуваних ознак можна назвати такі:

1) санкція є *елементом структури* норми права, що регулюють прийняття кримінальних процесуальних рішень. Триелементна структура норми права являє собою системну логічну взаємодію гіпотези, диспозиції і санкції. Саме тому санкція є обов'язковим елементом норми, що забезпечує дотримання положень гіпотези та диспозиції. Однак санкції, які регулюють прийняття кримінальних процесуальних рішень, є елементами не будь-яких норм права, а саме кримінальних процесуальних. Їх прив'язаність до галузі кримінального процесу визначається через функціональну спрямованість як окремих елементів (гіпотези, диспозиції, санкції), так і норми права загалом (як системи). Це означає, що навіть якщо санкція кримінальної процесуальної норми має інше галузеве походження (кримінально-правове, цивільно-правове тощо), то загалом така санкція буде вважатися кримінальною процесуальною, оскільки у зв'язці «гіпотеза-диспозиція-санкція» як кожний з елементів окремо, так і всі вони разом (як норма права) виконують функцію врегулювання саме кримінальних процесуальних відносин, що, знову ж таки, не заважає окремо кожному з елементів такої норми виконувати інші завдання у зв'язку з елементами іншої норми права, яка має іншу функцію (наприклад, регулювати кримінально-правові чи цивільно-правові відносини).



Таким чином, санкція норм права, що регулює прийняття кримінальних процесуальних рішень, неначе «йде на поводу» під впливом гіпотези та диспозиції, змінюючи при цьому на час застосування свою галузеву прив'язку (з іншої на кримінальну процесуальну) або не змінюючи, якщо така санкція першочергово має кримінальне процесуальне походження. Звідси можна сказати, що галузева спрямованість санкції норми права визначається основними напрямками впливу такої норми на суспільні відносини;

2) *застосовуються спеціальним уповноваженням на те суб'єктом*. На це також звернула увагу А.В. Мурзановська. Зокрема, науковець зазначила, що однією з особливостей санкцій кримінальних процесуальних норм слід називати те, що вони можуть застосовуватися лише визначеними учасниками кримінального процесу в межах та порядку, встановлених нормами КПК, та в формі кримінальних процесуальних правовідносин<sup>1</sup>. І санкції норм, що регулюють прийняття кримінальних процесуальних рішень, теж підпадають під згадувану особливість кримінальних процесуальних норм.

Суб'єктами застосування вказаних санкцій є слідчий, прокурор, суддя та присяжний (суду шефенів). Кожний із зазначених учасників кримінального провадження реалізує свої повноваження відповідно до законодавства. Варто лише звернути увагу на можливість присяжних застосовувати санкції норм права, що регулюють прийняття кримінальних процесуальних рішень. Такі повноваження властиві винятково присяжним суду шефенів (або асизів). Цю ситуацію можна пояснити їх функціонуванням єдиною колегією, що складається із присяжних та професійних суддів, а також способом прийняття рішень – колегіально, шляхом голосування. Прикладом застосування таких санкцій може слугувати ст. 390 КПК України, де сказано, що присяжний може бути усунутий від подальшої участі в судовому розгляді кримінального провадження за ініціативою головуючого рішенням більшості від складу суду присяжних;

3) *може мати різне галузеве походження*. Як уже зазначалось, санкція норм права складається із певної кількості нормативно-правових приписів, що, взаємодіючи між собою, забезпечують втілення у життя положення гіпотези та диспозиції відповідної норми. Галузеве походження таких приписів може бути різним, але загалом при залученні до врегулювання певних суспільних відносин у межах конкретної норми права вони набувають такої галузевої прив'язки, яка є у відповідній нормі права.

Така само ситуація має місце й щодо санкцій норм права, які регулюють прийняття кримінальних процесуальних рішень. Окремі положення санкцій можуть мати кримінально-правову, цивільно-правову чи іншу приналежність. Наприклад, відповідальність за постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови закріплено у кримінальному праві (ст. 375 КК України). Натомість, положення, які передбачають відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду та можливість зворотної вимоги до винної особи, передбачені цивільним правом (ст. 1176 та ст. 1191 ЦК України відповідно), а можливість та підстави для притягнення слідчого, прокурора чи судді до дисциплінарної відповідальності – адміністративним правом. Однак загалом санкція буде вважатись кримінальною процесуальною, оскільки вона націлена на забезпечення виконання гіпотези та диспозиції саме кримінально-процесуальної норми;

4) *передусім націлена на врегулювання організаційних відносин*. Таку специфіку вказаних санкції визначає організаційно-процедурна, управлінська природа кримінальних процесуальних норми. Вона означає, що санкції норм права, які регулюють прийняття кримінальних процесуальних рішень, насамперед спрямовані на врегулювання питань, пов'язаних із відміною правозастосовних актів, що прийняті з порушенням кримінальних процесуальних норм, та відновлення попереднього стану прав і обов'язків заінтересованих осіб. Також згадувані санкції спрямовані на визначення змісту тих чи інших наслідків особистого, майнового чи організаційного характеру, що можуть бути застосовані до слідчого, прокурора, судді чи присяжного за результатами перевірки правильності прийняття ними процесуальних рішень.

Усі згадувані санкції мають чітко виражений організаційно-процедурний, управлінський характер. Вони покликані допомогти зберегти належну процедуру як при прийнятті процесуальних рішень, так і у перебігу кримінального провадження загалом;

5) *санкція містить у собі певне правило поведінки* (тобто у ній вказані права й обов'язки учасників кримінальних процесуальних відносин). Власне, саме визначення слова «норма» (від лат. *norma* – правило, зразок), як стверджує Я.М. Романюк, свідчить про те, що норма повинна містити модель (зразок) поведінки суб'єктів правовідносин. Диспозицію і санкцію також не можна віднести до самостійних норм: реалізація прав і обов'язків, що містяться в них, пов'язана з певними умовами, тому вони не можуть існувати самостійно, окремо від гіпотези, що їх зумовлює<sup>2</sup>. І повноцінний регулятивний ефект на суспільні відносини може справляти лише норма права як система елементів (гіпотеза, диспозиція і санкція), що взаємодіють.

Однак кожний із елементів такої норми все одно має певний обсяг, так би мовити, автономних прав та обов'язків. Їх можна назвати автономними, оскільки згадувані права та обов'язки розміщені чи то в гіпотезі, чи то диспозиції і навіть у санкції норми права. Вони знаходяться в межах відповідного елемента норми, але не можуть при цьому самостійно забезпечити регулятивний вплив. А повноцінне регулювання можливе лиш тоді, коли усі три елементи норми взаємодіють один з одним у логічній послідовності. Таким чином, можна сказати, що кожний із елементів норми права володіє певною частинкою відповідного правила поведінки, проте тільки разом вони утворюють той регулятивний вплив, що притаманний нормі права як системі.

Прояв таких «автономних» прав та обов'язків, наприклад, у санкції норм права, що регулює прийняття кримінальних процесуальних рішень, можна побачити, дослідивши правовий статус слідчого, прокурора чи

судді до і після застосування відповідної санкції. Зміни у правах та обов'язках згадуваних суб'єктів право-застосовної діяльності після застосування такої санкції можуть показати той обсяг правила поведінки, яким володіє санкція. Так, замінивши прокурора у кримінальному провадженні через неефективне здійснення прокурором нагляду за дотриманням законів під час проведення досудового розслідування (ст. 37 КПК України), тим самим обмежуються його права як процесуального керівника і, відповідно, обов'язки. У цьому випадку певна санкція володіє «автономними» правами та обов'язками, що полягають у процесуальному керівництві того чи іншого прокурора у певному провадженні. Якщо розглянути санкцію, що передбачає, наприклад, скасування вироку або ухвали за наслідками апеляційного розгляду і призначення нового розгляду у суді першої інстанції (ст. 407 КПК України), то в такому випадку суддя (судді), що прийняв таке рішення, позбавляється можливості повторного розгляду такого провадження, що й визначає обсяг «автономних» прав та обов'язків такої санкції;

б) вона містить визначені заходи впливу на зобов'язаного суб'єкта (заходи покарання) й уповноваженого суб'єкта (заходи заохочення). Як стверджує О.А. Мусаткіна, у санкції, що закріплює заходи юридичної відповідальності, визначені несприятливі наслідки, які змінюють правовий статус правопорушника та призводять до появи нових обов'язків, яких не існувало до порушення гіпотези та (або) диспозиції норми права. Санкції закріплюють не саму юридичну відповідальність, а тільки її заходи. Закріплення ж юридичної відповідальності в цілому відбувається на рівні норми права в єдності всіх трьох її елементів (гіпотези, диспозиції і санкції). А визначення заходів юридичної відповідальності в санкції норми права – це та суттєва ознака, яка відрізняє санкцію від інших заходів державного примусу<sup>3</sup>. Зокрема, санкції норм права, що регулюють прийняття кримінальних процесуальних рішень, передбачають заходи дисциплінарної відповідальності до суддів за скасоване або змінене рішення, ухвалене внаслідок умисного порушення норм права чи неналежного ставлення до службових обов'язків. Прокурори та слідчі, у свою чергу, можуть нести визначену відповідною санкцією дисциплінарну відповідальність за умисне порушення ними вимог законодавства чи неналежного виконання службових обов'язків. Такі кримінальні процесуальні санкції, з одного боку, накладають на відповідних суб'єктів застосування норм права додаткові обов'язки, пов'язані з необхідністю зазнати негативних наслідків особистого, майнового чи організаційного характеру.

З іншого боку, для уповноваженого суб'єкта санкції норм права, що регулюють прийняття кримінальних процесуальних рішень, можуть передбачати настання позитивних наслідків. Такий «позитивний» характер наслідків продиктований певними заслугами суб'єктів застосування норм права при прийнятті процесуальних рішень. Так, наприклад, за сумлінне і зразкове виконання службових обов'язків, ініціативність та оперативність у роботі до прокурорсько-слідчих працівників можуть бути застосовані заходи заохочення, а до суддів, відповідно, за бездоганну та ефективну державну службу та (або) за особливі заслуги.

Таким чином, санкції норм права, що регулюють прийняття кримінальних процесуальних рішень, одночасно визначають як негативні, так і позитивні наслідки діяльності слідчих, прокурорів та суддів, що уповноважені приймати такі рішення. Однак такі заходи впливу на суб'єктів застосування норм права не існують окремо. Визначені заходи впливу, як заохочення, так і покарання, завжди йдуть поруч, забезпечуючи й гарантуючи один одного;

7) санкція норми права спрямована на захист та гарантування виконання як гіпотези, так і диспозиції такої норми. Деякі автори звертають увагу на те, що санкція забезпечує виконання диспозиції, при цьому нічого не зазначаючи про гіпотезу норми права<sup>4</sup>. Проте, на наше переконання, санкція як елемент системи під назвою «норма права» має завданням гарантувати виконання як диспозиції, так і гіпотези такої норми. Адже усі елементи у середині системи пов'язані між собою та перебувають у взаємній залежності. Якщо хоча б один із елементів не виконає свою функцію, то система не запрацює так, як це необхідно, – не забезпечить регулятивний вплив на суспільні відносини.

Наприклад, уявити ситуацію, коли санкція норм права, які регулюють прийняття кримінальних процесуальних рішень забезпечує лише виконання диспозиції. У такому випадку процесуальне рішення, що прийнято з дотриманням усіх вимог, які зазначені в диспозиції, не має бути змінене чи скасоване, якщо воно було прийнято з порушенням підстав його прийняття, оскільки такі підстави визначені в гіпотезі процесуальної норми. Тут гіпотеза виступає «першоджерелом» регулятивного впливу норми, вона визначає підстави, коли рішення має бути прийнято, а вже потім, коли такі підстави мають місце, вступає в дію диспозиція, де зазначено, як саме приймати рішення, які вимоги до нього ставляться. І санкція у такому випадку має забезпечувати дотримання як правильність визначення умов прийняття відповідних рішень (гіпотези), так і безпосередньо самого процесу їх прийняття (диспозиції);

8) застосування санкції спрямовано на стимулювання правомірної поведінки. Незважаючи на те, що санкція передбачає певну міру відповідальності особи, яка застосовує відповідну норму права у випадку порушення її гіпотези чи диспозиції, основним завданням санкції є не покарання, а запобігання та захист відповідного правила поведінки від можливих порушень. Саме тому санкція норми націлена передусім на стимулювання правомірної поведінки, а вже потім, з метою виконати превентивну функцію, може здійснювати каральну та інші функції.

Схожа ситуація має місце й із заохочувальними санкціями. Зокрема, вони, хоч і не визначають відповідальність суб'єкта застосування норм права, але передбачають альтернативу порушенню. Тобто пропонують інший, кращий та більш вигідний для особи шлях – перевиконати положення норми права й отримати відповідне заохочення особистого, майнового чи організаційного характеру. Та, знову ж таки, вказана можли-

вість отримати винагороду існує для того, щоб забезпечити захист норми права від порушень, шляхом створення перспективи дотримання відповідних правил поведінки.

Проте варто зазначити, що санкції, як одні, так і другі, діють разом, підтримуючи одна одну та доповнюючи. Зокрема, можливість покарання за порушення правил поведінки створює у суб'єкта застосування норм права «страх» чи хоча б «внутрішні переживання» через можливу протиправну поведінку. А заохочення показує, що дотримуючись вимог норми права можна отримати певні привілеї. Тож покарання не дає вчинити правопорушення, а заохочення – спрямовує у правильне русло. І разом вони становлять ті «стимули», на які покладається норма права для свого захисту. Таку характеристику санкцій у літературі називають «кумуляцією», тобто розумним поєднанням різних видів санкцій з тим, щоб досягти найбільшого ефекту в боротьбі з процесуальними правопорушеннями<sup>5</sup>.

Так само проявляють себе й санкції норм права, що регулюють прийняття кримінальних процесуальних рішень. Одні охороняють від порушень шляхом можливості скасування неправомірного рішення, накладення особистих стягнень на слідчого, прокурора чи суддю, які прийняли таке рішення чи неправомірно утримались від його прийняття тощо. Інші – винагороджують за взірцеве виконання положень законодавства, що стосується прийняття кримінальних процесуальних рішень. І разом вони створюють саме той стимул, що забезпечує відповідні норми права від порушень.

Таким чином, підсумовуючи викладене, можна визначити поняття *санкції норми права, що регулює прийняття кримінальних процесуальних рішень*. Так, під нею слід розуміти елемент норми права, що регулює прийняття кримінальних процесуальних рішень та за рахунок визначених заходів впливу утримує слідчого, прокурора та суддю від протиправної правозастосовної діяльності з тим, щоб забезпечити дотримання положень як диспозиції, так і гіпотези такої норми.

І на завершення, можна зробити такі **висновки**: 1) ознаками санкції норм права, що регулює прийняття кримінальних процесуальних рішень є: вона являє собою елемент структури норм права, що регулюють прийняття кримінальних процесуальних рішень; застосовується спеціально уповноваженим на те суб'єктом; може мати різне галузеве походження; передусім націлена на врегулювання організаційних відносин; містить у собі певне правило поведінки; містить визначені заходи впливу на зобов'язаного суб'єкта; спрямована на захист та гарантування виконання як гіпотези, так і диспозиції; її застосування спрямовано на стимулювання правомірної поведінки; 2) під санкцією норми права, що регулює прийняття кримінальних процесуальних рішень, слід розуміти елемент норми права, що регулює прийняття кримінальних процесуальних рішень, та за рахунок визначених заходів впливу утримує слідчого, прокурора і суддю від протиправної правозастосовної діяльності з тим, щоб забезпечити дотримання положень як диспозиції, так і гіпотези такої норми.

<sup>1</sup> Мурзановська А.В. Кримінально-процесуальна відповідальність за новим кримінальним процесуальним кодексом України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / А.В. Мурзановська. – О., 2017. – С. 73–74. – 237 с.

<sup>2</sup> Романюк Я. Ознаки та структура цивільно-правової норми: основні методологічні засади / Я. Романюк // Вісник Львівського ун-ту. – 2016. – Вип. 63. – С. 90. – С. 81–96. – (Серія «Юридична»).

<sup>3</sup> Мусаткина А.А. Об общем понятии санкции норм права / А.А. Мусаткина // Теория права. Актуальные проблемы российского права. – 2015. – № 1 (50). – С. 32–38.

<sup>4</sup> Там само.

<sup>5</sup> Мурзановська А.В. Вказана праця. – С. 73. – 237 с.

#### Резюме

**Скоромний Д.А. Санкції норм права, що регулюють прийняття кримінальних процесуальних рішень: ознаки, поняття.**

Автор визначає найбільш характерні риси норм права, що регулюють прийняття кримінальних процесуальних рішень та на їх основі формулює визначення згадуваних санкцій.

**Ключові слова:** санкції норм права, прийняття кримінальних процесуальних рішень, ознаки, визначення.

#### Резюме

**Скоромный Д.А. Санкции норм права, регулирующие принятие уголовных процессуальных решений: признаки, определение.**

Автор описывает наиболее характерные черты норм права, регулирующих принятие уголовных процессуальных решений, и на их основе формулирует определение упомянутых санкций.

**Ключевые слова:** санкции норм права, принятие уголовных процессуальных решений, признаки, определение.

#### Summary

**Skoromnyi D. Features and definition of legal norms sanctions that are regulating criminal procedural decision-making.**

In this article author outlines the most characteristic features of legal norms sanctions that are regulating criminal procedural decision-making and on the basis of which formulates definition of the said sanctions.

**Key words:** legal norms sanctions, criminal procedural decision-making, features, definition.

**К.А. СЛЯДНЄВА**

*Катерина Анатоліївна Сляднєва, аспірант  
Львівського університету бізнесу та права*

## **ВІДМОВА ПРОКУРОРА ВІД ПІДТРИМАННЯ ДЕРЖАВНОГО ОБВИНУВАННЯ ЯК ФОРМА РЕАЛІЗАЦІЇ ДИСПОЗИТИВНОСТІ**

Однією з основних конституційних функцій прокуратури України є підтримання публічного обвинувачення в суді. Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК) у ст. 3 визначає державне обвинувачення як процесуальну діяльність прокурора, що полягає в доведенні перед судом обвинувачення з метою забезпечення кримінальної відповідальності особи, яка вчинила кримінальне правопорушення.

Водночас якщо в результаті судового розгляду прокурор дійде переконання, що пред'явлене особі обвинувачення не підтверджується, він повинен відмовитися від підтримання державного обвинувачення і викласти мотиви відмови у своїй постанові. Таке рішення в обов'язковому порядку погоджується з прокурором вищого рівня.

**Метою статті** є дослідження та вирішення наявних проблем реалізації диспозитивних засад діяльності прокурора під час прийняття ним рішення про відмову від підтримання державного обвинувачення з урахуванням судово-прокурорської практики, аналізу наукових праць та вимог чинного законодавства.

КПК України 2012 р. та Закон України «Про прокуратуру» 2014 р. визначили важливу роль прокурора у кримінальному процесі, в якій поєднали процесуальне керівництво досудовим розслідуванням і підтриманням державного обвинувачення.

Проте, з огляду на завдання кримінального провадження, функція підтримання державного обвинувачення не повинна бути односторонньою і спрямовуватися виключно на притягнення особи до кримінальної відповідальності.

Як зазначають В.Т. Маляренко та І.В. Вернидубов, не в кожній кримінальній справі особу притягують до відповідальності обґрунтовано. Помилки досудового слідства не обов'язково мають бути виправлені в суді лише шляхом винесення виправдувального вироку, оскільки є шлях більш короткий та простий – відмова прокурора від підтримання державного обвинувачення<sup>1</sup>.

У науковій юридичній літературі наводяться різні визначення поняття відмови. Вчені розглядають даний інститут із різних позицій: як елемент функції підтримання державного обвинувачення в суді прокурором; як інститут кримінального процесуального права; як кримінально-процесуальний акт; як процесуальне повноваження прокурора.

Так, В.Т. Маляренко та І.В. Вернидубов під відмовою розуміють постанову прокурора, звернену до суду й приєднану до справи, в якій він повністю або частково заперечує обґрунтованість обвинувачення та мотивує неможливість його підтримання.

В.Ф. Крюков вважає відмову прокурора від підтримання державного обвинувачення одним із наслідків обвинувальної діяльності; особливим процесуальним інститутом, що регулює діяльність державного обвинувача; зміною переконання в обвинуваченні особи, в його запереченні, висловленому в публічній заяві прокурора<sup>2</sup>.

П.М. Каркач вказує, що відмова прокурора від державного обвинувачення є зверненням до суду, в якому він повністю або частково заперечує обґрунтованість обвинувачення і викладає мотиви неможливості його підтримання; припинення прокурором в цілому або в якійсь частині обвинувальної діяльності проти підсудного<sup>3</sup>.

В.С. Зеленецький визначає відмову як звернену до суду заяву прокурора, в якій він повністю або частково заперечує обґрунтованість обвинувачення і мотивує неможливість його підтримання щодо особи, відданої під суд, фактично закриває повністю або в окремій частині продовжує обвинувальну діяльність проти даної особи.

У своїх працях В.С. Зеленецький здійснює такий умовний поділ підстав відмови від обвинувачення: правові (підстави, зазначені в нормах права); фактичні (доказова інформація, яка вказує на недоведеність вини особи, незаконне притягнення її до кримінальної відповідальності і, як наслідок, необхідність повної чи часткової відмови від обвинувачення); психологічні (підстави, що базуються на внутрішньому переконанні прокурора у невинуватості особи, яка притягується до кримінальної відповідальності)<sup>4</sup>.

Поділяючи правову позицію вченого, проаналізуємо вказані підстави відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення.

До правових підстав слід віднести випадки, передбачені пунктами 1–3 ч. 1 ст. 284 КПК України, зокрема: встановлена відсутність події кримінального правопорушення; встановлена відсутність у діянні складу кримінального правопорушення; не встановлені достатні докази для доведення винуватості особи в суді та вичерпані можливості їх отримати.

Наприклад, Оболонським районним судом міста Києва у січні 2018 р. прийнято рішення про закриття кримінального провадження за обвинуваченням особи у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 185 КК України, у зв'язку з відмовою прокурора від підтримання державного обвинувачення через відсутність складу злочину в діях обвинуваченого<sup>5</sup>.

Під фактичними підставами необхідно розуміти випадки, коли судовим слідством встановлено, що докази, якими прокурор обґрунтовував свої висновки про винність особи, були оцінені ним невірно, або в суді виявилися нові, раніше невідомі та недосліджені обставини, що зламали систему обвинувачення. Наприклад, були допитані нові свідки, викликані за клопотанням сторони захисту, які своїми показаннями піддали сумнівам чи взагалі спростували докази, на підставі яких формувалось обвинувачення.

Крім того, на практиці поширеними є факти встановлення у суді порушень процесуальних норм під час досудового розслідування: порушення закону в ході збирання доказів, у результаті чого вони визнаються недопустимими, фальсифікація, односторонність, усунення з матеріалів провадження даних, які б виправдовували особу тощо.

Так, Апеляційним судом міста Києва в березні 2016 р. особу визнано невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 213 КК України, у зв'язку з недоведеністю винуватості обвинуваченого у здійсненні прийому брухту кольорових та чорних металів як фізичною особою.

Ще на стадії досудового розслідування слідчий та процесуальний керівник володіли даними, відповідно до яких підозрюваний не був суб'єктом інкримінованого злочину, оскільки здійснював прийом металобрухту на підставі договору доручення між ним та фізичною особою-підприємцем. Однак відповідні підтверджувальні трудові відносини документи слідчим до матеріалів провадження долучено не було.

Крім того, прокурором під час повідомлення особі про підозру та направлення обвинувального акта до суду не було враховано вимоги ч. 2 ст. 11 КК України в частині відсутності суспільної небезпеки діяння через його малозначність, а саме: особа обвинувачувалась у здійсненні прийому брухту кольорового металу загальною масою 2,32 кг на суму 33 гривень<sup>6</sup>.

З аналогічних підстав прокурор відмовився від підтримання державного обвинувачення за ч. 1 ст. 213 КК України у провадженні, яке у березні 2016 р. закрито Деснянським районним судом міста Києва<sup>7</sup>.

Святошинським районним судом м. Києва у травні 2016 р. кримінальне провадження закрито у зв'язку з відмовою прокурора від обвинувачення за ч. 2 ст. 15, п. 1 ч. 2 ст. 115 КК України. Попри очевидні порушення закону у ході збирання доказів на досудовому розслідуванні, зокрема під час пред'явлення особи для впізнання, процесуальним керівником затверджено обвинувальний акт<sup>8</sup>.

Відмова прокурора від обвинувачення може відбутися не тільки в результаті зміни обставин в ході судового розгляду, а також у разі наявності тієї ж бази доказів, що й на досудовій стадії. При цьому відмова державного обвинувача може бути обґрунтована тим, що зібрані докази після їх перевірки в умовах відкритості й змагальності процесу вже не є настільки переконливими, якими вони здавалися на досудовому слідстві. Після перевірки їх у суді похитнулось переконання прокурора щодо винності обвинуваченого. Отже, підставою відмови прокурора від обвинувачення є не тільки зміна доказової бази чи обставин справи, а й переоцінка зібраних у справі доказів, внаслідок якої стала очевидною відсутність події злочину або відсутність у діяннях особи складу злочину.

Психологічними підставами відмови від обвинувачення є внутрішнє переконання прокурора про винність особи, яке може вплинути на неспроможність державного обвинувача виконати свою процесуальну функцію обвинувачення.

Прокурор у суді проводить обвинувальну діяльність, тому його відмова можлива і необхідна, якщо він упевнений і переконаний у невинуватості обвинуваченого<sup>9</sup>.

Таким чином, відмова прокурора від державного обвинувачення має два аспекти: матеріально-правовий і процесуально-правовий, які слід розглядати в єдності. Постанова прокурора з цього приводу є офіційним документом, в якому зафіксована відмова в матеріально-правовому аспекті і лише після складання якого, погодження з прокурором вищого рівня і передання суду прокурор припиняє обвинувальну діяльність.

Зазначені права прокурора у кримінальному процесі є диспозитивними проявами його діяльності як державного обвинувача, подальша реалізація яких залежить від рішення прокурора вищого рівня. Адже постанова набуває процесуального значення для суду лише після її погодження прокурором вищого рівня в порядку, передбаченому ст. 341 КПК України.

На цьому етапі виникає основна проблема у визначенні процесуальної самостійності прокурора на даній стадії кримінального процесу.

Навіть за наявності обґрунтованих підстав відмови від державного обвинувачення прокурор не має можливості реалізувати своє процесуальне право без дозволу на те його безпосереднього керівника.

Частина 2 ст. 341 КПК України фактично надає прокурору вищого рівня право приймати рішення щодо ходу подальшого судового розгляду кримінального провадження.

Так, якщо прокурор вищого рівня відмовляє в погодженні постанови про відмову від підтримання державного обвинувачення, він усуває від участі в судовому розгляді прокурора, який ініціював таке питання, та самостійно бере участь у ньому як прокурор або доручає участь іншому прокуророві.

Вимоги щодо обов'язку погодження державним обвинувачем із керівником своєї позиції знайшли своє відображення і в галузевому наказі Генерального прокурора України № 4гн від 19 грудня 2012 р. «Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні».

Крім того, у деяких регіональних прокуратурах порушені питання додатково врегульовані внутрішніми розпорядчими документами.

Наприклад, прокуратурою міста Києва видано наказ «Про взаємодію прокурорів органів прокуратури міста Києва у кримінальному провадженні у суді» від 10 жовтня 2016 р., який зобов'язав керівників київських місцевих прокуратур інформувати прокуратуру міста про розгляд у суді процесуальних документів щодо зміни обвинувачення, висунення нового обвинувачення та відмови від підтримання державного обвинувачення з метою їх вивчення на предмет своєчасності, законності та обґрунтованості.

Таким чином, лише з дозволу прокуратури регіонального рівня після ретельного вивчення її співробітниками підстав та обставин зміни, доповнення обвинувачення чи відмови від його підтримання прокурор місцевої прокуратури приймає відповідне рішення.

Незважаючи на те, що згідно з ч. 1 ст. 340 КПК України за відповідних підстав прокурор «повинен відмовитися від підтримання державного обвинувачення», що вказує на його обов'язок, на практиці подібні випадки досить рідкісні, в тому числі через незгоду з такою позицією керівника прокуратури.

Отже, формально відмова від підтримання державного обвинувачення є процесуальним обов'язком прокурора, який він повинен виконувати, якщо в результаті судового розгляду дійде переконання, що пред'явлене особі обвинувачення не підтверджується.

Вказані диспозитивні засади діяльності прокурора у процесі орієнтовані на європейські цінності та стандарти додержання прав людини і є проявами адаптації національних правових інститутів до норм євроатлантичного співтовариства.

Однак відсутність правових механізмів забезпечення самостійності прокурора та великі соціально-психологічні проблеми, які щоразу постають перед державним обвинувачем під час ініціювання відмови, зумовлюють той факт, що прокурори не відмовляються від підтримання державного обвинувачення, а продовжують його підтримувати аж до ухвалення судом виправдувального вироку<sup>10</sup>.

Про це свідчить те, що кількість відмов у десятки разів менша за кількість виправдувальних вироків.

Наприклад, за статистичними даними звітів (форми № 1 СЛ), прокурори органів прокуратури міста Києва у 2016 р. відмовилися від підтримання державного обвинувачення щодо 11 осіб, водночас судами виправдано 52 особи, з яких 13 перебували під вартою; у 2017 р. обліковується лише п'ять відмов та 55 виправданих судами осіб, з яких дев'ять утримувалися під вартою. У першому кварталі поточного року на 12 виправданих осіб припадає тільки одна відмова прокурора від державного обвинувачення.

Динаміка статистичних даних дає підстави визнати інститут відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення на цей час фактично неіснуючим на практиці.

З огляду на забюрократизованість та ускладненість процедури погодження рішення про відмову від державного обвинувачення прокурори здебільшого не порушують це питання перед керівництвом, а виконують функцію обвинувачення до ухвалення судового рішення.

Разом із тим обов'язок погодження рішення про відмову від державного обвинувачення з прокурором вищого рівня попереджає незаконні й необґрунтовані постанови. Більшість керівників органів прокуратури погоджуються з вимогами КПК України в цій частині, обґрунтовуючи це тим, що оскільки обвинувач обстоює в суді не свій власний інтерес, а є представником державного органу – прокуратури, яка діє на принципах єдиної системи, і керівник повинен цікавитися позицією державного обвинувача у кримінальному процесі.

Проте зазначена думка суперечить диспозитивним засадам діяльності учасників кримінального процесу, які полягають у вчиненні ними дій та ухваленні рішень на власний розсуд у межах процесуальних прав та у спосіб, визначений законом, із метою виконання завдань кримінального провадження.

Відмова прокурора від обвинувачення, за наявності для цього підстав, і є таким заходом, якого він вживає, захищаючи від порушення конституційні норми, що гарантують забезпечення прав і свобод людини. Це головний обов'язок держави, який вона поклала на прокурора як на свого представника в суді і зобов'язала неухильно його виконувати.

До того ж прийняття процесуального рішення про відмову від підтримання державного обвинувачення вимагає від прокурора дослідження не лише наявних у кримінальному провадженні доказів, а й використання всіх передбачених законом засобів для доведення винуватості особи у вчиненні злочину шляхом представлення нових доказів, що є можливим тільки за умови повного та глибокого дослідження обставин злочину.

Висновки такого аналізу мають дати чітке уявлення про конкретні зміни, яких зазнало обвинувачення в суді, про вплив цих змін на формулювання і кваліфікацію інкримінованого обвинуваченому діяння, а також на фактичні підстави і правову сутність обвинувачення. Даючи їм об'єктивну оцінку, прокурор доходить висновку про необхідність заявити про відмову від обвинувачення.

Саме за такого підходу можуть бути забезпечені гарантії захисту прав та законних інтересів потерпілого, який на підставі дослідженої в судовому розгляді інформації приймає рішення про самостійне продовження підтримання обвинувачення після припинення прокурором своїх повноважень відповідно до вимог ч. 3 ст. 340 КПК України.

Таке право потерпілого є також одним із важелів попередження незаконного закриття кримінального провадження в суді.

Доречно також звернути увагу на те, що законодавець не надав прокурору можливість оскаржити відмову керівника в погодженні постанови про відмову від обвинувачення та усунення його від подальшої учас-

ті в судовому розгляді. Таке беззаперечне право керівника прокуратури на власний розсуд визначати подальший хід судового розгляду кримінального провадження, учасником якого він не є, та особливості дослідження обставин якого йому не відомі, може призвести до незаконних дій та рішень, а подекуди – з корупційною складовою.

Водночас потрібно врахувати, що відповідно до вимог ч. 4 ст. 36 КПК України за прокурорами вищого рівня зберігається право на подання апеляційної чи касаційної скарги, заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами. Таким чином, у разі незгоди керівництва регіональної прокуратури з прийнятим судом першої інстанції рішенням за результатами розгляду постанови державного обвинувача про відмову в підтриманні державного обвинувачення він може оскаржити його до суду апеляційної інстанції.

З огляду на викладене, варто погодитися з думкою Я.О. Ковальнової, яка стверджує, що на формування переконання державного обвинувача щодо відмови від обвинувачення впливає низка факторів, зокрема: переважно карна спрямованість діяльності органів прокуратури; кадрове забезпечення органів прокуратури (від уміння правильно встановити фактичні обставини, дати оцінку доказам, визначити юридичну кваліфікацію залежить позиція державного обвинувача у справі, яка ґрунтується на матеріалах провадження та відповідає вимогам закону); моральні та інтелектуальні якості державного обвинувача, його психологічна стійкість; психологічна атмосфера в колективі прокуратури; роль керівника прокуратури (адже на практиці трапляються випадки, коли керівники необґрунтовано орієнтують підлеглих робити все задля запобігання ухваленню виправдувальних вироків); моральні фактори відносин державного обвинувача з іншими суб'єктами кримінального процесу, особливо з обвинуваченим і потерпілим<sup>11</sup>.

Проаналізувавши способи реалізації диспозитивних засад участі прокурора у кримінальному процесі у формі відмови від підтримання державного обвинувачення, можна зробити певні висновки для подальшого вирішення проблемних питань.

Суттєва різниця між статистичними даними щодо кількості ухвалених судами виправдувальних актів та відмов прокурорів від обвинувачення свідчить про недотримання останніми конституційних прав громадян та невиконання прямо передбачених обов'язків, які вони повинні виконувати у випадку, якщо пред'явлене особі обвинувачення не підтвердилося.

Однак відсутність правових механізмів забезпечення виконання таких обов'язків, пряма відомча залежність від керівника в кожному випадку відмови зумовлюють пасивну поведінку державних обвинувачів та сприяють порушенню ними закону.

Нагальною є потреба у вирішенні процесуальних, організаційних та морально-психологічних проблем, а також у здійсненні заходів, спрямованих на підвищення рівня правосвідомості й дотримання професійної етики прокурорами, шляхом усунення на законодавчому рівні прямої залежності позиції державного обвинувача від рішення особи, яка займає адміністративну посаду, напрацювання практики притягнення співробітників прокуратури до дисциплінарної відповідальності за невиконання або здійснення перешкод у виконанні вимог, передбачених ч. 1 ст. 340 КПК України.

Водночас із метою попередження винесення державними обвинувачами неправомірних та передчасних постанов про відмову від підтримання державного обвинувачення порядок та особливості прийняття таких рішень можливо передбачити в нормативних документах Генеральної прокуратури України.

<sup>1</sup> *Маляренко В.Т.* Про відмову прокурора від підтримання державного обвинувачення в суді та її правові наслідки / В.Т. Маляренко, І.В. Вернидубов // Вісник Верховного Суду України. – 2002. – № 4. – С. 31–41.

<sup>2</sup> *Крюков В.Ф.* Отказ от государственного обвинения: дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика; оперативно-розыскная деятельность» / В.Ф. Крюков. – Воронеж, 1996. – 188 с.

<sup>3</sup> *Каркач П.М.* Державне обвинувачення в суді за новим кримінальним процесуальним законодавством України : навч. посіб. / П.М. Каркач. – Х.: Право, 2013. – 184 с.

<sup>4</sup> *Зеленецький В.С.* Отказ прокурора от государственного обвинения / В.С. Зеленецький. – Х., Изд-во Харьк. юрид. ин-та, 1979. – 116 с.

<sup>5</sup> Справа № 756/6724/17 : Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

<sup>6</sup> Справа № 754/8597/15-к : Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

<sup>7</sup> Справа № 754/10999/15-к : Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

<sup>8</sup> Справа № 759/15674/15-к : Єдиний державний реєстр судових рішень : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/>

<sup>9</sup> *Турман Н.О.* Кримінально-правова характеристика підстав та мотивів відмови прокурора від обвинувачення в суді першої інстанції / Н.О. Турман // Науковий вісник Чернівецького університету. – 2013. – № 682. – С. 132–136.

<sup>10</sup> *Грушевська М.І.* Поняття та загальна характеристика відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення / М.І. Грушевська // Науковий вісник Херсонського державного університету. – 2016. – № 3. – Т. 2. – С. 100–103.

<sup>11</sup> *Ковальова Я.О.* Організаційно-правові основи відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення в суді : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 / Я.О. Ковальова ; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – Х., 2009. – 241 с.

Резюме

**Сляднєва К.А.** Відмова прокурора від підтримання державного обвинувачення як форма реалізації диспозитивності.

Стаття присвячена дослідженню проблемних питань, що виникають під час реалізації прокурором права відмовитися від підтримання державного обвинувачення. Розглянуто підстави відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення. Проаналізовано наукові джерела та вимоги чинного законодавства, якими врегульовано порядок відмови від державного обвинувачення. Вивчено судово-прокурорську практику застосування цього інституту у кримінальному процесі, а також статистичні дані, що свідчать про наявність процесуальних, організаційних та морально-психологічних проблем під час здійснення прокурорами своїх процесуальних повноважень. Встановлено, що можливість відмови прокурора від підтримання державного обвинувачення залежить від волевиявлення його керівника, що суперечить диспозитивним засадам діяльності прокурора у кримінальному провадженні.

**Ключові слова:** прокурор, диспозитивність, відмова від підтримання державного обвинувачення, підстави відмови, кримінальне провадження, керівник прокуратури.

Резюме

**Сляднєва Е.А.** Отказ прокурора от поддержания государственного обвинения как форма реализации диспозитивности.

Статья посвящена исследованию проблемных вопросов, возникающих при реализации прокурором права отказаться от поддержания государственного обвинения. Рассмотрены основания отказа прокурора от поддержания государственного обвинения. Проанализированы научные источники и требования действующего законодательства, которыми урегулирован порядок отказа от государственного обвинения. Изучена судебно-прокурорская практика применения этого института в уголовном процессе, а также статистические данные, свидетельствующие о наличии процессуальных, организационных и морально-психологических проблем в ходе осуществления прокурорами своих процессуальных полномочий. Установлено, что возможность отказа прокурора от поддержания государственного обвинения зависит от волеизъявления его руководителя, что противоречит диспозитивным принципам деятельности прокурора в уголовном производстве.

**Ключевые слова:** прокурор, диспозитивность, отказ от поддержания государственного обвинения, основания отказа, уголовное производство, руководитель прокуратуры.

Summary

**Sliadnieva K.** Prosecutor's refusal from the state prosecution as a form of realization of the free disposition principle.

The article deals with the analysis of problematic issues arising in the course of the implementation of the prosecutor's right to waive prosecution on behalf of the state.

The grounds for such prosecutor's waiver are considered. Both academic sources and provisions of the legislation in force settling the procedures of waiver of prosecution on behalf of the state are analyzed. Judicial and prosecutorial practice of this institute application in criminal proceedings as well as statistical data revealing procedural, organizational and morale issues arising in the course of implementation of procedural powers by prosecutors are examined. It is found out that the possibility of waiver of prosecution on behalf of the state depends on the will of the senior prosecutor, contrary to dispositive principles of prosecutor's activity in criminal proceedings.

**Key words:** prosecutor, disposition, waiver of prosecution on behalf of the state, grounds for a waiver, criminal proceedings, senior prosecutor.

УДК 343.62

**А.Р. ТОПУЗЯН**

*Артур Робертович Топузьян, аспірант Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Сташиса*

## ХАРАКТЕРИСТИКА СУБ'ЄКТА ВТЯГНЕННЯ НЕПОВНОЛІТНІХ У ЗЛОЧИННУ ДІЯЛЬНІСТЬ

Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність (ст. 304 КК України) є тим злочином, що розриває цивілізаційно-конструктивний зв'язок поколінь. Адже посягання на моральність неповнолітніх в актуальному часовому вимірі, через зв'язки станів, закладають довготривалі соціально-деструктивні ефекти, що формують нормативну сингулярність (стан права в широкому сенсі, при якому суб'єктивне антиправо як цінність поглинає (анігілює) право позитивне)<sup>1</sup>, а тому й дезінтеграцію майбутніх поколінь, їх високий криминогенний потенціал. Таким чином, набуття неповнолітніми досвіду злочинної чи іншої антигромадської поведінки і пов'язаних з цим ціннісних установок, диспозицій щільно вмонтовано в метасоціальний процес самодетермінації злочинності, суспільної стагнації. Відтак, ефективна протидія відтворенню цих злочинів постає сьогодні в числі соціовітальних завдань, завдань збереження прогресивного людського капіталу українського



суспільства в контексті належного захисту дитинства, моральних засад соціальної консолідації й забезпечення прав майбутніх поколінь. Це спонукає до проведення науково-дослідних та практико-перетворювальних робіт з удосконалення всіх без винятку механізмів вказаної протидії, а надто найбільш соціально ризикованих, витратних її компонентів – кримінально-правових засобів.

Проблеми кримінально-правового захисту неповнолітніх від втягнення їх до злочинної та іншої антигромадської діяльності експлуатації в різний час ставали предметом досліджень С.Ш. Ахмедової, М.І. Бажанова, М.І. Блума, В.В. Дзундзи, О.О. Дудорова, М.Й. Коржанського, О.М. Костенка, Л.М. Кривоченко, А.В. Ландіної І.П. Лановенка, А.М. Орлеана, Ю.Є. Пудовочкіна, Є.Л. Стрельцова, І.О. Топольської, М.І. Хавронюка та ін. Втім, як засвідчує аналіз спеціальної наукової літератури, а також судової та слідчої практики, їй досі існують труднощі з однозначним розумінням, тлумаченням ознак суб'єкта злочину, передбаченого ст. 304 КК України, внаслідок чого знижується ефективність її застосування. У сукупності викладені обставини зумовлюють *актуальність теми* цієї статті.

**Мега статті** полягає в науковому описі та поясненні ознак суб'єкта втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність і формуванні на цій основі пропозицій щодо удосконалення правозастосовної практики.

Відповідно до п. 4 постанови ПВС України «Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність» від 27 лютого 2004 р. № 2 кримінальній відповідальності за втягнення неповнолітнього у злочинну чи іншу антигромадську діяльність можуть бути піддані особи, які на час вчинення цих дій досягли 18-річного віку<sup>2</sup>. Таким чином, судова практика виходить з того, що оскільки потерпілий є особою, яка не досягла 18-річного віку, остільки суб'єкт злочину має бути повнолітнім. Ця позиція знайшла своє одностайне підтримання й у кримінально-правовій доктрині, про що свідчать праці С.Ф. Денисова<sup>3</sup>, В.В. Дзундзи<sup>4</sup>, О.О. Дудорова<sup>5</sup>, М.Й. Коржанського<sup>6</sup>, А.В. Ландіної<sup>7</sup> та інших вчених.

Жодними іншими специфічними ознаками суб'єкт основного складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 304 КК України, не характеризується. Суб'єкт злочину ж, передбаченого ч. 2 ст. 304 КК України, може бути як загальним з підвищеним віком кримінальної відповідальності, так і спеціальним – батько, мати, вітчим, мачуха, опікун чи піклувальник, або особа, на яку покладено обов'язки щодо виховання потерпілого чи піклування про нього. Інтерпретація ж підвищеного віку суб'єкту злочину ґрунтується, як правило, на твердженнях про те, що кримінальним законом передбачені деякі склади злочинів, з характеру яких та специфіки діянь суб'єкта злочину (як виняток із загального правила) прямо впливає підвищення віку, з якого настає кримінальна відповідальність; останній визначається наявністю певного життєвого досвіду повнолітніх, певного обсягу соціально значущих знань та навичок<sup>8</sup>. Ця аргументація є усталеною у теорії кримінального права та цілком може бути застосована для пояснення підвищеного віку кримінальної відповідальності за вчинення злочину, передбаченого ст. 304 КК України.

Разом із тим варто звернути увагу на те, що дискусійним у науці та неоднозначно вирішуваним у судовій і слідчій практиці є питання про кваліфікацію дій повнолітньої особи щодо втягнення неповнолітнього у злочинну чи іншу антигромадську діяльність, за якого різниця у віці винного та потерпілого – мінімальна. Чи існують достатні підстави вважати, що дії втягувача, який лише на кілька місяців чи навіть днів старший за втягуваного, є суспільно небезпечними у розумінні підстав криміналізації діянь, передбачених ст. 304 КК України?

Сама практика, слухно зауважував І.П. Лановенко, підтверджує тенденцію приблизно рівного віку (відхилення незначні) і втягувачів, і втягуваних, яких часто об'єднує саме вікова контактність<sup>9</sup>. Остання, за твердженням Л.М. Кривоченко, ґрунтується на тому, що між різними віковими періодами немає чітко окресленої межі у виді встановленого за документом віком: певні особливості індивідуального розвитку кожної людини можуть в той чи інший бік змістити вікову межу<sup>10</sup>.

У цьому контексті доцільно послатись і на результати дослідження М.І. Блума, який встановив, що близько 50 % усіх втягувачів у злочинну діяльність неповнолітніх – особи віком 18–20 років. До того ж серед 18-річних злочинців істотно переважали ті, хто втягнув у злочинну чи іншу антигромадську діяльність потерпілих, які були молодшими за них менше ніж на рік<sup>11</sup>. Тобто, фактично втягнення у злочинну чи іншу антигромадську діяльність відбувалося щодо ровесників суб'єкта злочину. Аналогічних висновків у своїх дослідженнях дійшли також і С.Ш. Ахмедова<sup>12</sup>, В.В. Дзундза<sup>13</sup>, І.О. Топольськова<sup>14</sup>.

Побічно підтверджує вказану проблематику й В.А. Ломако, який акцентує на тому, що суб'єктом злочину, передбаченого ст. 304 КК України, може бути лише особа, яка до моменту втягнення підлітка в злочинну діяльність *або до вчинення всіх епізодів, що утворюють систематичність втягнення* (курсиви наш. – А.Т.) в інші види антигромадської діяльності, досягла 18-річного віку<sup>15</sup>. Тож досить часто вікова різниця між злочинцем та потерпілим від злочину за вказаною статтею КК України є вельми незначною; втягнення (де-юре незлочинне) може розпочати здійснювати особа, ще будучи неповнолітньою (тобто, не будучи суб'єктом цього злочину), а завершити його повнолітньою, будучи суб'єктом злочину. Ця обставина спонукала А.П. Пермінову до думки про те, що дії 18-річного злочинця, який вчинив злочин разом із 17-річним, навряд чи можуть кваліфікуватись як втягнення неповнолітнього у злочинну чи іншу антигромадську діяльність, особливо в тих випадках, коли вони спільно проживали і ніхто з них не мав психологічної, рольової переваги<sup>16</sup>.

За даними ж дослідження, проведеного В.В. Дзундзою, в деяких випадках суди виправдовують дорослих осіб на тій підставі, що вони не набагато перевищують за віком втягуваних<sup>17</sup>. Водночас вчений стверджує: «...якщо мова йде про втягнення, що являє цілісний вплив на нормальний розвиток та виховання непов-

нолітного, то різниця у віці для вирішення питання про кримінальну відповідальність вісімнадцятирічного дорослого значення не має. Такий підхід виправданий необхідністю формального розуміння і точністю застосування закону, і кримінальна відповідальність, отже, має наставати незалежно від якоїсь вікової близькості»<sup>18</sup>. На цій підставі науковець пропонує доповнити диспозицію ч. 1 ст. 304 КК України словами «вчинене особою, яка досягла вісімнадцятирічного віку»<sup>19</sup>.

На нашу думку, з позицією В.В. Дзундзи погодитись не можна, адже в ній виражене заперечення самої суті, ідеї кримінально-правової заборони, сформованої у ст. 304 КК України. Твердження про те, що вікова різниця жодного значення для кваліфікації втягнення неповнолітнього у злочинну чи іншу антигромадську діяльність не має, позбавляє логічних та, відтак, правових підстав вести мову і про підвищений вік кримінальної відповідальності за цей злочин. Якщо все ж таки визнати, що вікова різниця має значення, то слід визнати й те, що це значення принципово не може бути зведене до формального, календарного, його виміру.

Слід бути свідомим того, що повнолітній вік має використовуватись як опосередкований інструмент втягнення неповнолітнього у злочинну чи іншу антигромадську діяльність, іманентними якостями якого є психологічна перевага над потерпілим, зумовлена саме віковою різницею. Повнолітній вік, таким чином (а саме вікова різниця), має формувати психологічне підґрунтя для соціально-рольового домінування втягувача над втягуваним. В іншому випадку соціально-правове значення кримінально-правової заборони, передбаченої ст. 304 КК України, елімінується, кримінальна репресія «оголюється»; закон перетворюється із «живого» інструменту соціального регулювання й охорони на ригідну форму типового державного реагування на визначену за системою формальних індикаторів поведінку.

При цьому слід також погодитись із позицією тих вчених, які цілком слушно стверджують, що точність правозастосування, яка ґрунтується на чітких законодавчих критеріях – важлива запорука ефективного кримінально-правового регулювання. Однак закон, як відомо, – лише нормативна модель типових життєвих ситуацій, яка має передбачати й можливість врахування всієї багатоманітності останніх, зокрема, через правозастосовну дискрецію. Тож саме в останній (а не у запровадженні до диспозиції ч. 1 ст. 304 КК України вказівки на 18-річний вік суб'єкта злочину) нами вбачається вихід з проблемної ситуації.

Для цього варто розробити та поширити судовою системою відповідні узагальнення судової практики у справах про втягнення неповнолітніх у злочинну та іншу антигромадську діяльність та інші злочини проти моральності\*. У них варто роз'яснити, що суб'єктом злочину, передбаченого ст. 304 КК України, є фізична осудна особа, яка на момент вчинення злочину досягла 18-річного віку *та* якщо вікова різниця з потерпілим зумовлювала піддатливість останнього відповідному впливові з боку повнолітньої особи. Тобто, якщо були сформовані відносини соціально-рольового підпорядкування неповнолітнього та/або фактичної його керівності з боку дорослої особи на підставі зумовленого віком (та іншими обставинами) її (повнолітньої особи) авторитетом або істотною інтелектуальною чи вольовою перевагою над неповнолітнім. Наявність таких відносин кожного разу має встановлюватись окремо, з урахуванням відомостей про індивідуальні властивості особистостей як неповнолітнього (втягуваного), так і повнолітньої особи (втягувача), характеру їх взаємовідносин, що склалися безпосередньо перед втягуванням тощо.

Також доцільно встановити, що вікова різниця у два та більше років є достатньо великою для того, аби вважати її такою, що зумовлює відносини соціально-рольової підпорядкованості повнолітнього та неповнолітнього, що звільняє правозастосувача від необхідності її додаткового встановлення й доказування. Такий підхід спирається на дослідження вікової психології та градації неповнолітнього віку. Прийнято вважати, що в межах дворічних вікових інтервалів формуються суттєві відмінності психоемоційного розвитку дітей<sup>20,21</sup>.

Звісно, що описані вище особливості відносин між потерпілим та суб'єктом злочину виходять за межі ознак останнього. Втім, їх встановлення та врахування є необхідним для визначення суб'єктивного змісту суспільно небезпечного діяння, уявлення про який, як відомо, формується у єдності і об'єктивних, і суб'єктивних ознак складу злочину. Тож через характеристику суб'єкта злочину, передбаченого ст. 304 КК України, виходимо й на додаткові риси суб'єктивної сторони (інтелектуального моменту умислу), що неодмінно мають зумовлюватися віковою різницею між потерпілим та винним. Ці риси характеризуються усвідомленням суб'єктом злочину наявності саме таких фактичних відносин з потерпілим (і розрахунком на них), які формують його умовне, пов'язане з віковою перевагою домінантне становище в них, забезпечують його здатність впливати на прийняття неповнолітнім рішень, зокрема при вчиненні злочину, заняття іншою антигромадською діяльністю.

Переконані, саме на цих доктринальних синтетичних положеннях про суб'єкта й суб'єктивну сторону втягнення неповнолітнього у злочинну та іншу антигромадську діяльність має ґрунтуватися відмежування злочину, передбаченого ст. 304 КК України, від самостійно незлочинного впливу, що набуває юридично значущих ознак виключно при співучасті у вчиненні іншого злочину з неповнолітнім.

<sup>1</sup> Туляков В.О. Сингулярність кримінального права та державний примус / В.О. Туляков // Правовий вплив на неправомірну поведінку: актуальні грані : моногр. / за ред. О.В. Козаченка, Є.Л. Стрельцова; МОН України, НУ «ОЮА», Каф. крим. права та ін. крим.-прав. дисциплін Миколаїв. ін-т. права, ПРЦ НАПрНУ, ГО «Всеукр. Асоціація крим. права». – Миколаїв : Ліон, 2016. – С. 23–30.

\* Аналогічні роз'яснення (методичні рекомендації) доцільно розробити та поширити всіма органами досудового розслідування, передбаченими чинним кримінальним процесуальним законодавством України.

<sup>2</sup> Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність : постанова Пленуму Верховного Суду України від 27 лютого 2004 р. № 2 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v0002700-04> (дата звернення : 20.03.2018).

<sup>3</sup> Денисов С.Ф. Кримінально-правова охорона громадської моралі / С.Ф. Денисов. – Запоріжжя : Запоріж. юрид. ін.-т МВС України, 1998. – 42 с.

<sup>4</sup> Дзундза В.В. Кримінальна відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну або іншу антигромадську діяльність : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / В.В. Дзундза ; Національний університет внутрішніх справ. – Х., 2005. – 189 с.

<sup>5</sup> Кримінальне право (Особлива частина) : підруч. : у 2 т. / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. – Луганськ : Вид-во «Елтон-2», 2012. – Т. 2. – 704 с.

<sup>6</sup> Коржанський М.Й. Кваліфікація злочинів : навч. посіб. / М.Й. Коржанський. – 2-ге вид. – К. : Атіка, 2002. – 640 с.

<sup>7</sup> Ландіна А.В. Кримінально-правова охорона моральності : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / А.В. Ландіна ; Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. – К., 2005. – 227 с.

<sup>8</sup> Орлов В.С. Суб'єкт преступления / В.С. Орлов. – М. : Госюриздат, 1958. – 260 с.; Павлов В.Г. Суб'єкт преступления / В.Г. Павлов. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2001. – 318 с.

<sup>9</sup> Борьба с вовлечением несовершеннолетних в преступную деятельность / И.П. Лановенко, Т.С. Барило, Ф.Г. Бурчак, А.Н. Костенко и др. – К. : Наукова думка, 1986. – 254 с.

<sup>10</sup> Кривоченко Л.Н. Борьба за ликвидацию преступности среди несовершеннолетних в СССР. Конспект лекций / Л.Н. Кривоченко. – Х. : Юрид. ин.-т, 1965. – 45 с.

<sup>11</sup> Блум М.И. Уголовная ответственность за вовлечение несовершеннолетних в преступную деятельность и пьянство / М.И. Блум // Вопросы эффективности уголовно-правовых мер воздействия на несовершеннолетних правонарушителей. – Рига, 1971. – С. 174–183.

<sup>12</sup> Топольскова І.О. Кримінально-правові та кримінологічні аспекти боротьби із втягненням неповнолітніх у злочинну або іншу антигромадську діяльність : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / І.О. Топольскова ; Луганська академія внутрішніх справ імені 10-річчя незалежності України. – Луганськ, 2003. – 184 с.

<sup>13</sup> Дзундза В.В. Вказана праця.

<sup>14</sup> Топольскова І.О. Вказана праця.

<sup>15</sup> Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, С.Б. Гавриш та ін. ; за заг. ред. В.Т. Маляренка, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 2-ге вид., перероб. та доп. – Х. : ТОВ «Одісей», 2004. – 1152 с.

<sup>16</sup> Перминова А.П. Некоторые вопросы уголовной ответственности за вовлечение несовершеннолетних в преступные и другие антиобщественные поступки / А.П. Перминова // Ученые записки Пермского государственного университета. – 1969. – № 204. – С. 55–70.

<sup>17</sup> Дзундза В. В. Вказана праця.

<sup>18</sup> Там само.

<sup>19</sup> Там само.

<sup>20</sup> Вікова та педагогічна психологія : навч. посіб. / О.В. Скрипченко, Л.В. Долинська, З.В. Огороднійчук та ін. – К. : Просвіта, 2001. – 416 с.

<sup>21</sup> Обухова Л.Ф. Детская (возрастная) психология : учеб. / Л.Ф. Обухова. – М. : Российское педагогическое агентство, 1996. – 374 с.; Вікова та педагогічна психологія : навч. посіб. / О.В. Скрипченко, Л.В. Долинська, З.В. Огороднійчук та ін. – К. : Просвіта, 2001. – 416 с.

## Резюме

### **Топузьян А.Р. Характеристика суб'єкта втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність.**

Стаття присвячена опису і поясненню ознак суб'єкта втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність. Встановлено, що поруч із ознаками загального суб'єкта він характеризується підвищеним, 18-річним, віком кримінальної відповідальності. порушується проблема юридичного значення вікової різниці між винним та потерпілим. Обґрунтовується, що повнолітній вік та пов'язана з ним вікова різниця має формувати психологічне підґрунтя для соціально-рольового домінування втягувача над втягуваним, що є умовою винності діяння, передбаченого ст. 304 КК України.

**Ключові слова:** моральність неповнолітніх, втягнення, злочинна діяльність, неповнолітній, суб'єкт злочину, вік.

## Резюме

### **Топузьян А.Р. Характеристика субъекта вовлечения несовершеннолетних в преступную деятельность.**

Статья посвящена описанию и объяснению признаков субъекта вовлечения несовершеннолетних в преступную деятельность. Установлено, что наряду с признаками общего субъекта он характеризуется повышенным, 18-летним, возрастом уголовной ответственности. Затрагивается проблема юридического значения возрастной разницы между виновным и потерпевшим. Отстаивается мысль о том, что совершеннолетний возраст и связанная с ним разница в возрасте должны формировать психологическое основание для социально-ролевого доминирования вовлекающего над вовлекаемым, что является условием виновности деяния, предусмотренного ст. 304 УК Украины.

**Ключевые слова:** нравственность несовершеннолетних, вовлечение, преступная деятельность, несовершеннолетний, субъект преступления, возраст.

## Summary

### **Topuzian A. Characteristics of the subject of juvenile involvement in criminal activity.**

The article is devoted to the description and explanation of characteristics of the subject of involving minors in criminal activity. It is established that along with the characteristics of the general subject it is characterized by an increased, 18-year, age of criminal responsibility. The problem of the legal significance of the age difference between the perpetrator and the victim is touched upon. It is argued that the full legal age and the age difference associated with it should form a psychological basis for the socially-role dominance

of the person who is involving over the person who is involved, which is a condition for the culpability under the Art. 304 of the Criminal Code of Ukraine.

**Key words:** morality of minors, involvement, criminal activity, minor, subject of crime, age.

УДК 343.9.018.3

**К.В. ШЕЙКО**

*Костянтин Володимирович Шейко, здобувач  
Національного юридичного університету імені  
Ярослава Мудрого*

## **ДЕТЕРМІНАЦІЯ ЗЛОЧИННОСТІ У СФЕРІ НЕЗАКОННОГО ОБІГУ АЛКОГОЛЬНИХ НАПОЇВ**

Існування злочинності та її проявів у виді суспільно небезпечних діянь в усі часи зумовлювало пошук шляхів подолання та зменшення їх кількості. На рівні держави різні гілки влади спрямовують свою діяльність на мінімізацію негативних процесів і явищ, що відбуваються у процесі функціонування й розвитку суспільства взагалі та окремих його груп. Одним із таких негативних явищ є незаконний обіг алкогольної продукції на території України, наслідком якого є не тільки неoderжання державою значних доходів у вигляді податків, а й втрата здоров'я населенням у зв'язку з вживанням фальсифікованої алкогольної продукції. Для розробки ефективних заходів протидії та запобігання розповсюдженню цього явища необхідно визначити й проаналізувати чинники, які його породжують та сприяють поширенню.

Дослідженню проблеми незаконного виробництва та обігу алкогольної продукції приділяли увагу багато вітчизняних та зарубіжних вчених, таких як: П.П. Андрушко, В.І. Антипов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, Ю.В. Вохмяніна, В.В. Голіна, Н.О. Гуророва, О.Г. Кальман, І.В. Кириченко, В.В. Костенко, О.Г. Кулик, В.І. Шақун та інші. Однак питання визначення головних детермінантів, які породжують існування цього явища, потребує комплексного та детального аналізу як на державному рівні, так і на індивідуальному.

**Метою** статті є спроба визначити найбільш вагомі чинники, які зумовлюють поширення незаконного виробництва та обігу алкогольної продукції в Україні.

Під детермінацією злочинності прийнято розуміти сукупність різних за природою негативних явищ об'єктивного і суб'єктивного характеру, які у своєму зв'язку обумовлюють кримінальну форму поведінки у суспільстві<sup>1</sup>. Залежно від критеріїв, за якими здійснюється групування детермінантів, визначаються різні сфери, в яких вони реалізуються.

Насамперед вважаємо за доцільне визначити загальні фактори розвитку тіньової економіки і кримінальної економічної діяльності, оскільки незаконне виробництво та обіг алкогольної продукції становлять її невід'ємний елемент і займають досить вагому її частину. Традиційно до основних детермінуючих факторів розвитку тіньової економіки відносять наступні: а) надмірна вага податкового навантаження; б) надмірна регламентація економічної діяльності; в) значні масштаби державного сектора в економіці. Ці детермінанти належать насамперед до діяльності з виробництва нормальних, не заборонених товарів, послуг і робіт. Розглянемо кожен із цих елементів більш детально.

**Надмірний тиск податкового навантаження.** Цей фактор вважають одним з найважливіших чинників, які стимулюють розвиток тіньової економіки і активізацію кримінальної економічної діяльності. Він діє в країнах з будь-яким типом ринкової економіки. Разом із тим його дія в кожній країні відрізняється своїми особливостями. Наприклад, в США особливе значення мають високі ставки прибуткового податку. В Україні поширенню практики приховування доходів сприяють високі ставки відрахувань у фонди соціального страхування та високі ставки податку на додану вартість.

Надмірний тиск податкового навантаження – природний результат діяльності держави, неспроможної забезпечити реальний збір податків, що прагне компенсувати скорочення податкової бази збільшенням ставок оподаткування. Скорочення податкових платежів викликає збільшення податкового навантаження, яке, в свою чергу, викликає збільшення числа податкових правопорушень. Це знову скорочує податкові платежі і збільшує навантаження законослухняних платників податків, яких стає все менше і менше. Процес відновлюється на новому рівні. У результаті зниження податкових доходів збільшується податкове навантаження, тиск якого позбавляє підприємця стимулів до ефективної діяльності. Законослухняний платник податків повинен віддати у вигляді податків за різними оцінками від 60 до 90 % прибутку<sup>2</sup>.

Підприємці реагують на ситуацію масовим ухиленням від сплати податків. Уникнути значних платежів державі досить просто. На думку експертів, навіть відносно невисока частка неврахованого готівкового обороту дає змогу підприємству практично повністю уникати податку на прибуток, податку на додану вартість і відрахувань на соціальне страхування. Ризик при цьому мінімальний<sup>3</sup>.

**Надмірна регламентація економічної діяльності.** Цей чинник полягає в основному в таких діях держави: а) заборона обігу певних товарів або послуг; б) адміністративне втручання в процес ціноутворення; в) надмірна влада бюрократії, нечіткість і слабка контрольованість критеріїв бюрократичних рішень. Адміністративне втручання в процес ціноутворення проявляється в формі примусового встановлення державою максимальної або мінімальної ціни на товари і послуги. Так, наприклад, у сфері виробництва та обігу горілчаної продукції були зареєстровані щорічні тенденції до збільшення їх мінімальної ціни. У грудні 2017 р. «Укрспиртом» було анонсовано подорожчання горілки трьох найбільших вітчизняних компаній, на які сукупно припадає приблизно 70–80 % горілчаного ринку України. Ціна може піднятися приблизно на 1 грн за пляшку 0,5 літра у зв'язку зі зростанням на 91 коп. собівартості її виробництва. Станом на грудень 2017 р. ціна на цей вид горілки коливається в межах 79–81 грн, залежно від бренду і назви міцного алкогольного напою<sup>4</sup>. Незважаючи на те, що держава законодавчо не встановлює мінімальні ціни на алкогольні напої, проте державне підприємство «Укрспирт» займає переважну частину українського ринку міцного алкоголю, а отже, ціни, які воно встановлює, будуть прямо відображатися й на ціновій політиці інших, більш дрібних виробників цього виду товарів.

Ліцензування різних видів економічної діяльності ставить приватні компанії в залежність від органів влади і створює умови для отримання державними службовцями нелегальних доходів. Можлива також пряма підтримка органами влади так званих «дружніх» компаній і придушення конкурентів за допомогою необґрунтованого використання повноважень контролюючих та правоохоронних органів. Зазначений чинник має вагомe значення для виробництва й реалізації алкогольної продукції в Україні, оскільки як виробництво, так і збут цього товару відбувається виключно за наявності відповідної ліцензії, а тому її неотримання призводить до переведення виробництва у «тінь».

Ще один чинник, який має суттєвий вплив на розвиток тіньової економіки – надто значні масштаби державного сектора економіки. Вони породжують відносини, пов'язані з розподілом бюджетних ресурсів у формі прямих і непрямих дотацій, субвенцій, пільгових кредитів між державними підприємствами. Це є основою для формування сектора неформальних і часто кримінальних відносин, пов'язаних із розподілом ресурсів. На основі безоплатного або пільгового розподілу бюджетних ресурсів формуються контрольні підприємницькі структури, що створюються з метою незаконного привласнення цих ресурсів, прокручення їх (привласнення інфляційного доходу), легалізації, інвестування, переведення за кордон<sup>5</sup>.

Не останню роль у детермінації тіньової економіки відіграють і **дисфункції ринку**. Ринок, будучи одним із найважливіших механізмів координації економічної діяльності, покликаний забезпечувати ефективний розподіл обмежених економічних ресурсів. Але він має незмінювані, внутрішньо властиві йому дисфункції, які в економічній теорії називають недоліками або вадами. Недоліками ринку є внутрішньо властиві прояви його функціонування, які спонукають суб'єкти ринку приймати неоптимальні або небажані для суспільства економічні рішення. Недоліки ринку створюють об'єктивні умови для здійснення ряду економічних злочинів. Перед потенційними злочинцями недоліки ринку постають як ситуації, що можуть бути використані або створені з мінімальними витратами і ризиком для отримання незаконного доходу і уникнення юридичної відповідальності<sup>6</sup>.

Тіньовій економічній діяльності властива й **самодетермінація**, тобто самовідтворення. Вчинення протиправних діянь, приховання їх від державного контролю веде до скоєння нових правопорушень і злочинів. Це пояснюється як неможливістю використати легальні інституції для захисту економічних інтересів, так і виникненням специфічного кримінального ризику. Інформація про приховану діяльність стає інструментом торгу і шантажу у відносинах з вимагачами та кримінальними покровителями. Приховання економічної діяльності створює умови для укладення незаконних угод щодо розподілу прихованого доходу<sup>7</sup>.

Також можна визначити й додаткові причини існування тіньової економіки. Так, на перший план виходить наявність незадоволеного попиту споживача. Звичайно, цей фактор є також і причиною розвитку звичайної легальної економіки. Незадоволений попит може бути як на товари і послуги, які не є деструктивними за своєю суттю, так і на товари або послуги, що мають деструктивний характер.

Незадоволений попит виникає внаслідок диспропорції в розвитку окремих секторів економіки, що спричиняє дефіцит певних товарів або послуг чи підвищення їх вартості. Внаслідок низки причин тіньова економіка може швидше відреагувати на задоволення подібного попиту або запропонувати дані товари та послуги за нижчими цінами.

Важливою причиною тіньової економіки є прагнення споживача обійти закон при отриманні прав на здійснення певних дій або тримання благ від державних, муніципальних чи недержавних організацій.

Існування тіньової економіки забезпечує також прагнення продавця до монополізації, що дає змогу диктувати ціни на ринку, тим самим забезпечуючи високий рівень доходів.

Серед чинників існування тіньової економіки – прагнення виробників скоротити витрати на виробництво і продаж. Ця причина викликає розвиток тіньових економічних відносин, вбудованих в легальну економічну діяльність, а також неформальну економічну діяльність. Основними елементами витрат у виробництві є витрати на сировину і матеріали, оплату праці, сплату нараховуваних на фонд оплати праці, утримання й оренду основних коштів. З метою протиправного зниження витрат у виробництві можуть купуватися невраховані сировина і матеріали, з яких буде вироблятися неврахована продукція, виручка від продажу якої в офіційному обліку та звітності не фіксується, отже, з неї не сплачуються податки державі. Таким чином, за рахунок ухилення від сплати податків досягається зниження витрат і, відповідно, збільшення прибутків. Крім того,

невраховані сировина і матеріали, як правило, купуються за цінами нижчими ринкових, що також забезпечує зниження витрат.

Однією з важливих причин тіньової економіки є її недоліки в правовому регулюванні економічних відносин у суспільстві. Існуюче законодавство, що регулює економічні відносини, нерідко має прогалини і суперечності. Це дає змогу використати його для здійснення тіньової економічної діяльності під виглядом легальної економіки. Не можна ігнорувати й те, що дотримання всіх норм чинного законодавства нерідко не дозволяє отримати достатніх коштів для розвитку бізнесу. Передусім за рахунок високих податків підприємств, що належать до малого бізнесу. Це також спонукає частину економічної діяльності приховувати від офіційного обліку і звітності<sup>8</sup>.

Проаналізувавши загальні чинники тіньової економіки, невід'ємним елементом якої є незаконний обіг алкогольної продукції, слід виділити детермінанти, що породжують існування незаконного виробництва та обігу алкоголю. У зв'язку з цим можна виділити наступні групи детермінантів:

- 1) на рівні соціального явища – детермінанти-умови незаконного виробництва алкоголю;
- 2) на рівні конкретних видів та форм злочинності: а) детермінанти фальсифікації алкогольної продукції;
- б) детермінанти незаконного використання товарних знаків на алкогольну продукцію; в) детермінанти виробництва немаркованої алкогольної продукції тощо;
- 3) на рівні конкретних злочинів – умови й мотиви участі осіб у вчиненні конкретних злочинів.

Також у науковій літературі виділяють наступні детермінаційні комплекси, що породжують злочинну діяльність: соціально-економічні, політичні (організаційно-управлінські), соціальні, соціально-психологічні, правові, соціокультурні тощо.

Охарактеризуємо ці комплекси більш детально. Так, в соціально-економічній сфері детермінанти злочинного алкогольного бізнесу здебільшого проявляються у: високій ставці пiдакцизного податку, високому рівні інфляції, відсутності постійної зайнятості, низьких заробітках, що не забезпечують життєво важливих потреб, зокрема матеріального підґрунтя для створення своєї сім'ї та її подальшого утримання, задоволення інших базових потреб.

Соціально-психологічні фактори передбачають дослідження умов злочинної діяльності з незаконного виробництва алкогольної продукції як соціального явища (розвиток економічної злочинної діяльності, що має суспільно небезпечні наслідки для споживачів, для легальних виробників, для законних власників товарних знаків, для суспільства та держави в цілому).

У цьому розумінні слід особливо відмітити наступні фактори:

1) постійна потреба населення в алкогольній продукції, високий його ступінь алкоголізації. Незаконне виробництво алкогольної продукції провокує й одночасно стимулюється стабільною потребою суспільства в міцних алкогольних напоях. Алкоголь завжди користувався попитом з моменту його винаходу, а виробники одержували надприбутки. Держава, взявши виробництво та обіг алкогольної продукції під свій контроль і встановивши в цій сфері суттєві обмеження, стимулювала розвиток підпільних виробництв. Оскільки споживання алкогольної продукції в суспільстві залишається досить стабільним, то можна зробити висновок, що високий ступінь алкоголізації населення є основним фактором зростання незаконного обігу алкогольної продукції як соціального явища. При цьому ситуація не покращується, а погіршується з року в рік.

Також розповсюдженню алкоголізації населення сприяє пропаганда «веселого», «святкуючого» способу життя серед молоді України. Окрім самодетермінації цих негативних процесів, великий вплив на споживання алкоголю мають засоби масової інформації, групи соціальних мереж, Інтернет та сучасна література й мистецтво, в яких часто занадто детально описуються епізоди з вживанням алкоголю;

2) економічна привабливість незаконного виробництва алкогольної продукції – важлива умова, що мотивує на організацію незаконної виробничої діяльності. Так, найбільш розповсюдженим алкогольним товаром, який піддається фальсифікації, є горілка. Технологічний процес її виробництва досить простий і можливий в умовах невиробничих приміщень. Звісно, подібне виробництво супроводжується безліччю порушень технологічного процесу й якістю виробленої продукції, проте навіть подібний фальсифікат користується популярністю у населення, що не може дозволити собі покупку легально виробленої маркованої горілки.

Серед організаційно-управлінських факторів, які сприяють незаконному виробництву алкогольної продукції, можна виділити наступні:

- 1) неузгодженість дій органів, які здійснюють боротьбу з незаконним виготовленням і обігом алкогольних товарів, безсистемність та відсутність транспарентності у їх роботі;
- 2) низький рівень контролю за рухом спирту на різних етапах господарської діяльності, при конфіскації незаконного виготовленої алкогольної продукції, реалізація спирту та алкоголю через мережу Інтернет тощо;
- 3) недостатня висока професійна компетентність працівників органів, які здійснюють боротьбу з незаконним виробництвом та обігом алкоголю: правоохоронні органи, що виявляють факти незаконного виробництва алкогольних напоїв, та працівники контролюючих органів;
- 4) неузгодженість дій контролюючих органів між собою, їх роз'єднаність та робота у своїй сфері;
- 5) низький рівень контролю за використанням технічних та медичних спиртів, а також за утилізацією (знищенням) конфіскованого спирту й алкогольної продукції;
- 6) відкрита реклама через засоби масової інформації та Інтернет споживання алкогольних товарів та обладнання для їх виробництва;

7) відсутність контролю за відповідністю об'ємів виробничих потужностей обладнання, що замовляються виробниками, та задекларованих об'ємів виробленої продукції<sup>9</sup>.

Чинники в соціокультурній і морально-психологічній сферах проявляються у скороченні державної підтримки освітньо-культурного розвитку населення, насамперед дітей і молоді. Державна політика щодо формування суспільно доцільних морально-етичних цінностей виявилася недостатньо ефективною. Натомість поза контролем держави відбувалося моральне спустошення молоді та підлітків засобами масової культури. Внаслідок цього в суспільній свідомості позначився глибокий дефіцит суспільно прийнятних етичних цінностей. Соціокультурна, морально-психологічна сфери й загалом суспільна свідомість значною мірою визначаються різкою нерівністю можливостей освітнього, культурного, професійного розвитку, неспроможністю значної частини населення задовольнити елементарні потреби. Наочною є девальвація матеріальних, загальнолюдських цінностей, насамперед молоді, яка не знаходить можливості для використання свого творчого потенціалу. Ці негативні чинники заклали глибини безперспективності майбутнього, нестабільності, потенційної конфліктності в суспільстві. Вони зумовили негативні кримінально-психологічні стереотипи, зокрема допустимість аморальної, протиправної чи навіть злочинної поведінки для задоволення індивідуальних потреб<sup>10</sup>.

Слід наголосити також на тих чинниках, що сприяють збільшенню тіньового обігу алкогольних напоїв: 1) різке підвищення ставок акцизного податку без урахування купівельної спроможності споживачів. За період з 2011 р. по 2015 р. при збільшенні ставки податку на 67 % надходження до бюджету збільшилися лише на 4 %. Скорочення легального виробництва алкогольних напоїв майже на 40 % свідчить про стрімке зростання нелегального обігу, що в свою чергу зменшує надходження ПДВ і податку на прибуток. Отже, необґрунтоване підвищення ставок акцизного податку довело свою неефективність щодо збільшення надходжень до бюджету; 2) неналежний контроль за виробництвом спирту в Україні. За роки функціонування державної монополії стало очевидним, що держава дотепер не забезпечила ефективний контроль за обігом спирту на стадії його виготовлення<sup>11</sup>. Наразі відомо, що державна монополія на виробництво та обіг спирту та алкогольних напоїв існує номінально<sup>12</sup>. Так, Державне підприємство «Укрспирт» є найбільшим виробником в Україні високоякісного спирту та спиртовмісної продукції, до складу якого входить 41 виробничий майданчик<sup>13</sup>. Така кількість заводів знаходиться під контролем держави, що фактично охоплює більшу частину офіційної виробничої потужності спиртовиробничої галузі України; 3) збільшення контрабандних джерел надходження сировини та готових алкогольних напоїв. Очевидно, що митниця і прикордонна служба не справляються з потоком контрабандного алкоголю та сировини для його виготовлення; 4) відсутність ефективної системи контролю за роздрібною торгівлею алкогольними напоями. Фальсифікат поширюється здебільшого саме в роздрібній торгівлі, що вимагає модернізації у сфері контролю за реалізацією алкогольних напоїв у роздрібних мережах та закладах громадського харчування. Серед заходів, що дають змогу скоротити обіг фальсифікату, можна назвати запровадження електронних марок акцизного податку та електронного контролю за обліком обігу алкогольних напоїв. При цьому необхідно уникнути запровадження електронних систем контролю, які дозволять вибірково їх застосування. Система контролю повинна забезпечити доступ до інформації, заведеної у електронному коді алкогольного напою, не лише органами ДФС, але й споживачам та будь-яким заінтересованим особам<sup>14</sup>.

Вищезазначені чинники демонструють так звані умови, що викликають розвиток незаконного виробництва та обігу алкогольних напоїв та сприяють цьому явищу. Вони існують у суспільстві і в різні історичні періоди зазнають динамічних коливань, однак центральною проблемою є саме наявність кримінальної мотивації окремих членів суспільства. Саме наявність злочинного мотиву – безпосередня причина вчинення будь-яких злочинів, зокрема у сфері незаконного обігу алкогольних товарів. Що спонукає виробників легальної алкогольної продукції виробляти невраховану продукцію, яка не оподатковується? Що штовхає пересічних громадян на виробництво фальсифікатної горілки? Чому громадяни все ж купують недоброякісний алкоголь у невідомих осіб? Зрозуміло, що кожна людина бажає мати більший прибуток, при цьому витрачаючи менше коштів, зусиль та ресурсів. Як показало авторське кримінологічне дослідження, переважна частина таких виробників прагнула покращити свій матеріальний стан, отримати додатковий дохід. Деякі – бажали побудувати власний бізнес. Таким чином, саме корислива мотивація виробників та реалізаторів незаконно виготовлених алкогольних товарів визначає існування в Україні цього негативного явища.

Проаналізувавши вищезазначене, можна зробити висновки, що детермінанти злочинності у сфері незаконного обігу алкогольної продукції є численними та різноманітними. Однак усі вони між собою пов'язані та взаємодіють із різним ступенем щільності. Це означає, що для ефективної протидії незаконному виробництву та реалізації алкогольних напоїв в Україні необхідні комплексні заходи, спрямовані на всі сфери життєдіяльності суспільства, починаючи із соціально-економічної та закінчуючи освітньо-культурною. Однобічна діяльність у цьому напрямі не зможе забезпечити достатніх матеріально-технічних та людських ресурсів для подолання цього негативного явища.

<sup>1</sup> Кримінологія : підруч. / В.В. Голіна, Б.М. Головкін, М.Ю. Валуйська та ін. ; за ред. В.В. Голіни, Б.М. Головкіна. – Х. : Право, 2014. – С. 71.

<sup>2</sup> Теневая экономика (экономические, социальные и правовые аспекты): Мат-лы науч. конф. (г. Москва, 9 июля 1996 г.). – М., 1996. – С. 102–103.

<sup>3</sup> Антипов В.І. Тіньова економіка та економічна злочинність: світові тенденції, українські реалії та правові засоби контролю (теоретико-методологічне узагальнення) / В.І. Антипов. – Вінниця: ДП ДКФ, 2006. – С. 92–93.

<sup>4</sup> Ціна на горілку в Україні: яка зараз і як може змінитися : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://www.obozrevatel.com/ukr/economics/fea/tsina-na-gorilku-v-ukraini-skilki-zaraz-i-yak-mozhe-zminitisya.htm> (дата звернення: 01.06.2018).

<sup>5</sup> Антипов В. І. Вказана праця. – С. 94–97.

<sup>6</sup> Там само. – С. 99.

<sup>7</sup> Там само. – С. 104.

<sup>8</sup> Тимченко В.А. Теневая экономика: понятие, причины, социально-экономические последствия, масштабы / В.А. Тимченко // ЮрКлуб. Виртуальный клуб юристов : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.yurclub.ru/docs/other/article50.html> (дата звернення: 01.06.2018).

<sup>9</sup> Вохмянина Ю.В. Противодействие незаконному производству и обороту алкогольной продукции : моногр. / Ю.В. Вохмянина ; под. ред. И. М. Мацкевича. 2014. – 240 с. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://books.google.com.ua/books?id=&hl=ru&sa=X&ved=0ahUKEwie7ePb0LfbAhVS6KQKHZPxAQgQ6AEILjAB#v=onepage&q&f=false> (дата звернення: 01.06.2018).

<sup>10</sup> Якимова С. Детермінація злочинності у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів / С. Якимова // Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки. – 2014. – № 782. – С. 193–198 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnulpurn\\_2014\\_782\\_38](http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnulpurn_2014_782_38) (дата звернення: 01.06.2018).

<sup>11</sup> Першочергові завдання реформування алкогольного ринку : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ngoipr.org.ua/blog/pershochergovi> (дата звернення: 01.06.2018).

<sup>12</sup> Про державну монополію на виробництво та обіг спирту, алкогольних напоїв і тютюнових виробів: Указ Президента України від 22 липня 1998 р. № 806/98 (втратив чинність на підставі Указу Президента України № 586/2002 від 26.06.2002).

<sup>13</sup> Про підприємство. Державне підприємство «Укрспирт» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.ukrspirt.com/cms/about\\_company.html](http://www.ukrspirt.com/cms/about_company.html) (дата звернення: 01.06.2018).

<sup>14</sup> Першочергові завдання реформування алкогольного ринку : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ngoipr.org.ua/blog/pershochergovi-zavdannya-reformuvannya> (дата звернення: 01.06.2018).

#### Резюме

##### **Шейко К.В. Детермінація злочинності у сфері незаконного обігу алкогольних напоїв.**

У статті проаналізовано найбільш криминологічно значущі чинники, які впливають на процес формування у суспільстві прийнятної ставлення до незаконного виробництва та вживання фальсифікованої алкогольної продукції в Україні. Наведено процес утворення мотивації осіб, які виготовляють та реалізують алкогольні товари незаконно, у тому числі з метою ухилення від сплати акцизного податку.

**Ключові слова:** тіньова економіка, незаконний обіг алкогольної продукції, фальсифікат, детермінація, причини, умови.

#### Резюме

##### **Шейко К.В. Детерминация преступности в сфере незаконного оборота алкогольных напитков.**

В статье проанализированы наиболее криминологически значимые факторы, которые влияют на процесс формирования в обществе одобряемого отношения к незаконному производству и употреблению фальсификата в Украине. Описан процесс зарождения мотивации у лиц, изготавливающих и реализующих алкогольные товары незаконно, в том числе с целью уклонения от оплаты налогов.

**Ключевые слова:** теневая экономика, незаконный оборот алкогольной продукции, фальсификат, детерминация, причины, условия.

#### Summary

##### **Sheiko K. Determination of crime in the sphere of illegal turnover of alcoholic beverages.**

The article analyzes the most criminological significant factors that influence the process of forming an approved attitude towards the illegal production and use of counterfeit in Ukraine. The process of origin of motivation among people who manufacture and sell alcoholic products illegally is described, including for the purpose of evading paying taxes.

**Key words:** shadow economy, illegal turnover of alcohol products, falsified, determination, causes, conditions.



УДК 341.2

**А.Д. ГУЛИЕВ**

*Ариф Джамиль оглы Гулиев, доктор юридический наук, кандидат наук государственного управления, профессор Киевского национального авиационного университета, заслуженный работник образования Украины, академик Украинской академии наук*

### **ОСНОВЫ УСТОЙЧИВОСТИ И КРЕПОСТИ ВЕКОВОЙ АЗЕРБАЙДЖАНСКОЙ ГОСУДАРСТВЕННОСТИ: БАЗОВЫЕ ПРИНЦИПЫ ВНЕШНИХ СНОШЕНИЙ ИНСТИТУТА ПРЕЗИДЕНТСТВА ГЕЙДАРА АЛИЕВА**

Азербайджанская Демократическая Республика (далее – АДР) как первая парламентская республика в истории Азербайджана была первой моделью демократического светского государства, основанной на верховенстве права на всем Ближнем Востоке, включая тюрко-мусульманский мир. Сегодня независимый и сильный Азербайджан является достойным преемником АДР. «Азербайджанская Демократическая Республика вполне достигла уровня традиционных европейских демократий по своей политической структуре, шагам, предпринятым в процессе государственного строительства, а также уровню своих конечных задач и целей.

Азербайджанский народ, восстановивший государственную независимость в 1991 году, использовал богатые традиции государственности в Демократической Республике Азербайджан и создал независимое Азербайджанское государство на основе этого исторического наследия»<sup>1</sup>, – резюмировал Арье Гут в своей статье в авторитетной израильской англоязычной газете The Jerusalem Post.

Размывание институциональных структур, присущих отдельным нациям и лежащих в основе их гено-типа и естественного общественного бытия, в большинстве случаев становится следствием слабости или недостаточной действенности института президентства<sup>2</sup>, личностно-моральных и научно-профессиональных качеств конкретного президента<sup>3</sup>. Негативным фактором является непосредственное или опосредованное навязывание извне или изнутри государству, находящемуся на стадии трансформации, определенных социально-политических и экономических модулей в угоду странам богатым, более развитым.

И в Азербайджане, и в Украине постоянно ведутся споры о роли президентства в становлении государства. Поэтому в противодействии размыванию естественных институционально-национальных преимуществ двух стран непредубежденное, научно выверенное осмысление наиболее перспективных путей активизации обоснования роли и места как орган внешних сношений института президентства является крайне важным. Это особенно актуально и в исследовании сложной для понимания совокупности проблем идентификации двух стран, учитывающей ментальность, историю и теорию государственности.

Следствием этого становится непосредственное (или опосредованное) навязывание извне или изнутри государству, находящемуся на стадии трансформации, определенных социально-политических и экономических модулей в угоду богатым и более развитым странам.

Для этих целей, как свидетельствуют 100-летние государственности и история независимой Азербайджанской Республики, предпринимались попытки использования «извне и изнутри» самых различных приемов, в том числе и «разбудить из глубины веков» многочисленные обиды друг на друга представителей наций и народностей, потомки которых проживали ранее или все еще продолжают проживать на территории нашей страны.

Следует особо подчеркнуть, что сегодня и для Азербайджана, и для Украины в исследовании теории, истории и практики государственного управления важнейшим условием является научное, а не конъюнктурное понимание того, что качество института президентства<sup>4</sup> и уровень его адекватности интересам страны непосредственно (и опосредованно) влияет на устойчивость всей институциональной структуры государства<sup>5</sup>. Это принципиально еще и потому, что в современных условиях многочисленные сторонники глобализма

быстрее реализуют свои цели в тех странах и регионах мира, где естественные институционально-национальные и экономические условия оказываются более податливыми для воздействия. В большинстве случаев – из-за слабого развития или недейственности института президентства, следовательно, из-за низкого уровня политической мудрости того или иного президента<sup>6</sup>.

Моей родине в этом плане повезло – у нас был достойный сын азербайджанского народа и общенациональный лидер – Гейдар Алиев. После кровавых январских событий 1990 г. в трудный, сложный период он решительно осудил политику, проводимую КПСС и руководством СССР. Он был вместе с народом. И не случайно на него сразу же начали оказывать давление. То, что последовало после этого выступления, стало очень важным и решающим как для дальнейшей деятельности Алиева, так и для независимости нашей страны. Находиться в Москве в условиях постоянной угрозы было невозможно, и Гейдар Алиев вернулся в Азербайджан. Тогдашнее руководство в Баку, боясь его авторитета, не создало условий для того, чтобы он оставался в столице. И Гейдар Алиев уехал в Нахичевань, в край, где он родился. И нахичеванцы поддержали и защитили его, а он защитил нахичеванцев и Нахичевань, и всю страну. Многие поддержали его в то время, в том числе и приехавший в 1992 г. в Нахичевань малоизвестный миру представитель украинской банковской структуры Виктор Андреевич Ющенко.

В свою бытность в высшем руководстве советского правительства Гейдар Алиев сделал очень многое и для Украины. Приведу несколько фактов. В конце 80-х годов прошлого столетия в бывшем Советском Союзе возник очередной «великий проект», предполагавший соединение Дуная с Днестром. Но это было чревато крупной экологической катастрофой не только для Украины, но и всей Европы. Тогдашний премьер-министр Украины В. Фокин, не найдя поддержки в Москве, обратился за помощью прямо к Гейдару Алиеву, который сумел убедить авторов отказаться от этого проекта. Кроме того, экс-вице-премьер министр М.А. Орлик обратилась за помощью прямо к Гейдару Алиеву в связи благоустройствами культурных заведений Украины. Именно благодаря его заботе Киевская Национальная филармония сегодня так отлично выглядит – он вовремя изыскал необходимые средства на ее реставрацию. Завод «Оболонь» тоже был построен и сдан в эксплуатацию при его содействии. По его же инициативе была построена фабрика детского питания. Гейдар Алиев оказал свою помощь также в строительстве киевского метрополитена.

На днях Азербайджанского информационного агентства бывший премьер-министр Украины Анатолий Кинах сказал: «Украина никогда не забудет доброту и заботу Гейдара Алиевича, проявленные к нашей стране». Украинский экс-премьер убежден, что осенью 1997 г. только благодаря именно Гейдару Алиеву его страна смогла собрать урожай зерновых. Украинские фермеры до сих пор помнят этот жест доброй воли азербайджанского руководства.

Политик подчеркнул, что и нынешний глава Азербайджана Ильхам Алиев сделал все возможное для укрепления азербайджано-украинских отношений: «...Благодаря Гейдару Алиевичу и Ильхаму Гейдаровичу Азербайджану удалось избежать негативных процессов, которые происходили в регионе. Им удалось консолидировать народ для укрепления государства.

Все мы помним, в каком сложном положении была республика в первые годы независимости, но теперь Азербайджан просто не узнать. Ваша страна прошла трудный путь своего развития, и сейчас самое главное – сохранить ту стабильность, которой добилась страна. На примере Украины и других стран можно видеть, как трудно после разного рода потрясений удержать стабильность. Считаю, что вам повезло с руководством»<sup>7</sup>.

Гейдар Алиев удостоен звания Почетного гражданина города Киева, Почетного доктора Академии государственного управления при Президенте Украины. Его именем назван новый парк в городе Киеве возле Посольства Азербайджанской Республики в Украине, а также Институт Межрегиональной Академии управления персоналом. Первый в мире памятник Гейдару Алиеву установлен тоже в городе Киеве.

После развала СССР Азербайджан, как и другие бывшие союзные республики, оказался в полосе глубокого политического и экономического кризиса. Однако, в отличие от них, в Азербайджане шла война. Наша страна переживала тяжелые дни, она фактически разрушалась. Царили тотальный кризис, безвластие, самоуправство. В связи с началом нагорно-карабахского конфликта произошел захват армянскими боевиками части территории Азербайджана. Страна была у пропасти гражданской войны или народной революции. В связи с этими событиями тогдашнее руководство республики, некоторые представители Народного фронта Азербайджана (так называемые «демократы») даже готовы были разделить республику на мелкие ханства...

Население обратилось к Г. Алиеву с просьбой взять на себя ответственность за спасение страны<sup>8</sup>. И он, презрев опасность для жизни, идет на встречу с мятежниками Гусейнова и своим высоким авторитетом, и личным мужеством убеждает их в губительности братоубийственного столкновения. В сложной общественно-политической ситуации Г. Алиев был избран спикером азербайджанского парламента, и 15 июня 1993 г. объявлено Днем спасения народа. Его празднуют азербайджанцы всего мира.

Важно отметить, что до этого, в 1992–1993 гг., руководством Азербайджана в Конституцию была введена статья, касающаяся возрастного ценза на занятие должности президента страны, в которой прямо поднимался возраст Г. Алиева. Но после избрания его спикером парламента и в силу специфики событий ни у кого не возникло сомнений в целесообразности ее отмены. На всенародном референдуме в сентябре 1993 г., и 2003 г. было подтверждено, что главное – это стабильность страны. И именно в октябре того же года по воле большинства населения Гейдар Алиев был избран президентом страны и сумел создать основы стабильности, прекратить войну, реализовать задачи международного признания государственности, уста-

новления двусторонних отношений со странами ближнего и дальнего зарубежья, начать сотрудничество с авторитетными международными и региональными организациями.

Во время президентства Гейдара Алиева в руководстве Азербайджаном была заложена основа новой идеологии – азербайджанство, главную цель которой составляют такие общечеловеческие ценности, как независимость, государственность, справедливость, демократия, национальный прогресс и светскость.

Принятие новой Конституции в 1995 г. и проведение рыночных реформ создали в стране условия для воплощения модели сильного президентского государства, способного решить внутренние проблемы, сохранить и приумножить прогрессивные национально-институциональные структуры<sup>9</sup>.

Экономика Азербайджана пережила за эти годы большие перемены и реформы. Переход к рыночным отношениям и интеграция в мировую экономическую систему являются основными направлениями деятельности Г. Алиева. Как политик, смотрящий на многие десятилетия вперед и просчитавший все мировые реалии на долгосрочную перспективу, он считал самым главным мирное сотрудничество как с соседними кавказскими странами и республиками, так и со всеми государствами Юга и Севера, Востока и Запада...

В результате в президентства Гейдара Алиева Азербайджан продемонстрировал всему внешнему миру, что очень многое зависит от лидера, от политики, им проводимой. Азербайджан смог занять достойное место в мировом сообществе, превратился в страну, которую уважают в мире.

Все это – результат политики Алиева, основанной на укреплении института президентства в стране, стремлении сохранить и развить уникальные национальные особенности и институциональные нормы, присущие азербайджанскому генотипу.

... Вот уже 14 лет как нет с нами Гейдара Алиева, но его бесценное наследие, заложенный им государственный курс и великие идеи и сегодня живут, развиваются, побеждают под руководством президента Азербайджана Ильхама Алиева. Идея «Родине – мир, региону – мир, миру – мир» приносит реальные и плодотворные результаты для азербайджанского народа на пути строительства демократического независимого государства, интегрируемого в мировое сообщество<sup>10</sup>. Азербайджан сегодня – одна из тех стран мира, которые стабильно развиваются. Колоссальные нефтяные и газовые запасы дали возможность полученные дивиденды пустить на развитие других отраслей экономики.

Последовательная и целенаправленная реализация 14 государственных программ, охватывающих все ступени образования – от дошкольного и до профессионального и высшего, – открывает широкие возможности для всестороннего развития детей и молодежи, являющихся будущим страны. Успешно завершилась и осуществляемая в стране в течение последних лет Государственная программа социально-экономического развития регионов. С 2003 г. по настоящее время в Азербайджане создано 838 тысяч новых рабочих мест. Широкий размах приобрело строительство социальных объектов. За последние пять лет в Азербайджане при содействии Фонда Гейдара Алиева построено 1600 новых школ, и эта политика продолжается. В регионах повсюду создаются новые медицинские учреждения и олимпийские сооружения, оснащенные самым современным медицинским и спортивным оборудованием. Проводимые в сфере образования реформы приносят позитивные результаты: за последний год только в Баку количество детей, посещающих детские сады, увеличилось более чем на 1300 человек, число иностранных студентов, обучающихся в высших учебных заведениях Азербайджана, возросло с 1860 до 7000, а количество азербайджанцев, которые обучаются за рубежом, превысило 4000.

Вложены огромные средства в здравоохранение, в инфраструктуру, электростанции, водопроводы, газопроводы, экологические программы. Это показатель того, что все реформы в первую очередь направлены на улучшение социального положения граждан. Вместе с тем, это показатель того, что доходы от продажи нефти распределяются равномерно<sup>11</sup>.

Лидерские черты Гейдара Алиева, несомненно, передались сыну. Но и в этом случае у Ильхама Алиева ярко выражены сугубо личностные начала, неповторимая индивидуальность, развитый интеллект, общая культура, скромность, способность с пользой синтезировать все ценное и позитивное, что он вобрал в себя за годы сознательной жизни и целеустремленной учебы.

Ильхам Алиев накрепко усвоил урок отца: политик будущего должен уже сегодня настойчиво работать над созданием «родной социальной среды» для предстоящей государственной деятельности. Подтверждением этого является азербайджанская модель демократии – синтез глобальной интеграции и национально-культурной самобытности.

В XXI в. демократия превратилась в идеологическое оружие, которое перевело ее основную суть из плоскости теории народовластия в геополитическую теорию установления нового мирового порядка. Часто говорят, что то или иное государство не соответствует «общепринятым демократическим стандартам» или отходит от «уровня демократии». Возникли принципы нового разделения мирового пространства на «свободные», «частично свободные» и «несвободные» государства.

Демократия действительно всегда связана с развитием, в том числе экономическим, свободой и консенсусом. Не поэтому ли на протяжении всей истории в бедных странах фактически не было демократии?...

Увеличиваются и средства, выделяемые на образование, науку, здравоохранение, информационные средства и технологии, что создает хорошую основу для дальнейшего сближения людей и развития демократических процессов<sup>12</sup>.

Несмотря на огромные успехи человечества, демократию и восхваляли, и критиковали. О ней написаны тысячи томов научных трудов. Однако до настоящего времени все еще не сформированы исходные, при-

емлемые для большинства стран ее (демократии) содержательные моменты. Речь идет о совокупности официальных и неофициальных институциональных ограничений, сформированных внутри каждой суверенной, отдельно взятой страны, и возможности «экспортирования» таких ограничений в другие страны. Фактически современные мощные общемировые интеграционные процессы показали, что «ввоз» институциональных ограничений и норм из высокоразвитых стран Запада на Восток имеет крайне ограниченную «пропускную способность». Здесь речь идет, в первую очередь, о жизнестойких вековых традициях, нормах жизнедеятельности, глубинной культуре народов, религии, системе убеждений и внутреннем мире жителей стран. В том числе и Азербайджанской Республики. Соответственно, смена «демократических волн» всякий раз сопровождалась переходом общества от одного общественного, экономического, социального, культурного устройства к другому. Однако попытки привития «демократических изменений», особенно в странах Востока, часто наталкивались на институциональные традиции, которые в течение многовековой истории отвечали и были нацелены на национальные интересы народов. Отсюда – неоднократные проявления того, что демократические ценности и критерии, хорошо привившиеся в странах Запада, не находят своего воплощения в практике международных отношений, в том числе с Азербайджанской Республикой. Преобладание философии **двойных стандартов** является реалией наших дней. Выясняется, что демократия сама нуждается в сильной защите. И такая защита имеет свою неповторимую специфику в каждой стране<sup>13</sup>.

В формирующемся новом мировом порядке народы вправе сами определять содержание, формы, методы, глубину и возможные последствия демократических изменений, которые испокон веков так привлекают человечество. Такой подход для современного Азербайджана, небольшой по территории страны, расположенной в одном из стратегических регионов мира, является крайне актуальным. При этом всевозрастающий интерес к ней высокоразвитых государств и транснациональных компаний способствует созданию благоприятных условий для развития государства, но в то же время порождает противоречивые нюансы<sup>14</sup>.

Во всем мире, как и в Украине, с каждым годом возрастает интерес к проблемам Азербайджанской Республики. Звучат самые разнообразные, порой резко противоречивые мнения. В этой связи целесообразно сделать некоторые **обобщения-выводы** из уроков государственного строительства и развития института президентства в нашей стране<sup>15</sup>.

1. Азербайджан реализует свою внутреннюю и внешнюю политику в соответствии с национальными интересами, интенсивным стало экономическое развитие, налицо успехи во всех сферах жизнедеятельности.

2. Основная нерешенная проблема – армяно-азербайджанский нагорно-карабахский конфликт. Бывший президент Гейдар Алиев и нынешний – Ильхам Алиев в этом вопросе занимают однозначную и очень решительную позицию: суверенитет Азербайджана должен быть восстановлен на всей его территории, а оккупационным силам необходимо покинуть захваченные земли. Эти проблемы должны найти свое решение на основе норм международного права и принципа территориальной целостности Азербайджанской Республики. Отрадно, что мировая общественность также понимает это.

Естественно, что в XXI в. мы не можем мириться с тем фактом, что одна страна – Армения, являющаяся членом Совета Европы, держит под оккупацией территорию другой страны-участницы – Азербайджанской Республики. Важно в этой связи отметить помощь и поддержку Украины. В сентябре 2000 г. по инициативе Украины был проведен специальный саммит Совета Национальной Безопасности ООН по разрешению нагорно-карабахского и других конфликтов.

3. Именно по инициативе президента Гейдара Алиева (в 2002 г.) был проведен референдум и внесены изменения в Конституцию Азербайджана, что явилось мощным импульсом к развитию институционального и ценностно-мотивационного единения всех влиятельных сил страны, заинтересованных в достижении общенационального согласия, гражданского мира и долгосрочного прогресса.

4. Достигнутая общественно-политическая стабильность, благоприятная экономическая среда обусловили рост объемов иностранных инвестиций. Успешное осуществление нефтяной стратегии придало импульс прогрессивному социально-экономическому развитию на долгие годы.

5. Улучшены социальные условия жизни населения, проделана огромная работа по снижению уровня бедности.

6. Приоритетными задачами государства стали сохранение и приумножение национально-духовных ценностей, воспитание молодого поколения в духе патриотизма.

7. Именно развитие политической системы на основе демократических принципов, глубокое укоренение в нашем обществе общечеловеческих ценностей открыли путь к взаимовыгодной интеграции Азербайджанской Республики в международное сообщество. Защита государственной независимости Азербайджана, укрепление его безопасности, развитие межгосударственных связей, плодотворное сотрудничество с международными и региональными организациями обеспечили нашей стране достойное место в системе международных отношений.

8. Народ, оставаясь верным идеям своего выдающегося сына Гейдара Алиева, мобилизовал все силы для сохранения и развития независимой 100-летней государственности и поддержал выражающий интересы каждого гражданина политический курс президента Ильхама Алиева – его политического преемника<sup>16</sup>.

10. Последние президентские, парламентские и местные выборы стали важным событием в жизни страны. На них избиратели продемонстрировали высокое политическое сознание и твердую гражданскую позицию, что свидетельствует о решительной поддержке народом осуществляемого в стране политического курса Гейдара Алиева.

Были проведены открытые и честные выборы, которые показали, что в стране существует единство между народом и властью, а Азербайджан развивается в прогрессивном направлении. В результате проделанной комплексной работы нынешние выборы заложили начало нового этапа в практике демократических выборов. Созданы основы новой избирательной традиции, которая реально способствует предотвращению экспорта зарубежных технологий, не соответствующих национально-ментальным, культурным, экономическим традициям страны и целям ее дальнейшего развития.

11. История становления государственности, института президентства Азербайджана, как орган внешних сношений, свидетельствует о том, что формируемые в стране институциональные структуры являются в необходимой мере устойчивыми и крепкими, соответствующими вековым традициям, культуре, тому, что принято в современной науке называть *генотипом нации*.

В итоге сегодня можно утверждать, что Азербайджан открыт для взаимовыгодного сотрудничества, однако всегда будет противостоять каким-либо попыткам навязывания извне сознательно инспирируемых заинтересованным окружением моделей, принципов и подходов, не соответствующих базисным экономическим отношениям, историческим корням. И важнейшим условием реализации этого является действенность института президентства и, естественно, личные качества президентов страны. А первым из них – «отцом нации» – был и остается один из выдающихся политиков мирового масштаба середины XX и начала XXI ст. Гейдар Алирза оглу Алиев, который, опираясь на волю народа, сумел выработать и реализовать стратегию развития страны, альтернативную господствующим идеям глобализации. И в условиях, когда практика государственного строительства значительно опередила теорию.

<sup>1</sup> *Арье Гут*. Независимый и сильный Азербайджан – достойный наследник Азербайджанской Демократической Республики : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.jpost.com/Blogs/News-from-Arye-Gut/An-independent-and-strong-Azerbaijan-is-a-worthy-successor-of-the-Azerbaijan-Democratic-Republic-534693>

<sup>2</sup> *Нижник Н.Р.* Проблеми президентської влади в Україні / Н.Р. Нижник // Президент України: законодавче забезпечення діяльності. – К., 1999. – № 8. – 416 с.; *Варзар І.М.* Ідейно-теоретичні засади державотворчої політики Л.Д. Кучми / І.М. Варзар. – К., 1999. – 146 с.; *Мирзазаде А.Б.* Президентство: Сущность и требования / А.Б. Мирзазаде // Возрождение – XXI век. – Баку: Науч. издание АИГСиМО, 1998. – № 7. – 86 с.

<sup>3</sup> *Алиева Мехрибан*. Уроки жизни / Мехрибан Алиева // Azerbaijan IRS. – 2003. – 52 с.

<sup>4</sup> *Плахотнюк Н.Г.* Институт президентства в Україні: конституційно-правовий аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Н.Г. Плахотнюк. – Х., 1999. – 20 с.

<sup>5</sup> *Калниш Ю.Г.* Особливості ролі президента в державному управлінні країн розвинутої демократії / Ю.Г. Калниш, А.Д. Гулієв // Ефективність державного управління: зб. навч. пр. – Л.: НАДУ, 2004/2005. – Вип. 6/7. – С. 23–33.

<sup>6</sup> *Гулієв А.Д.* Ільхам Алієв – завтрашній лідер Азербайджану? А чому б ні?! / А.Д. Гулієв // ПіК. – 2003. – № 21 (200). – С. 24–26.; *Гулієв А.Д.* Штрихи к портрету Гейдара Алієва / А.Д. Гулієв // Президент. – 2001. – № 6. – С. 46–55.

<sup>7</sup> *Кинах А.К.* Экс-премьер Украины: «Так Гейдар Алиев спас Украину». 29 Марта 2018 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <https://haqqin.az/news/125565>

<sup>8</sup> *Гулієв А.Д.* Батько нації, або Чому мудрий азербайджанський народ звернувся з проханням до Гейдара Алієва взяти на себе відповідальність за порятунок республіки / А.Д. Гулієв // ПіК. – 2000. – № 32 (67). – С. 14–17.

<sup>9</sup> Конституция Азербайджанской Республики: Принята всенародным голосованием (референдумом) 12 ноября 1995 г. и вступила в силу с 27 ноября 1995 г. (с изменениями, принятыми всенародным голосованием (референдумом) 24 августа 2002 г.). – Баку: Изд-во Милли Меджлиса АР, 2003. – 87 с.

<sup>10</sup> О мерах по ускорению социально-экономического развития Азербайджанской Республики : Указ Президента Азербайджанской Республики от 24 ноября 2003 г. // Азербайджан. – 2003. – 25 нояб. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.br.az>

<sup>11</sup> Об утверждении Государственной программы социально-экономического развития регионов Азербайджанской Республики (2004–2013 годы): Указ президента Ильхама Алиева от 11 февраля 2004 г. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.br.az>

<sup>12</sup> *Алиев И.* Выступление на расширенном заседании Кабинета Министров, посвященном итогам социально-экономического развития за девять месяцев 2009 года / И. Алиев. – АзербТадж. – 16 октября 2009 г.

<sup>13</sup> *Гулієв А.* Сквозь призму Азербайджанских реалий, или дополняя Канта / А. Гулієв // Зеркало недели. – 2001. – 21 сентября.

<sup>14</sup> *Гулієв Ариф, Чекалюк Вероника*. Ильхам Алиев: Вчера. Сегодня. Завтра / Ариф Гулієв, Вероника Чекалюк : [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://versii.com/news/377272/>; <http://www.ru.strategiya.az/index.php?do=xerber&id=116436>

<sup>15</sup> *Гулієв А.Д.* Особливості інститут президентства в Україні та Азербайджанської Республіки: державно-управлінський аспект / Автореф. дис. ... канд. наук з держ. управ. / А.Д. Гулієв. – К.: 2005. – 20 с.

<sup>16</sup> *Мехтиев Рамиз*. Азербайджан – 2003–2008: Размышляя об эпохе / Рамиз Мехтиев. – Баку : Şərq-Qərb, 2009. – 240 с.

## Резюме

**Гулієв А.Д. Основи стабільності та міцності вікової азербайджанської державності: базові принципи зовнішніх зносин Інституту президентства Гейдара Алієва.**

У статті розглянута протидія розмиванню інституціональних структур, властивих окремим націям, що лежать в основі їх генотипу й природного суспільного буття. У більшості випадків воно стає наслідком слабості або недостатньої дієвості інституту президентства, індивідуально-моральних і науково-професійних якостей конкретного глави держави.

**Ключові слова:** історія і теорія державності, інституціонально-національний, інститут президентства, міжнародне право, незалежність, азербайджанство, державність, справедливість, демократія, національний прогрес, вікові традиції, норма життєдіяльності, глибинна культура народів.

Резюме

*Гулиев А.Д. Основы устойчивости и крепости вековой азербайджанской государственности: базовые принципы внешних сношений Института президентства Гейдара Алиева.*

В статье рассмотрено противодействие размыванию институциональных структур, присущих отдельным нациям и лежащих в основе их генотипа и естественного общественного бытия. В большинстве случаев оно становится следствием слабости или недостаточной действенности института президентства, личностно-моральных и научно-профессиональных качеств конкретного главы государства.

**Ключевые слова:** история и теория государственности, институционально-национальный, институт президентства, международное право, независимость, азербайджанство, государственность, справедливость, демократия, национальный прогресс, вековые традиции, норма жизнедеятельности, глубинная культура народов.

Summary

*Guliyev A. The fundamentals of stability and strength of the century-old Azerbaijani statehood: the basic principles of external relations of the Institute of the Presidency of Heydar Aliyev.*

The counteraction of washing out of institutional structures, inherent individual nations and lying in basis of their genotype and natural public life is considered in the article. In most cases it becomes the consequence of weakness or insufficient effectiveness of institute of presidency, personality-moral and scientific-professional qualities of concrete country's leader.

**Key words:** history and theory of statehood, institutional and national, institute of presidency, international law, independence, Azerbaijanism, statehood, justice, democracy, national progress, centuries-old traditions, life norms, deep culture of peoples.

УДК 341.232 : 323.28

**В.В. ГРАЧОВА**

*Вікторія Вікторівна Грачова, кандидат юридичних наук, заступник начальника кафедри Воєнно-дипломатичної академії імені Євгенія Березняка*

## ЕТАП ЗАРОДЖЕННЯ БАГАТОСТОРОННЬОГО АНТИТЕРОРИСТИЧНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА ДЕРЖАВ ТА ЙОГО РОЛЬ У ФОРМУВАННІ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ ОСНОВ БОРТЬБИ З ТЕРОРИЗМОМ

Тероризм є однією з найгостріших проблем у житті міжнародного співтовариства, вирішення якої вимагає адекватних міжнародно-правових засобів, передусім на універсальному рівні. При цьому сучасне міжнародно-правове регулювання боротьби з тероризмом потребує врахування витоків міждержавної співпраці у вказаній сфері. У процесі становлення міжнародно-правових основ багатостороннього антитерористичного співробітництва держав, на нашу думку, доцільно виокремити три етапи: зародження вказаного співробітництва (кінець ХІХ ст. – початок ХХ ст.); його активізація (1920-і – 1930-і рр.); формування глобального антитерористичного співробітництва (з 1945 р. і донині)<sup>1</sup>. Найменш дослідженим із них є етап зародження багатостороннього антитерористичного співробітництва, і він має вагомe значення з погляду вироблення правових принципів та норм у сфері міжнародної боротьби з тероризмом. У контексті вивчення витоків міжнародного антитерористичного співробітництва такі вчені, як Т.С. Бояр-Созонович, Л.Н. Галенська, І.М. Громівчук, В.П. Смелянов, Ю.А. Иванов, Д.А. Кучугурний, Є.Г. Ляхов, В.П. Панов, Б. Сол та інші висвітлювали передусім відповідні заходи і документи, пов'язані з універсальним міжнародним правом періоду Ліги Націй (1919–1946 рр.). Деякі вчені (Ю.С. Горбунов, С.Я. Казанцев, В.Я. Кикоть, Б.І. Кофман та інші) слушно звернули увагу на більш ранні заходи цього співробітництва, пов'язані з боротьбою держав із анархо-тероризмом, які мали місце в період універсального міжнародного права за Головним актом Віденського конгресу 1815 р. (1815–1919 рр.), але детально їх не розглядали. Р.Б. Дженсен дослідив історичні аспекти «багатосторонніх дипломатичних і поліцейських заходів реагування на анархістський тероризм» у 1878–1914 рр.<sup>2</sup>, проте не ставив за мету з'ясувати власне специфіку формування міжнародно-правових основ боротьби з тероризмом. При цьому деякі дослідники, зокрема Р.Б. Дженсен, М. Джесенофф, М. Івенс, Дж.Л. Гелвін здійснили порівняння анархо-тероризму ХІХ ст. із сучасним тероризмом і релігійним екстремізмом та діяльністю організації «Аль-Каеда»<sup>3</sup>, що, на нашу думку, свідчить про значну актуальність аналізу відповідного міжнародного співробітництва у боротьбі з анархо-тероризмом.

З урахуванням викладеного вважаємо, що етап зародження багатостороннього антитерористичного співробітництва держав потребує поглибленого дослідження. Це дасть змогу з'ясувати найважливіші правові принципи та норми, які були покладені в основу співробітництва держав у боротьбі з тероризмом і значною мірою зберегли свою актуальність донині. Водночас це сприятиме визначенню певних напрямів підвищення ефективності сучасного міжнародно-правового регулювання боротьби з тероризмом.

У зв'язку з цим **метою статті** є розкриття особливостей етапу зародження багатостороннього антитерористичного співробітництва держав (кінець XIX ст. – початок XX ст.) з погляду формування міжнародно-правових основ боротьби з тероризмом. Так, у статті здійснено аналіз Римської та Санкт-Петербурзької антианархістських конференцій 1898 р. і 1904 р. та актів, укладених під час цих конференцій, визначено основні правові положення щодо боротьби з тероризмом, сформовані під час цього етапу, та з'ясовано їх значення з погляду подальшого розвитку багатостороннього міжнародно-правового регулювання боротьби з тероризмом.

Погоджуємося з тим, що у XIX ст. тероризм постав як «важливий фактор політичного життя»<sup>4</sup> багатьох держав. Це стало вагомим чинником їх згуртування у боротьбі з тероризмом. У другій половині XIX ст. – на початку XX ст. анархо-тероризм проявив себе в якості потужної загрози, передусім в Європі та США. За оцінкою Р.Б. Дженсена, з 1880 р. по 1914 р. тривала «золота ера» анархістського тероризму, під час якої, зокрема, відбулася серія насильницьких актів проти монархів та інших високопоставлених осіб<sup>5</sup>. Водночас мали місце акції масового насильства щодо представників різноманітних соціальних груп із застосуванням вибухівки. Загалом у той час анархо-тероризм засвідчив свою здатність сіяти паніку та страх, загрожувати особам та інституціям, які виступали символами влади, та дестабілізувати суспільства. Зважаючи на низку міжнародних аспектів у діяльності анархо-терористів, йдеться про початковий етап інтернаціоналізації тероризму.

Після загибелі внаслідок дій анархістів імператриці Єлизавети Австрійської (вересень 1898 р.) у листопаді – грудні 1898 р. в Італії (м. Рим) була проведена міжнародна конференція з метою вироблення заходів протидії анархістській діяльності. У заключному документі конференції розглядалося поняття анархізму, законодавчі заходи та заходи співробітництва поліцейських органів у боротьбі з ним. Цей документ підписали представники Австро-Угорщини, Бельгії, Болгарії, Греції, Данії, Іспанії, Італії, Князівства Монако, Нідерландів, Німеччини, Португалії, Росії, Румунії, Сербії, Туреччини, Франції, Чорногорії, Швейцарії, Швеції та Норвегії<sup>6</sup>. Як вказав М. Дефлем, єдиною державою, яка не виявила згоди щодо підписання заключного протоколу, була Велика Британія<sup>7</sup>. Анархізм був визначений у ньому як будь-який акт, «що має на меті руйнування будь-якої соціальної організації [*toute organisation sociale*] з використанням насильницьких засобів»<sup>8</sup>. На нашу думку, заслуговує на увагу те, що у 1933 р. під час V міжнародної конференції з уніфікації кримінального законодавства у м. Мадрид була прийнята резолюція, в якій тероризм був визначений як дії щодо тероризування населення «з метою руйнування будь-якого соціального устрою»<sup>9</sup>. Таким чином, на етапі активізації багатостороннього антитерористичного співробітництва держав (1920-і – 1930-і рр.), у період універсального міжнародного права Ліги Націй, був відображений підхід, закріплений у згаданому документі 1898 року.

Вагомим кроком вважаємо те, що за результатами Римської конференції було передбачено включення до законодавства держав положень, які стосувалися заборони «незаконного володіння та використання вибухових засобів, членства в анархістських організаціях, поширення анархістської пропаганди та надання сприяння анархістам», передбачалося також обмеження державами «висвітлення анархістської діяльності у пресі»<sup>10</sup>. Таким чином, держави окреслили нагальні аспекти протидії терористичній діяльності, які, зокрема, знайшли відбиття у процесі формування сучасної міжнародно-правової бази боротьби з тероризмом. Наприклад, з метою протидії використанню вибухових засобів у терористичних цілях у 1991 р. на універсальному рівні була підписана Конвенція про маркування пластичних вибухових речовин з метою їх виявлення<sup>11</sup>, а у 1997 р. резолюцією Генеральної Асамблеї (далі – ГА) Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) 52/164 була прийнята Міжнародна конвенція про боротьбу з бомбовим тероризмом<sup>12</sup>. У згаданому контексті протидії членству в терористичних осередках та сприянню терористичній діяльності зазначимо, що сучасні універсальні антитерористичні договори слушно враховують високий рівень організації тероризму, зокрема, визнаючи форму співучасті групи осіб у вчиненні терористичних злочинів, як співвиконавців та складну співучасть. Водночас у цих договорах безпосередньо не врегульовано такий важливий аспект, згаданий під час Римської конференції 1898 р., як міжнародна протидія поширенню терористичної пропаганди, і він потребує відповідної уваги на сучасному етапі.

Зважаючи на статус жертв анархістських посягань, окрема увага у заключному акті Римської конференції була приділена покаранню за злочини проти високопоставлених осіб і членів їх сімей. Зокрема, передбачалося запровадження смертної кари за посягання анархістів на життя «Суверена або Голови держави» або «членів їх сімей»<sup>13</sup>. Цей підхід, відповідно до якого особливого захисту потребують певні особи, які виконують функції від імені держави, та члени їх сімей, набув розвитку на наступних етапах міжнародної співпраці у боротьбі з тероризмом. У Конвенції щодо запобігання тероризму та покарання за нього, 1937 р., укладеної у рамках Ліги Націй, були вказані діяння, що становлять акти тероризму, зокрема, «умисна дія з метою позбавлення життя, завдання тілесних ушкоджень або шкоди здоров'ю або позбавлення волі: а) голів держав, осіб, що володіють повноваженням голів держав, їх наслідних або таких, що призначаються, наступників»; «б) дружин або чоловіків перерахованих вище осіб»; «с) осіб, які виконують державні функції» тощо<sup>14</sup>. Через кілька десятиліть Комісія міжнародного права розглянула питання про захист та недоторканність дипломатичних агентів та інших осіб, які мають право на спеціальний захист у відповідності з міжнародним правом, і в 1973 р. була прийнята Конвенція про запобігання та покарання злочинів проти осіб, які користуються міжнародним захистом, у тому числі дипломатичних агентів<sup>15</sup>, яка є складовим елементом сучасної універсальної договірної-правової антитерористичної бази.

За результатами Римської конференції держави також передбачили створення національних наглядових органів для контролю за анархістською діяльністю та системи обміну інформацією між ними<sup>16</sup>. Обмін інфор-

мацією між державами з метою запобігання терористичним злочинам, їх розслідування тощо є невід'ємною складовою сучасного міжнародного співробітництва, і відповідні правові положення включені, зокрема, до універсальних антитерористичних договорів. Наприклад, у Міжнародній конвенції про боротьбу з актами ядерного тероризму, 2005 р., йдеться про співробітництво держав шляхом обміну інформацією, а також координації адміністративних та інших заходів, які вживаються з метою «виявлення, недопущення, припинення та розслідування» злочинів, вказаних у конвенції, тощо<sup>17</sup>. Також під час Римської конференції екстрадиція анархістів постала як вагомий інструмент міжнародного співробітництва у кримінальних справах, і цьому правовому інституту згодом була відведена важлива роль у багатосторонніх міжнародних договорах щодо боротьби з тероризмом, укладених державами у періоди універсального міжнародного права Ліги Націй та ООН.

Після вбивства анархістом президента США У. Мак-Кінлі (вересень 1901 р.) виникла потреба в активізації міжнародної боротьби з анархізмом. Зокрема, його наступник, Т. Рузвельт, заявив, що «анархія є злочинном проти усього людського роду», і «все людство» має об'єднатися проти анархізму<sup>18</sup>. На цьому тлі у березні 1904 р. у Росії (м. Санкт-Петербург) була проведена друга міжнародна антианархістська конференція. У ній взяли участь 10 держав, які підписали відповідний протокол (Австро-Угорщина, Болгарія, Данія, Німеччина, Оттоманська імперія, Росія, Румунія, Сербія, Швеція, Норвегія), й до яких пізніше приєдналися Іспанія, Португалія, а також, із певними особливостями, Швейцарія та Люксембург<sup>19</sup>. У Санкт-Петербурзькому протоколі йшлося переважно про такі практичні аспекти, як збір інформації щодо діяльності анархістів, організація висилки анархістів, обмін відповідною інформацією між державами. Зокрема, було передбачено створення в кожній державі «Центрального поліцейського бюро, обов'язком якого буде збір інформації про анархістів та їх діяльність», і ці бюро мали обмінюватися даними про випадки висилки анархістів чи добровільне залишення ними території держави тощо<sup>20</sup>. Таким чином, були окреслені аспекти міжнародного співробітництва поліцейських органів у боротьбі з тероризмом, яке згодом набуло відповідної інституціоналізації.

На нашу думку, заслуговує на значну увагу те, що на початковому етапі міжнародного антитерористичного співробітництва держави підтримали ідею деполітизації анархізму. У заключному акті Римської конференції було вказано, що «не існує спільності між анархізмом та політикою», й анархізм не повинен розглядатися як «політична доктрина». Крім того, «анархістські акти не повинні розглядатися як політичні злочини з погляду екстрадиції»<sup>21</sup>. На сучасному етапі універсальне закріплення принципу відмови від невидачі політичних злочинців з метою боротьби з тероризмом, починаючи з Міжнародної конвенції про боротьбу з бомбовим тероризмом, 1997 р., стало визначним кроком у забезпеченні того, щоби засоби захисту прав людини не використовувалися для заохочення безкарності. Зокрема, жодний зі злочинів, вказаних у конвенції, не розглядається для цілей видачі (чи взаємної правової допомоги) як «політичний злочин або як злочин, пов'язаний з політичним злочинном, або злочин, викликаний політичними мотивами», й пов'язане з таким злочинном прохання про видачу (чи взаємну правову допомогу) «не може бути відхилено тільки на тій підставі, що воно стосується політичного злочину або злочину, пов'язаного з політичним злочинном, або злочину, викликаного політичними мотивами»<sup>22</sup>.

Також у сучасних універсальних антитерористичних договорах, актах ГА ООН тощо закріплено принцип неприпустимості виправдання тероризму будь-якими міркуваннями політичного, філософського, ідеологічного, расового, етнічного, релігійного або іншого аналогічного характеру. Зокрема, у Міжнародній конвенції про боротьбу з бомбовим тероризмом, 1997 р., Міжнародній конвенції про боротьбу з фінансуванням тероризму, 1999 р., Міжнародній конвенції про боротьбу з актами ядерного тероризму, 2005 р. визначено обов'язок держав-учасниць забезпечувати, щоби злочинні діяння, вказані у цих конвенціях, за жодних обставин «не виправдовувалися» («не підлягали виправданню») «з будь-яких міркувань політичного, філософського, ідеологічного, расового, етнічного, релігійного або іншого аналогічного характеру»<sup>23</sup>. У цьому контексті, на наш погляд, важливе значення має те, що вже у заключному акті Римської конференції 1898 р. держави визнали, що анархістські злочини повинні розглядатися «незалежно від мотивів, згідно з якими вони були вчинені»<sup>24</sup>, тобто був окреслений вказаний правовий принцип.

Водночас суттєвим результатом антитерористичних зусиль кінця XIX ст. – початку XX ст., на нашу думку, стала актуалізація широкого превентивного підходу у боротьбі з анархо-тероризмом, на противагу заходам кримінально-правової та поліцейської репресії. Документи Римської та Санкт-Петербурзької конференції не містили положень щодо з'ясування й усунення умов, здатних породжувати та стимулювати анархо-тероризм, однак саме увага окремих держав до цього аспекту сприяла його подоланню. Як вказав Р.Б. Дженсен, у низці європейських держав у процесі придушення анархо-тероризму були застосовані тортури, масові арешти, у т.ч. непричетних осіб, цензура та перлюстрація пошти, було запроваджено законодавчу заборону анархістських зборів, асоціацій та публікацій, проте «спроба законодавчого запобігання тероризму мала незначні результати», і грубі поліцейські дії викликали «негативну реакцію»; при цьому Франція та Італія, наприклад, поступово звернулися до ширшої «політики соціального запобігання»<sup>25</sup>. Дж. Хері також наголосив на тому, що «в державах, які застосували найжорсткіші репресивні заходи, активність анархістських рухів виявилася найвищою», а в державах, які відреагували стримано та не обмежували відповідних свобод, «ці рухи пішли на спад набагато швидше», і цьому сприяли такі реформи, як запровадження профспілок, восьмигодинного робочого дня, покращення умов праці тощо<sup>26</sup>. У цьому контексті, на нашу думку, йдеться про успішні кроки щодо загальносоціальної профілактики тероризму.

Отже, вже на початковому етапі міжнародної боротьби з тероризмом відчутно постала необхідність в усуненні умов, які сприяють його поширенню, та дотриманні прав і свобод людини і громадянина у процесі



цієї боротьби. На сучасному етапі у Глобальній контртерористичній стратегії ООН, прийнятій резолюцією ГА ООН 60/288 від 8 вересня 2006 р., вагома роль слушно відведена заходам з усунення умов, що сприяють поширенню тероризму, та забезпеченню всезагальної поваги прав людини і верховенства права в якості фундаментальної основи для боротьби з тероризмом<sup>27</sup>. В Огляді Глобальної контртерористичної стратегії ООН, прийнятому у 2016 р., ГА ООН чітко вказала на необхідність «активізації зусиль для усунення умов, які сприяють поширенню тероризму»<sup>28</sup>. На наш погляд, першочергове значення у подоланні тероризму має загальносоціальна профілактика, пов'язана з виявленням та усуненням суспільних протиріч, які його породжують, – політичних, соціально-економічних, культурних, релігійних тощо, тобто необхідним є викорінення підґрунтя терористичної діяльності. Важливість загальнопревентивного підходу була усвідомлена державами та підтверджена на практиці у процесі боротьби з анархо-тероризмом на межі ХІХ ст. та ХХ ст., і цей аспект зберігає актуальність дотепер та потребує суттєвого розвитку у сучасному міжнародному праві.

Таким чином, робимо висновок про те, що на етапі зародження багатостороннього співробітництва у боротьбі з тероризмом наприкінці ХІХ ст. – на початку ХХ ст. держави визначили важливі напрями, принципи та інструменти боротьби з тероризмом у правовій сфері, які були відображені та набули подальшого розвитку в універсальному міжнародному праві періоду Ліги Націй та ООН. Уже на вказаному етапі проявилася потреба у широкому запобіганні тероризму, а у сучасних умовах важливим засобом підвищення ефективності міжнародно-правового регулювання боротьби з ним постає забезпечення загальносоціальної профілактики терористичної діяльності. У зв'язку з цим перспективним напрямом подальших наукових розвідок вбачаємо дослідження шляхів зміцнення загальнопревентивної стратегії у боротьбі з тероризмом у сучасному міжнародному праві.

<sup>1</sup> Грачова В.В. Міжнародно-правове регулювання боротьби з тероризмом на універсальному рівні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.11 «Міжнародне право» / В.В. Грачова. – К., 2017. – С. 6–7, 12–13.

<sup>2</sup> Jensen R.B. The battle against anarchist terrorism: an international history, 1878–1934 / R.B. Jensen. – New York, Cambridge university press, 2014. – P. 2.

<sup>3</sup> Jensen R.B. Nineteenth century anarchist terrorism: how comparable to the terrorism of Al-Qaeda? / R.B. Jensen // Terrorism and political violence. – 2008. – Vol. 20. – № 4. – P. 589–596; Jasanoff M. The first global terrorists were anarchists in the 1890s [Electronic resource] / M. Jasanoff // The New York Times. – April 29, 2016. – Access mode: <https://www.nytimes.com/2016/04/30/opinion/the-first-global-terrorists-were-anarchists-in-the-1890s.html> ; Evans M. Lessons from anarchy [Electronic resource] / M. Evans // The Economist. – August 18, 2005. – Access mode: <https://www.economist.com/node/4293225> ; Gelvin J.L. Al-Qaeda and anarchism: a historian's reply to terrorology / J.L. Gelvin // Terrorism and political violence. – 2008. – Vol. 20. – № 4. – P. 563–581.

<sup>4</sup> Сاینчин С. Деякі історичні факти світового тероризму (минуле та сучасне) / С. Сاینчин // Протидія терористичній діяльності: міжнародний досвід і його актуальність для України: матеріали ІІ Міжнародної наук.-практ. конференції (15 грудня 2017 р.) / уклад.: Севрук Ю.Г., Попов Г.В., Лісова Н.В. – К.: Національна академія прокуратури України, 2018. – С. 61.

<sup>5</sup> Jensen R.B. The United States, international policing and the war against anarchist terrorism, 1900–1914 / R.B. Jensen // Terrorism and political violence. – 2001. – Vol. 13. – № 1. – P. 16.

<sup>6</sup> Jensen R.B. The battle against anarchist terrorism: an international history, 1878–1934 / R.B. Jensen. – New York, Cambridge university press, 2014. – P. 370–371.

<sup>7</sup> Deflem M. «Wild beasts without nationality». The uncertain origins of Interpol, 1898–1910 / M. Deflem // Handbook of transnational crime and justice / ed. P. Reichel. – Thousand Oaks [etc.] : SAGE publications, 2005. – P. 278.

<sup>8</sup> Jensen R.B. The battle against anarchist terrorism: an international history, 1878–1934 / R.B. Jensen. – New York, Cambridge university press, 2014. – P. 366.

<sup>9</sup> Емельянов В.П. Тероризм и преступления с признаками терроризирования: уголовное-правовое исследование = Terrorism and crimes with the indicia of terrorization: criminal law research / В.П. Емельянов ; Ассоц. Юридический центр ; Нац. ун-т внутренних дел МВД Украины. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2002. – С. 22. – (Теория и практика уголовного права и уголовного процесса).

<sup>10</sup> Див.: Deflem M. «Wild beasts without nationality». The uncertain origins of Interpol, 1898–1910 / M. Deflem // Handbook of transnational crime and justice / ed. P. Reichel. – Thousand Oaks [etc.] : SAGE publications, 2005. – P. 278.

<sup>11</sup> Конвенція про маркування пластичних вибухових речовин з метою їх виявлення від 1 березня 1991 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_016](http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_016)

<sup>12</sup> Резолюція Генеральної Ассамблеї ООН 52/164 от 15 декабря 1997 г. «Международная конвенция о борьбе с бомбовым терроризмом». Док. ООН A/RES/52/164. – 9 с. : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/761/19/PDF/N9876119.pdf?OpenElement>

<sup>13</sup> Jensen R.B. The battle against anarchist terrorism: an international history, 1878–1934 / R.B. Jensen. – New York, Cambridge university press, 2014. – P. 369.

<sup>14</sup> Конвенция о предупреждении терроризма и наказании за него. Открыта для подписания в Женеве 16 ноября 1937 г. // Исследование, подготовленное Секретариатом в соответствии с решением, принятым Шестым комитетом на его 1314-м заседании 27 сентября 1972 года. Док. ООН A/C.6/418, от 2 ноября 1972 г. – Прил. I. – С. 1–2 : [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N72/204/69/PDF/N7220469.pdf?OpenElement>

<sup>15</sup> Конвенція про запобігання та покарання злочинів проти осіб, які користуються міжнародним захистом, у тому числі дипломатичних агентів від 14 грудня 1973 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995\\_389](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_389)

<sup>16</sup> Jensen R.B. The battle against anarchist terrorism: an international history, 1878–1934 / R.B. Jensen. – New York, Cambridge university press, 2014. – P. 366.

<sup>17</sup> Міжнародна конвенція про боротьбу з актами ядерного тероризму від 14 вересня 2005 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_d68](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_d68)

<sup>18</sup> *Jensen R.* The United States, international policing and the war against anarchist terrorism, 1900–1914 / R. Jensen // *Terrorism and political violence*. – 2001. – Vol. 13. – № 1. – P. 19.

<sup>19</sup> *Op. cit.* – P. 21.

<sup>20</sup> *Jensen R.B.* The battle against anarchist terrorism: an international history, 1878–1934 / R.B. Jensen. – New York, Cambridge university press, 2014. – P. 373.

<sup>21</sup> *Op. cit.* – P. 366, 367.

<sup>22</sup> Міжнародна конвенція про боротьбу з бомбовим тероризмом від 15 грудня 1997 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_374](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_374)

<sup>23</sup> Там само; Міжнародна конвенція про боротьбу з фінансуванням тероризму від 9 грудня 1999 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_518](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_518) ; Міжнародна конвенція про боротьбу з актами ядерного тероризму від 14 вересня 2005 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_d68](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_d68)

<sup>24</sup> *Jensen R.B.* The battle against anarchist terrorism: an international history, 1878–1934 / R.B. Jensen. – New York, Cambridge university press, 2014. – P. 368.

<sup>25</sup> *Op. cit.* – P. 4, 5.

<sup>26</sup> *Hari J.* Blood, rage and history: the world's first terrorists [Electronic resource] / J. Hari // *The Independent*. – October 11, 2009. – Access mode: <https://www.independent.co.uk/news/world/politics/blood-rage-history-the-worlds-first-terrorists-1801195.html>

<sup>27</sup> Глобальная контртеррористическая стратегия Организации Объединенных Наций, принятая резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 60/288 от 8 сентября 2006 г. Док. ООН A/RES/60/288. – 12 с : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/504/90/PDF/N0550490.pdf?OpenElement>

<sup>28</sup> Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 70/291 от 1 июля 2016 г. «Обзор Глобальной контртеррористической стратегии Организации Объединенных Наций». Док. ООН A/RES/70/291. – С. 7 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/206/11/PDF/N1620611.pdf?OpenElement>

#### Резюме

**Грачова В.В.** Етап зародження багатостороннього антитерористичного співробітництва держав та його роль у формуванні міжнародно-правових основ боротьби з тероризмом.

Стаття присвячена поглибленому аналізу та розкриттю особливостей етапу зародження багатостороннього антитерористичного співробітництва держав наприкінці XIX ст. – на початку XX століття. Автором продемонстровано вагомe значення цього етапу з погляду вироблення державами міжнародно-правових основ боротьби з тероризмом, які були відображені та набули подальшого розвитку в універсальному міжнародному праві періоду Ліги Націй та ООН.

**Ключові слова:** міжнародно-правове регулювання боротьби з тероризмом, анархо-тероризм, Римська і Санкт-Петербурзька міжнародні антианархістські конференції, Ліга Націй, ООН.

#### Резюме

**Грачева В.В.** Этап зарождения многостороннего антитеррористического сотрудничества государств и его роль в формировании международно-правовых основ борьбы с терроризмом.

Статья посвящена углубленному анализу и раскрытию особенностей этапа зарождения многостороннего антитеррористического сотрудничества государств в конце XIX ст. – в начале XX столетия. Автором продемонстрировано важное значение этого этапа с точки зрения выработки государствами международно-правовых основ борьбы с терроризмом, которые были отражены и приобрели дальнейшее развитие в универсальном международном праве периода Лиги Наций и ООН.

**Ключевые слова:** международно-правовое регулирование борьбы с терроризмом, анархо-терроризм, Римская и Санкт-Петербургская международные антианархистские конференции, Лига Наций, ООН.

#### Summary

**Grachova V.** The period of origination of the multilateral anti-terrorism cooperation of States and its role in the formation of the international legal fundamentals of the fight against terrorism.

The article is dedicated to the in-depth analysis and disclosure of the particularities of the period of origination of the multilateral anti-terrorism cooperation of States at the end of the XIX<sup>th</sup> century and at the beginning of the XX<sup>th</sup> century. The author has demonstrated the important role of this period from the standpoint of elaboration of the international legal fundamentals of the fight against terrorism which have been reflected and further developed in the universal international law of the League of Nations and the UN.

**Key words:** international legal regulation of the fight against terrorism, anarchist terrorism, Rome and Saint-Petersburg international anti-anarchist conferences, League of Nations, UN.

**Н.В. ПЛАХОТНЮК**

*Наталія Вікторівна Плахотнюк, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Київського національного торговельно-економічного університету*

**УНІВЕРСАЛЬНИЙ МЕХАНІЗМ ООН У СФЕРІ БОРТЬБИ  
З ТОРГІВЛЕЮ ЖІНКАМИ ТА ДІТЬМИ**

У сучасну епоху торгівля людьми і, зокрема, дітьми стала глобальною проблемою для багатьох держав, незалежно від рівня їх розвитку. Як зазначила спеціальний доповідач ООН з проблеми торгівлі людьми Марія Грація Джаммаринаро на сесії Ради ООН з прав людини, «в нинішній час немає жодної країни чи регіону, які можна було б назвати вільними від торгівлі людьми...»<sup>1</sup>. Торгівля людьми сьогодні, незважаючи на скоординовані зусилля міжнародного співтовариства, становить неабияку проблему, яка набула світового масштабу. Неможливо дати повну оцінку масштабів цього явища, однак за інформацією Виконавчого директора Управління ООН з наркотиків та злочинності Юрія Федотова торгівля людьми приносить організованій злочинності 32 млрд доларів прибутку щорічно<sup>2</sup>.

Проблема торгівлі людьми, особливо дітьми, займає одне із найважливіших місць серед питань, обговорюваних на міжнародній арені. Міжнародні організації та уряди різних країн активно працюють над створенням програм, політики, нових законів та механізмів, спрямованих на протидію цьому явищу. Оскільки торгівля людьми має багатоплановий характер, відрізняється різноманітністю форм, для вирішення цієї проблеми недостатньо обмежуватися локальними й національними заходами. Необхідне об'єднання зусиль не лише внутрішньодержавних структур різних країн, а й координація дій усього світового співтовариства, для попередження і боротьби з наслідками торгівлі людьми важливе значення має міжнародне співробітництво. Таким чином, дана проблема актуальна з позицій дослідження взаємодії держав, правоохоронних органів та міжнародних організацій щодо протидії торгівлі людьми.

Досить детально проблема торгівлі людьми досліджується іноземними науковцями, серед яких праці Р. Рамфа, У. Зібера, П. ван Дюйна, В. Руджієро, В. Валкенбурга, Дж. Оккіпінті, Е. Ніснер, К. Джоунз-Паулі, Н. Гафізової та інших. Зокрема, проблемі торгівлі людьми, що пов'язана із захистом прав жінок, присвятили свої роботи Р. Кук, Н. Кауфман, Б. Елдер, Б. Плонг, Р. Грант, Л. Браун, К. Ньюленд. В українській правовій науці міжнародно-правові аспекти боротьби з торгівлею людьми як порушення прав людини досліджуються у роботах Г.Л. Кохан, Н.В. Плахотнюк та А.П. Шуміленка. Дослідженню торгівлі людьми з точки зору кримінального права та кримінології присвячені праці В.О. Іващенко, Н.С. Юзікової, В.А. Козака, А.М. Орлеана та Я.Г. Лизогуба.

**Метою** статті є дослідження особливостей діяльності ООН в сфері боротьби з торгівлею жінками та дітьми; аналіз ефективності її міжнародно-правової бази у зазначеній сфері.

Зважаючи на універсальний характер такої торгівлі, боротьба з цим ганебним явищем вимагає залучення універсальних механізмів, яким є Організація Об'єднаних Націй. Саме вона приділяє значну увагу даній проблемі та докладає чимало зусиль щодо координації та зміцнення співробітництва держав у боротьбі з цим злочином. У рамках ООН створена досить розвинута система міжнародних угод, в якій значна увага приділена питанням боротьби з торгівлею жінками та дітьми. Однак таке неприпустиме явище продовжує існувати, що загрожує правовим та моральним засадам сучасного суспільства. Адже злочинна торгівля є однією з галузей кримінального бізнесу, що розвивається дуже стрімкими темпами, і у цій індустрії домінують добре організовані кримінальні синдикати, а одержані прибутки використовуються для фінансування інших різновидів злочинної діяльності.

Не зважаючи на сформовану міжнародно-правову базу по боротьбі з торгівлею людьми, особливо жінками та дітьми, правоохоронними органами країн світу наприкінці ХХ ст. фіксувалося зростання відповідних злочинів. Однією з причин цього світове співтовариство називає відсутність універсального документа, який би охоплював всі аспекти боротьби з таким злочином. Одним із таких документів став прийнятий 15 листопада 2000 р. в Палермо (Італія) резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї ООН **Протокол про попередження та припинення торгівлі людьми, особливо жінками та дітьми, і покарання за неї**, який доповнює Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності<sup>3</sup>. У грудні цього ж року його підписали 124 держави світу. Цю подію можна вважати значним прогресом у боротьбі з торгівлею людьми. Світова спільнота без заперечень визнала особливу небезпеку злочинної торгівлі та неможливість боротьби з нею окремо в кожній країні.

Відповідно до ст. 2 Протоколу його цілями визначено:

- попередження торгівлі людьми і боротьба з нею, приділяючи особливу увагу жінкам та дітям;
- захист та допомога жертвам такої торгівлі при повній повазі їхніх прав людини;
- заохочення співробітництва між державами-учасницями в досягненні цих цілей.

Виходячи з цього, у ст. 3 (підпункт (а)) дається визначення торгівлі людьми, яка означає: *«вербування, перевезення, передачу, приховування або отримання людей, що здійснюються в цілях експлуатації, шляхом погрози силою або її застосування або інших форм примусу, шахрайства, обману, зловживання владою або вразливістю становища, або шляхом підкупу, у вигляді платежів або вигод, для отримання згоди особи, яка контролює іншу особу. Експлуатація включає, як мінімум, експлуатацію проституції інших осіб або інші форми сексуальної експлуатації, примусову працю або послуги, рабство або звичаї, подібні до рабства, підлегле становище або вилучення органів»*.

Отже, в новому визначенні передбачено всі сучасні форми рабства, поширені зараз. Пункт (b) ст. 3 передбачає, що згода жертви торгівлі людьми на заплановану експлуатацію, про яку йдеться в підпункті (а) цієї ж статті, не береться до уваги, якщо був використаний будь-який із заходів впливу, вказаних в підпункті (а). Крім того, вербування, перевезення, передача, приховування або отримання дитини для цілей експлуатації вважаються «торгівлею людьми» навіть у випадку, якщо вони не пов'язані із застосуванням будь-якого із засобів впливу, зазначених вище.

Всі дії, передбачені ст. 3, вважаються злочинами, якщо вони вчиняються навмисно. А згідно зі ст. 5 кож-на держава-учасниця бере на себе зобов'язання вжити такі законодавчі та інші заходи, необхідні для визнання цих дій в якості протиправних. Крім того, злочинами визнаються замах на торгівлю людьми, співучасть та організація інших осіб чи керівництво ними з метою вчинення злочину (ст. 5).

Протокол є дійсно універсальним міжнародним договором, який увібрав у себе все те позитивне, що протягом ХХ ст. було напрацьовано людством по боротьбі з цим одним із найбрутальніших та масових порушень прав та свобод людини. Протоколом було встановлено зобов'язання держав співпрацювати, оскільки це транснаціональний злочин і боротися з ним поодиночі неможливо. Діяльність ООН щодо запобігання торгівлі людьми є досить плідною, адже саме вона розробляє стандарти, єдині для всіх членів цієї організації.

Прийняття в 2000 р. двох протоколів до Конвенції про права дитини: Факультативного протоколу до Конвенції про права дитини щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії та Факультативного протоколу до Конвенції про права дитини щодо участі дітей у збройних конфліктах дає сьогодні змогу говорити про нормативно-правове охоплення всього спектру прав дитини – громадянських, політичних, економічних, соціальних і культурних<sup>4</sup>.

Будучи своєрідним «форумом» з реагування на глобальні виклики та проблеми, Генеральна Асамблея ООН щорічно дає можливість представникам держав-членів обговорювати доповіді Генерального секретаря, обмінюватися актуальною інформацією щодо проблеми торгівлі людьми, зокрема жінками та дітьми, і боротьбу з нею, викладати свої позиції, знайомитися з підходами партнерів, приймати резолюції, які носять морально-політичний характер і мають відповідний вплив на міжнародні відносини.

Генеральна Асамблея ООН займається формулюванням принципів, напрямів співпраці, які безпосередньо належать до протидії торгівлі людьми, а також стосується сфер, які зачіпають проблему торгівлі людьми – права людини, боротьба зі злочинністю, права дітей і т. д. Саме в рамках Генеральної Асамблеї ООН прийнято резолюції, спрямовані на протидію даному злочину: це резолюції щодо створення і зміцнення національного координаційного механізму для представлення доповідей про причини, фактори та тенденції, пов'язані з насильством щодо жінок та дітей та торгівлею ними (Резолюція 49/166, 1994 р.), Резолюція 55/67 (2000 р.), Резолюція 57/176 (2002 р.), Резолюція 59/166 (2004 р.); щодо розробки і прийняття законодавчих та інших заходів з протидії попиту на торгівлю людьми у всіх її формах (Резолюція 58/137, 2003 р.); щодо прийняття всіх можливих профілактичних заходів по ліквідації попиту на секс-туризм, особливо з використанням послуг дітей (Резолюція 61/144, 2006 р.); щодо встановлення глобального партнерства для боротьби з торгівлею людьми та іншими сучасними формами рабства з метою викорінення всіх сучасних форм рабства і торгівлі людьми, захисту жертв такої торгівлі і надання їм допомоги, а також щодо розробки стратегії або плану дій ООН із запобігання торгівлі людьми, притягнення до відповідальності осіб, які займаються торгівлею людьми, захисту жертв такої торгівлі і надання їм допомоги (Резолюція 61/180, 2006 р.) та ін<sup>5</sup>.

Не менш важливою є діяльність ще одного головного органу ООН – Ради Безпеки, адже саме вона займається проблемою торгівлі людьми в рамках захисту прав жінок та дітей у період збройних конфліктів, постконфліктних і надзвичайних ситуацій<sup>6</sup>. Оскільки миротворчі сили часто виявляють недостатню увагу до потреб жінок і дітей, забезпечуючи їх захист, а іноді не здатні вирішити проблеми сексуального насильства, тим самим підтримуючи атмосферу безкарності на територіях, що знаходяться під їх контролем, Рада Безпеки ООН прийняла ряд резолюцій, спрямованих на вирішення даного питання. Резолюція 1261 (1999 р.) закликає всі сторони в збройних конфліктах приймати спеціальні заходи щодо захисту дітей, зокрема дівчаток, від сексуальної наруги та інших форм насильства в ситуаціях збройного конфлікту, а також враховувати особливі потреби малолітніх дівчаток при наданні гуманітарної допомоги. Резолюція 1265 (1999 р.) містить вимогу щодо персоналу ООН, який бере участь в забезпеченні миру, про необхідність володіння ним відповідними знаннями з питань міжнародного гуманітарного права, в сфері права прав людини і права біженців, включаючи положення, що стосуються дітей та гендерної проблематики. Також 31 жовтня 2000 р. Рада Безпеки одностайно прийняла резолюцію 1325 (2000 р.), спрямовану на ліквідацію неадекватних і згубних наслідків збройного конфлікту на жінок і дітей<sup>7</sup>.

Зважаючи на тісний зв'язок торгівлі людьми, міграції та збройних конфліктів Радою Безпеки ООН наприкінці 2016 р. прийнята нова Резолюція 2331 «Підтримання міжнародного миру і безпеки», в якій зазначається, що діти-біженці, будучи особливо вразливою групою, можуть наражатися на особливо серйозну

небезпеку, зокрема стати жертвами торгівлі людьми в умовах збройного конфлікту<sup>8</sup>. У своїх резолюціях Рада Безпеки закликає держави виявляти жертв торгівлі людьми в умовах збройного конфлікту і надавати їм доступ до захисту і допомоги. Також Рада Безпеки вважає за необхідне залучати не лише структурні підрозділи ООН, які займаються питаннями торгівлі людьми, а й такі, до компетенції яких належать міграційні питання, питання біженців, дитинства, а саме Управління Верховного комісара ООН у справах біженців, Дитячий фонд ООН (ЮНІСЕФ), а також такі міжнародні організації, як Міжнародна організація з міграції (МОМ) та інші<sup>9</sup>.

Наряду з координацією боротьби з торгівлею людьми та виробленням загальної методології протидії, формуванням міжнародних стандартів, ООН також розробляє конкретні практичні рекомендації. Так, Управління ООН з наркотиків та злочинності підготувало декілька збірників методичних посібників по боротьбі з торгівлею людьми, які вміщують оцінку проблем та розробку стратегій; рекомендації з міжнародного співробітництва в сфері кримінального правосуддя; аналіз міжнародно-правової і національної законодавчої основи правоохоронної діяльності; рекомендації по виявленню жертв та засобів їх підтримки<sup>10</sup>.

25 березня 2007 р. ГА ООН розпочала Глобальну ініціативу ООН щодо боротьби з торгівлею людьми (UN.GIFT), яка колективно протидіє торгівлі людьми шляхом залучення партнерів у рамках ООН та ззовні.

13–15 лютого 2008 р. Управління ООН з наркотиків та злочинності разом з МОП, Управлінням Верховного комісара з прав людини, ЮНІСЕФ, ОБСЄ та МОМ організували як частину UN.GIFT Форум щодо торгівлі людьми, в якому взяли участь нові та існуючі партнери у боротьбі з торгівлею людьми: представники урядів, громадянського суспільства, приватного сектору, засобів масової інформації, мистецтва, профспілок, жінок-лідерів та представників молоді. Результатом Форуму стало підбиття підсумків роботи щодо обміну досвідом з найширшим колом учасників, а також висвітлення інноваційних підходів до боротьби з торгівлею людьми<sup>11</sup>.

Документом, який координує світові зусилля, став *Глобальний план дій щодо боротьби з торгівлею людьми*, прийнятий резолюцією 64/293 Генеральної Асамблеї ООН 31 серпня 2010 року<sup>12</sup>. План передбачає заходи щодо запобігання злочинів, захисту їх жертв, переслідування злочинців та зміцнення співпраці у сфері боротьби з торгівлею людьми. Генеральний секретар ООН підкреслив необхідність багатостороннього діалогу для викорінення цієї ганебної торгівлі. Крім того, метою прийняття Глобального плану є сприяння подальшому розширенню кола учасників Конвенції ООН проти транснаціональної злочинності та Протоколу про боротьбу з торгівлею людьми, яка доповнює Конвенцію, що має допомогти зробити ці важливі міжнародно-правові акти універсальними.

На виконання положень Глобального плану дій 4 листопада 2010 р. в Нью-Йорку було урочисто відкрито Цільовий фонд добровільних внесків для жертв торгівлі людьми, кошти якого будуть спрямовувати на надання допомоги людям, які постраждали від торгівлі людьми, забезпечення їх тимчасовим житлом, а також надання фінансового сприяння у поверненні на батьківщину.

27 вересня 2017 р. на нараді високого рівня Генеральний секретар ООН Антоніу Гутерриш, оцінюючи Глобальний план дій по боротьбі з торгівлею людьми, заявив, що торгівля людьми здійснюється навколо нас у всьому світі. Виконавчий директор Управління ООН з наркотиків та злочинності Юрій Федотов наголосив на необхідності задіяння урядами всіх необхідних ресурсів для запровадження законів на практиці, підтримки жертв торгівлі людьми, навчання експертів та забезпечення міжвідомчого і міжнародного співробітництва.

Отже, можна зробити висновок, що таке ганебне явище, як торгівля людьми, яка має транснаціональний характер, продовжує існувати в суспільстві, адаптуючись до новітніх змін в системі міжнародних та національних заходів боротьби з нею. Для ефективного подолання цього явища необхідно удосконалити діяльність універсальних міжнародних механізмів і процедур. Організація Об'єднаних Націй, в рамках якої прийнято найновіші універсальні міжнародно-правові акти, а також створено інституційний механізм щодо моніторингу виконання державами своїх зобов'язань, почала вживати практичних заходів, спрямованих на подолання наслідків торгівлі людьми. Прийнятий нею Глобальний план дій та створений Цільовий фонд допомоги жертвам торгівлі людьми підтверджує, що універсальний міжнародний механізм ООН щодо протидії торгівлі людьми продовжує розвиватися та удосконалюватися. Глобальний план дій по боротьбі з торгівлею людьми, в якому викладено прагнення світу покласти край такій злочинній торгівлі, може бути реалізований лише за умови створення моделі співробітництва державних органів, громадських і міжнародних організацій. Для здійснення такої стратегії міжнародним співтовариством був розроблений принцип «п'яти Р»: Prevention, Protection, Prosecution, Punishment and Partnerships, що означає об'єднання в одну систему таких заходів, як профілактика чи попередження торгівлі людьми, захист жертв і свідків, переслідування злочинців, покарання і кримінальна відповідальність за протиправне діяння, пов'язане зі злочинною торгівлею, партнерство та співробітництво на всіх рівнях. Саме дії на випередження злочинних угруповань допоможуть міжнародній спільноті знищити це ганебне явище, оскільки нові технології, які застосовуються злочинними групами для сприяння торгівлі людьми, послаблюють можливості країн розслідувати подібні злочини.

<sup>1</sup> The UN news center. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.un.org/russian/news/> (accessed: 07.07.2015).

<sup>2</sup> Радио ООН. ООН учредила фонд для жертв торговли людьми. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.unmultimedia.org/radio/russian/detail/75949.html>

<sup>3</sup> Протокол про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності 2000 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_791](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_791)

<sup>4</sup> *Kabanov V.L.* The contribution of the Inter-American court of human rights in protecting the rights of children / V.L. Kabanov // Eurasian law journal. – 2015. – № 8 (87). – С. 38.

<sup>5</sup> *Вечорко В.Ю.* Деятельность органов ООН в области противодействия торговле людьми / В.Ю. Вечорко : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://elib.bs.u.by/bitstream/123456789/54400/1/Viachorka\\_8.pdf](http://elib.bs.u.by/bitstream/123456789/54400/1/Viachorka_8.pdf)

<sup>6</sup> *Осипова М.Н.* Новейшие документы ООН о торговле детьми в ситуации вынужденной миграции / М.Н. Осипова / Евразийский юридический портал. – 2017 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.eurasialegal.info/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5242:2017-04-13-06-44-08&catid=281:2014-02-18-05-06-17&Itemid=2](http://www.eurasialegal.info/index.php?option=com_content&view=article&id=5242:2017-04-13-06-44-08&catid=281:2014-02-18-05-06-17&Itemid=2)

<sup>7</sup> *Вечорко В.Ю.* Вказана праця.

<sup>8</sup> Резолюция Совета Безопасности ООН 2331 от 20 декабря 2016 г. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.un.org/ru/documents/ods.asp?m=S/RES/2331%282016%29>

<sup>9</sup> *Осипова М.Н.* Вказана праця.

<sup>10</sup> *Nigmatullin R.V.* The United Nations as coordinator of the efforts of the international community combating human trafficking / R.V. Nigmatullin // The perspective development of science and technology – 2011: materials of VII international scientific practical conference / ed. by S. Gorniak. 2011. Pshemysl, November 7–15. 2011. – С. 69–75.

<sup>11</sup> *Святун О.В.* Діяльність ООН щодо протидії сучасним формам рабства / О.В. Святун // Актуальні проблеми міжнародних відносин. – К., 2011. – Вип. 96 (Ч. I). – С. 135.

<sup>12</sup> UN Doc. / A/RES/64/293.

#### Резюме

##### ***Плахотнюк Н.В.* Універсальний механізм ООН в сфері боротьби з торгівлею жінками та дітьми.**

Стаття присвячена дослідженню діяльності ООН щодо боротьби з торгівлею жінками та дітьми. Проаналізовано сучасні тенденції розвитку міжнародно-правового регулювання протидії цій злочинній торгівлі та визначено перспективи розвитку універсального механізму ООН щодо попередження цього ганебного явища XXI століття.

**Ключові слова:** торгівля жінками та дітьми, універсальний механізм ООН, міжнародне співробітництво.

#### Резюме

##### ***Плахотнюк Н.В.* Универсальный механизм ООН в сфере борьбы с торговлей женщинами и детьми.**

Статья посвящена исследованию деятельности ООН относительно борьбы с торговлей женщинами и детьми. Проанализированы современные тенденции развития международно-правового регулирования противодействия этой преступной торговле и определены перспективы развития универсального механизма ООН относительно предупреждения этого постыдного явления XXI столетия.

**Ключевые слова:** торговля женщинами и детьми, универсальный механизм ООН, международное сотрудничество.

#### Summary

##### ***Plakhotniuk N.* UN universal mechanism of the suppression of trafficking in women and children.**

The article is dedicated to the study of the UN activities concerning the suppression of trafficking in women and children. The current trends in the development of international legal regulation of this criminal trade counteraction and determination of the development prospects of the UN universal mechanism for preventing this shameful phenomenon of the 21st century are being analyzed.

**Key words:** trafficking in women and children, UN universal mechanism, international cooperation.

**І.П. ПРОКОПЕНКО, О.В. ДЕРМАНСЬКА**

*Ірина Петрівна Прокопенко, кандидат історичних наук, доцент Житомирського національного агроекологічного університету*

*Ольга Вікторівна Дерманська, студентка Житомирського національного агроекологічного університету*

**ПРАВОВА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ СТАТУСУ БІЖЕНЦЯ  
В УКРАЇНІ, ФРАНЦІЇ, НІМЕЧЧИНІ ТА ІТАЛІЇ**

Проблема щодо статусу біженця є досить актуальною. Саме зараз, в силу різних проблем, таких як анексія АР Крим, окупація частин Донецької та Луганської областей в Україні та загострення воєнних конфліктів в країнах Східної Азії їх жителі мігрують до більш безпечної Європи. Для стабілізації ситуації існують відповідні нормативно-правові акти, які регламентують правовий статус біженців.

Аналізом та дослідженням даної проблеми займалися такі вчені-юристи: О. Безпалова, О. Гончаренко, Н. Грабар, А. Захарченко, С.Камишев, О. Маліновська, О. Марченко, Є. Микитенко, Ю. Мінкова, В. Павлова, С. Пирожков, П. Смородько, В. Тертишник, В. Ченшова, А. Чернявський.

**Метою** даної статті є дослідження у сфері реалізації прав біженців у законодавстві України та трьох найбільших країн Європи: Франції, Німеччини й Італії, вивчення поняття прав біженців відповідно до законів та міжнародних актів.

Об'єктом дослідження є аналіз та порівняння визначень біженця та регулювання законодавством особливого статусу біженців в Україні і в європейських державах.

Право притулку – це право держави дозволити в'їзд, проживання на своїй території особі, яку переслідують на її батьківщині або в інших країнах за політичні, наукові, релігійні погляди й діяльність.

Передусім слід зазначити, що право пошуку притулку насамперед зазначено у ст. 14 Загальної декларації прав людини: «Кожна людина право шукати притулку від переслідування в інших країнах і користуватися цим притулком. Це право не може бути використано у разі переслідування, насправді заснованого на вчиненні не політичного злочину, або діяння, що суперечить меті та принципам Організації Об'єднаних Націй»<sup>1</sup>.

На міжнародному рівні поняття «біженець» вперше було задекларовано у Конвенції про статус біженця 1951 р. і входить в основу законодавства кожної країни. Саме у ній закріплені основні права біженців, які має забезпечувати та держава, на території якої знаходиться біженець: право сповідання релігії (ст. 4); право на рухоме та нерухоме майно (ст. 13); право на авторські та промислові права (ст. 14); право на асоціації не політичного характеру та професійні спілки (ст. 15); право звернення до суду (ст. 16); право на працю за наймом (ст. 17); право роботи на власному підприємстві (ст. 18); право на вибір професії (ст. 19); право на користування системою пайків (ст. 20); право на житло (ст. 21); право на народну освіту (ст. 22); право на отримання урядової допомоги (ст. 23); право на працю та соціальне забезпечення (ст. 24); право вільного пересування та вибору місця проживання (ст. 26); право на отримання посвідчення особи та проїзних документів (ст. ст. 27, 28); право на недискримінаційне оподаткування (ст. 29)<sup>2</sup>.

В українському законодавстві визначення поняття «біженець» відповідає визначенню, яке задекларовано у Конвенції. У Законі України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту» дане поняття вживається у наступному значенні: біженець – це особа, яка внаслідок обґрунтованих побоювань стати жертвою переслідувань за ознаками раси, віросповідання, національності, громадянства, належності до певної соціальної групи або певних політичних переконань перебуває за межами країни своєї громадянської належності та не може користуватися захистом внаслідок таких побоювань... Стаття 13 цього закону містить визначені права біженців, які перераховані вище. До цієї категорії осіб не належать так звані економічні біженці, які залишають свою країну у пошуках кращої економічної долі.

Відповідно до законодавства України вони мають право на тимчасовий і додатковий захист. І для порівняння даних понять особі потрібно передусім зрозуміти їх значення, визначення яких міститься у Законі «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту»:

– додатковий захист – форма захисту, що надається в Україні на індивідуальній основі іноземцям та особам без громадянства, які прибули в Україну або перебувають в Україні і не можуть або не бажають повернутися в країну громадянської належності або країну попереднього постійного проживання внаслідок обставин, які загрожують їх життю, безпеці чи свободі (п. 4 ч. 1 ст. 1);

– тимчасовий захист – форма захисту, що є винятковим практичним заходом, обмеженим у часі, і надається в Україні іноземцям та особам без громадянства, які масово прибули в Україну з країни, що має спіль-

ний кордон з Україною, і не можуть повернутися в країну постійного проживання через обставини, зазначені у пункті 14 частини першої цієї статті (п. 21 ч. 1 ст. 1);

– особи, які потребують тимчасового захисту – іноземці та особи без громадянства, які постійно проживають на території країни, що має спільний кордон з Україною, які масово вимушені шукати захисту в Україні внаслідок зовнішньої агресії, іноземної окупації, громадянської війни, зіткнень на етнічній основі, природних чи техногенних катастроф або інших подій, що порушують громадський порядок у певній частині або на всій території країни походження (п. 14 ч. 1 ст. 1)<sup>3</sup>.

До категорій осіб, які можуть бути віднесені до тих, що потребують додаткового захисту, можуть бути віднесені певні політичні особи чи ті, які зазнають утисків у своїй державі. Що ж стосується категорії осіб, які потребують тимчасового захисту, до них може бути віднесене населення, що не бажає проживати на території АР Крим, в окупованих частинах Донецької та Луганської областей у зв'язку з її захопленням, а також виникненням певних колізій між правовідносинами, що регулювались законодавством України і діючим законодавством на захопленій території.

Конституцією України, а саме ст. 26, визначено, що іноземці та особи без громадянства, які перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, – за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами. Іноземцям та особам без громадянства може бути надано притулок у порядку, встановленому Законом України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту». Для вирішення цього питання особа має звернутися або до Державної прикордонної служби або безпосередньо до центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту<sup>4</sup>.

А постановою Кабінету Міністрів про «Порядок надання біженцям грошової допомоги та пенсії» встановлено розмір одноразової грошової допомоги для придбання товарів першої необхідності, що становить один неоподатковуваний мінімум доходів громадян на особу старше 16 років та 60 % від даної суми для дітей до 16 років<sup>5</sup>.

Окрім Загальної декларації прав людини та Конвенції про статус біженця 1951 р., серед міжнародних договорів, які регламентують права біженців, можна назвати Шенгенську угоду, Дублінську конвенцію, Женевську конвенцію, Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I) 1977 р., Нью-Йоркський протокол про статус біженців, а також Європейську угоду про передачу відповідальності за біженців (1980 р.). Тому, відповідно до чинного міжнародного законодавства, у всіх країнах повинен забезпечуватися захист біженців.

Далі розглянемо процедуру отримання статусу «біженця» та визначимо, чи відповідають надані їм державою права тим, що прописані в міжнародних актах.

Статус «біженця» у Франції надається особам, які піддавалися переслідуванню, дискримінації у себе на батьківщині, в результаті чого їх життя знаходиться під загрозою. Заява на статус біженця у Франції може подаватися безпосередньо при перетині кордону незалежно від наявності чи відсутності візи. Подавши заяву про притулок, особа отримує дозвіл на перебування й проживання у Франції у вигляді картки зі своїми даними і фото. Картка спочатку видається строком на один тиждень, потім – на один місяць, згодом на три місяці і далі продовжується до отримання статусу та отримання пластикової карти строком на 10 років, яка потім також продовжується.

По прибуттю до Франції і після подачі заяви на притулок біженцю виплачується разова допомога в розмірі 334 дол. США на людину. Далі протягом року щомісяця буде виплачуватися допомога у розмірі 325 євро на людину. На весь період проживання надається безоплатне медичне обслуговування, право безплатно вивчати французьку мову. Надається безплатний проїзд на будь-якому міському транспорті (метро, автобус, окрім таксі). Багато лікарень Парижа надають медичну допомогу, навіть якщо ще немає документа про право на соціальне забезпечення. Навчання в школі для дітей теж безплатне.

На перший тиждень перебування біженця у країні його поселяють у готель, далі надають безплатне житло (кімната на одну особу). Через шість місяців надається гуртожиток квартирного типу. Після отримання статусу «біженця» особа отримує право на роботу і квартиру (2–5 кімнат, за вибором), за яку сплачується невелика квартплата.

Процес надання статусу «біженця» займає від шести до 18 місяців. У Франції рішення про надання статусу біженця та допоміжного (субсидіарного) захисту виносить Французьке бюро з захисту біженців та апатридів (далі – OFPRA) під судовим контролем Національного суду з питань права на притулок (далі – CNDA)<sup>6</sup>.

Потік мігрантів до Франції скорочувався з кожним роком, але починаючи з 2008–2010 рр. він почав зростати. Колишній міністр внутрішніх справ Франції Ніколя Саркозі зазначав, що Франція не може приймати у себе всіх, хто захоче до приїхати, вона не в змозі це зробити.

У Франції розробляли проект нового закону, який мав спрямовуватися одразу на декілька важливих сфер, які пов'язані з проблемою міграції. По-перше, закон встановлюватиме більш простий порядок для оформлення перебування і збільшує обсяг медичної допомоги для мігрантів і біженців. По-друге, до нелегальних мігрантів застосовувалися більш м'які умови утримання та спрощувався порядок виселення нелегалів з країни. По-третє, мігранти поділялися на корисних і не корисних для країни<sup>7</sup>.



Що стосується Німеччини, то клопотання про надання притулку може бути подано в прикордонній службі на кордоні Німеччини (але тільки у випадку, якщо ви прибули літаком) або на території країни: у регіональному представництві Федерального відомства, у відділенні поліції або в Управлінні у справах іноземців (з цим питанням не можна звертатися до посольства Німеччини). Далі відповідно до процедури: інтерв'ю у Федеральному відомстві, видача рішення щодо особи, можливий також варіант оскарження даного рішення.

На той час, поки йде розгляд клопотання про надання статусу, біженець отримує житло та соціальну підтримку. Перші тижні він живе в таборі для біженців, а згодом направляється до одного з регіонів Німеччини, де отримує житло. На сім'ю, зазвичай, дають квартиру, що складається з 1–2 кімнат. У деяких німецьких землях вони отримують продовольчу допомогу і кишенькові гроші, в інших – ваучер або кредитну карту. Через 6–12 місяців їм дозволяють працювати. Діти можуть ходити в державні школи і дитячі сади. Після отримання статусу біженця можна отримати більш високі соціальні пільги та допомогу на дітей<sup>8</sup>.

Німеччина у свою чергу також робить жорсткіше міграційне законодавство. Нові міграційні правила, прописані в законопроекті, вступили в дію 1 листопада 2015 року. Даним документом визначено перелік безпечних країн, громадянам яких буде найскладніше отримати притулок в Німеччині, – Албанія, Косово і Чорногорія.

Також новий закон дає прикордонникам право прискореного вислання з Німеччини тих мігрантів, які сподіваються отримати притулок в країні з економічних міркувань. Біженців, у яких закінчився термін перебування в Німеччині, тепер будуть висилати з країни без попередження. Щомісячну фінансову допомогу мігрантам за можливістю будуть замінювати соціальною допомогою. Виплати будуть доступні тільки на місяць вперед, певним групам скоротять грошову допомогу. Водночас новим законопроектом передбачався прискорений розгляд прохань і скорочення термінів будівництва пунктів розміщення біженців<sup>9</sup>.

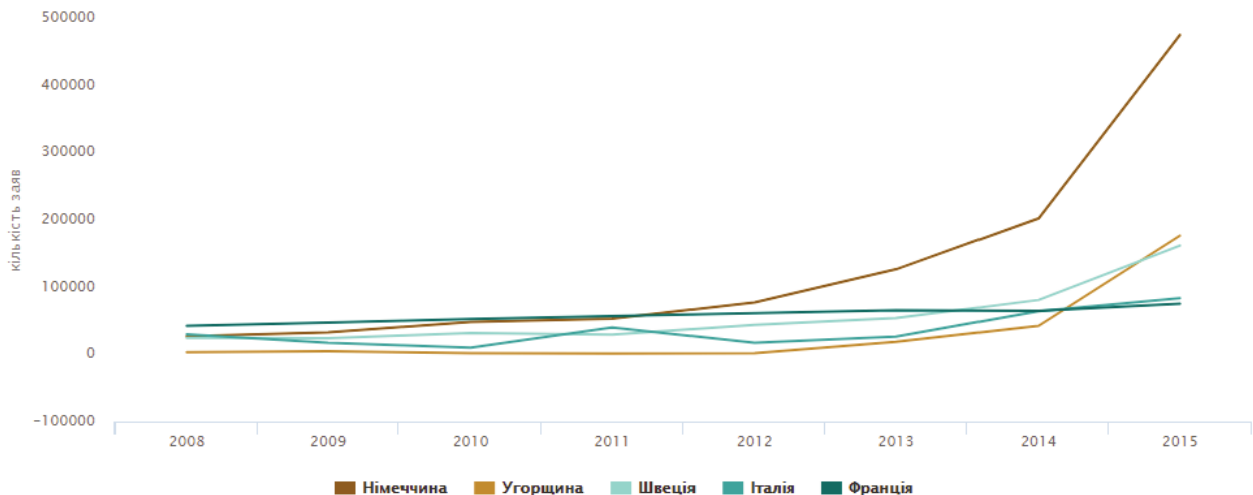
Іммігранти, які подають запит для надання їм статусу біженця в Італії, повинні чітко розуміти, що існує статус біженця і субсидіарний захист, що мають певні відмінності. Розглядом цих питань займається спеціальна територіальна комісія, яка враховує всі нюанси переслідування іммігранта на його батьківщині. А остаточне рішення про присвоєння статусу біженця або надання субсидіарного захисту залишається за Центральною комісією з надання прав на притулок. У разі відмови можна звертатися до судових інстанцій.

Після надання іммігранту статусу біженця він може подати прохання на отримання виду на проживання, а потім і отримання громадянства. Біженцям видають дозвіл на проживання на два роки, який можливо продовжити. Надається фінансова допомога у розмірі 70,5 євро на день протягом 90 днів. Раз на рік, але не частіше ніж чотири рази на шість років, біженець може отримати допомогу в сумі 2066 євро. Біженець має право отримати роботу, має доступ на рівних підставах до системи охорони здоров'я та освіти<sup>10</sup>.

Наплив біженців до Італії посилюється з 2014 р., і заради подолання проблем міграційної політики був розроблений «План Ренці». Прибульців з моря приймають, але тільки біженців-прохачів притулку і вихідців з країн воєнних конфліктів. Особам, які шукають кращого життя, тобто трудовим мігрантам, передбачена репатріація. Для цього збільшено удвічі кількість чартерних рейсів, які доставлятимуть цих людей на батьківщину. Передбачалося розширити мережу центрів притулку в регіонах. Також можливе спрощення і пришвидшення процедури надання статусу політичного біженця<sup>11</sup>.

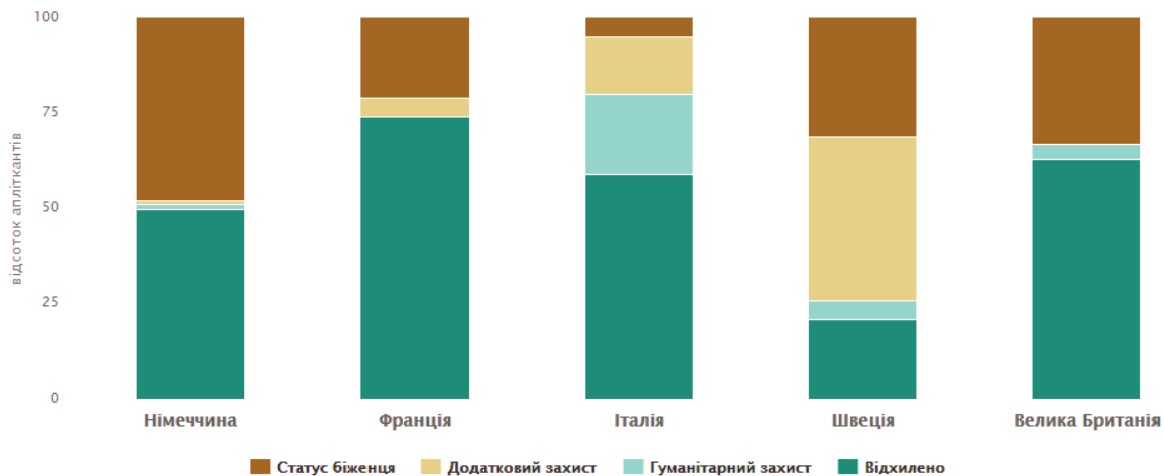
Ще до розгортання міграційної кризи УВКБ ООН прозвітувало про більш ніж 5 млн осіб, котрі були вимушені змінити своє місце проживання з початку 2015 р. внаслідок політичних переслідувань, збройних конфліктів та порушень прав людини. З них 4,2 млн осіб були зареєстровані як внутрішньо переміщені особи, 839 тисяч осіб були переміщені за межі своєї країни. Загальна кількість шукачів притулку та ВПО кардинально зростає протягом останніх чотирьох років, і на середину 2015 р. становила 58 млн, що рівнозначно із населенням Італії.

### Основні країни-реципієнти біженців в ЄС



За даними ООН, країни, з яких походить більша частина шукачів притулку, не змінюються з 2014 р.: це Сирія, Афганістан, Сомалі, Південний Судан, Судан, Демократична Республіка Конго, Центральноафриканська Республіка, М'янма та Еритрея.

**Прийняття рішень щодо надання статусу біженця у 2015 році, %**



Джерело даних: Eurostat

*Додатковий захист — механізм захисту, що лежить поза Женевською конвенцією 1951 року та не передбачений жодним міжнародним документом. Передбачає надання захисту особі, яка не може отримати статус біженця, проте також не може бути повернена в країну походження, оскільки існує велика ймовірність незаконного ув'язнення, застосування смертної кари, тортур, нелюдського поводження чи поводження, що принижує людську гідність.*

*Гуманітарний захист — форма захисту, яку надають тим, хто, хоч і не є біженцем, при поверненні в країну походження стикається з загрозою серйозної небезпеки життю, не охопленої поняттям додаткового захисту.*

Середземноморськими шляхами прибули в Європу понад 1 млн шукачів притулку (майже 97 % від загальної кількості).

Зі збільшенням кількості біженців, які прибувають морем, значно зросла кількість нещасних випадків. Відповіддю на це стало посилення пошукових і рятувальних місій у Середземному морі та оголошення про початок боротьби з перевізниками мігрантів.

Першопричиною організованої злочинності у сфері міграції є відсутність легальних способів міграції в ЄС. Передусім потрібно реформувати процес тривалості адміністративних процедур у посольствах, покращити трудову сферу. Неодноразово порушувалось питання відкриття інформаційних центрів в основних країнах походження мігрантів, де надавали б інформацію про можливості легальної міграції, ризики вибору нелегального шляху, потреби ринку праці в ЄС тощо.

Подано ідею щодо розбудови мережі центрів прийому біженців. У франко-німецькій декларації міністрів внутрішніх справ від 1 червня 2015 р. центри трактуються як місця очікування для мігрантів, які прибувають у прикордонні країни ЄС. Тоді як Рада юстиції та внутрішніх справ відзначила важливість центрів для утримання нерегульованих мігрантів, з подальшим процесом ідентифікації, реєстрації та збору відбитків пальців мігрантів. Наразі Італія є найближчою до створення таких центрів.

Нерівномірний розподіл мігрантів у ЄС і великий потік, зокрема, до Італії, дав змогу застосувати ч. 3 ст. 78 Лісабонського договору: у випадку, якщо один чи більше членів ЄС зіштовхнулися з надзвичайною ситуацією, пов'язаною з напливом громадян третіх країн, Європейська рада за пропозицією Європейської комісії може прийняти запобіжні заходи. ЄС розробив принцип квотного розподілу мігрантів, виходячи з таких показників: кількість населення країни-члена (40 %), сукупний розмір ВВП (40 %), кількість звернень за отриманням статусу біженця протягом 2010–2014 р. (10 %), показник безробіття (10 %).

Передбачається, що прийом мігрантів супроводжуватиметься певною сумою коштів з Фонду надання притулку, міграції та інтеграції, який наповнюватимуть Європейська комісія та держави-члени<sup>12</sup>.

Що стосується чисельності біженців, які прибули до України, то їх кількість станом на 2010–2016 рр. була такою: у 2010 р. до країни прибули близько 1500 осіб, у 2011 р. – 890 осіб, у 2012 р. – 1860 осіб, у 2013 р. – 1310 осіб, у 2014 р. – 1173 особи, у 2015 р. – 1443 особи, а у 2016 р. найменше – 656 осіб<sup>13</sup>.

За даними Управління Верховного комісара ООН у справах біженців (далі – УВКБ ООН) відомі основні демографічні дані за 2017 рік. Отже, кількість внутрішньо переміщених осіб (ВПО) сягнула 1 592 430 осіб. Нараховано близько 6625 шукачів притулку та 5463 особи без громадянства. Число біженців сягнуло 3253, найбільше шукачів притулку прибуло до України з Афганістану – 1497 особи. Друге місце посідає Сирія –

446 осіб, далі йдуть: Вірменія – 194, Азербайджан – 157, Росія та Сомалі – по 133 відповідно. З інших країн прибуло 742 особи<sup>14</sup>.

До категорії внутрішньо переміщених осіб належать жителі, які виїхали з анексованого АР Крим та окупованих територій Донецької та Луганської областей. Із них близько 20 % подалися на Західну Україну та 40 % – до Центральної її частини. Найбільше таких осіб зареєстровано у місті Харкові.

Підбиваючи підсумки, дамо відповідь на питання щодо громадської думки з приводу біженців в досліджуваних країнах. Отож, Німеччина є найбільш активно в прийомі біженців. Близько 79 % німців у цілому позитивно ставляться до біженців, а 33 % вважають, що країна і так прийняла багато мігрантів. З цим погоджуються і 63 % французів. 78 % італійців та 73 % французів вважають, що їхній країні не вистачає ресурсів для розміщення мігрантів. Число однодумців серед німців становить 31 %<sup>15</sup>.

Як висновок можна сказати, що кожна країна намагається боротися із міграційною проблемою поступовими, а не радикальними методами. А головним є те, що права біженцям надаються за міжнародними стандартами: право на роботу; право на навчання у навчальному закладі (за вибором); особа забезпечується житлом; їй виплачується допомога, розмір якої встановлюється державою; для подорожей за кордон особі видається закордонний паспорт, за яким вона може подорожувати іншими країнами світу.

<sup>1</sup> Загальна декларація прав людини // Генеральна Асамблея ООН. – 1948. – 10 грудня. – Ст. 14.

<sup>2</sup> Конвенція про статус біженців // Женева. – 1951. – 28 липня. – Ст. 4, 13–29.

<sup>3</sup> Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2012, № 16, ст. 146.

<sup>4</sup> Конституція України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 вересня 2017 р.: (ОФЦ. ТЕКСТ). – К.: Паливода А.В., 2017. – Ст. 26.

<sup>5</sup> Про затвердження Порядку надання біженцям грошової допомоги та пенсії : постанова Кабінету Міністрів // Кабінет Міністрів України. – 1998. – № 1016-98-п. – П. 7.

<sup>6</sup> Процедура отримання статусу біженця у Франції // Спілка іммігрантів України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://uofukraine.wixsite.com/union-immigrants/fran>

<sup>7</sup> Статус мигранта во Франции – что изменит новый закон? : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.sovetnik.eu/status-migranta-vo-francii-chto-izmenit-novuj-zakon.html>

<sup>8</sup> Процедура отримання статусу біженця в Німеччині // Спілка іммігрантів України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://uofukraine.wixsite.com/union-immigrants/germ>

<sup>9</sup> Німеччина зробила жорсткіше міграційне законодавство : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://dt.ua/WORLD/nimechchina-zrobila-zhorstkishie-migraciyne-zakonodavstvo-188034\\_.html](https://dt.ua/WORLD/nimechchina-zrobila-zhorstkishie-migraciyne-zakonodavstvo-188034_.html)

<sup>10</sup> Процедура отримання статусу біженця в Італії // Спілка іммігрантів України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://uofukraine.wixsite.com/union-immigrants/ital>

<sup>11</sup> Італія посилює міграційну політику через наплив біженців : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.radio.svoboda.org/a/27104215.html>

<sup>12</sup> Солодько А. Міграційна криза в ЄС: статистика та аналіз політики 4 березня 2016 р. / А. Солодько, А. Фігісова : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://cedos.org.ua/uk/migration/mihratsiina-kryza-v-yes-statystyka-ta-analiz-polityky>

<sup>13</sup> Статистичні дані по кількості шукачів притулку в Україні за 2010–2016 роки : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://unhcr.org.ua/uk/resursi/statistics>

<sup>14</sup> Інформаційна довідка УВКБ ООН : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://unhcr.org.ua/uk/novini/dlya-presy>

<sup>15</sup> Соцопитування з проблеми біженців в ЄС // «Дзеркало тижня. Україна» : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://dt.ua/WORLD/socopituvannya-z-problemi-bizhenciv-nazvav-naumensh-gostinni-krayini-v-yes-189233\\_.html](http://dt.ua/WORLD/socopituvannya-z-problemi-bizhenciv-nazvav-naumensh-gostinni-krayini-v-yes-189233_.html)

## Резюме

**Прокопенко І.П., Дерманська О.В. Правова регламентація статусу біженця в Україні, Франції, Німеччині та Італії.**

У статті здійснено огляд законодавства у сфері реалізації прав біженців в Україні, Франції, Німеччині та Італії. Проведено науковий аналіз реалізації права притулку даними країнами та перераховано закріплені права біженців згідно з міжнародно-правовими стандартами.

**Ключові слова:** право притулку, біженець, додатковий захист особи, тимчасовий захист особи, міграція.

## Резюме

**Прокопенко И.П., Дерманская А.В. Правовая регламентация статуса беженца в Украине, Франции, Германии и Италии.**

В статье осуществлен обзор законодательства в сфере реализации прав беженцев в Украине, Франции, Германии и Италии. Проведен научный анализ реализации права убежища данными странами и перечислены закрепленные права беженцев согласно международно-правовым стандартам.

**Ключевые слова:** право убежища, беженец, дополнительная защита лица, временная защита лица, миграция.

## Summary

**Prokopenko I., Dermanska O. Legal regulation of refugee status in Ukraine, France, Germany and Italy.**

The article reviews the legislation on the implementation of refugee rights in Ukraine, France, Germany and Italy. A scientific analysis of the implementation of the asylum rights by the countries has been carried out and the assigned rights of refugees are listed, in accordance with international legal standards.

**Key words:** asylum law, refugee, additional protection of a person, temporary protection of a person, migration.

**Ю.В. ЛОКШИНА**

*Юлія В'ячеславівна Локшина, аспірант Інституту  
ту законодавства Верховної Ради України*

## **ДО ПИТАННЯ ПРО РЕФОРМУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗАСОБІВ ЗАХИСТУ ТОРГІВЛІ В ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ**

За оцінками багатьох вчених законодавство Європейського Союзу у сфері заходів захисту торгівлі вважається одним із найбільш розвинутих у світі<sup>1</sup>. Однак необхідність модернізації цієї сфери законодавства в ЄС зумовлена зростаючою роллю країн, що розвиваються, у застосуванні заходів захисту торгівлі проти товарів, походженням із економічно розвинутих країн, зокрема із території Союзу, протягом останнього десятиріччя та необхідністю чинити опір цим викликам. Із цієї причини в ЄС ще з 2006 р. тривають переговори щодо подальшої розробки і модернізації існуючих норм, які регулюють заходи захисту торгівлі.

Окремі аспекти правового регулювання торговельних обмежень загалом, а також засобів захисту торгівлі зокрема, досліджувалися такими вітчизняними та зарубіжними вченими, як В.О. Голубева, О.К. Вишняков, Н.О. Коновалова, І.С. Капуш, О.М. Кочергіна, А.А. Мазаракі, В.І. Муравйов, В.Ф. Опришко, С.Г. Осика, В.В. Пушкар'єв, В.Т. Пятницький, Ф. Граафсма, Я. Луо, Дж. Корнеліс, М. Маклін, О.А. Решота, Д. Роберт, А. Сапір, Дж. Суд, Е. Фермюст та інші.

**Метою статті** є дослідження процесу реформування законодавства у сфері засобів захисту торгівлі в Європейському Союзі та аналіз основних нововведень у даній сфері.

Так, початок напрацювань щодо зміни даних правових норм в рамках ЄС припав на середину 2006 р., коли Єврокомісар з питань торгівлі П. Мендельсен, презентуючи звіт Європейської Комісії «Заходи захисту торгівлі в Європі в умовах світової економіки, що змінюється. Зелена книга для консультацій громадськості»<sup>2</sup> закликав «відобразити застосування заходів захисту торгівлі у Європейському Союзі відповідно до нових реалій у глобальному економічному контексті, оскільки протягом останніх десяти років з моменту прийняття змін світова економіка різко змінилася»<sup>3</sup>. Водночас він звернувся до авторитетних європейських експертів та науковців, щоб почути їх думки щодо реформування даної системи заходів, розпочавши тим самим відкритий процес консультацій із заінтересованими особам та напрацювання пропозицій реформи у цій сфері. Пропозиція Європейської Комісії стосовно реформування законодавства щодо антидемпінгових, компенсаційних та захисних заходів мала на меті вирішити певні проблемні питання. Так, документ включав у себе шість груп питань для обговорення й відповідей заінтересованими сторонами:

- 1) роль заходів захисту торгівлі у світовій економіці, що змінюється;
- 2) врахування різних інтересів і позицій на території Європейському Союзі при антидемпінгових, компенсаційних та захисних розслідуваннях;
- 3) початок та проведення розслідувань;
- 4) форма, час та тривалість заходів;
- 5) прозорість при проведенні розслідувань;
- 6) інституційна структура розслідувань з питання заходів захисту торгівлі<sup>4</sup>.

Зазначимо, що процес напрацювання рекомендацій для модернізації заходів захисту торгівлі в ЄС пройшов за участю консультацій з громадськістю та експертним середовищем. Після опублікування Європейською Комісією Зеленої книги галузям промисловості та іншим заінтересованим сторонам на території ЄС, відповідно до документа, було надано строк у три місяці для заповнення опитувальника з основними, на їх погляд, проблемними питаннями у даній сфері. Далі, 13 березня 2007 р., за ініціативою Європейської Комісії відбулися публічні обговорення модернізації заходів захисту торгівлі за участю близько 500 представників галузей промисловостей ЄС, урядів держав-членів ЄС, експертного і наукового середовища, та інших заінтересованих сторін. Результати подальших пропозицій були опубліковані 19 листопада 2007 року.

Зокрема, важливими були пропозиції, подані Сполученим Королівством, що включали підвищення прозорості функціонування Антидемпінгового та Антисубсидійного комітетів ЄС. Так, ці пропозиції включали краще інформування громадськості та заінтересованих сторін з роботою Комітету і з рішеннями, які приймаються в рамках цього органу, оприлюднення списку контактів осіб із уповноважених органів країн-членів, що є членами Комітету, а також порядку денного роботи Комітету на найближчий час. Також було запропоновано оприлюднювати коротку інформацію про результати обговорень за тематикою заходів захисту торгівлі в рамках даного Комітету, щоб усі заінтересовані сторони на території Союзу були краще проінформовані про хід розгляду антидемпінгових, антисубсидійних та захисних справ<sup>5</sup>. Зверталась увага на покращення попереднього інформування про здійснення перегляду вже застосованих заходів чи початку нових антидемпінгових, антисубсидійних чи захисних заходів та їх результати. Зокрема, важливою була пропозиція попереднього оприлюднення інформації про намір Комісії накласти попередні заходи захисту

торгівлі або про намір такі заходи, навпаки, не накладати разом із викладенням причин такого рішення. Крім того, Сполученим Королівством було рекомендовано введення практики попереднього попередження галузі промисловості при закінченні дії антидемпінгових, компенсаційних чи захисних заходів без продовження. Зокрема, про введення правила, за яким за певний період до закінчення дії заходів Комітетом розсилалася б пропозиція їх продовжити<sup>6</sup>.

Ще одним положенням у законодавстві ЄС у даній сфері, що пропонувалося змінити, був спосіб голосування за застосування заходів, зокрема те, що відповідно до Директиви (ЄС) № 461/2004 при голосуванні з питання введення антидемпінгових, компенсаційних і захисних заходів, де беруть участь усі держави-члени ЄС, голоси тих держав, хто утримався, додаються до голосів, які виступають за застосування заходів<sup>7</sup>.

Норма законодавства ЄС у сфері захисту заходів торгівлі щодо інтересу Союзу у застосуванні заходів теж, на думку багатьох вчених, потребувала реформування та покращення через свій рекомендаційний характер, при тому, що це питання має бути ключовим при прийнятті рішення. Більшу увагу пропонувалося приділити інтересам усіх заінтересованих сторін при застосуванні заходів захисту торгівлі, що має включати не лише аналіз вигод чи втрат для підприємств на території Союзу, а й для інших європейських підприємств, які орієнтуються на міжнародні ринки, національних споживачів, роботодавців та профспілки. Це вимагає застосування більш виваженого підходу до оцінки інтересу Союзу при застосуванні заходів, чіткого аналізу того, як різні інтереси різних груп зважуються при комплексній оцінці інтересу Союзу. Так, наприклад, на думку А. Сапіра, одного із найвідоміших іноземних вчених у даній сфері, недосконалість цієї норми у праві ЄС відповідно до ст. 21 Регламенту (ЄС) 2016/1036 виявляється у тому, що дана норма ніколи не застосовується з метою уникнення застосування заходів у разі, якщо шкода національному виробнику та факт демпінгу встановлені в рамках розслідування. Навпаки, правило інтересу Союзу зазвичай використовується для підсилення справи і збільшення доказів<sup>8</sup>. Справді, можна зазначити, що відповідно до Регламенту (ЄС) 2016/1036 тест на наявність інтересу Союзу розраховується після обрахування інших елементів, наприклад, шкоди та наявності чи відсутності демпінгу. Також вчений говорить про те, що даний момент необхідно оцінювати і враховувати не лише при застосуванні заходів, а й з метою зменшення рівня заходів за необхідності чи на самий механізм їх застосування. Тобто, науковець наголошує на необхідності запровадити більш гнучкий підхід щодо норми законодавства ЄС про інтерес Союзу при застосуванні заходів. Можна погодитися з тим, що норма ЄС про інтерес Союзу у застосуванні заходів, хоча і є доволі прогресивною, все ж потребує модифікації та удосконалення з метою більшого урахування інтересів споживачів та інших суб'єктів ринку.

Отже, можна сказати, що загалом подані пропозиції до удосконалення правового регулювання заходів захисту торгівлі в ЄС стосувалися змін у повноваженнях головних органів, урахування інтересу усіх заінтересованих сторін Союзу, більшої прозорості усіх стадій процесу, конфіденційності інформації, вибору третьої сторони при імпорті з країн, що не мають статус ринкової економіки, та інші.

9 листопада 2016 р. Європейською Комісією було опубліковано Пропозицію до Регламенту Європейського Парламенту та Ради, що вносить зміни до Регламенту (ЄС) 2016/1036 про захист від демпінгового імпорту з країн, що не є членами Європейського Союзу та до Регламенту (ЄС) 2016/1037 про захист від субсидованого імпорту з країн, які не є членами Європейського Союзу, тобто нові пропозиції щодо зміни антидемпінгових та антисубсидійних правил в ЄС<sup>9</sup>. В основі даних пропозицій до антидемпінгового регулювання було запропоновано зміну методології використання аналогічної країни замість країни з неринковою економікою при проведенні антидемпінгового розслідування. Щодо змін до правил регулювання субсидій в ЄС, то Комісією у документі було запропоновано підвищити рівень прозорості при проведенні антисубсидійних розслідувань. Підсумовуючи, можна виділити такі пріоритети реформування правового регулювання засобів захисту торгівлі в Європейському Союзі:

- важливість для підприємств Європейського Союзу відповідати новим тенденціям міжнародних економічних відносин, зокрема все більшій глобалізації та інтерналізації, глобальній мережі поставок товарів тощо;
- приділення більшої уваги усім заінтересованим сторонам на території ЄС при застосуванні заходів;
- забезпеченню того, що шкода, спричинена іншими факторами, відмінними від демпінгу, субсидованого імпорту чи масованого імпорту, не буде братися до уваги при підрахунках загального розміру шкоди;
- підвищенню прозорості самого процесу застосування заходів.

Нарешті, 12 грудня 2017 р. Європейський Парламент та Рада ЄС прийняли Регламент (ЄС) 2017/2321 Європейського Парламенту та Ради від 12 грудня 2017 р., що вносить зміни до Регламенту (ЄС) 2016/1036 про захист від демпінгового імпорту з країн, які не є членами Європейського Союзу та до Регламенту (ЄС) 2016/1037 про захист від субсидованого імпорту з країн, які не є членами Європейського Союзу. Цим Регламентом, що набув чинності 20 грудня 2017 р., було нарешті затверджено пропозиції Європейської Комісії щодо модернізації заходів захисту торгівлі, що стало першим суттєвим реформуванням даної сфери торговельного права ЄС з 1995 року. Так, основні змін до законодавства у сфері захисту заходів торгівлі ЄС, запроваджені новим Регламентом (ЄС) 2017/2321, полягають у наступному:

1. Регламент враховує соціальні та екологічні наслідки демпінгу при прийнятті рішень щодо застосування заходів захисту торгівлі.
2. Регламент вносить зміни у ст. 2 Регламенту (ЄС) 2016/103, ліквідовуючи відмінність між країною з ринковою економікою та країною із неринковою економікою для вибору методології розрахунку демпінгу чи субсидій, замінюючи цю норму та диференціюючи між членами СОТ та членами, що не входять до СОТ.

Так, стандартний підхід, який використовує внутрішні ціни і витрати держави-експорту, застосовується до всіх членів СОТ. При цьому, у випадку «суттєвих викривлень ринку», Комісії дозволяється відповідно до ст. 2 (6а) Регламенту брати до уваги «витрати виробництва та продажу, що відображають незмінні міжнародні ціни, витрати або орієнтири або відповідні витрати на виробництво та продаж у відповідній країні, яка має аналогічний рівень економічного розвитку до країни-експортера»<sup>10</sup>.

3. Відповідно до ст. 1 Регламенту (ЄС) 2017/2321, визначаючи наявність і відсутність «суттєвих викривлень ринку» у країні експорту, зокрема, включаючи політику та вплив держави, присутність державних підприємств, дискримінацію на користь вітчизняних компаній та відсутність незалежності у фінансовому секторі, мають розглядатися кілька критеріїв, зокрема і враховуватись повага до міжнародних екологічних стандартів та охорони праці у виробництві продукції. Так, Регламент зобов'язує Комісію при оцінці існування значних викривлень враховувати, зокрема, потенційний вплив одного чи декількох наступних елементів:

– якщо на ринку країни-експорту більшою мірою присутні підприємства, що контролюються владою країни-експортера;

– ступінь державної присутності у фірмах, що дозволяє втручатися у встановлення цін або витрат;

– дискримінаційна державна політика або заходи на користь вітчизняних постачальників або іншим чином впливають на ринки вільної торгівлі;

– відсутність чи дискримінаційне застосування законодавства щодо процедури банкрутства чи захисту права власності тощо<sup>11</sup>.

4. Європейська Комісія як уповноважений орган у даній сфері зобов'язана стежити за обставинами в країнах-експорту, а національні товаровиробники ЄС можуть використовувати ці повідомлення під час подання антидемпінгових, компенсаційних і захисних скарг.

5. Регламентом не передбачається додатковий тягар доказів для товаровиробників Союзу у справах, на додаток до поточної процедури.

6. Регламентом забезпечується надання допомоги малим і середнім підприємствам на території Союзу при розслідуванні.

7. Нові зміни у регулюванні передбачають право усіх заінтересованих сторін, зокрема профспілок на території Союзу, брати участь у розслідуванні та прийнятті рішень щодо застосування заходів захисту торгівлі<sup>12</sup>.

8. Даний Регламент також вносить зміни у ст. 10 (7) Регламенту (ЄС) 2016/1037 щодо захисту від субсидій, зокрема, запроваджуючи додаткові консультації країні походження та/або експорту, що стосується інших субсидій, виявлених під час розслідування. У цих ситуаціях Комісія надсилає до країни походження чи експорту сукупність основних елементів щодо інших випадків субсидування, зокрема тих, що згадуються в пункті (с) пункту 2.

9. Зміни передбачають публікацію не конфіденційної версії скарги після того, як усім сторонам дозволяється ознайомитися із текстом заяви у процесі антидемпінгового, компенсаційного чи захисного розслідування. Так, передбачається зобов'язання негайно поінформувати сторони після ініціювання розслідування щодо джерел, які Комісія має намір використати з метою встановлення нормальної вартості. Їм надається 10 днів для коментування. З цією метою заінтересованим сторонам має бути надано доступ до матеріалу, який включає будь-які докази, на яких покладається розслідування.

Можна сказати, що такі нововведення є вигідними для імпортерів, проти яких подана скарга, адже дають змогу краще підготуватися для захисту своїх інтересів. Водночас нові зміни чітко окреслюють обсяг тієї інформації, що не підлягає розголошенню в рамках розгляду певної справи щодо заходів захисту торгівлі. Загалом можна зауважити, що однією із новітніх тенденцій модернізації законодавства Європейського Союзу, яке регулює заходи щодо захисту торгівлі, є саме прийняття норм з метою забезпечення кращого доступу до інформації всіх сторін процесу.

Отже, не зважаючи на те, що система законодавства Європейського Союзу у сфері заходів захисту торгівлі характеризується багатьма вченими як одна із найбільш прогресивних у світі та яка найкраще відповідає вимогам сьогодення, у неї неодноразово вносилися зміни з метою модернізації правил і норм регулювання на території ЄС. Таким чином, нові зміни до законодавства Європейського Союзу, що мали місце у 2017 р. у сфері заходів захисту торгівлі, хоча і не врахували усі пропозиції, все одно є збалансованим результатом, що враховує інтереси виробників, споживачів та імпортерів на території Союзу. Вважається, що нові зміни зможуть допомогти Європейському Союзу протидіяти недобросовісній конкуренції, а також наблизити заходи захисту торгівлі в ЄС до потреб малого і середнього бізнесу та споживачів. Треба зазначити, що вперше в усьому світі нові правила торгівлі на території ЄС вимагатимуть, щоб торгівельні партнери за межами Союзу відповідали міжнародним соціальним та екологічним стандартам при розгляді справ у сфері заходів захисту торгівлі. Метою прийняття нового законодавства є також посилення захисту робочих місць та підприємств на території ЄС.

<sup>1</sup> *Willems A., Bregt N.* What's wrong with EU Anti-Circumvention Rules and How to Fix it. *Journal of International Economic Law*, 2016. – №19. – P. 497–514.

<sup>2</sup> *Europe's trade defence in a changing global economy. A Green Paper for public consultation* : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc\\_131477.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_131477.pdf)

<sup>3</sup> Саитова О.М. Реформы антидемпингового законодательства ЕС / О.М. Саитова // Вестник экономики, права и социологии. – 2009. – № 1. – С. 65–70.

<sup>4</sup> Europe's trade defence in a changing global economy. A Green Paper for public consultation : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc\\_131477.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_131477.pdf)

<sup>5</sup> Nita A., Zanardi M. The First Review of EU Antidumping Reviews. ECAES working paper, 2013. – № 2. – P. 1–25.

<sup>6</sup> Nita A., Zanardi M. The First Review of EU Antidumping Reviews. ECAES working paper, 2013. – № 2. – P. 1–25.

<sup>7</sup> Council Regulation (EC) No 461/2004 of 8 March 2004 amending Regulation (EC) No 384/96 on protection against dumped imports from countries not members of the European Community and Regulation (EC) No 2026/97 on protection against subsidised imports from countries not members of the European Community : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32004R0461>

<sup>8</sup> Sapir A. Some Ideas for Reforming the Community Anti-Dumping Instrument. Bruegel Policy Contribution, Brugel, 2006. – № 3.

<sup>9</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) 2016/1036 on protection against dumped imports from countries not members of the European Union and Regulation (EU) 2016/1037 on protection against subsidised imports from countries not members of the European Union : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52016PC0721>

<sup>10</sup> Regulation (EU) 2017/2321 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2017 amending Regulation (EU) 2016/1036 on protection against dumped imports from countries not members of the European Union and Regulation (EU) 2016/1037 on protection against subsidised imports from countries not members of the European Union : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32017R2321>

<sup>11</sup> Regulation (EU) 2017/2321 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2017 amending Regulation (EU) 2016/1036 on protection against dumped imports from countries not members of the European Union and Regulation (EU) 2016/1037 on protection against subsidised imports from countries not members of the European Union : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32017R2321>

<sup>12</sup> Regulation (EU) 2017/2321 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2017 amending Regulation (EU) 2016/1036 on protection against dumped imports from countries not members of the European Union and Regulation (EU) 2016/1037 on protection against subsidised imports from countries not members of the European Union : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32017R2321>

#### Резюме

**Локишина Ю.В. До питання про реформу правового регулювання засобів захисту торгівлі в Європейському Союзі.**

Стаття присвячена дослідженню особливостей реформування правового механізму регулювання антидемпінгових, компенсаційних і захисних заходів в Європейському Союзі на сучасному етапі.

**Ключові слова:** засоби захисту торгівлі, антидемпінгові заходи, компенсаційні заходи, захисні заходи, Європейський Союз, ГАТТ/СОТ.

#### Резюме

**Локишина Ю.В. К вопросу о реформе правового регулирования средств защиты торговли в Европейском Союзе.**

Статья посвящена исследованию особенностей правового механизма регулирования антидемпинговых, компенсационных и защитных мер в Европейском Союзе на современном этапе.

**Ключевые слова:** средства защиты торговли, антидемпинговые меры, компенсационные меры, защитные меры, Европейский Союз, ГАТТ/ВТО.

#### Summary

**Lokshyna I. On the issue of legal regulation reform of trade defense measures in the European Union.**

This article is devoted to the study of peculiarities of the legal regulation mechanism of anti-dumping, anti-subsidy and safeguard measures in the European Union at the current stage.

**Key words:** trade defense measures, anti-dumping measures, anti-subsidy measures, safeguard measures, European Union, GATT/WTO.

**К.Г. ТУЛБА**

*Катерина Григорівна Тулба, здобувач Інституту  
держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*

## **АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ФУНКЦІОНУВАННЯ ПРАВОВИХ РЕЖИМІВ ВЗАЄМНИХ ПОЇЗДОК ГРОМАДЯН**

Розвиток міжнародних відносин, особливо у сфері міжнародних поїздок громадян, в сучасних умовах посилення міжнародного співробітництва набуває значного поживлення, що, безумовно, зумовлює наявність чітко налагодженого механізму здійснення міжнародних взаємних поїздок громадян. Актуальним постає питання щодо належного рівня правової регламентації міжнародних відносин у сфері взаємних поїздок громадян. Досягнення належного рівня правового забезпечення взаємних поїздок громадян є непростю задачею, адже вказані поїздки громадян є різноманітними та багатоаспектними, зумовлені широким спектром потреб та інтересів. Все це потребує відповідного правового забезпечення створення і функціонування різноманітних правових режимів міжнародних поїздок громадян, що дозволять максимально реалізувати право людини на свободу пересування.

Суспільні відносини, які існують в сфері взаємних поїздок громадян, регулюються правовими нормами, що закріплені актами міжнародного та національного права. Основна роль відводиться тим нормам, що закріплені у міжнародних договорах. Саме на рівні міжнародного договірного регулювання визначаються умови та порядок застосування правових режимів міжнародних поїздок громадян, які забезпечують належний рівень реалізації права людини на свободу пересування.

Стан правового та організаційного забезпечення правових режимів взаємних поїздок громадян відзначається широким колом недоліків як міжнародного, так і національного плану. Це, у свою чергу, породжує значне коло проблем у процесі здійснення відповідних поїздок громадян, що в цілому призводить до порушення права на свободу пересування, а також породжує інші негативні явища у відповідній сфері, зокрема нелегальну міграцію, торгівлю людьми, порушення правил перетину кордонів тощо.

Окремі аспекти правового регулювання та організаційного забезпечення функціонування правових режимів взаємних поїздок досліджувались П. Ебергардом, І. Жук, К. Кисельовою, П. Кравчуком, О. Крижанівською, О. Максименком, О. Малиновською, В. Савченко, О. Сербогінім, О. Ситницькою, Л. Стрільчук, Р. Яворським та іншими науковцями.

Варто зазначити, що погляди вчених на проблематику застосування правових режимів взаємних поїздок громадян представлено досить фрагментарно і стосуються вони певних аспектів здійснення таких поїздок, зокрема, здійснення туристичних поїздок, правового забезпечення міграційних рухів, поїздок з метою працевлаштування тощо. Крім того, враховуючи динаміку міжнародних відносин, змінюваність інтересів та потреб людей у сфері міжнародних взаємних поїздок громадян, стійку тенденцію до збільшення обсягу взаємних поїздок громадян через державні кордони України, слід звернути увагу об'єктивну необхідність постійного удосконалення правового забезпечення їх здійснення, підвищення рівня функціонування правових режимів міжнародних поїздок громадян. Вказана особливість належного забезпечення застосування правових режимів міжнародних поїздок громадян об'єктивно потребує постійного моніторингу проблем такого застосування правових режимів та вироблення відповідних науково обґрунтованих шляхів їх усунення та вдосконалення функціонування. Тому цілком обґрунтованим є проведення дослідної роботи щодо виявлення та аналізу наявних на сьогодні проблем застосування правових режимів взаємних поїздок громадян.

Специфіка існуючих міграційних рухів громадян України, що набули особливо масового характеру після встановлення безвізового режиму між Україною та країнами Європейського Союзу, посилює актуальність дослідження вказаної проблематики. Так, за офіційними даними Державної прикордонної служби України станом на 28 квітня 2018 р.: «Загалом з початку ведення безвізу до країн Європейського Союзу прослідувало 17,6 мільйона громадян. З них 4,2 мільйона осіб за біометричними паспортами, а 490 тисяч громадян України скористалися безвізом»<sup>1</sup>. За інформацією Державної міграційної служби України на початок липня 2017 р. видано 4 млн 50 тис. біометричних паспортів, до кінця року планується оформити 2,4 млн таких документів<sup>2</sup>.

Можна стверджувати, що мобільність громадян із запровадженням безвізового режиму з країнами ЄС лише зросла, що надало можливість безперешкодно мігрувати, не витрачаючи при цьому часу та значних зусиль на оформлення віз, а також інших пов'язаних з цим організаційних заходів. Однак така активізація знову ж таки визначила гостру потребу у належному правовому забезпеченні функціонування правових режимів міжнародних поїздок громадян. Це передбачає ефективне функціонування організаційно-інституційних засобів щодо здійснення міжнародних взаємних поїздок громадян. Як справедливо зазначає О.А. Малиновська, «...посилена увага має приділятися імплементації прийнятих рішень, подальшому роз-



виткові міграційної політики, її законодавчого та інституційного забезпечення. Оскільки законодавство ЄС постійно розвивається, цей процес має бути динамічним, відповідати як змінам, що відбуваються в Євро-союзі, так і нарощуванню здатності України запроваджувати європейські стандарти»<sup>3</sup>. Зазначена позиція вченої досить влучно вказує як на необхідність належного правового регулювання взаємних поїздок громадян, так і на його систематичне вдосконалення. Окрім того зазначається доцільність запровадження інституційних основ забезпечення реалізації як безвізового режиму, так і в цілому реалізації оформлення віз за спрощеною процедурою.

В юридичній науці неодноразово вченими акцентувалася увага на тому, що міжнародні поїздки громадян є різноманітними за видами. Лише залежно від мети вони можуть бути такими, що здійснюються з туристичною, трудовою та навчальною, а також лікувальною метою тощо. Тому кожен із зазначених напрямів потребує окремого правового регулювання, адже взаємні поїздки здійснюються різними категоріями осіб. Різна мета відвідин іноземної держави може зумовлювати різні правила перетину кордону. На підтвердження вказаного П.С. Кравчук та О.С. Ситницька стверджують, що «...в умовах сучасної світової економічної глобалізації, нагальною стає проблема адекватної правової регламентації багатьох відносин, що складаються в процесі міжнародної праці та у зв'язку з міжнародною трудовою міграцією, різними видами відряджень українських громадян за кордон, роботою у міжнародних організаціях, а також трудовою діяльністю моряків та інших спеціалістів, зокрема»<sup>4</sup>. Водночас вчені досить категорично заявляють про те, що чимало питань щодо регулювання трудових відносин громадян України за кордоном та іноземців в Україні й досі залишаються дискусійними або ж невіршеними взагалі, а тому нормативне регулювання трудових відносин містить значні прогалини<sup>5</sup>. Зазначений підхід досить влучно відображає необхідність формування та своєчасного подальшого оновлення правового регулювання міжнародних відносин, що складаються в процесі взаємних поїздок громадян.

Досить ґрунтовне дослідження правового регулювання туристичних відносин здійснено Р.І. Яворським у науковій статті «Генеza правового регулювання туристичних відносин», у межах якої проаналізовано міжнародні угоди та нормативно-правову базу вітчизняного законодавства щодо закономірностей становлення, функціонування й розвитку туристичних відносин. Наукова позиція вченого засновується на тому, що недоліками правового забезпечення режиму туристичних поїздок громадян є відмінності туристичного законодавства різних держав, непослідовність візової політики держав, низький рівень універсалізації умов туристичної діяльності тощо<sup>6</sup>.

Так само на прикладі правового забезпечення туристичних міжнародних поїздок громадян О.Ю. Серьогін зазначає, що «...одним із основних стримуючих факторів розвитку міжнародних туристичних відносин, від появи туристичної галузі в світі й до її розквіту, була та залишається проблема відповідності наявного правового регулювання надання туристичних та пов'язаних з ними послуг фактично існуючим відносинам»<sup>7</sup>.

В свою чергу, І.З. Жук звертає увагу на те, що «...сучасна нормативно-правова база, яка регламентує діяльність суб'єктів господарювання на ринку туристичних послуг України, не є досконалою через суперечність між пріоритетними напрямками та цілями державної туристичної політики. Для неї характерна декларативність, не підкріплена належними механізмами стимулювання розвитку вітчизняного туристичного бізнесу загалом та іноземного туризму зокрема. Крім того, більшість правових норм, що закріплені у законах України, які регламентують туристичну діяльність, не виконуються належним чином, що гальмує вирішення багатьох актуальних для туристичної галузі проблем...»<sup>8</sup>. Із наведеної позиції випливає досить доречна теза про те, що належна реалізація взаємних поїздок громадян залежить не лише від наявності належного рівня правового регулювання, а й належного рівня механізму реалізації норм права у відповідній сфері, тобто організаційного забезпечення взаємних поїздок громадян.

Слід зазначити, що здійснення взаємних туристичних поїздок громадян здебільшого регламентується нормами національного законодавства, адже кожна держава визначає власні правила перетину кордонів, переміщення осіб по території держави тощо. Тому питання правового та організаційного аспекту міжнародних взаємних поїздок громадян, що здійснюються з туристичною метою, залишаються на рівні проблемних і потребують комплексних підходів до вирішення за аналогією з проблемами правового регулювання поїздок громадян з метою працевлаштування чи навчальною метою.

Особливим правовим режимом міжнародних взаємних поїздок громадян є поїздки з метою лікування або оздоровлення. Їх правове та організаційне забезпечення має принциповий характер, оскільки забезпечують не лише загальне бажання людини здійснювати міжнародні поїздки, а й необхідність їх здійснення, що визначається станом здоров'я громадян. За визначенням медичного та репродуктивного права медичний туризм – це практика надання медичних послуг за межами країни проживання пацієнта. Відмінною особливістю цього напрямку є можливість поєднати відпочинок за кордоном з отриманням висококваліфікованих послуг у кращих медичних закладах світу. З кожним роком медичний туризм набуває все більшої популярності, особливо серед жителів США, Канади та Західної Європи. У більшості населення медична страховка не покриває лікування хронічних захворювань, операції, повноцінне стоматологічне лікування та протезування. Тому багато іноземців вважають за краще проходити лікування за кордоном. Устаткування та кваліфікація фахівців медичних центрів за кордоном поки набагато вища, тому й позитивний результат лікування більш прогнозований, ніж на батьківщині. При організації закордонних «медичних поїздок» може виникнути безліч питань, зокрема юридичного характеру. Це оформлення договорів та легалізація документів, переказ грошових коштів, отримання дозволів на вивіз біоматеріалів тощо<sup>9</sup>.

У свою чергу, в сфері транскордонного співробітництва вченими звертається увага на таке: якщо правове забезпечення розвитку транскордонного співробітництва в основному сформоване, то організаційно-економічні механізми взаємодії суб'єктів економічних відносин по обидва боки кордону потребують значного удосконалення. На прикордонних територіях країн ЄС реалізуються багато інших спільних політик ЄС (торговельна, конкурентна, транспортна, аграрна та інші), що в сукупності створює умови їх прискореного соціально-економічного розвитку. Для реалізації цих політик розроблено відповідні організаційно-економічні механізми, які, на жаль, не використовуються в Україні (чи імітується їх використання), що зумовлює відставання соціально-економічного розвитку її прикордоння. Як зазначає Н.А. Мікула: «Основним бар'єром при цьому залишається інфраструктура державного кордону, правила його перетину людьми, товарами, послугами, капіталом»<sup>10</sup>. Дотримуючись цієї точки зору, слід звернути увагу, що дійсно реалізація спільних політик ЄС в тій чи іншій сфері паралельно викликає і значну активізацію взаємних поїздок громадян. Тому необхідно посилити реалізацію організаційно-економічних механізмів з боку України, що матиме лише позитивний вплив як на подальшу активізацію взаємних поїздок громадян, так і на процес їх здійснення.

Також складність перетину кордону Україна – ЄС зумовлюється низьким рівнем розвитку прикордонної інфраструктури (дороги, залізничні колії, контрольно-пропускні пункти тощо) як у кількісному, так і в якісному значенні. Ця проблема стосується не лише прикордонної інфраструктури, а й роботи прикордонних переходів, у тому числі тривалого часу очікування для пасажирів та митного огляду вантажів. Так, протягом 2013–2014 рр. на українсько-польській ділянці кордону відкрито два міжнародних пункти перепуску через кордон з механізмом спільного догляду на польській стороні, що значно прискорило час перетину кордону. Проте під'їзд до цих контрольно-пропускних пунктів з української сторони обмежується низьким технічним рівнем під'їзних шляхів і, особливо, критичним станом доріг у невеликих містах<sup>11</sup>.

Додатково до вказаного П. Ебергард зазначає про відсутність усталеного режиму щодо перетину міждержавного кордону, брак комунікацій та інфраструктури кордонного перетину<sup>12</sup>.

Розглядаючи проблематику українсько-польської співпраці, Л. Стрільчук звертає увагу на те, що «... всі заходи, спрямовані на розвиток інституційного середовища РП в умовах європейської інтеграції та посилення інституційно-правового забезпечення польської економіки, відбувалися на фоні максимального узгодження її суспільно-економічного розвитку з наріжними принципами функціонування ЄС. Тому жодних суперечок між державно-правовим, інституційно-правовим та інституційно-організаційним забезпеченням інтеграції польської економіки до Євросоюзу не виникло. До того ж, більшість польського суспільства й усі політичні сили були прихильниками євроінтеграції. В Україні ситуація суттєво відрізняється, оскільки наша держава перебуває в полоні раціоналістичної традиції, а тому більшість інституційних змін, які б мали сприяти євро інтеграції, носять переважно формальний характер і не ведуть до адекватного інституційно-правового забезпечення»<sup>13</sup>.

Отже, можемо підсумувати, що в межах організаційного забезпечення важливе функціональне призначення щодо належного здійснення взаємних поїздок громадян належить органам державної влади, які є обов'язковими складовими інституційного механізму.

Таким чином, здійснення міжнародних взаємних поїздок громадян в аспекті правового регулювання дійсно характеризується значним ступенем проблематичності, що має місце на міжнародному та національному рівнях і потребує подальшої належної роботи значного кола спеціалістів для його комплексного удосконалення. Це має важливе значення й для вирішення проблематики організаційного забезпечення здійснення міжнародних взаємних поїздок громадян, адже належної якості правова основа визначає та закріплює подальші аспекти здійснення відповідних поїздок громадян. Тому можемо вказати, що правове регулювання та організаційне забезпечення є основними засадами оптимальності й ефективності здійснення міжнародних взаємних поїздок громадян. Разом із тим досягнення цього можливо за умови синхронності функціонування цих аспектів у контексті здійснення взаємних поїздок громадян.

<sup>1</sup> Майже 490 тисяч українців скористалися перевагами безвізу / Державна прикордонна служба України : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://dpsu.gov.ua/ua/news/Mayzhe-500-tisyach-ukrainciv-skoristalisya-perevagami-bezvizu/>

<sup>2</sup> Українці вже отримали понад 4 млн біометричних паспортів // Na chasi: онлайн-видання : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://nachasi.com/2017/07/06/biometrics/>

<sup>3</sup> Малиновська А.О. Зовнішня міграція громадян України в умовах поглиблення євроінтеграційних процесів: виклики та шляхи реагування / А.О. Малиновська : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.niss.gov.ua/content/articles/files/bezviz-6eaal.pdf>

<sup>4</sup> Ситницька О.С. Проблеми правового регулювання трудових відносин громадян України, які працюють за її межами / О.С. Ситницька, П.С. Кравчук // Університетські наукові записки. – 2010. – № 2 (34). – С. 93. – С. 93–98.

<sup>5</sup> Там само.

<sup>6</sup> Яворський Р.І. Генеза правового регулювання туристичних відносин / Р.І. Яворський // Університетські наукові записки. – 2012. – № 4 (44). – С. 219. – С. 214–220.

<sup>7</sup> Серьогін О.Ю. Правове регулювання міжнародних туристичних відносин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О.Ю. Серьогін. – К., 2002. – 21 с. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://tourlib.net/aref\\_tourism/serogin.htm](http://tourlib.net/aref_tourism/serogin.htm)

<sup>8</sup> Жук І.З. Нормативно-правове регулювання діяльності суб'єктів туристичної галузі в Україні / І.З. Жук // Економіка. Управління. Інновації. – 2013. – № 2 (10).

<sup>9</sup> Юридичний супровід медичного туризму // Центр медичного та репродуктивного права : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.medlawcenter.com.ua/ua/en-medical-tourism/>

<sup>10</sup> Мікула Н.А. Організаційно-економічні механізми активізації транскордонного співробітництва на прикордонних територіях західних регіонів України / Н.А. Мікула : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://lv.niss.gov.ua/content/articles/files/AZ-Mikula-1.08.14-0caa2.pdf>

<sup>11</sup> Мікула Н.А. Чинники конвергенції регіонів у транскордонному просторі України та ЄС. Аналітична записка. / Н.А. Мікула : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.niss.gov.ua/articles/1310/>

<sup>12</sup> Ебергард П. Результати суспільно-економічних перетворень у Польщі та Україні / П. Ебергард // Економіка України. – 1999. – № 4. – С. 80–81. – С. 80–86.

<sup>13</sup> Стрільчук Л. Інституційно-правові механізми сучасного українсько-польського співробітництва / Л. Стрільчук // Науковий вісник Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки. – 2013. – № 12. – Розділ І. Історія України. – С. 88. – С. 86–91 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://esnuir.cenu.edu.ua/bitstream/123456789/5326/1/Strilchuk%20Ludmyla.pdf>

#### Резюме

##### **Тулба К.Г. Актуальні проблеми функціонування правових режимів взаємних поїздок громадян.**

У статті проаналізовано актуальні проблеми правового регулювання та функціонування режимів здійснення взаємних поїздок громадян. Зокрема, зосереджено увагу на аналізі поїздок, що здійснюються з туристичною та лікувальною метою. За результатами проведеного дослідження визначено, що позитивний вплив як на подальшу активізацію взаємних поїздок громадян, так і на процес їх здійснення матиме реалізація організаційно-економічних механізмів перетину кордонів з боку України. Зокрема, потребує розвитку прикордонна інфраструктура України, існує необхідність забезпечення ефективного функціонування організаційно-інституційних засобів щодо здійснення взаємних поїздок громадян. Таким чином, удосконалення правового регулювання та ефективного функціонування організаційного механізму є основними засадами належного рівня реалізації права на свободу пересування.

**Ключові слова:** правовий режим, взаємні поїздки громадян, проблеми правового регулювання, проблеми організаційного забезпечення, туристичні поїздки, поїздки з метою лікування або оздоровлення, прикордонна інфраструктура.

#### Резюме

##### **Тулба Е.Г. Актуальные проблемы функционирования правовых режимов взаимных поездок граждан.**

В статье проанализированы актуальные проблемы правового регулирования и функционирования режимов осуществления взаимных поездок граждан. В частности, внимание сосредоточено на анализе поездок, совершаемых с туристической и лечебной целью. По результатам проведенного исследования установлено, что положительное влияние как на дальнейшую активизацию взаимных поездок граждан, так и на процесс их осуществления будет иметь реализация организационно-экономических механизмов пересечения границ со стороны Украины. В частности, требует развития приграничная инфраструктура Украины, существует необходимость обеспечения эффективного функционирования организационно-институциональных механизмов по осуществлению взаимных поездок граждан. Таким образом, совершенствование правового регулирования и эффективного функционирования организационного механизма являются основными принципами надлежащего уровня реализации права на свободу передвижения.

**Ключевые слова:** правовой режим, взаимные поездки граждан, проблемы правового регулирования, проблемы организационного обеспечения, туристические поездки, поездки с целью лечения или оздоровления, приграничная инфраструктура.

#### Summary

##### **Tulba K. Actual problems of functioning of the legal regimes of mutual travel of citizens.**

The article analyzes actual problems of legal regulation and functioning of the regimes for implementation of mutual travel of citizens. In particular, attention is focused on the analysis of travels undertaken with a tourist and therapeutic purpose. The results of the study determined that the implementation of organizational and economic arrangements for border crossing by Ukraine will have a positive impact on both further activation of mutual travel of citizens and on the process of their carrying out. In particular, the cross-border infrastructure of Ukraine needs development, there is a need to support the effective functioning of organizational and institutional arrangements for carrying out mutual travel of citizens. Thus, the improvement of legal regulation and the effective functioning of organizational arrangement are the basic principles of the proper level of realization of the right to freedom of movement.

**Key words:** legal regime, mutual travel of citizens, problems of legal regulation, problems of organizational support, tourist trips, travel for medical or health, cross-border infrastructure.

GÉZA JESZENSZKY

Géza Jeszenszky\*

## HOW THE PROBLEM OF TRANSYLVANIA WAS BORN?

**Transylvania**<sup>1</sup> (in Hungarian Erdély, older form Erdőelve), in Romanian Ardealul or – more recently – Transilvania, in German Siebenbürgen) is the name of a historical province in Central Europe. It is in the eastern corner of the basin surrounded by the arc of the Carpathian Mountains. It used to be separated from the Great Hungarian Plains by dense forests; that is where the name, “the land beyond the forest,” comes from. Its many mountains are rich in minerals: gold, silver, and salt was already mined at least two thousand years ago, while iron and coal in the Southwest led to a boom in industries in the late 19<sup>th</sup> century. Transylvania was a province of the medieval Kingdom of Hungary, often assigned to the eldest son of the King as a dukedom.<sup>2</sup> Since the end of the First World War Transylvania has acquired a wider meaning: it comprises all the territories which Hungary had to cede to Romania: Transylvania proper plus much of the Banat of Temesvár, as well as most of the former Hungarian counties of Máramaros, Szatmár, Szilágy and Bihar.

When Hungary lost the decisive battle of Mohács (1526) to the Ottoman Turks, the kingdom was partitioned. Central Hungary became an Ottoman province with Buda as its seat; the West and the North was ruled by Habsburg kings (that was called royal Hungary), and Transylvania (together with several counties of the eastern plains lumped together by the name *Partium*) became an independent Hungarian principality, paying yearly tribute to the Sultan in Constantinople. Thus “It provided continuity for the awareness of the historical Hungarian kingdom.”<sup>3</sup> When the Turks were finally expelled from Hungary at the end of the 17<sup>th</sup> century, Transylvania was not reunited with Hungary but was kept by the Habsburgs as a separate Grand Duchy, having its own Diet. In 1848 that very Diet unanimously voted for reunion with Hungary. The military intervention of Czarist Russia in 1849 dashed the hopes of the Hungarians for national independence, and Transylvania again became a Habsburg province. The Settlement concluded between Hungary and the Habsburgs in 1867 reaffirmed the union of Hungary and Transylvania. The Kingdom of Romania joined World War I only in 1916, explicitly in the hope of annexing Transylvania and much of eastern Hungary. Defeated, it signed peace with the Central Powers in May 1918, but after Austria-Hungary signed an armistice (November 3, 1918) the Romanian army invaded Hungary and occupied Transylvania. The Paris Peace Conference of the victorious *Entente* powers decided that Hungary must cede Transylvania, and three adjoining portions of Hungary to Romania. The area transferred in the Treaty of Trianon (signed on June 4, 1920) to Romania was 103,000 square kilometers, larger than what was left for Hungary. According to the census of 1910 it had a population of 5.2 million: 2.8 million Romanians (54 %), 1.6 million Hungarians (32 %), 556,000 Germans (11 %), and 4 % Serbs, Croats, Slovaks, Czechs, Rusyns and others. In the next twenty years Hungary never stopped demanding the peaceful revision of its borders. Finally, on August 30, 1940 Germany and Italy arbitrated (in the so-called Second Vienna Award) that the northern part of Transylvania (having a slight Hungarian majority over the Romanians) was to return to Hungary. Not for too long, the award was annulled at the end of the Second World War, in the Paris Peace Treaty of 1947. Thus Romania again had a close to two million strong Hungarian minority. Hungarians became victims of severe oppression and discrimination under the communist system. Today Romania is a member of NATO and the European Union, two institutions which insist on the full observation of the rights of national minorities, nevertheless the Hungarians of Romania are very far from being satisfied with their legal and political position, and demand autonomy. What is the background of this turbulent history and the controversial decisions about Transylvania?

The Roman Empire under the Emperor Traian in 105 A.D. conquered the land north of the Lower Danube and created the province called Dacia, named after the defeated *Dak* population. The Daks were most probably related to the Thracians. Dacia included present-day Transylvania, but was larger. In 271 A.D., under continuous attacks by the Germanic Goths, the province was finally evacuated and abandoned. A century later the Goths were pushed out of Transylvania by the Huns, they in turn by the Gepids and Avars. The Avars created a short-lived empire well over

---

© Géza Jeszenszky, 2018

\* Géza Jeszenszky [pronounced as if were spelt Yesensky] is historian, politician and diplomat. He was involved in changing Hungary into a democracy in 1989, making him Foreign Minister (1990–94). He was Ambassador to the United States in 1998–2002, and Ambassador to Norway and Iceland (2011–2014). His latest book in English is *Post-Communist Europe and Its National/Ethnic Problems* (2009). His memoir and analysis on Hungary’s neighbourhood relations (in Hungarian) came out in 2016.

today's Hungary, but in the early 9<sup>th</sup> century were defeated by Charlemagne. By that time mainly Slavs populated Southeastern Europe, and Transylvania became part of the Bulgarian Empire. With those successive invasions in mind it is practically impossible that any Latin-speaking population survived in Transylvania, nevertheless the Romanian adherents of the so-called Daco-Romanian continuity theory believe so. The ancestors of the present-day Romanians, as Byzantine chroniclers, as well as linguistic evidence suggests, must have lived in the Balkans, between the Albanians and the Bulgarians (where their Kutzo-Wallach cousins still live). The neo-Latin character of their language must be the result primarily of the intensive "Romanization" of the eastern Balkans between the 1–6<sup>th</sup> centuries.

The Hungarians or Magyars (in their own language), in a later wave of the Great Migration, came from the steppe region of today's southern Russia at the very end of the 9<sup>th</sup> century, and settled in the Carpathian Basin in the 10<sup>th</sup>. Eventually they absorbed most of the sparse Avar and Slavic population, including those who lived in today's Transylvania. It is telling that most of the names of the rivers and the mountains in Transylvania are of Slavic (and not of Latin) origin. By the early 11<sup>th</sup> century the Hungarians created a powerful state and adopted Christianity, Saint Stephen (1000–1038, canonized in 1083) becoming the first King. He subdued all the tribal or regional leaders, including his father-in-law, Gyula, who had controlled Transylvania. The latter became an integral part of the kingdom, and shared all the ups and downs of Hungarian history.

The Hungarian-speaking population lived mainly on the plains and in the hills, from Transdanubia (western Hungary) to the eastern and southern Carpathians, in fact moving even beyond that powerful mountain range in the 11–13<sup>th</sup> centuries into *Magna Cumania*, a region later to become the principality of Wallachia and Moldavia. In those lands the Romanians gradually reached ascendancy over the various Turkic and Slavic groups. The Romanians (until the late 19<sup>th</sup> century usually called Wallachs, Vlachs, Blaks, in Hungarian *oláh*) were shepherds pushed northwards from their Balkans homeland by the raids of the Cumans, and later, from the 14<sup>th</sup> century on, by the Ottoman Turks. In Transylvania the Hungarians settled in the central lowland (called *Mezőség*) and in the valleys of the rivers Maros (Mures), Szamos (Somes) and Olt. The whole kingdom was divided administratively into counties. The majority of the population lived on agriculture and were serfs in the feudal system, but the nobility, exempt from taxation but obliged to fight for the King, was quite large, eventually comprising well over 5 per cent of the people. The nobles and the clergy constituted the *natio Hungarica*. A certain part of the population was given the task of guarding the frontier, of which the eastern was the most exposed. Those guards were called *Székely* (Siculi in Latin, Szekler in German), today they are concentrated in a compact bloc in the south-eastern corner of Transylvania. In recognition of this military role they remained exempt from serfdom. This class of freemen was recognized as a privileged *natio*. According to legends they are the descendents of the Huns of Attila. While they have colorful folk costumes and songs, their language is completely identical with Hungarian.

In the 12<sup>th</sup> and 13<sup>th</sup> centuries German settlers (mainly from the Mosel-Rhine region) were invited by the kings to settle in various uninhabited regions of Transylvania. They called themselves Saxons (Sachsen), built fortresses and towns (hence the name *Siebenbürgen*), excelled in crafts and mining, were also traders, while the majority of them worked in the fields as diligent peasants. Their main settlement was in the south, along the foothills of the Transylvanian Alps (called Königsboden, with Hermannstadt and Kronstadt the two largest towns) and north of *Mezőség* around Bistritz. In 1224 King Andreas II granted them territorial and political autonomy in the golden charter *Andreanum*. Their privileges were extended in the 15<sup>th</sup> century. They, too, were recognized as a *natio*, their interests were represented by the *Universitas Saxonum*, *Sächsische Nationsuniversität*, headed by the *Comes Saxonum*, *Sachsengraf*.

The Romanians are first mentioned in Hungary in documents and chronicles in the early 13<sup>th</sup> century as living in the Transylvanian Alps near Fogaras. Most of them were shepherds grazing sheep on the lower pastures of the mountains. In the 15–16<sup>th</sup> centuries, with devastating three-cornered wars in Transylvania between the Habsburgs, the Ottoman Turks, and the Hungarian estates, many Hungarian villages were destroyed and large areas became depopulated; that enabled the Romanians to descend from the mountains and to become serfs on the land of the Hungarian landowners. By the early 18<sup>th</sup> century their number exceeded that of the Hungarians in Transylvania.<sup>4</sup> Quite a few Romanians rose to the nobility, even to the richest stratum, and those soon integrated into the Hungarians. But on the whole the Romanians preserved their separate language and lifestyle, due to their Orthodox (Eastern Christian) religion and the use of the Cyrillic alphabet. In the 18<sup>th</sup> century Transylvania also "became the birthplace of a sense of Romanian identity in Uniate Catholic writings formulating the Roman roots of the Vlach peoples of Transylvania and the trans-Carpathian regions."<sup>5</sup> The lower social position of the Romanians followed from their economic activity and was certainly not the result of deliberate ethnic discrimination: before the 19<sup>th</sup> century language and ethnicity mattered far less than wealth and legal status. In fact, it was mainly the Hungarian landlords who were responsible for inviting Romanians to cultivate their land as serfs.

From 1542 to 1688 Transylvania was practically an independent country, with an army and a financial system of its own, maintaining diplomatic relations, and showing impressive cultural achievements. The ruling Princes were elected by a Diet from various powerful Hungarian magnates, like the Báthory (István was also King of Poland and Lithuania), Bethlen and Rákóczy families. The regular yearly tribute ensured that the Turks did not occupy the country, but expected its ruler to act as a vassal in European politics. Those Hungarian leaders, however, played a delicate game between Constantinople and Vienna, their ultimate aim being the restoration of the unity and independence of Hungary. The Reformation spread quickly in Transylvania. The Saxons followed the teachings of Luther, while roughly half of the Hungarians became Calvinist, with a few adopting the radical Unitarian faith. Only a small number of the Romanians accepted the Reformation, but in the 17<sup>th</sup> century many followed their church leaders who rec-

ognized the Pope in Rome as their spiritual leader, and joined the Uniate or Greek Catholic Church. The Diet of Tor-da (Turda) in 1568 proclaimed tolerance and the legal equality of the Catholic, Calvinist, Lutheran and Unitarian religions.<sup>6</sup> Two princes, Gábor Bethlen and György Rákóczy I, participated also in the Thirty Year War, on the Protestant side. But when the next prince, György Rákóczy II, overestimated his strength and tried to capture the Polish throne without authorization from the Porte (1658), the Tartar auxiliaries of the Ottomans ravaged the country, ending its “brief shining moment” in history. With the final defeat of the Ottomans in Hungary Transylvania came under Habsburg rule as a Grand Duchy. The Emperor-King was represented by a Governor (*Gubernator*), picked from Hungarian families loyal to the dynasty, but the seat of the administration (the Transylvanian Chancery) was in Vienna. The Diet (representing the nobility, the towns and the clergy) had little real authority.

The 18<sup>th</sup> century brought peace to the whole Carpathian basin, and the Habsburg rulers initiated large-scale immigration, *impopulatio*, in order to make up for the great demographic losses of the previous centuries. A large number of Germans, now called Schwabians, arrived as colonists, organized by the authorities in Vienna, the imperial capital. Many Serbs and Romanians escaped from the excessive taxation and general misrule in the Ottoman-controlled Balkans (Moldavia and Wallachia included), and were welcomed as settlers in Hungary and Transylvania. Slovaks and Hungarians moved southward from the densely populated northern counties. Jews sought refuge from the anti-Semitism of the Russian Empire. This migration further changed the national composition of southeastern Hungary, including Transylvania, making it an ethnic mosaic.

In the wake of the French Revolution and Napoleon’s campaigns traditional loyalty to the sovereign and the territory he held gave way to loyalty to the “nation,” not to the feudal *natio*, but to those speaking the same language. The new way of thinking, “nationalism” held the view that language, culture and traditions (and not existing borders) determine a nation. “National awakening” undermined the great multinational empires: the Ottoman, the Habsburg and the Russian, and in about a hundred years led to the complete redrawing of the political map of the eastern half of Europe. It was difficult to separate the various linguistic groups by international (or just by internal) borders, as many nationalities were overlapping. (Typical of that was the cohabitation of Poles and Lithuanians in Northeastern Europe, or that of Poles and Ukrainians in Galicia.) It was next to impossible to separate the three Transylvanian nationalities by any dividing line, but all over the principality the towns remained inhabited almost exclusively by Germans and Hungarians. Jews started to arrive in larger numbers only in the 19<sup>th</sup> century, they played a very useful role in the industrialization, and excelled themselves also in the intellectual fields; they considered themselves Hungarians who belonged to the Israelite faith. The peasants (serfs until their emancipation in 1848) were Romanian, Hungarian and German, in that order. The Hungarian nobles and burghers as well as the Saxons were better educated than the Romanians, and among the former national feeling rose earlier and was stronger than among the Romanians, who had only the priesthood and a few lawyers to voice the demand for national rights. The biggest problem was, however, that the national aims of the three ethnic groups were irreconcilable. The Hungarians wanted reunification with Hungary and to maintain the basically Hungarian character of Transylvania. The Saxons were satisfied with the Empire where German was the principal language and Vienna the only real center. The Romanian peasants were traditionally loyal to the Habsburgs, their educated class demanded autonomy, but many of them started to dream of unification with Moldova and Wallachia. Transylvania was ethnically more colorful than Switzerland, but its past, its traditions unquestionably linked it to the kingdom of Hungary.<sup>7</sup> In some parts of the land one national group was predominant, in others there was a mixture. Like in chemistry, a mixture can easily explode, and that is what happened in 1848.

The liberal “Age of Reforms” in Hungary (1825–48) culminated in a “lawful revolution” obliterating all feudal dues and privileges, making the serfs free owners of the land they had lived on, introducing equality before the law, and a representative parliamentary system. Pressed by revolutions all over Europe the Habsburg Emperor-King conceded that Hungary would be a completely independent state, linked to Austria only in a personal union. The last feudal Diet of Transylvania voted unanimously for union with Hungary, and the King assented. But with the turn of the tide in the other Habsburg provinces, the dynasty defeating the revolutionaries, the concessions given to Hungary were rescinded and an Imperial Army invaded the country. Part of the scheme was to incite the Slavic and Romanian subjects against the Hungarians, spreading the (false) news that the Hungarian landlords were against allowing the peasants to become freeholders, and that the Hungarians were trying to impose their language on the non-Hungarian citizens of Hungary (partly true). The result was a kind of Romanian peasant rising in Transylvania (encouraged by the local units of the Imperial Army), and terrible atrocities were committed against several Hungarian towns and manors. The Hungarians fought back the Habsburgs on all fronts, and in the ensuing War of Independence they won remarkable victories, including a brilliant campaign in Transylvania under the leadership of the Polish General Bem. The Emperor-King resigned, and his young nephew, Francis Joseph felt compelled to seek the help of the Russian Czar, who was afraid that a Hungarian victory would lead to a rising by his Polish subjects. By August 1849 Hungary was crushed by the two Imperial Armies, with brutal reprisals ensuing. The Russian Army also occupied Moldavia and Wallachia, the two Romanian principalities, which were nominally still subjected to the sublime Porte in Constantinople.

The Romanians and other national groups in Hungary received as a reward what the Hungarians as punishment: a new era of Habsburg absolutism, with all liberal reforms annulled – with the exception of the emancipation of the serfs. Transylvania was detached from Hungary and ruled again from Vienna. In the early 1860s repression eased, and local parliaments were convened throughout the Habsburg Monarchy, Transylvania included. A Romanian majority was returned in the Transylvanian Diet of 1863. But when the Habsburgs lost their possessions in Italy

and were defeated by Bismarck's Prussia, they felt compelled to make a compromise with the strongest national movement, the Hungarian.

The 1867 Settlement or Compromise (*Ausgleich*) changed the Habsburg Empire into the dual Austro-Hungarian Monarchy, restoring the complete internal independence and constitution of the Kingdom of Hungary, maintaining only defense and foreign policy as common affairs. That enabled the Hungarian upper and middle class to dominate political life in the whole kingdom, including Transylvania. The liberal political philosophy of the political elite guaranteed all civic freedoms and full equality to the citizens, also allowing extensive linguistic rights to the non-Hungarians, but failed to recognize the latter as separate national communities, and turned down their demand for territorial autonomy. The Hungarians lived in a fool's paradise by believing that by teaching the Hungarian language to all the citizens they could turn them into Hungarian patriots. Transylvania was fully integrated into Hungary, overriding even the historic privileges of the Saxons. The Romanians (living in great number also west of historical Transylvania) became the largest national group of the Kingdom of Hungary after the Hungarians.

Fifty years of peace and rapid capitalistic growth transformed Hungary into a modern and prosperous country. The mineral assets of Transylvania (coal, iron, salt) contributed to this transformation, but rural Transylvania, including the Székely Region, was lagging behind. Many smaller Hungarian landowners went bankrupt, and their property was bought by banks owned by a growing Romanian middle class. Education spread among the Romanian masses, too, who had more schools than the far more numerous Kingdom of Romania had, a country whose sovereignty was internationally recognized at the Berlin Congress in 1878.

Romanian national consciousness originated in Transylvania in the 18<sup>th</sup> century, discovering, or rather inventing the alleged descent from the ancient Romans. The switch from the Cyrillic to the Latin alphabet was a logical concomitant, first in Transylvania, decades later in the two Romanian principalities. The idea to create a "Greater Romania" by uniting "the three Romanian lands", i.e. for Transylvania to be incorporated into the newly united Kingdom of Romania, also went back to Transylvania, to be taken up with great enthusiasm in 1848 in Bucharest, the capital of Wallachia. The Romanian press was responsible for this Romanian "irredenta", which penetrated the public on both sides of the Carpathians, gradually pushing aside those who advocated cooperation with the Hungarians, or who were loyal to the Habsburg dynastic idea. But as long as Austria-Hungary was one of the European Great Powers, allied to Germany (1879) and Italy (1882), no one could seriously challenge the territorial integrity of Hungary. The Pan-Romanian dream had a chance to be fulfilled only in case of a major war where Romania would be a member of an alliance defeating Austria-Hungary.

That opportunity came when a Serbian terrorist assassinated the Heir to the throne of Austria-Hungary in June, 1914, and the diplomatic conflict developed into the First World War. Although Romania was formally allied to Austria-Hungary (it was concluded in 1883 by King Carol, a German Hohenzollern proclaimed King of Romania in 1881), its government declared neutrality, waiting to see which side was more likely to win. With the Central Powers definitely weaker and a successful Russian offensive in July, 1916, Romania concluded the secret Treaty of Bucharest in August of the same year, which promised the cession of Transylvania and the eastern part of Hungary up to the Tisza River. Romania duly attacked Transylvania, but after initial successes was pushed back, and in December 1916 even the capital, Bucharest was occupied by a German army. When Russia was taken over by Lenin's Bolsheviks and left the war, Romania asked for an armistice and signed the peace in May, 1918. It stipulated the cession of only a small, uninhabited but strategically important territory in the Carpathian Mountains.

The war was decided, however, on the western front, with the entry of the United States. Although President Wilson spoke about "peace without victory," and his Fourteen Points called only for "autonomous development" for the national groups of the Austro-Hungarian Monarchy, by late spring, 1918, the United States, too, accepted "the principle of self-determination." It meant adopting the program advocated by a few political emigrants from the Monarchy (the Czech Masaryk and Benes being the best known), who advocated breaking up Austria-Hungary into its national components. That program promised victory and staving off forever the danger of German hegemony in Europe by eliminating Germany's ally. It was assumed that all the non-German and non-Hungarian elements of the Monarchy were keen on setting up their own national state. This may have been true in most cases, but it was impossible to carve up the Monarchy along ethnic lines without violating the very principle of self-determination. This was nowhere as much the case as between the Hungarians and the Romanians, whose area of settlement was so much overlapping that no border could separate them without leaving hundreds of thousands cut off from their nationals. [See map]

Austria-Hungary asked for an armistice on October 4, 1918, on the basis of Wilson's Fourteen Points and other public statements on war aims. The armistice was signed on 3 November at Padova, Italy. Its terms allowed the troops of the victorious allies to occupy any territory, but left public administration in the hands of the Austro-Hungarian authorities. By that date the dual Monarchy ceased to exist: the Austrians, Czechs, Slovaks, Croats, Hungarians and Ukrainians, in that order, declared their independence. On November 8 Romania declared war on the non-existent Monarchy and its army crossed the eastern, Transylvanian border of Hungary. The new, revolutionary Hungarian government led by Count Mihály Károlyi pinned all its hopes on President Wilson and his principles, and did not put up any resistance, in the belief that the peace conference would not reward those who used force. His Minister for National Minorities, Oszkár Jászi, offered territorial autonomy for all the non-Hungarians, and hoped to preserve the integrity of the country by re-arranging it on the model of the Swiss system of *Kantons*. His negotiations with the Romanian politicians from Transylvania were of no avail, they demanded the immediate transfer of power for them in all the eastern counties of Hungary. In order to underline this demand, they convened a people's grand

rally for 1 December to Gyulafehérvár/Alba Iulia., with the Romanian Army already standing nearby. The meeting proclaimed Transylvania's unification with Romania, but at least promised "full national freedom for the coexisting peoples. All of the peoples have the right to public education, public administration, and the administration of justice in their own languages, provided by individuals chosen from among their own members. All peoples will receive rights of representation in the governing of the country and in the legislative organ, in accordance with their numbers."<sup>8</sup> Unimpressed by those pledges a popular assembly of the Hungarians of Transylvania declared its determination to remain within the borders of Hungary on 22 December in Kolozsvár/Cluj. The Romanian government could not care less; its army marched into Kolozsvár on Christmas Day. The advance of the Romanian army was accompanied by beatings, intimidation and expulsions applied against the Hungarian population. This military takeover was in violation of the armistice, and also of the subsequent Military Convention signed in Belgrade, which established a line of demarcation in Transylvania along the Rivers Maros and Szamos, but the Romanians instinctively knew that "possession is nine tenths of the law." The Saxons read the situation correctly and on 8 January, 1919, by majority vote, adhered to the Romanian decision on the future of Transylvania.

The new borders for Central Europe were drawn up during the discussions of the Supreme Council (composed by the Heads of Delegations and the Foreign Ministers of the five Great Powers), and in practice by the junior diplomats who made up the territorial committees. The American position was prepared by a group of scholars called the Inquiry. Its expert for Austria-Hungary, Charles Seymour, was originally in favor of preserving the Austro-Hungarian Monarchy by transforming it into a federation of six units: Austria, Hungary, Jugo-Slavia (without Serbia), Transylvania, Bohemia and Poland-Ruthenia.<sup>9</sup> When in May 1918 the U.S. –following France and Britain – adopted the plan for break-up of the Monarchy along ethnic lines, the brief prepared for the President pointed out that "the frontiers proposed are unsatisfactory as the international boundaries of sovereign states. It has been found impossible to discover such lines, which would be at the same time just and practical. An example of the injustice that would result may be instanced in the fact that a third of the area and population of the Czecho-Slovak state would be alien to that nationality. Another lies in placing a quarter of the Magyars under foreign domination. But any attempt to make the frontier conform more closely to the national line destroys their practicability as international boundaries. Obviously many of these difficulties would disappear if the boundaries were to be drawn with the purpose of separating not independent nations, but component portions of a federalized state. A reconsideration of the data from this aspect is desirable."<sup>10</sup> Archibald Coolidge was a member of the American Commission to Negotiate Peace. He visited Budapest in January, 1919, and was shocked to see that the planned partition of Hungary was in contradiction to the pledges of President Wilson and was fuelling the forces of Bolshevism. In a number of reports sent to Paris he tried to warm the peacemakers to Károlyi's and Jászi's plan to federalize Hungary, or, that failing because of the opposition of the victors, arranging plebiscites in all disputed regions so as to find out the real mood of the inhabitants.<sup>11</sup>

At the peace conference itself the pattern was typical: the American experts proposed frontiers as close to the ethnic lines as possible (where it was possible to draw such a line), the British were wavering between a sense of fairness and the drive to punish the vanquished and reward the smaller allies, the Italians generally inconsistent except where their "*sacro egoismo*" was involved, while the French gave all possible support to the often extravagant claims of the emerging successor states. The most important argument for the latter was military and economic strategy, particularly the existence of railway lines in the most disputed areas. Eventually that decided the fate of close to two million Hungarians, who found themselves on the wrong side of the new borders, separated from the compact bloc of their nation, despite their protests against the denial of the principle of self-determination.

Ionel Bratianu, the Prime Minister of Romania, provided extremely false data to the Supreme Council of the Peace Conference in Paris. According to him 72 per cent of the population of Transylvania was Romanian, the 15 percent Hungarians were mainly members of the public administration and soldiers. [sic!] But what mattered was not such misinformation but the *fait accompli*, the military occupation and takeover of all the territories claimed by Romania and the other neighbors of Hungary. That ensured that the Peace Conference assigned Transylvania, together with the adjoining areas of eastern Hungary, to Romania. The purely Hungarian Székely Region (about 700,000 people) was far away from the main body of the Hungarians, only a narrow corridor cutting Transylvania into two could have linked it to Hungary, but such a solution was not even considered. The fate of three major towns on the edge of the Hungarian Plain, with very few Romanian inhabitants (Szatmárnémeti/Satu Mare, Nagyvárad/Oradea and Arad), was determined by the fact that they were linked by a railway, providing important connection for the area, (The American and British border proposal would have left those towns with Hungary, but the French insisted on giving them to Romania.) The Hungarian villages along the railway line naturally had to go as well.<sup>12</sup> The transfer of all territories with a mixed (Hungarian and Romanian) population was never questioned. The request of the Hungarian negotiators for a plebiscite was turned down. That is how under the terms of the Peace Treaty of Trianon (signed on June 4, 1920) more than one and a half million Hungarians, with a strong Hungarian identity, and in defiance of the principle of self-determination, became citizens of Romania.

As a result of the peace treaty Romania's population grew from 7 to 11,5 million, but over 28 per cent of it was not Romanian. Hungarians comprised more than 9 per cent of the whole population, while in the territories ceded by Hungary (since then conveniently called Transylvania, an area much larger than the old principality) they represented one third of all the inhabitants. Voluntarily or under duress about 200,000 Hungarians left Transylvania before or immediately after peace was signed. Hopeless it appeared, nevertheless the governments in Bucharest set upon making the greatly enlarged country a truly national state of the Romanians by quickly absorbing and eliminating the non-Romanian elements. I. Zalatnay aptly summarizes the methods in an essay.



“A tough anti-minority policy was applied right from the start. Not only did the institutions of the State become Romanian. An attack was launched on Hungarian private and church and lay social possessions and institutions as well. The land reform of 1921 had scarcely concealed national aims, seeking – in spite of the ban on such efforts contained in the Treaty of Trianon – to alter the ethnic proportions, particularly in areas adjacent to Hungary with a majority Hungarian population, by settling Romanians in Hungarian villages or founding new villages altogether.”<sup>13</sup>

Zalatnay quotes Octavian Goga, an influential politician, later to become Prime Minister in an extremist government, who criticized the law which allowed self-government for the towns of Romania, as it made difficult to change their ethnic composition. “The most damaging principle on which this law rests is the principle of local autonomy... Its application may have catastrophic results in the annexed provinces... We provided broad municipal autonomy for the towns and so lost the chance of changing them... The towns, imbued with an alien spirit, yet remain the darkest islands in the Romanian sea... Should it not have been our duty to override all the moral scruples and at the start of our administration initiate a process that would atone for the injustices of several centuries?”<sup>14</sup>

Before World War I Romania was a poor agricultural country, with a tradition of intolerance and anti-Semitic pogroms (Jews were not entitled even to have citizenship), it was also characterized by all-embracing corruption. The primary victims of the transfer of Transylvania were the Hungarian and other minorities, but the Transylvanian Romanians were also disappointed when a host of carpetbaggers descended upon them from the *Regat*, the Old Kingdom. Zalatnay is right in stating that Transylvania “had come under the power of a state which had a culture (the Orthodox one), a legal system and institutions differing to a large extent from those in Central Europe.”<sup>15</sup> Romania was economically more backward (or less developed) than Hungary, consequently the transfer of Transylvania affected all its population in a negative sense, but a very biased land reform and open discrimination in business life hit only the Hungarian population of the country. As the renowned British historian, Hugh Seton-Watson wrote, “In each of the new states there prevailed a narrow official nationalism,” and the repressive policies used against national, religious and political minorities led to perpetual internal and external divisions and conflicts. “This state of generalized and mutual hostility provided opportunities for any great power intent on disturbing the peace.”<sup>16</sup> Instead of finding their common interests, the „small, unstable caricatures of modern states”<sup>17</sup> were looking for great-power patrons for the maintenance or the overthrow of the new order.

Understandably Hungary considered the decisions of the Trianon Treaty as grossly unjust and the primary aim of its foreign policy was the revision of the territorial clauses, at minimum the return of those areas where the majority of the population was Hungarian. Britain and France were committed to uphold the *status quo*, the whole system of peace treaties, and did not show much interest in the situation of the roughly thirty million people, who became national minorities, usually mistreated by the majority nations. In the 1930s calls for treaty revision, i.e. for changing the new borders in a way that they better corresponded to ethnic realities became louder. More than 160 British MPs signed a call for changing the Hungarian borders. But the governments started to consider such an option only when there was powerful support for it, and that came from Nazi Germany. Hitler espoused the cause of the mistreated national minorities, not in order to bring about a more equitable arrangement, but for the sake of bringing Central Europe under the influence of Germany.

In the wake of the Munich Conference, in November 1938, Germany and Italy – with the tacit agreement of Britain and France – made the so-called First Vienna Award, ceding the overwhelmingly Hungarian regions of Czechoslovakia to Hungary, when in line with the Hitler-Stalin Pact of 1939 the Soviet Union re-annexed the Romanian province of Bessarabia in July 1940, Hungary demanded the settling of its claims against Romania. In order to prevent a war between two likely satellites, and already planning for the war against the Soviet Union, Hitler made another arbitration, together with Italy. The Second Vienna Award of 30 August, 1940, gave back the northern part of Transylvania (two fifth of the whole), together with the Székely Region, to Hungary. For 1,347,000 Hungarians (the number of Hungarians living on that territory – according to the Hungarian census of 1941) this was a great moment and they welcomed the Hungarian army with surreptitious joy. For 1,066,000 Romanians it was naturally cause for grief. There were a few incidents, shootings and deaths during the takeover, followed by a voluntary exchange of population between the two parts of Transylvania. Almost 200,000 people (Hungarians and Germans) moved (or were expelled) from Southern Transylvania to the North, and a similar number of Romanians left from the North to the South.

The partition of Transylvania created a more equitable balance between majorities and minorities, but its circumstances were clearly unacceptable for the anti-Hitler alliance. Winston Churchill’s commented that he was never happy about the treatment of Hungary following the First World War, but territorial changes are acceptable only when based on the free will and consent of the parties concerned.<sup>18</sup>

The Soviet Union at first supported the Hungarian claims against Romania, but when Hungary, too, joined the war on the side of Germany, Stalin changed his position. He was determined to include Romania in his planned empire, but was not completely sure how far Hungary, too, could be incorporated into his zone of influence. Also he wanted to offset the impact of annexing the Romanian province of Bessarabia (today’s Republic of Moldova) by giving back Transylvania to Romania. When on 23 August Romania changed sides and left the German alliance that settled the fate of Transylvania. The Soviet Red Army could overrun the flat country south of the Carpathians and entered Hungary from the South-East. Hungary had to evacuate Transylvania, which was taken over by the Soviet Red Army and Romania. In the armistice Romania concluded with the Allies it was stipulated that “Transylvania (or the greater part of it),” was to belong to Romania.<sup>19</sup>

The reoccupation of Northern Transylvania was accompanied by a number of serious incidents, atrocities committed against the Hungarian villagers, so the Soviets took over the administration of the area. But when King

Michael of Romania, under strong Soviet pressure, appointed a pro-Communist government in March 1945, the administration of the short-lived “North-Transylvanian Republic” was given back to Romania. That dashed the hopes of the Hungarians that an independent Transylvania, based on the equality of its three major ethnic groups, might be created as a solution of the dispute between Hungary and Romania. In order to impress the Peace Conference, again meeting in Paris, Romania promised a new, fair deal to its close to two million Hungarians. A special statute of minority rights was passed, bilingualism was maintained in regions with a substantial Hungarian population, and most of the schools where instruction was in Hungarian were maintained. The Hungarian-language university at Cluj/Kolozsvár was allowed to continue under a new name, Bolyai University, named after a great Hungarian scientist.

The United States (and to a smaller extent the United Kingdom) wanted to draw some lessons from the unfair borders and the ill-treatment of the national minorities. A few months before the end of World War II an *Inter-Divisional Committee on the Balkan-Danubian Region, Russia, Poland and Greece* was set up in the State Department in order to review the most urgent problems likely to arise when hostilities would stop and to make policy recommendations. The senior experts of the sections most closely concerned were to prepare a Policy Paper to be submitted to the Secretary of State, and which could be discussed by the two foreign affairs committees of Congress at a closed session. The paper, “The Problem of Minorities in Europe” (pp 31 + Appendix) became accessible for research and publication after 30 years. It shows that seventy years ago the U.S. administration was well aware of the necessity of making provisions for the protection of the national minorities that were created by the border changes of the 20th century. It is a great pity that political considerations led the U.S. Government not to insist upon the principles and practical suggestions of the paper being incorporated into the post-war arrangements.<sup>20</sup>

The relatively “liberal” policy of Romania towards the Hungarian minority did not survive the signing of the new Paris Peace Treaty signed on February 10, 1947, which restored the pre-war border with Hungary.<sup>21</sup> By 1948 the imposition of Communism was completed in both countries, and that ended the hopes for closer ties like a customs union between them. All private property was nationalized, that deprived the Hungarian urban middle class from their economic base, while the collectivization of agriculture made the Hungarian peasants, too, dependent on the hostile state. The abolition of all civil liberties deprived the Hungarians from their own political party and press, and the very restricted role allowed for the churches (most members of the higher clergy was imprisoned or under house arrest) took away even spiritual support. The *Székely* region of Transylvania was given nominal autonomy, but it was nothing like self-government: it provided only for the free use of the Hungarian language. In the other regions of Transylvania, however, the use of Hungarian and the participation of the Hungarians in public administration was increasingly restricted. The rapid and artificial drive for urbanization and industrialization soon changed the ethnic composition and thus the character of all the towns. The most striking change occurred in Cluj/Kolozsvár, the traditional capital and largest city of Transylvania, where the percentage of the Hungarians fell from 81.6 (1910) and 57.6 (1948) to 19 per cent by 2002.<sup>22</sup> This was deliberate policy: communism in Romania soon acquired a nationalist character, and the totalitarian methods were extremely well suited for mistreating and suppressing the Hungarian and other minorities.

The 1956 Revolution in Hungary had far-reaching repercussions in Romania. The Hungarian communities naturally showed great sympathy for the fight for democracy and independence in the “mother country,” but many Romanians, especially the young and those living in the towns, were also elated; they hoped that Communism would soon come to an end in Romania, too. The communist authorities of Romania were indeed frightened, and reacted to the numerous demonstrations by extremely harsh repressive measures. Several trials were held, almost exclusively implicating Hungarians, ending in many death penalties or in long terms of imprisonment, often spent under inhuman conditions in the delta of the Danube. Romania was also keen to cooperate with Moscow in handling the crisis. They offered troops for overthrowing the revolutionary Nagy government, and after the second Soviet intervention collaborated in the kidnapping of Nagy and his associates by providing a place for keeping them under arrest. Resettlement policies, moving Romanians (often from “the Old Kingdom” beyond the Carpathians) to the towns in order to change their ethnic composition, speeded up. In 1959 the Hungarian-language Bolyai University in Cluj/Kolozsvár was “merged” with the Romanian Babes University, despite strong protests by the Hungarian professors and students, leading to several suicides. Education in the Hungarian language on the lower grades, too, was increasingly restricted, and the proportion of Hungarian students fell noticeably on all levels of education. The textbooks used in the schools showed a definite anti-Hungarian bias, falsifying history, generating intolerance among the Romanians towards the Hungarians, and humiliating the Hungarian minority. In 1961 the Hungarian Autonomous Region was abolished.

Discrimination against the Hungarians became more marked when in 1964 Nicolae Ceausescu became the head of the Romanian communist party, and soon developed a personality cult, which looks ridiculous by hindsight, but in some ways it surpassed even what Stalin had created about himself a few years earlier. While travel between Hungary and Romania became possible from the late 1960s on, in the 1980s more and more Hungarian citizens were banned from Romania for the crime of visiting its Hungarian regions too frequently and bringing books and newspapers into a country increasingly isolated from the outside world.<sup>23</sup> What went on in Romania against the Hungarian minority was becoming too much even for a “fraternal” communist neighbor to put up with. Hungary started to criticize Romania’s abuse of human rights at the Helsinki follow-up conferences. Critics started to speak of “cultural genocide” in Romania,<sup>24</sup> The situation became even worse when the Romanian dictator in the late 1980s introduced the plan what was euphemistically called “systematization”: eliminating smaller, “uneconomical” villages and mo-

ving their inhabitants into newly built but sub-standard large housing estates in selected towns. That was seen as an effort to destroy many Hungarian villages, dispersing those old communities, and thus speeding up the artificial assimilation of the Hungarian minority. Despite a large host of informers and the brutal measures of the dreaded political police, the *Securitate*, a clandestine Hungarian publication (Ellenpontok, Counterpoints), the only “samizdat” in Romania, showed that resistance was growing.

Ceausescu’s drive to spend an ever larger proportion of the GDP on very questionable investments (from industrial plants in unsuitable regions to a huge government quarter in Bucharest), and to pay back all the foreign debt in a few years, led to shortages in food, other basic commodities, and electricity. The pauperization of the whole population alienated from the dictator most of the Romanian population, too. Many Romanians escaped to the West (Paris was the traditional center of Romanian political exiles), and from 1989 Hungary, too, gave political asylum for Romanian citizens – whether Romanians or Hungarians. At the spectacular re-burial of the Hungarian martyrs of 1956 on 16 June, 1989, members of the Hungarian and Romanian political opposition met and came out with a Declaration. Among others it stated that: *“Our two nations, whose historic development is tied to the same geographic region, must now lay the groundwork for normal relations. Because of the unique (mixed) ethnic composition of Transylvania, the problem would in no way be solved by a revision of borders, but rather through a redefinition of their role: to facilitate, in the spirit of Helsinki, the free flow of people, information and ideas. [...] Transylvania, which was and remains the cradle of mutually complementary cultures, must become a model for cultural and religious pluralism. [...] Each nationality must be guaranteed the right of independent political representation and the right of cultural autonomy. The realization of these rights requires – among others – the introduction of Hungarian-language instruction at every level, including the re-establishment of the Hungarian University in Cluj/Kolozsvár.”* Sadly, the last two points of this declaration have remained demands unrealized so far.

The fall of the Berlin wall and of all the European communist dominoes in 1989 did not leave Ceausescu’s dictatorship in place. When in the western Transylvanian town of Timisoara/Temesvár an outspoken Hungarian Calvinist minister was removed from his parish, the protest of the local Hungarians was joined by the Romanians. Both the secret police and the army was called in, leading to a massacre, but when the dictator convened a mass rally in the capital to condemn the Timisoara rising, the crowd turned against him and demanded his resignation. Ceausescu, unaccustomed to any sign of opposition, fled in panic by a helicopter, but was soon captured by army units which joined a newly found National Salvation Front. An impromptu court-martial tried and condemned the “Conducator” (Nation-leader) and his wife, Elena, to death by firing squad. The sentences were immediately carried out.

Units loyal to the dictator were still fighting in the streets of the major towns when convoys of trucks started from Hungary to deliver aid – food, medicine and clothing – to Romania (mainly but not exclusively to Transylvania). There was a groundswell of mutual sympathy between Romanians and Hungarians on both sides of the border. The Hungarians of Transylvania immediately formed their own political party, the Democratic Alliance of the Hungarians of Romania (U.D.M.R. in Romanian). On January 5, 1990 the National Salvation Front pledged itself to a radical change in the policy towards the Hungarian minority. *“The common sacrifice of blood has proved that the policy of inciting inter-ethnic tensions based on a chauvinistic policy of forced assimilation and the campaign of calumny waged against neighbouring Hungary and the Hungarian national minority in Romania has not been able to destroy the trust, friendship and unity between the Romanian nation and the national minorities [...] The National Salvation Front will realize and guarantee individual and collective national rights and freedoms.”* Unfortunately, this spirit did not last very long and the accompanying pledges have remained unfulfilled to the present. Radical Romanian nationalism was also set free, the anti-Hungarian organization *Vatra Romaneasca* was founded on February 8, 1990, in the traditional Hungarian center Marosvásárhely/Tirgu Mures, where in mid-March violent villagers from the neighborhood attacked the Hungarians who peacefully demonstrated for the return of a 400-year old Calvinist College. The clash claimed several lives and put an end to the hopes for ethnic harmony in the new Romania. That was reinforced by the adoption of the new Constitution (1991), which states that Romania is a “unitary national state” and prohibits activities deemed “separatist.”

Ever since the overthrowing of the dictatorship the Hungarians of Romania have proved exemplary democrats: although they have been the objects of much abuse and discrimination ever since, they have never resorted to violence let alone terrorism, they fought for their rights only by peaceful, political methods. In the apt words of a young Romanian scholar, “The political demands of minorities are based on one fundamental concern: *the desire to preserve their identity and protection against discrimination.* In addition, *access to resources managed or controlled by the state is a great concern to many ethnic minorities.* [...] UDMR [the Hungarian Party] is an organisation with two-objectives, ethnic and national ones. The main ethnic objective refers to the elimination of discrimination and changing the anti-Hungarian feeling in Romania. It also supports the requests for ‘cultural and regional autonomy’, including separate educational institutions and autonomous churches. It demands that Hungarian civil servants be appointed in the counties with a majority Hungarian population, but it conceives these moves in the context of the local government reform, rather than in terms of specific minority issues. [...] UDMR continues to argue that the laws adopted by the Parliament should serve the democratisation of the entire society and be fashioned after the modern European principles and standards.”<sup>25</sup> Another crucial demand of the Hungarians is the return of property “nationalized,” that is confiscated during Communism, to the original owners, whether individuals or institutions. In the last few years much land and forest was given back to the previous legal owners or their descendents, but only a fraction of the buildings were returned to the various denominations. Upon the initiative of U.S. Congress Representatives Lantos and Tancredo the United States House of Representatives recently passed H. Res. 191 on May 23,

2005, urging the “Government of Romania to recognize its responsibilities to provide equitable, prompt and fair restitution to all religious communities for property confiscated by the former Communist government...” In the last years there has been some, but only incremental progress in that issue.

Given the fact that the proportion of the Hungarians in Transylvania has fallen from 31.7 (1910) to less than 20 per cent (2001), it should be understood that the fight of the Hungarians of Transylvania for their survival as a community is a life and death struggle.

<sup>1</sup> There is a vast literature dealing with the history of Transylvania. The most up-to-date is the three-volume *Erdély története* (Budapest: Akadémiai Kiadó, 1986), translated into English: *History of Transylvania* / gen. ed. Béla Köpeczi. Boulder, Colo.: Social Science Monographs; Highland Lakes, N.J.: Atlantic Research and Publ., 2001-2002, and available in a shortened English and German version, too. The detailed Romanian account (Ștefan. Pascu, *A history of Transylvania* (Detroit 1982) is heavily slanted as it was published under the communist dictatorship of N. Ceausescu. Unfortunately the most up-to-date history of Romania (*History of Romania. Compendium*. Edited by Ioan-Aurel Pop, Ioan Bolovan. Cluj-Napoca: Romanian Cultural Institute, Center for Transylvanian Studies. 2006, is also distorting the history of Transylvania, denigrating the role and contribution of the Hungarians. The most crucial – and most debated – period is covered by Sándor Biró: *Kisebbségben és többségben. Románok és magyarok (1867-1940)* [In Minority and in Majority. Romanians and Hungarians]. Bern: Európai Protestáns Magyar Szabadegyetem, 1989. A richly illustrated historical essay from 1934, Károly Kós: *Transylvania* was republished in Budapest 1989. An invaluable analysis is offered by Cadzow, John F., Ludanyi, A. and Elteto, L.J. (eds.): *Transylvania. The Roots of Ethnic Conflict*. Kent, OH: Kent State University Press, 1983.

<sup>2</sup> In Latin, which was the official language of Hungary until 1844 [!], the institution was called *ducat*. Such an arrangement used to be quite common: the heir to the throne of England is the Prince of Wales, that of Italy (was) the Duke of Aosta etc.

<sup>3</sup> Andrew Ludanyi's review of Rogers Brubaker, Margit Feischmidt, Jon Fox, Liana Grancea, *Nationalist Politics and Everyday Ethnicity in a Transylvanian Town*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006.

<sup>4</sup> In the 16<sup>th</sup> century the population of Transylvania comprised 255,000 Hungarians, 100,000 Romanians and 70,000 Germans (Saxons). In 1730, according to Austrian statistics, out of 725,000 people 420,000 were Romanian, 190,000 Hungarian, and 120,680 Saxon. See Elemér Illyés, *National Minorities in Romania. Change in Transylvania*. Boulder, Colo.: Distributed by Columbia University Press, New York, 1982. East European Monographs, No. CXII. pp. 16–18.

<sup>5</sup> Ludányi, *op.cit.*, Cf. Sorin Mitu. *National Identity of Romanians in Transylvania*. Budapest and New York: Central European University Press. 2001., and Keith Hitchins, *The Romanians, 1774–1866*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

<sup>6</sup> The denominational distribution of the population of Transylvania in 1850 (figures for 1910 in brackets): Greek Catholic 664,154 (749,404); Greek Orthodox 621,852 (792,864) Roman Catholic 219,536 (375,325); Protestant 196,356 (229,028); Unitarian 45,112 (67,749); Jewish 15,606 (64,074). Ildikó Lipcsey: *Romania and Transylvania in the 20<sup>th</sup> Century*. Budapest, 2004. p. 5. <http://www.hungarianhistory.com/lib/lipcsey/lipcsey.pdf>

<sup>7</sup> A masterful and authentic description of political and social conditions in the early 19<sup>th</sup> century: John Paget: *Hungary and Transylvania: With Remarks on Their Social, Political, and Economical Condition*. London, 1839, 1849, 1850, 1855; Philadelphia, 1850, New York, 1871.

<sup>8</sup> Illyés, *op.cit.* 87.

<sup>9</sup> Charles Seymour, “Austria-Hungary Federalized Within Existing Boundaries,” May 25, 1918. National Archives, Rg 256, Inquiry Document 509.

<sup>10</sup> Charles Seymour, “Epitome of Reports on Just and Practical Boundaries Within Austria-Hungary for Czecho-Slovaks, Jugoslavs, Rumanians, Poles, Ruthenians, Magyars,” undated [around the end of 1918]. NA RG 256. Inquiry Doc. 514.

<sup>11</sup> Francis Deák, Hungary at the Paris Peace Conference. New York, 1942. 15–21. and Peter Pastor, *Hungary Between Wilson and Lenin: the Hungarian Revolution of 1918-1919 and the Big Three*. New York: East European Quarterly, 1976. 100–104.

<sup>12</sup> Sándor Taraszovics, „American Peace Preparations During World War I,” in Ignác Romsics (ed.), *20<sup>th</sup> Century Hungary and the Great Powers*. Boulder, Colorado: Social Science Monographs, 1995. pp. 86–87, 90–91.

<sup>13</sup> István Zalatnay: “The Hungarian Minority in Transylvania.” *The Hungarian Observer*. May 1994, 8–18. Quotation on P. 9.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> H. and C. Seton-Watson, *The Making of a New Europe: R.W. Seton-Watson and the Last Years of Austria-Hungary*. London: Methuen, 1981), P. 435.

<sup>17</sup> F.H. Hinsley, *Power and the Pursuit of Peace. Theory and Practice in the History of Relations between States* Cambridge, 1963. P. 282.

<sup>18</sup> C.A. Macartney: *October fifteenth. A History of Modern Hungary. 1929-1945*. 2 vols. Edinburgh: the University Press, 1956–1957. Vol. I. P. 426.

<sup>19</sup> N.F. Dreisziger: „Stalin's Wartime Plans for Transylvania, 1939–1945. In Hupchick, Dennis P. and Weisberger, R. William: *Hungary's Historical Legacies. Studies in Honor of Steven Béla Várdy*. Boulder, Colo., Distributed by Columbia University Press, New York, 2000. East European Monographs, No. DLIV, pp. 146-154. Cf. Ignác Romsics (ed): *Wartime American Plans for a New Hungary*. Boulder, Colo., Distributed by Columbia University Press, New York, 1992. East European Monographs, No CCCLIV.

<sup>20</sup> Stephen D Kertész: *Between Russia and the West. Hungary and the Illusions of Peacemaking, 1945-1947*. Notre Dame, 1984. P. 194.

<sup>21</sup> A very thorough documentary account of this transitional period is Mihály Fülöp and Gábor Vincze (eds): *Revízió vagy autonómia? Iratok a magyar-román kapcsolatok történetéről (1945-1947)* [Revision or Autonomy. Papers Relating to the History of Hungarian-Romanian Relations], Budapest, 1998.

<sup>22</sup> Kocsis, Karoly and Hodosi-Kocsis, Eszter: *Ethnic Geography of the Hungarian Minorities in the Carpathian Basin*. Hungarian Academy of Sciences: Budapest, 1998. pp. 117-125. For the latest figures: <http://hu.wikipedia.org/wiki/Kolozsv%C3%A1r#Lakoss%C3%A1ga>

<sup>23</sup> All those violations of human rights did not go unnoticed in the West. After a few articles in newspapers more substantial works gave documentary evidence for Ceausescu's anti-Hungarian policies. Two outstanding summaries stand out: Elemér Illyés's account

and a compilation drawn up at the end of the 1980s by the Hungarian opposition party Hungarian Democratic Forum: *Report on the Situation of the Hungarian Minority in Rumania*, Budapest, 1988. Later it was published in a revised version: Rudolf Joó and Andrew Ludanyi (eds.), *The Hungarian Minority's Situation in Ceausescu's Romania*. New York, 1994.

<sup>24</sup> Expatriate Hungarians in the United States formed a Committee for Human Rights in Rumania in the 1970s Their advertisement placed in the May 7, 1976 issue of *The New York Times* "Will the U.S. Endorse Cultural Genocide in Rumania?" was noticed beyond the interested parties, and the U.S. policy of granting "Most Favored Nation" treatment to Romania came under attack in the U.S. Congress. Cf. *Witnesses to Cultural Genocide: Firsthand Reports on Rumania's Minority Policies*. New York, 1979.

<sup>25</sup> Oana-Valentina Suci: *Ethnic Minorities in Romania in the Light of EU Integration*. CRCE Paper. London, 2006. <http://www.crce.org.uk/briefings/brief9.shtml>

УДК 340.11; 340.12; 340.15; 347.1

## В.А. ВИТУШКО

*Владимир Александрович Витушко, доктор юридических наук, профессор, профессор УО ФПБ «Международный университет «МИТСО», г. Минск (Республика Беларусь)*

### КОНТИНУАЛЬНОЕ ПРАВОПОНИМАНИЕ В ПРОШЛОМ, НАСТОЯЩЕМ И БУДУЩЕМ ЦИВИЛИЗАЦИИ

После распада СССР и догматизма правовой идеологии в юридических науках вновь образовавшихся суверенных государств постсоветского пространства оживился интерес к фундаментальным вопросам права. В последние десятилетия одно из обсуждаемых тем стало правопонимание. Появился ряд публикаций, посвященных этим вопросам, в том числе монографического характера, проводятся специализированные научно-практические конференции<sup>1</sup>. Особое внимание уделяется синтетическим (интегральным) подходам к пониманию права, его сущности. Но на постсоветском пространстве еще не выработаны основные начала, компоненты и методология нового правопонимания.

В статье предпринята попытка систематизировать и обобщить основные авторские положения правопонимания, разработанные в течение последних десятилетий. Данное правопонимание названо континуальным в силу ряда излагаемых ниже обстоятельств понятийного характера.

Термины «континуум», «континуальное» являются общенаучными терминами, используемыми в философии, математике, физике и ином естествознании. Происходят от латинского *continuum*, означающего непрерывность. Понятие континуума имеет важное методологическое значение, устраняющее негативизм скачкообразных, прерывных представлений о развитии природы, используется для анализа проблем причинности, соотношения части и целого и т.д.<sup>2</sup> В юриспруденции этот термин до сих пор не получил должного применения. Впервые мы его использовали в 1994 г., выступая на международной конференции по проблемам разработки новых гражданских кодексов на постсоветском пространстве, где с точки зрения теории систем обосновывали положение, что все субъекты гражданского оборота являются составными частями общества. «Поэтому в гражданском правоотношении следует выделять как его элементы горизонтальные отношения, основанные на свободе между независимыми друг от друга субъектами гражданского оборота, и вертикальные отношения, основанные на зависимости между этими субъектами, с одной стороны, и общественным интересом или интересом третьих лиц, с другой стороны. Горизонтальные и вертикальные гражданско-правовые отношения образуют крестообразный юридический континуум этого правоотношения»<sup>3</sup>. Идея крестообразной неразрывной связи горизонтальных и вертикальных отношений в обществе была выработана еще ранее<sup>4</sup>. В дальнейшем вопросы континуальности в праве исследовались в рамках других правовых понятий и институтов<sup>5</sup>.

Имеются и другие определения понятия континуальности в праве. Так, термин «континуитет» может использоваться для описания преемственности в развитии права, правосубъектности государств, непрерывности заседаний парламента и происходит от латинского *continuitas* и английского *continuity*<sup>6</sup>.

Понятие правопонимания хотя и используется в литературе, однако сам термин «правопонимание» не стал традиционным в юриспруденции, не упоминается в некоторых крупных энциклопедических юридических словарях<sup>7</sup>.

В 2016 г. в УО ФПБ «Международный университет «МИТСО» (Минск) была проведена специальная международная научно-практическая конференция на тему «Проблемы правопонимания и правоприменения в прошлом, настоящем и будущем цивилизации». Здесь был приведен ряд точек зрения о правопонимании<sup>8</sup>. Так, правопонимание рассматривалось не только как правовая, но и как философско-правовая категория, «... и как элемент правосознания, состоящего из двух взаимосвязанных компонентов: правового сознания и правовой ментальности»<sup>9</sup>.

Из сказанного видно, что понятие правопонимания связано с понятиями правосознания и правовой культуры, но должного разграничения этих понятий в литературе нет. Последние являются достаточно разработанными и устоявшимися в общей теории права. Обычно принято считать, что правосознание – это особая форма общественного сознания, связанная с религиозной, политической, философской, нравственной и иными его формами. Компонентами правосознания являются юридические знания, идеи, правовые оценки, эмоции, чувства, интуиция и др. Соответственно, в состав правосознания включаются правовые знания, правовая идеология и правовая психология. Важнейшим признаком правосознания считается отражение в нем отношения индивидов, его групп и общества к существующему и желаемому праву<sup>10</sup>.

Традиционные подходы указывают на дискретное определение правосознания, ограничивая его сферой действующего или желаемого права, правового режима в обществе, делая правосознание вещью в себе, несмотря на декларируемую связь правосознания с иными формами общественного сознания.

Аналогичная дискретность пронизывает и понимание правовой культуры<sup>11</sup>.

Предлагается, что правопонимание является той частью правосознания, которая отвечает за динамику развития правосознания. Правосознание, само по себе, явление достаточно статичное как на уровне всего общества, так и на уровне корпораций и отдельных индивидов. А правопонимание, во-первых, связано, главным образом, с доктринальными и иными профессиональными оценками права и правопорядка в обществе, которые, сами по себе, подвержены постоянному развитию, эволюции. На это указывают исторические аспекты развития правопонимания и правосознания.

Так, традиционно отмечается, что жизнедеятельность первобытного общества была подчинена «нормативным регуляторам», среди которых выделялись табу, мифы, обычаи<sup>12</sup>. Однако социальная среда присутствует уже в рамках высокоорганизованных животных сообществ. Следует полагать, что она приобрела достаточную организованность еще до стадии появления человека разумного, т.е. на уровне гоминид, по типу австралопитеков, питекантропов, неандертальцев и иных человекоподобных существ, способных к активной взаимно согласованной деятельности. И, согласно данным антропологии, археологии и других наук, уже тогда существовали общеобязательные универсальные нормы технического, медицинского, санитарного и иного свойства<sup>13</sup>. Сегодня такого рода нормы мы называем техническими нормативными правовыми актами. С определенной степенью достоверности можно говорить, что данные нормативы и соответствующее правопонимание складывались подсознательно, в мышлении наиболее развитых индивидов, а не у всех индивидов одновременно и не стихийно<sup>14</sup>. И только позже такое правопонимание внедрялось в сознании широких слоев первобытных сообществ.

Последующее развитие правовых норм также указывает на их нетривиальную природу. Как показано в учении З. Фрейда о тотемах и табу туземных народов всех континентов, данные нормы не были сугубо нормами-запретами, а носили амбивалентный характер. Нормы табу структурно содержали и запретное, и священное. Тотемы включали в себя и запреты, и дозволения, и предписания<sup>15</sup>. Данная структура первобытных норм соответствует структуре современных норм права, которые также одновременно содержат в себе и дозволения, и запреты и предписания<sup>16</sup>.

Объяснения тому могут быть различными, в том числе, основанные на объективной расщепленности мышления людей, сочетающей в своем единстве полярные крайности суждений и переходные ступени. Например, в добре человек может видеть зло, а во зле – добро и т.д. Такая способность мышления могла быть заложена в генетике человеке либо в силу психических расстройств, либо в силу злоупотребления наркотическими кореньями и т.п. При этом нельзя отрицать творческого подхода к формированию сложно структурированных норм права трудами наиболее развитых представителей первобытных сообществ. Примечательно, что уже тогда общественное отношение к психике индивида, в частности воина, было на более высоком уровне, чем в современном мире<sup>17</sup>. Наши соотечественники после пережитых военных и иных катастроф не всегда могут рассчитывать на психологическую реабилитацию. Это указывает на то, что с древнейших времен в праве присутствовало и индивидуальное правоприменение. Таким образом, право и правоприменение гоминид, а затем и первобытного человека разумного, сочетало в себе универсализм и индивидуализм.

С течением времени правопонимание продолжало эволюционировать. Оно приобрело явно выраженные религиозные формы, первоначально политеистические, которые также сформировались сначала в умах особых слоев общества, включая авгуров, шаманов и иных гадателей<sup>18</sup>. После чего такое правопонимание трансформировалось в массовое правосознание. Об этом ярко свидетельствует история Древнего Египта, Древнего Рима и других народов в период до классического становления права, когда религиозное право занимало доминирующее положение в обществе.

В дальнейшем все более о себе стало заявлять светское право. Религиозное и светское право применялись одновременно, когда культовые служители, вожди, фараоны, императоры, цари и иные власть имущие делили ее в обществе. Но такое сосуществование религиозного и канонического права не было антагонистическим. В силу закона всеобщего взаимного отражения явлений природы и общества эти формы права активно взаимно проникали и дополняли друг друга. Соответственно уже первобытное право было сложно структурированным, содержало, как минимум, два компонента. А с появлением монотеистических религий, которые продолжили процесс расширения видов права по видам религий, совместно существовавших в обществе, например, Древнем Риме, структура права усложнялась.

Новая эра привнесла и иные формы расщепления и усложнения права и его норм. Ярким примером тому в Европе стало деление светского монолитного гражданского права Древнего Рима в начале III в. н.э. на

частное и публичное право. Примечательно, что в правосознании широких слоев римлян такое правопонимание сразу не отразилось. Упорно внедрявший это деление Ульпиан был казнен. С падением Древнеримской империи нормативные правовые акты иных государств средневековой Европы также многие столетия не имели деления на акты частного и публичного права. А англо-саксонское право, как полагают некоторые авторы, до сих пор не использует такое деление права.

Более универсальный и общенациональный светский уровень права и правосознания проявил себя в период становления абсолютистских монархий в Европе, который пришел благодаря философским, физическим, астрономическим и иным наукам, отвергавшим церковный догматизм. Прежде всего, здесь надо отметить труды И. Ньютона и Г. Галилея. Это обстоятельство также указывает, что правопонимание, в отличие от правосознания, – результат сугубо профессионального общенаучного, а не только юридического сознания, имеет более широкую платформу, опирающуюся на все формы общественного сознания, а также на все естественные и общественные знания. В период Новой истории в континентальной Европе, благодаря деятельности профессиональных юристов, право получило широкую отраслевую дифференциацию. А затем в континентальной Европе произошел еще один оригинальный процесс, указывающий на стремление профессионального юридического мышления к единению специального и индивидуального с комплексными и универсальными подходами. Так, в Германии в XIX в. стали складываться комплексные отрасли права (законодательства), такие как хозяйственное право и право социального обеспечения. Это означает только одно, что в правопонимании наметилась тенденция возврата к древнему единому пониманию права на новом витке и уровне правового мышления.

Такой же возврат происходит сегодня и к признанию ценности религиозного мышления и права. На это указывает опыт возвращения к религиозным ценностям на постсоветском пространстве, где религиозные акты все теснее соединяются со светскими нормативными правовыми актами. А в странах мусульманской правовой семьи, народов, проповедующих буддизм, иудаизм и других, церковь всегда была и остается тесно связанной с государством. *Единство религиозного и светского права указывает и на единство ценностного и прагматического в праве.* Религиозные мотивы управляли и будут управлять умами и действиями законодателей, судей, иных должностных лиц, а, тем более, простых граждан, осуществляющих свои права и исполняющих обязанности.

Кроме того, на правопонимание оказывают существенное влияние и другие факторы. Это узкие профессиональные и корпоративные соображения, социально-правовой статус личности и ее предков, временное окружение, чувства, которым может придаваться как позитивный, так и ложно понимаемый акцент, убеждения, страсти, привычки, склонности и даже пороки<sup>19</sup>.

С учетом этого и возникает масса разнообразных трактовок, концепций и теорий права, оценок социальных поведенческих, правоприменительных и иных актов. Так, все известные и получившие распространение в юриспруденции теории права можно разделить на монистические и синтетические (интегративные, комплексные). С монистических позиций право рассматривается как явление канонического, договорного, позитивистского, нормативистского, психологического, естественного, социального и иного характера. Но монистическое представление о праве может быть выражено не только с позиции указанных индивидуально определенных парадигм, но и в виде сложно структурированного видения права<sup>20</sup>. В свою очередь, синтетический подход также имеет различные интерпретации. Для одних он замыкается рамками позитивистского и социального права<sup>21</sup>. Для других он охватывает дополнительно еще либертарный и естественно-правовой подходы<sup>22</sup>. Но могут быть и более сложные представления. Все это многообразие представлений и теорий права и определяет динамику правопонимания. Но это не значит, что таким же образом изменялось и правосознание общества. Поэтому правопонимание следует рассматривать как общенаучное явление, присущее профессиональному и иному специализированному мышлению. При этом оно существенно различалось на различных этапах антропологического и эволюционного развития цивилизации.

Правопонимание формирует и правовую культуру. Но здесь еще добавляется влияние деятельности законодательных и правоприменительных органов и должностных лиц государства и частных структур. Поэтому влияние доктринального и иного специализированного правопонимания на правовую культуру широких слоев населения получается весьма посредственным. Это проявляется в том, что не только законодатели и правоприменители, но и профессиональные юристы, включая ученых, на постсоветском пространстве, за редкими исключениями, не заявляют о своих предпочтениях той или иной парадигме права, ограничиваясь обзором позиций. Более того, наш чиновник, как правило, не способен заявить своему руководителю о том, что будет руководствоваться требованиями Конституции или положениями доктрины, а не инструкциями руководителя.

Таким образом, можно сделать вывод, что комплексные, универсальные и синтетические представления о праве, его структуре и содержании были присущи обществу всегда<sup>23</sup>. А коль скоро монизм права является сложно структурированным, то *монистические и комплексные (синтетические, интегративные) подходы к праву – это одно и то же.*

Сложная структура монизма определяется не одним, а множеством критериев. Она многовекторная, многополярная. Структура права включает частное и публичное право, а также отраслевое деление права. Но это не значит, что все эти и иные виды права могут существовать в абсолютном отрыве один от другого. Все эти виды есть ничто иное, как только *абстрактные срезы с такого единого социального явления, как право.*

Право может быть определено и как социальное. При этом понятие социального не тождественно понятию общественного, как это обычно понимается. И тем более, социальное право имеет мало общего с правом социального обеспечения. Социальное право имеет свои особые признаки. Главными признаками понятия социального частного или публичного права являются императивы всеобщего равенства и демократизма, баланса интересов личности и общества, партнерства и сотрудничества всех субъектов права, соблюдения личностью и иными субъектами права прав и законных интересов неопределенного числа третьих лиц, тотальная взаимная зависимость всех субъектов права<sup>24</sup>.

Право может быть представлено и как явление разовое, в виде норм *ad hoc*, т.е. как событийное право<sup>25</sup>. Совершенно очевидно, что в определении права как событийного явления преувеличивается его аспект индивидуализации правопонимания, правотворчества и правоприменения. Но это не значит, что такая индивидуализация может игнорировать универсальные подходы и общеобязательные императивы. *Особенное и универсальное в праве также взаимно дополняются одно другим.*

Продолжая многовариантное расщепление права на виды, важно выделить право национальное и международное. Эти виды права также не находятся в абсолютном отрыве один от другого, а взаимно интегрируются. Национальные Конституции, законы и кодексы в современном мире сегодня включают в национальные правовые системы общепризнанные принципы и нормы права, наднациональное право. Более того, современное правопонимание позволяет пойти дальше подходов сравнительного правоведения и увидеть единство права всех прошлых и настоящих народов и государств, которое строится на единстве алгоритмом всех отраслей и отраслевых институтов для всего человечества. Такое право названо цивилизационным правом. Оно носит вневременной характер, является неотъемлемым элементом и отличительным признаком цивилизации<sup>26</sup>.

В современном военно-политическом противостоянии отдельных государств и их альянсов международное право в очередной раз подвергается искусственной ревизии и эрозии. А, по мнению некоторых авторов, международное право больше вовсе не существует. Но это все противоречит единой сущности людей, различных народов и государств. У человечества нет иного пути для своего выживания в условиях глобальных вызовов, как осознать и признать себя субъектами единого цивилизационного пространства и права. Поэтому ревизия международного права может идти только одним путем, трансформировав международное право в единое цивилизационное право, сочетающее в себе национальное своеобразие и универсальные цивилизационные императивы.

Кризис правопонимания на международном уровне сопровождается и кризисными явлениями на внутрисоциальных и региональных площадках. Распад СССР, Югославии и процессы национального самоопределения, влекущие формирование у возникающих таким образом отдельных государств собственного права, также указывают на абсолютизацию дискретных подходов к правопониманию. Так, когда-то единое советское право у бывших союзных республик сегодня раздроблено на национальные системы, в значительной мере опирающиеся на свои индивидуальные правовые алгоритмы и по-разному понимаемые пути международной правовой интеграции. Попытки создания межгосударственных образований и единого права на этом поле не дают должного эффекта, хотя культурологическое единообразие народов позволяет идти интегративными путями.

Отмечается кризис правопонимания и на микроуровне. Так, в рамках различных социальных слоев общества сегодня нет равенства на достойное потребление, образование, трудоустройство, медицинское обслуживание, досуг и др. Новый класс буржуазии ведет себя как средневековый иноземный завоеватель, никак не считаясь с интересами народа. Причем, он даже не имеет явной ориентации на инвестирование национальной экономики. Капиталы усиленными темпами выводятся за рубеж.

В корпоративных структурах на постсоветском пространстве болезненное развитие получили отношения между нанимателями и работниками. Причем введение контрактной формы найма, не учитывающей опыт советского и современного зарубежного трудового права, ставит работника в положение безмолвного крепостного.

Сложность структуры права и его расщепление далеко не ограничиваются указанным. Если попытаться проникнуть вглубь монистических теорий, то обнаруживается следующее. Например, позитивизм нельзя представить себе однородным в современном праве и законодательстве. Он имеет внутреннюю комплексность. Так, действующим законодательством Беларуси легализовано государственное и частное правотворчество и правоприменение. Частное, негосударственное правотворчество и правоприменение легализовано во многих актах. В частности, в Законе Республики Беларусь «О нормативных правовых актах», Трудовом кодексе Республики Беларусь и иных актах легализовано локальное правотворчество частных структур. В этих же законах, а также Законе Республики Беларусь «О третейских судах» и Законе Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде» легализовано частное правоприменение, т.е. частное правосудие.

Если идти еще дальше, вглубь позитивного права, то мы обнаружим сложную структуру всех его норм, а также прав и обязанностей субъектов правоотношений. Их сложность не замыкается только наличием в нормах гипотез, диспозиций и санкций. Структура норм права, как показано выше, включает еще дозволения, запреты и предписания в их единстве. Кроме того, надо отметить, что каждое право одновременно является и обязанностью. *Иными словами, право и обязанность – это одно и то же.* Их разграничение носит релятивный характер, т.е. меняющийся в зависимости от времени и места развития юридических фак-



тов и иных индивидуальных обстоятельств правоотношений. Например, для коммерческого юридического лица является правом получить оплату за поставленный товар, выполненную работу или услугу. Но у данного права всегда симметричным образом присутствует и обязанность. Субъект коммерческой деятельности имеет своей целью получение прибыли и ее распределение между его участниками (п. 1 ст. 44 Гражданского кодекса Беларуси (далее – ГК Беларуси). Аналогичные положения установлены и в ст. 84 Гражданского кодекса Украины (далее – ГК Украины). Значит, для реализации указанных целей коммерческая организация не только вправе, но и обязана получать оплату за свои товары, работы и услуги. Данное представление опирается и на ст. 385 ГК Беларуси (аналогичное указано в ст. 605 ГК Украины), согласно которой прощение долга возможно только тогда, если это не нарушает прав других лиц на имущество кредитора<sup>27</sup>.

Сложная структура норм права, прав и обязанностей позволяют сформулировать новое понимание структуры всякого правоотношения. Обычно под структурой правоотношения понимается совокупность субъектов, объектов и содержания. Но еще в рамках советской теории хозяйственного права были отражены представления о единстве и неразрывной связи административно-правовых и гражданско-правовых отношений. Континуальное правопонимание, направленное на уяснение непрерывной связи между субъектами правовых отношений, позволяет обнаружить в составе отраслевых вертикальные и горизонтальные правоотношения. Так, например, в рамках коммерческих юридических лиц существуют гражданско-правовые, или так называемые корпоративные правоотношения между: данными организациями и их участниками; между органами управления и участниками юридического лица; между участниками юридического лица. Кроме того, между юридическим лицом и наемными работниками также имеются частнопровые трудовые правоотношения, субсидиарно регулируемые гражданским правом. Когда коммерческое юридическое лицо вступает в договорные отношения по продаже или покупке товаров, работ, услуг, то эти внешние правоотношения неразрывно связаны с внутренними корпоративными и иными частнопровыми правоотношениями. В свою очередь, интересы участников юридического лица связаны с правовыми интересами иных субъектов права, третьих лиц. Интересы контрагента юридического лица по договорам купли-продажи, подряда, оказания услуг и иным связаны с правовыми интересами иной группы третьих лиц, кредиторами и т.п. Таким образом, при возникновении относительного договорного правоотношения к нему примыкают разного рода смежные правоотношения. В совокупности они формируют сложную взаимосвязь правоотношений с участием неопределенного числа лиц. Примыкающие правоотношения можно объединить в одно понятие вертикального частнопрового отношения. Вертикальные гражданские правоотношения, таким образом, это такие правоотношения, которые затрагивают права и законные интересы неопределенного числа третьих лиц. *Такого рода вертикальные и горизонтальные частнопровые отношения – это одно и то же.* Взаимосвязь традиционного горизонтального частнопрового отношения и вертикального частнопрового отношения, особенно абсолютного типа, образует комплексное (континуальное) частнопровое отношение, которое способно объединить неопределенное число лиц. Такое правоотношение означает не только непрерывную взаимосвязь частных правоотношений, но и сбалансированную единую и непрерывную систему частнопрового регулирования. Поэтому такого рода правоотношение и названо континуальным. Взаимосвязь вертикальных и горизонтальных гражданских правоотношений позволяет обществу осуществлять учет частных и общественных интересов гражданско-правовым методом, где важная роль придается осознанной саморегуляции, партнерству и сотрудничеству субъектов частнопровых отношений<sup>28</sup>.

Континуальное правопонимание имеет собственную методологию<sup>29</sup>. Ее можно также называть комплексно-индивидуальной<sup>30</sup>. Для юриспруденции, особенно в процессе правоприменения, всегда важен индивидуальный подход к оценке юридических фактов, определению прав и обязанностей субъектов правоотношений. Но индивидуальный, институциональный и иной дискретный подход в современной отечественной юриспруденции носит абсолютный характер, особенно в рамках научных исследований. Комплексные подходы не находят должного признания и применения. Допускается лишь констатация полезности комплексности в праве. В этой связи не устоялось еще понимание ценности совместного применения норм публичного и частного права, разве что в рамках конституционного правосудия. Универсализм права воспринимается не иначе как в виде позитивного законодательства. Континуальная (комплексно-индивидуальная) методология, на примере континуальной модели гражданского правоотношения, позволяет, во-первых, целенаправленно и системно осуществлять учет прав и законных интересов третьих лиц в частных правоотношениях относительного и абсолютного характера. Во-вторых, она сочетает на сбалансированной основе частные и общественные интересы, указывает на единство частного правового и публично-правового. В-третьих, континуальная методология позволяет увидеть многофункциональность отраслевых правовых понятий, институтов и иных явлений. Крайним проявлением континуальности является отождествление различных правовых понятий, институтов и явлений. Но избегая крайностей можно и нужно видеть общность и единство правовых явлений. Такая общность правовых явлений в рамках одной отрасли права вытекает из единства предмета и метода отрасли права. Но выявление данной общности зачастую игнорируется, считается более полезным искать особенности институтов и иных правовых явлений. В-четвертых, она формирует новое правовое сознание и правовую культуру, развивая общенациональные и межнациональные нравственные начала в правоотношениях.

Важнейшей особенностью такой методологии является применение общенаучных методов и законов природы и общества<sup>31</sup>. Всякие рассуждения о волевой природе права, о свободе воли, не ограниченной природными и социальными императивами, не имеют научной основы. Законодатель, государственный и част-

ний, имеет весьма посредственное отношение не только к праву, но и к нормативным правовым актам. Человек, его малые сообщества и государства – это лишь средства в цепях законов природы и социума, формирующие право.

Основой такого подхода является глобальный взгляд на человека, его сообщества и право<sup>32</sup>. Глобализм позволяет решать многие вопросы в теории права, правотворчестве и правоосуществлении. Он позволяет видеть человека не хозяином, а продуктом космической и социальной природы. Соответственно, все то право, которое человек и его сообщества творят, если оно не явно волюнтаристское, целиком и полностью зависимо от окружающей природы и социума. При этом процесс творчества включает и подсознательное формирование нормативных правовых актов, правоприменения и права в целом.

Континуальное правопонимание методологически рассматривает право, как продукт неразрывного единства индивидуального и комплексного, особенного и универсального, монистического и синтетического, ценностного и прагматического, а также иных дихотомий общенаучного и правового характера. Весь природный и социальный мир, окружающий человека, един и многомерен. А значит, право также единое и многомерное явление как по определению, так и по существу проведенного анализа.

Подводя итоги сказанному, следует отметить, что в данной статье изложена новая концепция континуального правопонимания. Сделан обзор типов правопонимания, рассматриваемого как профессиональное или иное специализированное отражение объективных процессов развития права. Проведен анализ исторических периодов эволюции права и правопонимания с момента появления человекоподобных гоминид по типу австралопитеков, питекантропов и неандертальцев до настоящего времени и определены перспективные направления дальнейшего развития.

Понятие континуума и континуального используются в общепринятых значениях в философии, физике, математике и юриспруденции, а также расширяется сфера их применения на предмет, метод, понятия и институты общей теории права и правовых отраслей.

С точки зрения предметного аспекта делается вывод, что традиционно описываемое монистическое и синтетическое (интегральное, комплексное) правопонимание – это одно и то же, поскольку монистическое правопонимание является сложно структурированным. С момента появления абстрактного и расщепленного мышления у человекоподобных сообществ их нормы поведения были одновременно универсальными и индивидуальными в процессе правотворчества и правоприменения. Внутренняя структура этих норм сочетает в себе дозволения, запреты и предписания, а также единство прав и обязанностей. Поэтому право и обязанность – это одно и то же, Разграничение прав и обязанностей носит релятивный характер. Кроме того, право и его нормы всегда сочетают в себе прагматические и ценностные компоненты. Соответственно, разумное отражение императивов природы и социума в правовых нормах включает все основные типы правопонимания. Так, с появлением первобытного религиозного мышления право стало опираться на сочетание религиозной и светской (позитивистской) формы правопонимания. Влияние духовности, в том числе религиозной, будет только усиливать свое влияние на человека, его малые сообщества и государства. Право всегда сочетало и сочетает в себе все то разумное, что выработано человеческой правовой культурой и наукой. Нельзя себе представить позитивное право без элементов психологического, естественно-правового и иных подходов.

Внутренняя структура права и его норм расщепляется не одномерно, а многомерно, на основе бесконечного числа критериев, разумно используемых человеком. В настоящее время особо остро ощущается потребность в понимании права как единой регулятивной системы. Единое право предстает как такая система, которая сочетает в себе на сбалансированной основе типовые подходы, а также национальные и общечеловеческие интересы. Такое право названо цивилизационным, поскольку оно носит вневременной характер, едино для всех прошлых и настоящих народов и государств. Это право связывает всех людей на Земле, все их малые сообщества и государства в непрерывную (континуальную) правовую связь. Такое возможно благодаря тому, что структура всякого правоотношения включает, с одной стороны, неразрывную связь отраслевых горизонтальных и вертикальных (иных смежных) правоотношений (континуумов). В рамках одной отрасли права горизонтальное и вертикальное правоотношение – это одно и то же, с точки зрения предмета и метода отрасли. С другой стороны, такого рода отраслевые юридические континуумы включены в неразрывную связь межотраслевых правоотношений, формируя межотраслевые юридические континуумы правоотношений.

---

<sup>1</sup> Лапаева В.А. Типы правопонимания: правовая теории и практика: моногр. / В.В. Лапаева. – М.: Государственная академия правосудия, 2012. – 578 с.; Честнов И.Л. Правопонимание в эпоху постмодерна: моногр. / И.П. Честнов. – СПб.: ИВЭСЭП, Знание, 2002. – 272 с.; Проблемы правопонимания и правоприменения в прошлом, настоящем и будущем цивилизации: сб. ст. Междунар. научн.-практ. конф. (г. Минск, 27 апреля 2016 г.) ; в 2 ч. / Междунар. ун-т «МИТСО»; редкол.: И.А. Маньковский (гл. ред.) [ и др.]. – Минск: Междунар. ун-т «МИТСО», 2016. – Ч. 1. – 258 с. и др.

<sup>2</sup> Философский энциклопедический словарь / гл. ред.: Л.Ф. Ильичев, П.И. Федосеев, С.М. Ковалев, В.Г. Панов. – М.: Сов. энциклопедия, 1983. – 840 с. – С. 275.

<sup>3</sup> Витушко В.А. Выступление / В.А. Витушко // Гражданское законодательство Российской Федерации: состояние, проблемы, перспективы: материалы Международной науч.-практ. конференции (г. Москва, 17–19 мая 1994 г.). – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, Высший Арбитражный Суд Российской Федерации, 1994. – 196 с. – С. 66–67.

- <sup>4</sup> Витушко В.А. *Философия креста комментарии* / В.А. Витушко // Кооперация: события, факты. – Минск: Изд-во «Белорусская Советская Энциклопедия» имени Пятруся Бровки, 1990. – 63 с. – С. 19–23.
- <sup>5</sup> Витушко В.А. *Корпускулярная и континуальная методология в гражданском праве Беларуси и России* / В.А. Витушко // Правовое обеспечение экономических реформ в славянских государствах: Тезисы докладов Международной науч.-практ. конференции (г. Минск, 5 октября 2000 г.). – Минск, 2000. – С. 46–49; Витушко В.А. *Континуальная теория юридических фактов. Проблемы правового регулирования хозяйственной деятельности экономики переходного периода* / В.А. Витушко // Молодежное научное общество. – 2002. – С. 3–8; Витушко В.А. *Развитие континуальных представлений о праве* / В.А. Витушко // Проблемы реализации норм прав в условиях формирования рыночных отношений: материалы республиканской науч.-практ. конференции (г. Минск, 28 ноября 2006 г.) / Белорусский государственный экономический университет. – Минск : БГЭУ, 2006. – С. 45–48; Витушко В.А. *Начала правового релятивизма* / В.А. Витушко // Правовая основа взаимодействия субъектов права Республики Беларусь: научно-практический анализ: материалы заоч. респ. науч.-практ. конференции; редкол. И.А. Маньковский (гл. ред.) [и др.]. – Минск: Междунар. ун-т «МИТСО», 2013. – С. 10–14.
- <sup>6</sup> Тихомирова Л.В. *Юридическая энциклопедия. 5-е изд., доп. и перераб.* / Л.В. Тихомирова, М.Ю. Тихомиров ; под ред. М.Ю. Тихомирова. – М., 2005. – 972 с. – С. 436; *Большой юридический словарь. 3-е изд, доп. и перераб.* / под ред. проф. А.Я. Сухарева. – М.: НОРМА-ИНФРА-М, 2008. – Т. VI. – 858 с. – С. 338.
- <sup>7</sup> Тихомирова Л.В. *Юридическая энциклопедия. 5-е изд., доп. и перераб.* / Л.В. Тихомирова, М.Ю. Тихомиров ; под ред. М.Ю. Тихомирова. – М., 2005. – 972.
- <sup>8</sup> Бочков А.А. *К вопросу определения права* / А.А. Бочков // Проблемы правопонимания и правоприменения в прошлом, настоящем и будущем цивилизации : сб. ст. Междунар. науч.-практ. конф.: в 2 ч. (г. Минск, 27 апреля 2016 г.) / Междунар. ун-т «МИТСО»; редкол.: И.А. Маньковский (гл. ред.) [и др.]. – Минск: Междунар. ун-т «МИТСО», 2016. – Ч. 1. – 258 с. – С. 9–12; Винник О.М. *Проблема эффективности правового регулирования, правопонимания и правоприменения в сфере корпоративных отношений: сравнительно-правовой анализ* / О.М. Винник // Там же. – С. 107–110; Витушко В.А. *Ценностные и прагматические компоненты права и его норм (еще один аспект понимания права с точки зрения его структуры)* / В.А. Витушко // Там же. – С. 18–21; Вишневский А.Ф. *Интегративное понимание права – научные и практические противоречия в его обосновании* / А.Ф. Вишневский, В.А. Кучинский // Там же. – С. 22–24; Осипова М.Ю. *Юридический позитивизм и юридическая наука о сущности государства и права* / М.Ю. Осипова // Там же. – С. 44–46; Скоробогатов А.В. *Правопонимание в российском юридическом дискурсе* / А.В. Скоробогатов // Там же. – С. 49–52 и др.
- <sup>9</sup> Скоробогатов А.В. *Правопонимание в российском юридическом дискурсе* / А.В. Скоробогатов // Проблемы правопонимания и правоприменения в прошлом, настоящем и будущем цивилизации : сб. ст. Междунар. науч.-практ. конф. : в 2 ч. (г. Минск, 27 апреля 2016 г.) / Междунар. ун-т «МИТСО»; редкол.: И.А. Маньковский (гл. ред.) [и др.]. – Минск: Междунар. ун-т «МИТСО», 2016. – Ч. 1. – С. 49.
- <sup>10</sup> *Общая теория государства и права: учеб. пособ.* / А.Ф. Вишневский, Н.А. Горбатов, В.А. Кучинский; под общ. ред. проф. В.А. Кучинского. – Минск: Амалфея, 2002. – 656 с. – С. 386–387; Сырых В.М. *Теория государства и права: учеб.* / В.М. Сырых. – М.: Юридический Дом «Юстицинформ», 2001. – 592 с. – С. 132–133; Тихомирова Л.В. *Юридическая энциклопедия. 5-е изд., доп. и перераб.* / Л.В. Тихомирова, М.Ю. Тихомиров ; под ред. М.Ю.Тихомирова. – М., 2005. – 972 с – С. 679 и др.
- <sup>11</sup> *Общая теория государства и права: учеб. пособ.* / А.Ф. Вишневский, Н.А. Горбатов, В.А. Кучинский; под общ. ред. проф. В.А. Кучинского. – С. 400–404; Сырых В.М. *Теория государства и права: учеб.* / В.М. Сырых. – С. 139–143; Тихомирова Л.В. *Юридическая энциклопедия. 5-е изд., доп. и перераб.* / Л.В. Тихомирова, М.Ю. Тихомиров ; под ред. М.Ю. Тихомирова. – М., 2005. – С. 670.
- <sup>12</sup> Сильчанка М.У. *Паходжанне дзяржавы і права: вучэб. дапам.* / М.У. Сільчанка. – Минск: Тэсей, 144 с. – С. 6, 52–66.
- <sup>13</sup> Алексеев В.П. *Становление человечества* / В.П. Алексеев. – М.: Политиздат, 1984. – 462 с. – С. 84–87, 161, 163, 256, 272, 275, 285 и др.
- <sup>14</sup> Витушко В.А. *Антропологічна перыядызацыя развіцця грамадства, сям’і і права* / В.А. Витушко // Сацыяльна-эканамічны і праваы даследаванні. – 2005. – № 2. – С. 9–25. – С. 22.
- <sup>15</sup> Фрейд З. «Я» и «Оно». *Труды разных лет* / Зигмунд Фрейд. – Тбилиси: «Мерани», 1991. – Кн. 1. – 397 с. – С. 217, 231, 239–242, 323, 330 и др.
- <sup>16</sup> Иоффе О.С. *Вопросы теории права* / О.С. Иоффе, М.Д. Шаргородский. – М.: Госюриздат, 1961. – 360 с. – С. 177; Горшенев В.М. *Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе* / В.М. Горшенев. – М.: Юрид. лит., 1972. – 258 с. – С. 82–84.
- <sup>17</sup> Фрейд З. «Я» и «Оно». *Труды разных лет* / Зигмунд Фрейд. – Кн.1. – С. 231–235 и др.
- <sup>18</sup> Витушко В.А. *Антропологічна перыядызацыя развіцця грамадства, сям’і і права (продолжение)* / В.А. Витушко // Сацыяльна-эканамічны і праваы даследаванні (продолжение). – 2006. – № 1. – С. 64. – С. 53.
- <sup>19</sup> Витушко В.А. *Гуманістычныя тэндэнцыі развіцця сучаснага грамадскага права* / В.А. Витушко // Проблемы гуманизации при подготовке экономических кадров: материалы науч.-метод. конф., посвященной 65-летию БГЭУ, 4 марта 1998 г. – Минск : Белорусский государственный экономический университет, 1998. – С. 11–13; Витушко В.А. *Роль духовных ценностей и культуры народов в формировании цивилизационного права* / В.А. Витушко // Юридична наука, практика і освіта : зб. наук. праць. – 2010. – Вып. 1. – С. 232–240; Витушко В.А. *Ценностные и прагматические компоненты права и его норм (еще один аспект понимания права с точки зрения его структуры)* / В.А. Витушко // Проблемы правопонимания и правоприменения в прошлом, настоящем и будущем цивилизации: сб. ст. Междунар. науч.-практ. конф. (г. Минск, 27 апреля 2016 г.). – Ч. 1. – С. 18–21.
- <sup>20</sup> Витушко В.А. *Сложно-структурированный монистический подход к пониманию права* / В.А. Витушко // Пятый Пермский конгресс ученых-юристов (г. Пермь, 24–25 ноября 2014 г.) // Избранные труды. – М. : Статут, 2015. – С. 15–21.
- <sup>21</sup> Скоробогатов А.В. *Правопонимание в российском юридическом дискурсе* / А.В. Скоробогатов // Проблемы правопонимания и правоприменения в прошлом, настоящем и будущем цивилизации : сб. ст. Междунар. науч.-практ. конф. : в 2 т. (г. Минск, 27 апреля 2016 г.) / Междунар. ун-т «МИТСО»; редкол.: И.А. Маньковский (гл. ред.) [и др.]. – Минск: Междунар. ун-т «МИТСО», 2016. – Ч. 1. – С. 52.
- <sup>22</sup> Осипова М.Ю. *Юридический позитивизм и юридическая наука о сущности государства и права* / М.Ю. Осипов // Там же. – С. 45.

<sup>23</sup> Витушко В.А. На пути к интегративному правопониманию / В.А. Витушко // Сацыяльна-эканамічныя і правыя даследаванні. – 2007. – № 3. – С. 38–48; Витушко В.А. Развитие синтетических представлений о гражданском праве / В.А. Витушко // Балтийский юридический журнал. – 2013. – № ½. – С. 4–10.

<sup>24</sup> Витушко В.А. Государственное гражданско-правовое регулирование рынка: моногр. / В.А. Витушко. – Минск: Белорусский государственный экономический университет, 1996. – 176 с.; Витушко В.А. Конституционно-правовые основы баланса частной и публичной властей в социальном правовом государстве : доклад / В.А. Витушко // Конституционно-правовые проблемы формирования социального правового государства, г. Минск. – Минск, 2000. – С. 31–32; Витушко В.А. Частная власть как правовой институт регулирования имущественных отношений : доклад / В.А. Витушко // Между прошлым и будущим. – Минск : БГЭУ, 2000. – С. 42–43; Витушко В.А. Право как социальная регулятивная система / В.А. Витушко // Эффективность осуществления и защиты права как гарантия создания правового государства: материалы международной науч.-практ. конференции (г. Минск, 2–3 декабря 2004 г.). – Минск, 2005. – С. 338–441; Витушко В.А. Социализация гражданского законодательства как фундаментальное направление его реформирования на постсоветском пространстве / В.А. Витушко // Материалы VI МНПК «Актуальні проблеми сучаснаго розвитку міжнароднаго марскога, господарскага та транспартнаго права, 14–15 квітня 2016 р. / м. Київ. – С. 186–193; Витушко В.А. Реализация принципов партнерства и сотрудничества в современном праве / В.А. Витушко // Общество, право, личность: вопросы взаимодействия в современном мире. сб. статей мнпзаоч. конф. (г. Минск, 10–15 декабря 2016 г.). – 2016. – № 4. – С. 7–11; Витушко В.А. Правовые основы социального рынка : моногр. // В.А. Витушко. – Минск : Междунар. ун-т «МИТСО», 2017. – 320 с.; Витушко В.А. Социальное гражданское право: основные признаки / В.А. Витушко // Актуальні проблеми сучаснаго розвитку цивільного, міжнародного морського, господарського та транспортного права : матеріали VII Міжнародної наук.-практ. конференції 06–07 2017 р. – К. : КДАВТ, 2017. – С. 117–122.

<sup>25</sup> Витушко В.А. Основы событийного права / В.А. Витушко // Актуальные вопросы совершенствования правовой системы на современном этапе: Материалы Междунар. НПК, г. Минск, 11–12 октября 2012 г. – Минск : Бизнесофсет, 2012. – С. 25–26.

<sup>26</sup> Витушко В.А. Становление человечества и права / В.А. Витушко // Вестник Российского государственного торгово-экономического университета. – 2005. – № 4 (12). – С. 6–14; Витушко В.А. Цивилизационное право как особая юридическая наука и регулятивная система / В.А. Витушко // Актуальные проблемы социально-экономических, правовых и гуманитарных наук: новые подходы: материалы МНПК п.п.с, аспирантов и студентов (г. Минск, 23 апреля 2010 г.). – Минск : БГЭУ, 2010. – С. 3–6; Витушко В.А. Эволюция права (опыт антропологической периодизации) / В.А. Витушко // Научные труды Российской академии юридических наук. – 2006. – № 6 (1). – С. 89–93; Витушко В.А. Цивилизационная сущность правовых принципов равенства, свободы и личной безопасности / В.А. Витушко // Сацыяльна-эканамічныя і правыя даследаванні. – 2008. – № 2. – С. 4–21; Витушко В.А. Цивилизационное правовое регулирование рынка в обществе / В.А. Витушко // Сацыяльна-правыя і эканамічныя даследаванні. – 2009. – № 2. – С. 19–35; Витушко В.А. Цивилизационное право: моногр. / В.А. Витушко. – Минск : БИП С Плюс, 2011. – 224 с.; Витушко В.А. Эволюция права / В.А. Витушко // Право и демократия. – 2013. – Вып. 24. – С. 47–67; Витушко В.А. Теория цивилизационного права: моногр. / В.А. Витушко. – Минск : Междунар. ун-т «МИТСО», 2015. – 320 с.

<sup>27</sup> Витушко В.А. Государственное гражданско-правовое регулирование рынка: моногр. / В.А. Витушко. – Минск: Белорусский государственный экономический университет, 1996. – 176 с. – С. 128–154; Витушко В.А. Содержание гражданских прав и обязанностей (некоторые вопросы теории) / В.А. Витушко // Юстиция Беларуси. – 2000. – № 1. – С. 52–56; Витушко В.А. К вопросу о симметрии гражданских прав и обязанностей / В.А. Витушко // Современные проблемы права, экономики и управления. Электронный журнал. – Тула. – 2016. – № 2 (3). – С. 63–69.

<sup>28</sup> Витушко В.А. Курс гражданского права: Общая часть / В.А. Витушко. – МН.: БГЭУ, 2001. – 414 с. – Т. 1: Науч.-практ. пособие. – С. 371–377.

<sup>29</sup> Витушко В.А. Современные подходы к пониманию системы и метода гражданского права: доклад / В.А. Витушко // Агропромышленное, хозяйственное и экологическое право в условиях переходной экономики: Материалы международной научной конференции (г. Минск, 22 октября 1998 г.). – Минск : БГЭУ, 1999. – С. 53–63; Витушко В.А. О методологии определения юридических понятий в законодательстве Беларуси / В.А. Витушко // Конституция – Основной закон белорусского государства и общества (к 20-летию принятия): материалы МНПК; (редкол. Г.А. Василевич – (отв.ред.) [и др.], г. Минск, 11–12 марта 2014 г. – Минск : Право и экономика, 2014. – С. 289–291; Витушко В.А. Методологические аспекты унификации правового регулирования вещных и договорных правоотношений / В.А. Витушко // Гармонізація правових засад підприємництва: матеріали IV Міжнародної наук.-практ. інтернет-конференції (м. Луганськ, 24–28 березня 2014 р.) / за заг. ред. О.В. Шаповалової. – Луганськ : Вид-во СНУ, 2014. – С. 9–15.

<sup>30</sup> Витушко В.А. Комплексно-индивидуальный метод в гражданском праве и правоприменительной практике / В.А. Витушко // Государство и право. – 2000. – № 9. – С. 15–27; Витушко В.А. Комплексно-индивидуальная методология толкования права / В.А. Витушко // Формирование основ конституционного государства : сб. научных трудов. – Новополоцк. – 2001. – С. 27–38; Витушко В.А. Методологический аспект конституционного контроля и развития социального правового государства / В.А. Витушко // Конституционный контроль и развитие социального правового государства: материалы международной науч.-практ. конференции (г. Минск, 9–10 сентября 2004 г.). – Минск, 2004. – С. 144–145.

<sup>31</sup> Витушко В.А. Общенаучная методология в цивилистике / В.А. Витушко // Журнал российского права. – 2000. – № 3. – С. 54–61.

<sup>32</sup> Витушко В.А. Глобализм как методология современного права / В.А. Витушко // Вестник молодежного научного общества. – 2000. – № 4. – С. 37–46; Витушко В.А. Некоторые вопросы истории развития глобализма и дифференциализма в праве / В.А. Витушко // Глобализационные процессы в сфере права: проблемы правового развития в России и СНГ: материалы науч.-практ. конф. (г. Москва, 19 апреля 2001 г.). – Москва, 2001. – С. 13–16; Витушко В.А. Влияние глобализма на современное гражданско-правовое регулирование общественных отношений / В.А. Витушко // Проблемы развития образования, юридической науки и практик: материалы междунар. науч.-практ. конф., посвященной 45-летию Академии МВД Республики Беларусь (г. Минск, 24–25 марта 2003 г.). – Минск, 2003. – С. 34–38.

## Резюме

### **Витушко В.О. Континуальне праворозуміння в минулому, сьогоднішньому і майбутньому цивілізації.**

У статті викладена нова концепція континуального праворозуміння. З точки зору предметного аспекту робляться висновки, що моністичне і синтетичне (інтегральне, комплексне) праворозуміння – це одне і те ж, оскільки моністичне праворозумін-

ня є складно структурованим. Право і обов'язок також являють собою дві сторони одного явища. Праворозуміння завжди поєднує в собі прагматичні й ціннісні, світські і релігійні, а також інші компоненти. Внутрішня структура права і його норм розщеплюється не одновимірно, а багатовимірно, на основі нескінченного числа критеріїв. Новим видом права є цивілізаційне право. Воно пов'язує всіх людей на Землі, всі їх малі спільноти і держави в безперервний (континуальний) правовий зв'язок, континуум правовідносин. У рамках однієї галузі права горизонтальне і вертикальне правовідношення – це одне і те ж. Методологічний аспект континуального праворозуміння включає єдність комплексного та індивідуального, універсального і одиничного, загального й приватного, прагматичного і ціннісного, а також інших полярних і перехідних форм права, прийомів, способів та засобів пізнання суспільства, людини і права.

**Ключові слова:** юридичний континуум, континуальне праворозуміння, монізм права, синтетичний, інтегральний підхід, цивілізаційне право.

#### Резюме

##### **Витушко В.А. Континуальное правопонимание в прошлом, настоящем и будущем цивилизации.**

В статье изложена новая концепция континуального правопонимания. С точки зрения предметного аспекта делаются выводы, что монистическое и синтетическое (интегральное, комплексное) правопонимание – это одно и то же, поскольку монистическое правопонимание является сложно структурированным. Право и обязанность также представляют собой две стороны одного явления. Правопонимание всегда сочетает в себе прагматические и ценностные, светские и религиозные, а также иные компоненты. Внутренняя структура права и его норм расщепляется не одномерно, а многомерно, на основе бесконечного числа критериев. Новым видом права является цивилизационное право. Оно связывает всех людей на Земле, все их малые сообщества и государства в непрерывную (континуальную) правовую связь, континуум правоотношений. В рамках одной отрасли права горизонтальное и вертикальное правоотношение – это одно и то же. Методологический аспект континуального правопонимания включает единство комплексного и индивидуального, универсального и единичного, общего и частного, а также иных полярных и переходных форм права, приемов, способов и средств познания общества, человека и права.

**Ключевые слова:** юридический континуум, континуальное правопонимание, монизм права, синтетический, интегральный подход, цивилизационное право.

#### Summary

##### **Vitushko V. Continuous legal understanding in the past, the present and the future of the civilization.**

The article presents a new concept of continual legal understanding. From the point of view of the objective aspect, conclusions are drawn: that: the monistic and synthetic (integral, complex) legal understanding is one and the same, since monistic legal understanding is complex structured. Law and duty also represent two sides of the same phenomenon. Legal understanding always combines pragmatic and value, secular and religious, as well as other components. The internal structure of law and its norms is split not one-dimensionally, but multidimensional, on the basis of an infinite number of criteria. The new type of law is the civilizational right. It connects all people on Earth, all their small communities and states in a continuous (continual) legal link, a continuum of legal relations. Within the framework of one branch of law, the horizontal and vertical legal relationship is one and the same. The methodological aspect of continual legal understanding includes the unity of a complex and individual, universal and unitary, general and private, as well as other polar and transitional forms of law, techniques, methods and means of cognizing society, human and law.

**Key words:** legal continuum, continual legal understanding, monism of law, synthetic, integral approach, civilizational law.

УДК 340.14

**А.О. ГЛОБА**

*Анастасія Олександрівна Глоба, студентка  
Київського національного університету імені Тараса  
Шевченка*

### **ВПЛИВ ЗАСТОСУВАННЯ СУДОВОГО ПРЕЦЕДЕНТУ НА ФОРМУВАННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ СИСТЕМИ ПРАВА В ДЕЯКИХ ЄВРОПЕЙСЬКИХ КРАЇНАХ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ**

Судовий прецедент та судова практика є одними з найдавніших джерел права та виступають класичними формами суддівського права, які зародилися ще за часів Стародавнього Риму, а з XIII ст. прецедентне право поширилося в Англії і створило класичну модель суддівської правотворчості, яку здійснювали королівські суди. Судовий прецедент є важливим джерелом права як в країнах англо-саксонського, так і в країнах романо-германського права, але його роль, значення та ступінь впливу на формування національної системи права потребує більш детального аналізу.

Дослідженням питання ролі та значення, а також особливостей та місця правового прецеденту в національних правових системах приділялась увага багатьох науковців, серед яких М. Козюбра, С. Шевчук, Я. Романюк, О. Петришин, Н. Кузнецова, Р. Майданик, А. Марченко, Б. Топорин, Е. Северен, Т. Нешатаєва, С. Муромцев, Н. Стецик та інші вчені, які вивчали дану проблематику. Разом із тим низка питань залишається до кінця не вивченою.

Правовому прецеденту найбільшу роль виділено у країнах англо-саксонського права, де він вважається первинним джерелом права і є обов'язковим для застосування судами. Національні системи цих країн побудовані на принципі *stare decisis*, який полягає у тому, що судові органи при прийнятті рішень керуються логікою попередніх аналогічних рішень, прийнятих судами вищої інстанції або ними ж самими<sup>1</sup>. Можна вважати, що право Англії було утворено на основі судової практики, але фактично правило прецеденту, яке зобов'язувало англійські суди дотримуватися рішень, прийнятих їхніми попередниками, закріпилося лише з першої половини XIX століття. При цьому варто зазначити, що особливістю судової практики країн англо-саксонського права є те, що обов'язкові прецеденти створюють тільки рішення, прийняті лише судами найвищої інстанції, а рішення інших судів можуть лише слугувати прикладом, але не створюють обов'язкового прецеденту<sup>2</sup>. Для цих країн закон відіграє другорядну роль. Наприклад, в Англії, як відомо, немає писаної Конституції, а те, що називається Конституцією, є комплексом норм законодавчого, а частіше – судового походження. Вони більшою мірою спрямовані на гарантування основних прав і свобод громадян та встановлення меж діяльності влади. Сам парламент фактично не контролюється нічим, окрім як громадською думкою, що у країні, побудованій на демократичних традиціях, відіграє надзвичайно важливу роль. Згідно з класичною теорією другорядності закону як джерела права, закон лише корегує та доповнює право, створене судовою практикою<sup>3</sup>. Та останнім часом деякі дослідники задаються питанням, чи не потребує подібна англійська класична теорія закону перегляду, і чи не є вона застарілою.

В останні десятиріччя в Англії з'являлося все більше законів, що вносили значні зміни у старе право та створювали новий розділ в англійському праві. Це передусім закони у сфері соціального захисту, охорони здоров'я, або ж закони, що регулюють розвиток економіки, транспорту, міст. Ці закони досить далекі від традиційних принципів тлумачення. Крім того, у 1965 р. було створено новий орган, до обов'язків якого ввійшло вивчення питання щодо потреб реформування англійського права. Та, незважаючи на ці зміни, більшість науковців піддають сумніву можливість, що видання нових правил щось змінить, адже надзвичайно важко викоринити принципи та погляди суддів і юристів на право, які склалися протягом століть. Тому можливо те, що судова влада й надалі одноосібно контролюватиме застосування нових законів, але, можливо, цей контроль буде обмежено і зведено до перевірки порядку перегляду адміністрацією спорів без контролю за винесеними рішеннями<sup>4</sup>. У будь-якому разі, можна сказати, що в Англії закон відіграє значну роль, особливо

у конкретних сферах життєдіяльності країни (економічна, соціальна сфера тощо), хоча судова практика, враховуючи усталені традиції, досі залишається основним джерелом права.

Розглянемо вплив судового прецеденту на формування національної правової системи через національні системи права деяких країн романо-германської та англосаксонської правових сімей.

Так, романо-германська правова сім'я основним джерелом права вважає нормативно-правовий акт, а судові рішення є лише актом правозастосування. Зокрема, цікавим та характерним для країн романо-германського права є застосування доктрин «усталеної судової практики». Тобто, низка раніше прийнятих та узгоджених судових рішень розглядається як переконливий доказ правильного тлумачення правової норми, що вимагає від судів визнавати важливість усталеної судової практики та дотримуватися її, незважаючи на вторинність судового прецеденту як джерела права<sup>5</sup>. Цікавим є те, що, наприклад, у Франції не тільки не визнається зобов'язальна сила прецеденту, а й забороняється. Згідно з французькою доктриною, рішення, прийняте судом на основі закону, виступає юридичним фактом, а не джерелом права<sup>6</sup>. Такі країни, як Данія, Греція, Італія, Швеція, Норвегія, Фінляндія правовий прецедент застосовують як результат правотворчої діяльності судів, законодавчо не закріпленій, тобто формально не визнає, але правовий прецедент фактично існує і застосовується.

Порівнюючи важливість судового прецеденту в країнах, що належать до англо-саксонської сім'ї права, і країнах романо-германського права, можна чітко простежити відмінності, адже роль судової практики, наприклад, у праві Англії є набагато більшою та суттєво відрізняється від її ролі у праві Німеччини. Ці відмінності зумовлені як історичними чинниками (одні країни заохочували розвиток прецедентного права, другі – обмежували його), так і законодавчою діяльністю державних органів країни: закріпленням у нормативно-правових актах або заборонаю прецеденту як джерела права.

Наприклад, в Іспанії терміни «судовий прецедент» і «доктрина прецеденту» є максимально наближеними до класичного уявлення про прецедент, притаманне системі загального права. Вони визначаються як «попереднє судове рішення, котре зобов'язує суд наслідувати його при розгляді аналогічних справ та прийнятті наступних рішень». Основною відмінністю правової системи цієї країни від правової системи загального права є те, що поряд із офіційним визнанням прецеденту діє «фундаментальний принцип», згідно з яким суддя повинен керуватися статутним правом, а не прецедентом<sup>7</sup>. Подібне закріплення юридичної сили та нормативного характеру в законодавчому порядку можна бачити і в Швейцарії, Португалії<sup>8</sup>.

У німецькому праві рішенням судів відводиться більша роль, ніж у Франції. Дослідники підкреслюють, що німецька система судових рішень має змішаний характер, якщо порівнювати її з французькою й англійською системами. На відміну від англійської системи, у ФРН відсутня обов'язкова сила прецеденту. Виняток становлять рішення Федерального конституційного суду. А от якщо порівнювати із правовою системою Франції, на відміну від французької системи, в ній визнається необхідність правового обґрунтування рішення судді, в постановках часто використовуються посилання на прийняті раніше рішення<sup>9</sup>.

Дослідники визначають, що у правовій системі сучасної Німеччини «прецедент зазвичай означає будь-яке попереднє судове рішення, яке має певний зв'язок зі справою, що розглядається». При цьому хоч і передбачається певна обов'язковість цього рішення для інших судів, що розглядають аналогічні справи, водночас, якщо розглядати його як джерело права, не йдеться про конкретику щодо його природи, характеру, обов'язковості чи юридичної сили<sup>10</sup>.

У Німеччині судова практика була визнана джерелом права на рівні з законом та договором лише в 1922 р. як наслідок Першої світової війни. Те, що Веймарська республіка будувалася на засадах демократії, сприяло визначенню особливої, але другорядної ролі судової влади у забезпеченні демократичного правління<sup>11</sup>. Саме поняття «прецедент» у німецькій правовій доктрині та практиці розуміється як раніше прийняте судове рішення, яке може стосуватися справи, що розглядається, і передбачає певну обов'язкову силу прийнятих судових рішень. При цьому, на відміну від інших національних правових систем, основна увага у визначенні прецеденту тут зосереджена на можливості рішення бути застосованим у подальших справах, воно не обов'язково має містити певні інструкції чи вказівки для вирішення подальших справ<sup>12</sup>.

Як і в більшості країн романо-германського права, судові рішення за німецькою правничою методологією не розглядаються як окреме джерело права. Але це не означає, що судова правотворчість відсутня. Німецька концепція поділу влади на офіційному рівні вимагає, щоб держава керувалася правом, а не судовими приписами, але на практиці це зовсім не означатиме, що вони не визнаються та застосовуються у випадках, коли положення закону сформульовані нечітко або містять прогалини. Якщо ці положення не викликають сумнівів у суді, тоді судді не мають права створювати прецедент. Але це правило не поширюється на конституційну юрисдикцію. Основний Закон ФРН закріплює права людини та основні свободи й інші конституційні принципи, сформульовані в силу самої своєї природи досить загально. Більше того, оскільки Федеральний Конституційний суд фактично визнав правомірною судову правотворчість, яка може не узгоджуватися з положеннями законодавства, Федеральний Верховний суд сформулював такий підхід до судової правотворчості та пристосування законів до конкретних обставин. Крім того, ієрархія обов'язковості прецеденту в Німеччині, можна сказати, слідує судовій ієрархії. Так, рішення Федерального Конституційного суду є обов'язковими для всіх органів державної влади, включаючи суди<sup>13</sup>. Федеральний Конституційний суд дотримується своєї попередньої практики з високим рівнем ретельності, хоча у цьому суді також відсутня офіційна доктрина обов'язковості раніше прийнятих судових рішень. Зокрема, слід зазначити, що роль прецеденту в різних галузях німецького права є різною (наприклад, шляхом судової правотворчості була сформована ціла низка норм трудового та адміністративного права).

Наприклад, в Україні, як у країні, що належить до країн романо-германської системи права, наявні різні аспекти застосування судового прецеденту, зокрема, судовий прецедент є другорядним джерелом права. Судова правотворчість у своїй більшості зводиться до тлумачення судами законодавства та вирішення питань щодо правильного застосування положень нормативно-правових актів у конкретній справі.

Значення судової практики, зокрема, стає особливо важливим при вирішенні спорів стосовно питань, які не досить чітко або неясно врегульовуються у законодавстві. Це пов'язано з одним із принципів судової практики, який забороняє судам відмовляти позивачеві у розгляді справи через наявність прогалин у чинному законодавстві, або через відсутність норми, що врегульовує поведінку в даній ситуації.

Незважаючи на те, що в Україні судова практика тривалий час не визнавалася джерелом права, нижчі судові інстанції завжди намагалися слідувати практиці вищих судів при вирішенні аналогічних справ, оскільки в іншому разі їх рішення могли бути скасовані в апеляційному чи касаційному порядку. Це означає, що судова практика вищих судових інстанцій завжди виступала орієнтиром як для нижчих судів, так і для інших правозастосовних органів<sup>14</sup>. Як правило, судова практика може надати переконливе обґрунтування для судового рішення, але посилання виключно на неї недостатньо. Воно має бути поєднане з посиланням на відповідний нормативно-правовий акт, нормативно-правовий договір або інше формально обов'язкове джерело права<sup>15</sup>. В Україні джерелами права є рішення Верховного Суду України, Конституційного Суду України, а також Європейського Суду з прав людини. Частина друга ст. 152 Конституції України говорить про те, що «закони, інші правові акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність». Ознаки «квазіпрецедентного» права мають також рішення Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України, які приймаються у ході реалізації відповідних конституційних повноважень, закріплених у ст. 150 Конституції України<sup>16</sup>. Загальнообов'язковий характер мають рішення Конституційного Суду України стосовно визначення конституційності правових актів. Аналогічних висновків можна дійти при характеристиці юридичної природи рішень Конституційного Суду України: оскільки він є «єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні» (частина друга ст. 147 Конституції України), його рішення щодо застосування Конституції України, зокрема прецедентного характеру, мають остаточний та загальнообов'язковий характер<sup>17</sup>. Крім того, практика Верховного Суду України є обов'язковою для застосування нижчими судами при вирішенні подібних справ як допоміжне джерело поряд із основними джерелами права. Як джерело права при розгляді справ суди в Україні застосовують практику Європейського суду з прав людини, іноді звертаючись до рішень Європейського суду з прав людини як до джерела права.

Загалом в Україні судова практика та судовий прецедент, на відміну від законодавства, розглядаються як другорядні джерела права, хоча їхня роль є досить вагомою у діяльності судів. Особливо їхня роль зростає протягом останніх років, адже «спостерігається тенденція до зближення загального і континентального права, поступове послаблення віри у примат закону», а у «законі починають вбачати лише вираз загальних принципів». Тому судова практика стає самостійним джерелом права<sup>18</sup>.

Таким чином, на основі викладеного вище можна зробити висновок, що застосування судового прецеденту як джерела права в країнах англосаксонської та в країнах романо-германської системи права відіграє одну з головних ролей. Важлива ознака цього джерела – незважаючи на певні відмінності трактування поняття судового прецеденту в різних країнах романо-германського права, характерним є те, що воно займає другорядне місце, а його застосування можливе лише за умови підкріплення його офіційними джерелами права: нормативно-правовими актами чи правовими договорами.

Разом з тим, аналізуючи судову практику України, можна зробити висновок, що судовий прецедент посідає особливе місце в галузі конституційного права. Так, рішення Конституційного Суду України мають загальнообов'язковий характер, зокрема у ході тлумачення норм права. У Німеччині судовий прецедент також є характерним для галузі конституційного права. Загалом у країнах романо-германського права судовий прецедент вступає в дію більшою мірою за наявності прогалин у чинному законодавстві, або ж з метою тлумачення правових норм. Іншою особливістю сучасного права є те, що відбувається певне зближення, асиміляція правових систем: в країнах англо-саксонської системи права все більше значення набувають писані нормативно-правові акти, а в країнах романо-германської системи права, навпаки, застосування судового прецеденту стає звичайним явищем. Також можна вважати, що судовий прецедент є ознакою держави, побудованої на засадах демократизму.

<sup>1</sup> Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. – К.: Реферат, 2007. – 640 с. – С. 372.

<sup>2</sup> Рене Давид. Основные правовые системы современности / Р. Давид. – М.: Прогресс, 1988. – 279 с. – С. 175.

<sup>3</sup> Там само. – С. 178.

<sup>4</sup> Там само. – С. 178–179.

<sup>5</sup> Шевчук С. Вказана праця. – С. 396.

<sup>6</sup> Майданик Р. Судовий прецедент в країнах континентального права / Р. Майданик // Юридична Україна. – 2013. – № 2. – С. 44–49. – С. 45–46.

<sup>7</sup> Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебское право: учеб. пособ. / М.Н. Марченко. – 2-е изд. – М.: Проспект, 2016. – 459 с.

<sup>8</sup> Майданик Р. Вказана праця. – С. 45.



<sup>9</sup> Порівняльне правознавство : підруч. для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів / В.Д. Ткаченко, С.П. Погребняк, Д.В. Лук'янов; за ред. В.Д. Ткаченка. – Х.: Право, 2003. – 274 с. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://textbooks.net.ua/content/view/4272/35/>

<sup>10</sup> Марченко М.Н. Вказана праця.

<sup>11</sup> Шевчук С. Вказана праця. – С. 416.

<sup>12</sup> Там само. – С. 421.

<sup>13</sup> Там само. – С. 421.

<sup>14</sup> Петришин О. Судова практика як джерело права в Україні: проблеми теорії / О. Петришин // Право України. – 2016. – № 10. – С. 20–27. – С. 22.

<sup>15</sup> Там само. – С. 22.

<sup>16</sup> Конституція України : чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 2 січн. 2018 р.: (офіц. текст). – К.: Паливода А.В., 2018. – 76 с. – (Законони України)

<sup>17</sup> Шевчук С. Вказана праця. – С. 511–512.

<sup>18</sup> Майданик Р. Вказана праця. – С. 45–46.

#### Резюме

**Глоба А.О. Вплив застосування судового прецеденту на формування національної системи права в деяких європейських країнах: теоретико-правовий аналіз.**

Стаття присвячена теоретико-правовому аналізу проблем впливу судового прецеденту на формування національної системи права в деяких європейських країнах. Зазначено, що порівнюючи важливість судового прецеденту в країнах, що належать до англо-саксонської сім'ї права та країнах романо-германського права, можна чітко простежити відмінності. Вивчаючи дану проблематику, зроблено висновок, що особливістю сучасного права є те, що відбувається певне зближення, асиміляція правових систем: в країнах англо-саксонської системи права все більше значення набувають писані нормативно-правові акти, а в країнах романо-германської системи права, навпаки, застосування судового прецеденту стає звичайним явищем.

**Ключові слова:** правова практика, правовий прецедент, судові рішення, джерело права, право, законодавство, юридичний факт.

#### Резюме

**Глоба А.А. Влияние применения судебного прецедента на формирование национальной системы права в некоторых европейских странах: теоретико-правовой анализ.**

Статья посвящена теоретико-правовому анализу проблем влияния судебного прецедента на формирование национальной системы права в некоторых европейских странах. Отмечено, что сравнивая важность судебного прецедента в странах, относящихся к англо-саксонской семье права и романо-германского права, можно четко проследить различия.

Изучая данную проблематику, сделан вывод, что особенностью современного права является то, что происходит определенное сближение, ассимиляция правовых систем: в странах англо-саксонской системы права все большее значение приобретают написанные нормативно-правовые акты, а в странах романо-германской системы права, наоборот, применения судебного прецедента становится обычным явлением.

**Ключевые слова:** правовая практика, правовой прецедент, судебное решение, источник права, право, законодательство, юридический факт.

#### Summary

**Hloba A. The impact of the application of judicial precedent on the formation of the national legal system in some European countries: theoretical and legal analysis.**

The article deals with theoretical law analysis of problems of judicial precedent's influence on national legal systems of some European countries. The author points out that comparing the role of judicial precedent in countries with common-law system and countries with civil-law system there are differences. The study lead to the conclusion that currently there is a tendency of unification of law systems: the role of enacted law in common-law systems is increasing, whereas civil-law systems start applying case law much more often.

**Key words:** case law, judicial precedent, ruling of the court, legal source, law, legislation, juridical fact.

Л.О. КАТЕРИНЮК

*Лілія Олегівна Катеринюк, студентка Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого*

## КОНЦЕПЦІЯ ЄДИНОГО РИНКУ ТА ПРОБЛЕМА ПОДВІЙНОГО ОПОДАТКУВАННЯ В ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ

Наразі, після завершення періоду кризи, який чітко визначив ступінь взаємозалежності економіки країн-членів ЄС, сприяння більш конкурентоспроможній економіці як фактору розумного та сталого розвитку є нагальною потребою для Європейського Союзу<sup>1</sup>. Ця позиція підкреслена Єврокомісією як частина стратегії «Європа 2020»<sup>2</sup>, в якій, зокрема, наголошується на необхідності зниження адміністративного тягаря, поліпшення ділового середовища та усунення податкових перешкод на шляху до єдиного ринку, який був і залишається наріжним каменем європейської інтеграції. У минулому Європейська Комісія неодноразово зазначала, що подвійне оподаткування є перепоною у транскордонному співробітництві та інвестиційній діяльності, і тому його викорінення повинно бути метою координованих дій держав-членів та ЄС<sup>3</sup>. На сьогоднішні податкові системи країн-членів ЄС не сприяють спрощенню існуючої правової бази. Навіть після 20 років існування єдиного ринку юридичні та фізичні особи, що здійснюють свою діяльність на ринку ЄС та є суб'єктами більш ніж однієї податкової юрисдикції, ризикують бути оподаткованими декількома країнами-членами ЄС. Так, під час опитування, проведеного Єврокомісією у рамках Консультації з приводу конвенцій щодо уникнення подвійного оподаткування та їх співвідношення з єдиним ринком ЄС<sup>4</sup>, 94 % респондентів серед юридичних осіб платників податків зазначили, що стикалися у своїй практиці із проблемою подвійного оподаткування, зокрема, ціна більше ніж 20 % таких спорів перевищує 1 млн євро. Свого часу навіть колишній президент Єврокомісії Маріо Монті акцентував увагу на необхідності подальшої роботи з ліквідації податкових бар'єрів у рамках єдиного ринку, зокрема шляхом запровадження дієвого механізму врегулювання суперечок у сфері подвійного оподаткування<sup>5</sup>.

Проблемам подвійного оподаткування на теренах ЄС присвячені роботи Джеймса Хейна, Джерома Монсенего, Майкла Ленга, Мелхіора Ватлета, Моріса Ленера, Реувена С. Аві-Йона, Франса Вайстіндела та інших. Вітчизняні науковці більшою мірою досліджували питання гармонізації податкового законодавства ЄС (М.М. Весельський, О.В. Вієцька, Д.О. Волков, С.Т. Девко, Л.М. Демиденко, К.В. Ященко), а також уникнення подвійного оподаткування в аспекті спадкування та здійснення діяльності групою компаній (С.В. Савченко, Р.М. Насиров).

**Метою** даної статті є аналіз феномена подвійного оподаткування в ЄС та його кореляції із концепцією єдиного ринку; вивчення законодавчих основ ЄС та практики Європейського суду щодо подвійного оподаткування; визначення правового механізму щодо уникнення подвійного оподаткування в ЄС та шляхів його вдосконалення.

Встановлення єдиного ринку є фундаментальною метою Європейського Союзу<sup>6</sup>. Лісабонський договір, на відміну від попереднього формулювання Договору про заснування ЄС, підсилив це твердження, визнаючи досягнення єдиного ринку не тільки ціллю, а й обов'язком ЄС. Концепція внутрішнього ринку в цьому аспекті дуже тісно пов'язана із основними свободами ЄС. Так, відповідно до ч. 2 ст. 26 Договору про функціонування ЄС єдиним ринком встановлюється «територія без внутрішніх кордонів, в якій забезпечується вільне переміщення товарів, осіб, послуг та капіталу»<sup>7</sup>. Разом із тим держави-члени ЄС мають беззаперечне право здійснювати свій суверенітет у сфері прямого оподаткування<sup>8</sup>. Як результат, компанія, що працює на транскордонному рівні, може опинитися в ситуації, коли різні держави-члени стягуватимуть податки з одного доходу чи капіталу. Професор з міжнародного податкового права Тілбурзького університету Ерік Кеммерен наголошує на тому, що метою ЄС є, зокрема, усунення подвійного оподаткування в межах єдиного ринку шляхом забезпечення вільного руху товарів, осіб, послуг та капіталу, і вона повинна бути спільною для всіх інституцій Європейського Союзу, які володіють достатніми засобами для її досягнення<sup>9</sup>.

У цьому контексті варто зазначити, що мета забезпечення «чотирьох свобод» є спільною як для ЄС, так і для Організації економічного співробітництва та розвитку (далі – ОЕСР). Так, відповідно до ст. 2(d) Конвенції про створення ОЕСР держави-члени беруть на себе зобов'язання самостійно та добровільно докладаючи зусиль для зменшення або усунення перешкод на шляху обміну товарами та послугами, а також підтримувати й продовжувати лібералізацію вільного руху капіталу<sup>10</sup>. У сфері оподаткування це прагнення у розширеному вигляді також згадується у параграфі 7 Коментарю до ст. 1 Типової моделі Конвенції ОЕСР щодо уникнення подвійного оподаткування («основною метою конвенцій щодо подвійного оподаткування є сприяння усуненню міжнародного подвійного оподаткування, обміну товарами та послугами та руху капіталу та осіб»)<sup>11</sup>, додатку до неї («необхідність усунення перешкод, які міжнародне юридичне подвійне оподаткування створює для вільного переміщення товарів, послуг, капіталу та осіб між країнами шляхом укладення кон-

венцій з цією метою»)<sup>12</sup> та Настанові ОЕСР щодо трансфертного ціноутворення («подвійне або багаторазове оподаткування може створити перешкоду для транскордонних операцій з товарами та послугами та перешкоду руху капіталу»)<sup>13</sup>.

Звичайно не можна вважати принципи та цілі ЄС і ОЕСР ідентичними один одному<sup>14</sup>, однак і неможливо заперечувати їх схожість. Проте, незважаючи на цю подібність, можна спостерігати розрив між, з одного боку, амбітними цілями усунення подвійного оподаткування ОЕСР та, з іншого боку, фактичною відсутністю нормативного закріплення таких амбіцій на рівні первинного права Європейського Союзу. Так, наразі в жодному із договорів ЄС подвійне оподаткування не зустрічається взагалі.

До підписання Лісабонського договору ст. 293 Договору про заснування ЄС була єдиним положенням, в якому прямо згадувалось подвійне оподаткування, але одночасно дане положення більшою мірою викликало проблеми інтерпретації, ніж дійсно допомагало в усуненні подвійного оподаткування. Так, на думку Люка Хіннекенса, сам факт існування цієї статті був перешкодою для прийняття директив у сфері подвійного оподаткування, що, як вважають деякі науковці, могли бути більш ефективним методом регулювання<sup>15</sup>. Даною статтею передбачалося, що «держави-члени, наскільки це необхідно, вступають в переговори одна з одною з метою забезпечення на користь своїх громадян (...) скасування подвійного оподаткування в межах Співтовариства»<sup>16</sup>. Обсяг статті було конкретизовано Європейським судом у справах Mutsch<sup>17</sup> та Gilly<sup>18</sup>. Зокрема, Суд зазначив що дана норма не має на меті встановлення правового обов'язку держав-членів як такого, а лише надає рекомендації щодо обсягу питань, з якими держави-члени мають вступати у переговори.

Інше питання, яке виникало у зв'язку із застосуванням цього положення, полягало у тому, що, надаючи державам-членам можливість вирішувати, чи готові вони взяти участь у переговорах та усунути подвійне оподаткування, ЄС фактично передавав компетенцію у сфері подвійного оподаткування державам-членам. Проте, як зазначив Європейський суд у справі Gilly, «усунення подвійного оподаткування у ЄС включено до цілей Договору про заснування ЄС» і таким чином все ж таки залишалось у компетенції ЄС<sup>19</sup>. Аналогічна позиція наведена у справі Nuygård, в якій Європейський суд постановив, що «виходячи з того, що усунення [наслідків подвійного оподаткування] бажано в інтересах вільного переміщення товарів, це може бути досягнуто лише шляхом гармонізації національних систем»<sup>20</sup>, що, в свою чергу, можливо тільки на рівні Європейського Союзу. Зокрема, як зазначив Генеральний адвокат Руїз-Джарабо Коломер, «держави-члени вільні використовувати свій податковий суверенітет, але незалежно від того, чи здійснюють вони цей суверенітет самостійно, або спільно, вони повинні підкорятися праву ЄС»<sup>21</sup>. Отже, ст. 293 Договору про заснування ЄС не виключала подвійне оподаткування зі сфери компетенції ЄС, на відміну від того, як це було інтерпретовано актами вторинного законодавства, а саме Директивою № 90/435 (Parent/Subsidiary Directive) та Арбітражною Конвенцією (Конвенція № 90/346/СЕЕМ)<sup>22</sup>.

Слід зазначити, що метою Арбітражної Конвенції було встановлення механізму врегулювання суперечок стосовно трансфертного ціноутворення та подвійного оподаткування через арбітражну незалежну процедуру у випадках, коли держави-члени не можуть погодитись з необхідними коригуваннями. Процедура, зазначена у ст. 6 Конвенції, передбачає передачу запиту платником податків компетентному органу цієї Держави, і ця держава має зобов'язання повідомити іншого учасника. Якщо відповідні органи обох країн не зможуть досягти компромісу щодо усунення подвійного оподаткування протягом двох років після подання заявки, відповідно до ст. 7, консультативний комітет прийматиме рішення у справі протягом шести місяців відповідно до ст. 11. Згідно з цією Конвенцією держави-члени не зобов'язані ефективно усувати подвійне оподаткування<sup>23</sup>.

Загалом Європейське первинне законодавство у сфері оподаткування реалізується за допомогою вторинного законодавства, а саме директив та регламентів<sup>24</sup>. Так, подвійне оподаткування у сфері прямих податків вже було частково предметом розгляду на рівні Європейської Комісії, результатами діяльності якої стали: Директива №90/434/ЕЕС<sup>25</sup> «Про загальноприйняту систему оподаткування товариств різних держав-членів при злитті, поділі, передачі активів і обміні акцій», Директива №90/435/ЕЕС<sup>26</sup> «Щодо загальної системи оподаткування, яка застосовується до материнських компаній та дочірніх підприємств різних держав-членів», Кодекс поведінки оподаткування підприємницької діяльності<sup>27</sup>, Директива №2003/48/ЕС<sup>28</sup> «Про оподаткування доходу від накопичення заощаджень у формі виплати відсотків», Директива №2003/49/ЕС<sup>29</sup> «Про загальну систему оподаткування відсотків та роялті, виплата яких здійснюється між залежними компаніями держав-членів», Директива №77/799/ЕЕС<sup>30</sup> «Про взаємну допомогу, надану компетентними органами держав-членів у сфері прямого оподаткування та оподаткування страхових премій», Директива № 76/308/ЕЕС<sup>31</sup> «Про взаємну допомогу у відшкодуванні за вимогами щодо певних зборів, мит, податків та інших заходів». Проте все вторинне законодавство є вузько спрямованим та не охоплює необхідних обсягів правового регулювання у сфері подвійного оподаткування для його повного усунення, тому неможливо говорити про наявність гармонізації у цій сфері. Так, під час Консультації Комісії у 2016 р. щодо вдосконалення механізму вирішення спорів у сфері подвійного оподаткування респондентами також було акцентовано увагу на відсутності конкретно визначеного законодавства та складності інтерпретації існуючого, що, в свою чергу, призводить до спотворення конкуренції між підприємствами на національному рівні та тими, що здійснюють діяльність на міжнародній арені<sup>32</sup>.

Подвійне оподаткування може виявлятися у різних формах та за різних обставин, але доктрина класифікує його на дві широкі категорії: економічне подвійне оподаткування (economic double taxation) та юридичне подвійне оподаткування (legal double taxation). Подвійне оподаткування є юридичним, якщо одна і та ж сама

особа двічі оподатковується на той самий дохід більш ніж однією державою. Подвійне оподаткування є економічним, якщо з однієї підстави оподатковується декілька осіб<sup>33</sup>. Іншими словами, економічне подвійне оподаткування передбачає оподаткування щодо одного й того ж об'єкта оподаткування, який належить різним платникам податків за той самий період часу, тоді як юридичне подвійне оподаткування, визначене Джорджем Б. Бірціану, передбачає оподаткування доходу або майна одним і тим самим податком двома державами в одному податковому періоді<sup>34</sup>. Незалежно від виду подвійного оподаткування його існування призводить до одного результату – перешкод в досягненні вільної торгівлі. Для зменшення та запобігання цим негативним наслідкам кожна держава вдосконалює податкове законодавство за допомогою різних інструментів. Держави-члени не зобов'язані наближувати своє законодавство до інших держав-членів з метою уникнення подвійного оподаткування, проте у контексті концепції єдиного ринку вони мають докладати зусиль щодо усунення подібних ситуацій у межах вільного руху товарів, осіб, капіталу та послуг. Більшість двосторонніх угод базуються на типовій моделі ОЕСР, проте, незважаючи на це, детально відрізняються одна від одної, що призводить до нових конфліктних інтерпретацій та тлумачень і, в свою чергу, до спорів між державами-членами щодо застосування положень таких угод. Для вирішення таких спорів в угодах про уникнення подвійного оподаткування передбачається механізм їх вирішення (Mutual Agreement Procedure «МАР»). За «класичним» механізмом вирішення спорів щодо подвійного оподаткування (DTDRM – double taxation dispute resolution mechanisms) платник податку може подати запит на ініціювання DTDRM до компетентного органу держави перебування (як правило, це спеціальний підрозділ у податковій адміністрації або міністерстві) протягом трьох років з моменту першого повідомлення про дію, що, на його, думку порушує положення угоди про уникнення подвійного оподаткування (DTC – double tax convention). Після цього компетентні органи держав обговорюють шляхи вирішення суперечки щодо подвійного оподаткування. Платник податків безпосередньо не бере участі в цій процедурі. Держави не мають обов'язку у вирішенні спору, тому у випадку, коли вони не знаходять консенсусу, подвійне оподаткування жодним чином не усувається.

Для забезпечення вирішення таких суперечок у 2008 р. до Типової моделі ОЕСР було додано арбітражне застереження. Воно передбачає: якщо переговори між компетентними органами не приводять до вирішення податкового спору протягом певного періоду часу (як правило, два роки), то протягом шести місяців державами створюється незалежний орган – дорадча комісія («advisory commission»), на який покладається вирішення спору<sup>35</sup>. Ця процедура вже була передбачена Арбітражною Конвенцією від Опитування E & Y. Виявлено, що компанії, як правило, не бажають використовувати дану процедуру, якщо вони хоч раз її проходили<sup>36</sup>. Заінтересовані сторони у опитуванні Комісії 2016 р. також повідомили, що внаслідок відсутності довіри до поточної DTDRM вони планують податкові ризики та намагаються уникнути суперечок шляхом отримання попередньої інформації про подвійне оподаткування за допомогою податкових адміністрацій. Це здебільшого пов'язано із достатньо високою вартістю вирішення спорів та тривалим розглядом справ.

Багатостороння угода ЄС з уникнення подвійного оподаткування є іншим можливим інструментом на шляху вирішення проблеми подвійного оподаткування. Ініціатива запровадження такої угоди виникла ще у 1962 р. (Neumark Report). Введення такої угоди в ЄС означало б створення єдиної угоди про оподаткування прибутку серед держав-членів ЄС. Така угода могла б застосовуватись не тільки у двосторонніх відносинах, а й у тому випадку, коли в одній і тій же ситуації більше ніж дві країни мають податковий інтерес. Яскравим прикладом багатосторонньої конвенції є Нордична податкова конвенція 1996 р., яка базується на моделі ОЕСР і підписана Данією, Фінляндією, Швецією, Норвегією та Ісландією. Ця Конвенція має можливість боротися з подвійним оподаткуванням більш успішно, ніж двосторонні угоди, про що свідчить більш ніж 20-річний досвід її використання. На рівні Європейського Союзу не було зроблено жодних кроків у напрямі створення багатосторонньої податкової угоди, хоча потенційно саме цей інструмент мав би можливість досягти найкращих результатів у сфері уникнення подвійного оподаткування.

Окремої уваги потребує розгляд позиції Європейського суду щодо несумісності подвійного оподаткування із вільним рухом товарів, осіб, капіталу та послуг. У справі Amurta<sup>37</sup> Нідерланди стягнули податок на прибуток на виплату зовнішніх дивідендів (outbound dividends), які не підпадають під дію Директиви про материнські та допоміжні права. Такий податок не стягується за внутрішніми дивідендами. Голландська система була визнана несумісною з основними свободами через різницю в ставленні між вітчизняними та іноземними акціонерами (держав-членів ЄС). У справі Aberdeen<sup>38</sup> Європейський суд дійшов такого самого висновку, оскільки Фінляндія оподатковує вихідні дивіденди, що сплачуються материнським компаніям, які не охоплюються Директивою про материнські та допоміжні права, тоді як дивіденди, сплачені внутрішнім акціонерам, були звільнені від сплати податків. Суд вирішив аналогічним чином справи Commission v. Italy<sup>39</sup> та Commission v. Spain<sup>40</sup>. Як наслідок, Європейський суд визначив у вищезгаданих випадках, що держава-член джерела об'єкта оподаткування може порушувати законодавство ЄС шляхом усунення подвійного оподаткування для національних суб'єктів та одночасного збереження подвійного оподаткування для компаній у транскордонному контексті. Таким чином, не стільки подвійне оподаткування визнавалося несумісним з концепцією єдиного ринку, скільки наявність дискримінації у цій сфері щодо суб'єктів податкової юрисдикції інших держав-членів. Так, зокрема, у справі Denkavit II<sup>41</sup> Суд, не вимагаючи повної ліквідації подвійного оподаткування, наголосирав на необхідності його пом'якшення із забезпеченням поширення національного режиму на іноземних акціонерів.

Отже, можна підсумувати, що феномен міжнародного подвійного оподаткування ускладнює розвиток міжнародних економічних відносин між державами та гальмує лібералізацію вільного руху товарів, послуг,

капіталу і осіб. Сам факт несумісності подвійного оподаткування із концепцією єдиного ринку неодноразово висвітлювався Комісією, проте в жодному документі ЄС не міститься зобов'язання держав-членів усунути подвійне оподаткування. Навіть практика Європейського суду вимагає усунення подвійного оподаткування тільки у контексті елімінації дискримінації, що означає можливість подальшого існування проблеми подвійного оподаткування у випадку, якщо транскордонні та внутрішні операції оподатковуються однаково. Наразі діяльність з усунення подвійного оподаткування, передбачена актами вторинного законодавства ЄС, здійснюється у вузько обмежених сферах, що є недостатнім для ефективного функціонування єдиного ринку. Існує декілька можливих кроків для вирішення наявної проблеми. По-перше, необхідно створити передумови для прийняття багатосторонньої податкової конвенції на рівні ЄС, що є перспективно найбільш дієвим методом уникнення подвійного оподаткування. По-друге, вдосконалити існуюче вторинне законодавство шляхом його розширення та спрощення, що у подальшому може стати основою для багатосторонньої податкової конвенції. По-третє, необхідно вдосконалити механізм вирішення спорів у сфері подвійного оподаткування, який наразі є занадто тривалим та складним. Таким чином, проблема подвійного оподаткування на сьогодні потребує активних дій з боку інституцій ЄС.

<sup>1</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee. Double Taxation in the Single Market : [Electronic recourse]. – 2011. – Access mode: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2011/EN/1-2011-712-EN-F1-1.Pdf>

<sup>2</sup> EUROPE 2020 A strategy for smart, sustainable and inclusive growth : [Electronic recourse]. – 2010. – Access mode: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52010DC2020>

<sup>3</sup> Commission (EC), 'Towards an Internal Market without Tax Obstacles' (Communication) COM (2001) 582 final, 23 October 2001 and Commission (EC), 'Coordinating Member-States' direct tax systems in the Internal Market (COM(2006)823 final, 19.12.2006).

<sup>4</sup> Summary Report: Consultation on Double Tax Conventions and the Internal Market : [Electronic recourse]. – 2011. – Access mode: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/resources/documents/common/consultations/tax/summary\\_report\\_consultation\\_double\\_tax\\_conventions\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/common/consultations/tax/summary_report_consultation_double_tax_conventions_en.pdf)

<sup>5</sup> Monti M. Report to the President of the European Commission 'A New Strategy for the Single Market at the Service of Europe's Economy and Society' : [Electronic recourse] / Mario Monti. – 2010. – Access mode: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/strategy/docs/monti\\_report\\_final\\_10\\_05\\_2010\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/strategy/docs/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf)

<sup>6</sup> *Mortelmans K.* The common market, the internal market and the single market, what's in a market? / Kamiel Mortelmans // *Common Market Law Review*. – 1998. – P. 101–136.

<sup>7</sup> Consolidated Reader-Friendly Edition of the Treaty on European Union (TEU) and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) as amended by the Treaty of Lisbon (2007) [Electronic resource] // Foundation for EU Democracy. – 2008. – Access mode: [http://fchub.it/temp/FCHub/da\\_karlsruhe\\_\(ri\)corsi\\_e\\_ricorsi\\_minano\\_la\\_stabilita\\_europea\\_I\\_parte/D-Reader\\_friendly\\_latest%20version.pdf](http://fchub.it/temp/FCHub/da_karlsruhe_(ri)corsi_e_ricorsi_minano_la_stabilita_europea_I_parte/D-Reader_friendly_latest%20version.pdf) article 3 (3) TEU: "The Union shall establish an internal market"

<sup>8</sup> *Genschel P.* The Fiscal Anatomy of Multilevel Governance: The EU and the Regulation of Taxation / P. Genschel, M. Jachtenfuchs // *Hertie School of Governance – Working Papers*. – 2009. – No 43. – P. 22.

<sup>9</sup> *Kemmeren E.* Editorial: After Repeal of Article 293 EC Treaty under the Lisbon Treaty: The EU Objective of Eliminating Double Taxation can be Applied More Widely / Eric Kemmeren // *EC Tax Review*. – 2008. – Issue 4. – P. 156–158.

<sup>10</sup> Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development : [Electronic recourse]. – 1960. – Access mode: <http://www.oecd.org/general/conventionontheorganisationforeconomicco-operationanddevelopment.htm>

<sup>11</sup> Commentaries on the articles of the OECD Model Tax Convention : [Electronic recourse]. – 2010. – 381 p. – P. 59. – Access mode: <http://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf>

<sup>12</sup> Recommendation of the OECD Council concerning the Model Tax Convention on Income and Capital : [Electronic recourse]. – 2018. – Access mode: <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/91/91.en.pdf>

<sup>13</sup> OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations : [Electronic recourse]. – 2010. – 375 p. – P. 18. – Access mode: [http://www.ilsol24ore.com/pdf2010/SoleOnLine5/\\_Oggetti\\_Correlati/Documenti/Norme%20e%20Tributi/2011/02/istruzioni-uso-societa-perdite-fiscali/ocse-linee-guida-2010-prezzi-trasferimento.pdf](http://www.ilsol24ore.com/pdf2010/SoleOnLine5/_Oggetti_Correlati/Documenti/Norme%20e%20Tributi/2011/02/istruzioni-uso-societa-perdite-fiscali/ocse-linee-guida-2010-prezzi-trasferimento.pdf)

<sup>14</sup> Opinion of Advocate General Mischo, case C324/00, Lankhorst-Hohorst, para 80 : [Electronic recourse]. – 2002. – P. 1-1795. – Access mode: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47719&doclang=EN>

<sup>15</sup> *Hinnekens L.* The Uneasy Case and Fate of Article 293 Second Indent EC' / Luc Hinnekens. // *Intertax*. – 2009. – Issue 11. – P. 602–609.

<sup>16</sup> Article 293 TEC, second indent : [Electronic recourse]. – Access mode: [https://europadatenbank.iaaeu.de/user/view\\_legalact.php?id=636](https://europadatenbank.iaaeu.de/user/view_legalact.php?id=636)

<sup>17</sup> Judgment of the European Court of Justice, 11 July 1985, case 137/84 Mutsch v. Ministère Public, para. 11 : [Electronic recourse]. – ECR – P. 2694. – Access mode: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=93367&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=444898>

<sup>18</sup> Judgment of the European Court of Justice, 12 May 1998, case 336/96, Gilly v. Directeur des Services Fiscaux du Bas-Rhin, para. 15 : [Electronic recourse]. – ECR – P. 2831. – Access mode: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43844&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=445444>

<sup>19</sup> *Avi-Yonah R.* Is There an Obligation for Member States to Avoid Double Taxation? / R. Avi-Yonah, J. Hines, M. Lang // *Comparative fiscal federalism : comparing the European Court of Justice and the US Supreme Court's tax jurisprudence* / R. Avi-Yonah, J. Hines, M. Lang. – Frederick: Alphen den Rijn : Kluwer Law International, 2007. – (First edition). – 478 p. – P. 14.

<sup>20</sup> Judgment of the European Court of Justice, 23 April 2002, case 234/99, Niels Nygård v. Svineafgiftsfonden, and Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri, para. 38 : [Electronic recourse]. – ECR – P. I-3657. – Access mode: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61999CJ0234>

<sup>21</sup> Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer Case 376/03 D v. Inspecteur van de Belastingdienst. para 85. – 2005. – ECR. – P. I-5821.

- <sup>22</sup> *Monsenego J.* Taxation of Foreign Business Income within the European Internal Market : dissertation, Doctor of Philosophy, Ph.D. / Monsenego Jérôme – Stockholm School of Economics, 2011. – 556 p. – P. 356.
- <sup>23</sup> 90/346/CEE Convention on the Elimination of double taxation on profits adjustment between associated enterprises, known as the Arbitration Convention <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3A126038>
- <sup>24</sup> *Bufan R.* The taxation of transactions with foreign elements (I) / Radu Bufan. // *Revista de Drept Comercial.* – 2005. – Issue 1. – P. 181.
- <sup>25</sup> Council Directive 90/434/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States : [Electronic recourse]. – Access mode: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31990L0434:en:HTML>
- <sup>26</sup> Council Directive 90/435/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States : [Electronic recourse]. – Access mode: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31990L0435:EN:HTML>
- <sup>27</sup> Conclusions of the ECOFIN Council Meeting on 1 December 1997 concerning taxation policy – Resolution of the Council and the Representatives of the Governments of the Member States, meeting within the Council of 1 December 1997 on a code of conduct for business taxation – Taxation of saving : [Electronic recourse]. – Access mode: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31998Y0106%2801%29>
- <sup>28</sup> Council Directive 2003/48/EC of 3 June 2003 on taxation of savings income in the form of interest payments : [Electronic recourse]. – Access mode: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3A131050>
- <sup>29</sup> Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States [Electronic recourse] – Access mode: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32003L0049>
- <sup>30</sup> Council Directive 77/799/EEC of 19 December 1977 concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation and taxation of insurance premiums : [Electronic recourse]. – Access mode: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133029>
- <sup>31</sup> Council Directive 76/308/EEC of 15 March 1976 on mutual assistance for the recovery of claims resulting from operations forming part of the system of financing the European Agricultural Guidance and Guarantee Fund, and of the agricultural levies and customs duties : [Electronic recourse]. – Access mode: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:31976L0308>
- <sup>32</sup> Summary Report Responses received on The Commission's consultation on improving double taxation dispute resolution mechanisms May 2016 : [Electronic recourse]. – Access mode: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/7\\_summary\\_of\\_public\\_consultation.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/7_summary_of_public_consultation.pdf)
- <sup>33</sup> OECD-Glossary of Tax Terms : [Electronic recourse]. – Access mode: <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>
- <sup>34</sup> *Barbuta-Misu N.* The International Double Taxation – causes and avoidance : [Electronic recourse] / N. Barbuta-Misu, F. Tudor // *Acta Universitatis Danubius: Œconomica*– 2009. – Vol. 5. – No. 1. – P. 147–160 – Access mode: <http://journals.univ-danubius.ro/index.php/oeconomica/article/view/84/81>
- <sup>35</sup> Code of Conduct on the implementation of the EU Arbitration Convention, para. 7.2 b) : [Electronic recourse]. – Access mode: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A42009X1230%2801%29>
- <sup>36</sup> Transfer Pricing 2003 Global Survey Practices, Perceptions and Trends in 22 Countries Plus Tax Authority Approaches in 44 Countries : [Electronic resource] // Ernst & Young. – 2003. – Access mode: [http://webapp01.ey.com.pl/EYP/WEB/eycom\\_download.nsf/resources/Transfer%20Pricing%20Survey%20Report\\_2003.pdf/\\$FILE/Transfer%20Pricing%20Survey%20Report\\_2003.pdf](http://webapp01.ey.com.pl/EYP/WEB/eycom_download.nsf/resources/Transfer%20Pricing%20Survey%20Report_2003.pdf/$FILE/Transfer%20Pricing%20Survey%20Report_2003.pdf)
- <sup>37</sup> Judgment of the European Court of Justice, 8 November 2007, case 379/05, *Amurta SGPS v Inspecteur van de Belastingdienst* : [Electronic recourse]. – Access mode: <https://www.itc-leiden.nl/UserFiles/Documents/C-379-05%20arrest%20E.pdf>
- <sup>38</sup> Judgment of the European Court of Justice, 18 June 2009, case 303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy* : [Electronic recourse]. – Access mode: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62007CJ0303&lang1=en&type=TEXT&ancre=>
- <sup>39</sup> Judgment of the European Court of Justice, 19 November 2009, case 540/07, *Commission v Italy* : [Electronic recourse]. – Access mode: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62007CJ0540&lang1=en&type=TEXT&ancre=>
- <sup>40</sup> Judgment of the European Court of Justice, 3 June 2010, case 487/08, *Commission v Spain* : [Electronic recourse]. – Access mode: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62008CJ0487&lang1=en&type=TEXT&ancre=>
- <sup>41</sup> Judgment of the European Court of Justice, 14 December 2006, case 170/05, *Denkavit Internationaal BV, Denkavit France SARL v. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* : [Electronic recourse]. – Access mode: <http://www.itc-leiden.nl/UserFiles/Documents/C-170-05%20arrest%20E.pdf>

## Резюме

### **Катеринюк Л.О. Концепція єдиного ринку та проблема подвійного оподаткування в Європейському Союзі.**

У статті здійснено дослідження феномена подвійного оподаткування в ЄС та його кореляції із концепцією єдиного ринку. Надано оцінку правовій регламентації проблеми подвійного оподаткування у актах первинного та вторинного законодавства ЄС. Визначено позицію Європейського суду щодо подвійного оподаткування у країнах-членах ЄС шляхом систематичного аналізу судової практики. Висвітлено методи уникнення подвійного оподаткування та здійснено аналіз існуючого механізму вирішення спорів з подвійного оподаткування на теренах ЄС, а також запропоновано можливі шляхи їх удосконалення.

**Ключові слова:** подвійне оподаткування, єдиний ринок, Європейський Союз, компетенція Європейського Союзу, механізм вирішення спорів у сфері подвійного оподаткування.

## Резюме

### **Катеринюк Л.О. Концепция единого рынка и проблема двойного налогообложения в Европейском Союзе.**

В статье проведено исследование феномена двойного налогообложения в ЕС и его корреляции с концепцией единого рынка. Осуществлена оценка правовой регламентации проблемы двойного налогообложения в актах первичного и вторичного законодательства ЕС. Определена позиция Европейского суда относительно двойного налогообложения в странах-членах ЕС

путем систематического анализа судебной практики. Освещены методы избежания двойного налогообложения и проанализирован существующий механизм разрешения споров касательно двойного налогообложения на территории ЕС, а также предложены дальнейшие пути их усовершенствования.

**Ключевые слова:** двойное налогообложение, единый рынок, Европейский Союз, компетенция ЕС, механизм решения споров в сфере двойного налогообложения.

#### Summary

**Kateryniuk L. The concept of the Single Market and the problem of double taxation in European Union.**

The author analyzes phenomenon of double taxation in the EU and its interplay with the concept of the single market. The article contains the assessment of legal regulation of double taxation in primary and secondary legislation of the EU. The position of European Court of Justice on double taxation is also reviewed. Methods of avoiding the double taxation and double taxation dispute resolution mechanisms (DTRM) in the European Union are highlighted and possible solutions of existing problems are suggested as well.

**Key words:** double taxation, the Single Market, European Union, EU competences, double taxation dispute resolution mechanisms.

УДК 347.925:347.921.3

#### Я.В. КОТЕНКО

*Ярослав Владиславович Котенко, магістрант  
Київського інституту управління і права Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого*

### ОСОБЛИВОСТІ ВПРОВАДЖЕННЯ МИРОВОЇ УГОДИ: ВІТЧИЗНЯНА ПРАКТИКА ТА ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

Світове співтовариство визнає важливість забезпечення миру і справедливості, як однієї із 17 цілей, визначено Організацією Об'єднаних Націй для забезпечення подальшого сталого розвитку нашого світу. Зокрема, як зазначено в 2030 *Agenda for Sustainable Development*, потрібно докласти зусиль задля досягнення справедливого мирного та відкритого суспільства рівних можливостей для всіх шляхом всебічної підтримки верховенства права й забезпечення рівного доступу до суду<sup>1</sup>.

Мирова угода як спосіб оформлення домовленості про врегулювання спору досить часто використовується в судовій практиці багатьох країн. В Україні такий засіб припинення виробництва судового розгляду цивільних справ передбачається Цивільним процесуальним кодексом України<sup>2</sup>.

Інститут мирової угоди був предметом досліджень багатьох учених<sup>3</sup>.

Самостійним напрямом наукових досліджень є умови застосування мирової угоди як спеціальної судової процедури в справах про банкрутство. Аналізу відповідних норм законодавства та практики його застосування приділено увагу в роботах Р. Афанасьєва, Б. Полякова<sup>4</sup>, О. Бірюкова та інших. Правові аспекти укладення та виконання мирової угоди є актуальними і для цивільного процесу, вони розглядалися В. Комаровим, С. Фурсою, О. Бортнік<sup>5</sup> та іншими фахівцями. Запропоновані правові підходи ефективно реалізуються в законотворчій діяльності, сприяють належному розумінню та правильному застосуванню норм процесуального законодавства<sup>6</sup>.

**Метою статті** є дослідження вітчизняної практики та зарубіжного досвіду впровадження мирової угоди для вирішення спорів.

Інститут мирової угоди не є процесуальною формальністю. Це сучасні світові погляди юридичної спільноти на проблеми вирішення цивільних спорів у сучасному судочинстві. Практика показує, що примирні процедури та їх закінчення мировою угодою є результативнішими, аніж протистояння чи судовий процес. Разом із тим дані інститути потребують значної професійної майстерності та великого такту й умінь з боку передусім самих суддів. Такий підхід до роботи привів до покращення іміджу суду з формуванням поваги до такої поважної державної інституції<sup>7</sup>.

Реформування цивільного процесу в Україні не обійшло стороною питання складення та виконання мирових угод<sup>8</sup>.

У попередні роки питання виконання мирових угод було вкрай проблемним як для учасників спору, так і для судів. Ухвалення нових процесуальних кодексів придало цьому питанню більше правової регламентації та особливості її виконання<sup>9</sup>.

Перше, на що слід звернути увагу, це те, що «мирова угода укладається сторонами з метою врегулювання спору на підставі взаємних поступок і має стосуватися лише прав та обов'язків сторін»<sup>10</sup>.

На будь-якій стадії судового процесу, зробивши спільну письмову заяву, сторони можуть укласти мирову угоду і повідомити про це суд. При цьому в суді апеляційної інстанції позивач має право відмовитися від

позову, а сторони – укласти мирову угоду відповідно до загальних правил про ці процесуальні дії незалежно від того, хто подав апеляційну скаргу.

Якщо заява про відмову від позову чи мирова угода сторін відповідають вимогам ст. ст. 191, 192 ЦПК Кодексу, суд постановляє ухвалу про прийняття відмови позивача від позову або про затвердження мирової угоди сторін, якою одночасно визнає нечинним судове рішення першої інстанції, яким закінчено розгляд справи, та закриває провадження у справі.

Процесуальні кодекси України широко розкривають процедуру врегулювання спору<sup>11</sup>. Так, врегулювання спору за участю судді може бути проведено до початку розгляду справи по суті виключно за згодою сторін<sup>12</sup>.

Ця процедура триває не більше 30 днів і здійснюється у формі спільних та (або) закритих нарад. У такому випадку провадження у справі зупиняється.

Під час проведення спільних нарад суддя з'ясовує підстави та предмет позову, підстави заперечень, роз'яснює сторонам предмет доказування, пропонує сторонам надати пропозиції щодо шляхів мирного врегулювання спору або може самостійно запропонувати можливий шлях мирного врегулювання спору.

На закритих нарадах суддя має право звертати увагу сторони на судову практику в аналогічних спорах, пропонувати можливі шляхи мирного врегулювання спору. Суддя не має права надавати сторонам юридичні поради, рекомендації та надавати оцінку доказів у справі.

Конфіденційною є інформація, отримана будь-якою із сторін, а також суддею під час проведення врегулювання спору.

Врегулювання спору за участю судді припиняється в таких випадках<sup>13</sup>: за заявою сторони, у разі закінчення строку врегулювання спору за участю судді; за ініціативою судді, у зв'язку з укладенням сторонами мирової угоди та звернення до суду із заявою про її затвердження; у разі звернення позивача до суду із заявою про залишення позовної заяви без розгляду, відмови від позову чи визнання позову відповідачем. У разі укладення мирової угоди до прийняття рішення у справі судом першої інстанції, відмови позивача від позову, визнання позову відповідачем до початку розгляду справи по суті судом вирішується питання про повернення 50 % судового збору.

Коли спір не було урегульовано, то справа передається на розгляд іншому судді. Вбачається, що інтегрований у судовий процес механізм для врегулювання спору шляхом проведення переговорів за участю судді (як посередника, заінтересованого у врегулюванні спору) цілком може бути використаний сторонами до початку розгляду справи по суті.

Водночас слід виділити як позитивні моменти, так і недоліки обраної законодавцем моделі врегулювання спору на стадії розгляду справи судом, виходячи з реального стану речей у судовій системі.

Обов'язковим є те, що укладена сторонами мирова угода затверджується ухвалою суду, в резолютивній частині якої зазначаються умови угоди.

Особливо варто звернути увагу на умови виконання мирової угоди, оскільки Кодексом передбачено, що виконання мирової угоди здійснюється особами, які її уклали, а ухвала про затвердження мирової угоди є виконавчим документом<sup>14</sup>.

Тобто, це означає, що у разі невиконання умов мирової угоди однією із сторін інша сторона має право звернутися чи до приватного, чи до державного виконавця<sup>15</sup> щодо примусового виконання угоди. Ці нововведення є безперечним позитивом для укладання мирових угод та їх подальшої реалізації. При цьому інші автори<sup>16</sup> зазначають також, що договір має складатися професійно, і це попереджатиме випадки невиконання умов нового договору відповідними засобами забезпечення виконання зобов'язань, негативні наслідки яких стимулюватимуть боржника до активних дій.

Зокрема, також очевидними позитивними моментами запровадженої процедури врегулювання спору можна назвати такі, як:

1) доступність для сторін. Так, вказана процедура є елементом судового розгляду справи, додатковим етапом для сторін. Механізм застосування дає змогу досить комфортно з психологічної точки зору робити «м'який перехід» від судового розгляду до процедури врегулювання спору за участю судді, а в разі потреби – повернутися до розгляду справи по суті в загальному порядку;

2) відсутність додаткових грошових витрат для проведення зазначеної процедури (вартість покривається за рахунок судових витрат);

3) відсутність ризиків, пов'язаних зі строками позовної давності, у зв'язку з тим, що процедура проводиться після подання позову до суду;

4) існування додаткових стимулів у вигляді повернення 50 % судового збору у випадку врегулювання спору (у разі укладення мирової угоди до прийняття рішення у справі судом першої інстанції, відмови позивача від позову, визнання позову відповідачем)<sup>17</sup>.

Також окремо необхідно виділити дискусійні моменти, що заслуговують на особливу увагу.

По-перше, за новим процесуальним законодавством основну роль медіатора відведено судді-доповідачу, у провадженні якого знаходиться справа.

З урахуванням гостроти проблеми навантаження на суддів (що, як відомо, також є одним із рушійних факторів судової реформи) існують ризики того, що мало хто із суддів зможе без шкоди для своїх професійних обов'язків якісно виконувати покладену на них роль посередника в процесі врегулювання спору.

Слід зазначити, що головна особливість судової медіації в європейській практиці, полягає в тому, що суддя-медіатор у подальшому не залучається до розгляду справи<sup>18</sup>. Крім того, Директива ЄС 2008/52 / ЄС<sup>19</sup>



щодо певних аспектів медіації в цивільних і комерційних справах не виключає можливості здійснення медіації суддею, який не є призначеним суддею в будь-якому судовому провадженні у конкретному спорі.

Водночас там, де альтернативна процедура врегулювання спору також була інтегрована до судового процесу, незважаючи на очевидний її успіх, така модель урегулювання спорів викликала певну критику, що стосується виконання суддями функцій, не пов'язаних зі здійсненням правосуддя. На жаль, сьогодні ще зустрічаються випадки, коли діючі судді займаються медіацією і проводять таку процедуру одночасно з виконанням своїх основних обов'язків щодо судового вирішення спорів, а, відповідно, на шкоду своїм професійним обов'язкам.

У нашому випадку справедливим буде зауважити, що покладення ролі медіатора на суддю, у провадженні якого знаходиться справа, має свої недоліки та переваги.

До очевидних переваг слід віднести те, що суддя, у провадженні якого знаходиться справа, безпосередньо заінтересований у врегулюванні спору, оскільки вказане дасть змогу зекономити його час (який би він витратив на розгляд справи) та істотно поліпшити якісні показники своєї роботи, а тому він мотивований на досягнення результату врегулювання спору.

Також у цьому випадку важливим, на нашу думку, може бути і психологічний фактор – під час проведення саме судової медіації сторони схильні більш серйозно сприймати як саму процедуру врегулювання спору, так і свою участь у ній. Як правило, така психологічна складова особливо присутня, наприклад, у сімейних і трудових спорах.

Необхідно підкреслити, що участь судді в процедурі врегулювання спору, на нашу думку, не позбавлена недоліків.

Більше того, наразі не зовсім зрозумілим є ставлення самих суддів до зазначеного інституту та покладених на них обов'язків. Не варто забувати, що запроваджений інститут врегулювання спору за участю судді відрізняється від судового процесу в його загальноприйнятому розумінні в нашій державі. А тому перехід до нової концепції правосуддя (що покликане сприяти примиренню сторін, полегшувати переговори, зберігати відносини між сторонами) може бути сповнений перепон, пов'язаних із продовженням розгляду суддями справ із позиції застосування права, а не шляхом спонукання сторін до досягнення компромісу.

Слід сказати і про такий момент. Не стільки недоліком, скільки побоюванням є питання про здатність суддів проводити роботу, спрямовану на врегулювання спору (судову медіацію).

Тут варто акцентувати увагу на тому, що медіатор не завжди є фахівцем у юриспруденції, а професійний суддя не завжди може бути успішним медіатором, оскільки при вивченні матеріалів справи, наявних у справі доказів суддя формує власну правову позицію, і ця навичка може перешкоджати процесу з'ясування дійсних інтересів сторін під час процедури примирення.

Проте запроваджена чинними процесуальними кодексами модель врегулювання спору за участю судді не передбачає проходження навчання медіації суддями. Проходження такого навчання, на наше переконання, було б додатковою гарантією і запорукою успішного проведення процедури врегулювання спору та становлення такого інституту як альтернативи вирішенню справи по суті. Вказані питання досі залишаються відкритими.

Також дискусійним, на нашу думку, є питання строків проведення процедури врегулювання спору за участі судді, які становлять не більше 30 днів із дня постановлення ухвали про проведення врегулювання.

Наприклад, існує критика вказаного інституту, зокрема з боку професійних медіаторів, пов'язана з тим, що процедура примирення, яка проводиться суддями, не може бути ефективною, зокрема, через її обмеженість у часі, оскільки зазначене не дає можливості суддям з'ясувати справжні інтереси сторін для досягнення примирення.

Така критика, на нашу думку, є достатньо обґрунтованою, адже навряд чи можна розраховувати на врегулювання складних конфліктів, наприклад, тих, які тривають роками та знаходяться поза межами окремого судового провадження, протягом такого обмеженого проміжку часу. Слід зауважити, що в середньому (залежно від складності справи, важливості спору для сторін, змісту правовідносин, структури корпоративного управління, компетенції органів управління юридичних осіб при прийнятті рішень) тривалість позасудового врегулювання спору може становити від 1–2 тижнів (у нескладних справах) до 3–4 місяців або й перевищувати такі строки.

Отже, обмеженість у часі та ресурсах може стати підставою для формального підходу при виконанні суддями функцій з врегулювання спору, що не сприятиме власне врегулюванню спору та не відповідатиме тим філософії та логіці, які першочергово закладалися при запровадженні зазначеного інституту.

Водночас закладені у нововведений механізм врегулювання спору принципи (добровільності, конфіденційності, рівноправності сторін, сприяння незалежного посередника-судді) відповідають загальноновизнаним принципам проведення процедури медіації, у зв'язку з чим, очевидно, вони повинні стати запорукою ефективності врегулювання конфлікту за умови неформального підходу з боку судді та сторін.

Погоджуємося з думкою інших науковців<sup>20</sup> щодо одностороннього наділення повноважень суддям в частині медіації та обмеженого доступу адвокатів до участі у процедурах медіації як медіаторів<sup>21</sup>.

Якість процесу вирішення спорів як головного елементу досягнення згоди та врегулювання спору мирним шляхом є ухвала суду про затвердження мирової угоди. На думку автора, процес медіації та завдання медіатора (суддя, адвокат чи інша створена інституція) насамперед не має права порушувати інтереси учасників спору, враховуючи наявну на практиці амбіційність адвокатів чи судді.

Альтернативні способи вирішення конфліктів уже давно і досить вдало увійшли в практику багатьох зарубіжних країни<sup>22</sup>. Рада Європи, віддаючи належне встановленню істини та справедливості у судовому порядку, підтримує ініціативи держав-членів стосовно вироблення та прийняття загальноєвропейських норм щодо запровадження альтернативних заходів, а саме – примирення, медіації та відновного правосуддя для досягнення балансу інтересів сторін, що конфліктують.

Модель використання мирової угоди як досудового варіанта вирішення конфлікту передбачає право сторін до розгляду спору в суді самостійно мирно вирішити справу, не використовуючи судові процедури (Франція, Іспанія, Нідерланди тощо)<sup>23</sup>.

Мирову угоду в ряді країн розглядають як альтернативу судовому рішенню. Використання позасудових засобів укладання мирової угоди обумовлено причинами складності, тривалості й дорожнечі судочинства у таких державах, як США та Англія<sup>24</sup>.

Стаття 33 Статуту ООН<sup>25</sup> називає вирішення спорів шляхом медіації (посередництво) переважним механізмом для врегулювання міжнародних спорів. Крім того, Європарламентом і Радою Європейського Союзу 21 травня 2008 р. прийнято Директиву «Про деякі аспекти медіації в цивільних і господарських відносинах»<sup>26</sup> з метою спрощення доступу до альтернативного вирішення суперечок і забезпечення збалансованих взаємовідносин між медіацією та судочинством.

Досвід існування присудової (за участю судді) медіації є досить успішним, зокрема в Нідерландах і Канаді.

У судах Канади застосовується так звана оцінна медіація: сторони приходять до судді, він роз'яснює їм обставини справи з урахуванням судової практики. У результаті сторони розуміють свої переваги та слабкі сторони і приходять до консенсусу. Таким чином, медіація працює з інтересами, а не з позиціями.

Імовірно, що українське законодавство при обранні моделі врегулювання спору за участю судді в проєктах процесуальних кодексів взяло до уваги саме канадську модель оціночної медіації.

У більшості країн Європейського Союзу судове посередництво як підвид процедури медіації проводиться в ході судового розгляду і включає консультації та допомогу юрисконсультів і адвокатів, проте виключає участь судді, наділеного правовими судовими повноваженнями.

Ми можемо припустити, що рідко хто із суддів або адвокатів зможе виконувати одночасно п'ять елементів, притаманних поняттю посередництва, як одного з недорогих та доступних засобів альтернативного вирішення спорів<sup>27</sup>: наявність сторін; готовність сторін діяти сумлінно; неупередженість медіатора; відповідне місце проведення; конфіденційність.

У країнах ЄС медіація, як спосіб вирішення спору (конфлікту), що виник в результаті будь-яких правовідносин (сімейні, трудові, економічні, громадянські і т.д.), застосовується набагато частіше порівняно з іншими позасудовими альтернативними способами врегулювання спорів, наприклад, такими, як переговори, примирення сторін, незалежний дозвіл, міні-процес, досудова нарада або спрощений суд присяжних<sup>28</sup>.

Згідно зі звітом *Doing Business*<sup>29</sup> Світового банку, 174 країни визнають медіацію як спосіб вирішення спорів. При цьому моделі впровадження медіації у всіх країнах дуже різні. Залежно від сфери залучення медіаторів і режиму регулювання існує дві моделі судової медіації – судова і ринкова.

Судова модель передбачає спрямування сторін на медіацію судом. Медіація проводиться в будівлі суду медіаторами, призначеними судом. Витрати на медіацію також входять до складу судових витрат. Судова модель була впроваджена в таких країнах, як Німеччина і Словенія. За статистичними даними, в Німеччині проводиться від 10 000 до 15 000 судових медіацій щороку. Введений в Україні спосіб врегулювання спору за участю судді має багато ознак саме судової моделі медіації.

У Німеччині з 2002 р. введена практика, за якою судді повинні пропонувати сторонам процедуру примирення, яку згодом замінила судова медіація. Зараз у судах Німеччини є судді-медіатори, які проходять обов'язкове відповідне навчання. Процедура судової медіації в Німеччині не врегульована до найдрібніших деталей і досить гнучка. При цьому судді-медіатори не дають юридичну оцінку справи.

Досить цікава судова модель медіації також була введена в Сінгапурі. Особливістю сінгапурської системи є спеціальне навчання суддів-медіаторів, які спеціалізуються тільки на медіації та не беруть участі в судових засіданнях. Завдяки такій системі показник вирішення спорів досить високий – 85 %. Крім того, Сінгапур має також значний рівень задоволення учасників процесу від судової медіації.

Ми вважаємо, що мирова угода є ефективним способом врегулювання господарського спору на основі компромісу та дотримання комерційного інтересу сторін.

<sup>1</sup> *Ізарова І.* Реформи цивільного процесу в Україні: новели позовного провадження / І. Ізарова // *Право України*. – 2017. – № 8. – С. 33.

<sup>2</sup> *Цивільний процесуальний кодекс України: Кодекс України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV* : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/page7>

<sup>3</sup> *Ткаченко М.* Мирова угода як складова частина переговорного процесу: матеріальні та процесуальні основи / М. Ткаченко // *Підприємство, господарство і право*. – 2017. – № 8. – С. 51.

<sup>4</sup> *Поляков Б.М.* Проект КПБ уможливить юридичні оборудки для неповернення боргів / Б.М. Поляков : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zib.com.ua/ua/132989-proekt\\_kpb\\_umozhlyvit\\_oborudki\\_dlya\\_nepovernennya\\_borgiv.html](http://zib.com.ua/ua/132989-proekt_kpb_umozhlyvit_oborudki_dlya_nepovernennya_borgiv.html)

<sup>5</sup> *Бортнік О.Г.* Мирова угода у цивільному судочинстві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / О.Г. Бортнік ; Харк. нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2007. – 19 с.

<sup>6</sup> Гордієнко Т.О. Мирова угода в господарському процесі / Т.О. Гордієнко : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.pap.in.ua/1\\_2017/29.pdf](http://www.pap.in.ua/1_2017/29.pdf)

<sup>7</sup> Ясинок М.М. Мирова угода у цивільному судочинстві: історико-правовий аспект та перспективи розвитку / М.М. Ясинок // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2013. – № 5. – С. 52.

<sup>8</sup> Гула С. З 2018 мирову угоду, що затверджена у суді, буде значно легше виконувати / С. Гула : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://advocatsergiygu.com/news/z\\_2018\\_mirovu\\_ugodu\\_shho\\_zatverdzhena\\_u\\_sudi\\_bude\\_znachno\\_legshe\\_vikonuvati/2018-01-09-363](http://advocatsergiygu.com/news/z_2018_mirovu_ugodu_shho_zatverdzhena_u_sudi_bude_znachno_legshe_vikonuvati/2018-01-09-363)

<sup>9</sup> Там само.

<sup>10</sup> Цивільний процесуальний кодекс України: Кодекс України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/page7> – Ст. 207.

<sup>11</sup> Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 3 жовтня 2017 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2147-19>

<sup>12</sup> Цивільний процесуальний кодекс України: Кодекс України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV – Ст. 207 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1618-15/page7>

<sup>13</sup> Там само. – Ст. 204.

<sup>14</sup> Там само. – Ст. 208.

<sup>15</sup> Про виконавче провадження: Закон України від 2 червня 2016 р. // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2016. – № 30. – Ст. 542.

<sup>16</sup> Ткаченко М. Вказана праця. – С. 52.

<sup>17</sup> Противень С. Примирення сторін vs вирішення справи. Нова роль суду у вирішенні конфліктів / С. Противень // Інформаційно-аналітичний центр «ЛІГА». – 2018. – 25 січня. – № 03 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://sk.ua/wp-content/uploads/sk\\_files/primirenyya\\_storin\\_vs\\_virishennya\\_spravi.pdf](https://sk.ua/wp-content/uploads/sk_files/primirenyya_storin_vs_virishennya_spravi.pdf)

<sup>18</sup> Martin Svatos. The Mediator-Judge Interaction: Does the Win-Win Approach Apply? Interaction of Arbitration and Courts, JurisNet, LLC, New York, 2014.

<sup>19</sup> Про деякі аспекти медіації в цивільних і комерційних спорах: Директиви Європейського Парламенту та Ради № 2008/52/ЄС від 21 травня 2008 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:32008L0052>

<sup>20</sup> Ткаченко М. Вказана праця. – С. 53.

<sup>21</sup> Біцай А. Типи адвокатів-медіаторів / А. Біцай // Європейські стандарти захисту прав у цивільному судочинстві: випробування часом: матер. Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 26 вересня 2014 р.) / за заг. ред. О. Захарової, І. Ізарової. – К.: ВД «Дакор», 2014. – 416 с.

<sup>22</sup> Європейський портал електронної юстиції : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://e-justice.europa.eu/home.do?action=home&plang=en>

<sup>23</sup> Ткаченко М. Вказана праця. – С. 51.

<sup>24</sup> Там само.

<sup>25</sup> Статут ООН : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/ru/sections/un-charter/chapter-vi/index.html>

<sup>26</sup> Про деякі аспекти медіації в цивільних і комерційних спорах: Директиви Європейського Парламенту та Ради № 2008/52/ЄС від 21 травня 2008 р. : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:32008L0052>

<sup>27</sup> Zakon o alternativnem reševanju sodnih sporov (ZARSS) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO5648>

<sup>28</sup> Алексеева Т. Некоторые аспекты медиации в странах Европейского Союза / Т. Алексеева // Европейское право. – 2015. – № 8. – С. 87.

<sup>29</sup> Three new guidelines for commercial intermediation: good for debt settlement, good for management : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.worldbank.org/en/news/feature/2017/11/21/three-new-guides-on-commercial-mediation>

## Резюме

### **Котенко Я.В. Особливості впровадження мирової угоди: вітчизняна практика та зарубіжний досвід.**

У статті здійснено аналіз цивільного судочинства в умовах проведення правової реформи щодо мирової угоди та можливості вільно реалізувати свої права, як учасника у справі. Запровадження досвіду щодо вирішення спорів деяких європейських країн може реалізуватися при досконалому вивченні цієї практики.

**Ключові слова:** мирова угода, Інститут врегулювання спорів, вирішення спорів, медіація, процедура врегулювання спорів, судові рішення.

## Резюме

### **Котенко Я.В. Особенности внедрения мирового соглашения: отечественная практика и зарубежный опыт.**

В статье осуществлен анализ гражданского судопроизводства в условиях проведения правовой реформы по мировому соглашению и возможности свободно реализовать свои права как участника в деле. Введение опыта по решению споров некоторых европейских стран может реализоваться при совершенном изучении этой практики.

**Ключевые слова:** мировое соглашение, Институт урегулирования споров, разрешение споров, медиация, процедура урегулирования споров, судебное решение.

## Summary

### **Kotenko Ya. Features of the implementation of the peace agreement: domestic practice and foreign experience.**

In this article, an analysis of civil justice in the context of the legal reform of the settlement agreement and the ability to freely exercise their rights as a party to the case. The introduction of experience in resolving disputes in some European countries can be realized through a thorough study of this practice.

**Key words:** world agreement, Institute for Dispute Settlement, dispute resolution, mediation, dispute settlement procedure, judicial decision.

УДК 342.7:342.9

**K. STRUKOVA**

*Kateryna Strukova, second year Master student, Ukrainian and European Legal Studies (Double Diploma Program) Taras Shevchenko National University of Kyiv*

## FREEDOM OF SPEECH PROTECTION IN SOCIAL MEDIA

Freedom of speech is an important element of modern democratic society and constitutes a significant component of newly-development systems of human rights (international system of human rights protection, European system of human rights protection).

Development of classic and social media in Europe and Ukraine shows significant shifts in the provided legal mechanisms, thus a special research of new forms of modern media regulation and self-regulation is needed.

Issues of protection of freedom of speech were not subject of a comprehensive study in Ukraine. These issues need further development in scientific literature and publications. Consequently, the need for scientific development of this direction is due to the need for theoretical justification, improvement of the administrative and legal support for the protection of freedom of speech, the development of scientifically substantiated proposals on this issue and recommendations aimed at further improving law-enforcement practice in this area.

European and Ukrainian approaches to understanding the essence, role and legal regulation of freedom of speech protection represent strongly different traditions of state/public governance, thus being a special point of attention in this article.

Protection of freedom of speech in modern European society is developing in the following aspects: freedom of expression and freedom of the press; positive obligations of the state and protection of journalists; freedom of radio and television broadcasting; developing duties and responsibilities of journalists; protection of journalistic sources; protection of whistle-blowers. Ukrainian state, unfortunately, has only partly introduced the above-mentioned aspects into domestic legislation and practice, that proves especial actuality of the chosen topic.

The main aim of this article is to describe modern approaches to freedom of speech protection in social media in comparative aspect.

The objectives of the article:

- to define the essence and notions of the right of freedom of speech in international, European and domestic systems of human rights, specifics of it's realization in social media;
- to clarify significant features of the right to freedom of speech in European system of human right protection for improvement of domestic legal mechanism;
- to make generalizations and recommendations on improvement of legal mechanism of freedom of speech protection in social media.

Methodological basis of the research constitute general scientific and special methods: the dialectical method, as the universal philosophical method of scientific research and the formation of scientific view, was used in the article. Methods of analysis and synthesis allowed to reveal the main trends. and issues of legal regulation in the field. Application of the logical-semantic method promoted to definition of significant features and notion of freedom of speech. Comparative legal method was used for systematization, analysis and comparison of national and foreign legislation in the filed. Historical method was used to described evolution of human rights and freedom's protection.

Among modern scientists, that have formed modern Ukrainian approach to human rights protection in the field of public administration, it is necessary to mention: V.B. Averianov, O.F. Andriyko, G.V. Atamanouchouk, Y.P. Bytiak, K.I. Belyakov, O.M. Bandurka, D.O. Bezzubova, Y.P. Bityak, V.M. Brizhka, Y.P. Burila, Y.V. Dodin, O.I. Dubenko, V.L. Groholsky, N.V. Grydiuk, V.O. Horoshko, I.A. Hrytsak, V.I. Kurko, L.Y. Kysil, G.M. Lynnyk, A.I. Maryshak, A.A. Pukhtetska, A.M. Podolyak, S.V. Shevchuk, R.S. Svystovich, V.S. Tsimbaliuk, D.Y. Shpynova, V.S. Tsymbaliuk, I.B. Tatsyshyna, etc.

European approach to legal regulation and protection of human rights in international and European regional systems of human rights protection is represented by the following scientists: N. Anderson, T. Berns-Lee, W. Berka, J. Bieliauskaitė, D. Ball, M. Castells, A. Daniel, G. Desgens-Pasanau, I. Deviatnikovaitė, M. Macovei, J. Mayer, J. Murdoch, N. Muižnieks, J. Musser, M. Nowak, K. Januszewski, T. O'Reilly, M. Rossi, A. Toffler, and others.

For the last decade many significant legislative amendments and new conceptual approaches have been developed, that led to significant shifts in legal mechanisms and regulations, that need further special legal research

in Ukraine, with respect to modern European practice of public administration and human rights protection system. The above-mentioned proves special actuality of the mentioned theme.

Freedom of speech as a separate element of the modern system of human rights emerged in XVIII century as a result of democratic transformations and revolutions, that changed forever political and legal map of Europe. It's special place in the system of human rights is guaranteed by the list of international and European covenants and treaties, thus granting to any human being inalienable realization and protection of human rights in modern civil democratic society.

In Eastern European countries the principle and a right to freedom of speech was declaratively defined in Constitutions of former USSR countries, but the legal mechanisms prescribes did not have effective guarantees and due powers, designated to provide necessary powers to executive authorities, that might protect and support citizens in case of violation of their right to freedom of speech and others human rights.

Modern European trends in regulation and self-regulation of social media activities via private persons (clients, consumers) show significant rise in social expectation regarding personal data protection, protection from abuse of freedom of speech, freedom of expression, freedom of thought, as well as urgent protection instruments and time-limits for the biggest social medias in the Internet (up to twenty-four hours for deleting hate speech or offensive speech). Although this trend is only starting to be discussed in the Ukrainian society, we consider it to be necessary to analyze modern legal mechanism of human rights and freedoms protection in European perspective, both in philosophical and legal aspects.

“Human rights are exercised by every human being by virtue of his or her human dignity. Human rights are inherent to all human beings. Human rights define relationships between individuals and public bodies, especially executive authorities. Human rights delimit State power and, at the same time, require States to take positive measures ensuring an environment that enables all people to realize their rights and freedoms. Starting with the French and American revolutions in the late eighteenth century, the idea of human rights introduced new forms of control over the state, governments, media”<sup>1</sup>.

One of the signs of any democratic states – insurance and protection of human rights and freedoms. Their list is defined in the Constitution of Ukraine, namely: the right to freedom of thought, speech, belief, etc., having special importance for every person. Ability to realize these rights allows a person to develop both mentally and spiritually.

In Constitutions of European countries we may also find very close provisions, for instance, in the Constitution of the Republic of Estonia paragraph 40 defines, that “Everyone is entitled to freedom of conscience, freedom of religion and freedom of thought. Everyone is free to belong to any church or any religious society”<sup>2</sup>.

It is also necessary to mention provision of the Article 25 of the Constitution of the Republic of Lithuania, that stated, that: “The human being shall have the right to have his own convictions and freely express them. The human being must not be hindered from seeking, receiving and imparting information and ideas. Freedom to express convictions, to receive and impart information may not be limited otherwise than by law, if this is necessary to protect the health, honor and dignity, private life, and morals of a human being, or to defend the constitutional order”<sup>3</sup>.

Regardless of the fact, that normative fixation of the right to freedom of speech in the constitutions of European countries and in Ukraine are different, but there is a common understanding of the essence, values, features, realization and protection aspects, originating in mutually signed international covenants and treaties.

Application of historical-legal method provides the researches with strict periodization of human rights development and shows exact place of the freedom of speech in general system of human rights.

The first generation of human rights – civil and political rights, that proclaims traditional liberal values: the right to life and dignity of a person; the right to liberty and personal integrity, personal and family secrets, and equality before the law; the right to freedom of conscience, etc. Political rights defined the possibility of citizens' to participate in state governance, the right to freedom of speech and press, elections, the right to participate in referendums, the right to freedom of association and freedom of demonstrations.

The second generation of human rights was formed in the process of struggle of people for improving their economic status: the right to private property, the right to work, health care, education, etc. After the Second World War, the third generation of human rights evolved: for example, collective or solidary rights (the right of peoples to develop, to peace, to self-determination, territorial integrity, etc.).

Along with the category of “law” the term “freedom” is used. In terms of content and essence of these categories, it can be considered as equal, the difference is related to the attitude towards them by the state. Human rights of the first generation are qualified as negative rights, that is, the right to protection from the state's negative interference in the exercise of civil (personal) or political rights, defense of individual freedoms. Therefore, scientists distinguish freedom of conscience, freedom of movement, freedom of assembly, rallies and petitions, freedom of speech. The rights of the second generation are positive rights: the state must not only refrain from their violation, but also establish mechanisms, guaranteeing realization of economic, social and cultural rights.

In international treaties and covenants are also used the notion of “freedom of opinion” Universal Declaration of Human Rights<sup>4</sup>, “the right to freedom of expression” European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>5</sup>, “the right to freely adhere to their opinions” International Covenant on Civil and Political Rights<sup>6</sup>, supplemented, in most cases, by another concept - “freedom to seek, receive and disseminate information, that previews the notion of “freedom of information”. In International Covenant on Civil and Political Rights, the freedom to seek, receive and distribute information includes one additional addition: “orally, in writing or by means of a press”, that provides grounds for “freedom of press” or about “freedom of media”.

Although the freedom of speech and media freedom are very similar concepts, but not completely identical. The freedom of speech in Ukraine is enshrined in Article 34 of the Constitution of Ukraine of June 28, 1996. This article establishes: “Everyone is guaranteed the right to freedom of thought and speech, to the free expression of his views and beliefs. Everyone has the right to freely collect, store, use and disseminate information orally, in writing or in any other way, of his or her choice. The exercise of these rights may be restricted by law in the interests of national security, territorial integrity or public order in order to prevent disturbances or crimes, to protect public health, to protect the reputation or rights of others, to prevent the disclosure of information obtained confidentially or to maintain authority and impartiality of justice”<sup>7</sup>.

The basic instrument of the freedom of expression is the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Article 10 on (Freedom of expression) states: “Everyone has the right to freedom of expression. This right includes the freedom to hold opinions, receive and impart information and ideas without interference by public authorities and regardless of frontiers. This article does not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises”<sup>8</sup>.

The freedom of speech protection was proclaimed and protected in the following international human right treaties: Charter of the United Nations (1948); International Covenant on Civil and Political Rights (1966); International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966); International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965); Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (1979); Convention Against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading, Treatment or Punishment (1984); Convention on the Right of the Child (1989); International Convention on the Protection on the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families (1990); Convention on the Rights of Persons Disabilities (2006); International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (2006). United Nation Charter – based system of human rights protection applies to all states, the United Nations Treaty – applies only to States Parties.

“Many states in Africa, the Americas and the Arab region and Europe have also assumed binding human rights obligations. A regional human rights treaty and monitoring mechanism has not yet being adopted in the Asian and Pacific region”<sup>9</sup>. A regional human rights treaty and monitoring mechanism is in the process of institutionalization of a regional approach to human rights.

The main European regional human rights treaties are: European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950) and additional protocols; European Social Charter (1961), additional protocols and Revised European Social Charter (1996); European Convention on the Legal Status of Migrant Workers (1977); European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1987); European Charter for Regional or Minority Languages (1992); Framework Convention for the Protection of National Minorities (1995); European Convention on the Exercise of Children’s Rights (1996); Convention on Human Rights and Biomedicine (1997); European Convention on Nationality (1997); Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000); European Convention on Action against Trafficking in Human Beings (2005); Council of Europe Convention on Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (2007); Council of Europe Convention on Combating Violence against Women and Domestic Violence (2011).

European regional mechanism of human rights protection is considered as the most advanced system, “Under Article 34 of the European Convention, any person, or group of individuals claiming to be a victim of a human rights violation under the Convention and its protocols is entitled, once all domestic remedies have been exhausted, to file a petition to the European Court of Human Rights in Strasbourg (France), the only human rights court with full-time professional judges”<sup>10</sup>. “In 1999, the Council of Europe established the independent institution of a Commissioner for Human Rights with the mandate to promote awareness about and respect for human rights in the Council’s 47 Member States”<sup>11</sup>.

Social media regulation in Europe faces the following scientific problems relating: advertising, competition and media pluralism, content regulation, copyright, new services, public service broadcasting, transmission and distribution of information.

One of the key issues in human rights protection in the spheres regulated by the state and self-regulation issues that define framework for public administration, social media actors and private persons, for example, regarding information turnovers, hate speech deleting from Facebook, Twitter etc.

In European Union member states were established European media services performing: European Union regulatory reports, that contain the main developments from European institutions, as they take place (flash messages) and with in-depth analysis (European Union regulatory reports); convenient and easy ways to track key regulatory initiatives and national decisions (trackers); benchmarking tables allowing easy comparison of regulatory positions (cross-country analysis); regular reports on national regulatory developments in the five most significant European markets (country update); and answers to specific regulatory questions at no extra cost (enquiries)<sup>12</sup>.

Social media regulation in Europe is performed by a number of key institutions having specific components: the European Commission; the European Council; the European Parliament; the Body of European Regulators; the Radio Spectrum Committee; the Radio Spectrum Policy Group; the Court of Justice of European Union; the Court of First Instance. Among the key issues, initiatives covered by their competence should be mentioned: television; audiovisual media services directive; net neutrality; digital agenda; state aid; levies; collective rights management; media pluralism; convergence issues etc.

National level of social media regulation in Europe is represented by a wide range of issues: connected television; digital media; spectrum fees; quotas and investment obligations; license fee; media ownership; obligations; advertising restrictions; advertising and copyright levies etc.

It is important to note, that social media has not yet become an independent element, by contrary, it also belonged to strict traditional control mechanisms and supervision. These control and supervision activities were established for print media, radio, and television, that preview strict regulations and standards of freedom of speech, accountability and respect to human rights.

Nowadays among most important aspects of social media activities must be mentioned: “progress made in tackling the spread of illegal context on-line, including online terrorist propaganda and xenophobic, racist or hate speech as well as breach of intellectual property rights. Terrorist propaganda online is a serious threat to security, safety and fundamental rights. It demands a collective response - from all actors, including the internet industry”<sup>13</sup>.

The right to freedom of speech theoretically described in the previously paragraph is closely related to other important issues to human rights respect and protection in social media. There are a lot examples of human’s rights violation using hate speech or racism evaluations. For example, we should consider two recent cases tweeted by Beatrix von Storch, deputy parliamentary leader of the Alternative for Germany, tweeted in response to a New Year’s greeting by the Cologne police in Arabic: “Is this your way of mollifying the barbarian, Muslim, gang raping hordes of men. Then there was another tweet by another Alternative for Germany parliamentarian Jens Maier, who referred to the son of former German tennis star Boris Becker as a “half-nigger.” The reaction by the print media was swift: social media is not a free and open space for circumventing Germany’s stringent anti-hate laws. So, bringing social media into the regulatory framework is an immense challenge”<sup>14</sup>.

From another point of view, we should underline, that modern governments try to use social media instruments for strengthening their power, interference into economy, public attitudes. It often leads to manipulation of social media resources to provide interests of state, to change real and spoken truth, that often has significant impact on international relation. Modern European countries have to counter-act to not friendly interference, fake news and attitudes of Eastern and Islamic countries.

In the United States the First Amendment prohibits Congress to pass laws which would reduce freedom of speech, press or face, and the Second Amendment guarantees inviolability of natural human rights.

Fundamental issues facing modern democracies discuss developments of modern industries, problems of digital platforms security, that may be solved much better by self-regulating instruments, as regulatory bureaucracies are not that willing to reform their mechanisms and procedures.

Another modern attitude towards revision of social media in Europe was published on 8 March, 2018 in Reuters Agency. It was emphasized, that modern German law requires from social media companies, such as Facebook and Twitter, to saden remove of hate speech from their publications: “The law, which came into force on January 1, is the most ambitious effort by a Western democracy to control what appears in social media. It aims to ensure Germany’s tough prohibitions against hate speech, including pro-Nazi ideology, are enforced online by requiring sites to remove banned content within 24 hours or face fines of up to 50 million euros (\$62 million)”<sup>15</sup>.

German politicians want to add an amendment to help web users get incorrectly deleted material restored online.

“The lawmakers are also pushing for social media firms to set up an independent body to review and respond to reports of offensive content from the public, rather than the individual companies doing that themselves.”<sup>16</sup>

Another important issue is video games policy supervision in Germany, that could allow a more considered way to complex decisions about whether to block content.

The proposed changes follow widespread criticism from opponents of the law, including free speech campaigners and the Association of German Journalists, who say the threat of hefty fines is prompting internet firms to err on the side of caution and block more content than is necessary.

It is worth to note, that Facebook informed the official statistics, according to it “1,200 persons in Germany were working on reviewing posts out of 14,000 globally responsible for moderating content and account security”, in order to pursue the strategy not to delete more, than necessary. People think deleting illegal content is easy but it’s not,” said Richard Allan, Facebook’s vice president for EMEA public policy. “Facebook reviews every report carefully and with legal expertise, where appropriate. When our legal experts advise us, we follow their assessment so we can meet our obligations under the law”<sup>17</sup>.

Other countries like France, Great Britain considering similar measures, such as rules to block “fake news”, stop online harassment of politicians. For example, “Private companies are deciding what is right and what is wrong and therefore limiting free expression,” said Free Democrats digital expert Jimmy Schulz<sup>18</sup>.

In our opinion, it is to prior importance to provide freedom of speech protection not only by means of granting general conditions, but also by means of protection from abuse by violating actions of third parties, for example by social media actors as described above.

Important legislative changes should be made for protection of freedom of speech for more than a quarter of a billion of consumers in European Union that use social media. For example, European consumers will not be forced to waive mandatory consumer rights, the right to withdraw from an on-line purchase; the right to lodge a complaint in Europe, to be protected from illegal actions of any state body service providers.

European Commissioner for Justice, Consumers and Gender Equality reported, that “As social media networks are used as advertising and commercial platforms, they must fully respect consumer rules. I am pleased that the

enforcement of EU rules to protect consumers by national authorities is bearing fruit, as some companies are now making their platforms safer for consumers; however, it is unacceptable that this is still not complete and it is taking so much time. This confirms that we need a 'New Deal for Consumers': EU consumer rules should be respected and if companies don't comply, they should face sanctions"<sup>19</sup>.

1. In the conclusion it is necessary to underline, that conceptual approaches to understanding of the essence of the right to freedom of speech, modern place and role in the domestic and European mechanism of human rights protection, and practice of human rights protection in comparative aspect, have constituted the necessary theoretical, methodological and legislative basis for solving urgent problematic issues, of raising freedom of speech protection mechanisms of legal regulation and self-regulation of social media actors.

2. Freedom of speech in modern civil society has become an independent and inalienable human right of the first wave, that has developed the scope of its essence and spheres of application in many modern social relations, such as: administrative relations, informative and consultative relations and counter-actions, economic and political, cultural relations etc.

Specifics of freedom of speech realization and protection in a newly developed sphere of social media has particular importance as in comparison with classical printed media, radio, communication technologies has gained a special place and role in human rights protection and counter-action to their violation in an non-censored sphere of mass communication, for example, Facebook, Twitter etc.

3. From citizens point of view providing effective legal guarantees of human rights protection and freedom of speech realization in social media gets urgent actuality and is of prior social demands of civil society, people demand from social media actors to apply modern effective mechanisms, procedures and control instruments to provide necessary legal support and protection to any actions performed in Internet, intra-net, global communication networks.

4. Modern states and public administration bodies may only partly influence on relations between social media actors and citizens, that is why they chosen topic on scientific research has important theoretical and practical assignment for improvement of domestic approaches to freedom of speech protection in social media.

5. Correlation of legal regulation and self-regulation role in practice of public administration bodies and social media bodies have been described according to modern conditions of communication, legal approaches and methodology applied, developed philosophical concepts, that showed a very limited sphere of direct state impact on activities of citizens, legal and entities, public administration bodies in social media instruments (data bases in Internet, informative resources with on-line communication, social networks, electronic versions of printed media with on-line questionnaires, conferences, discussions and clubs), that store a huge massive of information about attitudes, positions, evaluations, protests, claims, that may contain hate speech and offensive speech, impolite expressions.

Public administration authorities possess competence in the field of modern media registration, licensing, taxation, applying administrative sanctions for violation of the effective legislation. But, unfortunately, they cannot have immediate impact on violation of the right to freedom of speech in the sphere of social media, as its participants in democratic, civil society are protected from any censorship, may freely express and disseminate their views, attitudes, orally, in written and electronic form.

<sup>1</sup> Human Rights. Handbook for Parliamentarians № 26, Inter-Parliamentarians Unions, 2016, 234 p. / Data base "United Nations Office of the High-Commissioner for Human Rights". URL: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HandbookParliamentarians.pdf> (Date of review: April 9, 2018).

<sup>2</sup> The Constitution of the Republic of Estonia Passed 28.06.1992 RT 1992, 26, 349 Entry into force 03.07.1992 Amended by the following acts Passed Published Entry into force 25.02.2003 RT I 2003, 29, 174 17.10.2005 05.10.2003 RT I 2003, 64, 429 06.01.2004 12.04.2007 RT I 2007, 33, 210 21.07.2007 13.04.2011 RT I, 27.04.2011, 1 22.07.2011 06.05.2015 RT I, 15.05.2015, 1 13.08.2015. URL: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ee/ee149en.pdf> (Date of review: April 9, 2018).

<sup>3</sup> The Constitution of the Republic of Lithuania, 1992 (as Amended to 2006) Approved by the citizens of the Republic of Lithuania in the Referendum on 25 October 1992, as amended to May 25, 2006. Official government translation Parliament (Seimas) of the Republic of Lithuania. URL: <http://www.constitutionnet.org/sites/default/files/Lithuania%20Constitution.pdf> (Date of review: April 9, 2018).

<sup>4</sup> Рабінович С. Загальна декларація прав людини: до характеристики цінносно-нормативних витоків. Вісник Академії правових наук України : збірник наукових праць / Президія Академії правових наук України. № 1 (56). – Х.: 2009. – С. 86–95.

<sup>5</sup> Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004) (дата звернення: 10.04.2018).

<sup>6</sup> Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 р. // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_043](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_043) (дата звернення: 10.04.2018).

<sup>7</sup> Грицак І.А. Європейське управління: теоретико методологічні засади: монографія. – К.: К.І.С., 2006. – 398 с.

<sup>8</sup> Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. // База даних «Законодавство України»/ВР України. URL: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004) (дата звернення: 10.04.2018).

<sup>9</sup> Human Rights. Handbook for Parliamentarians № 26, Inter-Parliamentarians Unions, 2016, 234 p. / Data base "United Nations Office of the High-Commissioner for Human Rights". URL: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HandbookParliamentarians.pdf> (Date of review: April 9, 2018).

<sup>10</sup> Human Rights. Handbook for Parliamentarians № 26, Inter-Parliamentarians Unions, 2016, 234 p. / Data base "United Nations Office of the High-Commissioner for Human Rights". URL: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HandbookParliamentarians.pdf> (Date of review: April 9, 2018).



<sup>11</sup> Human Rights. Handbook for Parliamentarians № 26, Inter-Parliamentarians Unions, 2016, 234 p. / Data base “United Nations Office of the High-Commissioner for Human Rights”. URL: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HandbookParliamentarians.pdf> (Date of review: April 9, 2018).

<sup>12</sup> “Media regulation – Europe”. – P. 20. Data base “Cullen International’s European Media service”. URL: <http://www.cullen-international.com/menu/regulatory-intelligence/sectors/media/media-regulation-europe/media-regulation-europe/> (Data of review April 14, 2018).

<sup>13</sup> Dempsey Judy. “Attempts to rein in the internet industry in democratic countries will show who really is in charge.” 2018. – P. 23. Data base “Carnegie Europe”. URL: <http://carnegieeurope.eu/strategieurope/75194> (Data of review April 14, 2018).

<sup>14</sup> Dempsey Judy. “Attempts to rein in the internet industry in democratic countries will show who really is in charge.” 2018. – P. 23. Data base “Carnegie Europe”. URL: <http://carnegieeurope.eu/strategieurope/75194> (Data of review April 14, 2018).

<sup>15</sup> Thomasson, Emma. “Germany looks to revise social media law as Europe watches.” 2018. – P. 15. Data base “Reuters”. URL: <https://www.reuters.com/article/us-germany-hatespeech/germany-looks-to-revise-social-media-law-as-europe-watches-idUSKCN1GK1BN> (Data of review April 14, 2018).

<sup>16</sup> Thomasson, Emma. “Germany looks to revise social media law as Europe watches.” 2018. – P. 15. Data base “Reuters”. URL: <https://www.reuters.com/article/us-germany-hatespeech/germany-looks-to-revise-social-media-law-as-europe-watches-idUSKCN1GK1BN> (Data of review April 14, 2018).

<sup>17</sup> Thomasson, Emma. “Germany looks to revise social media law as Europe watches.” 2018. – P. 15. Data base “Reuters”. URL: <https://www.reuters.com/article/us-germany-hatespeech/germany-looks-to-revise-social-media-law-as-europe-watches-idUSKCN1GK1BN> (Data of review April 14, 2018).

<sup>18</sup> Thomasson, Emma. “Germany looks to revise social media law as Europe watches.” 2018. – P. 15. Data base “Reuters”. URL: <https://www.reuters.com/article/us-germany-hatespeech/germany-looks-to-revise-social-media-law-as-europe-watches-idUSKCN1GK1BN> (Data of review April 14, 2018).

<sup>19</sup> Vandystadt, Nathalie, Melanie, Voin. “Social media companies need to do more to fully comply with EU consumer rules”. European Commission. 2018. – P. 23. Data base “Europa.eu”. URL: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-761\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-761_en.htm) (Data of review April 14, 2018).

#### Резюме

##### **Струкова К.А. Захист свободи слова в соціальних медіа.**

У статті автором проведено комплексний підхід до розуміння ключових ознак та особливостей захисту свободи слова в сучасному демократичному суспільстві в порівняльному аспекті.

Європейські та українські підходи до розуміння сутності, ролі та правового регулювання свободи слова значно різняться за усталеними традиціями державного управління, що привертає особливу увагу. Захист свободи слова в сучасному європейському суспільстві розвивається за такими аспектами: свобода слова та свобода преси; позитивні зобов’язання держави та захист журналістів; свобода радіо та телевізійного мовлення; розвиток обов’язків та відповідальності журналістів; захист журналістських джерел; захист прав споживачів соціальних мереж. На жаль, в Україні лише частково внесено вищезгадані аспекти у внутрішнє законодавство та практику, що доводить особливу актуальність обраної теми.

**Ключові слова:** права людини, свобода слова, публічна адміністрація, соціальні медіа, Європейська Комісія.

#### Резюме

##### **Струкова К.А. Защита свободы слова в социальных медиа.**

В статье автором комплексно исследованы подходы к пониманию ключевых признаков и особенностей защиты свободы слова в современном демократическом обществе в сравнительном аспекте.

Европейские и украинские подходы к пониманию сущности, роли и правового регулирования свободы слова значительно различаются по устоявшимся традициям государственного управления, привлекая особое внимание. Защита свободы слова в современном европейском обществе развивается в таких аспектах: свобода слова и свобода прессы; позитивные обязательства государства и защита журналистов; свобода радио и телевизионного вещания; развитие обязанностей и ответственности журналистов; защита журналистских источников; защита прав потребителей социальных сетей. К сожалению, в Украине только частично внесены вышеупомянутые аспекты во внутреннее законодательство и практику, что доказывает особую актуальность выбранной темы.

**Ключевые слова:** права человека, свобода слова, публичная администрация, социальные медиа, Европейская Комиссия.

#### Summary

##### **Strukova K. Freedom of speech protection in social media.**

In the article author has revealed complex approach to understanding the key features and peculiarity of freedom of speech protection in modern democratic society in comparative aspect.

European and Ukrainian approaches to understanding the essence, role and legal regulation of freedom of speech protection represent strongly different traditions of state/public governance, thus being a special point of attention. Protection of freedom of speech in modern European society is developing in the following aspects: freedom of expression and freedom of the press; positive obligations of the state and protection of journalists; freedom of radio and television broadcasting; developing duties and responsibilities of journalists; protection of journalistic sources; protection of consumers rights in social media. Ukrainian state, unfortunately, has only partly introduced the above-mentioned aspects into domestic legislation and practice, that proves especial actuality of the chosen topic.

**Key words:** human rights, freedom of speech, public administration, social media, European Commission.

## В.І. ЦЮПРИК

*Володимир Ігорович Цюприк, студент Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

## ПРАВОВИЙ ЗВИЧАЙ ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА В СУЧАСНІЙ СИСТЕМІ ПРАВА: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

Звичаєве право завжди відіграло досить значну роль в історії українського народу. У додержавний період та Середньовіччя воно регулювало більшу частину суспільних відносин, було основою їх існування, оскільки визначало обов'язки й права індивіда. А всі перші зводи законів, царських указів і постанов були не чим іншим як відтворенням уже існуючих у формі звичаю правових норм із встановленням їх державного санкціонування. Такий хід з боку перших законодавців був зумовлений тим, що звичаї відображали розуміння певним етносом понять добра і зла, а також справедливості, відображали реальні потреби та особливості життя народу в умовах певного періоду. І якщо б законотворці не рахувалися зі вже існуючими нормами, тоді б їхні закони навряд чи були належним чином реалізовані через сприйняття населенням їх як ворожих, нав'язаних ззовні. Проте з часом, трактуючи звичаї на власну користь, правителі встановлюють абсолютну монополію держави на законотворчість, згодом іноді зовсім не рахуючись із нормами звичаєвого права. Утім, втративши панівну позицію, звичай продовжував відігравати значну роль у різних галузях права та широко застосовуватись як допоміжне джерело права.

Дана проблематика досліджувалася багатьма науковцями, серед яких: М.І. Козюбра, О.В. Зайчук, Н.М. Оніщенко, Н.М. Пархоменко та інші вчені, які намагалися вивчити та розкрити її. Але залишаються питання, які потребують більш ретельного вивчення.

Розглядаючи дану проблематику необхідно звернути увагу на те, що формування правового звичаю відбулося завдяки виникненню в суспільстві ситуації, через яку постає необхідність створення нової норми; створення суспільством норми, яка може врегулювати цю ситуацію; багаторазове застосування цієї норми, сприйняття її суспільством як найбільш прийнятної та обов'язкової і санкціонування норми державою<sup>1</sup>.

Якщо поглянути у глибокі віки, то слід констатувати, що найдавніші відомі договори Русі із Візантією (911, 944, 971 рр.), що ґрунтувалися на «законі руському» (неписаному звичаєвому праві Київської Русі), нормативно закріплювали стародавні звичаї у сфері цивільного права, а саме: майнові правовідносини між членами сім'ї, звичаї спадкування, торгівельні звичаї тощо. Така визначна збірка права Київської Русі XI–XII ст., як Руська правда, так само ґрунтувалася на звичаєвому праві, нормативно закріплюючи на рівні закону вироблену практику у сфері зобов'язального, спадкового та навіть кримінального права.

У часи панування на українських землях литовської та польської влади (XVI–XV ст.) давньоруське звичаєве право залишалося основним джерелом регулювання суспільних відносин, а в XVI ст. Литовські статuti (1566 р. та 1588 р.) зафіксували обов'язок суду у разі відсутності законодавчої норми права вирішувати справи на основі звичаєвих норм. Водночас магдебурзьке право, що на цей час вже було дуже поширене в українських містах, принесло на наші землі західноєвропейські торгівельні звичаї, що містилися у «Саксонському зерцалі» (1536 р.), «Порядку прав цивільних магдебурзьких» (1559 р.), «Праві цивільному хелмінському» (1584 р.) тощо.

Уявляється цікавим період Гетьманщини, який починаючи з моменту свого заснування (1654 р.) підпав під владний вплив Москви. Спочатку збереження давніх звичаїв стало запорукою української автономії, але згодом було створено санкціоновані Російською імперією такі кодифіковані збірки українського (здебільшого звичаєвого) права, як «Права, за якими судиться малоросійський народ» (1743 р.) та «Зібрання малоросійських прав» (1807 р.). Зокрема, козаки Запорозької Січі всі свої правовідносини будували виключно на звичаєвому праві, яке називали «козацьким правом» або «вольностями».

Дійсно, копні (селянські) суди Гетьманщини у своїй діяльності здебільшого ґрунтували свої рішення на правових звичаях. Особливу увагу привертає кодифікація під назвою «Місцеві закони Полтавської та Чернігівської губерній», яка стала невід'ємною частиною Зводу законів Російської імперії 1832 року. Фактично після поширення на українські землі законодавства Російської імперії у 1840-х рр. закон вже відіграв роль основного джерела права. Водночас місцеві та торгівельні звичаї застосовувались волосними судами, мировими суддями та іншими судами у цивільних справах<sup>2</sup>.

Радянська правова доктрина заперечувала можливість застосування звичаєвого права як джерела правового регулювання суспільних відносин, допускаючи його використання лише у міжнародному праві<sup>3</sup>. Ситуація трохи змінилась із здобуттям Україною незалежності у 1991 р., оскільки було взято курс на інтеграцію в ЄС, постало питання й інтеграції української системи права, зокрема демократизації та децентралізації у сфері законодавства, що передбачає розширення сфери використання інших джерел права, окрім нормативно-правового акта.

Проте внаслідок панування радянської правової доктрини вітчизняна наука досі приділяє недостатню увагу звичаєвому праву і часто розглядає його лише в історичному аспекті як першоджерело права, яке на сьогодні, внаслідок потужних кодифікаційних процесів та розвитку суспільства, майже повністю втратило своє значення. Зокрема, В. Озель зазначає, що незначна увага українських юристів до проблеми застосування звичаєвого права як невід'ємної частини української правової системи сьогодні є наслідком радянського соціалістичного підходу до права і закону<sup>4</sup>. Це свідчить про необхідність та доцільність визначення нових напрямів застосування цього джерела права в системі права України та дослідження його ролі в сучасному українському праві.

Розглядаючи правовий прецедент як джерело права, на нашу думку, необхідно усвідомити роль правового звичаю в системі права України, визначити його поняття, а також розглянути види звичаїв, які мають юридичну силу в системі права України.

Правовий звичай – акт-документ, що містить норму-звичай (стійке правило поведінки, що склалося в результаті його багаторазового повторення), котра санкціонована державою і забезпечується нею<sup>5</sup>. Проте не кожен звичай є правовим, а лише той, що санкціонований державою. Дійсні донині якісні характеристики звичаю, які давали підстави вважати його правовим, сформулював ще у XVIII ст. англійський юрист В. Блекстон, серед яких слід назвати такі, як стародавність, безперервність, використання за згодою сторін, обов'язкова сила, визначеність, узгодженість, здоровий глузд тощо<sup>6</sup>. Але в деяких країнах сім'ї традиційного права поняття «звичай» і «правовий звичай» отожднюються.

Римські юристи розрізняли кілька видів правових звичаїв. По-перше, звичаї *secundum legem* (на додаток до закону), які відіграють найважливішу роль, сприяють розумінню змісту тих термінів та формулювань закону чи судового рішення, які вжито в особливому, відмінному від загальноприйнятого значення (зловживання правом, розумна ціна тощо). По-друге, звичаї застосовуються у випадку прогалин у праві/законодавстві, а також, по-третє, *contra legem* та *adversus legem* (проти закону), наявні при колізії закону та звичаю, відіграють незначну роль у правовій системі<sup>7</sup>.

У наш час існує дуже багато способів класифікації правового звичаю. Все залежить від головного критерію класифікації. Так, з точки зору застосування звичаїв до окремих етапів формування договірних відносин між господарюючими суб'єктами можна віднести<sup>8</sup>: 1) звичаї ділового обороту, які стосуються формулювання умов договору; 2) звичаї, що стосуються виконання договору (звичайні правила обслуговування клієнтів, звичайні способи перевірки, звичайні способи прийняття товару); 3) звичаї, які сприяють здійсненню професійної діяльності (наприклад, торгівлі окремими товарами) або звичаї з реалізації конкретної базової умови, у тому чи іншому порту, звичаї торгівлі певними товарами, банківські звичаї та ін.

Законодавство України залежно від характеру звичаю розрізняє наступні його види: місцеві звичаї, звичаї національної меншини, звичаї ділового обороту, міжнародні торгові звичаї, звичаї торговельного мореплавства, банківські звичаї, звичаї війни. За територією дії всі звичаї можна класифікувати на внутрішньодержавні й міжнародні. За способом фіксації розрізняють звичаї, що зафіксовані у відповідних документах та звичаї, що не зафіксовані у відповідних документах<sup>9</sup>.

Зокрема, у Цивільному Кодексі України (далі – ЦК України) згадуються такі види звичаїв: звичай національної меншини (ст. 28); звичай ділового обороту (ст. ст. 213, 526, 529, 531, 532, 538, 539, 613 тощо); місцевий звичай (ст. 333); звичай як такий (ч. 1 ст. 444)<sup>10</sup>. Наприклад, звичаї національної меншини, про що йдеться у ст. 28 Кодексу, у якій вказано, що особа має право не використовувати ім'я батька в паспорті, якщо звичаєм його нації це не передбачено, на нашу думку, є дуже важливим для побудови демократичної держави. Так, визнання і юридичне закріплення правових звичаїв національних меншин може допомогти останнім зберегти власні традиції, самобутність та захистити їх права. Те саме вказує ст. 12 Закону України «Про національні меншини в Україні». Також правовим звичаєм може регулюватись самоуправління національних меншин, яке будується на їх власних правових уявленнях про управління ресурсами, висування лідерів, охорони природного і культурного спадку. Правовими звичаями можуть регулюватися й деякі питання сімейного права і спадкування<sup>11</sup>. На можливість врегулювання сімейного спору за допомогою звичаю вказує ст. 11 Сімейного кодексу України, згідно з якою суд за заявою заінтересованої сторони може врахувати місцевий звичай, а також звичай національної меншини, до якої належать сторони або одна з них, якщо вони не суперечать вимогам цього Кодексу, інших законів та моральним засадам суспільства<sup>12</sup>. При цьому застосування звичаїв і традицій національних меншин не повинно привести до порушення прав людини, прав іншого населення<sup>13</sup>.

Зокрема, ст. 7 Цивільного кодексу України зазначає, що «цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту»<sup>14</sup>, але водночас варто зазначити, що ст. 7 ЦК України не містить загальних правил застосування звичаїв.

Аналіз ст. 7 Цивільного кодексу України дає підстави для висновку, що визначальними рисами звичаю як правила поведінки, яким можуть регулюватися цивільні відносини, є такі: 1) його усталеність у певній сфері цивільних відносин; 2) невстановленість актами цивільного законодавства. При цьому умовою застосування звичаю є його несуперечливість договору й актам цивільного законодавства (ст. 7 (2) ЦК України).

Зауважимо, що у Конституції України про роль правового звичаю як джерела права нічого не сказано, проте згідно із деякими законами правовий звичай джерелом права все-таки визнається.

Правові звичаї як джерела права використовуються не лише в ЦК України, а й в інших кодексах і законах, зокрема в Господарському кодексі та Кодексі торговельного мореплавства України.

Наприклад, ст. 6 Кодексу торговельного мореплавства України (далі – КТМ України) дозволяє включати до договорів звичаї торговельного мореплавства, якщо сторони, відповідно до КТМ України, можуть відступати від його правил, а ст. 78 КТМ України передбачає видачу начальником морського порту зводу звичаїв порту<sup>15</sup>.

Цікавими вбачаються і статті Господарського кодексу України (далі – ГК України). Зокрема, у ст. 32 даного кодексу згадується про «торгові та інші чесні звичаї у підприємницькій діяльності», а ст. 265 ГК України встановлює можливість використання відомих міжнародних звичаїв для визначення умов договору поставки<sup>16</sup>.

Наприклад, ч. 4 ст. 265 Господарського кодексу України передбачає, 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 цим Кодексом чи законами України; ч. 3 ст. 344 ГК України передбачає, що міжнародні розрахунки регулюються нормами міжнародного права, банківськими звичаями і правилами, умовами зовнішньоекономічних контрактів, валютним законодавством країн-учасниць розрахунків. Для визнання торгового звичаю не має значення, чи зафіксовано відповідне правило у будь-якому документі<sup>17</sup>.

Формалізацію (уніфікацію) торгових звичаїв здійснюють різні організації: міжнародні міжурядові (УНІДРУА, ЮНСІТРАЛ), регіональні (ЄЕК ООН), а також неурядові (МТП)<sup>18</sup>. Головною умовою застосування звичаю ділового обороту як джерела господарського договірної права є відсутність у законодавстві норм, які б регулювали відповідні господарські відносини<sup>19</sup>.

З огляду на обраний Україною проєвропейський шлях розвитку необхідно також звернути увагу на ситуацію із застосуванням права в системах права європейських країн для того, щоб зрозуміти, чи положення цього джерела права у вітчизняному праві відповідає його ролі в Європі.

Якщо розглядати французьке законодавство, то слід звернути увагу на особливе значення звичаю у французькому цивільному праві. В окремих випадках він прирівнюється до закону. Так, відповідно до ст. 1135 Цивільного кодексу Франції угоди зобов'язують не лише до того, що в них виражено, а й до всіх наслідків, виконання яких, відповідно до характеру цього зобов'язання, вимагають справедливості, звичай або закон<sup>20</sup>. Загалом українське законодавство, як вже було зазначено раніше, в деяких випадках також ставить правовий звичай на рівні закону, і тому варто підкреслити, що у вітчизняній системі права присутній аналогічний акт, який за змістом повністю відповідає вищезгаданому положенню. Отже, в цьому аспекті роль звичаю в системі права України та Франції збігається.

У праві ФРН важливим правовим регулятором є звичаї ділового обороту. Так, окремі параграфи Німецького цивільного уложення визначають їх як один із можливих критеріїв для оцінювання поведінки особи на предмет добросовісності (наприклад, § 157 встановлює, що договори потрібно тлумачити відповідно до вимог доброї совісті, беручи до уваги звичаї ділового обороту; згідно із § 31 боржник зобов'язаний виконати зобов'язання добросовісно, як цього вимагають звичаї ділового обороту; § 310 (1) прямо встановлює, що практика та звичаї, які застосовуються в діловому обороті, беруться до уваги до загальних умов правочинів, що укладаються між підприємцями тощо).

Визначення поняття добросовісності за допомогою звичаю є досить цікавим рішенням, оскільки за своєю природою звичаєве право має здатність дуже швидко змінюватись і пристосовуватись до умов та поглядів певного часу. Разом з тим воно відображає поняття справедливості певного народу, і з цього випливає, що застосування цього джерела права в ідеалі надає законіві більшої гнучкості та водночас не дає йому стати несправедливим і, як наслідок, протиправним.

Отже, з огляду на зазначене вище можна констатувати, що правовий звичай як джерело права в сучасній системі права має тенденцію до розширення меж власного застосування у зв'язку з інтеграційними процесами в українському законодавстві. На даний момент він відіграє роль переважно у сфері цивільних і економічних відносин, що регулюються відповідними кодексами. Застосування цього джерела права – досить важливий крок на шляху до покращення гнучкості українського законодавства і проведення політики децентралізації у законодавстві. Це пояснюється тим, що, по-перше, звичаєве право формується поза впливом держави і найчастіше відображає потреби й розуміння справедливості народу, який його формує, в тій чи іншій сфері чи навіть в окремій конкретній ситуації.

По-друге, звичай в сучасних реаліях має відносно хорошу гнучкість, що забезпечується відносно швидкою реакцією населення на необхідність регулювання певних ситуацій, які оминаються чи не передбачені законом, а у зв'язку з неоперативною діяльністю законодавчих органів, швидше за нормативний акт «реагує» на нові тенденції у світі.

По-третє, це джерело права через свою природу дає змогу вирішувати різні ситуації, враховуючи особливості певної місцевості, соціальної групи, а також народні традиції етносу, що проживає в цій місцевості. Це створює сприятливі умови для децентралізації права: надає можливість враховувати більше фактів, які оминаються чи просто неможливі до затвердження на загальнодержавному рівні нормативними актами, а існують лише в цій місцевості, і винесенню справедливого рішення (зокрема визначення умислу з урахуванням світоглядних особливостей певної етнічної групи).

Проте слід враховувати, що далеко не всі звичаї сприяють вищезазначеному результату, тому варто дуже уважно оцінювати наслідки застосування певного звичаю в певній ситуації, і з огляду на це слід надавати юридичної сили лише тим звичаям і лише в тих сферах, де результат від його застосування буде кра-

щим, ніж від інших джерел права. На нашу думку, найбільш перспективним є застосування не правових звичаїв безпосередньо, а творення відповідних нормативних актів на основі чи з урахуванням норм звичаєвого права. У такому разі за умов якісного процесу законотворчості можливо створити закон, що вбере в себе всі переваги як правового звичаю, так і правового акта.

<sup>1</sup> Борщевський І.В. Правовий звичай як джерело сучасного права України / І.В. Борщевський // Теорія та історія держави і права. – 2016. – № 5 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.pjv.nuoua.od.ua/v5\\_2016/3.pdf](http://www.pjv.nuoua.od.ua/v5_2016/3.pdf)

<sup>2</sup> Озель В. Звичай у системі права України / В. Озель // Підприємництво, господарство і право. – 2016. – № 6. – С. 201–205.

<sup>3</sup> Толкачова Н.С. Правовий звичай, узвичаєність, звичай ділового обороту – форми права сучасної України: проблеми застосування / Н.С. Толкачова // Соціологія права. – 2011. – № 2 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.nbu.gov.ua/old\\_jrn/soc\\_gum/socpr/2011\\_2/Tolkachova.pdf](http://www.nbu.gov.ua/old_jrn/soc_gum/socpr/2011_2/Tolkachova.pdf)

<sup>4</sup> Озель В. Вказана праця.

<sup>5</sup> Скакун О.Ф. Теорія права і держави: підруч. : 2-ге вид. / Ольга Федорівна Скакун. – К.: Алерта, 2010. – 520 с.

<sup>6</sup> Загальна теорія права / М.І. Козюбра, С.П. Погребняк, О.В. Цельєв, Ю.І. Матвєєва. – К.: Ваіте, 2015. – 392 с.

<sup>7</sup> Майданик Р. Правовий звичай як джерело цивільного права / Р. Майданик : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.actio.com.ua/ru/publ-katc/pravovii-zvichai-iaak-dzherelo-tciv-lnogoprava>

<sup>8</sup> Стрілець О.М. Звичаї ділового обороту як особлива форма права / О.М. Стрілець // Право. – 2014. – № 24 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://enpuir.npu.edu.ua/bitstream/123456789/7378/1/Str%D1%96lets.pdf>

<sup>9</sup> Стрельникова І.Ю. Місце звичаю в сучасному праві України / І.Ю. Стрельникова, Є.В. Погорелов // Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. – 2010. – Т. 23 (62). – № 2. – С. 52–56. – (Серия «Юридические науки»).

<sup>10</sup> Цивільний кодекс України // Верховна Рада України. – 2018 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

<sup>11</sup> Кодекс торговельного мореплавства України // Верховна Рада України. – 2017 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/176/95-%D0%B2%D1%80>

<sup>12</sup> Господарський кодекс України // Верховна Рада України. – 2018 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/436-15>

<sup>13</sup> Толкачова Н.С. Вказана праця.

<sup>14</sup> Цивільний кодекс України // Верховна Рада України. – 2018 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>

<sup>15</sup> Господарський кодекс України // Верховна Рада України. – 2018 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/436-15>

<sup>16</sup> Там само.

<sup>17</sup> Стрілець О.М. Вказана праця.

<sup>18</sup> Там само.

<sup>19</sup> Діковська І.А. Правовий звичай як джерело регулювання суспільних відносин різних країн / І.А. Діковська // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». – 2015. – Вип. 32. – Т. 2. – С. 29–31 : [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/4420/>

<sup>20</sup> Там само.

## Резюме

### **Цюприк В.І. Правовий звичай як джерело права в сучасній системі права: теоретико-правовий аналіз.**

Стаття присвячена теоретико-правовому аналізу проблем правового звичаю як джерела права в сучасній системі права. Зокрема, звертається увага на етапи формування правового звичаю. Зазначається, що правовий звичай виник завдяки ситуації, через яку постає необхідність створення нової норми, яка зможе врегулювати ситуацію; створення суспільством цієї норми; багаторазове її застосування, сприйняття її суспільством як найбільш прийнятної та обов'язкової для санкціонування норми державою. Акцентується увага на застосуванні звичаєвого права у деяких статтях нормативно-правових актів національного законодавства, зокрема у Цивільному, Господарському кодексах України. Зроблено висновок, що далеко не всі звичаї сприяють вищезазначеному результату, тому варто дуже уважно оцінювати наслідки застосування певного звичаю в певній ситуації, і з огляду на це слід надавати юридичної сили лише тим звичаям та лише в тих сферах, де результат від їх застосування буде кращим, ніж від інших джерел права.

**Ключові слова:** звичаєве право, правовий звичай, норми звичаєвого права, джерело права, право, законодавство, закон.

## Резюме

### **Цюприк В.І. Правовой обычай как источник права в современной системе права: теоретико-правовой анализ.**

Статья посвящена теоретико-правовому анализу проблем правового обычая как источника права в современной системе права. В частности, обращается внимание на этапы формирования правового обычая. Отмечается, что правовой обычай возник благодаря ситуации, из-за которой возникает необходимость создания новой нормы, которая сможет урегулировать ситуацию; создание обществом этой нормы; многократное ее применения, восприятие ее обществом как наиболее приемлемой и обязательной для санкционирования нормы государством. Акцентируется внимание на применении обычного права в некоторых статьях нормативно-правовых актов национального законодательства, в частности в Гражданском, Хозяйственном кодексах Украины. Сделан вывод, что далеко не все обычаи способствуют вышеуказанному результату, поэтому стоит очень внимательно оценивать последствия применения определенного обычая в определенной ситуации, и в связи с этим следует предоставлять юридическую силу только тем обычаям и только в тех сферах, где результат от их применения будет лучше, чем от других источников права.

**Ключевые слова:** обычное право, правовой обычай, нормы обычного права, источник права, право, законодательство, закон.

Summary

***Tsyuprik V. Legal custom as a source of law in the modern legal system: theoretical and legal analysis.***

The article is dedicated to theoretical law analyses of legal custom as a legal source of modern law system. By the way, the author points out the legal custom formation stages and it is also noticed that legal custom arose because of the necessity appearance to create a new regulation with an ability to govern the situation. Furthermore, the author also observes the way of legal custom from the creation and repeatable application of the regulation by particular society and recognizing it to be the most valuable and, as a result, necessity to enforce it with the help of the state. The legal custom is applied in several provisions of the national legislature that is the Civil Code and Commercial Code of Ukraine. Consequently, only several customs facilitates the noticed earlier results, that is why it is important to estimate all consequences of legal custom application in particular situation and, judging by this, to enforce this kind of legal source only in the case its application will have better results than the application of other kinds of legal sources.

**Key words:** custom law, legal custom, custom law regulations, legal source, law, legislature, laws.

**С.І. ШИМОН**

*Світлана Іванівна Шимон, доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри правового регулювання економіки КНЕУ імені Вадима Гетьмана*

### РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ А.Ю. БАБАСКІНА «КРЕДИТНІ ВІДНОСИНИ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ»\*

Актуальність теми рецензованої праці зумовлена низкою чинників. Насамперед, першоосновою успішного розвитку економічної системи держави є фінансовий складник, основним елементом якого є кредит, тому стан кредитних правовідносин, рівень їх нормативного регулювання в суспільстві набуває такого ж фундаментального значення.

Незалежно від того, що правове регулювання кредитних відносин порівняно часто ставало предметом наукових розробок, у цивільно-правовій науці донині відсутній єдиний теоретично обґрунтований підхід не тільки до визначення місця кредитного зобов'язання у системі зобов'язальних правовідносин, а й до самого розуміння кредитних правовідносин (що мають широке та вузьке трактування в теорії), їх сутності та визначальних ознак. При тому, що реалії життя поставили перед наукою вимоги переосмислення питання про саму сутність кредитних правовідносин та наближення до європейських практик їх трактування, за яких до цього виду причисляють правовідносини застави, поруки, гарантії і подібні.

Від поглядів на сутність кредитних правовідносин залежить коло тих суспільних відносин, на які будуть поширюватися правові норми, що встановлені для кредитних зобов'язань та, зокрема санкції за порушення грошових зобов'язань. Вузьке трактування кредитних правовідносин зумовлює обмежене розуміння і грошових зобов'язань, що спричиняє застосування до них таких засобів правового регулювання, які суперечать природі цих правовідносин. Змішування елементів кредитного договору з іншими видами договорів, насамперед, позикою, можливість зміни договору кредиту на конструкцію звичайної позики нівелює саму ідею кредиту як спеціальної договірної конструкції.

Недостатня законодавча урегульованість кредитних правовідносин, субсидіарне застосування до кредитних правовідносин норм про позику, колізії в цивільному та банківському законодавстві, неузгодженість між собою нововведень у цій сфері правового регулювання свідчать про те, що докладний комплексний аналіз проблеми кредитних зобов'язань як виду цивільних правовідносин є вимогою часу.

Актуальність теми підтверджує і необхідність розробки єдиної теоретично обґрунтованої концепції кредитного правовідношення як самостійного виду цивільного правовідношення, яка б стала дороговказом для вирішення практичних проблем. А це можливо лише як наслідок поглибленого комплексного наукового аналізу специфіки кредитних правовідносин на рівні монографічного дослідження.

Автор рецензованої монографії визначив цілком логічну структуру роботи, що передбачає динаміку дослідження у напрямку від загальних категорій до спеціальних проблем.

Загальну теоретико-правову основу наукової праці закладено в підрозділах, присвячених методології цивілістичного дослідження кредитних правовідносин та аналізу понять «кредит» та «кредитні відносини» як категорій економічної науки та соціології.

Докладну характеристику кредитних правовідносин та їхніх цивілістичних ознак наведено в окремому структурному підрозділі монографії розділі 3 «Кредитні правовідносини, що виникають на підставі кредитного договору» та розділі 4 «Кредитні правовідносини, які виникають на підставі договорів, які містять умови комерційного кредиту».

Відповідно до предметної класифікації кредиту в цивільному праві основні частини монографічної роботи присвячено фінансовому кредиту та комерційному кредиту, які докладно характеризуються за видами. Елементами зобов'язального правовідношення, специфікою істотних умов договору, особливостями прав та обов'язків сторін тощо.

Як наслідок проведеного дослідження автором сформовано ґрунтовні висновки, які відрізняються достовірністю та належним ступенем обґрунтованості.

---

© С.І. Шимон, 2018

\* *Бабаскін А.Ю.* Кредитні відносини у цивільному праві України. – К.: Талком, 2018. – 570 с.

Так, автор визначає широке та вузьке розуміння банківської кредитної операції як виду банківської послуги та підстави виникнення кредитних правовідносин.

В роботі надається різнобічне роз'яснення категорій «кредит» та «кредитні правовідносини», висвітлюються їх економічні та правові аспекти.

Автор здійснив докладну класифікаційну характеристику кредитного договору; провів ретельне теоретичне розмежування договору кредиту та договору позики за всіма ознаками цих договірних зобов'язань.

Належну увагу відведено в монографії проблемам статусу та спеціальної правоздатності суб'єктів кредитних правовідносин. У цій частині роботи інтерес представляє дослідження проблеми кредитних правовідносин із множиною суб'єктів.

На підтримку заслуговують і ті положення монографії, в яких автор визначає істотні умови кредитного договору. Цікавою видається пропозиція автора про впровадження категорії «істотно погіршуючи обставини», метою якої є мінімізація кредитних ризиків кредиторів.

Схвалення викликають низка інших положень роботи: обґрунтування пропозиції про встановлення у законі права позичальника на дострокове повернення кредиту, залученого під змінювану процентну ставку; пропозиція надати сторонами кредитного господарського договору встановлювати в договорі перелік дій, які зобов'язаний вчиняти позичальник протягом строку кредитного договору; аргументація пропозиції законодавчо заборонити сплату процентів за користування кредитом наперед (на майбутній час); про законодавче обмеження максимальних ставок за кредитним договором; аргументація щодо впорядкування законодавчого використання термінів «аванс» та «попередня оплата» та інші положення роботи.

Положення висновків мають істотне значення для розвитку науки цивільного права, мають теоретичну цінність, містять новизну та видаються належно обґрунтованими. Вони мають конкретне практичне значення, оскільки на їх основі автором сформовано низку доцільних і логічних пропозицій щодо вдосконалення Цивільного кодексу України та 5 інших законодавчих актів України, які регулюють кредитні правовідносини.

У цілому робота виконана на належному теоретичному рівні, засвідчує професійний підхід автора до постановки наукових завдань та їх вирішення, високу компетентність автора у предметі дослідження, його докладну обізнаність з практичною проблематикою та вміння пов'язати проблеми науки і практики.

Наявність у роботі деяких дискусійних тверджень і висновків, на мою думку, не зашкоджує якості цієї роботи, а лише засвідчує її актуальність і не є перешкодою до визнання рецензованої праці гідним науковим монографічним дослідженням.

Зважаючи на викладене, слід дійти висновків, що робота А.Ю. Бабаскіна «Кредитні відносини у цивільному праві України» є завершеною, самостійною науковою працею, яка містить наукову новизну, має важливе практичне значення, відповідає вимогам, що ставляться до наукових робіт, заслуговує бути оприлюдненою для ознайомлення з її змістом широкою науковою громадськістю.



**І.А. ГРИЦЯК**

*Грицяк Ігор Андрійович, доктор наук з державного управління, кандидат юридичних наук, декан факультету права та міжнародних відносин Київського університету імені Бориса Грінченка*

**РЕЦЕНЗІЯ  
НА РОБОЧУ ПРОГРАМУ НАВЧАЛЬНОЇ ДИСЦИПЛІНИ  
«СТАНОВЛЕННЯ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ В УКРАЇНІ»,  
розроблену кандидатом юридичних наук, доцентом кафедри  
адміністративного права Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка Пухтецькою Аллою Альбертівною\***

У рецензованій робочій програмі викладено комплексний підхід до проблем становлення публічної адміністрації в Україні, що ґрунтується на застосуванні досягнень сучасної вітчизняної науки адміністративного права України та враховує європейські стандарти організації та діяльності органів публічної адміністрації, що становлять сучасний орієнтир розвитку та стратегій інтеграції до Європейського адміністративного простору та Європейської Спільноти. Важливість проблемного викладу предмету та завдань навчальної дисципліни підтверджується складністю трансформації вітчизняної системи органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування в систему органів публічної адміністрації європейського рівня, яка б володіла здатністю забезпечувати ефективну реалізацію та захист прав, законних інтересів усіх суб'єктів правовідносин у публічно-правовій сфері, зокрема, адміністративних правовідносинах.

Структура робочої програми навчальної дисципліни «Становлення публічної адміністрації в Україні» неодноразово обговорювалася на Міжнародних науково-практичних конференціях з 2010 р., тому її складові закономірно розвинулися в комплексні розробки правових, політичних, економічних проблем формування інституту публічної адміністрації в Україні.

Автор робочої програми – кандидат юридичних наук, доцент А.А. Пухтецька – неодноразово залучалася до виконання науково-дослідних тем, наукової роботи в колективах з підготовки енциклопедичних видань з досліджуваної проблематики, зокрема, під моїм керівництвом було проведено наукові розвідки та підготовлено до друку енциклопедичні статті до сьомого тому «Енциклопедії державного управління» Національної академії державного управління при Президенті України, які органічно включені до робочої програми: «Належна адміністрація», «Належне урядування», «Європейський адміністративний простір», «Адміністративна здатність публічної адміністрації», «Копенгагенські критерії вступу до Європейського Союзу», «Мадридські критерії вступу до Європейського Союзу» та інші, зміст яких широко використовується в наукових та навчальних працях, у т.ч. для викладання у вищих юридичних навчальних закладах України.

Новаційною та виваженою є структура запропонованої робочої програми, адже вона комплексно відображає сучасні основні напрями розвитку ключових адміністративно-правових інститутів та державотворчої практики, проблеми розвитку адміністративного законодавства в поєднанні з позитивним досвідом зарубіжних країн.

Структура курсу передбачає вивчення двох змістовних частин: «Інституційні засади організації публічної адміністрації та український досвід формування системи органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування», що передбачає вивчення актуальних проблем адміністративної реформи в Україні та реформування апарату державного управління в структурно-функціональному аспекті; системи органів виконавчої влади в Україні та характеристики основних внутрішньосистемних зв'язків, їх динаміки та впровадження нових видів делегування, деволуції. Перший розділ включає розгляд проблем правового статусу Кабінету Міністрів України, міністерств та посади міністра, заступника міністра/керівника апарату міністерства та їх адміністративних актів; правового статусу місцевих державних адміністрацій, проблеми розмежування повноважень з органами місцевого самоврядування. Особливо привертає увагу звернення автора до таких актуальних питань як регіоналізація та локалізація надання публічних послуг населенню, функціонування центрів з надання адміністративних послуг.

Друга частина роботи присвячена «Правовим формам діяльності органів публічної адміністрації, підставам та межам юридичної відповідальності органів публічної адміністрації та державних службовців за шкоду, заподіяну інтересам громадян в публічно-правовій сфері, проблемам судового перегляду адміністративних актів». У даній частині навчального курсу автором розглядається загальна характеристика правових форм діяльності публічної адміністрації та проблеми класифікації адміністративних проваджень за участь

© І.А. Грицяк, 2018

\* Пухтецька А.А. Становлення публічної адміністрації в Україні : робоча програма навчальної дисципліни для студентів спеціальності 081 «Право» // Пухтецька Алла Альбертівна ; Київський національний університет імені Тараса Шевченка, юридичний факультет. – К., 2017. – 46 с.

органів публічної адміністрації в європейських країнах та Україні, актуальні питання становлення інституту державної служби. Особливу увагу приділено надзвичайно важливому інституту адміністративної відповідальності та проблемам розмежування з суміжними видами юридичної відповідальності, необхідності забезпечення ефективного судового перегляду актів публічної адміністрації, що виступає важливим принципом європейського адміністративного права.

На мій погляд, запропонована робоча програма «Становлення публічної адміністрації в Україні» надає широкі пізнавальні можливості слухачам щодо перегляду пострадянських стереотипів, що, на жаль, мають місце не лише в доктрині та системі законодавства, а й в правозастосовній практиці. Надання системного бачення проблем становлення публічної адміністрації в Україні з урахуванням європейського досвіду здійснює поступову підготовку студентів до застосування положень, вимог, стандартів Європейського Союзу, що запроваджуються в різних сферах правового регулювання в Україні з метою дотримання найважливіших регламентів та директив, а також низки міжнародних актів та європейських конвенцій, хартій, які в сукупності якісно змінюють класичні уявлення в доктринах пострадянських країн щодо цілей, завдань, функцій, правових форм діяльності адміністрацій різних рівнів, їх відповідальності, можливостей судового перегляду їх актів.

Робоча програма «Становлення публічної адміністрації в Україні» логічно структурована, містить розгорнутий перелік питань, що вивчаються під час лекційних та семінарських завдань, питань для самостійного опрацювання, контролю знань студентів. До кожного структурного елемента робочої програми визначено перелік рекомендованої літератури, актів законодавства, основних монографічних та енциклопедичних видань, низки праць європейських вчених, присвячених проблемам впровадження демократичного інституту публічної адміністрації в країнах-кандидатах на членство в Європейському Союзі, у тому числі Програми СІГМА, ОЕСР, Ради Європи щодо впровадження Модельного кодексу належної адміністрації.

Автором робочої програми «Становлення публічної адміністрації в Україні» нещодавно було опубліковано індивідуальну монографію «Принципи адміністративного права: адміністративно-правові та євроінтеграційні аспекти оновлення змісту та практики застосування» (2016 р., 434 с.), у якій також знайшли відображення наукові результати дослідження інституційних принципів публічної адміністрації, зокрема, розвідки щодо проблем децентралізації, деконцентрації, делегування, агенцифікації в системі органів публічної адміністрації на прикладах європейського та вітчизняного досвіду.

Підсумовуючи викладене, вважаю, що рецензована робоча програма навчальної дисципліни «Становлення публічної адміністрації в Україні», розроблена доцентом А.А. Пухтецькою, відповідає встановленим вимогам щодо забезпечення навчального процесу у вищих навчальних закладах України, ґрунтується на широкій джерельній базі вітчизняних та зарубіжних дослідників, впроваджує новітні підходи до вивчення правових форм діяльності органів публічної адміністрації, забезпечення прав людини в сфері виконавчої влади з урахуванням європейських принципів і стандартів, тому рекомендується до впровадження в навчальному процесі вищих навчальних закладів України для якісного оновлення навчальних курсів адміністративно-правового та євроінтеграційного спрямування щодо актуальних проблем становлення публічної адміністрації в Україні.

### Нові перспективи співпраці КУП НАНУ з факультетом права та управління Гданського університету

На початку січня 2018 р. на запрошення польської сторони відбувся робочий візит ректора Юрія Бошицького на факультет права та управління Гданського університету. Декан факультету, професор Якуб Стеліна та завідувач кафедри конституційного права та політичних інститутів, професор Анджей Шміт представили ректору факультет, потужну наукову бібліотеку, кафедри, ознайомили з організацією роботи факультету тощо.

Під час зустрічі було обговорено низку питань співробітництва на 2018 календарний рік, у рамках угоди про співпрацю між Гданським університетом та Київським університетом права НАН України, укладеним ще 2010 року. Також обговорювалися й основні напрями співпраці в сфері реалізації освітньо-наукових проєктів з юридичним факультетом Гданського університету:

- проведення спільних міжнародних науково-практичних конференцій, круглих столів та інших наукових заходів;
- видання другої спільної монографічної роботи та інших наукових видань, підготовлених науковцями КУП НАНУ та юридичним факультетом Гданського університету;
- надання можливості науково-педагогічним працівникам обох університетів публікувати свої статті у наукових виданнях Сторін;
- проведення спільних наукових досліджень;
- спільний пошук грантових проєктів та програм із правової, суспільно-політичної, освітньо-наукової тематики;
- організація та проведення літніх мовних шкіл тощо.

Під час переговорів сторони домовилися про презентацію колективної монографії «Актуальні проблеми сучасного конституціоналізму» (на прикладі України та республіки Польща) у березні в Гданському університеті та у квітні в КУП НАН України.

Професор Якуб Стеліна запропонував продовжити спільне дослідження актуальних проблем європейського права та видання другої колективної монографії науковців Київського університету права НАН України та науковцями Гданського університету вже Гданським університетом у жовтні 2018 року. Також польські колеги сприятимуть пошуку нових партнерів для КУП НАНУ в провідних вузах Європи, що буде взаємовигідним для обох вишів. Ректор запросив польських колег до публікації їх статей у «Часописі Київського університету права», до обміну книгами та науковими виданнями, а також домовився про можливість викладачам КУП НАНУ публікуватися в юридичному віснику Гданського університету «Polish Law Review».

### Майстер-класи професора Райнера Ведде (Німеччина)

6 лютого 2018 р. в Київському університеті права НАН України відбувся майстер-клас професора Вісбаденської школи бізнесу, голови Українсько-німецької спілки юристів, голови Асоціації професорів, доктора юридичних наук, пана Райнера Ведде (Німеччина).

Слід зазначити, що професор Ведде вже не вперше проводить майстер-класи в Київському університеті права. І, як завжди, його приїзд викликав ажиотаж серед студентів, які отримали можливість подискутувати щодо питань німецької правової системи, правового регулювання господарських відносин Німеччини, реалізації угоди між Україною та Європейським Союзом.

Кожному учаснику майстер-класу була надана можливість висловити власну думку щодо тих чи інших питань, студенти отримали консультації з практичних проблем правового регулювання.

7 лютого майстер-класи професора Ведде були продовжені в Рівненському інституті Київського університету права НАН України.

### XI Міжнародна науково-практична конференція «Наукові читання, присвячені пам'яті В.М. Корецького»

28 лютого 2018 р. під егідою Київського університету права НАН України, Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України та Батумського державного університету ім. Шота Руставелі відбулася XI Міжнародна науково-практична конференція «Наукові читання, присвячені пам'яті В.М. Корецького», участь у якій взяли провідні науковці, аспіранти та студенти вищих навчальних закладів, представники міжнародних установ та організацій.

Почесними гостями конференції були зарубіжні партнери університету, зокрема: професор Адам Махарадзе, декан юридичного факультету Батумського державного університету імені Шота Руставелі (Грузія); Армаз Кахідзе, професор Батумського державного університету імені Шота Руставелі (Грузія); Петер Шаркьозі, ведучий консул Посольства Угорщини, радник першого класу; Літа Сурмава, другий секретар Посольства Грузії; Юрій Кармазін, народний депутат України чотирьох скликань (2-го, 3-го, 4-го, 6-го), голова Партії захисників Вітчизни, Сенатор Міжнародного парламенту безпеки і миру, заслужений юрист України, Почесний доктор Київського університету права НАН України; Володимир Денисов, завідувач відділу міжнародного права та порівняльного права Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, завідувач кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства КУП НАНУ, професор, член-кореспондент НАПрН України.

На адресу організаторів та учасників конференції надійшли листи вітання від Президента Національної академії наук України, академіка НАН України Б. Патона, віце-президента НАН України, академіка НАН України С. Пирожкова, Міністра освіти, культури і спорту Аджарії І. Шамілішвілі, ректора Батумського державного університету ім. Шота Руставелі М. Халваші.

З вітальним словом до учасників конференції звернувся ректор Київського університету права НАН України, професор Ю. Бошицький. Він зазначив, що концепція проведення Наукових читань, на момент їх заснування, передбачала відновлення інтересу науковців до наукової спадщини Володимира Корецького та обговорення актуальних проблем розвитку права в сучасній Україні на підставі порівняльного правознавства. У цьому контексті слід зауважити, що протягом десяти років проведення Наукових читань проблеми та питання порівняльного пізнання та дослідження зарубіжного правового досвіду набули ще більшої актуальності.

Доктор юридичних наук, завідувач відділу міжнародного права та порівняльного правознавства Інституту держави і права ім. В.М. Корецького, завідувач кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства КУП НАН України В. Денисов зазначив, що наукова спадщина В.М. Корецького залишається важливим джерелом унікальної інформації, тому її використання є потужним імпульсом із вирішення актуальних проблем міжнародного права.

Декан юридичного факультету Батумського державного університету ім. Шота Руставелі, професор Адам Махарадзе у привітальному слові до учасників конференції наголосив, що українська держава, яка обрала шлях послідовної розбудови громадянського суспільства, формування правової системи на принципах верховенства права та пріоритету прав і свобод людини та громадянина, має розвиватися не лише на засадах національних традицій та практики, а й на підставі всебічного та систематичного порівняльного дослідження зарубіжного досвіду.

Знаковою подією стала презентація першого і другого томів «Енциклопедії міжнародного права», підготовленої науковцями Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України та Київського університету права НАН України. Видання відображає рівень сучасної науки міжнародного права, віддзеркалює міжнародно-правову практику України. Саме це видання стало одним із результатів наслідування життєвих принципів В.М. Корецького.

Конференція проходила у формі пленарного засідання, під час якого були обговорені питання ролі наукової спадщини В.М. Корецького для сучасного стану науки міжнародного права та порівняльного правознавства.

У наукових доповідях, проголошених на пленарному засіданні, порушувалися, зокрема, такі питання: «В.М. Корецький – фундатор сучасної української науки міжнародного права» (В. Денисов, доктор юридичних наук, завідувач відділу міжнародного права та порівняльного правознавства Інституту держави і права ім. В.М. Корецького, завідувач кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства КУП НАН України), «Актуальні проблеми застосування законодавства що регулює захист об'єктів інтелектуальної власності в судах України» (С. Книш, к.ю.н., завідувач кафедри загальнотеоретичних правових дисциплін Рівненського інституту Київського університету права НАН України), «Становлення викладання та дослідження міжнародного права у Харківському університеті у перші десятиріччя його існування» (К. Савчук, к.ю.н., доцент кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства Київського університету права НАН України, доцент) та інші.

Міжнародна науково-практична конференція «Наукові читання, присвячені пам'яті В.М. Корецького» відбулася на високому організаційному та науковому рівні. Обрана тема науково-практичної конференції послугувала плідним підґрунтям для обміну думками із зазначеної проблематики. У зв'язку з актуальністю порушених питань за результатами конференції буде опублікована збірка матеріалів тез та доповідей учасників конференції.

За результатами XI Міжнародної науково-практичної конференції «Наукові читання, присвячені пам'яті В.М. Корецького» її учасниками підготовлені та схвалені Рекомендації.

### **Студентська конференція «Студентська наука в духовній школі»**

13 березня 2018 р. студенти та викладачі КУП НАН України взяли участь у IX щорічній студентській конференції «Студентська наука в духовній школі», яка відбувалася в Київській духовній академії і семінарії. Конференція була присвячена 100-річчю з дня смерті священномученика Володимира (Богоявленського), митрополита Київського і Галицького.

У рамках конференції працювали чотири секції за різними напрямками, зокрема біблійна, богословська, церковно-практична та історична. Залучення студентів Київського університету права НАН України до роботи в конференції такого рівня сприяло підвищенню їхньої обізнаності у питаннях канонічного права та актуальних проблем церковного законодавства, а також поглибленню знань у сфері християнської моралі та етики. Значна частина доповідей, які були презентовані на конференції, були присвячені основам християнської педагогіки та історії духовних шкіл, що розширило світогляд майбутніх правників.

Викладачі КУП НАНУ мали честь презентувати книги, видані в Київському університеті права НАН України, для бібліотеки академії. До речі, обмін виданнями двох навчальних закладів вже давно є доброю традицією.

### **Майстер-клас Надзвичайного та Повноважного Посла Республіки Корея в Україні, пана Лі Янг-Гу**

22 березня 2018 р. в рамках нового проекту КУП НАН України «Діалоги відомих особистостей світу зі студентами» відбувся майстер-клас Надзвичайного та Повноважного Посла Республіки Корея в Україні, пана Лі Янг-Гу на тему: «Феномен Південної Кореї. Бачення та стратегія співпраці Корея – Україна».

На майстер-класі були присутні студенти, аспіранти, викладачі та співробітники Київського університету права НАН України. Під час заходу дипломат окреслив питання історії та особливостей сучасного національного розвитку своєї країни, стану та завдань економіки, політики, безпеки, соціальної сфери, а також майбутнього корейсько-українського співробітництва щодо реалізації міжнародних проектів і програм.

Також цікавим була думка доповідача про орієнтацію на наступні принципи: мир, патріотизм, процвітання, престиж, професіоналізм. Надзвичайний та Повноважний Посол Республіки Корея в Україні, пан Лі Янг-Гу виразив надію, що Україна матиме краще майбутнє.

Ректор Київського університету права НАНУ, професор Юрій Бошицький виклав свою концепцію бачення розвитку навчально-наукового співробітництва Київського університету права НАН України з ВНЗ-партнерами із Республіки Кореї.

Після майстер-класу гість відповів на численні запитання науково-педагогічних працівників і студентів.

### **Майстер-клас міністра закордонних справ Угорщини (1990–1994 рр.) Гези Єсенського**

26 березня 2018 р. в рамках нового проекту Київського університету права НАН України «Діалоги відомих особистостей світу зі студентами» відбувся майстер-клас міністра закордонних справ Угорщини (1990–1994 рр.), пана Гези Єсенського. На майстер-класі були присутні студенти II–IV курсів та професорсько-викладацький склад університету.

Пан Геза Єсенський розповів присутнім про особливості національних меншин різних країн світу, зокрема, щодо історичних етапів їх розвитку, притаманних національним меншинам з різних куточків світу.

Майстер-клас високого гостя з Угорщини носив інтерактивний характер: студенти мали можливість не лише отримати інформацію, а й взяти активну участь в обговоренні актуальної теми про європейську інтеграцію та забезпечення послідовної і дієвої підтримки Угорщиною євроінтеграційних і євроатлантичних прагнень України.

Зі свого боку пан Геза Єсенський поставив низку питань студентам щодо поняття та особливостей національних меншин, на які із задоволенням відповіли представники студентства, висловивши свої думки та показавши високий рівень знань у різних галузях міжнародного та національного права, які вони здобули у стінах Київського університету права.

Після зустрічі з угорським гостем студенти зазначили, що подібні заходи з відомими представниками вітчизняних та іноземних політичних, дипломатичних, урядових та наукових кіл надають змогу удосконалювати знання у галузі права та навички спілкування англійською мовою.

### **Презентація колективної монографії «Актуальні проблеми сучасного конституціоналізму (на прикладі України та Республіки Польща)»**

28–30 березня 2018 р. у м. Гданськ (Польща) відбулася презентація колективної монографії «Актуальні проблеми сучасного конституціоналізму (на прикладі України та Республіки Польща)» Київського університету права НАН України та Гданського університету. Це видання є результатом кількарічної наукової співпраці між університетами. Колективна монографія підготовлена за загальною редакцією ректора Київського університету права НАНУ, професора Ю. Бошицького та завідувача кафедри трудового права, декана факультету права й адміністрування Гданського університету, професора Я. Стеліни. Дана монографія присвячена як спільним, так і притаманним окремо Україні та Республіці Польща проблемам розвитку конституціоналізму на сучасному етапі. Так, сучасний український конституціоналізм найповніше виявляється в конституційних правах, свободах і обов'язках людини і громадянина, в якісно новій організації державної влади, в реалізації Конституції України та чинного законодавства нашої країни, їх удосконалення, у тому числі шляхом впровадження в конституційну структуру України західних моделей конституціоналізму.

До делегації від Київського університету права НАН України входили: проф. Ю. Бошицький; завідувач кафедри загальнотеоретичних та державно-правових дисциплін, д.ю.н., проф. Н. Кудерська; к.і.н., проф. кафедри загальнотеоретичних та державно-правових дисциплін В. Іванов; к.ю.н., доц. кафедри галузевих правових наук О. Рассомахіна; партнери КУП НАНУ – директор спеціалізованої школи № 47 з поглибленим вивченням іноземних мов Печерського району м. Києва С. Нетецька та заступник голови Української антипідприємницької асоціації С. Нетецький.

У презентації взяли участь також освітяни різних навчальних закладів, аспіранти і студенти вищих навчальних закладів Польщі.

Презентація проходила у формі пленарного засідання на високому науково-теоретичному та організаційному рівні. До присутніх з вітальними словами звернулися: проф. Ю. Бошицький, проф. Я. Стеліна та проф. А. Шміт, які наголосили, що такі спільні наукові видання дають змогу науковцям почути один одного, йти вперед у науковому пізнанні й розв'язанні нагальних завдань. Члени делегації КУП НАНУ й науково-педагогічні працівники Гданського університету презентували свої наукові розробки, що опубліковані у вказаній монографії.

Плідна робота в межах презентації завершилася ухваленням розробки спільного проекту магістерської програми з бізнес-адміністрування, що дасть можливість магістрантам й аспірантам КУП НАНУ додатково отримати й диплом Гданського університету/

### **Майстер-клас науковців Гданського університету (Польща)**

10 квітня 2018 р. в рамках нового проекту Київського університету права НАН України «Діалоги відомих особистостей світу зі студентами» відбувся майстер-клас доктора, професора кафедри конституційного права та політичних інститутів факультету права й адміністрування Гданського університету Анни Ритель-Варзохи на тему: «Європейське право Польщі з позиції права конституційного» та професора відділу конституційного права та політичних інститутів факультету права й адміністрування Гданського університету Агнешки Гайди на тему: «Особливості сучасного польського конституціоналізму».

На майстер-класі були присутні студенти, аспіранти, викладачі та співробітники Київського університету права НАН України. Доповідачі окреслили питання історії та особливостей сучасного стану конституціоналізму у Польщі, з'ясували деякі особливості організації влади в державі як на національному, так і на місцевому рівнях, обговорили проблеми реформування та перспективи сучасної юридичної освіти у Гданському університеті, а також питання майбутнього польсько-українського співробітництва щодо реалізації міжнародних освітніх проектів і програм.

Після майстер-класу гості відповіли на численні запитання. Знаково, що спілкування відбувалося англійською мовою.

### **I Міжнародна українсько-польська науково-практична конференція «Сучасні проблеми правотворення: досвід України та Польщі»**

Цей міжнародний науковий форум поєднав творчий потенціал представників університетської та академічної юридичної науки України й Польщі у сфері правотворення і ще раз ствердив необхідність дослідження можливостей сфери правового регулювання у зв'язку із започаткованими реформами, які відбуваються нині в українському суспільстві.

Конференцію відкрив ректор Київського університету права НАН України, професор, заслужений юрист України Юрій Бошицький, який наголосив на тому, що в умовах сучасних політичних та правових трансформацій, кардинального оновлення усіх ланок життя не тільки в Україні, а й світовому співтоваристві, проведення Міжнародної українсько-польської науково-практичної конференції є знаковою подією не лише для Рівненщини, а й вітчизняної правової науки в цілому. Пан Бошицький також зачитав вітальний лист від президента НАН України Бориса Патона: «Конференція, яка нині проводиться у Рівненському інституті КУП НАНУ, сприятиме створенню надійної платформи для публічного обговорення означеної проблематики в українському юридичному просторі».

До складу делегації Гданського університету увійшли Анжей Шміт, доктор, професор, завідувач кафедри конституційного права та політичних інститутів, колишній декан факультету права й адміністрування; Анна Ритель-Варзоха, доктор, професор кафедри конституційного права та політичних інститутів факультету права й адміністрування; Агнешка Гайда, професор відділу конституційного права та політичних інститутів факультету права й адміністрування. Виступи польських вчених були присвячені проблемам організації державної влади й реалізації чинного законодавства, універсалізації правового забезпечення інтеграційних процесів до Європейського Союзу. Провідною стала думка про те, що сучасна юридична наука не може розвиватися без обміну досвідом між різними науковими школами та пошуку можливостей для апробації та впровадження результатів досліджень.

Із вітальним словом до учасників конференції на пленарному засіданні звернувся начальник управління освіти і науки Рівненської ОДА Григорій Таргонський, який відзначив заслуги ректора Юрія Бошицького, котрому вдалося розширити горизонти правничого діалогу із європейським світом. «Високий професіоналізм, самовіддана праця та постійний творчий пошук, запровадження найкращих світових практик, іннова-

ційних форм і методів навчання у Рівненському інституті КУП НАНУ сприяють модернізації і примноженню юридичного потенціалу нашої держави та активній участі вітчизняної юридичної науки в європейських інтеграційних процесах», – наголосив промовець.

Привітали учасників конференції також голова Рівненської обласної ради Олександр Данильчук, віцепрезидент Рівненської торгово-промислової палати Микола Ярошук, заступник голови Рівненського апеляційного господарського суду Олег Тимошенко, проректор духовної семінарії Віталій Кудін та ін.

### **КУП НАНУ налагоджує співпрацю у сфері освіти і науки із заступниками глав місій Вишеградської четвірки**

19 квітня 2018 р. у стінах Київського університету права НАН України в рамках нового університетського проекту «Діалоги відомих особистостей світу зі студентами» відбулася зустріч із заступниками глав місій Вишеградської четвірки.

Вишеградська четвірка – це угруповання чотирьох центральноєвропейських країн: Польщі, Чехії, Угорщини і Словаччини, головною метою створення якої була інтеграція до євроатлантичних структур.

Зустріч такого формату в КУП НАНУ пройшла вперше та мала великий резонанс. На ній були присутні: заступник глави місії Посольства Республіки Польща в Україні Яцек Жур, заступник Посла Словацької Республіки в Україні Генріх Сасай, радник-посланник – заступник Посла, керівник політично-економічного відділу Посольства Чеської Республіки в Україні Зденька Цаїсова та Надзвичайний Посланник і Повноважний міністр, заступник глави місії Посольства Угорщини в м. Києві Ласло Чаба Пап.

Під час своїх доповідей представники Вишеградської четвірки наголосили на пріоритетних напрямках співпраці з Україною. Ними можуть стати програми, пов'язані з науковим обміном, освітнім співробітництвом, участь у Міжнародних Вишеградських Фондах, охорона навколишнього середовища, підтримка демократичних цінностей та транскордонне співробітництво.

Друга частина зустрічі була поділена на чотири секції, де кожен із представників Вишеградської четвірки мав нагоду більш детально розповісти про участь своєї країни в міжнародних відносинах та актуальні напрями співпраці з Україною.

Доповіді викликали жвавий інтерес серед студентів та професорсько-викладацького складу і спонукали до активної дискусії. Порушувалися питання щодо викликів спільного майбутнього, можливостей використання освітніх грантових програм і стажування студентів КУП НАН України у провідних освітніх установах згаданих країн.

Дана зустріч пройшла в надзвичайно дружній атмосфері, яка в подальшому сприятиме інтеграції Київського університету права НАН України до європейського наукового простору.

### **Делегація КУП НАНУ взяла участь у роботі Загальних зборів Відділення історії, філософії та права НАН України**

24 квітня 2018 р. делегація КУП НАНУ на чолі з ректором, професором Ю. Бошицьким взяла участь у роботі Загальних зборів Відділення історії, філософії та права Національної академії наук України.

Учасники заслухали й обговорили доповідь академіка-секретаря Відділення історії, філософії та права НАН України, академіка НАН України В.А. Смолія та ухвалили постанову про підсумки наукової діяльності установ Відділення в 2017 р. та перспективи розвитку фундаментальних і прикладних досліджень у галузі соціогуманітарних наук.

Для студентів КУП НАНУ можливість бути присутніми на науковому заході такого рівня не лише велика честь, а й новий досвід.

Цікавою для майбутніх юристів стала й наукова сесія. Присутні заслухали доповідь заступника директора з наукової роботи Інституту соціології НАН України, член-кореспондента НАН України Є. Головахи на тему: «Академічна соціологія і сучасне українське суспільство: теорії, дослідження, практики» та заступника директора з наукової роботи Інституту політичних і етнонаціональних досліджень ім. І.Ф. Кураса НАН України, член-кореспондента НАН України О. Майбороди на тему: «Політичні перспективи вирішення проблем виходу з кризової ситуації на сучасному етапі».

Ректор Ю.Л. Бошицький виступив з доповіддю на тему: «Інтеграція Київського університету права НАН України в європейський освітній та науковий простір: досвід і перспективи». Зокрема, ректор зазначив, що основними напрямками роботи КУП НАНУ із забезпечення інтеграції в європейський та світовий освітній простір є:

- реалізація спільних міжнародних наукових та освітніх проектів у галузі права та міжнародних відносин;
- навчання студентів за кордоном за програмами обміну та стажування у провідних європейських університетах згідно з вимогами Болонського процесу;
- стажування науково-педагогічних працівників у європейських вишах;
- впровадження сучасних інформаційно-інноваційних технологій;
- спільна розробка комплексів підручників нового покоління;
- проведення міжнародних науково-практичних конференцій;
- узагальнення і впровадження практики вузів сусідніх країн ЄС.

Присутніх студентів КУП НАН України зацікавив той факт, що вагоме місце в діяльності НАН України посідає робота з молоддю, залучення її до наукової діяльності. Відділення історії, філософії та права НАН України докладає значних зусиль для забезпечення участі молодих науковців у різноманітних конкурсах на отримання грантів, премій, стипендій.

Також відбулось вручення дипломів лауреатам премій НАН України та грамот молодим ученим і студентам.

### **Спільна міжнародна науково-практична конференція КУП НАНУ та Дебреценського університету**

Делегація Київського університету права НАН України на чолі з ректором, професором Ю. Бошицьким відвідала угорське місто Дебрецен, де студенти та викладачі взяли участь у спільній IX Міжнародній науково-практичній конференції «Сучасні питання європейської цивілістики: досвід Угорщини та України», що проходила 25–26 квітня 2018 р. на базі Дебреценського університету.

До складу делегації КУП НАНУ, окрім ректора, увійшли: доцент кафедри філософії та соціально-гуманітарних дисциплін, к.ф.н. – Т.І. Солдатська та студенти КУП НАНУ Дар'я Маленко, Дар'я Третьякова, Максим Гуцол, Юрій Маркус, Володимир Венцель, що на високому рівні представили КУП НАНУ, відзначившись гарними англomовними доповідями та яскравими презентаціями. Ключові теми виступів були присвячені соціально-філософському аналізу інтелектуальної власності; використанню результатів інтелектуальної власності у складі складного об'єкту в Україні, проблемам українського законодавства у сфері захисту прав інтелектуальної власності у мережі інтернет та ін.

У рамках конференції ректор КУП НАНУ Юрій Бошицький презентував нові видання КУП НАНУ, зокрема останній спільний україно-угорський збірник наукових праць за матеріалами VIII Міжнародної науково-практичної конференції «Актуальні проблеми цивілістики (на прикладі України та Угорщини)». Користуючись нагодою, професор Ю. Бошицький запросив угорських колег відвідати Київський університет права НАН України. Зі свого боку декан юридичного факультету Дебреценського університету, професор Вероніка Сікора подарувала для університетської бібліотеки книгу, присвячену знаковим сторінкам історії університету, а професор Дердь Чечі – свої останні наукові праці.

Варто зазначити, що проведення відповідних заходів міжнародного рівня надає нові перспективи обміну досвідом для подальшої наукової співпраці між Україною та Угорщиною, що, своєю чергою, є необхідною умовою для успішної інтеграції нашої країни в європейський простір.



## Пішов із життя польський вчений-конституціоналіст Богуслав Банашак



10 січня 2018 р. пішов із життя професор Богуслав Банашак – Почесний доктор Київського університету права НАН України, декан юридичного факультету Університету м. Зелена Гура (Республіка Польща), висококваліфікований фахівець-конституціоналіст зі світовим ім'ям – Людина з великої літери.

Він здобув заслужений авторитет та глибоку повагу не тільки на теренах Польщі та Європи, США та Південної Америки, а й серед чисельних українських колег.

Богуслав Банашак був надзвичайно світлою, життєлюбною та глибоко порядною людиною, наставником для великої когорти молодих фахівців у галузі конституційного права.

До останньої хвилини свого життя він перебував у творчому пошуку, працював над новими книжками та статтями, займався організацією міжнародних науково-практичних конференцій. В Україні опублікував низку фундаментальних статей у галузі конституційного права в «Часописі Київського університету права», іноземним членом редколегії якого був протягом останніх семи років.

Також він є співавтором навчального посібника для юристів-практиків «Права і свободи людини і громадянина в Україні (доктрина Європейського суду з прав людини і Конституційного суду України).

Лекції професора Банашака для студентів Київського університету права НАН України викликали неабиякий інтерес. Саме для передачі своїх знань молоді, займаючись викладацькою діяльністю, професор Банашак підготував вісім видань підручника «Конституційне право Польщі». Останнє видання вийшло в 2017 році.

Його професіоналізм був прикладом для багатьох. Він назавжди залишиться в нашій пам'яті як зразок життєвої мудрості, чесності та благородства.

Внесок у науку й досвід, переданий молодому поколінню, назавжди залишать слід видатного вченого та продовжать його життя у сфері, яку він любив і якій присвятив майже все своє життя.

Враховуючи тісні освітні, наукові, педагогічні та суспільні відносини професора Банашака з Київським університетом права НАН України, його внесок у розвиток юридичної науки та освіти в стінах нашого університету, високий професійний та моральний авторитет, його було обрано Почесним доктором Київського університету права НАН України. Нині це звання присвоєно лише 19 громадським та державним діячам, політикам, вченим України та світу. Серед них був і наш порадник, щирий друг Богуш, який, незважаючи на всі свої звання та нагороди, був дуже скромною й чуйною людиною.

Висловлюємо щирі співчуття рідним, друзям та колегам Богуслава Банашака. Глибоко сумуємо разом із вами.

*Колектив Київського університету права НАН України  
Колектив Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України  
Редколегія «Часопису Київського університету права»*

## РЕДАКЦІЙНІ ПОВІДОМЛЕННЯ

---

### 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