

04/2019

# ReOS

Recht der Osteuropäischen Staaten

04/19

# ReOS

**Recht der Osteuropäischen Staaten**

# Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS)



**Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS)** –  
scientific journal of legal sciences founded  
by University of Göttingen (Germany)  
with the purpose of knowledge sharing between  
Western and Eastern Europe.

***Publisher:***

Doctor of Juridical Sciences, Professor Thomas Mann, Institute of Public Law,  
Administrative Law Department, University of Göttingen.

***Editorial board:***

Dr. jur. **Bernhard Schloer** – Übersetzung der Zusammenfassung München  
**Bastian Lorenz** – Layout, Bearbeitung & Druck

**Partners**



**Netzwerk Ost-West**



**Rechtsdialog.org**

[www.uni-goettingen.de/reos](http://www.uni-goettingen.de/reos)

04/2019

ISSN 2199-6245

# ReOS 04 / 2019

## Inhaltsverzeichnis

Estoppel in civil judicial proceedings of Ukraine <i>Andronov Ihor, Andronova Viktoriia</i> .....	5
The procedure of ratification of international treaties as a component of the mechanism of creation of criminal legislation of Ukraine <i>Babanina Viktoria</i> .....	10
Legal protection of land of agricultural purpose in Ukraine <i>Baboi Anna</i> .....	15
The legal status of the consumer as a participant of civil legal relations <i>Banasevych Iryna</i> .....	20
Criminal and legal protection of intellectual property rights in Ukraine: conceptual background and identification of the concept <i>Bolotina Anna</i> .....	25
Nietzsche, perspectivism, feminism and human rights: hidden connection <i>Bocharov Dmytro</i> .....	29
Content and concept of management relationships in the security sector system Ukraine <i>Goncharenko Ganna</i> .....	34
The quality of the law as a determining component of the rule of law <i>Guyvan Petro</i> .....	39
Limits of judicial discretion in sentencing <i>Davydovych Iryna</i> .....	44
Administrative services in Ukraine: concepts and signs <i>Zaichko Konstantyn</i> .....	49
Staffing of the judiciary in Ukraine and Europe: a comparative legal aspect <i>Inozemtseva Kateryna</i> .....	54
Constitutional complaint in the system of the national mechanism of protection of the rights of participants in criminal proceedings in Ukraine <i>Ivanov Mykhailo</i> .....	58
Legal tradition and legal culture: the relation of concepts <i>Koba Mariia</i> .....	63
Information and analytical activity of public entities administration in the field of road safety in Ukraine <i>Koller Yurii</i> .....	67
Normative-project activity: questions of theory and practice <i>Kornienko Victoria</i> .....	71
Legal support of counteraction of war propaganda in Ukraine <i>Koruts Uliana</i> .....	76
Organizational and legal aspects of agreement on the establishment of a joint investigation team <i>Krasnoborova Myroslava</i> .....	80
Land use mediation vs. litigation process involving land issues: what should prevail in modern world? <i>Kucherova Mariia</i> .....	84

Territorial scope of the European Union legislation on the protection of personal data: from Lindqvist to Google LLC through Google Spain cases <i>Luzan Tetiana</i> .....	88
The spheres of the law language usage <i>Liashuk Andriy</i> .....	93
Implementation of the key principles and provisions, outlined in the ECHR judgments, in law-making process: practices in Ukraine and EU member states <i>Mytnyk Olena</i> .....	98
Madrid Convention 1980: the importance for the legal regulation of the European transfrontier cooperation <i>Mirzoev Rufat</i> .....	103
Criminal responsibility for military power inactivity: international aspects and foreign experience <i>Nadoiev Arthur, Pavlenko Tetiana</i> .....	108
Guarantees of the right to freedom of creativity in Ukraine <i>Opolskaya Natalia</i> .....	113
Forensic and expert activity: content and specific features <i>Ostropilets Andrii</i> .....	118
Problems of special criminological and individual prevention of violent crime of military personnel <i>Pashchenko Yevhen</i> .....	123
“Waiver of an obligation”, “waiver of a contract” and “abrogation of a contract” as causes for termination of subjective civil rights <i>Pohrebniak Volodymyr</i> .....	128
Some issues of improving the system of public administration subjects in the field of protecting environment in Ukraine <i>Polubatko Viktoriia</i> .....	132
The essence of interpretation in legal hermeneutics <i>Remizova Olesia</i> .....	137
Acts of social dialogue as European Union’s labour law sources <i>Rym Olena</i> .....	140
Legal regulation of relations in cyberspace <i>Roller Viktoriia</i> .....	145
Current trends in the development of employment relationships in the context of digital transformation of society <i>Sereda Olena</i> .....	150
Conclusion, amendment and termination of the license agreement under the civil law of Ukraine <i>Smorodyna Alla</i> .....	155
The formation of a new consumer rights paradigm (to the formation of “consumer law”) <i>Stankova Irina</i> .....	160
Topical issues of legal support of cybersecurity of Ukraine <i>Tarasyuk Anatolii</i> .....	164
Political impartiality as a principle of diplomatic service of Ukraine: legislative regulation and approaches to understanding <i>Fedchyshyn Serhii</i> .....	168
On the issue of the determination of the genetic and special objects of crime provided in art. 360 of the Criminal Code of Ukraine <i>Yurikov Oleksandr</i> .....	173
Main features of formation and development of rights to freedom of movement and free choice of residence on the lands of modern Ukraine <i>Yablunovskaya Kateryna</i> .....	178

## **Estoppel in civil judicial proceedings of Ukraine**

### **Andronov Ihor**

*Doctor of Juridical Science, Associate Professor,  
Professor of the Department of Civil Procedure  
of the National University "Odesa Law Academy", Ukraine*

### **Andronova Viktoriia**

*Candidate of Juridical Science,  
Associate Professor of the Department of Labor and Social Security Law  
of the National University "Odesa Law Academy", Ukraine*

This scholarly article describes the estoppel law institute formed in English case law and subsequently accepted by other Anglo-Saxon law families and borrowed by international law. Estoppel was seen as a possible tool to counteract the abuse of civil procedural rights by the participants in a civil process.

It is established that the concept of *venire contra factum proprium*, that is, the prohibition of contradictory behavior of participants in legal relationships as the basic idea of the principle of estoppel is gradually being accepted by the civil procedural legislation of Ukraine and the jurisprudence, which can be considered as a positive phenomenon, since it indicates a gradual awareness and a deeper understanding of the content of the principle of good faith by the judges and the directions of its practical application.

It is proved that the doctrine of estoppel has not to this date been properly disseminated in legal science and is enshrined in the civil procedural law of Ukraine, and therefore it is premature to assert the existence of an estoppel in Ukrainian civil procedural law. The Ukrainian legislation does not contain general signs of contradictory behavior, does not define it as a type of abuse of law and does not indicate its association with violation of the principle of good faith. However, both substantive and procedural legislation of Ukraine have separate provisions that provide reasonable consistency in the actions of participants in legal relationships and prevent contradictory behavior.

It is concluded that domestic procedural law (as well as substantive law) does not require borrowing of the case law of English case law, which are of a casuistic nature, and are created to solve particular problems of law enforcement in common law. At the same time, the general principle of the prohibition of contradictory behavior of participants in legal relations, as the basic idea, which is the basis of virtually every estoppel, and is a component of the general principle of good faith, must necessarily be enshrined in legislation as one of the ways of counteracting the procedural unfairness of participants in the judicial process.

## **Естопель у цивільному судочинстві України**

### **Андронов Ігор Володимирович**

*доктор юридичних наук, доцент,  
професор кафедри цивільного процесу  
Національного університету «Одеська юридична академія», Україна*

### **Андронova Вікторія Артурівна**

*кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри трудового права та права соціального забезпечення  
Національного університету «Одеська юридична академія», Україна*

### **Вступ**

У нормах оновленого Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України закріплено принцип неприпустимості зловживання процесуальними правами (п. 11 ч. 3 ст. 2 ЦПК України), який фактично є відображенням у нормах цивільного процесуального законодавства загальноправового принципу добросовісності. У зв'язку з цим серед українських науковців та практикуючих юристів

активізувалась дискусія щодо напрямів протидії зловживанню цивільними процесуальними правами з боку учасників судового процесу<sup>1</sup>.

Одним із таких можливих напрямів є використання доктрини *venire contra factum proprium* (заборони суперечливої поведінки), яка останнім часом отримала широке застосування у практиці

<sup>1</sup> Зловживання цивільними процесуальними правами: шляхи протидії : матеріали круглого столу (м. Одеса, 27 листопада 2015 року). Одеса : Фенікс, 2015. 90 с.

Верховного Суду. Такий напрям розвитку судової практики в юридичних джерелах доволі влучно охарактеризовано твердженням про те, що в спорі духу закону з буквою все частіше починає перемагати дух<sup>2</sup>. Тобто суди поступово відходять від буквального тлумачення норми закону під час вирішення спорів, все частіше оцінюючи дії учасників спору на відповідність правовим принципам, таким як справедливість, розумність та добросовісність, що вкладається у загальний напрям руху судової практики від принципу законності (у його радянському розумінні як єдиної основи діяльності судів) до принципу верховенства права.

Вказане призвело до появи в юридичних джерелах тверджень низки науковців та юристів-практиків про те, що українські суди застосовують естопель – юридичну конструкцію, властиву для країн common law. Утім, таке твердження викликає закономірні сумніви в його правильності, адже естопель – це доволі специфічна юридична конструкція, яка не властива для країн романо-германської правової сім'ї.

Проблеми процесуальної недобросовісності та протидії зловживанню процесуальними правами були предметом наукового дослідження багатьох учених. Однак із зрозумілих причин вітчизняні науковці та науковці інших пострадянських країн приділяли мало уваги дослідженню естопеля як засобу протидії процесуальній недобросовісності. Окремі питання даної проблематики піднімалися у працях таких учених та юристів-практиків як: Д. Богданов, Н. Загорняк, Н. Зайцева, А. Кохан, І. Лукашук, А. Мануїлова, А. Паркулаб, С. Погребняк, Ж. Седова, І. Томаров та ін. Однак проблема правомірності застосування процесуального естопеля як засобу протидії процесуальній недобросовісності учасників цивільного процесу остаточно вирішена не була.

**Мета статті** – оцінка правомірності твердження про наявність у цивільному процесуальному праві України так званого «процесуального естопеля» як засобу протидії зловживання цивільними процесуальними правами, яке нерідко проявляється у формі суперечливої поведінки учасників судового процесу.

### Виклад основного матеріалу

Естопель (estoppel) як правовий інститут був сформований в англійському прецедентному праві, в подальшому сприйнятий іншими країнами англо-саксонської правової сім'ї та запозичений міжнародним правом (наприклад, ст. 45 Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23.05.1969 р.). Походження самого терміна «estoppel» пов'язують з англійським словом «estop», що озна-

чає «позбавити права заперечувати». В юридичній літературі висловлено думку, що етимологічно слово «estoppel» пов'язане з давньофранцузьким словом «estoupail», що означає «пробка», «заглушка»<sup>3</sup> у значенні зупинення чогось, що рветься назовні. Вважається, що це слово було привнесене норманами в часи, коли англійські судові процеси відбувались на норманському діалекті французької мови<sup>4</sup>. Естопелі зустрічаються в найдавніших пам'ятках англійського права.

Традиційно естопель розглядається як правовий принцип, дія якого спрямована на перешкоджання недобросовісній поведінці учасників правовідносин. Тобто естопель, по суті, є одним із проявів загальноправового принципу добросовісності. Він ґрунтується на постулаті про те, що ніхто не може діяти всупереч своїй попередній поведінці (non concedit venire contra factum proprium).

У загальному праві дослідники нараховують велику кількість естопельів. Водночас науковці виділяють три основні типи естопеля: estoppel by record; estoppel by deed; estoppel in pais<sup>5</sup>.

Estoppel by record ґрунтується на доктрині res judicata та не дозволяє стороні судового процесу повторно піднімати в суді вже вирішене питання. Фактично estoppel by record є близьким до давньоримського exceptio rei iudicatae, а також таких відомих у вітчизняній доктрині цивільного процесуального права властивостей рішення суду, що набрало законної сили, як виключність та преюдиціальність.

Estoppel by deed перешкоджає правонадавачеві за юридичним актом (правочином) заперечувати обставини, що стверджуються ним у цьому акті (правочині), на шкоду інтересам правонабувача. Так, особа не може заперечувати законність передачі прав на майно іншій особі, посилаючись на те, що на момент передання вона ще не була власником цього майна (а отримала його лише згодом), якщо вона під час вчинення правочину стверджувала про наявність у неї всієї повноти прав на майно. Як свідчить судова практика, суть цієї доктрини полягає не в захисті інтересів особи, яка покладається на обіцянку власника, а в тому щоб запобігти відмові власника від уже зробленої обіцянки, як тільки він зможе її виконати<sup>6</sup>.

Estoppel in pais (estoppel by conduct; equitable estoppel) перешкоджає особі А заперечувати певний стан речей на шкоду інтересам особи Б, якщо попе-

<sup>3</sup> Guoqing L. A comparative study of the doctrine of estoppel: a civilian contractarian approach in China. *Canberra Law Review*. (2010). 1. URL: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/CanLawRw/2010/5.pdf>

<sup>4</sup> Cartwright J. Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law. *Electronic Journal of Comparative Law*. 2006. December. Vol. 10.3. URL: <http://www.ejcl.org/103/art103-6.pdf>

<sup>5</sup> Lindgren K. Estoppel in contract. *UNSW Law Journal*. 1989. Vol. 12. № 1. P. 153.

<sup>6</sup> The Pennsylvania Supreme Court: case of *Shedden v. Anadarko E. & P. Co., L.P.* 136 A.3d 485 (Pa. 2016). URL: <http://www.pacourts.us/assets/opinions/Supreme/out/J-7-2016mo%20-%201026001976746456.pdf?cb=1>

<sup>2</sup> Паркулаб А. Доктрина venire contra factum proprium (заборони суперечливої поведінки) в судовій практиці. URL: [https://protocol.ua/ru/doktrina\\_venire\\_contra\\_factum\\_proprium\\_\(zaboroni\\_superechliivoi\\_povedinki\)\\_v\\_sudoviy\\_praktitsi/](https://protocol.ua/ru/doktrina_venire_contra_factum_proprium_(zaboroni_superechliivoi_povedinki)_v_sudoviy_praktitsi/)

редньо особа А своїми твердженнями, діями чи бездіяльністю (мовчазною згодою) створила в особи Б переконання в правомірності існування такого стану речей. На відміну від двох попередніх, цей тип естопель ґрунтується не на документах, а на поведінці особи, яка фактично має доказове значення для встановлення обставин, на які сторони посилаються в обґрунтування своїх прав<sup>7</sup>.

До цього типу естопель можна, наприклад, віднести *estoppel by silence*, що позбавляє особу можливості подавати заперечення, якщо вона мала право та можливість зробити це раніше, однак протягом певного часу цього не робила, і таке мовчання ставить іншу особу в невігідне становище. Вітчизняне право має аналог – принцип мовчазної згоди.

Також серед найбільш відомих естопель цього типу в англійському праві є *proprietary estoppel*, що застосовується в речово-правових відносинах з нерухомістю, та *promissory estoppel*, який застосовується в договірних відносинах.

Якщо розглядати можливість запозичення англійського естопель до вітчизняної правової системи, то основною проблемою у вирішенні даного завдання, про що справедливо відзначалося в юридичній літературі<sup>8</sup>, є його казуїстична природа. Естопель створювалися судами для вирішення конкретних проблем правозастосування, є органічною складовою частиною *common law* та в їхньому чистому вигляді не можуть бути застосовані в континентальному праві. В англійській юридичній літературі естопель влучно порівнюють із будинком, який має багато кімнат, і хоча всі вони знаходяться під одним дахом, ви не можете бути впевнені, що те, що ви знайшли в одній з них, ви знайдете і в інших<sup>9</sup>. Тобто, породжені спільною ідеєю, всі естопель застосовуються по-різному: одні використовуються як підстава для пред'явлення позову, інші – як правило судового доказування, треті – як спосіб захисту проти позову тощо.

Утім, концепція *equitable estoppel*, по суті, є універсальною, а покладена в її основу ідея недопустимості суперечливої поведінки учасників правовідносин, запозичена міжнародним правом, застосовується й у деяких країнах романо-германської правової сім'ї. У цих країнах дана доктрина називається по-іншому, хоча має подібний зміст: у Німеччині це «доктрина втрати права» (*rechtsverwinkung*), в Італії – концепція «захисту легальних очікувань» («*legittimo affidamento*»), у Франції – «відмова, що мається на увазі» («*renunciation implicite*»)<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Robertson A.J. The Reliance Basis of Estoppels by Conduct: A thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy of the Australian National University. March, 1998. P. 17.

<sup>8</sup> Богданов Д.Е. Новеллы Гражданского кодекса РФ с позиции концепции добросовестной последовательности в действиях и заявлениях. *Законодательство и экономика*. 2016. № 2. С. 47.

<sup>9</sup> Cartwright J. Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law. *Electronic Journal of Comparative Law*. 2006. December. Vol. 10.3. URL: <http://www.ejcl.org/103/art103-6.pdf>

<sup>10</sup> Воднев А.Н. К вопросу о доктрине эстоппель в российском праве. *Вестник ТвГУ. Серия «Право»*. 2017. № 2. С. 70.

На відміну від країн Західної Європи та США, в Україні лише в загальному вигляді закріплено принцип добросовісності та заборону зловживання правом, а такий засіб забезпечення дотримання цього принципу, як естопель чи аналогічний йому принцип або концепція, ні в законодавстві, ні на доктринальному рівні не отримав поширення. Українське законодавство не містить загальних ознак суперечливої поведінки, не визначає її як різновид зловживання правом та не вказує на її зв'язок з порушенням принципу добросовісності.

Утім, категорії «справедливість» та «добросовісність» мають універсальний характер, а тому їхній зміст на сучасному етапі розвитку людської правової культури сприймається схожим чином у різних країнах. Порушення даних принципів відчувається людиною інтуїтивно. Засоби протидії їх порушенню закладаються в законодавство кожної демократичної держави незалежно від рівня розробленості складників змісту даних принципів. Не останнє місце в даному процесі має й поступова конвергенція правових систем різних країн, запозичення Україною окремих норм та юридичних конструкцій, які показали свою ефективність в інших державах, слідування практиці Європейського суду з прав людини, який є потужним інструментом уніфікації правопорядків європейських країн завдяки виробленню ним єдиних юридичних засобів захисту прав та основоположних свобод громадян різних країн, які мають різні правові системи і традиції.

У зв'язку з цим навіть в умовах фактичної відсутності доктрини естопель у вітчизняній юридичній науці законодавство містить цілу низку норм, які спричиняють аналогічну дію, тобто забезпечують розумну послідовність у діях учасників правовідносин та запобігають суперечливій поведінці.

Як відзначив Верховний Суд, добросовісність (пункт 6 статті 3 ЦК України) – це певний стандарт поведінки, що характеризується чесністю, відкритістю і повагою інтересів іншої сторони договору або відповідного правовідношення<sup>11</sup>.

Добросовісною є, зокрема, послідовна поведінка особи, коли наступні дії відповідають розумним очікуванням інших осіб, які ґрунтуються на попередній поведінці або заявах такої особи. Тому різка безпідставна зміна лінії поведінки особи, що спричиняє шкоду правам та інтересам іншої особи, вважається недобросовісною.

У вітчизняному матеріальному праві даний принцип знайшов утілення, зокрема, в принципі мовчазної згоди, відповідно до якого в деяких передбачених законом випадках особа втрачає право заперечувати проти певної ситуації, якщо її попередня поведінка свідчить про те, що вона фактично погодила з нею. Тобто особа своїми власними діями

<sup>11</sup> Постанова Верховного Суду від 10 квітня 2019 року у справі № 390/34/17, провадження № 61-22315сво18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81263995>



(які свідчать про фактичне погодження із ситуацією, прийняття її особою) або бездіяльністю (яка характеризується відсутністю протягом певного часу заперечень проти ситуації, що склалася) визнає правомірність такої ситуації, внаслідок чого втрачає можливість у подальшому заперечувати проти неї.

Дію принципу мовчазної згоди можна прослідкувати в нормах різних галузей українського законодавства (наприклад, ч. 3 ст. 205, ст. 764 ЦК України; ст. 39-1 КЗпП України; ст. 1, ч. 6 ст. 4-1 Закону України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності») та судовій практиці (наприклад, судова практика свідчить про неможливість позичальника заперечувати проти збільшення банком ставки по кредиту, якщо він протягом певного часу здійснював платежі по кредиту у збільшеному розмірі, оскільки його фактичні дії свідчать про прийняття пропозиції банку про зміну умов договору<sup>12</sup>).

У цивільному процесі естопель застосовується як важливе правило про несприйняття судом заяв сторони, які суперечать її попередній поведінці (*allegans contraria non est audiendus* – суперечливі заяви не слід вислуховувати), тобто як один із засобів протидії недобросовісній поведінці учасників судового процесу.

Концепція недобросовісної процесуальної поведінки досконало розроблена в німецькій правовій доктрині. Так, у німецькій процесуальній науці прийнято виділяти чотири форми недобросовісної процесуальної поведінки: 1) недобросовісне створення вигідного процесуального становища (*rechtsmissbräuchliche Schaffen prozessualen Rechtslage*); 2) зловживання процесуальним повноваженням (*Missbrauch prozessualer Befugnisse*); 3) суперечлива поведінка (*widersprüchliche Verhalten*); 4) використання втраченого процесуального повноваження (*Verwirkung prozessuale Befugnisse*)<sup>13</sup>.

Заборона використання втраченого процесуального повноваження використовується й у практиці Європейського суду з прав людини (наприклад, у справах «Ніколова проти Болгарії» від 25.03.1999 р. та «Хохліч проти України» від 29 квітня 2003 р.).

Отже, вчення про так званій «процесуальній естопель» є складовою частиною більш загальної концепції протидії процесуальній недобросовісності учасників судового процесу.

Аналіз цивільного процесуального законодавства України дає підстави для висновку, що хоча загальної норми, яка б забороняла супере-

чливу поведінку учасників судового процесу, ЦПК України не містить, у багатьох випадках непослідовна, суперечлива поведінка учасників судового процесу спричиняє негативні наслідки для особи, яка її вчинила.

На думку Н. Загорняк, правовою основою застосування процесуального естопеля в Україні може бути застосування принципу змагальності з наданням суду інструктивних повноважень щодо роз'яснення сторонам їхніх прав та обов'язків, а також попередження про наслідки вчинення або не вчинення процесуальних дій у певних випадках<sup>14</sup>.

Взагалі, для судового процесу іманентно властива послідовність учинення процесуальних дій як важлива ознака цивільної процесуальної форми. Судовий процес побудований таким чином, що для кожної процесуальної дії відведено певний час (тобто вона може бути вчинена протягом певного строку на певному етапі процедури розгляду справи), і пропуск цього процесуального строку, як правило, спричиняє втрату права на її вчинення. Так, закон (або суд) установлює строки для подачі заяв по суті справи, подання доказів, заявлення відводів тощо. Порушення цих строків однією зі сторін (якщо суд належним чином не відреагував на це) фактично ставить сторони в нерівне становище, за якого одна зі сторін дотримується встановленого процесуального порядку, очікуючи аналогічної поведінки від іншої сторони, і тим самим ставить себе у більш невідне становище по відношенню до іншої сторони, яка відповідні правила порушує, отримуючи від цього несправедливу перевагу. Тобто сама цивільна процесуальна форма нерідко перешкоджає суперечливій поведінці учасників судового процесу.

Непослідовною (недобросовісною) поведінкою учасників судового процесу, яка може бути розцінена як порушення принципу заборони зловживання процесуальними правами, закріпленого в п. 11 ч. 3 ст. 2 ЦПК України, може бути, зокрема:

1) заявлення відводу судді після закінчення встановленого для цього строку за відсутності розумного виправдання (адже особа протягом певного часу не заперечувала проти розгляду справи даним суддею та вважала його участь у справі правомірною, а тому раптово, нічим не виправдана зміна ставлення особи до даного судді може розцінюватися як непослідовна (недобросовісна) поведінка учасника справи, а заявлення відводу – зловживанням цивільними процесуальними правами);

2) подання стороною судових доказів з порушенням встановленого строку (тим самим особа отримує несправедливу перевагу перед іншою стороною, яка подала свої докази вчасно та не мала змоги підготуватися до захисту з урахуванням нових

<sup>12</sup> Узагальнення судової практики розгляду цивільних справ, що виникають із кредитних правовідносин : Лист Верховного Суду України від 07.10.2010 р. URL: <http://www.viaduk.net/clients/vs.nsf/81b1c5a59140111fc2256bf7004f9cd3/f7b77ddb0b200007c22577f200512993?OpenDocument>

<sup>13</sup> Аболонин В.О. Злоупотребление правом на иск в гражданском процессе Германии. Москва : Волтерс Клувер, 2009. С. 76 ; Ткачук А.О. Принцип добросовісності учасників цивільного судочинства та заборона зловживання цивільними процесуальними правами. *Проблеми законності*. 2018. Вип. 141. С. 98.

<sup>14</sup> Загорняк Н. Естопель як ліки проти зловживання правом. *Юридична газета*. 2016. № 24-25. URL: <http://yur-gazeta.com/publications/practice/civilne-pravo/estoppel-yak-lyki-proti-zlovzhivannya-pravom.html>

доказів). Сюди ж можна віднести й загальне правило про неприпустимість подання нових доказів до суду апеляційної інстанції. Непослідовність у даному випадку проявляється в раптовій зміні підходу особи до обґрунтування своєї правової позиції у справі;

3) аналогічно до п. 2 необхідно сприймати як суперечливу, недобросовісну поведінку зміну позовних вимог, здійснену позивачем після закінчення встановленого для цього строку.

Щодо наведених випадків суперечливої поведінки в цивільному процесуальному законодавстві встановлено запобіжники, що перешкоджають недобросовісним діям учасників судового процесу, які можуть призвести до порушення рівності сторін та затягуванню судового процесу, яке неминуче настане внаслідок вирівнювання ситуації судом.

Втім, класичний процесуальний естопель – це заборона стороні висувати заперечення проти обставин, які, судячи з її попередньої поведінки чи заяв, були нею визнані. Такі положення в цивільному процесуальному праві України також наявні.

Наприклад, сторона у цивільній справі не може висувати заперечення проти обставин, які були нею визнані, тобто безпідставно відмовитись від зробленого нею раніше в цьому процесі визнання певних обставин. Така відмова допускається лише у визначених законом випадках.

Нічим іншим як естопелем є положення ч. 2 ст. 378 ЦПК України, яке фактично не дозволяє учаснику справи посилатися на непідсудність справи суду як підставу апеляційного оскарження судового рішення, якщо він без поважних причин не подавав відповідних заперечень у суді першої інстанції. Якщо спочатку особа визнавала за судом першої інстанції повноваження розглядати її справу і лише після програшу заявила в суді апеляційної інстанції про непідсудність даної справи суду, то наявність суперечливої поведінки в такому випадку не викликає сумніву.

Ще один приклад – це вироблене судовою практикою правове положення про неможливість сто-

рони посилатися на пропуск строку позовної давності в суді апеляційної інстанції, якщо вона не зробила цього в суді першої інстанції (крім випадків, коли особа не була належним чином повідомлена про розгляд її справи судом, у зв'язку з чим не мала змоги вчасно цього зробити)<sup>15</sup>.

## Висновки

1. Концепція заборони суперечливої поведінки учасників правовідносин як основна ідея принципу естопель поступово сприймається цивільним процесуальним законодавством України та судовою практикою, що можна вважати позитивним явищем, оскільки свідчить про поступове усвідомлення та більш глибоке розуміння судьями змісту принципу добросовісності та напрямів його практичного застосування.

2. Доктрина естопель натепер не знайшла належного поширення в юридичній науці та закріплення в цивільному процесуальному законодавстві України, а тому стверджувати про наявність естопеля в українському цивільному процесуальному праві передчасно.

3. Вітчизняне процесуальне право (як, утім, і матеріальне) не потребує запозичення естопелів з англійського прецедентного права, що мають казуїстичну природу та створені для вирішення окремих завдань правозастосування у common law. Водночас загальний принцип заборони суперечливої поведінки учасників правовідносин як основна ідея, покладена в основу практично кожного естопеля та є складником загальноправового принципу добросовісності, неодмінно повинна отримати законодавче закріплення як один із напрямів протидії процесуальній недобросовісності учасників судового процесу.

<sup>15</sup> Постанова Верховного Суду України від 22.03.2017 р. у справі № 6-3063цс16. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65860728>; Постанова Великої Палати Верховного Суду від 17.04.2018 р. у справі № 200/11343/14-ц, провадження № 14-59цс18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74963810>

## The procedure of ratification of international treaties as a component of the mechanism of creation of criminal legislation of Ukraine

**Babanina Viktoria**

*Candidate of Legal Sciences, Associate Professor,  
Professor of the Department of Criminal Law  
National Academy of Internal Affairs, Ukraine*

It is determined that the sources of the criminal legislation of Ukraine are the Constitution of Ukraine, the Criminal Code of Ukraine, the laws of Ukraine on criminal liability and international treaties, the consent of which was provided by the Verkhovna Rada of Ukraine. Therefore, it is reasonable to divide the mechanism of creation of criminal legislation of Ukraine into two directions: 1) the mechanism of conclusion or ratification of international treaties; 2) the mechanism of creation of the Constitution of Ukraine, the Criminal Code of Ukraine, and laws that amend the latter.

It is substantiated that the ratification of international treaties concerning the protection of public relations from criminal offenses or the regulation of public relations arising from the commission of a crime can be regarded as a purposeful process of criminal legislation formation (approved by the Verkhovna Rada of Ukraine in accordance with the Constitution of Ukraine). It is determined that the technique of ratification of international treaties is a set of principles, rules, methods, means and methods of implementation of texts of international law in the law on criminal liability of Ukraine.

It is argued that the legal essence of the act of ratification of international treaties lies in the fact that it is a final transformative act, which adds to the treaty the force of law and redirects the obligation to enforce it to the subjects of domestic criminal law. International treaties shall enter into force for Ukraine after the consent has to been given bindingness of the international treaty in the manner and within the terms stipulated by the treaty or in another manner agreed by the parties. However, in some cases international treaties ratified by the Verkhovna Rada of Ukraine on their own (without amending the Criminal Code of Ukraine) may be part of criminal legislation.

The author substantiates the position that ratification of international treaties Ukraine can create competition of norms. In the case of competition of protective norms of international criminal law and criminal legislation of Ukraine priority should be given to the latter. The rules of international law prevail in the case where the regulatory norms of criminal law are brought to a state of such competition.

### Процедура ратифікації міжнародних договорів як складник механізму створення кримінального законодавства України

**Бабаніна Вікторія Вікторівна**

*кандидат юридичних наук, доцент,  
професор кафедри кримінального права  
Національної академії внутрішніх справ, Україна*

#### Вступ

Цілісне уявлення про механізм створення кримінального законодавства дасть змогу вивчити процедуру його створення. Пізнання ж змісту й сутності такого механізму буде видаватися неповним без опису видів процедури та їх стадій.

Кримінальне законодавство слід визначати як систему, що охоплює чинний Кримінальний кодекс (далі – КК) України, який ґрунтується на Конституції України та загальноновизнаних принципах і нормах міжнародного права<sup>1</sup> щодо забезпечення охорони суспільних відносин від злочинних посягань або регулювання суспільних відносин, які виникають у зв'язку із вчиненням злочину. Закони України про кримінальну відповідальність мають відповідати

положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надає Верховна Рада України<sup>2</sup>. Отже, на підставі змісту ст. 3 КК України можна дійти висновку, що джерелами кримінального законодавства України є Конституція України, КК України, закони України про кримінальну відповідальність і міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надала Верховна Рада України.

З огляду на зазначене *механізм створення кримінального законодавства* слід розглядати як цілеспрямований процес формування цієї системи та її окремих елементів. Процес створення Конституції України, КК України та законів, попри наявність певних особливостей, має чимало спільних ознак. Зокрема, стосується діяльності одного й того самого

<sup>1</sup> Кримінальний кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>

<sup>2</sup> Кримінальний кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>

суб'єкта правотворення – Верховної Ради України, проходить подібні етапи, полягає в прийнятті кінцевого рішення за схожою процедурою. Суттєво відрізняється в цьому контексті тільки механізм створення міжнародних договорів. Саме тому дослідження механізму створення кримінального законодавства, на наш погляд, доцільно розділити на два напрями: 1) дослідження механізму створення міжнародних договорів; 2) дослідження механізму створення Конституції України, КК України й законів, які вносять зміни до нього.

Від способу, яким саме здійснюється механізм створення міжнародних договорів, залежить ефективність гармонізації його з міжнародними стандартами. Згода на обов'язковість виконання міжнародного договору Україна може надавати шляхом *ратифікації, підписання, прийняття, затвердження договору, приєднання до нього*, а також іншим шляхом, про який домовилися сторони<sup>3</sup>. Вибір процедури інкорпорації міжнародно-правових договорів у національну правову систему – це конституційне право держави, причому він є вільним (без опосередкованого впливу іноземних держав). Щоб зберегти належну міжнародну атмосферу, сприятливу для підтримання повноцінного політичного й економічного співробітництва, світова спільнота вимагає, щоб міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надає Україна, мали імперативний характер і їх застосовували на державному рівні в різних інстанціях. Такі вимоги зафіксовано в міжнародних договорах (які переважно регулюють питання про виконання іноземного судового рішення, екстрадицію, колізії права, виконання окремого процесуального доручення), зокрема у договорі Ради Європи про правову допомогу й уніфікацію кримінального законодавства, а дотримання єдиних правил загального порядку може бути зведено до мінімуму в допустимій дискреції.

Деякі аспекти створення кримінального законодавства досліджували такі вчені, як Ю.В. Баулін, П.С. Берзін, Н.О. Гурова, О.О. Дудоров, О.В. Наден, В.О. Навроцький, А.В. Наумов, М.І. Панов, Є.Д. Скулиш, В.І. Шакур, С.Д. Шапченко та ін. Однак, незважаючи на вагомий доробок вищезазначених науковців, у теорії кримінального права немає ґрунтовних розробок щодо механізму створення кримінального законодавства, зокрема міжнародних договорів. У зв'язку з цим існує об'єктивна необхідність розкриття питання процедури ратифікації міжнародних договорів як складника механізму створення кримінального законодавства України.

**Метою статті** є дослідження процедури ратифікації міжнародних договорів як складника механізму створення кримінального законодавства України.

<sup>3</sup> Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_118](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118)

### Виклад основного матеріалу

Ратифікація міжнародних договорів (від лат. *ratum facere* – юридично дійсний, той, що має законну силу; *ratum habere* (*ducere, facere*) – затвердити, схвалити) – це затвердження Верховною Радою України цих договорів відповідно до конституційної процедури.

Для ратифікації міжнародних договорів Україною необхідно дотримуватися таких принципів: загальної правотворчості, системності права, точності й відповідності юридичної форми встановленим правовідносинам. Крім зазначених принципів, під час ратифікації міжнародних договорів як складника механізму створення кримінального законодавства України значення мають й інші спеціальні принципи, які окреслюють орієнтири для законотворчості.

Відповідно до ч. 3 ст. 9 Закону України «Про міжнародні договори України» пропозиції щодо ратифікації міжнародного договору України подає Міністерство закордонних справ України протягом шести місяців із дня його підписання: а) стосовно міжнародних договорів, що укладають від імені України, – Президентові України; б) стосовно міжнародних договорів, що укладають від імені Уряду України, – Кабінету Міністрів України<sup>4</sup>. Підготовку пропозицій щодо ратифікації міжнародних договорів України здійснює міністерство, інший центральний орган виконавчої влади, державний колегіальний орган, який ініціював процес укладення відповідного міжнародного договору України, або визначений відповідальним за його укладення Президентом України чи Кабінетом Міністрів України, відповідальним за укладення міжнародного договору України<sup>5</sup>. Пропозиції про ратифікацію або затвердження міжнародного договору мають відображати основний зміст договору, висвітлюючи його вплив на правову систему держави. Зазначені пропозиції подають протягом двох місяців із дня підписання договору Міністерству закордонних справ України, а останнє подає зазначені пропозиції, відповідно, Президентові України або Кабінету Міністрів України<sup>6</sup>.

Відповідно до ч. 6 ст. 9 Закону України «Про міжнародні договори в Україні» розглядають пропозиції щодо ратифікації міжнародного договору України Президент України або Кабінет Міністрів України, які приймають рішення про внесення на розгляд Верховної Ради України в порядку законодавчої ініціативи проекту закону про ратифікацію міжнародного договору України<sup>7</sup>. Зазначені державні органи

<sup>4</sup> Про міжнародні договори України від 29 червня 2004 р. № 1906-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>

<sup>5</sup> Про міжнародні договори України від 29 червня 2004 р. № 1906-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>

<sup>6</sup> Про міжнародні договори України від 29 червня 2004 р. № 1906-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>

<sup>7</sup> Про міжнародні договори України від 29 червня 2004 р. № 1906-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>

на вимогу Верховної Ради України або її комітетів і в строки, визначені ними, надають додаткову інформацію, що стосується проекту закону про ратифікацію міжнародного договору України<sup>8</sup>. Строки між підписанням і ратифікацією достатні, щоб змінити позиції уряду (виконавчої влади) й виправити помилки (неточності, колізії).

Верховна Рада України розглядає внесений Президентом України або Кабінетом Міністрів України проект закону про ратифікацію міжнародного договору України та приймає відповідне рішення<sup>9</sup>. Якщо на ратифікацію подають міжнародний договір, виконання якого потребує внесення змін до чинних законів України, проекти таких законів подають на розгляд Верховної Ради України разом із проектом закону про ратифікацію і приймають одночасно<sup>10</sup>. У процесі ратифікації міжнародного договору можуть бути зроблені заяви та сформульовані застереження щодо його положень відповідно до норм міжнародного права<sup>11</sup>. Юридичні наслідки ратифікації зводяться до того, що з ратифікацією договору держава бере на себе зобов'язання, які вона повинна виконувати, й одночасно отримує можливість користуватися правами та вигодами, що передбачені договором, і вимагати виконання інших зобов'язань, що випливають із міжнародного договору. Ратифікація є найважливішим механізмом затвердження міжнародного договору у внутрішньодержавному праві, надаючи міжнародному договору юридичної сили. Тому ратифікацію міжнародних договорів, які стосуються забезпечення охорони суспільних відносин від злочинних посягань або регулювання суспільних відносин, що виникають у зв'язку із вчиненням злочину, можна розглядати як передбачений законом цілеспрямований процес формування кримінального законодавства.

Механізм ратифікації міжнародних договорів безпосередньо залежить від виду міжнародного договору, кола його учасників, рівня та специфіки процесу. Основні положення порядку й особливостей ратифікації міжнародних договорів регламентовані як положеннями Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 року<sup>12</sup>, так і положеннями Закону України «Про міжнародні договори України»<sup>13</sup>. З огляду на сферу можливого

правового регулювання міжнародних договорів, яка визначена в ч. 2–4 ст. 3 цього Закону, до системи кримінального законодавства можуть бути віднесені не всі міжнародні договори, а тільки договори, які стосуються окремих аспектів реалізації кримінального законодавства, однак самі по собі вони можуть і не бути частиною його системи, оскільки не створюють і не містять власне кримінально-правових норм, будучи лише допоміжними елементами в питаннях організації реалізації кримінального законодавства. Міжнародний договір хоча й містить певні аспекти, дотичні до протидії злочинності та реалізації кримінального законодавства, проте самостійно не встановлює кримінально-правових норм і не регулює кримінально-правові відносини, а отже, його не можна вважати частиною кримінального законодавства.

Визначаючи коло можливих договорів, які належать до системи кримінального законодавства, й особливості їх ратифікації Україною, не можна погодитися з думкою О.М. Броневицької про неможливість визнання міжнародних договорів складовою частиною кримінального законодавства<sup>14</sup>. Аргументуємо свою позицію, по-перше, тим, що кримінальне законодавство не обмежується виключно визначенням злочинності та караності діяння (визнанням певного діяння злочином і встановленням відповідного виду й розміру покарання за його вчинення), адже охоплює й інші питання регулювання суспільних відносин, які можуть бути і предметом правового регулювання міжнародних договорів. До них можуть належати питання чинності кримінального закону в часі та просторі, застосування кримінального покарання і звільнення від його відбування, питання звільнення від кримінальної відповідальності та виключення злочинності діяння тощо.

По-друге, визначальним, на наш погляд, є саме факт надання Верховною Радою України згоди на обов'язковість міжнародного договору. Натомість факт внесення змін до КК України у зв'язку з ратифікацією міжнародного договору хоча і є важливим аспектом гармонізації кримінального законодавства, проте його можна визнавати обов'язковим тільки в контексті встановлення злочинності та караності діяння, а щодо забезпечення законодавчого регулювання інших кримінально-правових відносин він може не мати визначального й обов'язкового значення. Норми міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, в контексті регулювання інших кримінально-правових відносин (крім визначення злочинності та караності діяння) теоретично могли би бути застосовані й без прямого внесення змін до тексту КК України, передусім якщо це стосується пом'якшення становища особи, до якої застосовують положення кримінального законодавства.

<sup>14</sup> Броневицька О.М. Поняття і види міжнародних договорів кримінально-правового характеру. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2011. № 3. С. 205.

<sup>8</sup> Про міжнародні договори України від 29 червня 2004 р. № 1906-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>

<sup>9</sup> Про міжнародні договори України від 29 червня 2004 р. № 1906-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>.

<sup>10</sup> Про міжнародні договори України від 29 червня 2004 р. № 1906-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>

<sup>11</sup> Про міжнародні договори України від 29 червня 2004 р. № 1906-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>

<sup>12</sup> Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_118](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118) ; Про приєднання Української Радянської Соціалістичної Республіки до Віденської конвенції про право міжнародних договорів : Указ Президії Верховної Ради Української РСР від 14 квіт. 1986 р. № 2077-XI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2077-11>

<sup>13</sup> Про міжнародні договори України від 29 червня 2004 р. № 1906-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>

На підтвердження цієї тези можна навести положення ч. 1 ст. 7 КК України, яке визначає, що громадяни України й особи без громадянства, що постійно проживають в Україні, які вчинили злочини за її межами, підлягають кримінальній відповідальності за КК України, якщо інше не передбачено міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Відповідно до ч. 5 ст. 3 КК України, закон України про кримінальну відповідальність повинен відповідати положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Крім іншого, це означає, що Верховна Рада України, надаючи згоду на обов'язковість міжнародного договору, зобов'язана також забезпечити узгодження (у випадку, коли постає така необхідність) наявних норм кримінального законодавства із цими міжнародними договорами. Однак, на наш погляд, можуть виникати ситуації, коли Верховна Рада України, надаючи згоду на обов'язковість міжнародного договору, одночасно не імплементує положення відповідних міжнародних договорів до тексту КК України. За таких умов фактично відбувається розірвання в часі надання згоди на обов'язковість міжнародного договору й узгодження тексту КК України з нормами міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких уже надано.

Зокрема, Конвенція ООН проти корупції, яка встановлювала обов'язок учасників розглянути можливість криміналізації незаконного збагачення та зловживання впливом (ст. 18, 20)<sup>15</sup>, а так само Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією, яка зобов'язувала учасників установити кримінальну відповідальність за зловживання впливом (ст. 12)<sup>16</sup>, були ратифіковані Україною 18 жовтня 2006 року<sup>17</sup>, набрали чинності для України 1 січня 2010 року<sup>18</sup> й 1 березня 2010 року<sup>19</sup> відповідно, а зміни до КК України, якими встановлена кримінальна відповідальність за зловживання впливом і незаконне збагачення, внесені Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» від 11 червня 2009 року № 1508-VI<sup>20</sup>, який спочатку мав

набрати чинності 1 січня 2010 року, однак був відтермінований<sup>21</sup>, набрав чинності 1 січня 2011 року, а згодом зовсім втратив чинність<sup>22</sup>, після чого кримінальну відповідальність за зловживання впливом і незаконне збагачення впродовж певного часу взагалі не було передбачено в КК України.

У зв'язку з цим постає питання: як визначати дію кримінального законодавства, зокрема й міжнародних договорів, у випадках, коли, з одного боку, Верховна Рада України надала згоду на обов'язковість міжнародного договору, а з іншого, хоча й зобов'язана узгодити норми КК України з таким договором, не зробила цього? На наше переконання, визначення дії міжнародних договорів за цих умов має залежати від змісту їхніх положень. В одному випадку (як це було проілюстровано вище), коли положення міжнародних договорів стосується встановлення злочинності діяння, його караності, застосування до особи більш суворого виду чи розміру кримінального покарання, попри надання згоди про обов'язковість міжнародного договору, дія його можлива тільки після внесення відповідних змін до тексту КК України. В іншому випадку, якщо положення міжнародних договорів щодо обмеження застосування певного виду чи розміру кримінального покарання, чинності кримінального закону, питань звільнення від кримінальної відповідальності, виключення злочинності діяння, то дія таких договорів має розпочинатися з моменту набрання чинності законом України про надання згоди на їх обов'язковість, незалежно від того, чи внесено відповідні зміни та чи імплементовано ці положення до тексту КК України.

Як приклад такої дії міжнародного договору можна навести підписання та ратифікацію Україною Протоколу № 6 до Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод, який стосується скасування смертної кари. Цей протокол був підписаний Україною 5 травня 1997 року<sup>23</sup>, згоду на його обов'язковість надала Верховна Рада України 22 лютого 2000 року<sup>24</sup>, одночасно було внесено зміни до КК України<sup>25</sup>. Втім, якщо змодельовати гіпотетичну ситуацію, за якої Верховна Рада України надала би згоду на обов'язковість цього міжнародного

<sup>15</sup> Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_c16](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16)

<sup>16</sup> Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173) від 27 січня 1999 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_101](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_101)

<sup>17</sup> Про ратифікацію Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції : Закон України від 18 жовт. 2006 р. № 251-V. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/251-16> ; Про ратифікацію Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією : Закон України від 18 жовт. 2006 р. № 252-V. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/252-16>

<sup>18</sup> Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовт. 2003 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_c16](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16)

<sup>19</sup> Про ратифікацію Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією : Закон України від 18 жовт. 2006 р. № 252-V. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/252-16>

<sup>20</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення : Закон України від 11 черв. 2009 р. № 1508-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1508-17>.

<sup>21</sup> Про ратифікацію Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією : Закон України від 18 жовт. 2006 р. № 252-V. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/252-16>

<sup>22</sup> Про визнання такими, що втратили чинність, деяких законів України щодо запобігання та протидії корупції : Закон України від 21 груд. 2010 р. № 2808-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2808-17>

<sup>23</sup> Протокол № 6 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який стосується скасування смертної кари. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_802](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_802)

<sup>24</sup> Про ратифікацію Протоколу № 6 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який стосується скасування смертної кари : Закон України від 22 лют. 2000 р. № 1484-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1484-14>

<sup>25</sup> Про внесення змін до Кримінального, Кримінально-процесуального та Виправно-трудоного кодексів України : Закон України від 22 лют. 2000 р. № 1483-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1483-14/ed20000222>

договору, а отже, й на обов'язковість скасування смертної кари, однак не внесла би відповідні зміни до КК України, а Конституційний Суд України не прийняв перед цим рішення про неконституційність відповідних положень КК України<sup>26</sup>, на наш погляд, це виключало б можливість застосування до засуджених осіб покарання у вигляді смертної кари й дало би змогу застосовувати безпосередньо положення Протоколу № 6 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, попри те, що до тексту КК України не було би внесено відповідні зміни.

Із цього випливає, що в окремих випадках міжнародні договори, які ратифіковані Верховною Радою України, самостійно (без внесення відповідних змін до КК України) можуть бути складниками кримінального законодавства.

Пропозиції про ратифікацію таких договорів, згідно з положеннями ч. 3 ст. 4 Закону України «Про міжнародні договори України»<sup>27</sup>, подаються після проведення Міністерством юстиції України правової експертизи щодо відповідності проєкту міжнародного договору Конституції і законам України.

Міжнародні договори, які є джерелами кримінального законодавства, підлягають обов'язковій ратифікації, що здійснюють шляхом прийняття закону про ратифікацію, невід'ємною частиною якого є текст міжнародного договору<sup>28</sup>. На підставі підписаного й офіційно оприлюдненого Президентом України закону Голова Верховної Ради України підписує ратифікаційну грамоту, яку засвідчує підписом Міністр закордонних справ України, якщо договір передбачає обмін такими грамотами. Пропозиції про ратифікацію міжнародного договору подає Міністерство закордонних справ України Президентіві України, який розглядає пропозиції щодо ратифікації міжнародного договору України та приймає рішення про внесення на розгляд Верховної Ради України в порядку законодавчої ініціативи проєкту закону про ратифікацію міжнародного договору України. Після таких процедур шляхом ратифікації відбувається безпосереднє надання згоди Україною на обов'язковість для неї міжнародного договору.

Міжнародні договори набирають чинності для України після надання нею згоди на обов'язковість міжнародного договору в порядку та в строки, перед-

бачені договором, або в інший узгоджений сторонами спосіб.

## Висновки

Джерелами кримінального законодавства України є Конституція України, Кримінальний кодекс України, закони України про кримінальну відповідальність і міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надала Верховна Рада України. Тому механізм створення кримінального законодавства України доцільно розділити на два напрями: 1) механізм укладення або ратифікації міжнародних договорів; 2) механізм створення Конституції України, КК України й законів, які вносять зміни до нього.

Ратифікація міжнародних договорів – затвердження Верховною Радою України цих договорів відповідно до конституційної процедури. Ратифікацію міжнародних договорів, які стосуються забезпечення охорони суспільних відносин від злочинних посягань або регулювання суспільних відносин, що виникають у зв'язку із вчиненням злочину, можна розглядати як передбачений законом цілеспрямований процес формування кримінального законодавства. Вона може бути інструментом реалізації інтересів окремих груп держав для збереження міжнародної атмосфери, сприятливої для підтримання співробітництва. Ратифікуючи договір, держава бере на себе зобов'язання, які вона повинна виконувати, одночасно отримує можливість користуватися правами та вигодами, що передбачені договором, і вимагати виконання інших зобов'язань, що впливають із міжнародного договору.

Юридична сутність акта ратифікації міжнародних договорів – це остаточний трансформаційний акт, що додає договору сили закону й переадресовує зобов'язання щодо його виконання суб'єктам внутрішньодержавного кримінального права. В окремих випадках міжнародні договори, які ратифіковані Верховною Радою України, самостійно (без внесення відповідних змін до КК України) можуть бути складниками кримінального законодавства.

Міжнародні договори набирають чинності для України після надання нею згоди на обов'язковість міжнародного договору в порядку та в строки, передбачені договором, або в інший, узгоджений сторонами спосіб.

Уніфікування кримінального законодавства під час ратифікації міжнародних договорів є найдієвішим впливом міжнародного права на національні кримінально-правові системи. Під час ратифікації міжнародних договорів Україною може створюватися конкуренція норм. У разі конкуренції *охорнюваних норм* міжнародного кримінального законодавства та кримінального законодавства України пріоритет слід надавати останньому. Переважають норми міжнародного права в тому випадку, якщо до стану такої конкуренції приведено *регулятивні норми* кримінального законодавства.

<sup>26</sup> Принагідно слід також зазначити, що до моменту ратифікації Україною цього міжнародного договору Конституційний Суд України виніс рішення № 11-рп/99 від 29 грудня 1999 року, яким положення КК України, що передбачали можливість застосування покарання у вигляді смертної кари, визнані такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними). Конституційний Суд України виніс рішення № 11-рп/99 від 29 грудня 1999 року у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 24, 58, 59, 60, 93, 190-1 КК України в частині, що передбачає смертну кару як вид покарання (справа про смертну кару). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-99>

<sup>27</sup> Про міжнародні договори України від 29 черв. 2004 р. № 1906-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>

<sup>28</sup> Про міжнародні договори України від 29 черв. 2004 р. № 1906-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>

**Legal protection of land of agricultural purpose in Ukraine***Baboi Anna**Assistant of Law Department**Vinnitsa National Agrarian University, Ukraine*

Issue of legal protection of land resources of agricultural purpose is explored in the article. Also the analysis of legislation of lands of agricultural purpose is carried out by author. In this article the forms of lands legal protection are named and characterized: providing of reasonable use of land resource, saving and reproduction land fertility, protection from deterioration and pollution, fulfillment by citizens, entities and state their rights of property and land using according to the law. We conducted an analysis of the legal protection of agricultural land under the legislation of Ukraine, the determination of the definition of gaps in the legislative regulation of legal protection of agricultural land.

In this article the analysis of legislation of lands of agricultural purpose is carried out. The main problems in legal regulation of agricultural land protection are defined. The rational and efficient use of land resources should be a priority of Ukraine's state policy, since it means engaging in land management and their efficient use for the main purpose, creating the best conditions for agricultural land to have high productivity and the ability to obtain maximum per unit area quantity of production at the lowest cost of labor and means, observance of scientifically grounded technologies of production, protection of environment from adverse impacts, measures to protect land resources, production of ecologically safe food. The result of such use of land resources will be to ensure that most aspects of the food security component are respected, which in turn is to ensure the national security of the state as a whole.

It was determined, that even despite the crucial importance of soils for economic development and food security, there is no separate law that establishes fundamental principles of state policy and rules that would guarantee the preservation of the country's unique soil cover, its environmental and productive functions and the creation of the necessary conditions for efficient use of soil resources. without negative consequences for future generations. In the legal field there are certain prerequisites for the implementation of soil fertility control. At the same time, the legislative and regulatory documents defining the procedure for exercising control over the use and protection of agricultural land are in need of significant improvements.

**Правова охорона земель сільськогосподарського призначення в Україні***Бабой Анна Михайлівна**асистент кафедри права**Вінницького національного аграрного університету, Україна***Вступ**

Правова охорона земель сільськогосподарського призначення потребує особливої уваги в умовах інтенсивного розвитку земельних відносин та в умовах можливого впровадження вільного обігу землі сільськогосподарського призначення.

У зв'язку з цим актуального значення для подальших перспектив розвитку аграрного сектора України, забезпечення сталого розвитку земельних відносин набула правова охорона земель сільськогосподарського призначення, а також їх раціоналізація як необхідний критерій правової охорони.

Питання правової охорони земель сільськогосподарського призначення є предметом досліджень широкого кола вітчизняних науковців. Серед них В.В. Носік, О.О. Бредіхін, Т.К. Оверковська та багато інших.

Водночас окремі аспекти правової охорони земель сільськогосподарського призначення: державний контроль за землями сільсько-

господарського призначення, моніторинг стану забрудненості земельних ділянок є недостатньо дослідженими та потребують подальшого наукового опрацювання.

**Мета статті** – визначення поняття правової охорони земель сільськогосподарського призначення, характеристика раціонального землекористування як критерію правової охорони.

**Виклад основного матеріалу**

Відповідно до Конституції України земля є основним природним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави<sup>1</sup>. Земля є основним ресурсом держави, тому повинна перебувати під особливою охороною. Правове визначення поняття «земля» наведено в Законі України «Про охорону земель», відповідно до якого, земля – поверхня суші з ґрунтами, корисними копалинами

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



та іншими природними елементами, що органічно поєднані та функціонують разом із нею<sup>2</sup>.

На доктринальному рівні наводяться розуміння поняття «земля» вже в юридичному значенні. Зокрема, на думку В.В. Носіка, земля – це розташований над надрами, територіально обмежений кордонами України, цілісний, нерухомий поверхневий шар земної кори, який є основою ландшафту і просторовим базисом для гармонійного розподілу місць розселення, діяльності людей, об'єктів природно-заповідного фонду з урахуванням економічних, соціальних, екологічних та інших інтересів суспільства, належить народу на праві абсолютної власності і становить частину національного багатства, що перебуває під особливою охороною держави<sup>3</sup>.

Відповідно до Постанови Пленуму Верховного Суду України № 7 від 16.04.2004 р. «Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ», земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави, яка полягає в забезпеченні раціонального використання земельних ресурсів, збереженні й відтворенні родючості ґрунтів, захисті їх від псування і забруднення, реалізації громадянами, юридичними особами та державою їхніх прав власності та землекористування відповідно до закону<sup>4</sup>. Тобто у зв'язку з великою цінністю землі як об'єкта правової охорони вона перебуває під «особливою» охороною.

Правове регулювання у сфері охорони земель здійснюється відповідно до Конституції України, Земельного Кодексу України, законів України «Про охорону земель», «Про державний контроль за використанням та охороною земель» та інших нормативно-правових актів. У Земельному Кодексі України питанню охорони земель присвячений окремий розділ, що розкриває поняття, завдання та порядок охорони земель. Так, відповідно до ст. 162 Земельного Кодексу України охорона земель – це система правових, організаційних, економічних та інших заходів, спрямованих на раціональне використання земель, запобігання необґрунтованому вилученню земель сільськогосподарського призначення, захист від шкідливого антропогенного впливу, відтворення і підвищення родючості ґрунтів, підвищення продуктивності земель лісового фонду, забезпечення особливого режиму використання земель природоохоронного, оздоровчого, рекреаційного та історико-культурного призначення<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Про охорону земель: Закон України від 19 червня 2003 р. № 962-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 39. Ст. 349.

<sup>3</sup> Носік В.В. Право власності на землю українського народу : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2006. С. 497.

<sup>4</sup> Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 16.04.2004 р. №7. Вісник Верховного суду України. 2004. № 6. Ст. 22.

<sup>5</sup> Земельний кодекс України : Закон України від 25 жовтня 2001 р. № 2768-III. Відомості Верховної Ради України офіційне видання. 2002. № 3. Ст. 27.

Таким чином, правова охорона земель являє собою такий стан суспільних відносин, за яких за допомогою правових норм та заходів екологічного, економічного, земельно-правового, науково-технічного та іншого характеру гарантується та забезпечується збереження і захист усіх категорій земель, запобігання погіршення стану довкілля та настання інших наслідків, небезпечних для життя та здоров'я людей, а також застосування до порушників вимог законодавства про охорону земель заходів юридичного впливу.

Зауважимо, що питання охорони земель тісно пов'язані з їх раціональним використанням. Співвідношення понять «раціональне використання» та «охорона земель» по-різному розглядається науковцями у сфері земельних відносин. Із приводу цього можна виділити два основні підходи:

– представники першого розглядають раціональне використання земель та їх охорону як два різних, відокремлених один від одного, самостійних явища, що виникають у взаєминах між суспільством та природою;

– представники другого підходу вважають, що раціональне використання землі включає і її охорону в процесі безпосереднього використання.

На нашу думку, раціональне використання є одним із критеріїв правової охорони земель сільськогосподарського призначення. Раціональне використання – це комплекс еколого-економічно обґрунтованих, організаційно-господарських, агротехнічних та інших заходів, спрямованих на збереження від руйнування і забруднення сільськогосподарських земель та підвищення урожайності вирощуваних на них культур.

Однак ані в Законі України «Про охорону навколишнього природного середовища», ані в Земельному кодексі України немає правового визначення раціонального використання землі. Вважаємо, що в цій частині чинне земельне законодавство потребує вдосконалення, оскільки раціональне використання землі є головним критерієм правової охорони земель сільськогосподарського призначення.

Раціональне й ефективне використання земельних ресурсів повинно бути пріоритетним напрямом державної політики України, оскільки воно означає залучення до господарського обігу земель та їх ефективне використання за основним цільовим призначенням, створення найліпших умов для того, щоб сільськогосподарські угіддя мали високу продуктивність та можливість отримання на одиницю площі максимальної кількості продукції за найменших витрат праці та коштів, дотримання науково обґрунтованих технологій виробництва, захист навколишнього природного середовища від негативних впливів, вживання заходів щодо охорони земельних ресурсів, забезпечення суспільства екологічно безпечними продуктами харчування.

Інституційно-правову охорону земель сільськогосподарського призначення забезпечує Державна служба України з питань геодезії, картографії та кадастру. Відповідно до Положення Кабінету Міністрів України «Про Державну службу України з питань геодезії, картографії та кадастру» її завданнями є розроблення та виконання державних, галузевих, регіональних та місцевих програм з питань регулювання земельних відносин, раціонального використання земель; підготовка та здійснення організаційних, економічних, екологічних та інших заходів, спрямованих на раціональне використання та охорону земель, їх захист від шкідливого антропогенного впливу<sup>6</sup>.

З метою досягнення раціонального використання та охорони земель доцільно здійснити такі заходи:

- формування системи екологічних обмежень по регіонах, територіях і екосистемах. Установлення лімітів викидів та скидів забруднюючих речовин у довкілля й лімітів припустимого використання (вилучення) природних ресурсів;

- створення системи економічних важелів: плата за забруднення довкілля, за спеціальне використання природних ресурсів, відшкодування витрат на поліпшення їхньої якості, застосування економіко-правових санкцій;

- розвиток системи економічного стимулювання, пільгового оподаткування, кредитування, економічного страхування, надання природних ресурсів під заставу;

- створення системи фінансування природоохоронних заходів за рахунок коштів державного і місцевих бюджетів, власних коштів підприємств та добровільних внесків.

Також одним із заходів охорони земель сільськогосподарського призначення слід вважати моніторинг земель, що являє собою систему спостереження за станом земельного фонду, включаючи землі, розташовані в зоні радіоактивного забруднення, з метою своєчасного виявлення змін, їх оцінку, відтворення та ліквідацію наслідків негативних процесів. Упровадження системи моніторингу забезпечує систематичне спостереження за станом земельного фонду. Для цього потрібно зібрати й проаналізувати дані про розподіл земель між власниками й користувачами, продуктивність земельних ресурсів, ступінь деградації ґрунтів, стан їхнього забруднення, вміст у ґрунтах та ґрунтових водах пестицидів і ДДТ. Систематичний аналіз стану земельного фонду дасть можливість передбачити на перспективу заходи по кожному з регіонів щодо поліпшення стану земельних ресурсів і їх раціонального використання<sup>7</sup>.

Крім цього, з позиції раціональності сільськогосподарського землекористування позитивним

видається запровадження в Концепції розвитку земельних відносин в Україні на період до 2020 року заходів щодо посилення охорони земель та забезпечення екологоорієнтованого використання земельних ресурсів шляхом: забезпечення впровадження новітніх екологічно збалансованих технологій ведення сільського господарства; стимулювання введення ґрунтозахисних технологій обробітку ґрунтів та вирощування сільськогосподарських культур з урахуванням ґрунтово-кліматичних умов конкретних регіонів; збільшення частки сільськогосподарських угідь екстенсивного використання (сіножатей, пасовищ) відповідно до науково обґрунтованих показників, які розроблятимуться з урахуванням регіональних та місцевих особливостей тощо<sup>8</sup>. Раціональне використання земель сільськогосподарського призначення зумовлюється також здійсненням спеціальних заходів щодо охорони ґрунтів.

Питання збереження і відтворення родючості ґрунтів як особливої форми охорони земель намагались вирішити на законодавчому рівні. У листопаді 2013 року розробили Проект Закону України «Про збереження ґрунтів та охорону їх родючості». Цей Закон мав визначити правові, економічні, екологічні та організаційні основи використання та збереження ґрунтів, охорони і відтворення їх родючості, встановити основні принципи державної політики у цій сфері, вимоги щодо збереження якісного стану ґрунтового покриву, захисту його від негативних природних та антропогенних впливів. Крім цього, в проекті встановлюються права та обов'язки землевласників та землекористувачів у даній сфері, вимоги до охорони ґрунтів у процесі господарської діяльності, системи стандартизації і нормування у сфері збереження ґрунтів та охорони їхньої родючості, регламентуються питання економічного стимулювання та фінансування ґрунтоохоронних заходів, а також здійснення державного контролю у даній сфері<sup>9</sup>. Метою розроблення проекту Закону було прийняття повномасштабного нормативно-правового акта рамкового типу, який містить усі необхідні положення і норми, що регулюють правові взаємовідносини в цій сфері. Комітетом Верховної Ради України з питань аграрної політики та земельних відносин на своєму засіданні 17 березня 2015 року розглянуто цей законопроект, але було рекомендовано Верховній Раді України відхилити його через дублювання окремих положень з іншими законодавчими актами. Тому цей Проект Закону так і не набрав чинності.

Таким чином, в Україні, незважаючи на винятково важливе значення ґрунтів для забезпечення

<sup>8</sup> Концепція розвитку земельних відносин в Україні на період до 2020 року : розпорядження Кабінету Міністрів України від 27.06.2009 р. №743-2009-р. *Офіційний вісник України*. 2009. № 51. Ст. 165.

<sup>9</sup> Про збереження ґрунтів та охорону їх родючості : проект Закону № 1798 від 20.01.2015 року. *Офіційний веб-сайт Верховної Ради України*. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=53638](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53638)

<sup>6</sup> Про Державну службу України з питань геодезії, картографії та кадастру : постанова Кабінету Міністрів України від 14 січня 2015 р. № 15. *Офіційний вісник України*. 2015. № 7. Ст. 79.

<sup>7</sup> Шматько В.Г., Нікітін Ю.В. Екологія і організація природоохоронної діяльності : навч. посіб. 2-ге вид. Київ : КНТ, 2008. 304 с.

економічного розвитку та продовольчої безпеки, відсутній окремий закон, який встановлює основоположні принципи державної політики та правила, які б гарантували збереження унікального ґрунтового покриву країни, його екологічних і продукційних функцій та створення необхідних умов для ефективного використання ґрунтових ресурсів без негативних наслідків для наступних поколінь. Безумовно, прийняття спеціального закону є необхідною умовою для правового регулювання охорони земель.

Ще одним критерієм є захист ґрунтів від псування та забруднення. Слід зауважити, що терміни «забруднення» та «псування» земель хоча і близькі за змістом, але не є тотожними. У словникових джерелах поняття «забруднення» визначається як накопичення в ґрунті речовин та організмів унаслідок антропогенного впливу в таких кількостях, які знижують технологічну, споживчу і санітарно-гігієнічну цінність вирощуваних рослин та якість інших природних об'єктів. При цьому поступово змінюються фізичні та хімічні властивості землі, знижується чисельність живих організмів, погіршується родючість ґрунтів. Забруднення земель також може бути викликано недозованим застосуванням мінеральних добрив, неправильним їх зберіганням, яке штучно створює погіршення стану земель. Законодавче визначення поняття «забруднення» земель наведено в ст. 1 Закону України «Про державний контроль за використанням та охороною земель», згідно з яким забруднення земель являє собою накопичення в ґрунтах і ґрунтових водах унаслідок антропогенного впливу пестицидів і агрохімікатів, важких металів, радіонуклідів та інших речовин, вміст яких перевищує природний фон, що призводить до їх кількісних або якісних змін.

На відміну від забруднення, псування земель – це порушення природного стану земель, яке здійснюється без обґрунтованих проектних рішень, погоджених та затверджених в установленому законодавством порядку, забруднення їх хімічними, біологічними та радіоактивними речовинами, в тому числі тими, що викидаються в атмосферне повітря, засмічення промисловими, побутовими та іншими відходами, неочищеними стічними водами, порушення родючого шару ґрунту, невиконання вимог встановленого режиму використання земель, а також використання земель у спосіб, що погіршує їхню природну родючість<sup>10</sup>.

Серед факторів ризику, що негативно впливають на якісний стан земель та зумовлюють їх забруднення, виділяємо такі: забруднення земель несанкціонованими звалищами промислових, побутових, сільськогосподарських та інших відходів виробництва та споживання. Варто підкреслити, що в Укра-

їні близько 5–7 тис. га, в тому числі рілля й інші сільськогосподарські угіддя, щорічно відводяться для складування відходів шлаконакопичувачів. Небезпечною проблемою залишається забруднення земель викидами автомобільного транспорту, до складу яких входять шкідливі сполуки. Землі також забруднюються відпрацьованими газами тракторів, комбайнів, автомобілів, мастилами та паливом, деякі з них виливаються під час роботи на полях. У зв'язку з цим конструювання і виробництво сільськогосподарської техніки, яка використовується в землеробстві, має здійснюватися з дотриманням нормативних вимог щодо обмеження її негативного впливу на ґрунти, згідно з діючими державними стандартами і нормами.

З приводу цього ст. 167 Земельного кодексу України встановлює, що нормативи гранично допустимих концентрацій небезпечних речовин у ґрунтах, а також перелік цих речовин затверджується спеціально уповноваженими органами виконавчої влади в галузі охорони здоров'я та санітарного нагляду, екології та природних ресурсів. Наприклад, існує класифікація хімічних речовин для контролю забруднення ґрунтів, перелік пестицидів і агрохімікатів, які дозволені для використання в Україні тощо.

З метою організації дієвого контролю за раціональним використанням та охороною земель на етапі запровадження ринку земель у державі слід здійснити певні заходи організаційного характеру шляхом внесення відповідних змін до законодавства, а саме:

- 1) розмежувати повноваження між відомствами та органами влади щодо здійснення контролю за використанням та охороною земель (державний, самоврядний, громадський);
- 2) визначити статус громадських інспекторів з контролю за використанням та охороною земель (призначення, повноваження і т.д.);
- 3) встановити адміністративну відповідальність землевласників і землекористувачів за зниження показників родючості ґрунтів;
- 4) надати агрохімічному паспорту земельної ділянки статус додатку до правовстановлюючого документу на землі сільськогосподарського призначення;
- 5) ініціювати створення розгалуженої системи ліцензованих лабораторій різних форм власності з дослідження показників стану ґрунтів;
- 6) зобов'язати землевласників і землекористувачів раз на 5 років представляти до органів, що здійснюють контроль за використанням та охороною земель, агрохімічні паспорти земельних ділянок на підставі проведених досліджень незалежними лабораторіями;
- 7) встановити критерії оцінки погіршення якості ґрунтів та методологію здійснення контролю показників родючості ґрунтів;

<sup>10</sup> Про державний контроль за використанням та охороною земель : Закон України від 19 червня 2003 р. № 963-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 39. Ст. 350.

8) затвердити методику визначення заподіяної шкоди у зв'язку зі зниженням показників родючості ґрунтів<sup>11</sup>.

З позиції раціональності сільськогосподарського землекористування, на думку Т.К. Оверковської, доцільним є запровадження екологоспрямованого використання земельних ресурсів шляхом забезпечення впровадження новітніх екологічно збалансованих технологій ведення сільського господарства, стимулювання введення ґрунтозахисних технологій обробітку ґрунтів та вирощування сільськогосподарських культур з урахуванням ґрунтово-кліматичних умов конкретних регіонів, збільшення частки сільськогосподарських угідь екстенсивного використання (сіножатъ, пасовищ) відповідно до науково обґрунтованих показників, які розроблятимуться з урахуванням регіональних та місцевих особливостей тощо<sup>12</sup>.

На нашу думку, питанню захисту земель сільськогосподарського призначення від псування і забруднення приділено недостатньо уваги. На даний час у державі контроль за станом родючості ґрунтів не здійснюється, виконуються лише функції з моніторингу ґрунтів на основі аналізу даних агрохімічної паспортизації земель, що проводиться Державним технологічним центром охорони родючості ґрунтів та його територіальними підрозділами в областях. У правовому полі створено певні передумови запро-

вадження контролю за родючістю ґрунтів. Водночас потребують суттєвих удосконалень законодавчі та нормативні документи, що визначають порядок здійснення контролю за використанням та охороною земель сільськогосподарських земель.

### Висновки

Таким чином, можна зробити висновки, що питання правової охорони земель сільськогосподарського призначення набуло особливої актуальності в умовах інтенсивного розвитку земельних відносин. У зв'язку з цим варто наголосити, що правова охорона земель забезпечується передусім раціональним використанням земельних ресурсів.

Раціональне використання – це комплекс еколого-економічно обґрунтованих організаційно-господарських, агротехнічних та інших заходів, спрямованих на збереження від руйнування і забруднення сільськогосподарських земель та підвищення врожайності вирощуваних на них культур.

На даний час державний контроль за станом родючості ґрунтів здійснюється на низькому рівні, виконуються лише функції з моніторингу ґрунтів та створено певні передумови запровадження контролю за родючістю ґрунтів.

На нашу думку, слід посилити контроль за використанням земельних ресурсів, моніторингом стану забрудненості земель, обліком підприємств із хімічними відходами. Водночас потребують удосконалень законодавчі та нормативні документи, що визначають порядок здійснення контролю за використанням та охороною земель сільськогосподарського призначення.

<sup>11</sup> Бредіхін О.О. Актуальні організаційно-економічні проблеми здійснення державного нагляду (контролю) сільськогосподарських земель. *Інвестиції: практика та досвід*. 2012. № 14. С. 50–56.

<sup>12</sup> Оверковська Т.К. Особливості правового режиму земель сільськогосподарського призначення в Україні. *Економіка. Фінанси. Менеджмент: актуальні питання науки і практики*. 2017. № 14. С. 72–83.

## The legal status of the consumer as a participant of civil legal relations

*Banasevych Iryna*

*Candidate of Law Sciences,*

*Associate Professor of Civil Law Department*

*Vasyl Stefanyk Precarpathian National University, Ukraine*

The scientific article is devoted to the question of the legal status of the consumer as a participant of civil legal relations. The purpose of this article is to provide an additional theoretical understanding of the concept of “consumer” based on scientific achievements in civil law and the legal positions of the judiciary as well as to study the features of its legal status as a participant of civil relations. The article establishes that the consumer is an individual, including an entrepreneur, who purchases (otherwise acquires ownership or use) or orders goods (works, services) or intends to purchase (otherwise acquires or own), use or order goods (works, services) for personal or other non-business purposes. The legal relationships in which the consumer is directly involved are “civil legal relationships involving the consumer”.

It is substantiated that the consumer as a participant of civil legal relations has a special legal status, which is a manifestation of the general civil legal status of an individual. The article gives the author’s definition of the term “special legal status of the consumer”. Which has to be understood as the set of rights and obligations enshrined in consumer protection legislation, as well as guarantees for the exercise of these rights by establishing a specific civil legal mechanism for their protection. It is proved that the essence of the special legal status of the consumer is precisely to supplement or specify the rights and obligations, which are conditioned by the presence of specific features of his position in society. It is concluded that the purpose of establishing a special legal status of the consumer is to overcome economic and legal inequality with the real or potential counteractor, which is the entrepreneur.

At the same time, the analysis of modern civil law scientific researches as well as the provisions of the current legislation of Ukraine was carried out.

## Правовий статус споживача як учасника цивільних правовідносин

*Банасевич Ірина Іванівна*

*кандидат юридичних наук,*

*доцент кафедри цивільного права*

*ДВНЗ «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника», Україна*

### Вступ

Питання захисту прав споживачів в Україні набуває особливої актуальності у зв’язку з тим, що цей правовий інститут належить до пріоритетних сфер адаптації національного законодавства до законодавства Європейського Союзу. У зв’язку із цим ще 29 березня 2017 року розпорядженням КМУ було схвалено Концепцію державної політики у сфері захисту прав споживачів на період до 2020 року<sup>1</sup>, в якій було акцентовано увагу на незахищеності споживачів в Україні внаслідок декларативного характеру проголошених прав та відсутності механізмів їх реалізації й відновлення, позаяк на державному рівні не створено систему реалізації європейського принципу презумпції невинності споживача, доступну та прозору систему досудового розгляду скарг і реагування на результати незалежних споживчих досліджень.

У науці цивільного права та чинному цивільному законодавстві України відсутній єдиний підхід до розуміння поняття «споживач», наповнення його

внутрішнім змістом та визначення його місця серед учасників цивільних правовідносин. Окрім цього, доволі суперечливими є наукові позиції про місце споживача серед суб’єктів права, а отже, і визначення його правового статусу.

Таким чином, з огляду на викладене, **метою статті** є додаткове теоретичне осмислення поняття «споживач» на основі сучасних наукових досягнень цивілістики і правових позицій судових органів, а також дослідження особливостей його правового статусу як учасника цивільних правовідносин.

### Виклад основного матеріалу

У чинному законодавстві України термін «споживач» вживається досить часто, однак зміст, який вкладає в нього вітчизняний законодавець, різниться.

Так, наприклад, у Законі України «Про телекомунікації» «споживач телекомунікаційних послуг (споживач) – юридична або фізична особа, яка потребує, замовляє та/або отримує телекомунікаційні послуги для власних потреб»<sup>2</sup>; у Законі України «Про жит-

<sup>1</sup> Концепція державної політики у сфері захисту прав споживачів на період до 2020 року : розпорядження Кабінету Міністрів України від 29 березня 2017 року №217-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/217-2017-%D1%80>

<sup>2</sup> Про телекомунікації : Закон України від 18.11.2003 р. № 1280-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1280-15>

лово-комунальні послуги»<sup>3</sup> «індивідуальний споживач – фізична або юридична особа, яка є власником (співвласником) нерухомого майна, або за згодою власника інша особа, яка користується об'єктом нерухомого майна і отримує житлово-комунальну послугу для власних потреб, та з якою або від імені якої укладено відповідний договір про надання житлово-комунальної послуги»; у Законі України «Про рекламу»<sup>4</sup> під споживачами розуміють «невизначене коло осіб, на яких спрямовується реклама»; Закон України «Про природні монополії»<sup>5</sup> до споживачів відносить фізичних або юридичних осіб, які придбавають товар, що виробляється (реалізується) суб'єктами природних монополій. Як бачимо, згадані вище нормативно-правові акти до споживачів включають як фізичних, так і юридичних осіб, які отримують товари (роботи, послуги) для власних потреб, що, звісно, суперечить положенням Закону України «Про захист прав споживачів»<sup>6</sup>.

Наукові позиції дослідників у сфері господарського права під час тлумачення ст. 2 Господарського кодексу України<sup>7</sup>, якою споживачі вперше визнані як учасники відносин у сфері господарювання, також розділилися із цього приводу: одні вважають, що споживачі як учасники господарських відносин – це громадяни<sup>8</sup>, а інші – що це виключно юридична особа – організація, яка споживає результати господарської діяльності незалежно від того, чи є вона господарюючим або не господарюючим суб'єктом (споживачі енергії, природного газу тощо)<sup>9</sup>. Натомість зміст ст. 39 Господарського кодексу України дає підстави розуміти під терміном «споживач» лише фізичних осіб, оскільки в ній, зокрема, зазначається, що громадяни можуть об'єднуватися в громадські організації споживачів (об'єднання споживачів).

Із наведеного вище можна зробити висновок, що окремі законодавчі акти послуговуються розумінням поняття «споживач» у широкому значенні, адже «споживач» тлумачиться як «особа чи організація, що використовує, споживає якусь продукцію», а «споживати» означає «використовувати, витратити для задоволення яких-небудь потреб»<sup>10</sup>.

Основним нормативно-правовим актом, який закріплює правовий статус споживача, є Закон України «Про захист прав споживачів». Споживачем за цим законом визнається фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних із підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника. Із цього визначення випливає, що споживачами можуть бути лише фізичні особи, включаючи громадян України, іноземців та осіб без громадянства. Натомість у разі застосування норм споживчого закону юридичні особи не можуть бути віднесені до категорії споживачів. Окрім того, Закон України «Про захист прав споживачів» не застосовується, якщо фізична особа має статус підприємця і купує, замовляє або використовує товари (роботи, послуги) для ведення підприємницької діяльності. Як споживача Закон України «Про захист прав споживачів» визнає і фізичну особу, яка тільки має намір придбати товар чи замовити роботу або послугу.

Сьогодні питання можливості визнання споживачем юридичної особи, яка також може купувати, замовляти чи використовувати товари (роботи, послуги) для задоволення особистих потреб, наприклад, купівля побутової техніки для забезпечення можливості харчування працівників, є дискусійним і залишається відкритим. Слід зазначити, що деякими вченими-цивілістами пропонується споживачами окрім фізичних осіб вважати і певну категорію юридичних осіб.

На думку О.Ю. Черняк, обмеження кола юридичних осіб, на які слід поширити дію Закону України «Про захист прав споживачів», є необґрунтованим. Оскільки юридична особа, придбаваючи товар, роботи або послуги для забезпечення потреб своїх працівників (автомат для питної води чи кавовий автомат, кондиціонери), потребує насамперед поширення на неї саме законодавства щодо захисту прав споживачів, а не законодавства, яке регулює договірні відносини<sup>11</sup>.

Видається, що пропозиція визнавати споживачами юридичних осіб суперечить одному з основних принципів законодавства про захист прав споживачів – принципу справедливої рівності суб'єктів споживчих правовідносин. Саме з метою встановлення правової рівності економічно нерівних суб'єктів чинним цивільним законодавством підприємець наділений рядом додаткових обов'язків, а споживач – цілою низкою прав. Якщо ж юридичні особи матимуть можливість застосовувати механізм захисту прав споживачів, передбачений Законом України «Про захист прав споживачів», виникне юридична нерівність між зазначеними учасниками цивільних правовідносин.

<sup>11</sup> Черняк О.Ю. Цивільно-правовий статус споживача у контексті адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 ; НДІ приватного права і підприємництва ім. Ф.Г. Бурчака НАПрН України. Київ, 2011. С. 34.

<sup>3</sup> Про житлово-комунальні послуги : Закон України від 9.11.2017 р. № 2189-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2189-19>

<sup>4</sup> Про рекламу : Закон України від 03.07.1996 р. № 270/96-BP. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/270/96-%D0%B2%D1%80>

<sup>5</sup> Про природні монополії : Закон України від 20.04.2000 р. № 1682-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1682-14>

<sup>6</sup> Про захист прав споживачів : Закон України від 12.05.1991 року № 1023-XII. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1023-12>

<sup>7</sup> Господарський кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 року № 436-IV. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/436-15/>

<sup>8</sup> Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / за ред. Н.О. Саніахметової. Харків: Одисей, 2004. С. 123.

<sup>9</sup> Науково-практичний Коментар до Господарського кодексу України / за заг. ред. Г.Л. Знаменського, В.С. Щербини. 2-е вид., перероб. і доп. Київ : Юрінком Інтер, 2008. С. 12.

<sup>10</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ : Ірпінь: Перун, 2005. С. 1372.

Відповідна позиція викладена в рішенні Конституційного Суду України від 10.11.2011 року № 15-рп/2011, де зазначено, що споживачу, як правило, об'єктивно бракує знань, необхідних для здійснення правильного вибору товарів (робіт, послуг) із запропонованих на ринку, а також для оцінки договорів щодо їх придбання, які нерідко мають вид формуляра або іншу стандартну форму. Тому держава забезпечує особливий захист більш слабкого суб'єкта економічних відносин, а також фактичну, а не формальну рівність сторін у цивільно-правових відносинах шляхом визначення особливостей договірних правовідносин у сфері споживчого кредитування та обмеження дії принципу свободи цивільного договору<sup>12</sup>.

Поряд із дискусією про застосування поняття «споживач» до юридичної особи виникає питання про поширення норм Закону України «Про захист прав споживачів» на правовідносини за участю фізичних осіб-підприємців. Складно відмежувати тих осіб, які можуть бути визнані споживачами (фізична особа-підприємець, фізична особа, яка є найманим працівником і набуває товари, роботи чи послуги для юридичної особи), адже вони не відрізняються від інших фізичних осіб.

Однак, на наше переконання, фізична особа, яка бажає реалізувати своє конституційне право на підприємницьку діяльність, після проходження відповідних реєстраційних та інших передбачених законодавством процедур за жодних умов не втрачає і не змінює свого статусу фізичної особи, якого вона набула з моменту народження, а лише набуває до нього нової ознаки – підприємця. При цьому правовий статус «фізична особа-підприємець» сам по собі не впливає на будь-які правомочності фізичної особи, зумовлені її цивільною право- і дієздатністю, та не обмежує їх. Саме тому ключовою ознакою для вирішення питання віднесення фізичної особи-підприємця чи фізичної особи-найманого працівника до категорії «споживач» є мета використання придбаних товарів, замовлених послуг чи робіт<sup>13</sup>.

Отже, споживач – це фізична особа, в тому числі фізична особа-підприємець, яка придбаває (набуває іншим чином у власність або в користування) чи замовляє товари (роботи, послуги) або має намір придбати (набути іншим чином у власність або користування) чи замовити товари (роботи, послуги) для особистих або інших потреб, не пов'язаних із підприємницькою діяльністю.

Правовідносини, в яких споживач бере безпосередню участь, є «цивільними правовідносинами за участю споживача», оскільки важко стверджувати про існування кримінальних, адміністративних, еко-

логічних і інших публічних правовідносин за участю споживача, оскільки останній не є безпосереднім їх учасником. Правовідносини, в яких споживач бере безпосередню участь (роздрібна купівля-продаж, побутовий підряд, прокат, надання послуг тощо), мають цивільно-правову природу<sup>14</sup>.

Правове становище споживача як основного учасника правовідносин, що виникають на ринку товарів, робіт, послуг, у наукових дослідженнях зазвичай розкривають через поняття «правовий статус», яке вказує на роль, місце і значення суб'єкта в суспільстві, його можливості, принципи взаємовідносин з іншими суб'єктами і державою.

Як зазначає О.В. Зайчук, правовий статус як юридична категорія не лише визначає стандарти можливої та необхідної поведінки, що забезпечують нормальну життєдіяльність соціального середовища, а й характеризують реальну взаємодію держави та особи<sup>15</sup>. В.О. Котюк під правовим статусом особи розуміє сукупність юридичних прав, свобод та обов'язків, які закріплені в чинному законодавстві й становлять соціально допустимі та необхідні потенційні можливості особи мати суб'єктивні права й обов'язки, реалізувати їх у системі суспільних відносин<sup>16</sup>. Л.А. Луць правовий статус особи визначає як закріплені у відповідних джерелах права й гарантовані державою суб'єктивні права та юридичні обов'язки особи<sup>17</sup>. П.М. Рабінович визначає правовий статус особи як комплекс її суб'єктивних юридичних прав та обов'язків<sup>18</sup>. Порівнюючи різні дефініції поняття «правовий статус особи», можна зробити висновок, що його сутнісною характеристикою є комплекс суб'єктивних юридичних прав та обов'язків.

Багатогранність наукових уявлень про правову природу категорії «правовий статус» активно використовується в дослідженнях, у тому числі й цивільно-правового характеру, що дозволяє констатувати універсальність цієї категорії для характеристики окремого суб'єкта цивільних правовідносин.

Класифікацій правового статусу за різними критеріями у правовій науці також доволі багато й вони неоднозначні. Найбільш вдалою видається класифікація правового статусу особи в залежності від сфери дії і структури правових систем на: міжнародний (загальний); конституційний (базовий); галузевий; спеціальний (родовий); індивідуальний<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Банасевич І.І. Поняття та сутність правовідносин за участю споживачів. *Юридичний бюлетень: наук. журнал*. 2018. № 7 (7). Ч. 1. С. 177–182.

<sup>15</sup> Зайчук О.В., Оніщенко Н.М. Теорія держави і права. Академічний курс : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2006. URL: [http://ebk.net.ua/Book/law/zaychuk\\_tdp/part2/402.htm/](http://ebk.net.ua/Book/law/zaychuk_tdp/part2/402.htm/)

<sup>16</sup> Котюк В.О. Теорія права : навчальний посібник для юрид. фак. Київ : Вентурі, 1996. С. 100–102.

<sup>17</sup> Луць Л.А. Загальна теорія держави і права : навчально-методичний посібник (за кредитно-модульною системою). Київ : Атіка, 2007. С. 124.

<sup>18</sup> Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави : навчальний посібник. 9-е вид., зі змінами. Львів : Край, 2007. С. 84.

<sup>19</sup> Стефанюк Ю.В. Правовий статус особи: поняття і класифікація. *Порівняльно-аналітичне право*. 2016. № 4. С. 43.

Зважаючи на багатоманітність класифікацій правового статусу особи, слід погодитися з висновком науковців, які зазначають, що одному суб'єкту права властиві всі зазначені види статусів. Вони нашаровуються один на одного і є неділимими. В основі всіх статусів знаходиться статус людини (відповідно до міжнародних прав людини). Загальний правовий статус у всіх громадян – один, спеціальних статусів (різноманітних) – багато, індивідуальних – стільки, скільки осіб проживає в державі. Правове становище конкретної фізичної особи може розглядатися як сума загального, спеціального та індивідуального статусів, співвідношення яких варіюється залежно від конкретних ситуацій<sup>20</sup>.

Якщо розглядати правовий статус споживача як частину правового статусу фізичної особи, то він буде спеціальним правовим статусом, оскільки як споживач фізична особа набуває додаткових прав та переваг. Тобто правовий статус споживача є конкретним проявом загального правового статусу фізичної особи. Спеціальний правовий статус споживача є необхідним як засіб підсилення гарантій його прав і подолання його економічної і правової нерівності з підприємцем.

Таке розуміння спеціального правового статусу споживача впливає із загальнотеоретичних уявлень про спеціальний правовий статус. Як зазначає М.В. Вітрук, загальний правовий статус особи охоплює собою такі юридичні права, обов'язки і законні інтереси, які притаманні всім особам і кожній окремо, незалежно від особливостей їх соціально-класового, вікового, статевого, сімейного, службового положення. Саме через категорію спеціального правового статусу, на його думку, визначається сукупність спеціальних прав та обов'язків певної групи осіб, яка виступає способом конкретизації й доповнення єдиного загального правового статусу громадянина. Правовий статус особи і її спеціальні правові статуси – взаємопов'язані, але самостійні явища. Їхній взаємозв'язок полягає в тому, що вони певною мірою збігаються, оскільки спеціальні правові статуси витікають із загального, засновуються на ньому, розвиваються і доповнюють його<sup>21</sup>.

Не можна не погодитися із О.Ю. Черняк, яка визначає спеціальний правовий статус «як закріплений нормами права статус відособленої за певними ознаками соціальної групи, що характеризує особливе положення особи, зумовлене тією соціальною роллю, що вона виконує в цій соціальній групі». Вчена акцентує, що категорія спеціального правового статусу конкретна, спеціалізована, тому що виконує функцію соціальної диференціації, заснованої на будь-якій юридично значимій засаді: вік, споріднення, стан здоров'я, професія, особлива

соціальна роль суб'єкта й інші ознаки<sup>22</sup>. Отже, вчена визначає спеціальний цивільно-правовий статус споживача як встановлену нормами цивільного права систему визнаних і гарантованих державою прав та обов'язків відособленої за ознаками мети придбання продукції соціальної групи, що характеризує особливий статус особи – споживача<sup>23</sup>.

На необхідності виокремлення спеціального правового статусу споживача наголошує і О.О. Старицька, яка зазначає, що оскільки загальний правовий статус не в змозі врахувати всіх особливостей, що виникають у різних правовідносинах, в які вступає особа, в тому числі й споживач, недостатньо говорити лише про конституційний статус споживача. Тому необхідно його конкретизувати та наповнити спеціальними правами та обов'язками, в результаті чого й з'явиться поняття «спеціальний правовий статус споживача», який характеризуватиме особливе правове положення особистості, зумовлене її соціальним та суспільним призначенням<sup>24</sup>.

На основі викладеного вище слід зазначити, що спеціальний правовий статус споживача є невід'ємною частиною загального правового статусу, який визначається нормами права. Спеціальний правовий статус споживача – це сукупність прав та обов'язків, які закріплені законодавством про захист прав споживачів, а також гарантій здійснення цих прав шляхом установа особливого цивільно-правового механізму їх захисту. Адже споживач як учасник цивільних правовідносин наділений не тільки правами, але й обов'язками, які він повинен виконувати. Додаткові або, інакше кажучи, спеціальні права передусім на захист надаються споживачеві у випадку порушення його права, і він не повинен використовувати їх на шкоду своєму контрагенту. Саме тому розуміти під правовим статусом споживача тільки систему особливих можливостей, які надані йому правом, або розглядати його тільки як особливе правове становище особи видається не зовсім вірним. Сутність спеціального правового статусу споживача полягає саме у доповненні чи конкретизації прав та обов'язків, що зумовлено наявністю в особи специфічних рис її становища у суспільстві.

Правовий статус окреслює межі можливої і необхідної поведінки особи, визначає міру користування конкретними матеріальними і духовними благами за допомогою визначення прав, обов'язків і законних інтересів у всіх сферах суспільних відносин<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник. Харків : Консум, 2001. С. 382.

<sup>21</sup> Вітрук Н.В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. Москва, 1978. С. 186–188.

<sup>22</sup> Черняк О.Ю. Цивільно-правовий статус споживача у контексті адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 ; НДІ приватного права і підприємства ім. Ф.Г. Бурчака НАПрН України. Київ, 2011. С. 43.

<sup>23</sup> Черняк О.Ю. Вказана праця. С. 48.

<sup>24</sup> Старицька О.О. Поняття та критерії класифікації правового статусу споживача: теоретико-правове дослідження. Юридичний вісник. 2012. № 3 (24). С. 49.

<sup>25</sup> Вітрук Н.В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. Москва, 1978. С. 116.



**Висновки**

Отже, споживач – це фізична особа, в тому числі фізична особа-підприємець, яка придбаває (набуває іншим чином у власність або у користування) чи замовляє товари (роботи, послуги) або має намір придбати (набути іншим чином у власність або користування) чи замовити товари (роботи, послуги) для особистих або інших потреб, не пов'язаних із підприємницькою діяльністю. Правовідносини, в яких споживач бере безпосередню участь, є «цивільними правовідносинами за участю споживача».

Спеціальний правовий статус споживача – це прояв загального цивільно-правового статусу фізичної особи. Його сутність полягає в наділенні споживача додатковими правами з метою подолання економічної і правової нерівності з реальним чи потенційним контрагентом, яким виступає підприємець, у разі придбання (замовлення) товарів (робіт, послуг) для задоволення особистих або інших потреб, не пов'язаних із підприємницькою діяльністю, сукупність прав та обов'язків, які передбачені законодавством про захист прав споживачів, а також гарантії здійснення цих прав шляхом закріплення особливого цивільно-правового механізму їх захисту.

## Criminal and legal protection of intellectual property rights in Ukraine: conceptual background and identification of the concept<sup>1</sup>

**Bolotina Anna**

*Postgraduate Student of the Chair of International Relations*

*Sumy National Agrarian University, Ukraine*

Any changes in the legislation and the criminal-law policy of the state are based on their scientific and practical grounds. The dynamic nature of social relations, as well as the scientific and theoretical basis of the science of criminal law should be evolving, taking on the current trends in the development of social relations for proper justification of their legal regulation and ensuring an effective level of their legal protection. The purpose of such activities is warning and prevention of criminal offenses against legal relationships arising, developing, changing, improving and taking on new forms. Ukrainian society and the state are in complex socio-political, socio-economic conditions caused by the armed conflict and the regime of the military state in its separate regions, intensify attention to guarantee of human rights and citizenship, supporting the development and establishment of the institutions of the right to private property and intellectual property rights. The article is devoted to justification of the urgent need for improvement of the current system of intellectual property rights criminal protection in Ukraine. The article identifies the rapid increase of the role of the Institute of Intellectual Property at the current stage of society development, which causes a high level of attention to the mentioned institute. It is justified that the state's criminal policy needs its updating and development of completely new approaches to the legal protection of intellectual property objects. Like the dynamic nature of social relations, the scientific and theoretical basis of the science of criminal law must be constantly evolving, adopting current trends in the development of social relations in order to properly substantiate their legal regulation and ensuring the effective level of their legal protection. The purpose of such activities is warning and prevention of criminal offenses against legal relationships arising, developing, changing, improving, taking on new forms. Given the current trends of transformational processes of development and refinement of intellectual property objects, the emergence of new objects or their types, require criminal protection of both the objects themselves and the public relations arising from such objects. Due to high profitability, economic attractiveness, social value - the role of intellectual property objects is constantly growing in the world, as well as the need to strengthen their legal protection, including the through the criminal law. The article describes the author's definition of criminal protection of intellectual property. The analysis of the statistic data of The Office of the Prosecutor General's Office has also been analyzed to confirm the rapid increase in the number of criminal offenses against intellectual property. Due to the fact that commercial and banking secrecy are related to the one rule of criminal law of our state, there was a need of detailed examination of the issue of differentiation between those objects, discovering the essence of their legal nature and to establishing differences that allow to speak about the separation from Art. 232 "Disclosing of Commercial or Banking Secrets" of the separate criminal law rules: "Disclosing of Commercial Secrets" and "Disclosing of Banking Secrecy". According to the relevant feature, it was proposed to distinguish the separate criminal law rules and from Art. 231 and 232 of the Criminal Code of Ukraine.

### Introduction<sup>1</sup>

The current rapid progress of Ukraine's European integration process explains the objectivity of the transformational changes taking place in the society and in the state. Those state of socio-political, legal relations draws increasing attention of scientists to the study of the impact of processes that occurs on different spheres of society, as well as the economic, socio-political, legal status of the state and raises issues of national security and national interests. The role, economic value and value of intellectual property objects in the world are steadily increasing, and the need for their criminal protection is increasing, as due to their

economic attractiveness, such objects become subject to criminal encroachments more often. The practical significance of the raised problem is the need to ensure the practical implementation of the terms of international agreements which our country has joined, in particular the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights and the obligations arising from Ukraine's membership in the World Trade Organization.

The **purpose of this study** is to identify and update the problems of strengthening the criminal protection of intellectual property rights in Ukraine. Achievement of this goal is possible through the following tasks: to determine the nature of the notions criminal defense and criminal policy; the concept of criminal protection of intellectual property; the analysis of crime statistics in the field of intellectual property and on that basis the meaningful review of the need to amend the criminal legislation could take place.

<sup>1</sup> The work was carried out within the framework of the project for young scientists in 2017: "Improvement of the legislation of Ukraine on ensuring the security of banking in the context of European integration: economic and legal aspect" (State registration number: 0117 U 006531).

### Presenting main material

At the end of the twentieth century, scholars of criminal law paid considerable attention to criminal policy, which, in their view, was decisive for effective counteracting against intellectual property crimes<sup>2</sup>. The basis of any legal reform is legal policy of the state, which is united for one purpose, one direction of development. In the years since its independence, for Ukraine this goal has been to establish and develop a constitutional model of legal and social state, with the rule of law, whose highest values are an individual and his rights. Criminal policy, at the same time – is a part of the legal policy in the field of crime control, which is carried out by the means and methods of criminal, criminal procedure and criminal exceptional law<sup>3</sup>.

Its competence includes: establishing the basic principles for the application of criminal-law measures of fight against crime, first of all, criminal-law measures; the question of criminalization and decriminalization of socially dangerous acts, that is, determining the range of actions recognized and unrecognized as crimes by criminal law; the question of penalizing socially dangerous acts, that is, establishing the nature of their punishment, both in law and in court practice, the question of depenalization, that is, determining the types and conditions of release from criminal responsibility, punishment or its serving<sup>4</sup>. The methodology of its conduct is based on the scientific research of the problems of criminal law protection of intellectual property rights. As Panov M. I. emphasizes it in his study, pointing out that “the value and uniqueness of each criminal law research work depends on the correct choice of specific methods of scientific research, determining their essence and purpose”<sup>5</sup>.

As noted by Bilous I. M. “the existence of the state modern, internationally recognized system of intellectual property protection is a necessary element of a mature state. The creation of such a system is of particular importance for Ukraine – countries with significant scientific, technical and intellectual potential”<sup>6</sup>. The science of criminal law today should become the basis for the formation of the criminal-legal policy of the state, because it is the science that is designed to predict, perceive and timely respond to current trends in the development of public relations to avoid their unregulated status, which creates the risk of committing criminal offenses against such legal relationships and impunity of the person who

commits the infringement on them. Today, the theoretical and conceptual political foundations of lawmaking and state-building in Ukraine indicate that the Institute of Intellectual Property Law should receive an adequate level of its legal protection.

In particular, the aforementioned is evidenced by the institutional changes in the judiciary, a number of reforms that facilitate the gradual focus on the establishment of an intellectual property right as an object of criminal protection. We support the opinion of I. Romanyuk, who notes that “the analysis of scientific developments in the field of intellectual property and the practice of protection of intellectual property rights demonstrates the need to conduct a comprehensive criminal-law characterization of crimes that infringes on intellectual property in Ukraine. In particular, one of the problems of criminal protection of intellectual property is the lack of formulation of the provisions of legal acts, which, in turn, makes it possible to misunderstand and interpret the law ambiguously”<sup>7</sup>. The objective need for criminal protection of intellectual property rights is embodied in the criminal legal norms by enshrining them in legal acts. According to A.O. Bolotina, even the current high level of development of the legislative framework, including the criminal legislation brought to conformity with international standards, will not cause its effective action in Ukraine due to the low efficiency of enforcement. The whole set of reforms in the judicial system, a significant number of changes in the procedural legislation of our country have led to conflicts, gaps in the legislation that prevent the implementation of the proclaimed rights, in particular in the field of protection of intellectual property rights. Nowadays pressing need is legal support of the activity of the specialized High Court on intellectual property issues, including the rules of criminal law, as well as the resolution of procedural issues of ensuring the consideration of cases by the specified court, in particular in the rules of criminal proceedings<sup>8</sup>.

In the theory of criminal law, criminal protection is recognized as one of the fundamental ways of protecting intellectual property rights. So, V.K. Matviychuk proposes to understand under criminal protection the “system (complex) of means (criminal law and criminal policy) that provide protection, focusing efforts on keeping the analyzed relations (taken under the protection of criminal law) remain as a rule the objects of protection and were subjected to criminal assault as little as possible”<sup>9</sup>. The object of criminal protection is public relations. Given that social relations are inherently dynamic and are in constant motion, development, change, there is a need for

<sup>2</sup> Belyaev N.A. Criminal law policy and ways of its implementation. Leningrad : Ed. Leningrad State University, 1986. 258 p. P. 103.

<sup>3</sup> The basis of the criminal law prohibition. Moscow : Nauka, 1982. 586 p. P. 16.

<sup>4</sup> Streltsov E.L. Economic crime in Ukraine. Lecture course. Foreword by Professor Martin Finke (University of Passau, Germany). Odessa. A.O. Bahwa, 1997. 572 p. P. 104.

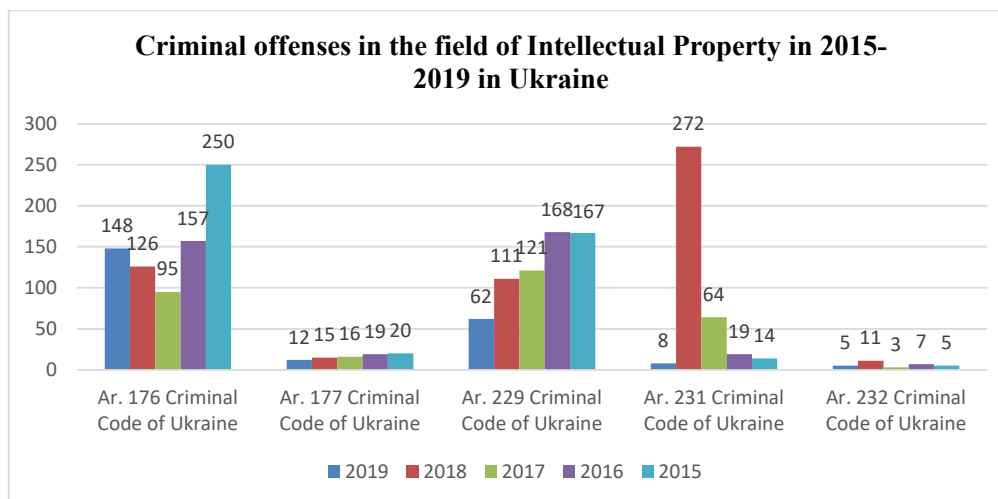
<sup>5</sup> Panov M.I. Methodology of science as a necessary component of fundamental studies of criminal law. *The basic directions of development of criminal law and ways of improvement of the legislation of Ukraine on criminal liability* : materials international. Research Practice Conf. October 11-12, 2012 Kharkiv : Law, 2012. P. 25–31.

<sup>6</sup> Bilous I.M. Problems of Criminal Justice Protection of Intellectual Property Rights in Ukraine. *Scientific Bulletin of Uzhgorod National University*. 2015. №. 35. Part II. T. 3. P. 56–59.

<sup>7</sup> Romanyuk I. Intellectual property: criminal-law aspects of research. URL: <http://ena.lp.edu.ua/>

<sup>8</sup> Bolotina (Dihtiar) AO Criminal Law Protection of Intellectual Property Rights to Medicines: Problems of Judicial Protection. *The theory and practice of intellectual property*. 2019. № 6. S. 36–45. URL: <http://uran.inprojournal.org/article/view/188329/187672>. P. 40

<sup>9</sup> Matviychuk V.K. Criminal law protection of the environment: problems of legislation, theory and practice: abstract : diss. ... doctor of Laws : 12.00.08 “Criminal Law and Criminology; criminal law”. Kyev, 2008. P. 2.



constant monitoring of these relations, for timely response to their change and for providing proper criminal and legal protection for relations arising and undergoing criminal offenses.

As expediently Y.A. Dorokhina points out, that the criminal-legal protection of intellectual property is creation and organization of appropriate institutions by the state, which aim is to identify the possibility of committing offenses, to carry out their prevention and to take effective measures to influence the offenders, that is, to ensure the owner an unhindered right to own, to use, to manage property and dispose of property, the right to receive income, and to determine specific other competences, in accordance with applicable law<sup>10</sup>. That is, a theoretical analysis of the concepts of criminal protection of intellectual property rights allows to give such a definition – a set of criminal remedies and measures aimed at maintaining such a state of social relations, in which there is no threat of harm to these legal relationships in the field of intellectual property, as well as restoration of legal relations in case of their violation and establishment of social justice.

According to the author's diagram, which is based on the statistical reporting of the Attorney General's Office<sup>11</sup>, we can follow a clear tendency of increase in the number of individual criminal offenses in the field of intellectual property, especially in the field of copyright and related rights (Art. 176 of the Criminal Code). The complexity of the analysis of these statistics, once again confirms the position of many domestic scientists, that "crimes against intellectual property are quite diverse and affect the specific sphere of public life related to intellectual property. However, the homogeneity and intrinsic connection between these crimes are so strong that most

scholars are inclined to identify a separate section in the Special Part of the Criminal Code of Ukraine, which should combine criminal offenses against intellectual Property"<sup>12</sup>.

Moreover, even at the international level, according to the ratings of international institutions, in particular, the International Intellectual Property Alliance, Ukraine has been maintaining for many years its status of an infringer of intellectual property rights, which significantly undermines our country's image. According to O.V. Novikov, the essence of crime in the field of intellectual property is a socially dangerous violation of intellectual property rights, the content of which is the unlawful use of the exclusive property rights of the subjects of intellectual property rights. The object of such an endeavor is the author calls the social relations that result from the creation of the results of intellectual and creative activity. In addition, the author distinguishes such specificity of the specified group of criminal offenses as the presence of a specific victim (the subject of intellectual property right – the owner of the right to the intellectual property object)<sup>13</sup>.

Referring to the modern science of criminal law, more and more scientists are coming to the conclusion that it is necessary to allocate a separate section on crimes against intellectual property rights in the Special Part of the Criminal Code of Ukraine. In particular, O. Bahareva and A. Lomakina draw attention to the urgent need to solve a number of theoretical and practical problems related to determining the place in the system of the Special part of the Criminal Code of Ukraine of crimes against intellectual property rights, since these crimes form their own, separate independent group of criminal offenses<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Dorokhina Yu. A. Systematization of Criminal Legal Protection of Rights to Objects and Intellectual Property Objects: Some Issues of Understanding. *Bulletin of the Criminological Association of Ukraine*. 2015. № 2 (10). P. 82.

<sup>11</sup> Unified Report on Criminal Offenses 2015-2019: Prosecutor General's Office of Ukraine. Attorney General's Office. URL: [https://old.gp.gov.ua/en/stst2011.html?dir\\_id=112173&libid=100820](https://old.gp.gov.ua/en/stst2011.html?dir_id=112173&libid=100820)

<sup>12</sup> Civil Code of Ukraine dated January 16, 2003, No. 435-IV. Information of the Verkhovna Rada of Ukraine (BBR). 2003. № № 40–44. P. 356.

<sup>13</sup> Novikov O. The concept of crime in the field of intellectual property. *Legal Ukraine*. 2013. № 10. P. 100.

<sup>14</sup> Bahareva O. Problems of Criminal Law Protection of Intellectual Property (Industrial Property). *The theory and practice of intellectual property*. 2019. № 4. P. 48–52.

“Such an approach would eliminate the existing contradictions, increase the effectiveness of criminal-law guarantees of the constitutional right to protection of intellectual property rights, clearly distinguish crimes, properly qualify and differentiate punishments for their perpetration”<sup>15</sup>.

V. Kowalski notes that “in definition of the limits of criminal law intellectual property rights protection, the features of civil legal protection of individual objects of intellectual property rights are also important”<sup>16</sup>. Supporting the position of the scientist, it can be added that today the Criminal Code in general requires improvement of the terminology that he uses in the field of intellectual property, which at the moment is not aligned with the rules of civil law. In particular, it refers to Article 177 of the CCU infringement of the rights to the invention, utility model, industrial design, “integrated circuit topography”, plant variety, innovative proposal<sup>17</sup>. Thus, the Law of Ukraine “On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on Improving the Protection of the Rights for the Layout of Semiconductor Products” of 19.09.2019 No. 111-IX the term “topography of integrated circuits” was replaced by “the layout of semiconductor products”<sup>18</sup>, corresponding changes. Already included in the Civil Code of Ukraine and among the objects of intellectual property rights, provided for in Part 1 of Art. 420 The CCU is now known to be a semiconductor product (instead of an integrated circuit)<sup>19</sup>.

In addition, because the content of crimes against intellectual property rights are referred to different sections of the Special Part of the current Criminal Code, it leads to the problems of their qualification. In particular, such a problem concerns infringement of copyright and related rights (Article 176 of the Criminal Code of Ukraine) and infringement of the rights to the invention, utility model, industrial design, topography of integrated circuit (semiconductor product), plant variety and rationalization proposal (Article 177). Crimes against electoral, labor and other personal rights of a person and a citizen. Scientists argue that criminal acts against the rights to these intellectual property violate neither electoral, no labor, no even “other personal rights of human and citizen”. There is no right for the results of intellectual creative activity among them. It is recognized as part of the cultural rights and freedoms that outline the legal capacity of the individual and the citizen in the cultural sphere, and guarantees of freedom of creativity

are enshrined in the Constitution of Ukraine, in particular the right to the results of intellectual creative activity of the individual and the citizen<sup>20</sup>.

In addition, Klochko A.M. and Dihtiar A.O. substantiate their position regarding the division of different objects of criminal protection, with the separation from Art. 231 “Illegal Collection for the Purpose of Use or Use of Information Constituting Bank Secrecy” and Art. 232 “Disclosing of Commercial or Bank Secrets” of certain criminal laws: “Illegal Collection for the Use or Use of Information Constituting Trade Secret”, “Illegal Collection for the Use or Use of Information Constituting Bank Secrecy” and “Disclosing of Privacy”, “Disclosing of bank secrecy”, respectively, since banking and trade secrets have completely different legal nature, which allows to distinguish them as separate objects of criminal law. Commercial secrecy as an object of intellectual property rights is not a part of bank secrecy, but is a subjective to the legal regime of bank secrecy, provided that the information constituting a trade secret became known to the bank with regard to the client’s service (the owner of the trade secret)<sup>21</sup>. However, bank secrecy does not belong to the objects of intellectual property rights, the clear list of those rights is defined in Art. 420 of the Civil Code of Ukraine.

### Conclusions

Thus, on the basis of the analysis of the current legislation and the scientific literature, we support the opinion regarding the need to distinguish in the structure of the Special part of the current Criminal Code of Ukraine a separate section, which will include crimes against intellectual property rights, thus the position is solid, that they are an independent separate criminal offenses and are subject to criminal protection. In addition, the current Criminal Code needs to improve the terminology used in the field of intellectual property rights and their individual objects, in order to bring it into line with civil and other intellectual property legislation, in particular, it refers to Art. 177 of the Criminal Code of Ukraine on the use of the terms “integrated circuit” and “semiconductor product”. Due to the fact that commercial and banking secrecy are related to one norm of criminal law of our state, there was a need of detailed examination the issue of division of those two objects, discovering the essence of their legal nature and establishing differences that allow to speak about the separation from Art. 232 of the Criminal Code of Ukraine “Disclosing of Commercial or Bank Secrets” of certain criminal law: “Disclosing of Commercial Secrets” and “Disclosing of Bank Secrecy”. According to the relevant feature, it is proposed to distinguish separate criminal law rules also from Art. 231 of the Criminal Code of Ukraine. The prospect of further research on the raised issues is the topic of international comparative experience in this field.

<sup>15</sup> Lomakina A.A. Topical Issues of Criminal Legal Protection of Intellectual Property in Ukraine. *National Bulletin of Uzhgorod University*. 2015. P. 35.

<sup>16</sup> Kowalsky V. Criminal legal protection of intellectual property. General questions. *The theory and practice of intellectual property*. 2017. № 5. P. 15.

<sup>17</sup> Criminal Code of Ukraine dated 05.04.2001 № 2341-III. *Information of the Verkhovna Rada of Ukraine (BBR)*. 2001. № 25–26. P. 131.

<sup>18</sup> On Amendments to Some Legislative Acts of Ukraine Concerning Improvement of the Protection of the Rights to the Layout of Semiconductor Products: Law of Ukraine of September 19, 2019 No. 111-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/111-20/paran7#n7>

<sup>19</sup> Civil Code of Ukraine dated January 16, 2003, No. 435-IV. *Information of the Verkhovna Rada of Ukraine (BBR)*. 2003. № № 40–44. P. 356.

<sup>20</sup> Nersesian A. Protecting the Rights to the Objects of Intellectual Property by Criminal Law: Problematic Issues. *Judicial appeal*. 2007. № 2. S. 25–31.

<sup>21</sup> Klochko A.M., Dihtiar A.O. Differentiation of banking and trade secrets as objects of criminal legal protection and protection of intellectual property rights. *Forum right*. 2018. № 5. P. 55. URL: [https://forum-prava.pp.ua/files/050-058-2018-5-FP-Klochko,Dihtiar\\_7.pdf](https://forum-prava.pp.ua/files/050-058-2018-5-FP-Klochko,Dihtiar_7.pdf)

**Nietzsche, perspectivism, feminism and human rights: hidden connection****Bocharov Dmytro***Candidate of Juridical Sciences,**Rector of University of Customs and Finance of Dnipro, Ukraine*

The article reveals the influence of Nietzsche's epistemological perspectivism on the modern theory of knowledge and legal understanding, as well as the consequences of this influence in the field (sphere, area) of human rights. Protecting the rights of unique individuals is associated with the unique vision of the world in individual perspective depending on many individual factors and the separation from the illusions about the universality of the legal subject. Because Nietzsche's epistemological perspectivism posits the fundamental impossibility of universal cognition, because perception in each case is determined by many factors. From the subject, his "optics", knowledge and skills, intentions, location in time and space, peculiarities of the object and situation and ending with the objective predisposition of the person to the deceptions and fictions that simplify his life. Nietzsche assumes the possibility of simultaneously assimilating different, even conflicting perspectives. A serious game with perspectives, that a strong and wise person is capable of, eliminates not only confusion but also lies and limitations: such a game makes it possible to believe in epistemological progress and self-overcoming as a transition from less to more effective perspectives and their hierarchies. Nietzsche also believes that women and men have different perspective of worldview, and a few other theses that are taken up by feminism – primarily as part of criticism of objectivity as uninteresting contemplation. Nietzsche insisted on the inclusion in the cognitive act of affective factors of knowledge that have traditionally been ignored, including bodily experience. This idea became one of the cornerstones of feminist epistemology. The fundamentals of Nietzsche's perspectivism in the context of feminist philosophy have become the foundation for many conceptions and standpoint theories, in particular. Along with the standpoint theories develop feminist empiricism, different voices theory and "female" postmodern projects. Subsequently, dissatisfied with attempts to develop the theory of cognition, feminists turned to interdisciplinary knowledge projects based on concrete studies of its effectiveness in such areas as law, discussion of morality, sociology, and public policy development. Feminist movement has significantly revitalized activity in the field of struggle for the rights of socially vulnerable categories (racial, national and sexual minorities, etc.), thereby leading to the recognition of legal perspectivism as a separate area of legal thinking. The main features inherent to legal perspectivism are the legitimation of a plurality of visions of the legal situation, the possibility of switching grounds/ changing contexts of its interpretations, decentering and "instability" of the legal subject at different time and in different situations. Now the legal subject is formed by a plurality of states, images and roles, and in its turn participates in the formation of ambiguous and varied image of law. Therefore the connection between Nietzsche and human rights is undoubted: Nietzsche's epistemological perspectivism has significantly influenced and continues to influence human rights understanding and standards.

**Introduction**

One would think what connection could be between Friedrich Wilhelm Nietzsche and human rights, in particular, women rights? Many would say: none. It is reasonably considered that for German philosopher the idea of equal rights was equivalent to manifestation of reactive aspirations of emancipated "last man" and together with it required overcoming. According to Nietzsche, human rights cause a kind of stagnation at man's level and lead to decadence, while equal rights for all, at that, is one of the most intolerable forms of injustice and real rightlessness<sup>1</sup>. So it's vain to seek his compassion on this matter.

Situation with woman rights is not much better. Nietzsche turns out to be the embodiment of misogyny, the reference example of male chauvinism. He has made many sharp statements about superficiality, bias, impermanence and affectivity of female nature,

female secondariness as related to male. However, on closer examination it runs out that everything is not so unambiguously, because he has quite self-critical thoughts as for a male: "The intelligence of women is manifested as perfect self-control, inspiration, and taking of all advantage <...> Ideal woman is a supreme type of human as contrasted to ideal man <...> If in female the nature shows that what she coped with so far while working on human character, then in male it shows what it had to overcome to achieve this <...> Foolishness in woman is something unfeminine" etc.

In fact, in his personal life F. Nietzsche liked companionship of educated and well-mannered women, who he treated absolutely politely, enjoyed their intelligence and valued communication with<sup>2</sup>. Despite his own skepticism as for women's emancipation (though himself, as a dean of the Faculty of Humanities of the University of Basel, advocated admission of women to studying), Nietzsche eagerly communicated with

<sup>1</sup> Шаап С. Нездатність забувати: Новий погляд Ніцше на питання про істину. Київ : Вид-во Жупанського, 2009. С. 83, 113–115.

<sup>2</sup> Лютий Т. Ніцше. Самоперевершення. Київ : Темпора, 2016. С. 353–354, 869.

feminists, among who were prominent representatives of the movement: Malwida von Meysenbug, Resa von Schirnhofen, Clara Willdenow, Barbara Margaretha "Meta" von Salis, Helen Zimmern, passionate Helene von Druskowitz<sup>3</sup>. We cannot overlook brilliant and contradictory Lou Andreas-Salomé, who Nietzsche himself considered to be the perfect friend (a little later – the "embodiment of absolute evil", that is, the best enemy), while contemporaries considered one of the most exceptional women in European history<sup>4</sup>. It is believed that exactly Lou Salome was the prototype of Zarathustra (...originated from illusions of Lou and inspired by her), and in any case – live embodiment of Nietzsche philosophy<sup>5</sup>.

Although, during his life F. Nietzsche expressed a lot of insulting considerations towards emancipated women, it were women who ultimately proved to be his most considerate and conscientious followers. Quite a few early German radical feminists such as Marianne Adelaide Hedwig Dohm, Lily Braun, Helene Stöcker, were Nietzscheans. They preferred to ignore Nietzsche's reproaches about women and women's education, instead using the power of his philosophy<sup>6</sup>. However, the rise of feminist philosophy is related not to the concept of the overman, which radical feminists hoped to transform into the "superwoman"<sup>7</sup>, but to his theory of perspectivism.

The **purpose of the article** is to reveal the influence of Nietzsche's epistemological perspectivism on the modern theory of knowledge and legal understanding, as well as the consequences of this influence in the field of human rights.

### Presenting main material

The epistemological perspectivism of Nietzsche, on the one hand, is considered to be an obvious and thoroughly researched aspect of his philosophy, and on the other, raises many questions. As rightly noted by Sybe Schaap, "Nietzsche's perspectivism was much talked about and misunderstandings are abundant here"<sup>8</sup>. According to Taras Lyuty, there is no "true" option of Nietzsche. He is a philosopher-Proteus, who cannot be reshaped under specific demands. He represents an unconventional position, which leaves room for thinking differently. It is a thinking that inevitably returns to itself to ask how it is (precisely) possible. Moving to itself, it re-energizes its apparatus of understanding every time, including the means of language<sup>9</sup>. German

philosopher treated perspective as the main condition for any life, while its denial considered to be the crime against the truth and the most significant disadvantage of positivism. Therefore, apparently, there is also no "true" Nietzsche perspectivism: it appears then as relativism, then as epistemological pluralism, then as pragmatism or even agnosticism, while also giving to positivism interpretations<sup>10</sup>. It is possible to speak of his doctrine of perspectivism only by previously taking this term in quotation marks and not forgetting that "one and the same subject, one and the same phenomenon changes meaning according to the power that appropriates it; therefore, meaning is a complex concept: there are always multiple meanings, constellations, complexes of sequences and coexistences <...> there is no event, phenomenon, word or thought which meaning would not be plural"<sup>11</sup>.

However, a few things about Nietzsche's perspectivism can be said for sure. He posits the fundamental impossibility of universal cognition, because perception in each case is determined by many factors. From the subject, his "optics", knowledge and skills, intentions, location in time and space, peculiarities of the object and situation <...> and ending with the objective predisposition of the person to the deceptions and fictions that simplify his life. Cognition is realized as a view at the flat surface of being, the true or visual depth of which is provided by possible interpretations.

Because the world offers unlimited scope for perspectives and provides for potentially endless interpretations; therefore, there are no absolute truths; there are no "identical", no "isolated", no "eternal" facts, no "facts as such" – only more or less successful interpretations are possible. Nietzsche assumes the possibility of simultaneously assimilating different, even conflicting perspectives. The more different points of view a human can accommodate, the more eyes he will have to seek the truth – the more confident he will feel in the path of cognition. A serious game with perspectives, that a strong and wise person is capable of, eliminates not only confusion but also lies and limitations: such a game makes it possible to believe in epistemological progress and self-overcoming as a transition from less to more effective perspectives and their hierarchies (although it does not guarantee holding the truth)<sup>12</sup>.

Nietzsche also believes that women and men have different perspective of worldview, and a few other theses that are taken up by feminism – primarily as part of criticism of objectivity as uninteresting contemplation. Such a postulate requires the recognition of incorporeal, neutral perspective, while Nietzsche

<sup>3</sup> Ibid. С. 204, 343–350, 352–353.

<sup>4</sup> Гармаш Л. Лу Саломе – «досконалий друг» і «абсолютне зло» у житті Фрідріха Ніцше. *Незалежний культурологічний часопис «І»*. 2000. № 17. Гендерні студії. С. 75.

<sup>5</sup> Ibid. С. 77–78.

<sup>6</sup> Лютий Т. Ніцше. Самоперевершення. Київ : Темпора, 2016. С. 903.

<sup>7</sup> Ibid. С. 354.

<sup>8</sup> Шаап С. Нездатність забувати: Новий погляд Ніцше на питання про істину. Київ : Вид-во Жупанського, 2009. С. 21.

<sup>9</sup> Лютий Т. Ніцше. Самоперевершення. Київ : Темпора, 2016. С. 17.

<sup>10</sup> Шаап С. Нездатність забувати: Новий погляд Ніцше на питання про істину. Київ : Вид-во Жупанського, 2009. С. 13–22.

<sup>11</sup> Дельоз Ж. Ніцше і філософія. Львів : Астролябія, 2010. С. 11.

<sup>12</sup> See also: Бочаров Д. Епістемологічні «перспективи» Ф. Ніцше: дисонанс, гармонія та ієрархія. *Методологічні застороги. Правова позиція*. 2017. № 1. С. 12–30.

insisted on the inclusion in the cognitive act of affective factors of knowledge that have traditionally been ignored, including bodily experience<sup>13</sup>. This idea later developed by Maurice Merleau-Ponty, became one of the cornerstones of feminist epistemology.

The fundamentals of Nietzsche's perspectivism in the context of feminist philosophy have become the foundation for many conceptions and standpoint theories, in particular. This approach is based on a critique of perceptions of perfect knowledge and of the universal subject. Proponents of standpoint theories (Patricia Hill Collins, Nancy Hartsock, Hilary Rose, and Dorothy Smith) emphasize the striking coincidence in definitions, symbolism and associations associated with masculinity and intelligence. "Intelligence" symbolically, metaphorically arranged in such a way that its structure, together with perfect masculinity, delineates the realm of thinking inaccessible or accessible only with great difficulty to people whose traits and properties do not coincide with those which perfect white masculinity has defined itself. Conceptually symbolic dichotomies that give rise to such statements, among which "mind – emotion", "spirit – body", "abstract – concrete", "objective – subjective" are typical examples, are also in the same line with dichotomy "male – female", both descriptive and evaluative. And these dichotomies work by identifying the traits of ideal, universally applicable knowledge as a product of the effort of the mind and separating it from the gaze, hearing, and trifles that are associated with stereotypical femininity<sup>14</sup>. Instead, feminists are proposing new "gynocentric models of cognitive justification" that maximize the use of feminine principles and ways of reasoning, and contribute to the formation and establishment of gynocentrism epistemology. Using object-relation theory, psychoanalysis, and cognitivism, one finds out how "male" and "female" connoisseurs are created and reproduced psychologically<sup>15</sup>. Proponents of standpoint theory, however, do not seek to unite women around a single, unified or seemingly typical "feminine" point of view, but rather seek others to respect the important internal, emotional, intellectual, and professional activities that women carry out and which affirm them as knowledgeable and educated individuals<sup>16</sup>.

Close to standpoint theory viewpoint of Donna Haraway, who argues in favor of "knowledge conditioned by circumstances". For her, "seeing clearly" is not simply a matter of having good vision; it is an activity with an awareness of its peculiarities and requirements to responsibility, depending on where this activity takes place, what it relates to and by whom it is carried out<sup>17</sup>.

Subsequently, dissatisfied with attempts to develop the theory of cognition, feminists turned to interdisciplinary knowledge projects based on concrete studies of its effectiveness in such areas as law, discussion of morality, sociology, and public policy development<sup>18</sup>. Along with the standpoint theories develop feminist empiricism, different voices theory and "female" postmodern projects.

Feminist-legal analysis formulated a critique of law that was to be overcome as a phenomenon of patriarchy, the main sphere of oppression of women by patriarchal structures. To overcome these manifestations, different approaches have sought to influence current laws to identify and ultimately eliminate women's exclusions and oppression practices. In particular, it was about open discrimination practices. The effects of certain laws or regulations on women have also been studied. The analysis permeated all areas of law and focused primarily on addressing the issue in three areas: violence against women, reproductive rights and equal opportunities, but it also contained positive demands for women's support, as well as theoretical considerations for "women's rights"<sup>19</sup>.

While these approaches focused on the position of women in law, in new feminist theoretical and legal approaches the transition to the analysis of the relationship between law and gender has shifted. It is no longer about eliminating sexually explicit discriminating legal norms that in the majority of Western legal systems no longer exist as such. At present, the analytical focus of most feminist theories is on gender and law as interrelated structures, mutually constructed and defined. The starting point of this analysis is the construction of gender through law and the construction of law through gender<sup>20</sup>.

Debate over equality and difference is closely linked to understanding gender and gender difference. Given the outrageous, embodied in the right forms of discrimination, positions of equality that first sought to achieve equality between men and women, both from a legal and a public point of view, were embodied first. The goal of comparing women and men social and individual opportunities was realized through the requirement of formal legal equality<sup>21</sup>. Subsequently, the emphasis shifted to a "perspective of difference", driven by the gender difference between women and men, and the existence of a coherent female culture. Here, gender difference is already conceived from a feminine perspective, to separate it from oppression and turn it into a feminine yardstick of the world<sup>22</sup>.

The newest grounds of feminist theory of law relate to the reproduction (and therefore of social construction)

<sup>13</sup> Лютий Т. Ніцше. Самоперевернення. Київ : Темпора, 2016. С. 8.

<sup>14</sup> Коуд Л. Епістемологія. Антологія феміністичної філософії. Київ : Основи, 2006. С. 217.

<sup>15</sup> Ibid. С. 222.

<sup>16</sup> Ibid. С. 223.

<sup>17</sup> Ibid. С. 224–225.

<sup>18</sup> Ibid. С. 227.

<sup>19</sup> Елзуні С. Феміністична теорія права. Образ, тіло, порядок. Гендерні дослідження в міждисциплінарному спектрі. Київ : Медуза, 2014. С. 182.

<sup>20</sup> Ibid. С. 182–183.

<sup>21</sup> Ibid. С. 183.

<sup>22</sup> Ibid. С. 184.



of the right of differences, relationships, and Nietzsche favourite hierarchies (between genders) and, at the same time, of the gender factor in constituting law. Common to these different approaches is the conclusion that construction of gender through law, as well as influencing the structure of law through dominant judgments about gender, often means attributing and reinforcing binary gender order and reinforcing gender inequality. Another common feature is the critique of essentialization and generalization, which, together with the construct of gender, mean ignoring and eliminating differences (especially women's)<sup>23</sup>.

Modern theory of differences emphasizes that women are not given the same value within gender differences in a legal system based on the masculine ideal of a legal subject, and insists on the need of equivalent rather than equal rights. The revaluation of women in the legal field cannot be realized through equality rights, but only through the establishment of equivalence rights: because by equivalence one should understand equal value, which is not ground on sameness, one may recognize and respect differences as well as eliminate restrictions of existing gender hierarchy. In the model of equivalent law, according to its supporters, different lifestyles that would not reproduce the stereotypes of femininity and heterosexuality as the norm should be possible<sup>24</sup>. The consequence, among other things, was that at the 4th International Women's Conference (women's meeting 1995), a proposal was made to introduce the right to unlimited sexual self-determination<sup>25</sup>.

In addition, in order to adequately address the differences in women's lives, women should be thought of in an anti-essentialist way and not reduced to their existing definitions. In this way, the reference to women is associated with postmodern critique of attempts to objectively describe the feminine nature, which feminists believe only reinforces the structures of persistent gender identity and the inherent enslavement of them. Transformation of gender relations, however, can take place through the creation of an imaginary "psychic and moral" space, which within its frames must realize the freedom of self-design, self-representation of man as a gendered being (according to Drucilla Cornell), the law is a convenient means of providing and protecting a designated imaginary space that would help to eliminate patriarchal structures and ensure freedom and equality of people. Human is interpreted here not as stable, unchangeable abstract substance, while as an opportunity, aspiration that can never be satisfied once and for all. The resonance with the corresponding Nietzsche position is quite obvious; as a result one asserts the existence of endless forms of gender-based being and the absence of any criteria by which gender and sexuality are lived; instead, one

advocates the right to independently identify "female" differences<sup>26</sup>.

From denying the maturity of the notion of woman, inexplicable logic leads to the denial of the holistic "I": feminism should no longer revolve solely around "women as women", but must address as a collective theory all forms of oppression. In order to develop a holistic perspective in this context, seems appropriate the concept of "multiple consciousness" embracing split, seemingly irrelevant and even contradictory "I"<sup>27</sup>.

According to Susan Moller Okin, by now, it is quite clear that without a fundamental revision of the Human Rights Concept, neither respect nor promotion and, moreover, the protection of women's rights, cannot be achieved: "The question is mainly that the model by which the available theory of human rights is constructed, the selection and the hierarchy of rights are masculine. If women's experience were equally taken into account, the theory, selection and weight of rights would be very different"<sup>28</sup>. As Sarah Elsuni points out, the decisive focus of feminist legal theory is on the formation of specific positive-legal projects; often the goal is not just to change the law, but also to transform its underlying structures<sup>29</sup>.

Considering F. Nietzsche noted the positive traits of women's intelligence (women's intellect manifests itself as perfect self-control, inspiration, use of all advantages) and will (because in passion a woman is a greater barbarian than a man, in the positive sense that he gave to "barbarism" as the active affirmative power of Nietzsche) is not in doubt as to the success of legal reforms conceived by emancipated women, moreover, direct discrimination norms of law against women, by right remark by Elsuni, in most Western legal systems, has not remained as such<sup>30</sup>.

Thus, having started with the struggle for equality, feminism turned to the struggle for exclusivity; from the idea of the consistency of women's perspectives – to the ideal of "superwoman". However, women's realization of the concept of the overman in any perspective is clearly more acceptable than that implemented by men in the Nietzsche's homeland in the XX century...

Due to the ability of women to absorb different, even contradictory perspectives, and the willingness to defend them at any cost, in solidarity with others on other grounds, the feminist movement has significantly revitalized activity in the field of struggle for the rights of socially vulnerable categories (racial,

<sup>23</sup> Ibid. C. 188.

<sup>24</sup> Ibid. C. 192.

<sup>25</sup> Окін С. Конфлікт між основними правами. Права жінок та проблеми релігійних і культурних відмінностей. *Філософія прав людини*. Київ : Ніка-Центр, 2008. С. 234.

<sup>26</sup> Елзуні С. Феміністична теорія права. *Образ, тіло, порядок. Гендерні дослідження в міждисциплінарному спектрі*. Київ : Медуза, 2014. С. 191.

<sup>27</sup> Ibid. C. 195–196.

<sup>28</sup> Окін С. Конфлікт між основними правами. Права жінок та проблеми релігійних і культурних відмінностей. *Філософія прав людини*. Київ : Ніка-Центр, 2008. С. 232–233.

<sup>29</sup> Елзуні С. Феміністична теорія права. *Образ, тіло, порядок. Гендерні дослідження в міждисциплінарному спектрі*. Київ : Медуза, 2014. С. 181–182, 184.

<sup>30</sup> Ibid. C. 182.

national and sexual minorities, etc.), thereby leading to the recognition of legal perspectivism as a separate area of legal thinking.

It is with the spread of feminism, critical race theory and critical legal studies is linked the rise and development of legal perspectivism by some western scholars, including Pierre Schlag. The main features inherent to legal perspectivism are the legitimation (sometimes the requirement) of a plurality of visions of the legal situation, the possibility of switching grounds/changing contexts of its interpretations, decentering and “instability” of the legal subject<sup>31</sup>.

### **Conclusions**

At present, a subject in law, previously thought to be integer, autonomous, and stable in appearance,

<sup>31</sup> Schlag P. The Aesthetics of American Law. 115 Harvard Law Review, 2002. P. 1052, 1082–1086.

is steadily transformed into a decentered entity, dependent on the play of perspectives, into a subject without a permanent center in itself and for itself, which is also not a center of the world around it. Now the “subject” is formed by a plurality of states, images and roles, and in its turn participates in the formation of ambiguous and varied image of law. It is no accident that the end of the 20th century was marked by a renewed interest in the creative heritage of German thinker in feminist and related circles<sup>32</sup>, although it is difficult to say whether he would approve such a trend. But in any case, we must admit that the connection between Nietzsche and human rights, in particular women, is undoubted: Nietzsche’s epistemological perspectivism has significantly influenced and continues to influence human rights understanding and standards.

<sup>32</sup> Лютий Т. Ніцше. Самоперевернення. Київ : Темпора, 2016. С. 809.

**Content and concept of management relationships in the security sector system Ukraine****Goncharenko Ganna***Candidate of Juridical Sciences,**Associate Professor of the Special Department № 1 “Legal Principles of the State Security”**Institute of Legal Personnel Training for the Security Service of Ukraine**Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine*

The article is devoted to the study of managerial relations in the security sector in the framework of administrative regulation. It turned out that most managerial relations are governed by the rule of law. As a result, they acquire features of legal (mainly administrative-legal) relations, in which subjective rights and legal obligations of parties to management relations are personified by norms. It has been established that managerial relations in the security sector should be understood as relations arising in the process of exercising managerial functions in the security sector on the basis of general principles of management, as well as managerial relations arise in relations among people, citizens, various social groups, organizations to ensure an appropriate level of security personality, society and state.

It is suggested that the security sector is a system of authorized bodies of state power, local authorities and public organizations, which in turn have their own systemic structure and structure and are subsystems of the overall security sector system. Each system and subsystem has its own organizational structure. That is, the structure of this system has its own elements – structural units (subsystems). The security sector also includes citizens and public associations voluntarily participating in ensuring the national security of Ukraine. The security sector is a separate type of social system. It is argued that the characteristics of the security sector as a management system should include: 1) integrity; 2) dependency; 3) clear management; 4) interdependence of the system and interaction with its elements; 5) hierarchy; 6) multiplicity; 7) conditionality of behavior taking into account the properties of its structure.

It is determined that the elements of managerial relations in the security sector are the object of relations, subjects (participants) of relations, the content of relations. The object of management relations in the security sector is the final result of the activities of these bodies related to the development and implementation of the state national security policy, management in the field of ensuring the security of individuals, society and the state. The content of management relations of the security sector is constituted by the powers of the bodies included in this system of bodies of the security sector, as well as activities to exercise their powers.

It is analysed that scientific works distinguish managerial relations are divided into (subordinate) and functional (coordination), disciplinary and initiatives, as well as legal or non-legal. Some scholars distinguish between (official) and “unofficial”, as well as the relations of “organization” and “disorganization”, centralism and independence, etc. It is proposed that managerial relations in the security sector be divided into subordinate, coordination and reordination relations.

Emphasis is placed on the fact that in the government relations of the security sector is a kind of public relations, and the normal activity of society, security of the individual and the state is directly related to their effectiveness. An effective system of governance in the security sector is not possible without improving the legal regulation of management relations. Finding ways to optimize the relationships and interactions between security sector actors will ensure that individuals, society and the state have the right level of security.

**Зміст та поняття управлінських відносин у системі сектору безпеки України****Гончаренко Ганна Анатоліївна***кандидат юридичних наук, доцент,**доцент спеціальної кафедри № 1 «Правові засади державної безпеки»**Інституту підготовки юридичних кадрів для Служби безпеки України**Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Україна***Вступ**

Модернізація системи управління сектором безпеки є головним пріоритетом держави відповідно до Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020», що була схвалена Указом Президента України від

12 січня 2015 року № 5/2015<sup>1</sup>. Проблема забезпечення безпеки особи, суспільства та держави завжди турбувала людство в процесі його цивілізаційного

<sup>1</sup> Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020»: Указ Президента України: від 12.01.2015 р. № 5/2015. *Офіційний вісник Президента України*. 2015. № 2. С. 14. Ст. 154.

розвитку. Міждержавні конфлікти, терористичні акти, загроза ядерної війни, надзвичайні ситуації техногенного і природного характеру продовжують становити велику небезпеку і в XXI столітті<sup>2</sup>. Проблематика управлінських відносин у секторі безпеки в науковій літературі є малодослідженою, що вказує на актуальність даного дослідження.

У наукових джерелах управлінські відносини досліджували такі вчені, як В.Б. Авер'янов<sup>3</sup>, Г.В. Атаманчук, О.Ф. Андрійко, В.М. Гаращук, Ю.П. Битяк, Н.М. Матюхіна, Н.Р. Нижник, О.М. Шевчук<sup>4</sup> та ін. На окремі особливості управлінських відносин звернули свою увагу такі дослідники, як: І.Л. Шульга – щодо політико-управлінських відносин як складової частини системи державного управління<sup>5</sup>, Т. Стадниченко. і Ю. Лісневська – на публічно-управлінські відносини в Україні в контексті впровадження Європейських стандартів демократичного врядування<sup>6</sup>, Р.В. Ігонін – на управлінські відносини як складову частину предмета адміністративного права<sup>7</sup>; І.М. Шопіна – на проблеми взаємозв'язку управлінських та адміністративних відносин<sup>8</sup> тощо. Однак визначенню змісту і поняття управлінських відносин та критеріїв їх класифікації саме в секторі безпеки науковці не приділяли достатньої уваги.

**Мета статті** – аналіз змісту управлінських відносин у секторі безпеки та визначення їх сутності, особливостей та якісних ознак, критеріїв їх класифікації.

### Виклад основного матеріалу

Правова категорія «управління» являє собою діяльність уповноважених органів та спрямована на досягнення конкретних завдань за допомогою управлінських методів, способів та функцій<sup>9</sup>, у тому числі й сектор безпеки знаходиться під постійним впливом такого особливого виду відносин, як управлінські.

Згідно з положеннями ст. 1 Закону України «Про національну безпеку» визначено правову конструк-

цію «сектор безпеки і оборони». Передбачено, що його діяльність перебуває під демократичним цивільним контролем і відповідно до Конституції та законів України за функціональним призначенням спрямована на захист національних інтересів України від загроз (п. 16)<sup>10</sup>. Також до суб'єктів системи сектору безпеки і оборони законодавець відносить громадян та громадські об'єднання, які добровільно беруть участь у забезпеченні національної безпеки України. Отже, в Законі України «Про національну безпеку» немає окремого поняття «сектор безпеки». Заслужовує на увагу позиція вченого В.С. Чорного, який зазначив, що в юридичній літературі термін «сектор безпеки» слід розуміти як сукупність державних органів та організацій, які покликані гарантувати безпеку особи, суспільства та держави<sup>11</sup>.

Варто погодитись із думкою С.М. Братусь, що «кожна галузь права має у своїй основі специфічний, якісно особливий вид суспільних відносин»<sup>12</sup>. В.Б. Авер'янов у теорії державного управління розглядає управлінські відносини як різновид суспільних відносин. Однак, на думку автора, вони не можуть розглядатися в одній площині класифікації з економічними, політичними, духовно-культурними цінностями та ін. Перераховані відносини виділяються в залежності від переважної належності до тієї чи іншої чітко визначеної сфери суспільної діяльності (економіки, політики, культури тощо), але, на відміну від них, до управлінських відносин не застосовується аналогічний критерій відмежування. Це пояснюється тим, що вони об'єктивно необхідні у всіх сферах суспільного життя і в цьому значенні мають міжвидовий характер<sup>13</sup>. Управлінські відносини, на думку В.Г. Афанасьєва, слід розуміти як «складні відносини людей, різних соціальних колективів, що виникають у процесі здійснення управлінських функцій на основі загальних принципів управління»<sup>14</sup>. І.В. Бригадир вказує, що в теорії адміністративного права управлінські відносини визначаються як суспільні відносини, які пов'язані зі здійсненням функцій управління з метою реалізації державної політики в певній сфері. Однак не виключається можливість існування суміжних управлінських відносин, які є предметом адміністративного права та інших галузей права<sup>15</sup>.

<sup>2</sup> Глазов О.В. Національна безпека: сутність, ознаки, концепція та геополітичні чинники. *Наукові праці*. 2011. Випуск 143. Том 155. URL: file:///C:/Users/1722/Downloads/Npchdopol\_2011\_155\_143\_10.pdf

<sup>3</sup> Авер'янов В. Державне управління та виконавча влада: зміст і співвідношення. *Вісник державної служби України*. 2004. № 1. С. 13–16.

<sup>4</sup> Шевчук О.М. Правове регулювання у сфері контролю за обігом наркотиків. Харків: Право, 2017. 424 с.

<sup>5</sup> Шульга І.Л. Політико-управлінські відносини як складова системи державного управління. *Державно-управлінські студії*. 2017. № 1. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/deruprs\_2017\_1\_3

<sup>6</sup> Стадниченко Т., Лісневська Ю. Удосконалення публічно-управлінських відносин в Україні в контексті впровадження Європейських стандартів демократичного врядування. *Державне управління та місцеве самоврядування*. 2015. Вип. 3 (26). С. 72–81.

<sup>7</sup> Ігонін Р.В. Управлінські відносини як складова предмета адміністративного права. *Держава і право*. 2010. № 48. С. 258–263.

<sup>8</sup> Шопіна І.М. Управлінські та адміністративні відносини: проблеми взаємозв'язку. *Наука і правоохоронна*. 2014. 2 (24) С. 16–20. URL: http://naukaipravooohorona.com/journal/ukr/2014\_2/5.pdf

<sup>9</sup> Пилипишин В.П. Поняття та основні риси державного управління. *Юридична наука і практика*. 2011. № 2. С. 10.

<sup>10</sup> Про національну безпеку: Закон України від 21.06.2018 р. № 2469-VIII. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2018. № 31. Ст. 241.

<sup>11</sup> Чорний В.С. Особливості демократичного цивільного контролю над військовою сферою українського суспільства на сучасному етапі. *Social development & Security*. 2018. № 3 (5). С. 9. URL: http://paperssds.eu/index.php/JSPSDS/article/view/41/38

<sup>12</sup> Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права: монография. Москва, 1963. С. 15.

<sup>13</sup> Авер'янов В.Б. Социалистические управленческие отношения. Социальные и государственно-правовые аспекты управления в СССР. Киев: Наукова думка, 1978. С. 26.

<sup>14</sup> Афанасьев В.Г. Научное управление обществом. (Опыт системного исследования). Москва: Политиздат, 1973. С. 164.

<sup>15</sup> Бригадир І.В. Правовідносини в сфері екологічного управління як частина предмету правового регулювання екологічного права. *Форум права*. 2013. № 4. С. 34. URL: file:///C:/Users/1722/Downloads/Fzw4dA0SqFVb7ofWsjstqkYVrr2L4Ed.pdf

Отже, управлінські відносини в секторі безпеки слід розуміти як відносини, які виникають у процесі здійснення управлінських функцій у секторі безпеки на основі загальних принципів управління. Управлінські відносини виникають у відносинах серед людей, громадян, різних соціальних колективів, організацій щодо забезпечення належного рівня безпеки особи, суспільства та держави.

Серед суттєвих ознак управлінських відносин у секторі безпеки необхідно виділити їхній вольовий характер. А.К. Стальгевич вважає: вольовий характер правовідносин означає, що їхні суб'єкти проявляють у процесі їх реалізації власну індивідуально-суб'єктивну волю – користуватися своїми правами і виконувати певні обов'язки<sup>16</sup>. Елементами управлінських відносин сектору безпеки є об'єкт відносин, суб'єкти (учасники) відносин, зміст відносин. Об'єктом управлінських відносин щодо сектору безпеки є кінцевий результат діяльності цих органів, пов'язаний з розробленням і втіленням державної політики національної безпеки, управлінням у сфері забезпечення безпеки особи, суспільства і держави. Зміст управлінських відносин сектору безпеки складають повноваження органів, які входять в цю систему органів/суб'єктів сектору безпеки, а також діяльність щодо здійснення їхніх повноважень.

В.Г. Афанасьєва вказує, що цілісна система – це сукупність об'єктів, взаємодія яких зумовлює наявність нових інтегративних якостей, не характерних для частин, компонентів, що її утворюють<sup>17</sup>. У Філософському енциклопедичному словнику до ознак системи віднесено: 1) цілісність системи; 2) залежність кожного елемента від його місця, функцій і т. д. всередині системи; 3) зумовленість поведінки системи не стільки поведінкою її окремих елементів, скільки властивостями її структури; 4) взаємозалежність системи і взаємодії; 5) ієрархічність – кожен компонент системи у свою чергу може розглядатися як система, а досліджувана система в даному випадку є одним із компонентів більш широкої системи; 6) множинність описання кожної системи – у зв'язку з принциповою складністю кожної системи її адекватне пізнання потребує побудови багатьох різних моделей, кожна з яких описує лише певний аспект системи<sup>18</sup>. С.П. Пономарьов, досліджуючи особливості адміністративно-правового забезпечення сектору безпеки та оборони, вважає, що систему слід розуміти як щось ціле, створене для цілеспрямованої діяльності. Ознаки системи сектору безпеки та оборони характеризуються: цілісністю і єдністю елементів, наявністю зв'язків, структурою, відносною самостійністю, чітко вираженим

управлінням. Система сектору безпеки та оборони є соціальною системою<sup>19</sup>. З такою позицією автора погоджуємось.

Враховуючи вищевикладене, слід зробити висновок, що в широкому розумінні сектор безпеки являє собою систему уповноважених державних органів, органів державної влади і місцевого самоврядування та громадських організацій, які у свою чергу мають свою системну побудову та структуру і є підсистемами загальної системи сектору безпеки. Кожна система і підсистема має свою організаційну побудову. Тобто в структурі цієї системи є власні елементи – структурні підрозділи (підсистеми). До сектору безпеки також віднесли громадян та громадські об'єднання, які добровільно беруть участь у забезпеченні національної безпеки України.

Єдиної класифікації управлінських відносин у теорії управління не існує. В.Б. Авер'янов вважає, що більшість управлінських відносин регулюються нормами права. У результаті вони набувають рис правових (переважно адміністративно-правових) відносин, в яких персоніфікуються закріплені нормами суб'єктивні права та юридичні обов'язки сторін управлінських відносин. Юридична форма, не змінюючи якісної визначеності управлінських відносин, надає взаємним діям їхніх учасників необхідні одноманітність та організованість, забезпечує реальність дотримання бажаних державі меж та порядку можливої і належної поведінки<sup>20</sup>.

В.Г. Афанасьєв вказує на відносини адміністративні (субординаційні) і функціональні (координаційні), про відносини дисциплінарні й ініціативні тощо<sup>21</sup>. Ю.М. Козлов та Є.С. Фролов за формою вираження відносини поділяють на правові або неправові<sup>22</sup> та вказують на класифікацію, яка показує зв'язок управлінських відносин зі здійсненням управлінського впливу, а також виділяють відносини, що виникають «усередині діяльності з управління» і відносини «всередині сфери управління». В.М. Горшенев розрізняє специфічні суспільні відносини, що виникають «усередині діяльності з управління» (структура апарату управління, його повноваження тощо), а також відносини, що виникають усередині сфери управління, тобто в процесі здійснення функцій управління стосовно відповідних об'єктів<sup>23</sup>. Деякі автори виділяють офіційні

<sup>16</sup> Стальгевич, А.К. Некоторые вопросы теории социалистических правовых отношений. *Советское государство и право*. 1957. № 2. С. 24.

<sup>17</sup> Афанасьев В.Г. Системность и общество. Москва : Политиздат, 1980. С. 25.

<sup>18</sup> Философский энциклопедический словарь / редкол. : С.С. Аверинцев и др. 2-е изд. Москва : Сов. Энциклопедия, 1989. С. 585.

<sup>19</sup> Пономарьов С.П. Адміністративно-правове забезпечення сектору безпеки та оборони : дис. на здоб. ст. докт. юрид. наук : 12.00.07. Харків, 2018. 490 с. URL: <https://dduvs.in.ua/wp-content/uploads/files/Structure/science/rada/dissertations/25/1.pdf>

<sup>20</sup> Аверьянов В.Б. Повышение качества правовой регламентации распределения функций в аппарате государственного управления. *Совершенствование аппарата государственного управления. Конституционный аспект*. Киев : Наукова думка, 1982. С. 210.

<sup>21</sup> Афанасьев В.Г. Научное управление обществом. (Опыт системного исследования). Москва : Политиздат, 1973. С. 165.

<sup>22</sup> Козлов Ю.М., Фролов Е.С. Научная организация управления и право. Москва : Изд-во Московского университета, 1986. С. 208.

<sup>23</sup> Горшенев В.М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. Москва : Юрид. лит., 1972. С. 14–15.

та «неофіційні», субординаційні та координаційні, а також відносини «організації» і «дезорганізації»<sup>24</sup>. В.А. Дерещ у системі органів виконавчої влади України розрізняє субординаційні, координаційні та реординаційні відносини. Під реординаційними відносинами розуміється здійснення певного зворотного впливу керованим об'єктом на керуючий суб'єкт, що є правом або обов'язком керованого об'єкта звернутися з пропозиціями тощо до керуючого суб'єкта, який у свою чергу повинен бути зобов'язаний відреагувати на такий вплив»<sup>25</sup>.

О.М. Бандурка виділяє управлінські відносини централізму та самостійності. Відносини самостійності передбачають наявність у суб'єктів управлінських відносин прав та обов'язків, які дають можливість їм визначати зміст і спрямованість діяльності у відповідності зі своїми інтересами, не ігноруючи водночас інтересів загальних. Відносини централізму, як зазначає автор, існують, наприклад, між Кабінетом Міністрів України та керівництвом міністерств, між Міністерством внутрішніх справ та Департаментами і управліннями, управліннями та їх структурними підрозділами, відділами, службами, їх органами управління<sup>26</sup>. Тобто фактично автор виділяє відносини субординації, а відносини самостійності відносить до відносин координації. Враховуючи вищевказані позиції різних учених, у секторі безпеки доцільно виділити відносини: субординаційні, координаційні та реординаційні.

Управлінські відносини більш конкретно розглянемо в даному дослідженні на прикладі такої підсистеми сектору безпеки, як відносини між Президентом України та Службою безпеки України, а також відносини, що виникають безпосередньо в системі Служби безпеки України. Так, основне навантаження у секторі безпеки щодо забезпечення безпеки особи, суспільства і держави припадає на Службу безпеки України. Служба безпеки України – це державний орган спеціального призначення з правоохоронними функціями, який забезпечує державну безпеку України (ст. 1)<sup>27</sup>. А відповідно до ст. 19 Закону України «Про Службу безпеки України» кадри Служби безпеки України складають: 1) співробітники-військовослужбовці, 2) працівники, які уклали трудовий договір зі Службою безпеки України, а також 3) військовослужбовці строкової служби.

Загальну структуру Служби безпеки України становить: Центральне управління Служби безпеки України; підпорядковані йому регіональні органи; органи військової контррозвідки; навчальні, наукові,

науково-дослідні та інші заклади, установи, організації і підприємства Служби безпеки України<sup>28</sup>.

Центральне управління Служби безпеки України відповідає за стан державної безпеки, координує і контролює діяльність інших органів Служби безпеки України. До його складу входять апарат Голови Служби безпеки України та функціональні підрозділи: контррозвідки, військової контррозвідки, контррозвідувального захисту інтересів держави у сфері інформаційної безпеки, захисту національної державності, боротьби з корупцією і організованою злочинною діяльністю, інформаційно-аналітичний, оперативно-технічний, оперативного документування, слідчий, зв'язку, по роботі з особовим складом, адміністративно-господарський, фінансовий, військово-медичний та інші згідно з організаційною структурою Служби безпеки України. (ст. 11). З метою ефективного виконання своїх завдань Службою безпеки України створюються її регіональні органи: обласні управління Служби безпеки України, їх міжрайонні, районні та міські підрозділи, розміщення і територіальна компетенція яких можуть не збігатися з адміністративно-територіальним поділом України (ст. 11)<sup>29</sup>.

Контроль за діяльністю Служби безпеки України здійснюється Президентом України та уповноваженими ним державними органами (ст. 32). Організаційна структура Служби безпеки України визначається Президентом України. Служба безпеки України регулярно в порядку, визначеному Президентом України, інформує Президента України, членів Ради національної безпеки України і посадових осіб, спеціально призначених Президентом України, з основних питань своєї діяльності, про випадки порушення законодавства, а також на їхню вимогу подає інші необхідні відомості. Голова Служби безпеки України щорічно подає Президенту України письмовий звіт про діяльність Служби безпеки України.

## Висновки

Сектор безпеки є окремим видом соціальних систем. Управлінські відносини в секторі безпеки слід розуміти як відносини, які виникають у процесі здійснення управлінських функцій у секторі безпеки на основі загальних принципів управління. Управлінські відносини в секторі безпеки виникають у відносинах серед людей/громадян, різних соціальних колективів, організацій щодо забезпечення належного рівня безпеки особи, суспільства та держави.

Сектор безпеки (в широкому розумінні) – це система уповноважених державних органів, органів

<sup>24</sup> Хан С.М. Управленческие отношения социализма. Москва : Мысль, 1982. С. 68.

<sup>25</sup> Дерещ В. Зміст управлінських відносин у системі органів виконавчої влади України. *Юридична Україна*. 2005. № 11. С. 20.

<sup>26</sup> Бандурка О.М. Теорія і практика управління органами Внутрішніх Справ. Харків : Видавництво Національного Університету Внутрішніх Справ, 2004. С. 39–40.

<sup>27</sup> Про Службу безпеки України : Закон України від 25.03.1992 р. № 2229-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 27. Ст. 382.

<sup>28</sup> Про загальну структуру і чисельність Служби безпеки України : Закон України від 20.10.2005 р. № 3014-ІV. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 4. Ст. 53.

<sup>29</sup> Про Службу безпеки України : Закон України від 25.03.1992 р. № 2229-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 27. Ст. 382.

державної влади і місцевого самоврядування та громадських організацій, що складається з власних елементів – структурних підрозділів (підсистем), які у взаємозв'язку зобов'язані забезпечити належний рівень безпеки особи, суспільства та держави. До ознак системи управління сектором безпеки слід віднести: 1) цілісність; 2) залежність; 3) чітко виражений управлінський вплив; 4) взаємозалежність і взаємодію елементів системи; 5) ієрархічність; 6) множинність; 7) зумовленість поведінки з урахуванням властивостей її структури.

Управлінські відносини в секторі безпеки є різновидом суспільних відносин, і нормальна діяльність суспільства, безпека особи та держави безпосередньо пов'язана з їхньою ефективністю.

Беззаперечно, ефективна система управління в секторі безпеки неможлива без удосконалення правового регулювання управлінських відносин. Пошук шляхів оптимізації взаємозв'язків і взаємодій між суб'єктами сектору безпеки будуть гарантувати забезпечення належного рівня безпеки особи, суспільства та держави.

## The quality of the law as a determining component of the rule of law

**Guyvan Petro**

*Candidate of Law Sciences, Honored Lawyer of Ukraine,  
Professor at the Poltava Institute of Business, Ukraine*

The article examines the legal legality of law and enforcement as an integral element of the rule of law. It is emphasized that the main requirements for a rule of law are its clarity, consistency, accessibility and future orientation, which ensures the stability of legal regulation. The essence of such fundamental category as legal certainty of the legal system is analyzed. It has been established that it is about ensuring the stability of legal regulation, guaranteeing the certainty and continuity of legal relations, and therefore – establishing a regime of legal security for the individual, society and the state.

The paper argues that the principle of legal certainty guarantees the proper quality of the law. The content of the concept of legal definition “in accordance with the law” used by the European Court of Human Rights in its human rights practice has been clarified. It has been established that the phrase “in accordance with the law” under the requirements of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms should provide that the measure under consideration has a specific basis in national law. But it also provides for a certain quality of such law, requiring it to be accessible to the person concerned and also foreseeing the consequences of its application to it and the law not to be contrary to the fundamental rule of law. Therefore, decisive importance in the sense of guaranteeing the certainty of a rule of law is given not to its literal content, but to the qualitative characteristics of legal provisions. This approach will ensure the introduction of fundamental values in the country, such as humanism, democracy, freedom, justice, etc. It is in this sense that the concept of “legal law” is entitled to exist. The analysis of doctrinal concepts on the morality of the legal system, its focus on providing ideas of freedom, humanity and justice. The legal analysis of the position of scientists regarding the expediency and effectiveness of the positivist approach in establishing the legal system is defined. The scientific thesis of a departure from the domination of the positivist approach in law-making, for which law is equated with law, is supported. Suggestions are made to ensure the necessary balance between positive and moral law.

### Introduction

The legislation of the European Union, international treaties to which Ukraine is a member, are guided by fundamental principles when they are applied, which concentratedly express the important essential features and values inherent in the legal system, determine the specific content and general conceptual orientation of the legal regulation of public relations within the framework of the European Union integration association Union. These principles are diverse in their origin (material sources), in the order of their consolidation (formal sources), in terms of content and in their functional significance, and are the principles of law<sup>1</sup>. The main principle that has now become the popular throughout the world is the rule of law.

In turn, the rule of law as a fundamental principle is realized through the manifestation of its constituent elements. Through them, its content is disclosed in international legal documents, in particular in Resolution No. 1594 of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe “The Rule of Law Principle” (2007), Decision of the Helsinki Council of Ministers No. 7108 “Further Strengthening the Rule of Law in the OSCE Area”, Assistance Committee development of the Organization for Economic Cooperation and Development “Equal access to justice and the rule of law”, as well as in

the Report on the rule of law of the Venice Commission<sup>2</sup>. One of the defining elements of the rule of law, which largely personalizes its effectiveness and legal purpose, is considered legal certainty. In science, in particular, it is indicated that legal certainty as a component of the rule of law implies that public authorities should be limited in their actions by pre-established and announced rules that make it possible to predict with great accuracy the measures that will be applied by authorities in another situation. With this in mind, an individual can confidently plan their actions<sup>3</sup>. Legal certainty as a fundamental intersectoral principle in the form of an element of a more general idea – the rule of law is the desired result of legal regulation, to which the rule of law and civil society strive.

The essence of such a fundamental category as the legal certainty of the legal system is to ensure the stability of legal regulation, ensure confidence and stability of legal relations, and therefore – establish a legal security regime for a person, society and the state. Under such circumstances, the harmonious development and functioning of the rule of law and civil society, that is, the main driving factors of the rule of law, is clearly achieved. The certainty of the legal system is achieved through the penetration of its values recognized by the world, the embodiment of which in a democratic society is the Constitution. They provide the

<sup>1</sup> Kolesnichenko V.V. Principles of European Union Law: A General Theoretical Study: abstract : diss. ... for the sciences. degree of Cand. lawyer. Sciences : 12.00.01. Odessa, 2010. P. 16.

<sup>2</sup> Kozyubra M.I. Rule of Law and Ukraine. *Право України*. 2012. № 1–2. P. 32.

<sup>3</sup> Hayek F.A. The Road to Slavery. Moscow, 2005. P. 90.



end-to-end unity of the legal system, allow to “minimize” the subjective influence of the relevant bodies and officials on the process of creation and application of certain insufficiently defined regulatory provisions<sup>4</sup>.

In Ukraine, the work of such scholars as S. Golovaty, N. Kozyubra, R. Kuybida, S. Pogrebnyak, A. Priymak, A. Tolochko and others is devoted to the study of the certainty of the legal system and individual manifestations of this legal category. These scientists analyzed in detail the correlation of such basic phenomena as the rule of law and legal certainty, provided a doctrinal vision of their content and forms of manifestations. At the same time, the issues of the relationship between the certainty of a rule of law and its quality, and, consequently, the influence of moral principles on the legal certainty of the processes of lawmaking and law enforcement, are still not well understood. This work is aimed at clarifying the indicated aspects of the studied problems.

### Presenting main material

Being one of the main elements of the rule of law principle enshrined in a number of international agreements, legal certainty is called upon to form the foundations of the modern constitutional system of all states. It has been pointed out in the literature that the rule of law as certainty is characterized by at least three constituent principles that belong to the so-called procedural natural law: “the law is directed toward the future”; “The law is understandable”; “The law is general”. They have the meaning that provides a set of material norms that are internal in relation to the law<sup>5</sup>. Other scholars elaborate on the above classification of the legal certainty of the legal system, but they necessarily note that the principle of legal certainty implies the possibility of proper expectation and clarification of the content of legal consequences for the effective realization by a person of his rights. At the same time, in the temporal dimension, in addition to the direction of the law for the future, it is indicated that it is necessary to apply it only after its publication, and it also requires the legislator to predict the normative policy in the social sphere, which means the inadmissibility of making unexpected changes to the law. Therefore, the principle of legal certainty should ensure the achievement of stability of legal norms, which should be understood as the absence of frequent amendments to regulatory legal acts, since otherwise public relations will not have time to adapt to new regulatory conditions<sup>6</sup>. Based on these postulates, the principle of legal certainty is usually

considered as a set of requirements for the organization and functioning of the legal system in order to ensure a stable legal status of an individual by improving the processes of lawmaking and law enforcement<sup>7</sup>.

The requirements of legal certainty quite often occur in the adoption and reasoning of their decisions by the European Court of Human Rights. Because this principle is cross-sectoral in nature. The court uses this approach as a basis for verdicts in violation of various articles of the Convention. At the same time, important attention is paid to the certainty of definitions, such as “in accordance with the law”. For example, in the *Kruslen v. France* case, the Court concludes that the phrase “by law”, in the context of Article 8 § 2 of the Convention, requires, first of all, that the event under consideration should have certain grounds in national law; it also provides for a certain quality of such a law, requiring that it be available to a given person and it can also foresee the consequences of its application to it. In other words, so that the law does not contradict the rule of law. Interpreting the content of the Convention, the ECHR indicates that it is not limited only to a reference to domestic law, but also speaks about the quality of the law, which must comply with the rule of law. This provision provides that in domestic law there must be restrictive measures against arbitrary interference by the authorities in the exercise by citizens of their rights. The wording of the laws should be sufficiently clear and understandable to provide citizens with the necessary information regarding the circumstances and conditions under which public authority is empowered to secretly and potentially dangerous intervene in the exercise by an individual of his rights to respect for private life and correspondence<sup>8</sup>.

So, as we see, the decisive importance in the sense of ensuring the certainty of a rule of law is provided not to its literal content, but to the qualitative characteristics of legal requirements. After all, the content of law can be distorted in the process of lawmaking. Therefore, the thesis of denying the idea of identifying law and law is important. Since only the lawful in positive law is lawful and lawful. Law is a specific form of expression of law<sup>9</sup>. Therefore, the laws governing the mechanisms of organization and functioning of state bodies that establish legal instruments and mediate material relations should be harmoniously combined with other laws. This approach will ensure the introduction of fundamental values in the state, such as humanism, democracy, freedom, justice and the like. It is in this sense that the concept of “legal law” has a right to exist<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> Kozyubra M.I. Rule of Law and Ukraine. *Право України*. 2012. № 1–2. P. 46.

<sup>5</sup> Holovaty S. Rule of law. Friend's book. From Doctrine to the Principle. Kyiv, 2006. P. 759.

<sup>6</sup> Shevchuk S.V. Judicial lawmaking: world experience and prospects in Ukraine. Kyiv, 2007. P. 322–323.

<sup>7</sup> Priymak A.M. The principle of legal certainty: concepts and individual aspects. Scientific notes of Nat. University of Kyiv-Mohyla Academy, 2010. Volume 103. Law. P. 54.

<sup>8</sup> ECHR decision of 24 April 1990 in the case of *Kruslin v France*, application no. 11801/85. URL: <http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=432.Par.27,30>

<sup>9</sup> Kormich A.I. History of the doctrines on the state and law: textbook. Manual. 3rd ed., Rework. and extra. Kyiv : Анепра, 2012. P. 135.

<sup>10</sup> Nersesyants V.S. Legal and Law. From the history of legal doctrines. Moscow, 1983. P. 342–343.

Meanwhile, in practice and to a certain extent in legal science, it is believed that when a decision is illegal and not justified, it is unfair. Therefore, in this way the identification of the content and quality of a legal norm occurs. According to this concept, the law's fairness is determined by the appropriateness and reasonableness of its wording, so if there are clearly defined requirements for the content of the proper conduct of the persons concerned, in general, this is not about the unfairness of the law or other defects of its quality. But only a contradictory or biased legal act can be unjust. In fact, this is far from the case. As pointed out in the scientific literature, bias and justice are fundamentally incompatible concepts. The rule of law can be applied in its exact meaning only until it leads to results that degrade the sense of justice. In general, a fair norm in this case can lead to the most unfair consequences. An example is the case of abuse of power by members of the judiciary, who, neglecting anti-corruption legislation, make biased decisions, guided by their own interests, and not by law<sup>11</sup>.

The European Court of Human Rights is trying to determine a certain boundary between the content and quality of the law in its case-law decisions. For example, in the case of "Alexander Volkov v. Ukraine," a violation of the principle of legal certainty was found due to the lack of legislation in Ukraine on the statute of limitations for holding a judge liable for violation of the oath. This violation, the Court to a large extent stipulated non-compliance with the requirements of the quality of the law when checking the justification of the interference with the rights guaranteed by Article 8 of the Convention. In this case, with regard to the requirements of the "quality of the law", the ECHR noted that in the context of disciplinary law there should be a reasonable approach to assessing the clarity of legislative acts, since the general statement of *actus reus* of such offenses is a matter of objective necessity. Otherwise, the legislative act will not comprehensively cover issues and will require constant review and amendment in order to meet new circumstances arising in practice<sup>12</sup>.

At the same time, analyzing the compliance with the requirements of the "quality of the law" as a manifestation of its certainty, the ECHR noted that the existence of a specific and consistent practice of interpreting the relevant provision of the law is a factor that led to the conclusion that this provision was predictable (*Goodwin v. United Kingdom* decision)<sup>13</sup>. Although this conclusion was made in the context of the common law system, the interpretation provided

by the judiciary cannot be underestimated in the systems of continental law, while ensuring the predictability of legislative provisions. It is the authorities, including the judiciary, that must consistently explain the exact meaning of the general provisions of the law and dispel any doubts regarding its interpretation (decision in the case of *Gorzelik and Others v. Poland*)<sup>14</sup>. Consequently, the Court has indicated that the necessary procedural guarantees must necessarily be in place to prevent the arbitrary application of the relevant substantive legislation. In particular, the national legislation of Ukraine did not provide for any time limits for initiating and conducting proceedings against a judge for "violation of the oath". The absence of any statute of limitations gave the disciplinary authorities complete freedom of action and violated the principle of legal certainty<sup>15</sup>.

The relationship of positive law and the quality of law in foreign and national doctrinal studies has attracted quite a lot of attention of scientists. So, Lon Fuller in his work "Moral of Law" expressed serious doubts about the expediency and effectiveness of the positivist approach in establishing the certainty of the legal system. Carrying out the analysis of two well-established types of morality - "morality of aspirations" and "morality of duty", the author notes that only "morality of duty" as a more universal type of morality can serve as the basis for law. The scientist substantiated his findings by the presence of significant problems in at least eight directions (eight direct paths to trouble) when trying to create and maintain a system of legal norms in a classic positivistic form. Such an attempt may fail, firstly, when it is not possible to create general action rules. Secondly, a negative result may occur if the requirements for the promulgation of laws are not necessarily observed (promulgation of the rules, or providing access to them for those who are required to comply with them). Decision makers, especially administrative justice bodies, often hold the view that although the rules they apply in conflicts should be published, this requirement does not apply to the norms and customs that govern their internal procedures. However, every experienced lawyer knows that in order to predict the outcome of a lawsuit, it is often important to know not only the official rules by which it is regulated, but also the internal procedures through which these rules are actually applied. Thirdly, the general problem is related to the application of legislation in the opposite direction in time. If you take a law with retroactive effect in itself, abstracting from its possible function in a particular legal system, then this is really something ugly. Law exists to regulate human behavior through rules. Talking about

<sup>11</sup> Kostyuk N. The principle of justice in law enforcement. *Foreign Trade: Economics, Finance, Law*. 2016. № 6. P. 5.

<sup>12</sup> ECtHR judgment of 9 January 2013 in the case of *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, app. no. 21722/11. URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974\\_947.Par.178](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_947.Par.178)

<sup>13</sup> ECtHR judgment of 20 May 1994 in *Goodwin v. The United Kingdom*, Application No. 17488/90. URL: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980\\_065.Par.33](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_065.Par.33)

<sup>14</sup> ECtHR judgment of 17 February 2004 in *Gorzelik and Others v. Poland*, App. No. 44158/98. URL: [http://www.menschenrechte.ac.at/orig/04\\_1/Gorzelik\\_PL.pdf.Par.65](http://www.menschenrechte.ac.at/orig/04_1/Gorzelik_PL.pdf.Par.65)

<sup>15</sup> ECtHR judgment of 9 January 2013 in the case of *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, app. no. 21722/11. URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974\\_947.Par.178](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_947.Par.178)

regulating or controlling behavior today with rules that will be adopted tomorrow is sheer madness. To ask how to evaluate some imaginary legal system consisting only of laws with retroactive force is the same as asking what level of atmospheric pressure is in a complete vacuum<sup>16</sup>.

The fourth problem for creating a classical system of law may be the clarity and comprehensibility of laws. Neglect of this topic by positivist authors is understandable enough. Recognizing that laws may have varying degrees of clarity would entail yet another recognition: that laws may have varying degrees of effectiveness, an obscure piece of legislation is actually less a law than a clear one. But that would mean agreeing with a statement that contradicts the basic principles of positivism. Obviously, confusing and inconsistent legislation can make law unattainable for anyone, or at least unattainable without unauthorized changes, which just weakens the rule of law. Water from an infected source can sometimes be cleaned, but only at the price that it will become slightly different than it was. Staying at the top of the power system does not exempt from the obligation to respect the requirements of the internal morality of the law – on the contrary, this strengthens its responsibility. Showy clarity can be more dangerous than honest, frank uncertainty. Another obstacle to the formulation of a certain positive law is the introduction of conflicting rules. It is obvious enough that the legislator must make a lot of efforts to avoid unintended contradictions in the laws. Less obvious are the difficulties associated with recognizing the existence of a contradiction or defining it using theoretical terminology. It also complicates positive lawmaking the adoption of regulations, the implementation of which requires the impossible. The principle that the law should not require the impossible from a citizen can be brought to a certain quixotic extreme when it requires the impossible from the legislator<sup>17</sup>.

The seventh warning in the commented process is the unreality of complying with the requirement that the rule of law be unchanged for a long time. This principle of the internal morality of law, which does not allow changing laws too often, seems to be the least suitable for giving it a form of constitutional restriction. He, according to the author, opposes the principle of non-retroactive use of acts. Therefore, both are the result of what may be called legislative inconstancy. Finally, the last problem is the need for officials to comply with the declared rules. This correspondence can be destroyed or weakened in a variety of ways: through false interpretation, inaccessibility of laws, inability to understand what is necessary to maintain the integrity of the legal system, bribery, bias, indifference, headlessness and craving for personal power. All these obstacles of actual content for the adoption of positive legislation lead to a discrepancy between the rules – in the form in which they are proclaimed, and their application. Failure to comply with any of these

eight areas, according to Fuller, not only gives “a bad system of law”, it “gives something that cannot be called a legal system at all”<sup>18</sup>, because in practice the principle of marginal utility plays an increasingly important role in our decisions when we abandon the moral of duty and ascend to high levels of moral aspiration<sup>19</sup>.

Given the above, current trends in the development of legal systems in the civilized world are aimed at avoiding the dominance of the positivist approach in lawmaking, in which law is identified with the law. The direction of the activity of the authorities in this sense is aimed at taking into account the interests of a particular person and real ensuring public aspirations. The concept of law is no longer reduced to a set of legal norms expressing the will of the state and provided by its compulsory sanctions, but is determined through superpositive social regulators – justice, moral standards, customs, traditions, principles of law, which are categories of natural law. If the law is inconsistent with the content of such an understanding of law, it is recognized as unlawful, illegitimate, and its effect is excluded. The mechanism for preventing the operation of a non-legal law is based on the rule of law. In the event of a conflict between natural law and law, one must proceed from the priority of the first. As a result of such transformations, another dimension of law is formed, called legitimacy<sup>20</sup>.

The pursuit of legal certainty is the natural goal of any legal system. But is it always and everywhere possible to clearly regulate the social behavior of individuals? As we have seen, exploring the subject of this work, this can not be achieved always if only using the tools of positivistic law-making. The most carefully indicated problems were studied in the works of the German scientist Gustav Radbruch. Positive law, which diverges from justice (that is, with the substantial element of the “idea of law”), is not a valid right, therefore, according to Radbruch, obedience must be denied. If laws deliberately deny the will to justice, for example, unreasonably refuse to guarantee human rights, such laws have no effect, people are not obliged to obey them, and lawyers also need to find the courage to deny their legal nature<sup>21</sup>. Radbruch's interpretation of law is reduced to the axiological construction of the neo-Kantian type, according to which law can only be understood on the basis of its a priori idea, which defines its goals. In turn, the “idea of law” consists of three basic values: justice, expediency and legal stability, the study of which is the goal of the “philosophy of law”, in contrast to the “theory of law”, which performs

<sup>18</sup> Fuller L. *The Morality of Law*. Yale University Press, 1969. P. 80–81, 90.

<sup>19</sup> Fuller L. *The Morality of Law*. Yale University Press, 1969. P. 48.

<sup>20</sup> Guralenko N.A. *Judicial precedent in the system of sources of law: philosophical and legal aspect* : diss. ... Cand. lawyer. Sciences : 12.00.12. Lviv, 2009. P. 51.

<sup>21</sup> Radbruch G. *Rechtsphilosophie*. (Studienausgabe Herausgegeben von Ralf Dreier und Stanley L. Paulson, C. F. Muller/Heidelberg) / Translated from German Doct. legal sciences, prof. Yu.M. Yumashev. Moscow : International Relations, 2004. P. 36.

<sup>16</sup> Fuller L. *The Morality of Law*. Yale University Press, 1969 P. 51–52, 56.

<sup>17</sup> Fuller L. *The Morality of Law*. Yale University Press, 1969. P. 65–66, 68, 72.

practical tasks on the interpretation and systematization of existing law. According to the position of G. Radbruch, the “Philosophy of Law” is characterized by an axiomatic approach and relativism, which the scientist declared a prerequisite for evaluating not only the “idea of law”, but also all political and legal institutions<sup>22</sup>.

Radbruch, analyzing the relationship between legal law and moral law, introduced such definitions that define the essence of the legal system as “lawful law” and “law of law”. At the same time, he pointed out that it is impossible to distinguish between cases of “legislative wrong” and a law that acts contrary to its unfair content. But, by the way, one can clearly distinguish the following situation: when one does not even strive for justice, when the equality, which forms its basis, is deliberately denied in the legislative process, then the law is not only an “unjust right”, but, moreover, it is illegal in by its nature, for law, including positive one, cannot be defined otherwise than as the order and totality of laws designed in their essence to serve justice. Positivism, with its factual belief in the principle of “law is law” (*Dura lex sed lex*), makes lawyers defenseless against criminal laws and dictated by arbitrariness. Moreover, positivism is not able to independently substantiate the validity of the law. Positivism proceeds from the fact that the validity of the law is justified by its ability to force to enforce it. But this force makes it possible to justify, perhaps, a certain need to do something according to the prescription, but not obligatoriness, conscription. And even more so, of course, it cannot justify the validity of the law; rather, a value that is intrinsic to the law can serve this<sup>23</sup>.

However, understanding a certain idealism while completely rejecting the idea of positive lawmaking, the scientist notes that a positive law contains at least one value – the existence of a law is always better than its absence, since it at least creates legal certainty. But such certainty is not the only and not determining value that the law should realize. Along with legal certainty, there are two other values: appropriateness and fairness. In the hierarchy of these values, we must put the appropriateness of law with regard to the common good in last place. Law is not what is “good for the people”. But the people are useful, in the end, that which is right, creates certainty and strives for justice. The legal certainty inherent in any existing law by virtue of its positivity takes an intermediate position between expediency and justice. It provides, on the one hand, the common good (i.e. the state), and on the other, justice. The fact that the law must be sure that it cannot be interpreted and applied today and here like that, and tomorrow and elsewhere –

otherwise, is also a requirement of justice. The conflict between certainty and justice, between the contentious law in force and just, but not expressed in the form of law, law, is, in fact, a conflict between imaginary and real justice. This conflict was reflected in the Gospel, in which, on the one hand, the position is expressed: “obey the chief that has authority over you”, and on the other: “obey God more than a man”.

How can this conflict be resolved? To answer this question, the scientist developed the so-called Radbruch formula, it is largely used by European states in the process of national lawmaking and is widely used by judicial institutions (in particular, the Court of the European Union, the European Court of Human Rights) in the application and interpretation of the relevant rules of law. According to the main provisions of this formula, a positive law guaranteed by prescriptions and force takes precedence even when it is unjust and impractical in content. The only exception is situations, where the contradiction to the current law on justice reaches such an unbearable scale that the law as an “unfair right” must yield to justice<sup>24</sup>. Such an approach will ensure the effectiveness of the legal system, its focus on observance of universal principles of justice, humanism, freedom. At the same time, the stability of legal regulation will be maintained.

## Conclusions

From the foregoing, we can draw certain conclusions. Of course, legal certainty as an element of the rule of law should not only ensure the clarity and clarity of legal norms, invariable legal relations and the constancy of the status of their participants, the stability of the rule of law, the welfare of the state and society, but also guarantee the proper quality of the law. The latter should be achieved due to the focus of the system of law on social regulators – justice, moral standards, customs, traditions. Consequently, the requirements for the “quality of the law” are a manifestation of the principle of legal certainty. In practice, legal certainty according to these criteria without violating the balance between legal and moral law can be achieved by introducing the Radbruch formula in modern judicial practice in Ukraine. But, the problem is that the general awareness of the need to achieve the morality of the legal system in our state is at an embryonic level. Therefore, significant legislative work should be done to ensure that this principle is enshrined normatively, as well as to develop an appropriate generalized judicial practice. In this regard, national courts of both constitutional and general jurisdiction are of very great importance.

<sup>22</sup> Smutok M.V. Application of Radbruch's formula in modern jurisprudence. *Journal of the University of Law of Kiev*. 2013. № 3. P. 66.

<sup>23</sup> Radbruch G. Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches recht (Г. Радбрух Законне неправо та надзаконне право). Translated by V.S. Bigun from: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. *Radbruch Gustav. Gesamtausgabe. Hrsg. von Arthur Kaufmann*. Heidelberg : Müller, Juristischer Verlag. Band 3. Rechtsphilosophie. 3. Bearb. von Winfried Hassemer, 1990. P. 88–89.

<sup>24</sup> Radbruch G. Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches recht (Г. Радбрух Законне неправо та надзаконне право). Translated by V.S. Bigun from: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. *Radbruch Gustav. Gesamtausgabe. Hrsg. von Arthur Kaufmann*. Heidelberg : Müller, Juristischer Verlag. Band 3. Rechtsphilosophie. 3. Bearb. von Winfried Hassemer., 1990. P. 89.

**Limits of judicial discretion in sentencing***Davydovych Iryna**Candidate of Juridical Sciences,**Assistant Professor of Criminal Law and Criminology Department**Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine*

The article is dedicated to determining the essential attributes of a judicial discretion, as well as exploring the boundaries of a judge's discretion regarding the phase of sentencing. Proven that Montesquieu's approach, which is "a judge is only a mouth that repeats the language of law", cannot be accepted in the modern world. The author defines the judge's discretion as the established by law authority of the judge (court) in the law enforcement process to choose one of several variants of permitted conducts with the obligatory justification and incorporation of the results of such choice in the procedural document. The basic approaches to determining the limits of judicial discretion in sentencing under the criminal law of different states are examined. Established that criminal law in Ukraine has in recent years developed in the direction of narrowing the boundaries of judicial discretion in sentencing. Noted that the project of Criminal Code of Ukraine, which is currently being developed by the Legal Reform Commission, embodies the concept of strict regulation of the sentencing actions by judge. Argued that the too narrow limits of judicial discretion contradict to the principles of justice and individualization of punishment, and do not allow to take fully into account the factual circumstances that characterize the perpetrator; the too wide judicial discretion borders on judicial arbitrariness. The author believes that the purpose of eliminating or minimizing judicial arbitrariness should not be achieved at the expense of too much restriction on judicial discretion. Such a goal can be achieved by educating future judges in a spirit of respect for universally recognized principles of law, by establishing open and democratic procedures for election of judges, by ensuring the irreversible responsibility of judges who violate the law, and the like.

**Межі суддівського розсуду під час призначення покарання***Давидович Ірина Ігорівна**кандидат юридичних наук,**доцент кафедри кримінального права та кримінології**Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Україна***Вступ**

Протягом останніх років, на фоні зростання тотальної недовіри українського суспільства до роботи системи правосуддя у правничих колах загострилась дискусія навколо визначення меж суддівського розсуду. При цьому в роботах вітчизняних криміналістів окремі аспекти суддівського розсуду розглядаються переважною мірою як складник досліджень, присвячених питанням диференціації кримінальної відповідальності та призначення покарання (див. роботи Р. Бабанли, Л.В. Багрія-Шахматова, М.І. Бажанова, О.П. Гороха, Т.І. Іванюк, А.С. Макаренко, Г.Р. Мартинишин, А.А. Музики, В.В. Полтавець, Є.Ю. Полянського, Ю.А. Пономаренка, А.Р. Савченка, Т.В. Сахарук, В.І. Тютюгіна, М.І. Хавронюка та ін.) Спеціальних досліджень, присвячених розумінню суддівського розсуду як такого, визначенню його суттєвих ознак, відмежуванню від інших феноменів, таких як суддівська правотворчість, суддівське свавілля тощо, в Україні небагато; відзначимо праці В.С. Канціра, М.І. Бойчук, А. Бондюка, П.В. Куфтарєва, В.В. Польщикова та ін. «Суддівський розсуд», «судовий розсуд», «судовий угляд», «судова дискреція», «суддівське

переконання» – формулювання, які використовуються українськими правниками для позначення одного і того ж самого явища. Що вкладається у зміст цих формулювань?

**Метою статті** є визначення суттєвих ознак суддівського розсуду загалом, а також дослідження меж суддівського розсуду щодо етапу призначення покарання.

**Виклад основного матеріалу**

Видатний юрист, колишній голова Верховного Суду Ізраїлю Аарон Барок визначає суддівський розсуд як «можливість, надану особі, уповноваженій владою, вибирати поміж двома або більше альтернативами, коли кожна з альтернатив законна»<sup>1</sup>. Спираючись на таке розуміння, А. Барок робить ряд висновків, серед яких такі: розсуд передбачає можливість вибору із декількох законних альтернатив, тому у випадках наявності лише одного законного варіанту суддя зобов'язаний вибрати цей варіант, і свободи вибору немає; про розсуд не може йтися, якщо наявний вибір між законним і незаконним варі-

<sup>1</sup> Барак А. Судейское усмотрение : пер. с англ. Москва : Норма, 1999. С. 13.

антом, за таких обставин суддя зобов'язаний вибрати законний акт; суддівський розсуд ніколи не абсолютний. Російські науковці О.І. Рарог та Ю.В. Грачова називають такі ознаки суддівського розсуду: 1) правозастосовувачу надається відносна свобода вибору під час прийняття рішення, пов'язаного із застосуванням відповідної норми до конкретної життєвої ситуації; 2) право вибору під час прийняття правозастосовувачем рішення в межах, визначених законом; 3) всі рішення, з яких правозастосовувач може вибрати будь-яке, в рівній мірі є законними і обґрунтованими; 4) обов'язкове врахування конкретних обставин вчиненого суспільно небезпечного діяння під час здійснення вибору одного з можливих рішень. З урахуванням зазначеного пропонується таке визначення: «Суддівський розсуд у кримінальному праві – це такий, що здійснюється в процесуальній формі, специфічний аспект правозастосовчої діяльності, який передбачає надання суду у випадках, визначених кримінально-правовими нормами, повноважень вибрати рішення в межах, встановлених законом, відповідно до волі законодавця, ґрунтуючись на принципах права, конкретних обставин вчинення справи, а також засад моралі»<sup>2</sup>. Вище відзначалось, що спеціальних досліджень, присвячених феномену суддівського розсуду в Україні, не так багато. Одним із перших стала кандидатська дисертація В.С. Канціра «Проблеми судового угляду при застосуванні законодавства України» (1998). На думку В.С. Канціра, суддівський розсуд – це дозволена кримінальним та кримінально-процесуальним законом інтелектуальна діяльність суду, змістом якої є проведення оцінки кримінально-правових (й інших) явищ та здійснення вибору одного (з декількох допустимих межами відносно-визначеної за змістом кримінально-правової та кримінально-процесуальної норми) варіанту правозастосовчого рішення для забезпечення законності.<sup>3</sup> Автор наголошує, що єдиною основою для створення індивідуально-конкретних правил поведінки є юридичні норми, які чітко визначають межі творчості правозастосовувача. Вихід за межі нормативних вимог призводить до підміни права свавільним розсудом правозастосовувача<sup>4</sup>.

У 2009 р. в Інституті законодавства Верховної Ради України П.В. Куфтиревим була захищена кандидатська дисертація на тему: «Суддівський розсуд у теорії права». У цій роботі П.В. Куфтирев визначає суддівський (судовий) розсуд (дискрецію) як вихідний принцип здійснення правосуддя, що полягає в гарантуванні суб'єктові правозастосування (судді) правомочностей щодо обрання найбільш оптималь-

ного варіанту вирішення правового питання, відповідно до нормативно визначених меж, вихідних засад та цілей права, конкретних обставин справи<sup>5</sup>. Визначення поняття суддівського розсуду є одним із положень, які представляють наукову новизну в дисертаційному дослідженні А.С. Макаренка. На думку авторки, суддівський розсуд у кримінальному праві – це правозастосовча інтелектуально-вольова діяльність судді, яка є передбаченою кримінальним законом мірою свободи вибору одного з варіантів рішення по кримінальній справі<sup>6</sup>. А. Бондюк визначає суддівський розсуд слідчого судді як ментальну форму реалізації процесуальних повноважень у кримінальному провадженні, що обмежується вказівкою припису процесуальної норми закону або умовою її відсутності, результатом якої є винесення правомірного, оптимально ефективного рішення, в основу якого покладено обґрунтовані підстави з урахуванням основних засад кримінального судочинства, мети досудового розслідування та положень про захист основоположних прав, свобод та інтересів людини<sup>7</sup>.

Не важко помітити, що тією ознакою, яка характерна для всіх наведених вище визначень суддівського розсуду, є та, що суддя, приймаючи рішення «на власний розсуд», має обумовлену законом можливість вибрати один варіант із декількох допустимих. З такою характеристикою суддівського розсуду, беззаперечно, треба погодитись. Сумнівним або принаймні спірним видається підхід А. Бондюка, за якого суддівський розсуд можливий у випадках відсутності правової норми. На нашу думку, заповнення так званої правової лакуни рішенням суду є проявом судової правотворчості, а не реалізацією повноважень у межах судової дискреції. Даючи визначення суддівського розсуду, вважаємо за доцільне закріпити й таку його ознаку, як необхідність обов'язкового обґрунтування суддею власного вибору (вмотивованість) у процесуальному документі. З огляду на вказане ми розглядаємо суддівський розсуд як встановлене законом повноваження судді (суду) в процесі правозастосування вибрати один варіант поведінки із декількох дозволених з обов'язковим обґрунтуванням і закріпленням результатів такого вибору в процесуальному документі.

Важливим аспектом проблеми суддівського розсуду взагалі й суддівського розсуду під час призначення покарання зокрема є питання про його межі. Цілком підтримуємо вищенаведену позицію А. Барока про те, що суддівський розсуд не є абсолютним, він може бути лише відносним.

<sup>2</sup> Рарог А.И. Грачева Ю.В. Судейское усмотрение в уголовном праве. Москва : Проспект, 2014. С. 98.

<sup>3</sup> Канцір В.С. Проблеми судового угляду при застосуванні кримінального законодавства України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Львів, 1998. С. 10.

<sup>4</sup> Там само. С. 11.

<sup>5</sup> Куфтирев П.В. Суддівський розсуд у теорії права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2009. С. 15.

<sup>6</sup> Макаренко А.С. Суддівський розсуд при призначенні покарання в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Одеса, 2012. С. 15.

<sup>7</sup> Бондюк А. Аналіз наукових підходів до визначення поняття «судовий розсуд». URL: <http://science.lpnu.ua/sites/default/files/journal-paper/2018/jun/13070/422-426.pdf>

У кримінальному законодавстві різних держав наразі прослідковуються три основні підходи щодо визначення меж суддівського розсуду в питаннях призначення покарання. В одних країнах межі такого розсуду є досить широкими. Це означає, що, обираючи міру покарання підсудному, суддя керується лише найбільш загальними вказівками закону. Подібний підхід, зокрема, характерний для кримінального законодавства мусульманських країн. Для інших країн, навпаки, характерним є значне обмеження суддівського розсуду в питаннях призначення покарання. Наочним прикладом можуть слугувати США, в яких після реформування системи призначення покарання (розпочалась 12 жовтня 1984 р.) діє документ, відомий як «Федеральні керівництва з призначення покарання». У цьому документі передбачено поділ злочинів на ступені, а осіб, що їх вчинили, – на групи. Ступінь злочину визначається залежно від об'єкту посягання і формалізованої (визначеної в балах) оцінки кваліфікуючих ознак. Обставини, що пом'якшують та обтяжують діяння, а також характеризують особу злочинця, також підлягають формалізованому врахуванню. Суддя встановлює ступінь злочину і категорію злочинця, після чого, використовуючи спеціальні таблиці, визначає мінімальний і максимальний строк покарання у виді позбавлення волі в місяцях. Також існують таблиці відповідності між строками позбавлення волі та іншим покараннями<sup>8</sup>. Для більшості країн романо-германської правової сім'ї межі суддівського розсуду щодо етапу призначення покарання, з одного боку, не є надто широкими, як у мусульманських країнах, з іншого – не настільки вузькі, як у США. Обмеження суддівського розсуду під час визначення міри покарання в таких країнах, як Австрія, Іспанія, Італія, Франція тощо, пов'язане як з конструкціями санкцій, так і з тим, що у кримінальному законодавстві відповідних держав установлені спеціальні правила призначення покарання.

Для визначення меж суддівського розсуду в Україні пропонуємо проаналізувати нормативні положення вітчизняного Кримінального кодексу (далі – КК), якими врегульовано різні аспекти призначення покарання як специфічного етапу застосування кримінально-правових норм. Правові орієнтири призначення покарання передбачені в багатьох розділах Загальної частини КК і практично у всіх статтях Особливої частини КК, зокрема тих, які передбачають ознаки складів злочинів певних видів (різновидів) та встановлюють покарання за їх вчинення. Нормативні орієнтири щодо призначення покарання становлять: 1) санкції статей Особливої частини КК (в окремих випадках – з урахуванням можливої ультраактивної дії кримінального закону – санкції статей у «старій» редакції або навіть санкції статей

«старого» закону); 2) положення розділу XI Загальної частини КК (ст. ст. 65–72 КК); 3) положення більшості статей розділу X Загальної частини КК (ст. ст. 51–64 КК, при цьому положення ст. 51 КК використовуються під час зіставлення суворості покарань, а статті 52–64 КК визначають окремі різновиди призначення); 4) положення більшості статей XV Загальної частини КК (ст. ст. 98–103 КК, які визначають специфічні ознаки окремих видів покарань для неповнолітніх та встановлюють особливості їх призначення відповідній категорії осіб); 5) окремі положення інших розділів Загальної частини КК (наприклад, ч. 3 ст. 43 КК, ч. 4 ст. 49 КК тощо).

Одним із визначальних орієнтирів щодо призначення покарання традиційно вважаються положення ст. 65 КК «Загальні засади призначення покарання». За своєю юридичною природою загальні засади неоднорідні – окремі з них мають вигляд певних загальних правил призначення покарання з переважно фіксованим нормативним змістом (п. 1-2 ч. 1 ст. 65), деякі сформульовані у вигляді оціночних орієнтирів (п. 3 ч. ст. 65 КК, ч. 2 ст. 65), а інші мають форму так званих норм-застережень (ч. 3–5 ст. 65 КК). За своїм кримінально-правовим змістом та співвідношенням з іншими нормативними приписами загальні засади відіграють роль універсальних нормативних орієнтирів, які мають бути визначальними під час призначення покарання. Всі інші нормативні приписи мають ґрунтуватися на загальних засадах, а якщо в чомусь їм суперечити, то лише з відповідними застереженнями (у деяких наукових джерелах загальні засади розглядаються як принципи інституту призначення покарання, хоча саме існування принципів стосовно окремого інституту може бути поставлене під сумнів).

Вирішення питання про межі суддівського розсуду на етапі призначення покарання, з огляду на загальний зміст положень ст. 65 КК України, дозволяє зробити декілька попередніх висновків: по-перше, на відміну від кваліфікації злочинів, яка є уособленням нормативного типу правового регулювання, призначення покарання є проявом індивідуально-піднормативного типу правового регулювання, який передбачає прийняття конкретного рішення відповідним суб'єктом з максимальним урахуванням індивідуальних особливостей конкретної ситуації та особи, яка в ній перебуває (п. 3 ч. 1 ст. 65, ч. 2 ст. 65 КК); по-друге, суддівський розсуд під час призначення покарання є не абсолютним, а відносним – обмеженим принаймні загальним правилом про призначення покарання в межах санкції статті Особливої частини кримінального закону.

Межі суддівського розсуду під час призначення покарання звужуються й іншими положеннями кримінального закону, зокрема: обмеженням можливої призначення окремих видів покарання деяким категоріям засуджених (ст. ст. 53–64, 99–102 КК);

<sup>8</sup> Sentencing Law and Policy: Cases, Statutes, and Guidelines (Aspen Casebook) / Nora Demleitner et al. 2nd Edition. Wolters Kluwer Law & Business in New York, 950 P.

обмеженням покарання особі, яка вчинила злочин, виконуючи спецзавдання з попередження чи розкриття діяльності злочинних угруповань (ч. 3 ст. 43 КК); неможливістю призначення покарання у виді довічного позбавлення волі у випадках спливу строків давності притягнення до кримінальної відповідальності (ч. 4 ст. 49 КК); обмеженням караності незакінченого злочину (ст. 68 КК); звуженням можливостей призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, за корупційні злочини та за злочини, за які передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (ст. 69 КК); обмеженням покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання (ст. 69<sup>1</sup> КК); встановленням максимальної межі покарання, призначеного за сукупністю злочинів та сукупністю вироків (ст. ст. 70, 71 КК). Зауважимо також, що значна частина положень, які звужують межі суддівського розсуду, з'явилась у кримінальному законі протягом останнього часу. Наприклад, Законом України № 270-VI від 15.04.2008 р. ст. 68 КК було доповнено частинами 2 та 3, в яких встановлено обмеження караності готування до злочину і замаху на злочин. Цим же Законом кодекс було доповнено ст. 69<sup>1</sup>, яка передбачає зменшення покарання за наявності пом'якшуючих обставин. Законом України № 1492-VIII від 07.09.2016 р. ст. 68 КК було доповнено новою частиною, якою обмежено можливість призначення покарання у виді довічного позбавлення волі за незакінчений злочин. Зазначеними положеннями суддівський розсуд обмежується на користь винного; водночас кримінальний закон був доповнений також положеннями, які звужують межі суддівської дискреції не на користь особи, яка засуджується: наприклад, унаслідок внесення змін до ч. 1 ст. 69 КК Законом № 1698-VII від 14.10.2014 р., була суттєво обмежена можливість пом'якшувати покарання за корупційні злочини. З огляду на це можна зробити висновок, що звуження меж суддівського розсуду внаслідок внесення змін та доповнень до кримінального закону є загальною тенденцією, а не гуманізацією кримінальної відповідальності.

Варто відзначити, що переважна більшість вітчизняних науковців, які останнім часом досліджують питання призначення покарання, підтримують ідею встановлення на нормативному рівні додаткових формалізованих правил призначення покарання. Висловлені, зокрема, такі пропозиції: визначити на нормативному рівні критерії ступеню тяжкості вчиненого злочину, особи винного, особи потерпілого – А.С. Макаренко<sup>9</sup>; передбачити спеціальні правила призначення покарання за наявності пом'якшуючих та обтяжуючих обставин, у тому числі із встановленням для судді обов'язку зменшу-

вати або збільшувати покарання (А.С. Макаренко, Т.В. Сахарук, Т.І. Іванюк<sup>10</sup>); встановити спеціальні правила призначення покарання за ненавмисні злочини, вчинені вперше умисні злочини невеликої та середньої тяжкості, а також у разі вчинення рецидиву тяжкого або особливо тяжкого насильницького злочину або злочину, пов'язаного з організованою злочинною діяльністю у сфері незаконного обігу наркотичних речовин чи незаконної торгівлі зброєю (Є.О. Полянський<sup>11</sup>); збільшити регламентацію правил призначення покарання за наявності множинності злочинів (Г.Р. Мартинишин<sup>12</sup>); закріпити правила призначення покарання обмежено осудним (В.В. Полтавець<sup>13</sup>); обмежити покарання з урахуванням позиції потерпілого (А.С. Макаренко<sup>14</sup>) тощо. До того ж окремі правники пропонують запозичити досвід США у питаннях правового регулювання суддівської діяльності з призначення покарання. Наприклад, Р. Бабанли вважає за доцільне створити при Верховному Суді Комісію з питань призначення покарання, що включатиме фахівців у галузі права, представників різних юридичних професій, до завдань якої входить аналітичне забезпечення практики призначення покарань<sup>15</sup>. З урахуванням зазначеного можна говорити про те, що серед вітчизняних науковців наявна достатня кількість прихильників максимального обмеження суддівського розсуду в питаннях призначення покарання. На додаток, у проекті КК, який наразі розробляється Комісією з питань правової реформи, створеної на підставі указу Президента України № 584/2019, втілюється концепція жорсткого регулювання дій судді з призначення покарання.

На нашу думку, доцільність максимального обмеження суддівського розсуду взагалі та суддівського розсуду під час призначення покарання зокрема має бути принаймні піддана сумніву. Безперечно погоджувачись із необхідністю прибрати або хоча б мінімізувати суддівське свавілля, вважаємо, що такої мети можна досягнути іншими методами – вихован-

<sup>9</sup> Макаренко А.С. Суддівський розсуд при призначенні покарання в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Одеса, 2012. С. 15-16.

<sup>10</sup> Макаренко А.С. Суддівський розсуд при призначенні покарання в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Одеса, 2012. С. 16; Сахарук Т.В. Загальні засади призначення покарання за кримінальним правом України та зарубіжних країн: порівняльний аналіз: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2006. С. 16.; Іванюк Т.І. Обставини, які пом'якшують покарання, за кримінальним правом України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 2006. С. 5.

<sup>11</sup> Полянський Є.О. Призначення покарання за кримінальним правом США: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Одеса, 2007. С. 12.

<sup>12</sup> Мартинишин Г.Р. Призначення покарання за сукупністю вироків: кримінально-правове дослідження: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 2013. С. 15-16.

<sup>13</sup> Полтавець В.В. Загальні засади призначення покарання за кримінальним правом України: монографія. Луганськ: РВВЛІАВС, 2005. С. 237.

<sup>14</sup> Макаренко А.С. Суддівський розсуд при призначенні покарання в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Одеса, 2012. С. 16.

<sup>15</sup> Бабанли Р.Ш. Призначення покарання в Україні: теоретично-прикладні засади: монографія. Чернівці: Десна Поліграф, 2019. С. 375-389.



ням майбутніх суддів у дусі поваги до загальнови-  
знаних принципів права, встановленням відкритих  
і демократичних процедур відбору в судді, забезпе-  
ченням невідвортної відповідальності суддів, які  
порушують закон тощо. Надто вузькі межі суддів-  
ської дискреції суперечать принципам справедли-  
вості та індивідуалізації покарання, не дозволяють  
урахувати в повній мірі ті фактичні обставини, які  
характеризують особу винного. Існування значної  
кількості нормативних положень, які визначають  
межі суддівського розсуду, вже наразі створює ситу-  
ації, за яких суддя, обираючи міру покарання особі,  
котра вчинила кримінальне правопорушення, вияв-  
ляється позбавлений можливості вибору як виду,  
так і розміру покарання. Наприклад, обираючи міру  
покарання неповнолітньому, який вчинив злочин,  
передбачений ч. 3 ст. 262 КК, суддя через обмеження,  
встановлені п. 4 ч. 3 ст. 102 КК, зобов'язаний при-  
значити покарання у виді позбавлення волі на строк  
10 років (санкція ч. 3 ст. 262 КК встановлює, що таке  
посягання карається позбавленням волі на строк  
від 10 до 15 років; при цьому покарання неповно-  
літньому, який вчинив особливо тяжкий злочин, не  
поєднаний з позбавленням життя людини, признача-  
ється на строк не більше 10 років позбавлення волі).  
Також у разі застосування положень ч. 2, 3 ст. 68 або  
ст. 69<sup>1</sup> КК під час обчислення половини або двох тре-  
тин від максимального строку або розміру найбільш  
суворого виду покарання, передбаченого санкцією  
статті (частини статті) Особливої частини КК, мож-  
ливі такі варіанти: 1) одержаний таким чином пока-  
зник є більшим за мінімальну межу цього покарання;  
2) одержаний показник дорівнює його мінімальній  
межі; 3) одержаний показник є меншим за міні-  
мальну межу відповідного виду покарання. У дру-  
гому та третьому випадках суддя, призначаючи пока-  
рання, виявляється «зв'язаним» тим показником,  
який буде одержаний при визначенні половини або  
двох третин від максимального строку або розміру  
найбільш суворого виду покарання. Наприклад, оби-  
раючи міру покарання особі, яка вчинила готування  
до крадіжки з проникненням, суд зобов'язаний при-  
значити покарання у виді позбавлення волі на строк  
3 роки (санкція ч. 3 ст. 185 КК встановлює, що таке  
посягання карається позбавленням волі на строк від  
3 до 6 років; половина від максимальної межі відпо-  
відного покарання, обчислена відповідно до вимог  
ч. 2 ст. 68 КК, дорівнює 3 рокам; отже, покарання за  
готування до крадіжки з проникненням є абсолютно  
визначеним і становить 3 роки позбавлення волі).

Більш того, можливими є ситуації, за яких кон-  
кретна міра покарання не може бути призначена

в принципі, зокрема, коли санкцією закону, за яким  
засуджується винний, передбачено лише такі види  
покарань, які з огляду на вік підсудного, його стать,  
фізичний стан, займану посаду та інші обставини  
взагалі не можуть до нього застосовуватись. Уявімо,  
що жінка, яка має дитину віком до 14 років, засу-  
джується за ч. 1 ст. 365-2 КК: санкція відповідної  
норми передбачає покарання у виді обмеження  
волі на строк до трьох років з позбавленням права  
обіймати певні посади чи займатися певною діяль-  
ністю на строк до десяти років; основне покарання –  
обмеження волі – не може бути призначене в силу  
обмежень, установлених ч. 3 ст. 61 КК, а додат-  
кове покарання – позбавлення права обіймати  
певні посади чи займатися певною діяльністю – не  
може бути призначене без призначення основного.  
Подібна ситуація передбачена п. 18 постанови Пле-  
нуму Верховного Суду України 16.04.2004 р. № 5;  
запропоновано постановити обвинувальний вирок  
та звільнити особу від покарання. Відзначимо, що  
існування відповідного положення за наявності  
законодавчої прогалини (лакуни), очевидно, є пози-  
тивним явищем, хоча й воно залишає судді варіант  
дій «без вибору». Наведені кримінально-правові  
ситуації є доказом того, що межі суддівського роз-  
суду для етапу призначення покарання і так досить  
вузькі. Тому подальше реформування системи при-  
значення покарання, особливо якщо це буде відбу-  
ватися за зразком американської моделі, передбачає  
проведення фахової і відкритої дискусії в наукових  
колах, а також обговорення доцільності такого кроку  
із суспільством.

### Висновки

Кримінальне законодавство в Україні протягом  
останніх років розвивалося в напрямі звуження меж  
суддівського розсуду під час призначення покарання.  
Надто вузькі межі суддівської дискреції суперечать  
принципам справедливості та індивідуалізації  
покарання, не дозволяють урахувати в повній мірі  
ті фактичні обставини, які характеризують особу  
винного; надто широкий суддівський розсуд межує  
із суддівським свавіллям. Мета прибрати або міні-  
мізувати суддівське свавілля не повинна досягатись  
за рахунок надто великого обмеження суддівського  
розсуду. Така мета може бути досягнута вихованням  
майбутніх суддів у дусі поваги до загальнови-  
знаних принципів права, встановленням відкритих і демо-  
кратичних процедур відбору в судді, забезпеченням  
невідвортної відповідальності суддів, які порушу-  
ють закон тощо.

**Administrative services in Ukraine: concepts and signs****Zaichko Konstantyn**

*Postgraduate of the State Research Institute of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine,  
Head of the Research Department of the Research Laboratory for Special Technical Teas  
State Research Institute of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine, Ukraine*

The article, based on the analysis of the current legislation of Ukraine, discusses the definition of concepts and features of administrative services in the sphere of communication in Ukraine. It is emphasized that under the present conditions the development and functioning of the sphere of communication is considered as one of the priority directions of scientific and technological progress, as a factor of improving the standard of living of the population and ensuring the national security of the country. One of the most important means of public administration in the field of communications is to create an effective regulatory framework capable of ensuring law and order in that field. This, in particular, involves exploring the peculiarities of the provision of postal services in Ukraine. Considering that the sphere of communication should be under state legal protection, the issues of improvement of administrative services in this sphere are of particular importance.

It is concluded that the administrative service in the sphere of communication is an organizational-administrative, public-service activity, carried out by an official of a public administration entity in the form of procedures for issuing permits, and aimed at the realization of rights, freedoms and legitimate interests of physical and legal entities for information security. It is stated that the administrative services in the sphere of communication, provided by public administration bodies, have the following features: a) their object is the actions of natural or legal persons, which may cause damage to information relations; b) they are granted by certain entities – bodies of public administration, the powers of which are defined by the current legislation; c) the activities related to the provision of these services are purposeful, since the purpose of their implementation is the realization of state information security; d) the activity of providing administrative services is organizational and administrative in nature; e) administrative service activities are public but not authoritative; g) are implemented in the form of procedures for issuing permits. The following reasons of classification of administrative services in the sphere of communication are highlighted: 1) orientation of threats to national interests, security of persons, society and the state in the information sphere; 2) the level of establishment of powers for the provision of administrative services in the field of communications and the legal regulation of the procedure for their provision; 3) forms of implementation; 4) the content of the issues addressed by the persons to the public administration bodies; 5) payment; 6) the form of the issued permit document.

**Адміністративні послуги у сфері зв'язку в Україні: поняття та ознаки****Заїчко Костянтин Вікторович**

*здобувач Державного науково-дослідного інституту Міністерства внутрішніх справ України,  
начальник науково-дослідного відділу науково-дослідної лабораторії спеціальних технічних засобів  
Державного науково-дослідного інституту Міністерства внутрішніх справ України, Україна*

**Вступ**

У сучасних умовах розвиток та функціонування сфери зв'язку розглядається як один із пріоритетних напрямів науково-технічного прогресу, як фактор підвищення життєвого рівня населення та забезпечення національної безпеки країни. Одним із найважливіших засобів публічного адміністрування у сфері зв'язку є створення ефективної нормативно-правової бази, що здатна забезпечити правопорядок у вказаній сфері. Це, зокрема, передбачає дослідження особливостей надання адміністративних послуг у сфері поштового зв'язку в Україні. Враховуючи те, що сфера зв'язку має перебувати під державно-правовою охороною, питання вдосконалення адміністративних послуг у цій сфері набувають особливого значення.

Теоретичні та практичні аспекти надання суб'єктами публічної адміністрації адміністративних послуг у різних сферах були предметом багатьох наукових праць вітчизняних та зарубіжних науковців, зокрема таких, як: В.Б. Авер'янов, О.Ф. Андрійко, І.В. Арістова, О.М. Бандурка, В.М. Бевзенко, О.К. Безсмертний, К.І. Беляков, Ю.П. Битяк, В.В. Галунько, В.М. Гарашук, І.П. Голосніченко, С.М. Гусаров, О.В. Джафарова, Т.Є. Кагановська, І.Б. Коліушко, Т.О. Коломоєць, В.К. Колпаков, А.Т. Комзюк, Б.А. Кормич, В.А. Ліпкан, Р.С. Мельник, А.О. Селіванов, І.О. Сквірський, В.П. Тимошук, М.М. Тищенко та ін. Разом із тим комплексні дослідження щодо особливостей надання адміністративних послуг у сфері зв'язку в Україні останнім часом не проводились. Вказане свідчить про актуальність цієї статті, метою якої є дослідження особливостей надання адміністративних послуг у сфері зв'язку в Україні.

### Виклад основного матеріалу

З метою визначення особливостей надання адміністративних послуг у сфері зв'язку вважаємо за необхідне передусім виділити характерні риси вказаного поняття, а також здійснити аналіз категорій «публічна послуга», «дозвільна послуга», «інформаційна послуга», «телекомунікаційна послуга» та «адміністративна послуга».

Взагалі, термін «послуга», на думку В.В. Резнікова, це дія, що надає користь, тобто має своїм результатом певний «корисний ефект»<sup>1</sup>. Водночас Ю.П. Космін наголошує, що послуга – це певна діяльність, що не пов'язується зі створенням речі (її відновленням, ремонтом), однак яка сама по собі породжує відповідне благо, що має споживну вартість, і внаслідок цього стає об'єктом права<sup>2</sup>. Проте, на думку М.М. Іванова, послуга – це діяльність, направлена на задоволення потреби через надання (виробництво) відповідно до цієї потреби благ<sup>3</sup>.

Французькі вчені Д. Шанда та М. Арнберга зазначають, що «послуги можуть бути різного роду – виплата або отримання платежу, надання поради або інформації, освітні чи транспортні, медичне обслуговування. Надання послуг може мати ринковий характер, тобто споживач платитиме за них, або може мати бюджетне фінансування. Важливе місце в зосередженні уваги на клієнтах відводиться також діяльності, пов'язаній з дотриманням законів та збором податків»<sup>4</sup>. Отже, поняття «послуга», на думку французьких науковців, включає в себе низку угод між постачальником та клієнтом, що стосується різноманітних благ і послуг. Тобто, як бачимо, поняття «послуга» як категорія цивільного права є широко вживаною та такою, що не визиває ніяких заперечень. Тому спробуємо поняття «послуга» розглянути через призму публічного права та виокремити її характерні риси.

Розглядаючи послуги державного управління, В.Б. Авер'янов зауважує, що термін «державні послуги» є ширшим, ніж управлінські послуги, оскільки, крім останніх, він також включає послуги, які надаються державним установам, такі як державна освіта, медичне обслуговування тощо. У цьому сенсі було б коректним розрізнити поняття «державних» та «муніципальних» послуг у залежності від джерела фінансування, що надає такі послуги<sup>5</sup>.

Натомість А. Ліпенцев та О. Поляк<sup>6</sup> наголошують на існуванні різноманітних видів послуг і зараховують до них: державні, управлінські, адміністративні, громадські, місцеві, муніципальні, публічні тощо, а В. Сорока розглядає державну послугу як об'єднання адміністративної та управлінської послуг і визначає управлінську послугу як зміст функціональної діяльності державного органу стосовно вироблення і реалізації державної політики з регулювання певного сектора економіки чи соціального життя, а адміністративною послугою вважає дію виконавчого механізму державного органу чи його апарату щодо забезпечення інтересів і свобод фізичних та юридичних осіб у контексті законодавче визначених порядків реалізації своїх повноважень, що конкретизовані нормативно-правовими актами, зареєстрованими в законодавчо визначеному порядку<sup>7</sup>.

Безпосередньо до ознак державних послуг відносять такі: 1) надання громадянам та їх об'єднанням, юридичним і фізичним особам послуг саме державними органами та відповідними державними структурами з коштів державного бюджету; 2) орієнтування дій державних органів під час надання послуг на реалізацію функцій і завдань держави, визначених Конституцією України та іншими законодавчими актами щодо забезпечення прав і свобод громадян; 3) надання державної послуги у формі акта уповноваженого органу, який встановлює окремі права і обов'язки зацікавлених споживачів; 4) нормативне закріплення забезпечення державою санкціонованої можливості отримання конкретному сторонньому відносно до даного державного або муніципального органу споживачеві відповідного результату на основі поданої ним заяви; 5) індивідуальність надання послуги; 6) надання послуги безпосередньо в державному органі; 7) наявність у положеннях про орган державної влади та його структурних підрозділів спеціального пункту про обов'язки надання державних послуг, визначених чинним законодавством про державну службу і відомчою нормативно-правовою базою стосовно правового регламентування надання державних послуг; 8) наявність конкретного адресата – споживача державної послуги, тобто особи, яка звернулася за отриманням відповідної послуги; 9) універсальність вимог до всіх одержувачів послуг, технологічних перешкод; 10) кожна державна послуга має бути занесена до Реєстру державних і адміністративних послуг<sup>8</sup>.

На нашу думку, послуги можна поділити на публічні та приватні в залежності від інтересу, який

<sup>1</sup> Резнікова В.В. Послуга як правова категорія та ознака посередницьких договорів. *Університетські наукові записки*. 2007. № 4 (24). С. 236.

<sup>2</sup> Цивільне право : навчальний посібник / О.А. Підпригора та ін. ; за ред. О.А. Підпригори, Д.В. Бобрової. Київ : Вентури, 1996. С. 256.

<sup>3</sup> Іванов Н.Н. Управление сферой услуг : инфраструктурный подход : моногр. Санкт-Петербург : Изд-во СПб ГУЭФ, 2001. 143 с.

<sup>4</sup> Уряд для громад. Ініціативи щодо поліпшення якості послуг. Український переклад. Львів : філіал УАДУ, 2000. 293 с.

<sup>5</sup> Авер'янов В.Б. До питання про поняття так званих «управлінських послуг». *Право України*. 2002. № 6. С. 125.

<sup>6</sup> Ліпенцев А., Поляк О. Управлінські послуги : семантика понять та питання підвищення якості. *Ефективність державного управління* : зб. наук. пр. Львів : ЛРІДУ НАДУ, 2003. Вип. 4. С. 184–193.

<sup>7</sup> Сорока В. Концептуальний підхід до проблеми запровадження інституту надання державних послуг у практику діяльності державних службовців. *Вісник державної служби*. 2004. № 3. С. 12.

<sup>8</sup> Космідайло І.В. Державні послуги : місце в системі державного управління та їх класифікація. *Ефективна економіка : Електронне наукове фахове видання*. 2012. № 7. URL: <http://www.economy.nauka.com.ua/?op=1&z=1250> (дата звернення: 27.02.2020).

зкладається в цю послугу. Як зазначає О.О. Сосновик, принципова відмінність між публічними послугами та послугами приватного сектору полягає в тому, що приватний сектор намагається максимально розширити асортимент послуг, а номенклатура публічних послуг має ґрунтуватися на принципі: держава робить тільки те, що не може або не повинен робити приватний сектор<sup>9</sup>. Вважаємо, що основна різниця між публічними та приватними послугами полягає в тому, що під час отримання публічної послуги певною особою автоматично зачіпаються інтереси інших осіб у цій сфері. Тобто в основі конструкції публічної послуги закладено публічний інтерес.

Щодо безпосередньо термінів «адміністративна, державна, управлінська, муніципальна, соціальна послуга», то слід констатувати, що їх вживання в науковій та юридичній літературі пов'язано з розмаїттям думок щодо розуміння суті цього явища, яке для нас є новим. Як слушно зазначає В.І. Сіверін, уперше поняття управлінських послуг у вітчизняному законодавстві згадується в Концепції адміністративної реформи, де одним із завдань ставиться впровадження нової ідеології функціонування органів державної виконавчої влади і місцевого самоврядування як діяльності щодо забезпечення реалізації прав та свобод громадян, надання їм якісних управлінських послуг<sup>10</sup>. У зазначеній Концепції паралельно, без суттєвої різниці, вживаються терміни «державні послуги», «управлінські послуги». Ці послуги почасти трактують одним поняттям – «державно-управлінські». Поряд із цим Концепція виділяє «громадські послуги», які згідно з термінологічним словником, наведеним у Концепції, розуміються як послуги (муніципальні), що надаються територіальній громаді, громадянам з метою задоволення їхніх потреб органами місцевого самоврядування. Тобто, на жаль, у Концепції не надавалось визначення управлінських, державних, адміністративних послуг, що й стало в майбутньому підставою для виникнення різноманітних термінів, які позначали послуги у сфері державного управління.

Водночас І.Б. Коліушко застосовує поняття не «адміністративна», а «управлінська послуга», пропонуючи таку класифікацію послуг, що надаються різними державними органами: а) державні послуги, які надаються органами виконавчої влади та державними установами й організаціями; б) муніципальні послуги, що надаються органами місцевого самоврядування і муніципальними (комунальними) установами та організаціями. При цьому узагальнюючим критерієм для державних і муніципальних

послуг автор визначає їхній публічний характер, тобто називає їх загалом «публічними послугами», а з числа останніх виділяє суто «управлінські послуги», які надаються органами виконавчої влади та місцевого самоврядування, та «не управлінські публічні послуги», що надаються державними та муніципальними установами та організаціями<sup>11</sup>. О. Люхтергандт вважає, що поняття адміністративних послуг не охоплює речових (наприклад, видача самої ліцензії) і фінансових послуг (видача грошей соціально незахищеним особам), розуміючи при цьому під адміністративними (управлінськими) послугами «позитивні» індивідуальні акти, які приймаються з метою задоволення певних інтересів фізичних або юридичних осіб<sup>12</sup>. Проте, на нашу думку, саме ці послуги є адміністративними.

З метою упорядкування позицій вчених щодо розуміння категорії «адміністративна послуга» проаналізуємо існуючі позиції та законодавче закріплення, оскільки надання останніх здійснюється в різних сферах діяльності суб'єктів публічної адміністрації.

Так, у Законі України «Про адміністративні послуги» зазначено, що адміністративна послуга – це результат здійснення владних повноважень суб'єктом надання адміністративних послуг за заявою фізичної або юридичної особи, спрямований на набуття, зміну чи припинення прав та/або обов'язків такої особи відповідно до закону<sup>13</sup>. Аналіз цілого ряду підзаконних нормативно-правових актів дає право стверджувати, що під адміністративною послугою останні розуміють отримання дозвільного документу, як-то ліцензії, свідоцтва, сертифіката тощо. Про це наголошують В.Б. Авер'янов та В.В. Коваленко, зазначаючи, що значна частина фахівців адміністративного права вважає адміністративними послугами різного роду дозвільні дії публічних органів за відповідним зверненням фізичних та юридичних осіб<sup>14,15</sup>. Слід наголосити, що окремі вчені відстоюють позицію, що адміністративних послуг не існує – є дозвільні послуги суб'єктів публічної адміністрації, процедура отримання яких урегульована нормами адміністративного права, а кінцевим результатом є адміністративний акт. Вони зазначають, що більшість публічних послуг пов'язано з «потребою в безпеці», тому їх доцільно

<sup>11</sup> Коліушко І., Тимошук В. Управлінські послуги – новий інститут адміністративного права. *Право України*. 2001. № 5. С. 31.

<sup>12</sup> Люхтергандт О. Проект Адміністративного процедурного кодексу України та сучасне адміністративне процедурне право. *Юридичний журнал*. 2002. № 5. С. 27.

<sup>13</sup> Про адміністративні послуги : Закон України від 06.09.2012 р., № 5203- VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5203-17> (дата звернення: 27.02.2020).

<sup>14</sup> Курс адміністративного права України : підруч. Київ : Юрінком Інтер, 2012. 808 с.

<sup>15</sup> Авер'янов В.Б. Методологічні засади реформування українського адміністративного права. *Правова держава* : 36. наук. пр. Київ : Інст. держ. і пр. ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. Вип. 12. С. 298.

<sup>9</sup> Сосновик О.О. Діяльність органів внутрішніх справ щодо надання адміністративних послуг: організаційно-правові питання : дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2008. С. 26.

<sup>10</sup> Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні : Указ Президента України від 22.07.1998 р. № 810/98. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/810/98> (дата звернення: 27.02.2020).

називати дозвільними; на користь цього твердження свідчать повноваження суб'єктів публічної адміністрації, одними з яких є дозвільні. В Україні у використанні категорії «послуги» головний акцент робиться на юридичних аспектах, зокрема, на адміністративній процедурі їх надання<sup>16</sup>.

Не заперечуючи в цілому проти такого підходу, вважаємо, що це – перспективна тема для майбутніх досліджень. Отже, можна зробити висновок, що більшість адміністративних послуг фактично є дозвільними, оскільки кінцевим результатом останніх є отримання документа дозвільного характеру (ліцензії, дозволу, висновку, погодження, внесення до реєстру тощо), і на них поширюються принципи дозвільної діяльності.

Рухаючись далі, спробуємо визначити розуміння категорії «адміністративна послуга у сфері телекомунікацій та поштового зв'язку» через призму категорій «інформаційна послуга», «інформаційна електронна послуга», «телекомунікаційна послуга» та «адміністративна послуга» в науковій та юридичній літературі.

Так, у Законі України «Про Національну програму інформатизації» термін «інформаційні послуги» визначається як дії суб'єктів щодо забезпечення споживачів інформаційними продуктами<sup>17</sup>. Водночас Закон України «Про електронну комерцію» надає визначення поняттю «інформаційні електронні послуги» як платних або безоплатних послуг щодо оброблення та зберігання інформації, що надаються дистанційно, з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем за індивідуальним запитом їх одержувача<sup>18</sup>.

Згідно із Законом України «Про телекомунікації» телекомунікаційна послуга це – продукт діяльності оператора та/або провайдера телекомунікацій, спрямований на задоволення потреб споживачів у сфері телекомунікацій. Слід погодитись із тим, що аналіз чинного законодавства з цієї проблематики дозволяє нам дійти висновку, що зазначені послуги є публічно-правовими. Основним суб'єктом надання телекомунікаційної послуги є оператори та провайдери, для того щоб надавати відповідні послуги, вони отримують від органу публічної адміністрації адміністративну послугу щодо отримання ліцензії (або інший документ дозвільного характеру, реєструються) на зайняття певним видом господарської діяльності у цій сфері<sup>19</sup>. Отже, надання телекомуні-

каційної послуги неможливо без отримання адміністративної послуги у сфері телекомунікацій. Тобто категорії «телекомунікаційна послуга» і «адміністративна послуга у сфері телекомунікації» мають однакову публічно-правову природу, але є різними в меті їх надання, проте їх сукупність забезпечує реалізацію прав громадян на отримання інформації.

Поняття «послуги поштового зв'язку» відповідно до Закону України «Про поштовий зв'язок» – це продукт діяльності оператора поштового зв'язку з приймання, обробки, перевезення та доставки (вручення) поштових відправлень, виконання доручень користувачів щодо поштових переказів, банківських операцій, спрямований на задоволення потреб користувачів<sup>20</sup>.

Відповідаючи на питання, в чому різниця мети їх надання, слід зауважити, що метою адміністративної послуги у сфері зв'язку є забезпечення безпеки людини, суспільства, держави, тобто забезпечення інформаційної безпеки, постійний контроль та облік суб'єктів, які здійснюють діяльність, що може завдати шкоди інформаційним відносинам.

Відповідаючи на питання, чому саме послуга у сфері зв'язку має публічно-правову природу, варто зауважити, що умови їх надання та плата, яку споживач зобов'язаний заплатити за її отримання, є чітко фіксованими для необмеженого кола осіб.

Отже, з отриманого можна зробити висновок, що інформаційні послуги в сукупності з послугами у сфері зв'язку забезпечують реалізацію інформаційних прав громадян, при цьому адміністративні послуги у сфері зв'язку забезпечують безпеку надання останніх та постійний контроль за якістю отриманих послуг споживачами в зазначеній сфері. Тому об'єктом адміністративних послуг у сфері зв'язку є дії фізичних або юридичних осіб, унаслідок неконтрольованого здійснення яких може бути заподіяна шкода певним інформаційним відносинам.

Таким чином, під адміністративною послугою у сфері зв'язку варто розуміти організаційно-розпорядчу, публічно-сервісну діяльність, що здійснюється посадовою особою суб'єкта публічної адміністрації у формі процедур щодо видачі дозвільних документів і спрямована на реалізацію прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб щодо забезпечення інформаційної безпеки.

З метою виокремлення ознак адміністративних послуг у сфері зв'язку проаналізуємо існуючі в науковій літературі позиції з цього приводу.

На думку Т.О. Коломоєць, до основних ознак адміністративних послуг доцільно віднести такі: 1) надання лише за заявою фізичної або юридичної особи (ініціативна, заявна діяльність); б) зв'язок із забезпеченням умов для реалізації прав,

<sup>16</sup> Сіверін В.І. Адміністративно-правові засади надання дозвільних послуг суб'єктами публічних адміністрацій : дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2010. С. 27.

<sup>17</sup> Про Національну програму інформатизації : Закон України від 04.02.1998 р., № 74/98-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/74/98-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 27.02.2020).

<sup>18</sup> Про електронну комерцію : Закон України від 03.09.2015 р., № 675-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-19> (дата звернення: 27.02.2020).

<sup>19</sup> Про телекомунікації : Закон України від 18.11.2003 р., № 1280-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1280-15> (дата звернення: 27.02.2020).

<sup>20</sup> Про поштовий зв'язок : Закон України від 04.10.2001 р., № 2759-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2759-14> (дата звернення: 27.02.2020).

свобод та законних інтересів конкретних осіб; в) надання лише шляхом реалізації владних повноважень суб'єктом публічної адміністрації (власних або делегованих повноважень); г) законодавче регулювання права на отримання особою конкретної адміністративної послуги та кореспондуючого повноваження суб'єкта публічної адміністрації на надання такої послуги; д) можливість отримання конкретної адміністративної послуги передбачено, як правило, в одному органі; е) результатом надання є адміністративний акт – дія або рішення суб'єкта публічної адміністрації, яким задоволено звернення конкретної особи. Цей акт є адресним (спрямований на особу, яка звернулася за адміністративною послугою)<sup>21</sup>.

Визначаючи ознаки адміністративних послуг, вважаємо, що право органу публічної адміністрації надавати будь-яку послугу є його повноваженням, і належною правовою підставою для здійснення цього повноваження є лише закон. Це впливає зі статей 6, 92 та 120 Конституції України<sup>22</sup>, згідно з якими організація, повноваження і порядок діяльності органів виконавчої влади повинні визначатися лише Конституцією і законами України. На нашу думку, зважаючи на положення Конституції України, правове регулювання права на отримання особою конкретної послуги, порядок її надання та відповідне повноваження органу публічної адміністрації має бути безпосередньо передбачене законом. Отже, враховуючи вищенаведені напрацювання вчених та низку інших, спробуємо сформулювати ознаки адміністративних послуг у сфері телекомунікацій та поштового зв'язку.

<sup>21</sup> Коломоєць Т.О. Адміністративне право України. академічний курс : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2011. С. 240.

<sup>22</sup> Конституція України від 28.06.1996 р., № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 27.02.2020).

## Висновки

Враховуючи вищезазначене, варто зробити такі висновки. По-перше, адміністративна послуга у сфері зв'язку – це організаційно-розпорядча, публічно-сервісна діяльність, що здійснюється посадовою особою суб'єкта публічної адміністрації у формі процедур щодо видачі дозвільних документів і спрямована на реалізацію прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб щодо забезпечення інформаційної безпеки. По-друге, адміністративні послуги у сфері зв'язку, які надаються органами публічної адміністрації, мають такі ознаки: а) їх предметом є дії фізичних або юридичних осіб, унаслідок здійснення яких може бути заподіяна шкода інформаційним відносинам; б) вони надаються певними суб'єктами – органами публічної адміністрації, повноваження яких визначені чинним законодавством; в) діяльність щодо надання зазначених послуг є цілеспрямованою, оскільки метою її здійснення є реалізація державної інформаційної безпеки; г) діяльність щодо надання адміністративних послуг має організаційно-розпорядчий характер; д) діяльність щодо надання адміністративних послуг є публічною, але не владною; ж) реалізуються у формі процедур стосовно видачі документів дозвільного характеру.

Отже, для спрощення та уніфікації порядку надання адміністративних послуг у сфері зв'язку слід виділити такі підстави їх класифікації: 1) спрямованість загроз національним інтересам, безпеці осіб, суспільства та держави в інформаційній сфері; 2) рівень встановлення повноважень щодо надання адміністративних послуг у сфері зв'язку та правового регулювання процедури їх надання; 3) форми реалізації; 4) зміст питань, за розв'язанням яких звертаються особи до органів публічної адміністрації; 5) платність; 6) форма дозвільного документа, що видається.

## Staffing of the judiciary in Ukraine and Europe: a comparative legal aspect

**Inozemtseva Kateryna**

*Head of Human Resources of Second Administrative Court of Appeal,*

*Postgraduate Student of the Chair of Administrative, Economic Law and Financial and Economic Security of the Academic and Research Institute of Law of the Sumy State University, Ukraine*

The article raises the actual issue of the system of up-to-date staffing support of the judicial branch in Ukraine, that is in state of crisis and has a negative impact on the implementation of the fundamental right of access to justice. It has been established that the crisis of the staffing system is caused by the lack of judges in the courts, their skills miss-matching and a number of other political and financial factors occurring in the country. The contemporary development vector chosen by Ukraine, under international political influence, determines the implementation of the standards and best practices of the European Union in order to ensure the implementation of the fundamental principles of the rule of law, the development of civil society and the strengthening of the rule of law and social state, the achievement of an appropriate level of order and law culture, protection of rights, freedoms and legitimate interests of man and citizen, rights and lawful interests of legal entities, interests of the state by timely, effective and equitable resolution of legal disputes, and in case of their violation – their equitable recovery within a reasonable timeframe. To this end, the judicial system of Ukraine has undergone fundamental changes, which in turn requires a completely new approach to personnel and staff management. In addition, the experience of foreign countries, especially developing ones, on resolving human resources issues in the judicial system has been explored. The article identifies three key components of the staffing system: 1) the staffing of persons recruiting for the post of judges; 2) direct staffing of judges; 3) staffing of the court officials, among which the central role plays “direct staffing of judges” since the judges themselves are the direct representatives of the judiciary. Also the conceptual directions of the modern personnel policy in the judicial system have been defined, including: the mechanism of providing the personnel selection system; introduction of the system of qualification evaluation of judges; improving the system of special training of candidates for the post of judges; improving the staffing capacity of judiciary; strengthening the competence and role of the National School of Judges and national scientific institutions, higher education institutions in the system of training judges.

### Introduction

Practical condition of implementation of judicial reform in Ukraine, due to the fulfillment of its international obligations, has revealed a crisis of introduction of its selected mechanism, and in staffing system in particular. This situation has been caused by implementation of qualification evaluation of judges, on the basis of which, at the beginning of 2019, with the total number of 7200 judges, the qualification assessment was passed by 2151 serving judges, the qualification evaluation procedure for the position of 3192 has not been completed. As at 1 April 2019 only 4128 judges out of 5285 have authority to administering justice. This situation exacerbated the issue of staffing in the judicial branch, especially such an important component as the direct staffing of judges. Practical significance of raised issues is that because of the introduced reform, Ukraine has found itself in difficult staffing crisis, in which the state is not able to ensure the human right to access to justice due to the exceptional workload of judges, which leads to the delays in trying cases. Therefore, it's necessary to study international experience in the field of stuffing of the judicial branch, especially the one of developing countries, to examine the experience of ensuring the implementation of the mechanism of qualification evaluation of judges,

achieving the quality of justice and ensuring the right to access to justice and fair legislation.

### Presentation of main material

According to the European Commission on the Effectiveness of Justice (ECEJ), the number of judges per capita in Eastern Europe varies significantly across countries, in general maintaining a low level compared to Central European countries (the ratio of judges to inhabitants reaches 20.98 judges to 100,000 inhabitants). This situation is primarily due to the peculiarities of the legal system of Eastern European countries, which are characterized by the lack of dispute resolution in the courts. At the same time, Western European countries are also characterized by a significant decrease in the number of judges, but this is due to other factors, namely the reduction of government costs, through the optimization of the judicial systems, including the reduction of the number of judges. In addition, the existence of an institution of mediation and justices of the peace allows to reduce significantly the burden on judges and the number of legal disputes in general. The smallest number of judges in the Caucasus states, where it is from 5 to 7 judges per 100,000 inhabitants. In the Baltic States and in Ukraine itself, this number starts from 17 judges (Ukraine, Estonia), for Europe,

the average number of judges ranges from 20 to 2 judges per 100,000 inhabitants<sup>1</sup>.

According to the Decision of the Council of Judges of Ukraine No. 25 of 05.07.2019 Concerning the implementation of decisions of the Congresses of Judges of Ukraine on determining the needs of staffing, it is established that at the present stage of judicial reform, according to estimates and data of various official state institutions in the judicial system lacks 2000 judges, for the normal its functioning. In addition, at the five-year tenure, more than two thousand judges have not been appointed indefinitely, for variety of reasons, including those that are beyond their control. The situation has been complicated by the fact that in some courts of Ukraine (approximately two dozen of those) there are no judges at all or only one judge is on service. At present, as the Council of Judges of Ukraine emphasizes, on the risk for the termination of the courts due to the lack of judges who have the right to administer justice, since thousands of judges have completed their five-year tenure and by this time the issue of continued work of these judges is not resolved.

According to the content of the joint statement on the situation in the judicial system of the heads of the Supreme Court, the High Council of Justice, the High Qualifications Commission of Judges of Ukraine, the Council of Judges of Ukraine, the State Judicial Administration of Ukraine, the rector of the National School of Judges of Ukraine, 2701 judges passed the qualification assessment, 2 586 judges continue their qualification.

At the same time, over two thousand judges were dismissed during this period, which significantly affected the staffing of the courts and the ability to ensure an impartial and fair trial within a reasonable time frames. Today, in the country, 14 courts do not administer justice due to the lack of judges or lack of the authority of judges, in 154 courts the number of judicial judges is less than 60 percent of the total authorized staff<sup>2</sup>.

In the context of foregoing, consideration should be given to the recommendations on the effective implementation of the Basic Principles on the Independence of the Judiciary (adopted by United Nations Economic and Social Council resolution 1989/60 and approved by United Nations General Assembly resolution 44/162 of 15 December 1989), implementing the principles of: each Member State must provide adequate facilities to enable the judicial

authorities to perform their functions properly; judges' tenure of office, their independence, security, appropriate remuneration, conditions of service, pensions and retirement age must be properly guaranteed by law). Fundamental principles, the state should pay particular attention to the need to provide certain resources necessary for the functioning of the judicial system, given the appointment of sufficient amounts of judges, adequate for the caseload, providing the courts with the necessary staff and equipment and providing judges with a decent level of personal security, pension benefits and salaries.

In the view of above, it is possible to speak not only about the problems of staffing of the judiciary, but also about the violation of the inalienable human right to access to justice. The constitutional guarantees for the accessibility of justice in Ukraine are the consolidation of the provision that «rights and freedoms of a person and of a citizen are protected by a court» (Art. 55 CC) and the extension of the jurisdiction of the courts to “any legal disputes and any criminal charges” (Art. 124 KU)<sup>3</sup>. References to these norms are also contained in the content of Article 7, paragraph 3 of the Law of Ukraine “On Judiciary and Status of Judges”<sup>4</sup>, which state that “access to justice for each person is ensured in accordance with the Constitution of Ukraine and in accordance with the procedure established by the laws of Ukraine”. In addition, these guarantees are stipulated in the Decree of the President of Ukraine “On the Strategy of Reform of Judiciary, Justice and Related Legal Institutions for 2015–2020” of 20.05.2015 No. 276/2015<sup>5</sup>. One of the main areas of implementation of the Strategy is “strengthening the guarantees of the quality of justice overall, without limiting the right of the participants of the trial to the right of access to justice”. At the same time, it should be understood that accessibility to justice is not only the territorial closeness of justice bodies to citizens, but also the availability of rights and opportunities to exercise them when appealing to the court, initiating criminal proceedings, as well as the existence of correspondent duties of the entities conducting judicial proceedings, that in general, meets the requirements set out in international legal instruments. According to ECHR statistics for 2016, there have been 79750 applications to ECHR about the violations of the right to access to justice, and the three leading countries are: Ukraine (22.8%), Turkey (15.8%), Hungary (11.2%). Therefore, Ukraine is a leader among countries that have ratified the Convention, but remains one of the leaders in

<sup>1</sup> Judicial systems of the Eastern European countries Analysis of data by the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) CEPEJ STUDIES No. 21. Strasbourg – 2015. URL: <https://rm.coe.int/cepej-studies-n21-council-of-europe-publishing-judicial-systems-of-the/1680788248>

<sup>2</sup> Decisions of the Council of Judges of Ukraine Concerning the implementation of the decisions of the Congresses of Judges of Ukraine on the issues of determining the needs of staffing of July 25, 2019 No. 25. URL: <http://rsu.gov.ua/uploads/article/risenna-rsu-no-35-vid-05072019-s-0b2a5d2dd6.pdf>

<sup>3</sup> Constitution of Ukraine: Law of Ukraine of June 28, 1996 No. 254k / 96-BP. *Information of the Verkhovna Rada of Ukraine*. 1996. № 30. Art. 141.

<sup>4</sup> On the Judiciary and Status of Judges: Law of Ukraine of 02.06.2016 No. 1402-VIII. *The Verkhovna Rada (BBR)* 2016. № 31. Art. 545.

<sup>5</sup> On the Strategy for Reforming the Judiciary, Justice and Related Legal Institutions for 2015-2020: Presidential Decree No. 276/2015 of 20.05.2015.



the number of requests to the ECHR, indicating that there are problems with realization of the rights under Convention.

This situation in the country is the result of personnel policy, which led to the fact that the justice system does not fulfill its tasks. The human resources of the judiciary is inextricably linked to the human resources policy of the state as a whole and is based primarily on the State Human Resources Policy Strategy for 2012–2020 approved by the Presidential Decree of 01.02.2012<sup>6</sup>, whose main purpose is to ensure all the spheres of life of the state by the qualified personnel necessary for the realization of national interests in the context of the development of Ukraine as a democratic, social state with advanced market economy.

The basis of the activity of any institution or organization is its human resources. The direct face and authority of the judicial branch remain its representatives- the judges. The European Commission on the Effectiveness of Justice recognizes that human resources, namely “the competence and professional development of judges and court staff are an important guarantee of quality justice in the country”<sup>7</sup>. Purposeful activity of state authorities (their officials), organizations and officials regarding the recruitment, training, distribution, transfer and dismissal of personnel O.M. Bandurka<sup>8</sup> proposes to understand as personnel policy. From the point of view of public administration, V.M. Kolpakov<sup>9</sup>, goes to the legal understanding of the concept of “personnel policy” and notes that it is “a comprehensive system of human resources management, a system of people management across the state, region, industry or individual organization (in this case we are talking about the judicial system), a leading line of activity of the state, which covers the development of organizational principles of work with people, formation and rational use of human resources. Personnel policy, according to the scientist, is a long-term line of human resources development, one of the leading directions of the state’s activity, which covers the development of organizational principles of work with people, formation and rational use of human resources, ensuring effective development of human resources”. Analyzing legal literature, Denysyuk D.S. defines personnel policy as relations concerning training, recruitment, education

and deployment of managerial staff at different levels of management<sup>10</sup>.

Judges are the only source of judicial power in Ukraine. Therefore, by identifying three areas of staffing of the judicial system of Ukraine, namely: 1) providing staff for persons who recruit for the position of judges; 2) direct staffing of judges; 3) staffing of the court officials, undoubtedly the core of the staffing system can be defined as “direct staffing of judges”.

While agreeing with the view of T. Kaganovskaya<sup>11</sup> that the main objective of Staffing Support is following:

- formation of a highly professional and competent judiciary, which is associated with the development and enhancement of the social potential of the entire judicial branch in general (development and implementation of personnel policy; formation of a system of entities capable of implementing it; development of a scientific and regulatory framework for staffing; implementation of modern human resources management technologies, etc.);

- enhancing the capacity and empowerment of all staff of the judiciary, as well as of a specific employee (judge, court employee), as well as ensuring the successful use of their own capabilities to achieve national goals (improving of the recruitment and staffing activities, their promotion; direct work with the staff of the judiciary; improving the activities of the persons who are responsible for staffing.

This approach is reflected in the Reform Strategy<sup>12</sup>, as shown by its current trends in resolving personnel problems in the judiciary:

- one of the first areas is, of course, the emphasis on the Judiciary, namely: ensuring the functioning of a competitive recruitment system for judges based on a new personnel efficiency management system that will ensure the evaluation of judges based on an equal, transparent criterion. Implementation of the system of qualification evaluation and regular evaluation of judges (The criteria for qualification evaluation are: 1) competence (professional, personal, social); 2) professional ethics; 3) integrity. The characteristics of these criteria will give a certain idea of the system of assessing the quality of work of a judge<sup>13</sup>, the consolidation in the law of the principle of improving the professional level of judges as the main criterion for promotion of judges in their professional careers;

<sup>6</sup> On the Strategy of State Personnel Policy for 2012–2020: Presidential Decree No. 45/2012 of 01.02.2012. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/45/2012>

<sup>7</sup> European Commission for the efficiency of justice, Checklist for promoting the quality of justice and the courts. Strasbourg, 2008. URL: <https://rm.coe.int/european-commission-for-the-efficiencyof-justice-cepej-checklist-for-promo/16807476cf>

<sup>8</sup> Bandurka O.M. Theory and methods of work with personnel in law enforcement agencies: A textbook. Kharkiv : Univ. Of Internal Affairs, 2000. 480 p. P. 134.

<sup>9</sup> Kolpakov V.M. Conceptual and conceptual bases of personnel support of the vocational education system. *Theory and methodology of educational management*. 2010. № 4. P. 3.

<sup>10</sup> Denysyuk D.S. Personnel work in law enforcement: concept and procedural aspect. *Scientific Bulletin of Kherson State University*. 2015. № 3–2. P. 129–131. P. 130.

<sup>11</sup> Kaganovska T.E. Personnel support of public administration in Ukraine : monograph. X.: KhNU. Karazin, 2010. 330 p. P. 197.

<sup>12</sup> On the Strategy for Reforming the Judiciary, Justice and Related Legal Institutions for 2015–2020: Presidential Decree No. 276/2015 of 20.05.2015.

<sup>13</sup> On the procedure and methodology of qualification assessment, indicators of compliance with the criteria for qualification assessment and means of their establishment. The regulation was approved by the High Qualifications Commission of Judges of Ukraine 03.11.2016 № 143 / zp-16 (in the wording of the decision of the High Qualifications Commission of Judges of Ukraine 13.02.2018 № 20 / zp-18). URL: <https://vkksu.gov.ua/en/ociniuwannia-suddiw/dokumenty/>

- improving the system of special training of candidates for the post of judge, including the strengthening of the link between the systems of initial training and the appointment of judges, as well as the introduction of effective mechanisms for investigating information about the candidate for the position of judge in terms of integrity and other qualities and reviewing age requirements and professional experience for judicial candidates;

- the next step is to improve the staffing of the court administration;

- comprehensive strengthening of the capacity of the National School of Judges of Ukraine and the system of training of judges;

- have not been neglected the persons that provide training, introduction of mechanisms for achieving greater unity of judicial practice by strengthening the research and analytical capabilities of higher specialized courts, strengthening the role of the Supreme Court of Ukraine, ensuring their close cooperation with scientific institutions (National Academy of Law, National Academy of Ukraine, law schools).

In addition, from the conceptual measures aimed at resolving staffing problems in the current judicial system have been identified the following: regulatory support for transparent mechanisms for reviewing professional suitability using objective criteria and applying fair procedure and the results of this is the need to define the notion of “professional suitability of judges”.

Other measures include reviewing the appointment of judges to the post and the transfer of judges in accordance with their professional qualities, experience and achievements, solely on a competitive basis, and appointment of judges for an indefinite term; introduction of the institute of secondment of judges to other courts in order to regulate the workload of judges; establishment of a clear list of grounds, impartial and transparent procedure for dismissal of judges and termination of their powers; increasing requirements, including ethical ones, for members of the bodies responsible for forming the judiciary. In this regard, Skomoroha L.<sup>14</sup> notes appropriately that, persons selected for judicial office, should have high moral qualities and abilities, as well as appropriate training and qualification in the field of law. Any method of judicial selection shall safeguard against the appointment of judges on improper motive. During the judicial selection there is not to be discrimination on the ground of race, color, sex, religion, political or other beliefs, national or social origin, property status, etc.; however, the requirement that a candidate should be a national of the certain state is not to be considered

discriminatory. This basis is enshrined at the international legal level and is the basic guarantee of ensuring everyone an equal opportunity in the right to be elected or appointed to the position of judge. The European Charter for the Status of Judges (Council of Europe, 1998) states that the rules for the selection and appointment of judges by an independent body or commission require selection on the basis of the candidates’ ability to evaluate cases freely and impartially, cases committed to them and apply the law with full respect for the human dignity. A candidate cannot be refused a post solely on the basis of gender, ethnic or social origin, or on the basis of his or her philosophical or political views or religious beliefs<sup>15</sup>.

### Conclusions

In the view of foregoing, it should be noted that in order to ensure adequate staffing of the judiciary in Ukraine, to prevent the staffing crisis and to fill the national courts with new judicial staff, it is necessary to reconsider the issue of reconciling the number of judicial posts in order to ensure real access to justice in Ukraine. The study of the experience of foreign countries, especially the one of developing countries, is not in direct borrowing or copying of specific mechanisms and measures of staffing, but in awareness and understanding of the concept of staffing of the judiciary of our country and the implementation of appropriate effective measures, instruments, suitable for current socio-economic and political conditions of the state. The high level of professionalism and qualification of judges ensures the high quality justice in the country. Management of human resources, qualitative staff selection, professional development are the most effective means to promote the improvement in the performance of the judiciary as an institution of the state, which is designed to ensure the protection of rights and freedoms, the legitimate interests of the individual and the citizen. The main factors that cause problems in the qualitative staffing of judiciary include: imperfect human resource planning, disproportionate workload, the issue of quality assessment, etc. The main areas that need improvement are classified into three types: direct staffing of judges; staffing of judiciary; staffing of bodies, which are authorized to select judges. The main task of the state at the current stage of reforming the staff system of the judicial branch is the resourcing and management support of this process. Without a high level of financial, organizational and legal, material support for judicial reform, it is impossible to reach the goal, proclaimed by the reform strategy.

<sup>14</sup> Skomoroha L.V. Competitive selection of candidates for the post of judges, international experience and national realities. URL: <http://www.vru.gov.ua/Docs/a160909.pdf>

<sup>15</sup> Prokopenko B.A. International Standards for the Selection of Judicial Candidates. *Journal of the Kyiv University of Law*. 2013. № 1. P. 356–359.

## Constitutional complaint in the system of the national mechanism of protection of the rights of participants in criminal proceedings in Ukraine

**Ivanov Mykhailo**

*Graduate Student of the Department of Justice*

*of the Faculty of Law*

*Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine*

The article examines the institution of a constitutional complaint that has taken a major step towards establishing a legal reality that can satisfy the needs of modern society in an impartial, fair and effective national mechanism for the protection of the rights, freedoms and legitimate interests of participants in criminal proceedings.

The purpose of this scientific work was to determine the features of the application of the constitutional complaint as an integral part of the national mechanism for the protection of the rights, freedoms and legitimate interests of participants in criminal proceedings in Ukraine.

The author emphasizes that the tasks that the institution of a constitutional complaint faces as a mechanism for securing the rights, freedoms and legitimate interests of citizens include not only and not so much the purpose of protecting a specific right of an individual citizen as the overcoming of the unconstitutionality of the rule of law that does not conform to the spirit of the Constitution of Ukraine.

As the author points out, it is difficult to overestimate the importance of the institution of a constitutional complaint as a tool for the protection of the rights of participants in criminal proceedings, considering that the unconstitutionality of the law, applied by the court in the decision of the case is a statutory basis for reviewing court decisions taken in criminal proceedings.

The article draws attention to the fact that the powers of the Grand Chamber of the Constitutional Court of Ukraine to issue a temporary restraining order are able to respond quickly and effectively to a corresponding violation of the Constitution, since the execution of a court decision can lead to a further violation of the constitutional rights.

Summarizing the results of the study, the author concludes that the institute of constitutional complaint is effectively able to protect the rights, freedoms and legitimate interests of the citizens of Ukraine, in particular during criminal proceedings.

### Конституційна скарга в системі національного механізму захисту прав учасників кримінального провадження в Україні

**Іванов Михайло Сергійович**

*аспірант кафедри правосуддя*

*юридичного факультету*

*Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Україна*

#### Вступ

Конституційна скарга стала новелою українського конституційного судочинства, якою було здійснено великий крок до встановлення такої правової дійсності, що зможе задовольнити потреби сучасного суспільства в неупередженому, справедливому та ефективному національному механізмі захисту прав людини. Однією з основних підстав запровадження інституту конституційної скарги стала недоступність конституційного правосуддя для громадян України. Результатом запропонованих нововведень було прийняття Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 02.06.2016 р. № 1401-VIII<sup>1</sup>, положення якого визначили право на індивідуальне звернення до Конституційного суду України (далі – КСУ) за захистом порушених прав. Запроваджений інститут

конституційної скарги повинен вирішувати питання конституційності норм законів, які порушують права людини, не відповідаючи духу Конституції України.

Дослідженням інституту конституційної скарги займалися такі вчені та практики, як Т. Бринь, А. Головін, М. Гультай, П. Євграфов, В. Кампо, М. Костицький, О. Петришин, М. Савенко, А. Селіванов, В. Скомороха, А. Стрижак, Д. Терлецький, М. Тесленко, П. Ткачук, Ю. Тодика, В. Шаповал, С. Шевчук. Однак значення інституту конституційної скарги як інструменту захисту прав учасників кримінального провадження та особливості його застосування в межах кримінально-процесуальних правовідносин ще не ставало предметом наукового вивчення.

У зв'язку з цим, **метою статті** є визначення особливостей застосування конституційної скарги як складового елементу національного механізму захисту прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження в Україні.

<sup>1</sup> Закон про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) 2016. *Голос України*. 2016. Червень 02. № 118.

## Виклад основного матеріалу

Відповідно до ст. 151-1 Конституції України КСУ вирішує питання про відповідність Конституції України (конституційність) закону України за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України<sup>2</sup>. Конституційна скарга може бути подана в разі, якщо всі інші національні засоби юридичного захисту вичерпано. Стаття 7 Закону України «Про Конституційний суд України» від 13.07.2017 р. № 2136-VIII (далі – Закон) до повноважень Суду відносить вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність) законів України (їхніх окремих положень) за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України<sup>3</sup>.

Згідно зі ст. 55 Закону конституційною скаргою є подане до КСУ письмове клопотання щодо перевірки на відповідність Конституції України (конституційність) закону України (його окремих положень), що застосований в остаточному судовому рішенні у справі суб'єкта права на конституційну скаргу.

Ми вважаємо необхідним для проведення всебічного аналізу інституту конституційної скарги дослідити тлумачення змісту інституту конституційної скарги, який проводився вітчизняними практиками і науковцями.

Так, слушно видається думка В.М. Шаповала, який розглядає конституційну скаргу як правовий засіб ініціювання в органі конституційної юрисдикції, насамперед фізичною особою, спеціальної процедури захисту конкретного права, що порушено актом, виданим державним органом або посадовою особою в системі виконавчої влади, чи рішенням суду загальної юрисдикції<sup>4</sup>. У свою чергу П. Євграфов указував, що право громадян на конституційну скаргу виступає не тільки як правовий інструмент захисту конституційних прав і свобод, але і як орієнтир для держави, яка зобов'язана дбати про людину, сприяти формуванню громадянського суспільства і відповідати за його безпеку<sup>5</sup>. Доцільним буде навести також позицію В. Банзака, який стверджував, що ще одним напрямом функціональної характеристики інституту конституційної скарги виступає її значення як юридичної гарантії конституційної

законності діяльності органів державної влади<sup>6</sup>. Безумовно, уваги заслуговує і думка М. Гультая, який розглядає необхідність конституційної скарги в межах двох взаємопов'язаних напрямів: конституційна скарга як гарантія прав людини і конституційна скарга як інститут демократичної правової держави<sup>7</sup>.

Ми повністю підтримуємо згадані позиції, оскільки завдання, які стоять перед інститутом конституційної скарги як перед механізмом забезпечення прав, свобод і законних інтересів громадян, включають не тільки і не стільки мету захисту конкретного права окремого громадянина, скільки подолання неконституційності норми закону, який не відповідає духу Конституції України. У зв'язку із цим доречно навести позицію М. Гультая, в якій він наголошував, що у науці конституційного права суттєво недооцінюється багатоманітність функціональних напрямів інституту конституційної скарги, різноаспектність його теоретико-прикладного значення в умовах становлення та розвитку сучасного конституціоналізму<sup>8</sup>.

Запровадження і реалізація інституту конституційної скарги в Україні можна вважати справжньою новелою українського законодавства і досить важливим кроком у побудові правової держави в Україні. Як влучно зазначають науковці, конституційна скарга, будучи специфічним інструментом захисту конституційних прав особи, надає громадянину право як сторона вступати у правовий спір із державою та її органами, навіть із самим законодавцем, тим самим сприяючи інтеграції громадян у процес управління державою і суспільством<sup>9</sup>.

Водночас необхідно нагадати, що інститут конституційної скарги не є новинкою для світової практики і має багато вдалих прикладів застосування у національних законодавствах різних країн. Так, інститут конституційної скарги існує у 15 країнах Європи, зокрема в Іспанії, Німеччині, Швейцарії, Росії, Польщі та інших. Однак вдалі приклади імплементації інституту конституційної скарги наявні й в інших країнах світу, наприклад у Монголії.

Цікавим прикладом є досвід Польщі, де під конституційною скаргою розуміється особливий правовий засіб, що дозволяє суб'єкту (фізичній або юридичній особі) звертатися до органу конституційного контролю з проханням перевірити прийняте щодо

<sup>2</sup> Конституція (Основний закон) України 1996. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. Липень, 23. № 30. Ст. 141.

<sup>3</sup> Закон про Конституційний Суд України 2017. *Голос України*. 2017. Серпень, 02. № 141.

<sup>4</sup> Шаповал В.М. Суд як орган конституційного контролю (із зарученого досвіду). *Вісник Конституційного Суду України*. 2005. № 6. С. 32.

<sup>5</sup> Селіванов А.О., Євграфов П. Конституційна скарга громадян в реаліях сучасності. *Право України*. 2003. № 4. С. 85.

<sup>6</sup> Banaszak B. Modele skargi konstytucyjnej. Skarga konstytucyjna. Praca zbiorowa pod red. Janusza Trzcinskiego. Warszawa : Wydawnictwo Sejmowe, 2000. P. 188.

<sup>7</sup> Гультай М.М. Повна чи нормативна конституційна скарга : пошук національної моделі. *Вісник Академії правових наук України*: зб. наук. пр. ; редкол. : В.Я. Тацій та ін. Харків : Право, 2013. № 1 (72). С. 30.

<sup>8</sup> Гультай М.М. Функціональні характеристики інституту конституційної скарги та модель його впровадження в Україні. *Вісник Конституційного Суду України*. 2011. № 4–5. С. 187.

<sup>9</sup> Проблеми і перспективи запровадження індивідуальної конституційної скарги в Україні : монографія / О.В. Петришин та ін. Київ : Атіка-Н, 2010. С. 31.

нього остаточне рішення публічних властей, якщо воно порушує його конституційні свободи і права<sup>10</sup>. Німецькі конституціоналісти наголошують, що конституційна скарга є основним правовим засобом захисту індивідуально-суб'єктивних основних прав і свобод громадянина, що порушені державою, причому вона також є специфічною скаргою громадянина проти держави<sup>11</sup>.

Слід наголосити, що запровадження інституту конституційної скарги є складним і багатоетапним процесом, втілення якого досить часто призводить до перепонов в його ефективній реалізації. Ми переконані, що наявність прикладів невдач і успіхів в ході реалізації інституту конституційної скарги надає значні можливості у вивченні іноземного досвіду реалізації окремих елементів механізму забезпечення прав людини в національних системах.

Окремо необхідно наголосити про важливість існування інституту конституційної скарги як механізму забезпечення прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження. Законодавче закріплення процесуального механізму скасування рішень судів загальної юрисдикції через оскарження конституційності норм, які було покладено в обґрунтування прийнятих рішень у конкретних кримінальних провадженнях, надало громадянам дуже цінне право доступу до конституційного правосуддя та реалістичну можливість оскаржити не тільки та не стільки процесуальні порушення під час здійснення кримінального провадження, але також і матеріальні норми закону, з урахуванням яких таке провадження здійснювалось.

Важко переоцінити значення інституту конституційної скарги як інструменту захисту прав учасників кримінального провадження, враховуючи, що відповідно до пункту 1 частини 3 статті 459 Кримінального процесуального кодексу України<sup>12</sup> встановлена Конституційним Судом України неконституційність, конституційність закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого судом під час вирішення справи, є виключною обставиною, яка у свою чергу – нормативно визначена підстава для перегляду ухвалених у кримінальному провадженні судових рішень.

Варто зауважити, що інститут конституційної скарги може бути застосований лише у разі, якщо всі інші національні засоби юридичного захисту вичерпано, тобто для реалізації прав на конституційну скаргу особі необхідно отримати остаточне судові рішення в судах загальної або спеціальної юрисдикції і у строк не пізніше трьох місяців із дня винесення рішення звернутися до Консти-

туційного Суду України з належно оформленою скаргою.

Розгляд конституційної скарги здійснюється в порядку, визначеному для розгляду конституційних подань і звернень, за винятком особливостей, які притаманні лише розгляду конституційної скарги. Ми вважаємо за необхідне звернути увагу на деякі аспекти розгляду конституційної скарги, зокрема на ті, що були об'єктами критики з боку практиків і науковців.

Враховуючи положення статей 55, 56, 62, 63 Закону, можна констатувати, що в цьому нормативному акті закладено досить великий перелік обставин, які можуть стати перепоною у відкритті та завершенні розгляду конституційного провадження за конституційною скаргою.

Наприклад, Н.Є. Керноз та І.С. Чередниченко звертають увагу на зайву формалізацію вимог до змісту конституційної скарги, адже пунктом 6 частини другої статті 55, статтею 77 Закону передбачено як умову прийнятності конституційної скарги не лише «обґрунтування тверджень щодо неконституційності закону України (його окремих положень)», але й обов'язкове зазначення того, «яке з гарантованих Конституцією України прав людини, на думку суб'єкта права на конституційну скаргу, зазнало порушення внаслідок застосування закону»<sup>13</sup>. Ми повністю погоджуємося з відповідним зауваженням і вважаємо, що встановлення такого «фільтру» лише зашкодить визначеності змісту конституційних скарг, які будуть подаватися до Конституційного Суду України.

Справедливим буде зазначити, що норми права, які встановлюють порядок звернення громадян до Конституційного Суду України з конституційними скаргами, досі є недосконалими, що знижує потенційну ефективність конституційної скарги як механізму забезпечення прав громадян. Для об'єктивної оцінки ефективності інституту конституційної скарги ми пропонуємо звернутися до статистики подання конституційних скарг до Конституційного Суду України.

Так, у період з 30 вересня 2016 р. до 31 січня 2019 р. до Конституційного Суду України надійшло 1237 конституційних скарг, що значно менше від очікуваної кількості звернень<sup>14</sup>. За період з 01 січня 2018 р. по 31 грудня 2018 р. до Конституційного Суду України надійшло 690 конституційних скарг, щодо яких Секретаріатом Конституційного Суду України здійснено попередню перевірку на відповідність за формою вимогам Закону. З них лише 264 (38%) конституційні скарги за формою відповідали вимо-

<sup>10</sup> Garlicki Leszek. *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*. Wyd. 12. Warszawa, 2008. P. 365.

<sup>11</sup> Maunz T. et al. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Loseblatt*. Stand, 2005. P. 151.

<sup>12</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України 2012. *Голос України*. 2012. Травень, 19. № 90–91.

<sup>13</sup> Керноз Н.Є., Чередниченко І.С. Проблемність реалізації права на конституційну скаргу в Україні. *Актуальні проблеми юридичної науки та практики*. 2017. № 1 (3). С. 21.

<sup>14</sup> Терлецький Д. Навіщо нам конституційна скарга? *Юридична газета*. 2019. Урудень, 23. URL: <https://jur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/navishcho-nam-konstytucyina-skarga.html>

гам Закону та були розподілені між суддями Суду в порядку, встановленому Регламентом Суду<sup>15</sup>, а 426 (62%) конституційних скарг було повернуто (з відповідними роз'ясненнями та зазначенням про можливість повторного звернення з дотриманням вимог Закону) суб'єктам права на конституційну скаргу як такі, що за формою не відповідали вимогам Закону. Для порівняння: із 356 конституційних скарг, що надійшли до Конституційного Суду України з моменту набрання чинності Законом (03 серпня 2017 року) у 2017 році, лише 83 (23%) конституційні скарги за формою відповідали вимогам Закону, а 273 (77%) скарги було повернуто скаржникам<sup>16</sup>.

Таким чином, можливо відмітити, що з року в рік кількість конституційних скарг, які поверталися скаржникам, зменшується, але залишається досить значною.

Слід зазначити і про іншу особливість здійснення проваджень за конституційною скаргою, а саме про забезпечувальний наказ, який може видаватися у випадках, визначених ст. 78 Закону. Однак, як слушно зазначають Ю. Кириченко і Б. Бондаренко, цікавим питанням є те, яким чином Велика палата КСУ має видавати забезпечувальний наказ<sup>17</sup>. Адже згідно із Законом лише вона наділена цим повноваженням та здійснює його за власної ініціативи. Водночас зазвичай конституційні скарги мають розглядатися сенатами, а рішення щодо відкриття провадження приймається колегіями. Тому незрозумілим є, яким чином Велика палата має ініціювати видання забезпечувального наказу за умови, що вона не розглядає справу. У зв'язку з особливостями природи забезпечувального наказу, а саме метою його видання (оперативне запобігання негативним наслідкам), він має бути виданий у короткі строки. При цьому ініціатива має виходити від Великої палати, яка не ознайомена з матеріалами справи. Залишається також невирішеним питання, яким чином та в межах якої процедури мають бути передані матеріали справи до Великої палати.

Водночас ми можемо зауважити, що відповідні повноваження Великої палати Конституційного Суду України щодо видання забезпечувального наказу можуть мати досить позитивний ефект у кримінальному провадженні, адже виконання судового рішення здатне призводити до подальшого порушення конституційних прав учасників такого провадження. Тривала процедура перегляду судових рішень за виключними обставинами, якими можуть бути рішення КСУ щодо встановлення неконститу-

ційності закону, який був покладений в обґрунтування судових рішень у кримінальному провадженні, очевидно, може обумовити порушення таких прав, як право на життя, право на свободу та особисту недоторканність, на особисте життя та на захист власності. Тому повноваження Великої палати Конституційного Суду України щодо видання забезпечувального наказу здатні надати можливість швидко й ефективно відреагувати на відповідне порушення Конституції.

За час дії інституту конституційної скарги Конституційним Судом України була прийнята певна кількість рішень, які мали вплив не лише на конкретні справи, а й на загальні засади здійснення судочинства в Україні, зокрема і на кримінально-процесуальне судочинство. Наприклад, конституційне провадження за скаргою В.М. Глуценка щодо неконституційності частини 2 статті 392 Кримінального процесуального кодексу України, яке було завершено прийняттям рішення на користь скаржника. Цим Рішенням Конституційний Суд України визнав таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним), положення частини другої статті 392 КПК України щодо унеможливлення окремого апеляційного оскарження ухвали суду про продовження строку тримання під вартою, постановленої під час судового провадження в суді першої інстанції до ухвалення судового рішення по суті. Конституційний Суд України вважає, що неможливість своєчасного апеляційного перегляду рішення суду першої інстанції про продовження запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою унеможлиблює ефективну та оперативну (дієву) перевірку правомірності обмеження конституційного права особи на свободу на стадії судового розгляду. Нemoжливiсть оскарження особою чи її захисником в апеляційному порядку ухвали суду про продовження строку тримання під вартою створює умови, за яких помилкове рішення суду першої інстанції, чинне протягом тривалого часу, може призвести до тяжких невідворотних наслідків для зазначеної особи у вигляді безпідставного обмеження її конституційного права на свободу<sup>18</sup>.

Гарним прикладом ефективної діяльності інституту конституційної скарги слід вважати і рішення в конституційному провадженні за скаргою групи осіб щодо неконституційності частини 5 статті 176 Кримінального процесуального кодексу України, якою передбачено, що запобіжні заходи у вигляді особистого зобов'язання, особистої поруки, домашнього арешту, застави не можуть бути застосовані до осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні

<sup>15</sup> Регламент Конституційного Суду України 2018. Конституційний Суд України. 2019. Грудень, 23. URL: [http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/reglament\\_2.pdf](http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/reglament_2.pdf)

<sup>16</sup> Щорічна інформаційна доповідь Конституційного Суду України за 2018 рік. Конституційний Суд України. 2019, Грудень, 23. URL: [http://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/dopovid\\_2018.pdf](http://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/dopovid_2018.pdf)

<sup>17</sup> Кириченко Ю., Бондаренко Б. Аналітичний звіт щодо запровадження інституту конституційної скарги. Київ : ФОП Москаленко О.М., 2018. С. 23–24.

<sup>18</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційною скаргою Глуценка Віктора Миколайовича щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини другої статті 392 Кримінального процесуального кодексу України від 13.06.2019 р. № 4-р/2019. Вісник Конституційного Суду України. 2019. № 4. С. 103.

злочинів, передбачених статтями 109–114-1, 258–258-5, 260, 261 Кримінального кодексу України. За результатами розгляду такого провадження Конституційний Суд України також визнав невідповідність зазначених норм положенням Конституції України, адже положення частини 5 статті 176 КПК України не відповідає частині 2 статті 3, частинам 1, 2 статті 8, частинам 1, 2 статті 29 Конституції України, оскільки порушує принцип верховенства права та обмежує право особи на свободу та особисту недоторканність<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними скаргами Ковтун Марини Анатоліївни, Савченко Надії Вікторівни, Костоглодова Ігоря Дмитровича, Чорнобука Валерія Івановича щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення частини п'ятої статті 176 Кримінального процесуального кодексу України від 25.06.2019 р. № 7-р/2019. *Вісник Конституційного Суду України*. 2019. № 4. С. 213.

### **Висновки**

Підсумовуючи результати дослідження, маємо визнати, що інститут конституційної скарги ефективно функціонує в правовому полі України і здатен ефективно забезпечувати права, свободи і законні інтереси громадян України, зокрема під час здійснення кримінального провадження. Безумовно, слід визнати, що інститут конституційної скарги потребує і буде потребувати подальшого вдосконалення задля забезпечення ефективності, законності і справедливості конституційного правосуддя в цілому. Однак очевидним є те, що конституційна скарга стане саме тим механізмом, використання якого здатне захистити права, свободи і законні інтереси громадян від неконституційного посягання з боку всіх державних органів, зокрема і законодавчих.

### Legal tradition and legal culture: the relation of concepts

**Koba Mariia**

*Applicant,*

*Senior Lecturer in the Department of Legal Provision of Combat Activities*

*of the Kiev Faculty*

*of the National Academy of the National Guard of Ukraine, Ukraine*

The article analyzes the basic approaches to understanding the concept of legal tradition (tradition in law) and substantiates the understanding of that concept as a phenomenon of legal culture, which captures the generalized legal experience, legal memory, legal knowledge and legal ideas that are passed down from generation to generation on a scale society, part of it, or an individual. The features of the legal tradition are identified, namely: historical and social conditionality; time-tested; authority; constancy, immutability; regulatory nature; ability for continuous updating and development; dynamism; attribution.

The reference to the structure of the specified concept is justified: cores (norms, standards of activity and behavior); fully and partially institutionalized elements (experience, knowledge, ideas, customs, rituals, attitudes, tastes, values, beliefs).

The content of the functions of the legal tradition is revealed: stabilization, securing, system-forming, regulating, informational, socializing, security, educational

The connection of legal traditions with the legal culture is revealed and it is proved that these concepts are close in content but not identical: the first of these concepts reflects the quality state of the legal system of society, and the second – gives an idea of always and sources of formation of such state.

The conditionality of legal traditions of society is substantiated by such factors as the level of the subject's consciousness and socio-cultural conditions of its functioning.

It has been proven that the mechanism of the legal tradition is to accumulate, preserve and provide experience, specific norms and values, samples of setting and solving certain problems.

It has been found out that the form of existence of legal traditions is specific legal norms, ideas, customs, rituals, etc.

It is has been proved that legal traditions exist and are implemented: 1) at the level of personal and group legal consciousness (in the form of ideas, moral requirements and ethical principles); 2) at the institutional level (as written and unwritten norms, requirements and patterns of behavior; 3) at the legal level – as real legal relationships, involving citizens, representatives of society.

### Правова традиція та правова культура: співвідношення понять

**Коба Марія Миколаївна**

*здобувач,*

*старший викладач кафедри правового забезпечення службово-бойової діяльності*

*Київського факультету*

*Національної академії Національної гвардії України, Україна*

#### Вступ

Серед юридичної спільноти поняття правової традиції (або традиції у праві) вважається багатограним і поліструктурним, тому його зазвичай відносять до найбільш складних з точки зору аналізу юридичних понять. Вивченням правових традицій як правової категорії займалися Л.В. Авраменко, П.П. Богуцький, Чаба Варга, Гранд Гленн, Д.О. Вовк, Ю.П. Лобода, Ю.М. Оборотов, С.С. Павлов, С.М. Скуріхін, Є.О. Харитонов та ін. Незважаючи на чималу кількість робіт, присвячених проблематиці традицій у праві, та зростання питомої ваги порівняльних досліджень, взаємозв'язок правових традицій і правової культури залишається малодослідженим. Тим більш наразі бракує робіт із проблематики впливу правових традицій на формування

правової культури тієї чи іншої соціальної групи. Між тим слід погодитися з думкою, що правова традиція посідає центральне місце в характеристиці права як цивілізаційного явища і є складовою частиною правової культури певного соціуму<sup>1</sup>.

Таким чином, **метою статті** є аналіз поняття «правова традиція» («традиція у праві») та встановлення його співвідношення з поняттям «правова культура».

#### Виклад основного матеріалу

Дослідження впливу правових традицій на правову культуру необхідно, на нашу думку, розпочати

<sup>1</sup> Вовк Д.О. Правова традиція: розуміння у контексті співвідношення з правовою системою і правовою культурою. *Вісник Академії правових наук України* : зб. наук. пр. Харків : Право, 2012. № 2 (69). С. 42–52.



зі з'ясування сутності поняття «правова традиція». У найзагальнішому розумінні *традиція* (від лат. tradition – передача) – це форма діяльності, поведінки і суспільних відносин, що історично склалася, укорінилася та передається із покоління в покоління. Тобто традиція – це те, що є сталим, має регламентуючий характер і розраховане на повторення. Синонімами зазначеного терміна є установлення, стереотип, заповідь, передача, наступність, неписаний закон. Аналіз соціологічної та філософсько-культурологічної літератури дозволяє виділити кілька основних підходів до розуміння традиції, а саме: а) трактування традиції як соціокультурної наступності взагалі; б) трактування традицій у межах сфери суспільної свідомості; в) трактування традицій як соціального зв'язку індивідів і груп у суспільстві, певний засіб соціалізації; г) ототожнення традицій із правовою спадщиною. Відповідно, знаходимо різні визначення поняття традиції, зокрема: як цілісної системи історично сформованих стереотипів форм передачі соціального та культурного досвіду, що підтримується силою суспільної думки певної спільноти людей і забезпечує наступність відтворення певного способу життя; як вираженого у соціально організованих стереотипах групового досвіду, акумульованого і відтвореного в людських колективах; як особливого зв'язку людей, що реалізується через їхню орієнтацію на загальнозначущі стандарти дій, поведінки тощо та фіксується в колективному досвіді освоєння середовища; як передачу комплексу укоріненних способів полегшення розуміння сутнісних принципів універсального (всесвітнього) порядку; як множина укоріненних уявлень, звичаїв, звичок і навичок практичної і суспільної діяльності, що передаються від покоління до покоління і виступають регуляторами суспільних відносин; як наступництво, завдяки якому суспільство зберігає, відтворює та передає накопичений минулими поколіннями досвід тощо.

Призначення традицій у соціумі полягає в закріпленні у свідомості людини певних уявлень, формуванні певного типу самосвідомості й зміцненні переконаності у необхідності певної організації суспільства чи певних дій та стосунків. Як слушно зауважує О.М. Отич, традиції є засобом етнокультурної, соціокультурної, професійної ідентифікації<sup>2</sup>. Саме традиції, на думку С.М. Скуріхіна, об'єднують розрізаних територіально, неоднорідних за своїм складом і соціальним становищем індивідів у єдине ціле. Сукупність традицій є найважливішим елементом внутрішньої колективної соціально-психологічної атмосфери, в якій постійно перебуває індивід<sup>3</sup>.

Зважаючи на зазначені розуміння традиції, можна припустити, що структурно традиція складається з ядра (норми, стандарти діяльності і поведінки) та частково інституціалізованих елементів (досвід, знання, уявлення, ідеї, звичаї, обряди, погляди, смаки, цінності, переконання тощо). Механізм дії традиції полягає в накопиченні, збереженні і трансляції досвіду, специфічних норм і цінностей, зразків постановки і розв'язання певних проблем. Серед ознак традицій найчастіше називають такі: історична зумовленість; перевіреність часом; авторитетність; сталість, незмінність; регламентуючий, нормативний характер; здатність до постійного оновлення і розвитку; динамічність. А ознакою, яка найбільш точно передає суть традиції, на нашу думку, є її атрибутивність, тобто здатність позначати і характеризувати той чи інший аспект соціальної реальності. Підкреслюючи значення традицій для суспільства, авторитетний дослідник зазначеної проблематики угорський дослідник Чаба Варга наголошує, зокрема, на тому, що традиція є усвідомленням успадкованого модусу культури, вона виконує роль джерела натхнення для ідентифікації зі спільнотою, вимагає тяглості як захожувальної чи пояснювальної сили<sup>4</sup>. Амбівалентність існування традицій підкреслює також Г. Glenn, коли зазначає, що традиція як така є не пасивним середовищем, а соціальною конструкцією людини (постійно відтворюється як її друга природа), в якій вона контекстуалізує власну безперервну творчу присутність на території своєї самоідентифікації в межах кордонів її власної самодисципліни, перебуваючи під подвійним тиском тяглості й змін<sup>5</sup>. Таким чином, розглядаючи правову традицію як складову частину правової культури, слід мати на увазі її двовекторність – спрямування одночасно в минуле і в майбутнє, а отже, стабілізаційну, ідентифікаційну і відтворюючу роль у соціумі.

Аналізуючи літературу, присвячену проблематиці розуміння поняття правової традиції (традиції у праві), передусім праці Ч. Варга, Г. Гленна, Д.О. Вовк, В.В. Дудченко, Ю. Оборотова, С.С. Павлова, Ю. Лободи та ін., ми дійшли висновку щодо відсутності єдиного розуміння поняття правової традиції та параметрів її взаємозв'язку з іншими явищами правового життя. Так, на думку С.С. Павлова, правова традиція – це юридична категорія, феномен правової культури, елемент правової системи та складова частина спадкоємності права, яка фіксує узагальнений правовий досвід, правову пам'ять, правові знання та правові уявлення, що передаються від покоління до покоління як прийнятні способи

<sup>2</sup> Отич О.М. Військові традиції як чинники підвищення якості вищої військової освіти. *Вища освіта України (Науковий та науково-методичний часопис)*. 2014. Том 1 (3). С. 59–63.

<sup>3</sup> Скуріхін С.М. Статусна та компетентна правова культура військовослужбовців Збройних Сил України : монографія / за ред. Ю.О. Оборотова. Одеса : Фенікс, 2011. 212 с. С. 51.

<sup>4</sup> Варга Ч. Правові традиції? У пошуках правових сімей і культур: Відкрита лекція ; Переклад О.В. Ткаченка ; за наук. ред. О.В. Кресіна. Київ-Львів : ЗУКЦ, 2012. Серія науково-методичних видань «Академія порівняльного правознавства». Вип. 24. 24 с.

<sup>5</sup> Glenn H.P. *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*. Oxford, New York : Oxford University Press, 2000. XXIV. 371 p.

організації суспільства, моделі формування правового устрою, порядку в праві, ієрархії цінностей у праві та ін.<sup>6</sup> Ю.П. Лобода висловлює думку про те, що правова традиція – це закономірність розвитку сфери правового буття суспільства і одночасно принцип, ідея і тенденція розвитку правового складника соціальної соціалізації<sup>7</sup>. Досить ґрунтовно, на нашу думку, проблематику правової традиції розроблено у працях Д.О. Вовк<sup>8</sup>, опублікованих нещодавно. Особливо цінними для розуміння сутності поняття правової традиції вважаємо такі здобуті результати: 1) правова традиція як така становить наукову абстракцію, змістовна характеристика якої (рисни, джерела, форми прояву, сфера дії) зазвичай можлива лише стосовно конкретної традиції у праві; 2) правові традиції є конкретними проявами історичності у праві, які зумовлюють особливості існування якогось правового явища чи правової системи загалом; 3) вивчення правових традицій дає можливість побачити, чому в суспільстві або групі суспільств, об'єднаних у цивілізацію, сформувалися саме такий образ права, таке суспільне значення права, така правова система; 4) інше, не таке, як зазначене, розуміння традиції призводить до її ототожнення або змішування з правовою сім'єю, правовою системою чи її певним елементом і, відповідно, має наслідком втрату понятійної цінності. Особливо цінною вважаємо думку автора про смислову наближеність категорій «правова традиція» і «правова культура», які обидві можуть використовуватися для позначення певного рівня розвитку правової системи, але якщо культура відображає сам цей стан, то традиція дає уявлення про шляхи і джерела формування такого стану<sup>9</sup>.

Про необхідність тлумачення поняття правової традиції в межах правової культури наголошує також Чаба Варга, коли пише, що поняття культури й традиції показують право в контексті й перспективі свідомої соціальної поведінки людей<sup>10</sup>. Зазначене зумовлює необхідність наголосу на неможливості ототожнення правової традиції з правовою

культурою: незважаючи на те, що обидва поняття відображають підсумок накопичення правового досвіду в суспільстві, поняття «культура» відображає власне стан розвитку, а поняття «традиція» дає уявлення про шляхи і джерела формування такого стану.

Досліджуючи питання значення правових традицій для регламентації відносин у сучасному суспільстві, ми дійшли висновку, що найчастіше з останніми пов'язують виконання таких *функцій*: стабілізаційної (забезпечують стійкість суспільних відносин, зокрема у сфері правової культури і правової свідомості); закріплюючої (забезпечують і утримують позитивний досвід у сфері права); системоутворюючої (приводять суспільні відносини до певної системи); регламентуючої (визначають певний порядок дій); інформаційної (накопичують, зберігають і передають певну інформацію); соціалізаційної (впливають на формування особи, залучаючи її до соціального досвіду); охоронної (охороняють усталений порядок). Визнаючи правомірність виокремлення зазначених функцій, вважаємо слушним доповнити перелік виховною функцією, яка полягає у впливові правових традицій на формування ціннісних орієнтацій та світогляду особи, представника того чи іншого соціуму. Втім, виховну функцію правових традицій у зазначеному контексті можливо розглядати як складову частину соціалізаційної функції.

Також нам вдалося встановити, що формою існування правових традицій зазвичай називаються конкретні правові норми, ідеї, звичаї, ритуали тощо. У літературі зазначається, що правові традиції знаходять своє відображення в джерелах права, зокрема у змісті нормативно-правових актів, проявляються у правових принципах, аксіомах, презумпціях, правовій термінології і процедурі<sup>11</sup>. Вище зазначалося, що носієм правових традицій і суб'єктом правового спадкування є особа, індивід. Проте умовою реалізації функцій правових традицій є їх постійне відтворення в часі й поширення у просторі, що можливо лише за умови їх підтримання не одним індивідом, а колективом індивідів. Беручи до уваги зазначене, вважаємо, що носієм правових традицій в Україні є український соціум, різного роду спільноти, які його складають, колективи та об'єднання людей на макро- і мікрорівнях. Крім того, правові традиції як суспільне надбання передбачають осмислене набуття досвіду, створення і використання правових норм політично активними громадянами, які накопичували все зазначене протягом тривалого часу з метою передачі наступному поколінню. Відповідно, зазначений процес можливий за умови функціонування громадянського суспільства. Таким чином, основним

<sup>6</sup> Павлов С.С. Правові традиції України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 ; Нац' ун.-т «Одеська юридична академія». Одеса, 2010. 20 с.

<sup>7</sup> Лобода Ю.П. Правова традиція українського народу (Феномен та об'єкт загальнотеоретичного дискурсу). Львів : Світ, 2009. 280 с. С. 89.

<sup>8</sup> Вовк Д.О. Про зміст категорії «правова традиція» та її значення у порівняльно-правових дослідженнях. *Порівняльне правознавство*. 2013. № 1–2. С. 300–309 ; Вовк Д.О. Правова традиція: підходи до розуміння. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2012. № 3. С. 3–15 ; Вовк Д.О. Правова традиція: розуміння у контексті співвідношення з правовою системою і правовою культурою. *Вісник Академії правових наук України* : зб. наук. пр. Харків : Право, 2012. № 2 (69). С. 42–52.

<sup>9</sup> Вовк Д.О. Про зміст категорії «правова традиція» та її значення у порівняльно-правових дослідженнях. *Порівняльне правознавство*. 2013. № 1–2. С. 300–309.

<sup>10</sup> Варга Ч. Правові традиції? У пошуках правових сімей і культур: Відкрита лекція ; переклад О.В. Ткаченка ; за наук. ред. О.В. Кресіна. Київ-Львів : ЗУКЦ, 2012. Серія науково-методичних видань «Академія порівняльного правознавства». Вип. 24. 24 с.

<sup>11</sup> Авраменко Л.В. Місце поняття «наступність» у категорійному апараті теорії права. *Проблеми законності: респ. міжвід. наук зб.* ; відпов. ред. В.Я. Тацій. Харків : Нац. юрид. акад. України, 2006. Вип. 82. С. 3–10.

носієм правових традицій у сучасному контексті є громадянське суспільство України в цілому та різні спільноти, які його складають, зокрема.

Для розуміння механізму дії правових традицій необхідно, на нашу думку, повернутися до тези про те, що правові традиції є формою (протоформою) існування права. Відповідно, визнаючи триєдину форму існування права (на рівні ідеї – як правосвідомості; на рівні знакового вираження – як законодавства; на рівні взаємодії між соціальними суб'єктами – як правового життя), слід визнати, що правові традиції існують та реалізуються: 1) на рівні особистої та групової правосвідомості (у формі ідей, моральних вимог та етичних принципів); 2) на інституційному рівні (як писані та неписані норми, вимоги та шаблони поведінки); 3) на рівні правового життя (як реальні правовідносини, учасниками яких є громадяни, представники суспільства). Як бачимо, виявлені рівні та форми існування правових традицій охоплюються поняттям «правова культура».

### Висновки

З урахуванням зазначеного, можна зробити такі висновки:

1. Під поняттям «правова традиція» («традиція у праві») слід розуміти певну юридичну категорію – феномен правової культури та елемент правової системи, яка фіксує узагальнений правовий досвід, правову пам'ять, правові знання та правові уявлення, що передаються від покоління до покоління як прийнятні способи організації суспільства, моделі формування правового устрою, порядку в праві та ієрархії цінностей у суспільстві. Носіями правових традицій є суспільство в цілому або певна його частина.

2. Ознаками правової традиції є: історична та соціальна зумовленість; перевіреність часом; авторитетність; сталість, незмінність; регламентуючий, нормативний характер; здатність до постійного оновлення і розвитку; динамічність; атрибутивність.

3. Юридичні категорії «правова традиція» та «правова культура» є наближеними одна до одної за змістом, оскільки обидві можуть використовуватися для позначення певного рівня розвитку правової системи. Проте зазначені поняття не можна отожднювати, оскільки поняття правової культури відображає власне зазначений стан, а поняття правової традиції дає уявлення про шляхи і джерела формування такого стану. Тобто терміном «правова культура» позначається певний правовий феномен, а поняттям «правова традиція» – механізм його формування, способи передачі та функціонування.

4. До складу структури правової традиції слід віднести: ядро, яке складають норми, стандарти діяльності й поведінки; повністю та частково інституціалізовані елементи, такі, як: досвід, знання, уявлення, ідеї, звичаї, обряди, погляди, смаки, цінності, переконання.

5. Правові традиції виконують у суспільстві стабілізаційну, закріплюючу, системоутворюючу, регламентуючу, інформаційну, соціалізаційну, охоронну, виховну функції.

6. Формою існування правових традицій є конкретні правові норми, ідеї, звичаї, ритуали тощо.

7. Правові традиції існують та реалізуються: 1) на рівні особистої та групової правосвідомості (у формі ідей, моральних вимог та етичних принципів); 2) на інституційному рівні (як писані та неписані норми, вимоги та шаблони поведінки); 3) на рівні правового життя (як реальні правовідносини, учасниками яких є громадяни, представники суспільства).

## Information and analytical activity of public entities administration in the field of road safety in Ukraine

**Koller Yurii**

*Candidate of Juridical Sciences, Senior Researcher,  
Leading Research Associate of Fellow Research Department of Research Laboratory of Problems of Legal  
and Organizational Support of the Ministry Activities  
State Research Institute of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine, Ukraine*

The article is devoted to the research of information-analytical activity of public administration subjects in the field of traffic safety in Ukraine. Attention is drawn to the fact that the acquisition, processing and exchange of information is an integral part of road safety. This is explained, firstly, by the informational nature of the connections that form the basis for the interaction of elements of any system of social governance, and, second, by the fact that constant work with information requires dynamic interaction and coordination, which are the main components of the process. Controls that change over time as a result of the state of the entities and the managed system.

Due to the global informatization of society, automation of management and continuous improvement of information technologies, such activity is getting more opportunities. It is emphasized that it is expedient to conduct a study of the current state and prospects of development of information and analytical activity of state authorities, local self-government bodies and public organizations as subjects of public administration in the field of road safety in Ukraine. It is concluded that the concept of information-analytical activity of road safety actors should be considered as a set of actions of state authorities, local self-government bodies, public organizations and other subjects of the road safety system to meet the information needs of this system and create conditions for the effective interaction of its elements to prevent accidents and reduce the severity of their consequences. The mentioned activity is characterized by insufficient use of existing information technologies. That is why finding and implementing new means of obtaining and analyzing traffic safety information is a promising avenue for improving the interaction of such entities. For the most effective use, the tools of information and analytical activity should be integrated into automated information systems. Such systems, in addition to the actual database of the elements "driver – vehicle – road", should provide tools for their analysis on the necessary indicators, means of protection of information and different types of access for authorized subjects of road safety.

### Інформаційно-аналітична діяльність суб'єктів публічного адміністрування у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні

**Коллер Юрій Сергійович**

*кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник,  
провідний науковий співробітник науково-дослідного відділу науково-дослідної лабораторії проблем  
правового та організаційного забезпечення діяльності Міністерства  
Державного науково-дослідного інституту Міністерства внутрішніх справ України, Україна*

#### Вступ

Невід'ємною складовою частиною забезпечення безпеки дорожнього руху є збір, обробка та обмін інформацією. Це пояснюється, по-перше, інформаційною природою зв'язків, що становлять основу для взаємодії елементів будь-якої системи соціального управління, і, по-друге, тим, що постійна робота з інформацією вимагає динамічної взаємодії та координації, які є головними складниками процесу управління, що змінюються в часі внаслідок зміни стану суб'єктів та керованої системи.

Унаслідок глобальної інформатизації суспільства, автоматизації управління та безперервного вдосконалення інформаційних технологій така діяльність отримує дедалі більші можливості. Варто дослідити сучасний стан та перспективи розвитку інформаційно-аналітичної діяльності органів дер-

жавної влади, органів місцевого самоврядування та громадських організацій як суб'єктів публічного адміністрування у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні.

Питанню інформації та її зв'язку з процесами публічного адміністрування присвячено чимало наукових праць, розробленням яких займалися такі вчені-адміністративісти, як В.Б. Авер'янов, І.В. Арістова, Г.В. Атаманчук, В.Г. Афанасьєв, О.М. Бандурка, І.Л. Бачило, К.І. Беляков, Ю.П. Битяк, В.В. Зуй, Р.А. Калюжний, Ю.М. Козлов, А.П. Коренєв, Б.З. Мільнер, В.В. Цветков та ін. Водночас усе ще залишається малодослідженою проблема створення цілісної системи інформаційно-аналітичної діяльності суб'єктів публічного адміністрування у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні. Вказане свідчить про актуальність цієї статті, метою якої є дослідження інформаційно-аналітичної діяльності

суб'єктів публічного адміністрування у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні.

### Виклад основного матеріалу

Зміст поняття «інформаційно-аналітична діяльність» складається принаймні з двох суттєвих ознак такої діяльності. З одного боку, цей напрям роботи суб'єктів забезпечення безпеки дорожнього руху передбачає пошук, збір, фіксацію, зберігання та надання певної інформації про фактичний стан системи дорожнього руху. З іншого – інформаційно-аналітична діяльність охоплює також і якісну обробку отриманої інформації шляхом використання необхідних кількісних показників та інших засобів аналізу. Зрозуміло, що подальше дослідження змісту інформаційно-аналітичної діяльності потребує інтерпретації поняття інформації.

У найбільш загальному значенні під інформацією розуміють деякі відомості, сукупність певних даних, знань<sup>1</sup>; відомості про навколишній світ та процеси, що відбуваються в ньому і сприймаються людиною чи спеціальним пристроєм<sup>2</sup>.

У кібернетиці поняття «інформація» розглядається здебільшого з формального боку – як певні повідомлення між елементами систем управління, основні положення про які об'єднано в теорії інформації. Як бачиться, у разі такого розуміння інформація може виступати певним показником ступеню впорядкованості елементів у системі управління, наявності належної взаємодії та координації діяльності її суб'єктів.

Як правові категорії науковці розглядають поняття інформаційної сфери та інформаційного простору. Досліджуючи особливості державного управління в інформаційній сфері, І.В. Арістова акцентує увагу на важливому з цього погляду аспекті інформації – забезпеченні «випереджаючого» відображення дійсності в самокерованих системах<sup>3</sup>. Стосовно сфери забезпечення безпеки дорожнього руху таке відображення стану системи управління, на погляд автора, має безпосереднє значення для ефективного запобігання дорожньо-транспортним пригодам (далі – ДТП) та зниження тяжкості їхніх наслідків. Правові засади інформаційної діяльності суб'єктів забезпечення безпеки дорожнього руху закладено в Законі України «Про інформацію»<sup>4</sup>. У цьому нормативному акті використовується більш

звужене порівняно із загальними тлумаченнями визначення поняття інформації. Так, відповідно до положень ст. 1 Закону «Про інформацію» інформацією визнаються будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді<sup>5</sup>. Безперечно, саме під такі ознаки підпадають відомості про стан системи дорожнього руху, які можуть бути використані суб'єктами забезпечення безпеки дорожнього руху у своїй діяльності. Зокрема, документально закріпленими відомостями є дані про водіїв та інших учасників дорожнього руху, зареєстровані транспортні засоби, автомобільні дороги, засоби організації та регулювання руху, засоби забезпечення безпеки дорожнього руху, зафіксовані дорожньо-транспортні пригоди та інші дані, що мають значення для забезпечення безпеки дорожнього руху.

До основних видів інформаційної діяльності законодавцем віднесено створення, збирання, одержання, зберігання, використання, поширення, охорона та захист інформації<sup>6</sup>. Виходячи зі змісту ст. 9 Закону, вбачається, що в цьому разі йдеться скоріш про окремі етапи чи окремі групи операцій з інформацією. Вважаємо, що всі ці операції є характерними і для інформаційно-аналітичної діяльності суб'єктів публічного адміністрування у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні.

Щодо специфічних ознак інформаційно-аналітичної діяльності у вузькому розумінні як різновиду інформаційної діяльності, то вони перебувають у децю іншій площині. По-перше, це наявність певного інструментарію такої діяльності – аналітичних та синтетичних методів. По-друге, у формальному плані інформаційно-аналітична діяльність передбачає роботу не лише з так званими первинними документами, що містять вихідну інформацію, зокрема про стан системи забезпечення безпеки дорожнього руху, а й діяльність щодо створення вторинних документів як результату обробки первинної інформації.

Під час дослідження організаційних засад взаємодії та координації суб'єктів забезпечення безпеки дорожнього руху доцільно використовувати термін «інформаційно-аналітична діяльність» у широкому значенні, тобто розуміючи під ним «всі напрями інформаційної роботи суб'єктів, характерні для їх взаємодії».

Автор пропонує розглядати поняття інформаційно-аналітичної діяльності суб'єктів забезпечення безпеки дорожнього руху як сукупність дій органів державної влади, органів місцевого самоврядування, громадських організацій та інших суб'єктів системи забезпечення безпеки дорожнього руху

<sup>1</sup> Философский словарь / под ред. М.М. Розенталя. Изд. 3-е. Москва : Политиздат, 1975. С. 153.

<sup>2</sup> Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка: 72500 слов и 7500 фразеологических выражений. Москва : АЗБ, 1993. С. 255.

<sup>3</sup> Арістова І.В. Державна інформаційна політика та її реалізація в діяльності органів внутрішніх справ України: організаційно-правові засади : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків : Національний університет внутрішніх справ, 2002. С. 12.

<sup>4</sup> Про інформацію : Закон України від 02.10.1992 р., № 2657-ХІІ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12> (дата звернення: 27.02.2020).

<sup>5</sup> Про інформацію : Закон України від 02.10.1992 р., № 2657-ХІІ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12> (дата звернення: 27.02.2020).

<sup>6</sup> Про інформацію : Закон України від 02.10.1992 р., № 2657-ХІІ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12> (дата звернення: 27.02.2020).

щодо задоволення інформаційних потреб цієї системи та створення умов для ефективної взаємодії її елементів з метою запобігання ДТП та зниження тяжкості їхніх наслідків.

Інформаційні потреби суб'єктів забезпечення безпеки дорожнього руху можуть стосуватися різних аспектів функціонування як системи дорожнього руху, так і державної системи управління його безпекою. Водночас первинними для цієї системи мають бути дані про стан безпеки дорожнього руху.

Постановою Кабінету Міністрів України № 1053 від 17 грудня 1993 року затверджено перелік відповідних статистичних показників з питань безпеки дорожнього руху, які стосуються відомостей про: національні транспортні засоби за категоріями; автомобільні дороги, вулиці та залізничні переїзди, дорожні споруди, технічні засоби регулювання дорожнього руху, об'єкти сервісу та захисні насадження; аварійність і дорожньо-транспортний травматизм; правопорушення у сфері дорожнього руху та їх профілактику; водіїв за призначенням, віком, стажем та кваліфікацією<sup>7</sup>.

Як видно, кожен із наведених показників так чи інакше кореспондує певному елементові раніше згадуваної моделі дорожнього руху «водій – транспортний засіб – дорога» й може бути використаний для характеристики причин та умов ДТП, а також їхніх негативних наслідків. Робота з первинною обліковою документацією, що містить такі дані, є одною з базових складників інформаційно-аналітичної діяльності суб'єктів забезпечення безпеки дорожнього руху. Саме тому сьогодні, з погляду на створення умов ефективної взаємодії цих суб'єктів, провідним напрямом їхньої інформаційно-аналітичної роботи вважається запровадження автоматизованих інформаційних систем (АІС) для накопичення й зберігання первинних даних про стан безпеки дорожнього руху, доступ до яких мають взаємодіючі суб'єкти.

Зокрема, відповідно до Плану заходів щодо реалізації Стратегії підвищення рівня безпеки дорожнього руху в Україні на період до 2020 року, затвердженого розпорядженням Кабінету Міністрів України від 28.03.2018 р. № 231-р, передбачається необхідність створення: 1) системи щорічної звітності керівників обласних держадміністрацій в частині забезпечення безпеки дорожнього руху, внесення на розгляд Кабінету Міністрів України відповідних проектів законодавчих та інших нормативно-правових актів, які врегульовують питання відповідальності органів місцевого самоврядування за безпеку на вулично-дорожній мережі, а також надання цим органам повноважень щодо можливості створення

та регулювання безпечних і зручних умов для всіх учасників руху, зокрема осіб з інвалідністю; 2) автоматизованої системи внесення даних про отримані травми внаслідок дорожньо-транспортної пригоди в закладах охорони здоров'я з урахуванням вимог Закону України «Про захист персональних даних»; 3) автоматизованої єдиної бази даних щодо виданих медичних довідок кандидатам у водії та водіям транспортних засобів<sup>8</sup>.

Наявність єдиних баз даних та автоматизація роботи з ними дозволяє уникнути дублювання роботи різних суб'єктів публічного адміністрування у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху щодо збирання схожих відомостей, спростити обмін інформацією між ними, більш повно та ефективно використовувати первинні дані для аналітичної роботи.

Однак на цей час автоматизовані бази даних про стан безпеки дорожнього руху не отримали належного розвитку. Наприклад, незважаючи на затвердження нових Правил ведення обліку дорожньо-транспортних пригод, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 22.05.2019 р. № 424, досі не затверджені (на виконання п. 9 цих Правил): Інструкція з формування та використання обліку; Порядок ведення відомчих класифікаторів інформації, форми спостережень; Методика проведення аналізу даних<sup>9</sup>.

Поряд із відсутністю ефективних автоматизованих інформаційно-аналітичних систем зберігання та обробки даних про стан безпеки дорожнього руху законодавцем та іншими суб'єктами правотворчості формулюються все нові й нові завдання щодо проведення заходів, спрямованих на запобігання ДТП та зниження тяжкості їхніх наслідків.

Удосконалення взаємодії суб'єктів забезпечення безпеки дорожнього руху з питань проведення обов'язкового технічного контролю транспортних засобів та оптимізація відповідних напрямів їхньої інформаційно-аналітичної діяльності потребують і автоматизації процесу передавання відомостей з електронних реєстрів протоколів перевірки технічного стану та міжнародних сертифікатів технічного огляду до бази даних МВС та Національної поліції України.

Крім того, необхідно об'єднати в спільну інформаційну систему не лише дані про результати проведення обов'язкового технічного контролю транспортних засобів, а також відомості щодо огляду міського електротранспорту, дорожньо-будівельної та сільськогосподарської самохідної техніки, яка експлуату-

<sup>7</sup> Про затвердження переліку статистичних показників порядку обліку і звітності з питань безпеки дорожнього руху : Постанова Кабінету Міністрів України від 17.12.1993 р., № 1053. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1053-93-%D0%BF> (дата звернення: 27.02.2020).

<sup>8</sup> Про затвердження плану заходів щодо реалізації Стратегії підвищення рівня безпеки дорожнього руху в Україні на період до 2020 року : розпорядження Кабінету Міністрів України від 28.03.2018 р., № 231-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/231-2018-%D1%80> (дата звернення: 27.02.2020).

<sup>9</sup> Деякі питання ведення обліку дорожньо-транспортних пригод : Постанова Кабінету Міністрів України від 22.05.2019 р., № 424. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/424-2019-%D0%BF> (дата звернення: 27.02.2020).

ється в умовах вулично-дорожньої мережі спільного користування. Створення зазначеної автоматизованої бази даних дозволить своєчасно виявляти факти експлуатації транспортних засобів та іншої самохідної дорожньої техніки, що не пройшли державний технічний огляд, і, як результат, ефективніше запобігати ДТП з причин їх технічної несправності.

Чимало проблем інформаційно-правового характеру пов'язано і з поширенням застосування технічних засобів нагляду за дисципліною учасників дорожнього руху, використання їх пояснень як доказів у справах про адміністративні правопорушення у сфері безпеки дорожнього руху. Так, певну «автоматизацію» процесу розгляду адміністративних справ передбачає ст. 14-2 КУпАП для випадків, коли правопорушення зафіксовано в автоматичному режимі, та за порушення правил зупинки, стоянки, паркування транспортних засобів, зафіксовані в режимі фотозйомки (відеозапису). На підставі отриманих візуальних матеріалів закон дозволяє притягати до адміністративної відповідальності: фізичну особу або керівника юридичної особи, за якою зареєстровано транспортний засіб; належного користувача транспортного засобу; особу, яка виконує повноваження керівника юридичної особи; особу, яка ввезла такий транспортний засіб на територію України<sup>10</sup>.

Обладнання доріг та вулиць населених пунктів на ділянках з інтенсивним рухом працюючими в автоматичному режимі технічними засобами фотота відеофіксації правопорушень передбачає запровадження системи автоматичної фіксації порушень Правил дорожнього руху<sup>11</sup>.

Створення та функціонування таких інформаційних систем з можливістю автоматизованої ідентифікації транспортних засобів, їх власників та водіїв у подальшому може бути використано для розроблення засобів інформаційної взаємодії суб'єктів забезпечення безпеки дорожнього руху з іншими державними органами та службами, зокрема: з Державною податковою службою України щодо питань притягнення до юридичної відповідальності власників транспортних засобів за порушення податкового законодавства, а з уповноваженим органом з реалізації державної політики у сфері організації примусового виконання рішень судів України – щодо питань примусового виконання судових та інших обов'язкових рішень тощо.

Поряд зі створенням нових інформаційно-аналітичних систем щодо обробки даних про стан безпеки дорожнього руху нагальною є проблема вдосконалення засобів збирання первинної інформації для таких систем. З огляду на це перспективним

напрямом розвитку інформаційної роботи суб'єктів забезпечення безпеки дорожнього руху є запровадження єдиних законодавчих вимог до обладнання транспортних засобів так званими «чорними скриньками» – бортовими засобами фіксації даних про дорожню обстановку, показань контрольно-вимірвальних приладів, стан здоров'я водія та інших відомостей, що мають значення для встановлення причин та умов ДТП, що сталося за участю певного транспортного засобу.

В інтересах забезпечення безпеки дорожнього руху доцільно розробити єдині вимоги до таких пристроїв і визначити категорію транспортних засобів, для яких обладнання «чорними скриньками» є обов'язковим. Насамперед до цієї категорії слід включити автобуси та вантажні автомобілі, що здійснюють міжнародні перевезення, а також вантажні автомобілі, які транспортують небезпечні вантажі. Функції оператора єдиної системи даних «чорних скриньок» відповідно до свого адміністративно-правового статусу могла би виконувати Укртрансбезпека (Державна служба України з безпеки на транспорті).

Запровадження такої інформаційної системи дозволить використовувати зафіксовані бортовими пристроями відомості для встановлення причин дорожньо-транспортної події, зокрема неправильних дій водія й інших учасників дорожнього руху чи технічних несправностей транспортного засобу, а також наповнювати інформаційно-аналітичні системи даними про ДТП, необхідними для ефективного виявлення й усунення причин та умов аварійності.

## Висновки

Отже, поняття інформаційно-аналітичної діяльності суб'єктів забезпечення безпеки дорожнього руху варто розглядати як сукупність дій органів державної влади, органів місцевого самоврядування, громадських організацій та інших суб'єктів системи забезпечення безпеки дорожнього руху щодо задоволення інформаційних потреб цієї системи та створення умов для ефективної взаємодії її елементів з метою запобігання ДТП та зниження тяжкості їхніх наслідків. Зазначена діяльність характеризується недостатнім використанням існуючих інформаційних технологій. Саме тому пошук та запровадження нових засобів отримання й аналізу інформації про стан безпеки дорожнього руху є перспективним напрямом удосконалення взаємодії таких суб'єктів. Для найбільшої ефективності використання засоби інформаційно-аналітичної діяльності мають бути інтегрованими в автоматизовані інформаційні системи. У таких системах, крім власне бази первинних даних про елементи «водій – транспортний засіб – дорога», мають передбачатися інструменти їх аналізу за необхідними показниками, засоби забезпечення захисту інформації та різних видів допуску для уповноважених суб'єктів забезпечення безпеки дорожнього руху.

<sup>10</sup> Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 р., № 8073-X. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10> (дата звернення: 27.02.2020).

<sup>11</sup> Про Правила дорожнього руху : постанова Кабінету Міністрів України від 10.10.2001 р., № 1306. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1306-2001-%D0%BF> (дата звернення: 27.02.2020).

**Normative-project activity: questions of theory and practice****Kornienko Victoria**

*Postgraduate Student of Theory of State and Law Department  
V. M. Koretsky Institute of State and Law  
of the National Academy of Sciences of Ukraine, Ukraine*

The article provides general theoretic research of normative-project activity and identifies the place of legal expertise of normative legal acts at the specified stage. At present such an important stage in the lawmaking process as legal expertise is investigated in fragmentary and requires further scientific researches.

Concepts such as “norm”, “project”, “projecting”, “norm-projecting”, “legal expertise” and “normative legal act” are defined separately.

Different approaches to defining the concept of “norm-projecting” are distinguished. It is stated that norm-drafting is a process aimed at creating a project of a future normative legal act. Norm-projecting also has regulated stages. It is designed to legally consolidate the rules that have been established in the society, as well as according to needs and is carried out by authorized persons.

Using the methods of analysis and comparison, the views of different scientists were investigated. The differences between the concepts of “lawmaking”, “rulemaking” and “normative-project activity” were substantiated.

Different positions of scientists concerning the stages of norm-project activity are given. And their division at the stage is proposed. It is stated that norm-project activity is an extremely important stage of rulemaking, and therefore lawmaking.

The concept of “legal expertise” was also disclosed as a special stage of norm-drafting, which is multifaceted (gender, anti-corruption, environmental, etc.). Legal expertise carried out by a specially authorized person who has special knowledge (expert). As a result, an expert provides a reasoned conclusion about of the research the draft regulatory act.

In addition, the object and the subject of the normative-project activity were investigated. In particular, the opinion of scientists, who believe that one of the key subjects of rulemaking in developed democratic countries is the Ministry of Justice, is highlighted. It has also been proposed to identify such a legal entity as an expert who examines the project of normative legal act for its further approval, improvement or for the prevention of errors. The object of norm-drafting, namely the project of draft normative legal act, which is the result of the activity of the entities of rulemaking activity, is analyzed.

**Нормопроекування: питання теорії та практики****Корнієнко Вікторія Сергіївна**

*аспірант відділу теорії держави і права  
Інституту держави і права імені В. М. Корецького  
Національної академії наук України, Україна*

**Вступ**

У період реалізації євроінтеграційних спрямувань, а отже, й за умови динамічного розвитку суспільних відносин в Україні, для уникнення проблем суспільно-політичного та соціально-економічного характеру потрібно приділяти особливу увагу якості нормативно-правових актів ще на стадії нормопроекування.

На жаль, особливості нормопроектної діяльності, в тому числі ролі правової експертизи на вказаній стадії, досліджено в працях учених фрагментарно. Зокрема, питання нормопроекування, а також правової експертизи проєктів нормативно-правових актів частково порушувалися в працях як зарубіжних, так і вітчизняних учених, зокрема: Л. Андрусів, Л. Богачової, Т. Дідича, М. Кельмана, Ю. Лепеха,

Г. Рибікової, О. Скакун, С. Цися, Р. Чернолуцького, Ю. Шпака.

**Метою статті** є з'ясування сутності та змісту нормопроекування, а також місця правової експертизи на стадії проєкування нормативно-правових актів з урахуванням досягнень сучасної теоретико-правової думки, що дозволить підвищити якість та ефективність закону, а також попередить виникнення негативних наслідків його дії.

**Виклад основного матеріалу**

У наш час потребують етимологічного розуміння такі поняття, як «норма» та «проєкування». Зазначене дозволить у повній мірі розкрити поняття «нормопроекування». Зокрема, в тлумачному словнику зазначено, що норма (лат. norma – правило, взірць)



розглядається як міжгалузеве поняття, що використовується для узагальнення певної сукупності людських знань про природу і суспільство<sup>1</sup>.

Окрім того, у словниках зазначається, що поняття норми права – це загальнообов'язкові правила поведінки, встановлені або санкціоновані державою і забезпечені його примусовою силою<sup>2</sup>.

Більшість учених схильні розглядати поняття норми права як обов'язкові для дотримання і виконання правила поведінки, які сформовані з огляду на потреби суспільства на даний час з урахуванням досвіду минулого, а також санкціоновані державою, яка здійснює контроль за дотриманням їх виконання.

В юридичній літературі поряд із поняттям «норма» широко вживаються і такі юридичні категорії, як «проект» та «проектування». Так, в юридичному словнику проект (від лат. *projectus* – кинутий вперед) означає попередній текст майбутнього документа (законодавчого або іншого нормативно-правового акта)<sup>3</sup>, а проектування (те саме, що і проектувати) – скласти, розробити проект<sup>4</sup>.

Узагальнивши вищенаведені загальноприйняті поняття, варто запропонувати власне бачення зазначених визначень, а саме, що проект документа – це підготовлений попередній текст, який сформований уповноваженою на те особою, яка володіє спеціальними знаннями у відповідній галузі. У свою чергу проектування варто розглядати як процес створення проекту певного документа.

Варто відзначити, що проектування ґрунтується на основі розумової діяльності індивіда шляхом узгодження понять, вибудовування власних уявлень (концептуалізації)<sup>5</sup>.

Окрім того, в сучасній юридичній літературі окреме місце займає поняття «нормопроектування». Зокрема, як зауважує Т. Дідич, нормопроектування являє собою складне процесуальне явище, що здійснюється в чіткій послідовності суб'єктами нормопроектування, має складну структуру та етапність<sup>6,7</sup>.

Серед наукових праць із даної проблематики заслуговує на увагу позиція науковців, які зазначають, що нормопроектування (тобто нормопроектна діяльність) – це особлива, специфічна форма соціального проектування, котра носить узагальнюючий

характер щодо легалізації та легітимізації відповідних суспільних відносин, які мають загальне та важливе значення для стабільного існування та функціонування держави в соціумі<sup>8</sup>.

У свою чергу зазначені погляди вчених надають можливість визначити нормопроектування як процес, який спрямований на створення проекту майбутнього нормативно-правового акта, має регламентовані етапи, покликаний юридично закріпити правила, які склалися в суспільстві, а також відповідно до потреб, та здійснюється уповноваженими особами.

Поряд із цим важливо звернути увагу на «нормотворчість». Так, в юридичній літературі нормотворчість розглядають як особливу діяльність держави в особі спеціально уповноважених на це владних суб'єктів, спрямовану на нормативне закріплення суспільних потреб та інтересів і забезпечення належних умов для реалізації прав і свобод громадян та їх ефективного захисту<sup>9</sup>.

Окрім вчені також зазначають, що правотворчість, нормопроектування та окрема стадія нормопроектування співвідносяться між собою як загальне явище, одиничне та особливе<sup>10</sup>.

На нашу думку, поняття нормопроектування та нормотворчість співвідносяться як загальне та особливе. Зокрема, нормотворчість – це процес, який включає в себе в тому числі й нормопроектування, спрямований на кінцевий результат – створення нормативно-правового акта, здійснюється уповноваженими особами у межах, що визначені регламентованою процедурою.

Разом із тим інші вчені вважають, що нормотворчість буквально означає «творення норми», тобто результатом даного процесу є правові норми. Проте норми права не можуть набути чинності самостійно, поза межами акта, в якому знаходяться, а тому нормотворчість слід також розглядати як творення актів, які містять правові норми<sup>11</sup>.

У свою чергу для більш глибокого розуміння поняття нормотворчості акцентуємо увагу на розумінні категорії правотворчості.

Зокрема, варто зазначити, що процес створення проектів нормативно-правових актів досліджується виключно в межах вивчення інституту правотворчості<sup>12</sup>.

<sup>1</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. С. 792.

<sup>2</sup> Те саме. С. 792.

<sup>3</sup> Юридична енциклопедія : В 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ : «Укр. енцикл.», 1998. Т. 5: П–С. 2003. С. 154.

<sup>4</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. С. 1152.

<sup>5</sup> Чернолуцький Р.В. Нормопроектна діяльність: підходи до онтологічного розуміння. *Держава і право*. 2012. Вип. 57. С. 29.

<sup>6</sup> Дідич Т.О. Інститут погодження проекту нормативно-правового акта в системі засобів удосконалення нормопроектування. *Право України*. 2009. № 11. С. 174.

<sup>7</sup> Дідич Т.О. Стадії нормопроектування: поняття, зміст та значення. *Правова держава. Щорічник наук. пр.* 2005. Вип. 16. С. 615.

<sup>8</sup> Чернолуцький Р.В. Нормопроектування як конституююча форма соціального проектування. *Держава і право. Юридичні і політичні науки*. 2014. Вип. 64. С. 73.

<sup>9</sup> Шпак Ю.А. Методологічні підходи до визначення поняття нормотворчості органів місцевого самоврядування. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія : Юридична*. 2013. Вип. 1. С. 145–152.

<sup>10</sup> Дідич Т.О. Інститут погодження проекту нормативно-правового акта в системі засобів удосконалення нормопроектування. *Право України*. 2009. № 11. С. 174.

<sup>11</sup> Шпак Ю.А. Методологічні підходи до визначення поняття нормотворчості органів місцевого самоврядування. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія : Юридична*. 2013. Вип. 1. С. 148.

<sup>12</sup> Дідич Т.О. Нормопроектування: теоретико-правовий аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2006. С. 1–2.

Деякі вчені у своїх наукових дослідженнях підкреслюють, що проєктна стадія – це початкова стадія правотворчості<sup>13</sup>. Вказану позицію підтримує Т. Дідич, який зазначає про стадійність правотворчості, змістом якої є послідовний, чітко визначений комплекс робіт уповноважених суб'єктів<sup>14</sup>.

Слід наголосити, що процедура творення нормативно-правового акта триває в часі, тобто є послідовною зміною визначених стадій. Кожна стадія створюваного нормативно-правового акта має певну особливість, зокрема, прийняття рішення про підготовку проєкту нормативно-правового акта, внесення на розгляд правотворчого органу, прийняття рішення правотворчим органом щодо проєкту нормативно-правового акта, оприлюднення та введення в дію нормативно-правового акта<sup>15</sup>.

Так, нормотворчість розглядається як певний етап, стадія попереднього створення проєкту нормативного акту. На даному етапі розробляється своєрідна його модель, формулюються пропозиції щодо того, як її доцільно побудувати. Ця стадія складається з дій, які безпосередньо не породжують правових норм. Вони утворюють основу для наступних стадій, що мають вирішальне правотворче значення, виступають підготовчими передумовами для прийняття акта<sup>16</sup>.

Важливість цієї стадії полягає в тому, що від правильної організації роботи щодо створення проєкту нормативно-правового акта багато у чому буде залежати якість цього акта, оптимальність та своєчасність його приписів, повнота регулювання, точність та ясність формулювань<sup>17</sup>.

Заслуговує на увагу думка Л. Андрусів, яка зазначає, що одним з етапів підготовчої стадії правотворчості є також визначення кола осіб, які повинні підготувати проєкт, та безпосередньо його підготовка<sup>18</sup>.

Поряд із цим О. Скакун розглядає проєктну стадію як одну зі стадій правотворення і правотворчого процесу. Так, етап нормопроекткування складається, зокрема, з:

- ухвалення рішення про підготовку проєкту нормативно-правового акта;
- розроблення концепції проєкту нормативно-правового акта і підготовки його тексту, внесення в порядку правотворчої ініціативи, тобто юридичне формулювання волі народу (колективу) у вигляді норм права;

– попередній розгляд проєкту нормативно-правового акта правотворчим органам;

– обговорення проєкту нормативно-правового акта і узгодження його тексту із зацікавленими особами<sup>19</sup>.

З огляду на зазначене, на нашу думку, до етапу обговорення необхідно обов'язково додати умову залучення експертів до розгляду проєкту нормативно-правового акта.

Аналіз літературних джерел дає можливість констатувати, що нормопроекткування також має певні етапи. Вказану думку відстоюють окремі вчені й вважають, що процес нормопроекткування є цілісним та має відносний характер стадійної структури<sup>20</sup>.

Варто додати, що поділ нормопроекткування на стадії дає змогу розробити досконалу модель практичної, послідовної (поступової) роботи нормопроектувальників з метою досягнення максимально можливого соціального результату<sup>21</sup>. Окрім того, поділ процесу нормопроекткування на стадії також сприяє контролю за якістю майбутнього нормативно-правового акта.

З огляду на зазначене стадії нормопроекткування слід розуміти як науково обґрунтовану сукупність дій суб'єктів нормопроектної діяльності, що має логічну послідовність, націлена на досягнення певного результату та дає змогу моделювати зміст і послідовність цих дій з метою вдосконалення всього нормопроектного процесу<sup>22</sup>.

Поряд із цим деякі вчені дійшли висновків, що підготовку проєкту нормативно-правового акта як окрему стадію прямого правотворчого процесу у свою чергу можна поділити на три самостійні етапи.

Насамперед це попередні роботи, що передують складанню тексту проєкту, тобто підбір матеріалів, необхідних для розробки проєкту та ознайомлення з ним.

Наступним етапом є розроблення тексту первісного варіанта (або кількох альтернативних варіантів) проєкту.

І завершує даний процес обговорення, доопрацювання та погодження проєкту (прикінцева стадія підготовки проєкту). Проєкт остаточно відпрацьовується й оформлюється для внесення на розгляд суб'єкта правотворчості<sup>23</sup>.

Враховуючи вищезазначене, частково погоджуємося з позицією Т. Дідича, однак вважаємо, що

<sup>13</sup> Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник ; пер. з рос. Харків : Консум, 2006. С. 299.

<sup>14</sup> Дідич Т.О. Інститут погодження проєкту нормативно-правового акта в системі засобів удосконалення нормопроекткування. *Право України*. 2009. № 11. С. 172.

<sup>15</sup> Андрусів Л.М. Оприлюднення нормативно-правових актів як стадія правотворчості. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. Вип. 3. С. 4.

<sup>16</sup> Кельман М.С., Мурашин О.Г., Хома Н.М. Загальна теорія держави та права : підручник. 2-ге вид., стереотипне. Львів : Новий світ-2000, 2005. С. 356.

<sup>17</sup> Те саме. С. 357–358.

<sup>18</sup> Андрусів Л.М. Оприлюднення нормативно-правових актів як стадія правотворчості. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. Вип. 3. С. 7.

<sup>19</sup> Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник ; пер. з рос. Харків : Консум, 2006. С. 298–299.

<sup>20</sup> Дідич Т.О. Інститут погодження проєкту нормативно-правового акта в системі засобів удосконалення нормопроекткування. *Право України*. 2009. № 11. С. 171.

<sup>21</sup> Дідич Т.О. Стадії нормопроекткування: поняття, зміст та значення. *Правова держава. Щорічник наук. пр.* 2005. Вип. 16. С. 611–612.

<sup>22</sup> Дідич Т.О. Стадії нормопроекткування: поняття, зміст та значення. *Правова держава. Щорічник наук. пр.* 2005. Вип. 16. С. 613.

<sup>23</sup> Кельман М.С., Мурашин О.Г., Хома Н.М. Загальна теорія держави та права : підручник. 2-ге вид., стереотипне. Львів : Новий світ-2000, 2005. С. 358.

доцільно розподілити його модель поділу стадій нормопроекткування. Зокрема, вчений зазначає, що до таких стадій варто віднести:

1. Прийняття рішення про розроблення проєкту нормативно-правового акта.
2. Виявлення потреби в правовому регулюванні суспільних відносин.
3. Виявлення наявності об'єктивних умов для зміни правового регулювання суспільних відносин.
4. Розроблення та затвердження концепції проєкту нормативно-правового акта.
5. Розроблення проєкту нормативно-правового акта.
6. Урахування інтересів зацікавлених осіб і погодження проєкту нормативно-правового акта.
7. Деталізація та попередній розгляд проєкту нормативного акта.
8. Винесення проєкту до компетентного правотворчого органу з метою його розгляду та прийняття<sup>24</sup>.

На нашу думку, вказані стадії більш притаманні такому процесу, як нормотворчість. А пункти 4,5,6,7 безпосередньо відносяться до процесу творення проєкту нормативно-правового акта, тобто нормопроекткування.

Окрім того, вважаємо за доцільне окремо виділити таку стадію нормопроекткування, як проведення правової експертизи проєкту нормативно-правового акта, яка являє собою особливий етап нормопроектної діяльності, що має різносторонній характер (гендерна, антикорупційна, екологічна та ін.), здійснюється спеціально уповноваженою особою, яка має спеціальні знання (експертом), та в результаті якої надається аргументований висновок щодо досліджуваного проєкту нормативно-правового акта.

Аналізуючи об'єкт нормопроекткування, слід також акцентувати увагу на суб'єкті нормопроектної діяльності.

Враховуючи, що нормотворчість, поряд із нормопроекткуванням, є стадією правотворчості, для більш глибокого розуміння поняття суб'єкта необхідно визначити, що в юриспруденції розуміють під суб'єктами правотворчості.

В юридичній літературі серед суб'єктів правотворчості виокремлюють такі: правотворчість держави (через компетентні владні структури; безпосередня правотворчість народу (референдум); делегована правотворчість (прийняття нормативно-правового акта недержавним органом за дорученням держави); санкціонована правотворчість, тобто прийняття акта недержавним органом з наступним його затвердженням відповідним державним органом<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Дідич Т.О. Стадії нормопроекткування: поняття, зміст та значення. *Правова держава. Щорічник наук. пр.* 2005. Вип. 16. С. 613–615.

<sup>25</sup> Юридична енциклопедія : В 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ : «Укр. енцикл.», 1998. Т. 5: П-С. 2003. С. 51.

У сучасних умовах розвитку суспільства держава займає чільне місце серед суб'єктів правотворчості, виступаючи монополістом у здійсненні її окремих видів (законотворчості, підзаконної правотворчості)<sup>26</sup>.

Міжнародний досвід підтверджує, що одним із ключових суб'єктів нормотворчої діяльності в розвинених демократичних країнах є міністерство юстиції, яке відповідно до своєї фахової спрямованості щоденно має справу з нормативно-правовими актами всіх рівнів та, проводячи правову експертизу, виявляє недоліки проєктів нормативно-правових актів, запобігає прийняттю незаконних норм, а також виконує значний обсяг законопроектних робіт<sup>27</sup>.

Суб'єкти нормотворчості мають забезпечувати відповідність розроблених ними актів вимог, які пред'являються до нормативно-правового акта як офіційного юридичного документа (реквізити, структури тощо). Недотримання таких вимог є юридико-технічною нормотворчою помилкою і призводить до прийняття дефективного нормативного акта<sup>28</sup>.

З огляду на зазначене вважаємо, що суб'єкт нормотворчості (нормопроекткування) – це уповноважена особа, діяльність якої спрямована на створення проєкту нормативно-правового акта за допомогою мисленнево-розумової діяльності.

На нашу думку, варто виділити такого суб'єкта нормопроектної діяльності, як експерт, який здійснює експертизу проєкту нормативно-правового акта для його подальшого схвалення, удосконалення або для запобігання допущенню помилок.

Категоріальний аналіз норм права надає можливість акцентувати увагу на об'єкті нормотворчості, а саме проєкті нормативно-правового акта, який є результатом діяльності суб'єктів нормотворчої діяльності.

Загалом, слід зазначити, що нормативно-правові акти є первинним, обов'язковим джерелом права в Україні<sup>29</sup>. Так, в юридичному словнику наведено визначення поняття «нормативно-правовий акт», а саме те, що це офіційний письмовий документ, який приймається уповноваженим органом держави і встановлює, змінює, припиняє чи конкретизує певну норму права. До нормативно-правових актів належать закони і підзаконні нормативно-правові акти (укази і розпорядження глави держави, постанови уряду, акти центральних органів виконавчої влади та інші)<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Цись С.С. Доктринальні засади правотворчості: проблеми наукового розуміння. *Часопис Київського університету права.* 2015. № 1. С. 71.

<sup>27</sup> Лепех Ю.С. Питання про співвідношення понять «правотворчість» та «нормотворчість». *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки.* 2016. № 855. С. 227.

<sup>28</sup> Богачова Л.Л. Вимоги до підзаконного нормативно-правового акта як офіційного документа. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія : Юриспруденція.* 2017. Вип. 29 (1). С. 18.

<sup>29</sup> Там само. С. 16.

<sup>30</sup> Юридична енциклопедія : В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ : «Укр. енцикл.», 1998. Т. 5: П-С. 2003. С. 192.

Як доречно підкреслює Л. Богачова, нормативно-правовий акт має офіційний характер, правоутворювальне призначення та видається уповноваженими суб'єктами нормотворчості з дотриманням встановленої законом процедури та форми акта<sup>31</sup>.

Проаналізувавши положення деяких нормативно-правових актів, можна стверджувати, що ще однією особливістю нормативно-правового акта є те, що він має неодноразовий характер<sup>32,33</sup>. На нашу думку, вказане визначення є загальноприйнятим, однак потребує певного корегування. Так, вважаємо за потрібне доповнити його такою умовою, як націленість на поліпшення стану суспільних відносин загалом.

Узагальнюючи підходи до характеристики категорії «проект нормативно-правового акта», вважаємо за доцільне звернути увагу на позицію вчених, які зазначають, зокрема, що:

1. Проект має відповідати потребам розвитку суспільства та держави. Дане положення має бути юридично закріпленим. Необхідно ретельна перевірка та обґрунтування наявності реальних можливостей реалізації завдань, матеріальних, трудових та інших ресурсів для здійснення заходів, передбачених у проекті.

<sup>31</sup> Богачова Л.Л. Нормативно-правовий акт як джерело національного та європейського права. *Альманах міжнародного права*. 2016. Вип. 14. С. 6.

<sup>32</sup> Про вдосконалення порядку державної реєстрації нормативно-правових актів у Міністерстві юстиції України та скасування рішення про державну реєстрацію нормативно-правових актів : Наказ Міністерства юстиції України від 12.04.2005 р. № 34/5. *Офіційний вісник України*. 2005. № 15. С. 312.

<sup>33</sup> Про деякі питання практичного вирішення спорів, пов'язаних з визнанням недійсними актів державних чи інших органів : Роз'яснення Президії Вищого господарського суду України від 26.01.2000 р. № 02/5/35. URL: Режим доступу: zakon.rada.gov.ua/laws/show/v5\_35800-00

2. Пропонований проект повинен містити оптимальні нормативні вимоги, які би відображали рівень розвитку суспільних відносин, найбільш ефективним методом за найменших негативних побічних результатів.

3. Проектом має бути враховане місце майбутнього акта в єдиній правовій системі, його роль як нового компонента загального регулювання суспільних відносин<sup>34</sup>.

Це частково підтверджують й інші вчені, наголошуючи на тому, що, по-перше, проект є первинним елементом у формуванні волі людини до дії; по-друге, у ньому можна побачити симбіоз зародженого вольового фактору в людини та бажання втілити в дійсність свій інтерес<sup>35</sup>.

## Висновки

З урахуванням вищезазначеного можна зробити висновок, що натепер у нашій державі прискіпливої уваги потребує процес створення нормативно-правових актів. Так, нормопроектна діяльність являє собою надзвичайно важливу стадію нормотворчості, а отже, і правотворчості, кінцевою метою якого є створення проекту нормативно-правового акта, та який має визначені етапи.

Варто зауважити, що для підвищення якості законів та підзаконних нормативно-правових актів потрібно контролювати правотворчий процес саме на етапі нормопроекткування. Вказане можливо реалізувати лише за допомогою контролю нормопроектної діяльності, а саме за допомогою правової експертизи проектів нормативно-правових актів.

<sup>34</sup> Кельман М.С., Мурашин О.Г., Хома Н.М. Загальна теорія держави та права : підручник. 2-ге вид., стереотипне. Львів : Новий світ-2000, 2005. С. 358.

<sup>35</sup> Чернолуцький Р.В. Нормопроектна діяльність: підходи до онтологічного розуміння. *Держава і право*. 2012. Вип. 57. С. 28.

## Legal support of counteraction of war propaganda in Ukraine

**Koruts Uliana**

*Candidate of Juridical Sciences,*

*Head of International Office*

*Ternopil National Economic University, Ukraine*

The article deals with the issues of legal support for counteraction of war propaganda in Ukraine. The author points out the difficulties for the legal support of counteraction to the propaganda of the war in Ukraine, as it should take place first and foremost, but not exclusively, by means of criminal law.

The article states that the propaganda of war does not always lead to war itself, but it is capable of laying down systemic tectonic negative processes in society that are aimed at the split of society, the degradation of statehood and national consciousness. The propaganda of war is seen as a means of disruption, a tool for influencing the integrity of the external security system. The main powerful destructive and at the same time hidden mechanism of propaganda of war is that it can be carried out in the middle of society, undermining the trust of society to the authority of the state without the necessary and unnecessary manifestations of aggression.

Propaganda of war is a crime that is responsible for committing an objective social conditionality, the consequences of which are significant risks to the sovereignty of the state, its territorial integrity, as well as to national security and public character. That is why the author bases the need to expand the organizational and legal support of counteracting the propaganda of war as a separate direction of state policy, which includes the tools of information, criminal, international and legal counteraction.

War propaganda is a form of influence of another state on the national security of the state, its integrity, stability of public order, social, ethnic and other homogeneity of the population. The propaganda of war can be overcome most effectively and in the shortest possible time only through the means of prosecution, the instruments of legal coercion on the part of state authorities. Therefore, the propaganda of the war is defined to a special crime, the responsibility for which is provided by Art. 436 of the Criminal Code of Ukraine.

The author draws attention to the criminalization of war propaganda involves extending to the national justice system the instruments and means of countering such unlawful conduct of criminal prosecution mechanisms provided by international legal instruments. War crimes are one of the types of crimes that have the highest level of international legal regulation, which makes it possible to avoid their commission or to effectively prosecute the perpetrators of such crimes almost throughout the world. The implementation of the prosecution of war propaganda into national law demonstrates the willingness of the state to use effective means to punish criminals, as well as the commitment to democratic principles underpinning civil society that promotes peaceful, sustainable development of the country.

## Правове забезпечення протидії пропаганді війни в Україні

**Коруц Уляна Зіновіївна**

*кандидат юридичних наук,*

*начальник відділу міжнародних зв'язків*

*Тернопільського національного економічного університету, Україна*

### Вступ

Соціальна зумовленість виділення в окремих складзлочинного діяння, що передбачене ст. 436 Кримінального кодексу України (далі – КК України) як «Пропаганда війни», проявляється в тому, що військові злочини та злочини проти миру є одними з найбільш соціально небезпечних форм поведінки особи. Модус протиправної поведінки може мати різні ознаки, причини та форми прояву, однак злочинна поведінка, спрямована проти миру та загальносуспільних, соціальних благ, таких як життя людини, громадській спокій та національна безпека, формує надзвичайний рівень асоціалізації суб'єкту злочину. Тобто особа, яка вчиняє такий злочин, сві-

домо та сумлінно (за надзвичайно невеликим винятком) йде на загострення ризикогенних факторів, наслідком чого стає не лише ескалація конфлікту та досягнення ним стану воєнного конфлікту (причому в незалежності від природи конфлікту: загарбницькі дії, етнічний конфлікт тощо) з допустимо великою кількістю жертв серед мирного населення.

Основна причина надзвичайно гострої, навіть екстремальної соціальної зумовленості пропаганди війни як модусу злочинної поведінки полягає в тому, що подібна діяльність може мати надзвичайно різні, а інколи й непередбачувані наслідки. Так, пропаганда війни не завжди призводить до самої війни, однак здатна закладати системні тектонічні негативні процеси в суспільстві, які спрямовуються на

розкол соціуму, деградацію державності та національної свідомості.

Все це створює певні складнощі для правового забезпечення протидії пропаганди війни в Україні, але однозначно така протидія повинна відбуватися передусім, але не виключно, засобами кримінально-правового характеру.

**Мета статті** – дослідження правового забезпечення протидії пропаганді війни в Україні.

### Виклад основного матеріалу

Криміналізація пропаганди війни та виключення будь-яких можливостей застосування до такого виду протиправної поведінки регуляторного впливу нормативно-правових актів інших галузей права повинна забезпечити необхідну ефективність усієї політики держави у сфері національної безпеки. Пропаганда війни розглядається як засіб порушення, інструмент впливу на цілісність системи зовнішньої безпеки. А основним потужним руйнівним та при цьому скритим механізмом пропаганди війни є те, що вона може здійснюватися всередині суспільства, підриваючи саму довіру соціуму до авторитету держави без необхідних та зайвих проявів агресії. Ключовим при цьому є те, що пропаганда маскується фактично під інформацію та свободу слова, позиціонуючи себе як елемент альтернативної думки, громадянської позиції в певному гострому питанні. Саме через те, що інформаційний простір захищений принципами демократії, пропаганда війни має негативні та руйнівні наслідки, оскільки її завчасна ідентифікація досить часто призводить до іншої проблеми – номіналізації порушення органами державної влади права на свободу слова та інформацію, що насправді фактично являє собою комплекс заходів легального примусу, спрямованих на протидію негативним наслідкам пропаганди війни. У цьому контексті проявляється ще одна складність правового забезпечення протидії пропаганді війни за законодавством України, оскільки за таких умов відбувається перетин сфер правового регулювання кримінального та інформаційного права.

Із цього приводу доцільно навести точку зору В.М. Фурашева, який вказує, що основними стримуючими факторами кримінально-правового забезпечення протидії пропаганді війни в інформаційній сфері є такі: «забезпечення інформаційної безпеки людини, суспільства, держави не можливе без об'єктивно вимушеного правового обмеження прав і свобод людини у сфері інформаційних відносин; таке обмеження прав і свобод людини збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію повинно мати чіткі критерії, які дозволяють провести грань між дозволеним та обмеженим (забороненим) з максимальним ступенем об'єктивізму»<sup>1</sup>. Логіка дослід-

ника виходить із того, що суспільне благо в державі має вищу цінність, ніж благо особисте, оскільки перше охоплює певну сукупність індивідуального особистого блага. Така ситуація пов'язана з тим, що система забезпечення національної безпеки розрахована на дотримання суспільного інтересу більшості, а обмеження права меншості в інтересах держави та суспільства вважається необхідною мірою підтримки громадського та суспільного порядку.

У цьому контексті ми повинні чітко усвідомлювати, що кримінальна караність пропаганди, а фактично особливого виду реалізації особою власної правосуб'єктності у сфері інформаційних відносин – це не захід державного примусу, який реалізується або застосовується державою на власний розсуд без необхідних підстав, а необхідна вимушена міра, спрямована на те, щоб не допустити погіршення стабільності інформаційного простору через неправильне, хибне розуміння особою своєї правосуб'єктності або вимушеного, цілеспрямованого протиправного діяння.

О.В. Олішевський зазначає, що «пропаганда – це систематична діяльність, що передбачає формування потрібного сприйняття аудиторією наданого їй повідомлення, маніпулювання процесом роздумів аудиторії, скеровування поведінки аудиторії в напрямку, вигідному пропагандисту. Пропаганда війни, тобто підбурювання до застосування збройної сили проти іншої держави або етнічної групи, розпалювання шовіністичних настроїв на підтримку агресії – це сфабрикована неправдива інформація (або просто відверта брехня), поширення якої має на меті спровокувати конфлікт»<sup>2</sup>. Крайньою формою такого конфлікту є війна, а тому логічно, що держава намагається протистояти не стільки негативним наслідкам пропаганди, скільки суб'єктам, які нею займаються, тобто створює передумови для застосування заходів превентивного примусу.

На думку А.М. Притули, «пропаганда – більш-менш систематичні зусилля маніпулювати переконаннями, відносинами чи діями інших людей за допомогою символів. Умисність і відносно сильний упор на маніпуляцію відрізняють пропаганду від звичайного спілкування чи вільного і легкого обміну ідеями»<sup>3</sup>. Саме таке відмежування пропаганди від інформаційної діяльності й повинно виступати основним кваліфікуючим засобом детермінації пропаганди як кримінально-карані протиправної злочинної поведінки.

Якщо ж подивитися на пропаганду війни з точки зору сучасних геополітичних реалій України, то тут слушною буде точка зору Я. Малика, який вказує,

<sup>2</sup> Олішевський О.В. Інформація, що містить пропаганду війни: кримінально-правовий та кримінологічний аспекти. *Вісник Кримінологічної асоціації України*. 2017. № 1 (15). С. 117–125.

<sup>3</sup> Притула А.М. Пропаганда – компонент гібридної війни: шляхи протидії засобами кримінального права. *Юридична наука*. 2015. № 3. С. 99–107.

<sup>1</sup> Фурашев В.М. Основні стримуючі фактори правового забезпечення інформаційної безпеки. *Інформація і право*. 2013. № 2 (8). С. 117–118.

що «пропаганда війни – це своєрідна інформаційна зброя, головними елементами якої є інформація, інформаційні технології, інформаційні процеси, що застосовуються в інформаційному протиборстві. А тому мета пропаганди війни полягає в тому, щоб послабити моральні і матеріальні сили супротивника та посилити власні через вплив на свідомість людини в ідеологічній та емоційній галузях»<sup>4</sup>. Такий підхід дозволяє поглянути на пропаганду війни як засіб умисного тиску з боку іншої держави, соціальної чи етнічної групи, екстремістського або фундаменталістського руху на державу в цілому.

Пропаганда війни – це інструмент спрямованого тиску однієї держави на суспільство, населення, соціальні групи іншої держави, що не завдає прямої руйнації об'єктів матеріального світу, але призводить до деформації суспільної свідомості, загрози суспільній психології, національній єдності. Тобто пропаганда війни має яскраво виражені негативні наслідки для суспільства, непомітні на перший погляд через те, що прояви деформації психічного стану людини проявляються лише згодом.

Власне, ст. 436 КК України передбачає, що пропаганда – це «публічні заклики до агресивної війни або до розв'язування воєнного конфлікту, а також виготовлення матеріалів із закликами до вчинення таких дій з метою їх розповсюдження або розповсюдження таких матеріалів»<sup>5</sup>. Цією ж статтею закріплюється, що пропаганда війни тягне за собою відповідальність у вигляді «виправних робіт на строк до двох років або арешт на строк до шести місяців, або позбавлення волі на строк до трьох років». Більшість науковців, аналізуючи та коментуючи об'єкт та об'єктивну сторону вказаного злочину, доходять висновку, що він стосується не лише пропаганди війни стосовно України, але пропаганди війни в цілому, тобто цей злочин носить міжнародний характер, а загроза війни розглядається насамперед як порушення міжнародно-правових норм, аніж норм національного законодавства. Так, зокрема, колектив авторів П.П. Андрушко, В.Г. Гончаренко, Є.В. Фесенко та ін. вважає, що кримінальна відповідальність за пропаганду війни повинна наступати у відношенні осіб, які поширюють заклики війни не лише щодо України, але й щодо третіх країн<sup>6</sup>. Подібна точка зору набуває особливої актуальності в умовах євроінтеграційних процесів, а також з огляду на активну пропаганду війни у відношенні України, яка продовжується в ЗМІ закордонних країн, зокрема РФ.

Таким чином, наведене вище демонструє такі аспекти соціальної зумовленості саме криміналь-

но-правового забезпечення протидії пропаганди війни як крайньої небезпечної форми ворожого впливу на суспільну свідомість населення держави:

– пропаганда війни є формою впливу іншої держави на стан національної безпеки країни, її цілісність, стабільність громадського порядку, соціальної, етнічної та іншої однорідності населення. Лише засобами кримінального переслідування, через інструменти легального примусу з боку органів держави пропаганду війни можна подолати найбільш ефективно та в найкоротші терміни. Тому пропаганда війни виділяється в спеціальний склад злочину, відповідальність за який передбачена ст. 436 КК України;

– криміналізація пропаганди війни передбачає розширення в національній системі правосуддя інструментів та засобів протидії такій протиправній поведінці механізмів кримінального переслідування, передбачених міжнародно-правовими актами. Військові злочини є одним із видів злочинів, які мають найвищий рівень міжнародно-правової регламентації, що дає змогу уникати їх скоєння або ефективно переслідувати суб'єктів таких злочинів майже на всій території світу. Імплементация кримінального переслідування пропаганди війни в національне законодавство свідчить про готовність держави застосувати дієві засоби з метою покарання злочинців, а також відданість демократичним принципам, на яких будується громадянське суспільство, що пропагує мирний, сталий розвиток країни;

– негативні наслідки пропаганди війни та скриті ризики, які закладаються такою пропагандою, несуть у собі загрози не лише для суспільної безпеки чи громадського порядку, але й проти авторитету держави, самої спроможності її захищати власні національні інтереси, забезпечувати соціальну стабільність. Все це об'єктивує необхідність не лише криміналізації, але й запровадження більш жорсткої в порівнянні з іншими злочинами відповідальності. Тобто рівень легального державного примусу має бути максимальний, що супроводжується обмеженням прав та свобод людини, а такий примус можливий виключно в межах кримінального законодавства.

Враховуючи наведене вище, слід зазначити, що навряд чи закріплення лише в КК України такого складу злочину, як пропаганда війни, може вважатися ефективним засобом правового забезпечення її протидії. Однак слід визнати, що саме КК України є центральним нормативно-правовим актом, який забезпечує кримінальне переслідування та протидію пропаганді війни засобами кримінально-правового характеру.

Сам по собі злочин, передбачений ст. 436 КК України, відкриває Розділ XX КК України «Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку». Винесення цього злочину на перше місце за нумерацією може означати, що саме

<sup>4</sup> Малик Я.Й. Інформаційна війна і Україна. *Демократичне врядування*. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/DeVr\\_2015\\_15\\_3](http://nbuv.gov.ua/UJRN/DeVr_2015_15_3)

<sup>5</sup> Кримінальний кодекс України: Кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#n3028>

<sup>6</sup> Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / П.П. Андрушко та ін. ; за ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. 2-е вид., перер. та доп. Київ : Дакор, 1428 с.

пропаганда стає визначальною, первинною дією у відношенні безпеки людства та правопорядку. Тобто вітчизняний законодавець робить висновок, що всі інші злочини, які містяться в цьому Розділі КК України, так чи інакше або пов'язані, або є похідними, або супроводжуються пропагандою війни. Пропаганда є першопричиною поширення агресивних настроїв у суспільстві, розв'язуванням ворожнечі на будь-якому підґрунті, а в умовах агресії з боку іншої держави пропаганда війни як злочин набуває особливого значення.

Власне, такої точки зору дотримуються О.Ф. Бантишев та О.В. Шамара, які у своєму дослідженні, що, до речі, було закінчено на матеріалах Луганської та Донецької областей у 2014 році, демонструють першочергову необхідність акценту уваги законодавця саме на злочинах, які передують активній формі збройного, воєнного конфлікту між декількома державами<sup>7</sup>.

М.І. Мельник і М.І. Хавронюк у свою чергу зазначають, що важливість указаного складу злочину пропаганди війни полягає в тому, що КК України більш-менш чітко визначає дії, які законодавець вважає пропагандою. Такими діями, зокрема, є: публічні заклики до агресивної війни або до розв'язування воєнного конфлікту; виготовлення матеріалів із закликами до агресивної війни або до розв'язування воєнного конфлікту; розповсюдження таких матеріалів<sup>8</sup>. На нашу думку, враховуючи насамперед сучасний реальний стан геополітичної ситуації, наявність збройного конфлікту (фактично неоголошеної, гібридної війни з боку РФ) та масову антиукраїнську риторику в українському суспільстві, ми можемо зробити висновок щодо того, що диспозиція, а також і санкція ст. 436 КК України вимагає уточнення.

У цьому контексті цікавою видається точка зору О.В. Олішевського, який зазначає, що в цілому кримінально-правове забезпечення протидії пропаганді війни прямо або опосередковано втілюється в дещо більшій кількості складів злочинів. Зокрема, дослідник відносить до кримінально-правового забезпечення вказаних процесів ст. 436-1 та ст. 437 КК

України. Відповідно до ст. 436-1 КК України «засуджується виготовлення, поширення комуністичної, нацистської символіки та пропаганда комуністичного й націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів. Ця норма є опосередкованим засобом боротьби, оскільки комуністична та нацистська ідеології містять у собі образ ворога, який не відповідає їхньому типу світогляду»<sup>9</sup>. Таке саме значення має і диспозиція ст. 437 КК України, яка передбачає відповідальність за планування, підготовку, розв'язування та ведення агресивної війни. Ми погоджуємося з дослідником частково, оскільки і ведення війни, і пропаганда та поширення ворожої символіки та ідеології, зокрема тоталітарної та нацистської, є прямими проявами і результатами пропаганди. Сама ж війна як агресія завжди пов'язана із пропагандою, тому, виділяючи в окремий склад злочину таку протиправну поведінку, як «пропаганда», законодавець нібито розширює власні можливості у сфері кримінального переслідування за злочини проти миру.

### Висновки

Таким чином, пропаганда війни – це злочин, відповідальність за скоєння якого має об'єктивну суспільну зумовленість, наслідки котрого несуть у собі значні ризики для суверенітету держави, її територіальної цілісності, а також для національної безпеки й громадського характеру. Саме тому нами обстоюється необхідність розширення організаційно-правового забезпечення протидії пропаганді війни як окремого напрямку державної політики, що включає в себе інструментарій інформаційної, кримінально-правової, міжнародно-правової протидії.

У цьому контексті заслуговує на розширену увагу аналіз правових аспектів протидії пропаганді війни за умов російської агресії в Україні, а також дослідження практики застосування міжнародних механізмів протидії пропаганді війни в Україні. Це дасть змогу суттєво розширити ефективність діяльності правоохоронних органів через підвищення якості детермінації та диференціації ознак та складових елементів злочину, передбаченого ст. 436 КК України, а також розробити більш ефективну методіку кваліфікації протиправної діяльності за ознаками цього злочину.

<sup>7</sup> Бантишев О.Ф., Шамара О.В. Кримінальна відповідальність за злочини проти основ національної безпеки України (проблеми кваліфікації) : монографія. 3-е вид., перероб. та доп. Луганськ : ТОВ «Віртуальна реальність», 2014. 240 с.

<sup>8</sup> Мельник М.І., Хавронюк М.І. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. 7-ме вид., перероб. та доп. Київ : Юридична думка, 2010. 1288 с.

<sup>9</sup> Олішевський О.В. Заходи протидії пропаганді війни в Україні. *Jurnalul juridic national: teorie și practică*. 2018. № 1. С. 155–160.



## Organizational and legal aspects of agreement on the establishment of a joint investigation team

**Krasnoborova Myroslava**

*Counsellor of Embassy of Ukraine in the Kingdom of the Netherlands*

*(Liaison Prosecutor for European Union Organization for Criminal Justice Cooperation),*

*Applicant of the Interregional Academy of Personnel Management, Ukraine*

The article provides the analysis of the organizational and legal basis of the activities of joint investigation teams (JIT) within the international cooperation in criminal matters.

Nowadays, establishing the JIT is one of the most progressive and effective instruments for investigating complex and grave transnational crimes that requires the cooperation between law-enforcement authorities of different countries.

Since 2014, the mechanism of JIT activity is more often used by the Ukrainian prosecutors and law-enforcement authorities as well. Worth to mention the JIT that is dealing the investigation of the crash of Malaysia Airlines Flight MH17 on July 17, 2014. The results of the investigation, that were presented publicly in May 2018 and June 2019, demonstrated the huge amount of work done. That outcomes would be difficult to achieve without proper coordination between all the parties involved.

To study the organizational and legal background for JIT activity, the author of the article has analyzed the main provisions of the Agreement on the establishment of a Joint Investigation Team and key elements that should be reflected in such agreement, namely the information on the criminal offense, the composition of the joint investigation team, role and competence of JIT leader, the duration of the agreement, the purpose, goals and objectives of the joint investigative team activity, exchange of information and evidence, etc.

The existing opportunities of participation in JIT for Eurojust, Europol, OLAF to support and to strengthen coordination and cooperation between national investigating and prosecuting authorities, international cooperation in criminal matters with the non-JIT member states are described.

The article also highlights the role and aim of the Network of Experts on Joint Investigation Teams and the JIT Network Secretariat, which is based at Eurojust, in the context of the activities of joint investigation teams. In particular it concerns the facilitation of joint investigation team's activity, namely in the area of expert assistance, institutional, organizational and financial support like partial coverage by Eurojust the costs related to activities of the joint investigation teams and joint actions.

Particular attention is paid to the importance of proper timing for drafting of Agreement on the establishment of a Joint Investigation Team.

## Організаційно-правові аспекти угоди про створення спільної слідчої групи

**Красноборова Мирослава Петрівна**

*радник Посольства України в Королівстві Нідерланди*

*(Прокурор зі зв'язку для Європейської організації з питань юстиції),*

*здобувач Міжрегіональної академії управління персоналом, Україна*

### Вступ

У 2014 році правоохоронними органами України для розслідування особливо складних транснаціональних злочинів розпочато використання такого інструменту міжнародно-правового співробітництва під час кримінального провадження, як спільні слідчі групи. Правові підстави та загальні засади діяльності спільних слідчих груп визначені в міжнародних договорах України й Кримінальному процесуальному кодексі України. Ураховуючи відносну новизну цього механізму міжнародної співпраці, доцільно детально дослідити етапи створення та діяльності спільних слідчих груп, а також проаналізувати практичні напрацювання, які в цьому зв'язку застосовуються, зокрема, державами-членами Європейського Союзу (далі – ЄС). Останніми проведення спільних

розслідувань використовується досить широко після набрання чинності Конвенцією про взаємодопомогу в кримінальних справах між державами-членами Європейського Союзу від 12 липня 2000 року.

Отже, з огляду на викладене, **метою статті** є розгляд ключових елементів угоди про створення спільних слідчих груп як основного нормативного документа, що регламентує їхню діяльність під час проведення спільних розслідувань у пов'язаних кримінальних провадженнях.

### Виклад основного матеріалу

Сьогочасна організована злочинність демонструє динамічне вдосконалення шляхів учинення протиправних дій, використовуючи найсучасніші технології комунікації та захищені канали зв'язку, що

дає змогу моментально змінювати злочинні схеми й ускладнює виявлення та документування відповідних злочинів.

Особливо це стосується складних транскордонних злочинів, таких як кіберзлочини, тероризм, торгівля людьми, контрабанда зброї та наркотиків, які вчиняються організованими злочинними групами.

Зазначені виклики досить складно подолати використовуючи класичні національні розслідування й отримання доказів з інших країн шляхом направлення запитів про міжнародну правову допомогу.

З метою прискорення взаємодії в рамках міжнародного співробітництва під час кримінального провадження між правоохоронними та судовими органами різних держав використовується механізм діяльності спільних слідчих груп, який нині передбачений низкою міжнародних багатосторонніх договорів.

Спільна слідча група (також використовуються такі терміни, як ССГ або JT, Joint Investigation Team) – це міжнародна група, утворена за взаємною згодою компетентними органами двох або більше країн для проведення кримінальних розслідувань в одній або декількох державах із тих, що створюють цю групу, з певною метою та на обмежений період часу.

Так, Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності від 15 листопада 2000 року в статті 19 передбачає проведення спільних розслідувань, а саме: «Держави-учасниці розглядають можливість укладання двосторонніх або багатосторонніх угод чи домовленостей, в силу яких у зв'язку зі справами, що є предметом розслідування, кримінального переслідування або судового розгляду в одній або декількох державах, заінтересовані компетентні органи можуть створювати органи з проведення спільних розслідувань»<sup>1</sup>.

Можливість укладання двосторонніх і багатосторонніх договорів і досягнення домовленостей, на підставі яких у зв'язку зі справами, що є предметом розслідування, кримінального переслідування або судового розгляду в одній чи кількох державах, заінтересовані компетентні органи можуть створювати спільні слідчі групи, передбачає також Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003 року<sup>2</sup>.

Крім вищезазначених міжнародних договорів, нині українські компетентні органи також можуть брати участь у роботі спільних слідчих груп на підставі Конвенції Організації Об'єднаних Націй про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засо-

бів і психотропних речовин від 20 грудня 1988 року<sup>3</sup> та Другого додаткового протоколу до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах від 8 листопада 2001 року.

Стаття 20 Другого додаткового протоколу до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах від 8 листопада 2001 року визначає, що за взаємною згодою компетентні органи двох чи більше Сторін можуть створити спільну слідчу групу з конкретною метою й на обмежений період, який може бути продовжений за взаємною згодою, для проведення кримінальних розслідувань на території однієї чи більше Сторін, що створили групу. Склад групи визначається в угоді<sup>4</sup>.

Держави-члени ЄС створюють спільні групи з огляду на норми Конвенції про взаємодопомогу в кримінальних справах між державами-членами Європейського Союзу від 12 липня 2000 року<sup>5</sup>.

Угода про створення спільної слідчої групи – це формалізований договір між двома або більше країнами та/або уповноваженими інституціями, яка підготовлена й підписана компетентними органами таких держав чи установ.

Зазвичай угода про спільну слідчу групу є результатом розгляду запиту однієї із зацікавлених держав про створення спільної слідчої групи та подальших переговорів стосовно цього запиту. У деяких країнах цей початковий запит має бути у формі клопотання про міжнародну правову допомогу, у деяких країнах він має бути надісланий через уповноважені відомства, а в інших – можна направити безпосередньо до компетентного органу, який здійснює відповідне розслідування.

Запит щодо укладення угоди про створення спільної слідчої групи може бути поданий будь-якою із зацікавлених держав.

У частині 2 статті 20 Другого додаткового протоколу до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах від 8 листопада 2001 року зазначено вимоги до змісту відповідного запиту. Такий запит про створення спільної слідчої групи повинен містити інформацію про назву органу, що звертається з проханням, предмет і причину прохання, у міру можливості відомості про відповідну особу та її громадянство, у разі необхідності прізвище й адресу цієї особи, дані про правопорушення і стислий виклад фактів, а також пропозиції стосовно складу групи.

<sup>3</sup> Конвенція Організації Об'єднаних Націй про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин від 20 грудня 1988 року. URL: [https://www.unodc.org/pdf/convention\\_1988\\_ru.pdf](https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_ru.pdf) (дата звернення: 09.10.2019).

<sup>4</sup> Другий додатковий протокол до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах від 8 листопада 2001 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_518](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_518) (дата звернення: 23.11.2019).

<sup>5</sup> Конвенція про взаємодопомогу в кримінальних справах між державами-членами Європейського Союзу від 12 липня 2000 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_238](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_238) (дата звернення: 23.11.2019).

<sup>1</sup> Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності від 15 листопада 2000 року. URL: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/orgcrime.shtml](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/orgcrime.shtml) (дата звернення: 07.10.2019).

<sup>2</sup> Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_c16](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16) (дата звернення: 25.09.2019).

Угода про створення спільної слідчої групи повинна бути укладена в письмовому вигляді й містити всі елементи, необхідні для організації проведення спільних розслідувань, з метою уникнення подальших розбіжностей або непорозумінь на практиці.

Отже, з метою опрацювання сутності діяльності спільних слідчих груп у рамках міжнародного співробітництва під час кримінального провадження доцільно проаналізувати складники відповідних угод про створення спільних слідчих груп.

По-перше, як будь-яка міжнародна угода між суверенними країнами, угода про створення спільної слідчої групи повинна містити елементи, передбачені для міжнародних угод, насамперед правову основу угоди про створення спільної слідчої групи, сторони угоди (країни та компетентні органи), учасників угоди (міжнародні інституції, наприклад, такі як Євроюст, Європол, OLAF), мету діяльності спільної слідчої групи, інформацію про кримінальне правопорушення, щодо якого будуть проводитися спільні розслідування, строк дії угоди, країни, де працюватиме спільна слідча група.

По-друге, з урахуванням наявної практики, положень національного законодавства деяких країн і рекомендацій Європейського агентства з питань юстиції (Євроюсту) для держав-членів ЄС угода також повинна містити дані щодо керівника та членів спільної слідчої групи, їхньої ролі й повноважень, положення про відряджених членів, мету/план дій, компетенцію залучених інституцій, особливі умови проведення окремих слідчих заходів, методи отримання доказів, порядок обміну інформацією та доказами, особливості їх використання, інформацію щодо спілкування в спільній слідчій групі (мова, переклад тощо).

До умов угоди також доцільно включити питання врегулювання конфлікту юрисдикцій, розподілу активів, здобутих злочинним шляхом і виявлених у ході спільних розслідувань, фінансово-технічне забезпечення діяльності спільних слідчих груп, оцінювання роботи спільних слідчих груп, комунікацію з медіа.

Кожна сторона угоди про створення спільної слідчої групи може встановлювати в ній конкретні умови, які передбачені її національним законодавством, такі як участь експертів (не посадових осіб), носіння зброї, застосування сили чи повноважень щодо арешту працівниками правоохоронних органів, які працюють за межами своєї національної юрисдикції, і використання спеціальних методів розслідування.

Держава, у якій працює спільна слідча група, повинна здійснити необхідні організаційні заходи для її діяльності.

У разі необхідності внесення змін до її змісту початкова угода може бути змінена за взаємною згодою сторін протягом періоду діяльності спільної слідчої групи (наприклад, у контексті розслідуваних

злочинів, залучення нової сторони, заміни керівника чи членів спільної слідчої групи, цілей тощо).

Угода про спільну слідчу групу може бути продовжена за взаємною згодою сторін на визначений ними строк.

Питання щодо посадової особи, яка уповноважена підписувати угоди про спільні слідчі групи, зазвичай регламентується національним законодавством.

Згідно із Законом України «Про ратифікацію Другого додаткового протоколу до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах» від 1 червня 2011 року, в Україні органом, який приймає рішення про створення спільної слідчої групи, відповідно до статті 20 Другого додаткового протоколу до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах від 8 листопада 2001 року, є Генеральна прокуратура України<sup>6</sup>.

Зазначена норма, відповідно, закріплена в Кримінальному процесуальному кодексі України, який у статті 571 визначає, що Офіс Генерального прокурора розглядає й вирішує питання про створення спільних слідчих груп за запитом слідчого органу досудового розслідування України, прокурора України та компетентних органів іноземних держав<sup>7</sup>.

Окрім сторін, в угоді про створення спільної слідчої групи можна передбачити участь представників інших органів. Зазвичай мова йде про такі інституції ЄС, як Євроюст, Європол та OLAF, основним завданням яких є забезпечення координації спільних дій, обміну інформацією та її аналізу.

Деталі щодо участі Євроюсту, Європолу чи OLAF зазвичай містяться в спеціальному додатку до угоди, зразок якого можна знайти в типовій угоді про створення спільної слідчої групи.

Такі типові зразки відповідних угод розробляються з метою уніфікації та спрощення процесу створення спільних слідчих груп на практиці. Так, наприклад, Радою ЄС рішенням від 17 січня 2017 року затверджено зразок угоди про створення спільної слідчої групи (Model Agreement for Setting Up a Joint Investigation Team)<sup>8</sup>.

Власний зразок угоди про створення спільної слідчої групи розроблено Комітетом експертів із застосування Європейських конвенцій про співробітництво у кримінальних справах Ради Європи (PC-OC) у 2014 році<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Про ратифікацію Другого додаткового протоколу до Європейської конвенції про взаємну допомогу у кримінальних справах : Закон України від 01.06.2011. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3449-17> (дата звернення: 23.02.2020).

<sup>7</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n4380> (дата звернення: 23.02.2020).

<sup>8</sup> Council Resolution on a Model Agreement for Setting Up a Joint Investigation Team (JIT), 2017/C 18/01, the Council of the European Union. URL: <http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/JITs/JITs%20framework/Model%20Agreement%20for%20setting%20up.%20a%20Joint%20Investigation%20Team/JIT-2017-MODEL-EN.pdf> (дата звернення: 23.11.2019).

<sup>9</sup> Guidelines and model agreement on JIT. URL: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?docuementId=09000016806a3dfc> (дата звернення: 23.11.2019).

Значна робота з аналізу роботи спільних слідчих груп здійснюється Мережею експертів щодо спільних слідчих груп, до складу якої входять національні експерти з указаних питань держав-членів ЄС. З метою сприяння роботі Мережі та надання методичної допомоги на базі Євроюсту діє Секретаріат Мережі експертів щодо спільних слідчих груп. Представники Секретаріату, зокрема, здійснюють практичне забезпечення підтримки Євроюстом діяльності спільних слідчих груп, проводять аналіз законодавства й надають відповідні рекомендації щодо подальшого кримінального переслідування причетних осіб. Так, Секретаріатом розроблено практичний посібник та оновлюються відповідні рекомендації щодо створення й діяльності спільних слідчих груп. Відповідно, за наявності правових підстав Секретаріат Мережі експертів щодо спільних слідчих груп може надати допомогу компетентним органам держав-членів ЄС у підготовці проекту угоди про створення спільної слідчої групи, надати рекомендації щодо правової основи для її діяльності, а також додаткових елементів, які доцільно включити до неї, залежно від конкретного виду чи категорії злочинів, що будуть розслідуватися спільною слідчою групою.

### Висновки

Ураховуючи викладене, можна підсумувати, що угода про створення спільної слідчої групи – це формалізована угода, яка укладена в письмовому вигляді між двома або більше країнами та/або міжнародними інституціями, підписана уповноваже-

ними компетентними органами, регламентує предмет діяльності спільної слідчої групи, її мету, мету, склад, права й обов'язки сторін, а також інші умови діяльності спільної слідчої групи.

Законодавча база щодо створення та діяльності спільних слідчих груп передбачає широкий спектр дискреційних повноважень, тому угода про створення спільної слідчої групи має визначальне значення для всіх сторін під час проведення спільних розслідувань.

Отже, під час підготовки проекту угоди про створення спільної слідчої групи варто забезпечити достатньо часу для її опрацювання й урахування вже на початковому етапі всіх можливих аспектів діяльності спільної слідчої групи. Доцільно передбачити можливі перешкоди та виклики, зокрема, у контексті національного законодавства держав-учасниць, а також можливі шляхи їх вирішення, щоб уникнути трудомістких дискусій та аргументів, що можуть з'явитися пізніше під час розслідування.

З іншого боку, варто пам'ятати про обмежені строки слідства та збирання доказів. Отже, коли є необхідність у якнайшвидшому початку спільних розслідувань, убачається за можливе укласти відповідну угоду за короткий проміжок часу з урахуванням можливостей унесення змін у будь-який час.

З метою оперативності й використання кращих практик також доцільно використовувати можливість Європолу та Євроюсту під час розроблення проектів угод про створення спільних слідчих груп із країнами-членами ЄС у рамках міжнародного співробітництва під час кримінального провадження для розслідування транснаціональних злочинів.

**Land use mediation vs. litigation process involving land issues: what should prevail in modern world?***Kucherova Mariia**PhD Candidate,**Department of Land and Agricultural Law**Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine*

The effectiveness of the legal regulation of any type of public relations largely depends on the effectiveness of the functioning of procedures for resolving legal disputes and conflicts. In any legal system, domestic legislator tries to create such a procedure of legal proceedings that would optimally cope with offenses and conflicts of law in a given society and in a given period of time. Hence, current research paper is devoted to the specifics of a land use mediation, namely, to the question differentiation between this type of mediation and classic judicial proceeding aimed at the resolution of a land use conflict.

Accordingly, the author made a profound analysis of relevant scientific literature and tried to systematize features that are peculiar for both type of land use conflict resolution. To make this, it was firstly suggested distinctive features of the land use mediation.

The central part of academic investigation was focused directly on special “demarcation line” between these two ways of conflict resolution. For the author, the most obvious criteria are: 1) actors involved in the process of conflict resolution; 2) responsibility for the decision taken by the judging side; 3) functional purpose; 4) principles employed in the process of conflict resolution; 5) the nature of the process aimed at the resolution of the land use conflict; 6) level of compliance with the procedural rules provided by the resolution of land-use conflict; 7) enforcement of the decision; 8) reconsideration of the decision taken.

Thus, the author concluded that the legal introduction of mediation in the national legal space is a constructive step and is fully justified, first of all, from the perspective of taking into account the interests of the parties to the land use dispute. But for this, it is of utmost importance to overcome some obstacles existing in Ukrainian state.

**Introduction**

In 2002, European Commission emphasizes for the member states on the need for establishment of alternative non-judicial procedures<sup>1</sup>. Mediation is a modern method of reconciliation, based on the fact that an independent and neutral third party – a mediator – helps the conflicting parties to find mutual interests and come to a solution that is desirable or at least acceptable to each of the parties. The purpose of the mediation procedure is to search for a compromise solution that is desirable and acceptable for each party of the land use conflict.

Current trends in resolving legal cases and the growing importance of private-law mechanisms for the settlement of civil (in the broad sense) disputes make it necessary to develop doctrinally a unified system for the resolution and settlement of land use disputes.

The significance of alternative dispute resolution methods in resolving land use conflicts through mediation procedures in protecting the rights, freedoms and legitimate interests of citizens and organizations is obvious enough. These forms allow one to provide high-quality, timely, at the lowest cost and confidentiality, the resolution of land use conflict. This is relevant especially because land use mediation provides a possibility to reduce the overburdening of the courts, to avoid material costs associated with the implementation

of judicial proceedings, and, at the same time, to avoid a certain kind of bias in the issuance of court decisions in favor of the state.

Based on the above, the *overall purpose* of the present article is to provide a clear demarcation between specifics of the land use mediation and litigation process involving land conflict resolution. It is believed, suggested differences will provide a logical basis for the further investigations in this domain.

**Core material presentation**

The advantages and improved effectiveness of mediation in foreign countries determine questions about identification of directions for improvement of domestic legislation on mediation<sup>2</sup>. In addition, it is generally recognized that mediation greatly facilitates the overloaded functioning of the court system, therefore, the current judicial reform in Ukraine is directly centered around such-like issues. In turn, this requires a serious scientific examination of the question concerning the substantial demarcation between land use mediation and litigation process involving certain category of dispute.

In the most general terms, land use mediation can be defined as an activity based on the norms of land procedural law, which is performed by authorized entities (third parties), aimed at overcoming disagreements arising from land legal relations outside the judicial

<sup>1</sup> Green paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law / European Commission, Justice and Home Affairs Directorate General. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:52002DC0196> (дата звернення: 25.11.2019)

<sup>2</sup> Folger J.P., Jones T.S. New directions in mediation: communication research and perspectives. Sage publications, 1994. 263 p. P. 16.

proceedings<sup>3</sup>. Accordingly, out-of-court resolution of a land dispute is a procedural form of activity carried out by third party (intermediary) via the appropriate alternative procedures.

Land use mediation has its own *distinctive features*. Namely, among them are:

- within pre-trial and/or out-of-court settlement of land conflicts and land disputes, mediation *acts as the conventional form of intermediation and as a conciliatory mechanism*; this particularly means that land use mediation can be materialized as an objectification, expression of the restorative justice concept, designed to ensure the restoration of violated rights;

- land use mediation, *acting as a mechanism to reduce the burden on judges* and, as a result, save state budgetary resources and improve the overall quality of the administration of justice, is basically established on the paradigm of public-private partnership, since the state essentially delegates some of its exclusive power powers in the field of justice administration to non-state actors, namely to the mediator as the neutral third party<sup>4</sup>;

- land use mediation is a *consequence and expression of a number of constitutional human rights*, including the right to protect one's rights and freedoms by all means not prohibited by law, the right to receive qualified legal aid, the right to protect the individual dignity, as well as a number of constitutional imperatives, especially the primacy of the person's interests;

- land use mediation *has its own deontological-legal imperatives* (principles): 1) legal, including procedural, principles (for example, the principle of freedom and informed voluntariness of parties and mediators; the principle of non-adversarial way of conflict resolution); 2) communicative-psychological principles of legal importance (for instance, the principle of good faith of the parties to the conflict and the mediator; the principle of impartiality and neutrality of the mediator)<sup>5</sup>.

Based on this specific characteristics, it is of utmost importance to establish a “**demarcation line**” **between land use mediation and judicial settlement of land use disputes**. In this vein, there can be marked out following “demarcation points”:

1. *Actors involved in the process of conflict resolution*. Functional responsibilities of mediator in majority of cases encompass a variety of different tasks, including: manages the process of particular land use conflict; analyzes the land use conflict, while dividing it into separate problems and revealing the real interests

of the disputing parties; sets the tone for negotiations and helps parties reach procedural and substantive agreements; separates the content points of the conflict from the emotions of the parties, giving them constructive feedback; maintains correct relations between the parties; maintains the parties within the framework of the process; checks the parties' suggestions for realism and feasibility; expands the resources of the parties; helps parties to find solutions which would meet both their own interests and the interests of the other side; assists parties in bringing the agreements to logical completeness, taking care that each side will have full understanding and responsibility towards the final agreement; provides psychological satisfaction from mediation for each party, etc.<sup>6</sup>.

2. *Responsibility for the decision taken by the judging side*. Mediator that specialized in land use conflict resolution does not take responsibility for the decisions that will be reached by the parties therein, but only organizes the process, thus, the main difference between land use mediation and the court is where the decision is made by the judge officially (in the sense that it is legally expressed).

The land use mediation procedure does not involve a decision-making from the third party (mediator). The task of the mediator is to facilitate the parties to come to a mutually satisfactory agreement. Regarding the qualifications of the mediator, there are hard-hitting debates in the literature about whether the mediator should be a lawyer. Nevertheless, from the legislative perspective, mediator must be a person qualified in mediation, a requirement to obtain specific higher education is usually not indicated<sup>7</sup>.

3. *Functional purpose*. It is well-known that court makes a decision on the basis of existing law (both material and procedural), which does not always guarantee satisfaction with the decision of both parties to the land use conflict. Consequently, in case of dissatisfaction with the decision of the court, the parties will not strive to implement it. It is also necessary to take into account the existing of potential conflicting legislative acts and the possibility of unfair use of the law.

In contrast to the litigation, land use mediation relies mainly on the introduction of negotiation methods into the parties' cooperation and their orientation on the reaching a “win-win” result. In this context, land use mediation is especially effective when there is an urgent need to restore relations between people whose interaction should be preserved in the future (for example, people who are living in neighboring land plots).

4. *Principles employed in the process of conflict resolution*. It should be acknowledged that in most cases,

<sup>3</sup> Healey P. Land Use Planning and the Mediation of Urban Change: The British Planning System in Practice. Cambridge University Press, 1988. 295 p. P. 39.

<sup>4</sup> Lampe D., Kaplan M. Resolving land use conflicts through mediation. Lincoln Institute of Land Policy working papers, 1999. 83 p. P. 7–8.

<sup>5</sup> Deakin M. Methodologies, Models and Instruments for Rural and Urban Land Management. Routledge, 2017. 178 p. P. 80–83.

<sup>6</sup> See, for example, following investigations: Moore Ch. W. The mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict. John Wiley & Sons, 2014. 704 p. P. 19–60; Spencer D., Brogan M. Mediation Law and Practice. Cambridge University Press, 2006. 520 p. P. 155–173.

<sup>7</sup> Hope M.K. The Guided Method of Mediation: A Return to the Original Ideals of ADR. Second edition. Lulu.com, 2014. 220 p. P. 180.

principles that are used in both processes of conflict resolution (land use mediation and litigation process involving land disputes) are identical in the sense they are of the same legal value and axiological content.

What is essential this far is to know what the category of legal principles may mean in the context of land use mediation and certain type of litigation.

First of all, principles of land use mediation can be determined as the logical combination of initial, fundamental tenets, ideas, moral and ethical standards and procedural foundations of constructive interaction between the parties to the mediation process, general requirements for conducting a conciliation mechanism, the observance and application of which guarantees to its participants the effective resolution of the conflict and the possibility of developing the further legal relations<sup>8</sup>.

Accordingly, principles of court proceedings are commonly understood as the universal, fundamental ideas of legal consciousness, stipulated by the existing state system and established legal order, enshrined in the sources of procedural law, aimed at the achievement of the objectives and goals set out in the legal regulation of relations arising from the process of land dispute resolution.

At the same time, a certain degree of difference between aforesaid principle exists. A detailed examination of such differences do not belong to the subject-matter of current investigation. Therefore, it is appropriate to highlight a few illustrative examples.

First of all, within the framework of court proceedings it is essential and legally important to use systematically the principle of publicity. It is a democratic constitutional guarantee of a fair hearing, normatively enshrined in procedural legislation, which determines the fulfillment of the tasks of court proceedings, ensures the accessibility of justice as well as an adequate perception by society of judicial acts and, in general, the activity of judicial branch of power.

The core idea of publicity is that the public-law relations is primarily based on the interests of society as well as the whole state. Acting in these interests, for example, in the field of criminal proceedings (concerning land use disputes), the relevant authorities carry out obligations stipulated by the criminal procedure legislation. The implementation of these duties implies ultimately the establishment of not only the objective truth and correct resolution of the case, but also the achievement of a number of other tasks by certain authorities acting on behalf of the state. Thus, the main content of the principle of publicity is predetermined by interests of the state as the only official regulator of legal relations.

In contrast to aforesaid, land use mediation is based on the principle of confidentiality. Confidentiality is

expressed in a mutual agreement between the parties and the mediator not to disclose what happened during the mediation process. The mediator without consent of the parties is not entitled to disclose information related to the mediation procedure which became known during the process. The exception may be cases directly prescribed by the law, as well as cases where the parties themselves have agreed otherwise. Generally, the principle of confidentiality means that there is a rule according to which the fact of the mediation process itself, as well as the information and documents (including oral information) used in the mediation process, are not subject to disclosure, unless otherwise specified by agreement of the parties. In this case, the principle of confidentiality in the land use mediation reflects the exact opposite principle employed in court proceedings – the principle of publicity<sup>9</sup>.

5. *The nature of the process aimed at the resolution of the land use conflict.* Among fundamental characteristics of litigation in land issues is its adversarial nature. The adversarial system allocates the responsibility on parties to prove the circumstances and legal facts to which they refer. As a result of the adversarial system, each participant in the process has the absolute right to representation of his/her interests in court. In contrast, mediation is not an adversarial process – is negotiation process supported by the neutral party. The mediator seeks to draw parties' attention to their "rights" to their "interests".

6. *Level of compliance with the procedural rules provided by the resolution of land-use conflict.* The court provides parties with a space to represent their evidence in such a way as to decide whether it is admissible and then apply the certain law to the given facts. Representatives of the parties must strictly follow the procedures provided for by the relevant procedural legislation. Therefore, procedural codes include, inter alia, a kaleidoscopic set of rules vital for conducting various types of pre- and post-trial actions, conduct that shall be taken during certain types of procedural actions, authentication of evidence, challenging evidence, and execution court documents in an appropriate manner.

With regard to land use mediation, following should be mentioned. The procedure for conducting mediation is established within an agreement on land use mediation. The court procedures provided for by the procedural codes are not applicable to the mediation. In addition, motions are not filed at all. Some (but not full) investigation of legal facts and circumstances may take place so that the parties can negotiate and decide whether they want to prolong certain process. Parties with the full amount of information are able to resolve land use conflict more effectively. In case a party needs additional information, it is possible to get it from the other party directly during the whole mediation process. Thus, the duration

<sup>8</sup> Hopt K.J., Steffek F. *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*. OUP Oxford, 2013. 1347 p. P. 56–99.

<sup>9</sup> Mayer B.S. *The Dynamics of Conflict: A Guide to Engagement and Intervention*. John Wiley & Sons, 21012. 384 p. P. 285; Waldman E. *Mediation Ethics: Cases and Commentaries*. John Wiley & Sons, 2011. 464 p. P. 271.

of mediation primarily depends on the complexity of the land use conflict and the number of contentious issues<sup>10</sup>.

7. *Enforcement of the decision.* A judgment in accordance to procedural law can be enforced by coercive means, namely by the bailiff service. In its turn, mediation agreement cannot be enforced if it has not been transformed into a settlement agreement during the certain trial. As a general rule, such an agreement has the status of a legal transaction and its implementation depends on the will of the parties. If a one of the parties evades the execution of the mediation agreement, the other party may use the remedies provided for civil transactions<sup>11</sup>.

8. *Reconsideration of the decision taken.* Judicial system provides a possibility for defeated party to appeal certain decision in the case. There is a set of legal grounds, within which party can appeal (starting with the party's inner conviction concerning the wrongness of the case that was resolved)

In mediation, there is no third-party decision making, and hence there is no appeal against the decision. As a result of mediation, a mutually recognized agreement appears to be satisfactory for both parties. Unsuccessful mediation simply returns the parties to the stage when the land use conflict is not resolved<sup>12</sup>.

### Conclusions

Nowadays, self-regulation mechanisms, that is, the possibility of legal entities to independently establish rules of conduct and control their compliance, acquire

special significance in the regulation of contemporary public relations.

Nevertheless, despite all advantages of using investigated type of mediation, it still has some non-legal *limitations* in Ukraine. These limitations include some problems and obstacles within which domestic legal practices faces. Among them are:

- *historical obstacles* – Ukraine's lack of tradition to resort to the land use mediation services, where the parties will not be told what shall be done, but require the parties to agree on their own. The main problem is that there is a greater belief in official authority or power, rather than in one's own capabilities;

- *informational obstacles* – lack of information regarding new social technologies and new techniques in certain sociological practices;

- *personnel* – the lack of qualified specialists – intermediaries who know how not to evaluate or dictate in conflict resolution, but to coordinate and to facilitate the conflicting parties in search of common denominator;

- *economic* – resistance to disclosing business information to unknown person; unwillingness or lack of ability to pay mediator's services; lack of clear criteria to evaluate material losses in land use conflicts, etc.

Against this backdrop, it is important to develop in a land law doctrine an effective mechanism for resolution of a land use conflict through the use of extrajudicial resources based on the priority use of mediation forms of dispute resolution. An important role for the conceptual justification of such a mechanism is played by conclusions on the purpose of the application of land use mediation, on the classification of land use conflicts. That is why qualitative change in legal regulation in this area, which is implemented to ensure the optimal balance of public and private interests, is vital in Ukraine.

<sup>10</sup> Abramson H.I. Mediation Representation: Advocating in a Problem-solving Process. Ntl Inst for Trial Advocacy, 2004. 438 p. P. 181–182.

<sup>11</sup> Brooker P. Mediation Law: Journey through Institutionalism to Juridification. Routledge, 2013. 320 p. P. 77.

<sup>12</sup> Hopt K.J., Steffek F. Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective. OUP Oxford, 2013. 1347 p. P. 145.



## Territorial scope of the European Union legislation on the protection of personal data: from Lindqvist to Google LLC through Google Spain cases

*Luzan Tetiana*

*Candidate of Juridical Sciences*

This article contains an analysis of case law of the Court of Justice of the European Union regarding the territorial scope of the European Union legislation on the protection of personal data, namely of the Court's conclusions in *Lindqvist*, *Google Spain* and *Google LLC* cases. These cases are chosen in order to demonstrate changes of the Court's approach to the named issue in terms of technological advancement and international resistance against the global application of the European Union legislation on the protection of personal data.

Examining *Lindqvist*, attention is focused on the transfer of personal data to third countries under the Data Protection Directive. The Court's approach to the named issue taken in 2003 in *Lindqvist* is compared with its subsequent judgements, inter alia with judgement in *Google Spain*, rendered in 2014. The relevance of this approach, giving consideration to the technology development, is analysed. Besides, the conclusions are made regarding the possibility of application of the Court's conclusions concerning the transfer of personal data to third countries in *Lindqvist* to the interpretation of the General Data Protection Regulation.

Also, in the article the Court's conclusions in *Google Spain* regarding the right to be forgotten and its territorial scope under the Data Protection Directive are analysed in order to compare them with the Court's position in *Google LLC*, subsequently. The Court's approach concerning the balance between the right to be forgotten with other conflicting rights is touched upon in order to demonstrate possible divergence in perception of this right at international level. The shift of the Court's approach to the extraterritorial application of the European Union legislation on the protection of personal data in terms of the right to be forgotten is analysed in more detail. As a result, the conclusion on the possibility of reconciliation of *Google Spain* and *Google LLC* is made in this article.

### Introduction

In 2003, the Court of Justice of the European Union (hereinafter – the Court; the CJEU) rendered judgement in *Lindqvist*<sup>1</sup>, where a number of questions were examined, but one of them, namely transfer of personal data to third countries in terms of territorial scope of Data Protection Directive<sup>2</sup>, deserves a thoughtful discussion considering changes that modern society and law have faced afterwards. Moreover, it may be said that the Court's judgements concerning responsibility of the search engine operator in *Google Spain*,<sup>3</sup> rendered in 2014, and *Google LLC*<sup>4</sup>, rendered in 2019, provoked outburst of varying interpretations in law and business regarding the territorial scope of the European Union (hereinafter – the EU) legislation on the protection of personal data.

That is why, the **aim of this article** is to answer whether the findings in *Lindqvist* regarding the transfer of personal data to third countries are still applicable in the context of the DPD and should they be taken into consideration in interpretation of the General Data Protection Regulation<sup>5</sup>.

Additionally, the aim of this article is to examine whether the judgements in *Google Spain* and *Google LLC* may be reconciled.

### Statement of basic materials

In order to provide background, I will briefly describe the Court's conclusions in question. In *Lindqvist*, the court was asked does the uploading of personal data onto an internet page stored in a server in a Member State and making it accessible to people in a third country constitute a transfer of personal data to a third country covered by the DPD<sup>6</sup>?

Answering to this question, the Court took into account the following. First of all, the DPD does not contain the definition of the transfer to a third country<sup>7</sup>. Secondly, the technical means plays an important role as a user back then had to intentionally carry out the specific actions in order to access the webpage in question<sup>8</sup>. Thirdly, the hosting provider, as a manager of the computer infrastructure involved in the subsequent transmission of the data, may be established in another country than the infrastructure is situated without its client knowing it. Additionally, the DPD does not provide an answer to the question whether operations of the hosting provider are attached the place of its establishment or of computer infrastructure location<sup>9</sup>.

Considering the aforementioned, wishing to avoid the general application of the DPD, i.e. its broad territorial

<sup>1</sup> C-101/01 *Lindqvist*, ECLI:EU:C:2003:596; [2003] ECR I-12971 (hereinafter – *Lindqvist*).

<sup>2</sup> Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data [1995] OJ L281/31 (hereinafter – the DPD).

<sup>3</sup> C-131/12 *Google Spain SL v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, ECLI:EU:C:2014:317 (hereinafter – *Google Spain*).

<sup>4</sup> C-507/17 *Google LLC v. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, ECLI:EU:C:2019:772 (hereinafter – *Google LLC*).

<sup>5</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) [2016] OJ L119/1 (hereinafter – the GDPR).

<sup>6</sup> *Lindqvist* (no. 1), para 18.

<sup>7</sup> *Ibid*, paras 56 and 67.

<sup>8</sup> *Lindqvist* (no. 1), paras 57 and 60.

<sup>9</sup> *Ibid*, paras 59 and 67.

scope, and preclusion of data flow on the internet, not assessing activities carried out by the hosting provider, the Court answered negatively to the referred question<sup>10</sup>.

The evolution of the protection of personal data is inextricably linked with technological development and availability and accessibility of computers<sup>11</sup>. Arguably, answering to the referred question, the Court relied upon the state of the art and technical means available on the verge of the 1990s and the 2000s. That is why, to attain the objective of this article I will next analyse issues related to the advancement of the similar technologies and how the Court tackled them.

It is necessary to continue with the brief description of the factual background in *Google Spain*. The case concerns the status, material and territorial scope, and extent of obligations and responsibility of the operator of the search engine regarding processing of personal data contained on websites in case a data subject requires the operator to remove personal data relating to her from the search results<sup>12</sup>.

In its judgement, the Court acknowledged that, being in constant and automatic search of any type of information including personal data, an operator of the search engine is processing the personal data within the meaning of Article 2(b) of the DPD by, inter alia, making it available to users<sup>13</sup>. Also, determining its purposes and means, the operator becomes the controller of these data under Article 2(d) of this Directive, along with the website operator in question<sup>14</sup>. Moreover, the Court found it essential to impose on the operator of search engine obligations and responsibilities under the DPD because of its significant impact on the protection of privacy and personal data<sup>15</sup>.

Further, the Court, emphasising that protection of the fundamental right and freedoms as an objective of the DPD should not be interpreted restrictively, established the broad territorial scope of the Directive covering the search engine activities outside the EU involved in the processing of personal data<sup>16</sup>.

Consequently, one may find that *Google Spain* contradicts *Lindqvist* as the Court applied the broad territorial scope to the activities similar to in the former case, and it defined the legal status of all actors involved in conjunction unlike in *Lindqvist*. However, the Court does not share this opinion by referring to *Lindqvist* in *Google Spain*<sup>17</sup>.

In the course of technological advancement, the social networks appeared, where sharing of certain information by a user, akin to the uploading

of information onto a webpage in like *Lindqvist*, became available. For example, Facebook was founded in 2004<sup>18</sup> after the judgement in *Lindqvist* was rendered. Thus, the Court's judgements in *Wirtschaftsakademie*<sup>19</sup> and *Fashion ID*<sup>20</sup> concerning social networks interpreting the DPD, are of particular interest.

In *Wirtschaftsakademie* the Court was asked to assess a situation when an economic operator instead of establishing the website for targeted advertising based on the users' web-browsing behaviour, creates a fan page on Facebook for the same objective. Consequently, the Court was supposed to establish the territorial scope of the DPD and applicable law if countries outside the EU are involved<sup>21</sup>. The question of applicable law in case of activity carried out in different Member States is also relevant, but it will not be discussed in this article due to the space limitation.

The Advocate General in this case, following the approach of *Google Spain* regarding the controller, accentuated that Facebook, its EU subsidiaries and fan page administrator, regardless the degree of their control over personal data, are jointly responsible for its transfer to Facebook, located outside the EU, which defines purposes and means of processing<sup>22</sup>. The Advocate General also emphasized that the fan page administrator is the one who decided to make use of the Facebook tools for targeted advertising, and she, transmitting personal data to Facebook, has a status of controller along with Facebook within the meaning of Article 2(d) of the DPD<sup>23</sup>.

The Court embedded the aforementioned vision in its judgement in *Wirtschaftsakademie*,<sup>24</sup> stating that "the administrator of a fan page hosted on Facebook contributes to the processing of the personal data of visitors to its page"<sup>25</sup>.

In *Fashion ID*, the Facebook "Like" button was embedded in the website, which resulted in transmitting visitors' personal data to Facebook subsidiary in the EU without them knowing it<sup>26</sup>.

To tackle this issue, the Court, interpreting the DPD, followed the broad approach to the concept of controller in *Google Spain* and *Wirtschaftsakademie*<sup>27</sup>. The Court, though, mentioned that Fashion ID and Facebook Ireland are not controllers by default as it is for

<sup>10</sup> Ibid, paras 62, 69 and 71.

<sup>11</sup> C-28/08 P Commission of the European Communities v The Bavarian Lager Co. Ltd., Advocate General's Opinion, ECLI:EU:C:2009:624, para 100.

<sup>12</sup> *Google Spain* (no. 3), paras 14–20.

<sup>13</sup> Ibid, paras 28 and 41.

<sup>14</sup> *Google Spain* (no. 3), para 33.

<sup>15</sup> Ibid, para 38.

<sup>16</sup> Ibid, paras 53, 54 and 58.

<sup>17</sup> Ibid, para 26.

<sup>18</sup> 'Facebook' (Wikipedia) <<https://en.wikipedia.org/wiki/Facebook>> accessed 25 November 2019.

<sup>19</sup> C-210/16 Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein v Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH, Judgment, ECLI:EU:C:2018:388 (hereinafter – *Wirtschaftsakademie*).

<sup>20</sup> C-40/17 Fashion ID GmbH & Co KG v. Verbraucherzentrale NRW eV, ECLI:EU:C:2019:629 (hereinafter – *Fashion ID*).

<sup>21</sup> C-210/16 Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein v Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH, Advocate General's Opinion, ECLI:EU:C:796, paras 7, 11 and 12.

<sup>22</sup> *Wirtschaftsakademie*, Advocate General's Opinion (no. 21), paras 42, 50–52, 58, 59 and 62.

<sup>23</sup> Ibid, paras 53, 54, 56, 71 and 72.

<sup>24</sup> *Wirtschaftsakademie* (no. 19), paras 27–30, 32, 36, 38 and 39.

<sup>25</sup> Ibid, para 36.

<sup>26</sup> *Fashion ID* (no. 20), para 77.

<sup>27</sup> Ibid, paras 65–67.

the national court to ascertain whether the website operator, embedding social plugin on it, and social network determines jointly purposes and means of processing personal data such as its collection and transmission<sup>28</sup>. In this judgement the Court also referred to *Lindqvist*<sup>29</sup>.

Analysing the named examples of case law, where technological development were examined, I am inclined to believe that despite the contradictions regarding legal status of parties and assessment of their actions in terms of transfer of personal data, the Court has answered to the first part of the article's question – findings of *Lindqvist* regarding transfer of personal data to a third country are still relevant to the Court as it has referred to it the subsequent judgements.

Answering to the second part of the article's question should *Lindqvist* be the persuasive authority in interpretation of the GDPR, firstly, it is necessary to note that the GDPR does not contain the definition of transfer of personal data to third countries either, but it covers “any transfer”<sup>30</sup> of such data. Moreover, attention of the legislator to the regulation of this issue and the number of articles in the respective chapter have increased significantly because of, inter alia, impact of modern technologies on the everyday life.

I would also like to mention that the GDPR has arguably changed the approach to the obligations of the cloud service providers as processors of personal data because previously they were not directly subject to the legal compliance under the DPD. Another issue related to that is the transfer of personal data to a third country under the GDPR, the cloud service providers to accommodate the service render the respective infrastructure, which may be located or, further, sold around the world<sup>31</sup>. As a result, efficient control over transferring personal data to third countries may be unfeasible or, at least, cumbersome.

Further, I assume that, arguably, the Court's inclination in *Lindqvist* was to balance the protection of personal data against the free flow of information in the EU and across the globe. This inclination has not lost its importance in relation to the GDPR.

In this case, the position on the Advocate General in *Google LLC* is also of persuasive value. The Advocate General called for avoiding the shortcuts of the protection of privacy and personal data, as fundamental rights, by worldwide application of data protection legislation. Not rejecting absolutely such an option, the Advocate General demonstrated the possible negative consequences of barring the third countries from information, which, in return, may mirror the EU approach. Consequently,

the EU would be deprived of the access to information, and the freedom of expression would be at stake both in the EU and across the world<sup>32</sup>.

To conclude preliminary, in my opinion, findings in *Lindqvist* regarding the transfer of personal data to a third country should not be persuasive authority in interpretation of the GDPR because of its different approach to this issue and technological advancement in subsequent years. However, the rationale behind it, such as promotion of access to information, should be taken into account while defining such transfer under the GDPR. Therefore, I would suggest establishing by the Court a test concerning transfer of personal data to third countries in terms of the territorial scope of the data protection legislation, which must be considered by national courts on a case-by-case basis.

Next, pursuing the aim of this article, the conclusions of the Court in *Google Spain* and *Google LLC* will be examined in order to answer to the question whether it is possible to reconcile them in terms of territorial scope of the EU legislation on the protection of personal data.

Since the factual background and some conclusions of the Court in *Google Spain* have been discussed above, it is only necessary to reiterate that the CJEU emphasized that the DPD, including Article 4, in order to protect individuals' personal data has broad territorial scope. It covers inextricably linked commercial and advertising activity of the search engine operator (Google Search) and its establishment in a Member State (Google Spain), if the establishment promotes and sells the advertising space to the inhabitants of that Member State, and the operator economically benefit from it<sup>33</sup>.

Also, the Court derived from Articles 12 and 14 of the DPD the right to be forgotten as even initially lawful publication of personal data may be later incompatible with the DPD<sup>34</sup>. The CJEU also stated that data subject's rights to privacy and to protection of personal data override, as a general rule, the economic interest of the search engine operator and the interest of the general public in having access to the information in question. Nevertheless, being not absolute, these fundamental rights may be overcome by the right to access to information in certain cases, for example, because of the important role of the data subject in public life<sup>35</sup>.

If to briefly sum up those findings it is possible to notice that although the Court established the broad territorial scope of the DPD, it remained silent where it reaches and how it should be applied in practice in terms of the right to be forgotten and the corresponding obligation of the search engine operator. This situation

<sup>28</sup> Ibid, paras 76–79.

<sup>29</sup> Ibid, paras 50, 56 and 59.

<sup>30</sup> Article 44 of the GDPR (no. 3).

<sup>31</sup> Mark Webber, “The GDPR's impact on the cloud service provider as a processor” (2016) 16 (4) Privacy & Data Protection 11, 11, 13 and 14.

<sup>32</sup> C-507/17 *Google LLC v. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, Advocate General's Opinion, ECLI:EU:C:2019:15, paras 36, 48, 49, 59, 61 and 62.

<sup>33</sup> *Google Spain* (no. 3), paras 54–56, 60.

<sup>34</sup> Ibid, paras 93–94.

<sup>35</sup> *Google Spain* (no. 3), paras 96–99.

resulted in the various interpretations, which will be analysed below.

On the one hand, the right to be forgotten is a means to maintain personal data under control on a global basis in order to avoid its use against a data subject<sup>36</sup>. That is why, the Working Party, welcoming this judgment, stated that the Court established the global right to be forgotten, obliging operator to remove information from all relevant domains, as only in this case the effective protection of an EU data subject's fundamental rights is guaranteed<sup>37</sup>.

On the other hand, academicians detected and examined problematic aspects of this judgment, namely clash between the right to be forgotten and freedom of expression, and territorial scope of this right.

The aforementioned clash is indirectly linked to the interpretation of territorial scope of the EU legislation on the protection of personal data. Thus, balance between the right to be forgotten and freedom of speech and access to information may differ significantly not only around the world but also among Member States. The EU right to be forgotten pictured in *Google Spain* may be in serious conflict with the American personal data protection regime and constitutionally recognised freedom of speech<sup>38</sup>.

As to the territorial scope of this right per se in *Google Spain*, Gömann opined that the Court, exceeding its powers under the TEU<sup>39</sup>, chose the expansive overarching interpretation of territorial scope of the DPD because of the teleological motives aiming at achieving maximum protection of data subject's fundamental rights, which is, however, against wording, system and historical genesis of the DPD<sup>40</sup>. Moreover, undermining the separation of powers, these motives are not supported by the enforcement considerations<sup>41</sup>.

Consequently, the Court's approach in *Google Spain*, lacking enforceable instruments, called 'bark jurisdiction', may negatively affect the legitimacy of the DPD and the GDPR outside the EU in terms of international public law despite its value-

based motives<sup>42</sup>. Additionally, such extraterritorial application would most likely catch in toils big players leaving intact small ones<sup>43</sup>.

Thus, academicians suggested focusing on the local alternatives instead, until relevant international instrument is adopted, by, based on the geographical filtering, entitling only individuals residing in the EU to lodge removal requests<sup>44</sup>.

It seems that the CJEU had listened to the above criticism and rendered in 2019 rather an unexpected decision in *Google LLC* case, which has similar to *Google Spain* case factual background.

As to the clash of rights, the Court stated that now balance between the rights to privacy, protection of personal data and freedom of information is regulated at the EU level in Article 17(3)(a) of the GDPR. However, the CJEU recognized that this balance must be achieved at national level according to Article 85 in order to reflect particular interest of the public in accessing information that may vary in the Member States<sup>45</sup>, not to mention around the world<sup>46</sup>. Additionally, this balance may be achieved at the EU level by means of cooperation<sup>47</sup>.

Thus, it may be said that the Court has relaxed its position on the presumably overriding rights to privacy and protection of personal data over interests and rights of internet user and refrained from establishing this balance at the EU level. This statement may be also supported by the Court's finding in *GC* case, where it specifically obliged a search engine operator to evaluate internet user's right of freedom of information while deciding on the removal request<sup>48</sup>.

In *Google LLC*, the shift of approaches regarding the extraterritorial application of the right to be forgotten may be witnessed even more. The Advocate General suggested the Court avoiding establishing the global territorial scope of this right in order to respect the EU primary law<sup>49</sup> and public international law<sup>50</sup>.

Although the CJEU arrived at the same conclusion, its motivation differs rather significantly. Thus, the Court admitted that global removal of information would fit for purpose impeccably<sup>51</sup>. Nonetheless,

<sup>36</sup> Bert-Jaap Koops, "Forgetting Footprints, Shunning Shadows: A Critical Analysis of the 'Right to Be Forgotten' in Big Data Practice" (2011) 8 (3) *ScriptED* 229, 241.

<sup>37</sup> Article 29 Working Party, Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union Judgment on "Google Spain and Inc v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González" C-131/12, WP 225 (26 November 2014), 9.

<sup>38</sup> Muge Fazlioglu, "Forget me not: The clash of the right to be forgotten and freedom of expression on the internet" (2013) 3 (3) *International Data Privacy Law* 149, 155, 156; Benjamin Greze, "The extra-territorial enforcement of the GDPR: A genuine issue and the quest for alternatives" [2019] 9 (2) *IDPL* 109, 121. For the opposite view, see Giancarlo Frosio, "Right to Be Forgotten: Much Ado About Nothing" (2017) 15 (2) *Colorado Technology Law Journal* 307, 315, 324–327.

<sup>39</sup> Article 13(2) of Consolidated version of the Treaty on European Union (2012) *OJ C 326* (hereinafter – the TEU).

<sup>40</sup> Merlin Gömann, "The New Territorial Scope of EU Data Protection Law: Deconstructing A Revolutionary Achievement" (2017) 54 *Common Market Law Review* 567, 576–581, 589, 590.

<sup>41</sup> Greze (no. 38), 109–110.

<sup>42</sup> Dan Jerker Svantesson, "Extraterritoriality and targeting in EU data privacy law: the weak spot undermining the regulation" (2015) 5(4) *International Data Privacy Law* 226, 233–234; Greze (no. 38), 114; Mistale Taylor, "Google Spain Revisited: The Misunderstood Implementation of a Landmark Decision and How Public International Law Could Offer Guidance" (2017) 3 (2) *European Data Protection Law Review* 195; 200.

<sup>43</sup> Peter Swire, "Of Elephants, Mice, and Privacy: International Choice of Law and the Internet" (1998) 32 *The International Lawyer* 991, 1015–1024.

<sup>44</sup> Greze (no. 38), 128; Taylor (no. 42), 196, 204, 206–208.

<sup>45</sup> *Google LLC* (no. 4), paras 61, 67.

<sup>46</sup> *Google LLC*, Advocate General's Opinion (no. 32), para 61.

<sup>47</sup> *Google LLC* (no. 4), paras 68–69.

<sup>48</sup> C-136/17 *GC v. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, ECLI:EU:C:2019:773, paras 59, 66.

<sup>49</sup> Article 52 of the TEU (no. 15) and Article 355 of the Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (2012) *OJ C326/1* (hereinafter – the TFEU).

<sup>50</sup> *Google LLC*, Advocate General's Opinion (no. 32), paras 47–49.

<sup>51</sup> *Google LLC* (no. 4), paras 55–58.

the CJEU acknowledged that the right to be forgotten is not world-wide recognised and the balance between the above-mentioned rights may differ around the globe. Additionally, the GDPR does not define the cooperation instruments for this right at the global level<sup>52</sup>.

Finally, what is interesting, the Court, despite invoking Article 3 of the GDPR in the judgement, found that Article 17 does not contain rules regarding the broad territorial scope, that is why the GDPR does not oblige the search engine operator to remove information in question on its all versions, including outside the EU<sup>53</sup>.

Arguably, this abstruse position of the CJEU not to apply general rules regarding the territorial scope of the GDPR (Article 3) to the right to be forgotten (Article 17) was an attempt to promote the GDPR's legitimacy. Nevertheless, the Court pointed out that, firstly, the EU law may be amended, particularly Article 17 of the GDPR, and, secondly, current EU law does not contain prohibition of the global de-referencing<sup>54</sup>.

Consequently, refusing to absolutely give up on its value-based approach in *Google Spain*, the CJEU decided to resort to the safety escape and empower the Member States to legislate and national court to examine whether the search engine operator fulfil its obligations and, where it is necessary, to oblige her to remove information from all domains<sup>55</sup>.

Therefore, although this shift from normative to pragmatic approach regarding the right to be forgotten may jeopardize the fundamental rights of EU inhabitants to some extent, but it is more in line with international public law and differing approaches to the balance of fundamental rights. Nevertheless, there should not be a problem to reconcile judgements in *Google Spain* and *Google LLC* as the former one established a form regarding the right to be forgotten, which was filled with content in the latter one. Moreover, the CJEU has not sacrificed the values it protects – privacy and personal data, instead, in order to maintain legitimacy of the DPD and the GDPR, it protects them in disguise.

### Conclusions

The analysis of the Court's conclusions in *Lindqvist*, *Google Spain* and *Google LLC* cases demonstrates that the CJEU's approach to the territorial scope of the DPD and the GDPR is heterogenous and fluctuant. The subject of territorial scope of the legislation on the protection of personal data is delicate as it concerns the free flow of information at international scale. *Lindqvist* and *Google LLC* prove, arguably, that the Court prefers to round out rough corners in terms of territorial scope the DPD and the GDPR by avoiding generalizations on this issue. It may be explained by the outburst of criticism against position regarding the broad territorial scope of the DPD established by the Court in *Google Spain*.

<sup>52</sup> Ibid, paras 59–60, 63.

<sup>53</sup> Ibid, paras 62, 64.

<sup>54</sup> *Google LLC* (no. 4), para 72.

<sup>55</sup> Ibid, paras 70–71.

## The spheres of the law language usage

**Liashuk Andriy**

*Searcher of the Philosophy of Law and Juridical Logics Chair  
of the National Academy of Internal Affairs, Ukraine*

The article analyzes the law language depending on the sphere of its usage in the legal reality. It is noted that the language of law, functioning in the legal reality, provides both the formation of the theoretical foundations of law, and facilitates the direct implementation of law and its norms in a particular socio-cultural space. It is emphasized that with the help of the linguistic (communicative) aspect the organizational activity aspect of the legal reality is carried out, which covers all kinds of the legal behavior of people – law-making, law-using, law-realizing, law-enforcement, functionally providing activities of citizens and bodies of the legal system within legal limits.

The theoretical approaches to understanding the spheres of the intersection of language and law, and accordingly the usage of language to exercise their functions by law in society, are analyzed. It has been determined that the spheres of law language traditionally identified in the legal sciences generally coincide. Although they are either too detailed or too generalized in some cases.

It is stated that the language in law is used for the knowledge of the state-legal reality in a specific historical period, conducting fundamental scientific researches, which are connected with a deep and comprehensive analysis of the essence of the state-legal phenomena and processes, finding out patterns of their development and occurrence, as well as during the creation of the legal norms and their practical implementation in a particular society.

The spheres of usage of the law language have been singled out based on the correlation of the law functioning and the involvement of the language resources to this process. On this basis, the language of the legal practice and legal doctrine, which in turn consist of a number of the sub spheres, is distinguished. The language of the legal doctrine is divided into the language of the legal science and the language of the legal education, and the language of the legal practice is divided into the language of law-making, which includes the language of law-making, the language of law-using, the language of law-realizing, the law-enforcement language, and the legal advocacy (prevention) language.

It is concluded that the objectification of the phenomenon of the law language as an independent linguistic substance and its subdivisions into species, of course, is of the nature of the convention due to the openness of the linguistic space.

### Сфери використання мови права

**Ляшук Андрій Володимирович**

*здобувач кафедри філософії права та юридичної логіки  
Національної академії внутрішніх справ, Україна*

#### Вступ

Мова права обслуговує всі сфери існування права, становлячи низку взаємопов'язаних елементів. Тому актуальним, на нашу думку, є аналіз особливостей функціонування мови права залежно від сфер її застосування в правовій реальності. Теоретичним підґрунтям аналізу мови права є знання про структуру правової сфери, а також рівні репрезентації самого права. Правова реальність акумулює в собі всі наявні в просторі та часі правові феномени. Як зазначає Ю. Жилина, «правову реальність досить складно визначити конкретно: вона існує як у вигляді матеріальних об'єктів, так і різноманітних ідей, теорій, доктрин. Разом із тим правова дійсність є деякою частиною суспільного життя, де люди взаємодіють як суб'єкти права, задовольняючи свої інтереси на основі й у правових межах,

тобто правове життя суспільства, неосяжне та багатогранне»<sup>1</sup>.

Отже, з огляду на викладене, **метою статті** є аналіз специфіки функціонування основних сфер мови права.

#### Виклад основного матеріалу

Аналізуючи правову реальність, Г. Іконнікова<sup>2</sup> виділяє три основні підходи щодо аналізу її сутності: феноменологічний, елементний і системний. Зі свого боку, згідно з теоретико-методологічними підходами до розуміння правової реальності,

<sup>1</sup> Жилина Ю. Правовая реальность как философско-правовая категория: понятие и структура. *Молодой ученый*. 2015. № 3. С. 640–643. URL : <https://moluch.ru/archive/83/15243/> (дата звернення: 16.01.2020).

<sup>2</sup> Иконникова Г. Философия права : учебник для магистров. 3-е изд., перераб. и доп. Москва : Юрайт, 2015. 364 с.

ми можемо виділити такі: діалектико-матеріалістичний, феноменологічний, системний, елементний, сферний.

Для прихильників діалектико-матеріалістичного підходу правова реальність – це єдність матеріального й ідеального, суб'єктивного та об'єктивного.

У межах феноменологічного підходу правова реальність трактується як взаємодія соціуму, системного світу й повсякденної реальності. З позиції системного підходу правова реальність розуміється як система життєзабезпечення суспільства, його суб'єктів, що засновані на праві та юридичних законах.

Елементний підхід відкидає ідею про незалежність правової реальності від волі та свідомості людей, розглядаючи її як надбудову, яка складається з правових закладів, правових відносин і правосвідомості.

Для дослідження найбільш значущими є системний і сферний підходи до визначення сутності правової реальності, оскільки саме вони розглядають її в аспекті структурно-функціональних елементів, які постійно взаємодіють між собою й утворюють єдине ціле. Теоретики права, які вдаються до аналізу мови права, роблять її класифікацію залежно від сфер застосування, відповідно, від сфер правової реальності. Хоча сьогодні серед науковців немає єдиної думки щодо підвидів мови права за сферами застосування. П. Сандріні визначає три типи правових текстів, які функціонують у різних сферах: правотворчість (сюди дослідник зараховує різного роду договори та статuti); здійснення правосуддя (судові рішення, свідчення, експерименти, позови); адміністративні тексти (відомча мова й мова відомчої кореспонденції)<sup>3</sup>.

М. Давидова, описуючи мовні зрізи, виділяє три сфери функціонування мови права: мову нормативно-правових актів; мову правозастосовної, договірної, правовиконавчої практики; мову правової доктрини. Детальнішою за попередню є класифікація В. Ісакова<sup>4</sup>, що складається із шести рівнів: 1) мови законодавства; 2) мови підзаконних правових актів; 3) мови правозастосовної практики; 4) мови юридичної науки; 5) мови юридичної освіти; 6) мови юридичної журналістики.

Російський дослідник А. Шепелев виділяє в структурі мови права такі види: 1) мову закону; 2) мову правової доктрини; 3) професійну мову юристів; 4) мову процесуальних документів; 5) мову договорів<sup>5</sup>.

Інший дослідник мови права – Н. Голев – виокремлює чотири сфери перетину мови та права,

<sup>3</sup> Sandrini P. Terminology and Knowledge Engineering. Proceedings of the 5th International Congress on Terminology and Knowledge Engineering TKE'99. TermNet. Wien, 1999. P. 9–43.

<sup>4</sup> Исаков В. Язык права. *Юрислингвистика-2: русский язык в его естественном и юридическом бытии*. 2009. С. 65–80.

<sup>5</sup> Шепелев А. Язык права как самостоятельный функциональный стиль : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2002. 14 с.

відповідно, і застосування мови для реалізації правом своїх функцій у суспільстві: 1) мову як об'єкт правового регулювання; 2) мову як засіб законодавчої діяльності; 3) мову як засіб правозастосовальної діяльності; 4) мову як засіб юридичної науки<sup>6</sup>.

Проаналізувавши погляди дослідників на сфери застосування мови права та його структуру, бачимо, що виокремлені ними елементи в основному збігаються, хоча в деяких випадках вони або занадто деталізовані, або занадто узагальнені. Ми погоджуємося з тим, що мову права доречно класифікувати відповідно до сфер її функціонування. Тому далі спробуємо дати власну класифікацію мови права й обґрунтувати доречність виділених сфер застосування. Як уже зазначено, підґрунтям нашої класифікації буде системний аналіз, що дає змогу виділити підсистеми, які відрізняються за специфікою функціонування та завданнями, що виконуються в загальній системі правової реальності. За основу характеристики ми взяли класифікацію, запропоновану П. Рабіновичем, який за сферами використання виділяє мову правничої практики та мову правничої доктрини. Підтримуємо таку позицію, оскільки мова права, функціонуючи в правовій реальності, як забезпечує формування теоретичних засад права, так і сприяє безпосередній реалізації права та його норм у конкретному соціокультурному просторі. Саме завдяки мові відбувається формування правосвідомості, як індивідуальної, так і правової. За допомогою мови своє текстове втілення отримують правові норми, які завдяки імперативному характеру регулюють вчинки та дії, регулюючи функціонування суспільства загалом. За посередництва мови відбувається «включеність» у правову реальність і втілюється можливість практичної реалізації закладених у праві свободи, рівності й справедливості. З допомогою мовного (комунікативного) аспекту здійснюється організаційно-діяльнісний аспект правової реальності, що охоплює всі види правової поведінки людей – правотворчу, правозастосовну, правореалізаційну, правоохоронну, функціонально забезпечуючи діяльність громадян та органів правової системи в правових межах.

Вироблена П. Рабіновичем класифікація, на нашу думку, потребує певного уточнення та розширення. Мова у праві застосовується під час пізнання державно-правової дійсності в конкретний історичний період, проведення фундаментальних наукових досліджень, що пов'язані з глибоким і всебічним аналізом сутності державно-правових явищ і процесів, з'ясуванням закономірностей їх розвитку й виникнення, а також під час творення правових норм і їх практичної реалізації в конкретному суспільстві. Тому слушним, уважасмо, є поділ

<sup>6</sup> Голев Н. Юридический аспект языка в лингвистическом освещении. *Юрислингвистика-1: проблемы и перспективы* : межвузовский сборник научных трудов / Алтайский гос. ун-т ; редкол. : Н.Д. Голев (отв. ред.), В.Д. Мансурова, Н.Б. Лебедева и др. Барнаул, 1999. 183 с.

сфер застосування мови права на дві групи: правової практики та правової доктрини, які, своєю чергою, складаються з низки підсфер. Виокремлюючи структуру, співвідносимо сфери функціонування права та задіяні в них ресурси мови. Мову правової доктрини поділяємо на мову правової науки й мову правової освіти, а мову правової практики – на мову правотворчості, у яку входить мова законотворчості, мову правозастосування, мову правореалізації, мову правотлумачення, мову правозахисної сфери, мову правоохоронної сфери та мову правової пропаганди (профілактики).

Правова доктрина використовує мову права для віддзеркалення державно-правової дійсності, формує знання про право та його реалізацію. Мовні засоби вираження використовуються під час інтерпретації та систематизації позитивного права, обґрунтування необхідності й доцільності закріплення норм права, формування нових галузей та інститутів права, їх удосконалення чи реформування.

Застосування мови у сфері правничої науки виявляється в проведенні фундаментальних наукових досліджень, що пов'язані з глибоким і всебічним аналізом сутності державно-правових явищ і процесів, з'ясуванням закономірностей їх виникнення й розвитку. За посередництва тексту відбувається процес відображення в узагальненій теоретичній формі юридичного знання: категорій і понять, теорій, концепцій, що відбивають закономірності й логіку правової матерії та слугують формами вираження змістової частини правової доктрини, яка безпосередньо оформлюється у вигляді наукових праць з питань права – монографій, наукових статей, коментарів законодавства тощо. Обґрунтування нових підходів до розв'язання актуальних проблем юридичної практики експлікуються в процесі наукової дискусії, що текстово відображається на сторінках журналів, у збірниках наукових конференцій, «круглих столів».

Щодо застосування мови у сфері правової освіти, то за її посередництва в загальних і спеціалізованих закладах освіти незалежно від форм власності правовим інформуванням населення через засоби масової інформації та культурно-освітні установи відбувається процес набуття індивідами правових знань, навичок і вмій, формування поваги до права, закону, прав і свобод людини, відповідних правових орієнтацій та оцінок, правових поведінкових установок і мотивів правомірної поведінки тощо. Завдяки правовій комунікації відбувається процес засвоєння початкових правових знань про норми поведінки, формуються звички щодо їх виконання ще в школах, а продовжується й поглиблюється в професійних навчально-виховних, вищих навчальних закладах, закладах підвищення кваліфікації та перепідготовки кадрів, у яких правові дисципліни викладаються як низка обов'язкових.

Спектр застосування мови у сфері правничої практики є ширшим і представлений вісьмома субсферами, які виокремлені нами з огляду на найпоширеніші аспекти її функціонування. Першою сферою правничої практики, де відбувається активне застосування мови, є сфера правотворчості, сутність якої полягає у владній діяльності держави, а в окремих випадках безпосередньо народу, спрямована на формулювання чи санкціонування нормативно-правових актів, за допомогою яких у чинну систему права запроваджуються нові, змінюються чи скасовуються чинні норми права. Щодо ролі мови права в цьому процесі, то, на нашу думку, вдалим є твердження Н. Артикуци, яка зазначає, що «важливим елементом правотворчої діяльності взагалі та законодавчої техніки зокрема є мова, її лексичні та граматико-стилістичні ресурси, що реалізуються в нормативно-правових текстах. Мова є тим першоелементом, з якого виробляється (об'єктивується) право як система загальнообов'язкових соціальних норм. Саме у мовно-словесних знаках і конструкціях репрезентуються правові поняття й категорії, правові норми та приписи»<sup>7</sup>.

Окремою підсферою мови правотворчості пропонуємо виділити мову законотворчості, яка супроводжує діяльність законотворців у процесі підготовки, обговорення й прийняття законів.

Наступною сферою застосування мови права є сфера правотлумачення. «Більше пояснити, щоб краще зрозуміти»<sup>8</sup>, – говорив П. Рікер. І з цим не можна не погодитися, адже правильна інтерпретація законодавства дає змогу уникнути помилок і діяти в рамках закону. Саме правильне розуміння закону забезпечує його належне використання. Як ми вже зазначали, нормативно-правові акти матеріалізуються за допомогою тексту й саме мовне втілення забезпечує донесення його змісту до адресата. Тому тлумачення законодавства є досить важливим, оскільки в текстах нормативно-правових документів трапляються різні слова, значення яких узагалі нікому не зрозуміле.

Далі, на нашу думку, варто виділити сферу правозастосування, для якої мова є невід'ємним компонентом, оскільки результатом її здійснення є ухвалення акта застосування норм права, що є результатом підведення конкретного життєвого випадку під загальну правову норму. Мова є засобом спілкування людей з усіх питань, що виникають, а мова акта правозастосування, з одного боку, обслуговує лише ту сферу суспільного життя, де діє право, а з іншого – має бути простою і доступною для всіх суб'єктів, на яких цей акт розповсюджується. Це спосіб зовнішнього втілення правових приписів.

<sup>7</sup> Артикуца Н. Культура правотворчості і мова. 2008. Т. 77. С. 44–50.

<sup>8</sup> Рікер П. Герменевтика. Етика. Політика. Московские лекции и интервью / отв. редактор И. Вдовина. Москва : Камі, ИЦ Академия. 1995. 160 с.



Правові норми, які закріплені в тексті акта, є основою правового регулювання. Саме в тексті права відбувається об'єднання правового лексикону та його стильових закономірностей. Текст є засобом прояву права й формою його існування<sup>9</sup>.

Ще однією сферою застосування мови права є сфера правореалізації, яка полягає в усвідомленій діяльності з утілення приписів норми права у правомірній поведінці суб'єкта з метою досягнення соціально корисного результату, передбаченого законодавцем, і виявлення соціальної цінності цієї норми.

Окремо, на нашу думку, варто виокремити правоохоронну сферу, у якій мова є одним із основних засобів передачі інформації, оскільки правоохоронна діяльність є особливим видом соціальної діяльності, яка визначена нормами права й об'єктивною необхідністю впливу на суспільні відносини для забезпечення охорони конституційного ладу, прав і свобод людини та громадянина, зміцнення законності й правопорядку та яка здійснюється лише уповноваженими на те суб'єктами. Основою правоохоронної діяльності є правове регулювання, що ми визначаємо як різновид переміщення інформації, учасниками якого є генератори інформації й рецептори (адресати) інформації. Носієм інформації у правовому регулюванні є мова, з допомогою якої об'єкти стають сприйнятливими для учасників правового регулювання. А оскільки мові права притаманна безособовість висловлювання, то, відповідно, висловлювання здійснюється не від конкретної особи того, хто говорить чи пише, а від імені держави. Саме комунікація є одним із базових механізмів в управлінні правоохоронними процесами, забезпечує формування партнерських відносин правоохоронних та інших соціальних суб'єктів у боротьбі зі злочинністю, сприяє ефективному управлінню зовнішнього й внутрішнього правоохоронного середовища, акумулює і транслює досвід боротьби зі злочинністю.

Ефективно використовують мову в професійній діяльності дільничний офіцер поліції під час опитування свідків, протоколювання фактів; працівник відділу кримінальної поліції – під час опису місця події, нагромадження доказової бази, аналізу та синтезу отриманих відомостей; експерт-криміналіст – під час складання плану дослідження, формулювання гіпотези, висновків, засвідчення фактів на місці події, складання акта дослідження; слідчий – під час збирання, сприймання й аналізу інформації, отриманої в процесі допиту потерпілого, свідків чи підозрюваного тощо.

Наступною сферою застосування мови права є правозахисна, яка має деякі спільні ознаки з правоохоронною сферою, але відрізняється як за предметом, так і за суб'єктами її здійснення. Предмет правозахисної діяльності значно вужчий, аніж у пра-

воохоронній діяльності. Він стосується тільки правової допомоги юридичним особам, громадянам України, іноземцям та особам без громадянства, захисту фізичних осіб у спірних питаннях з охорони права, захисту від обвинувачення й державного гарантування охорони прав громадян правозахисними органами. У цьому аспекті важлива роль відводиться саме мові, оскільки володіння мовою права, юридичною термінологією відіграє провідну роль під час проведення консультацій і роз'яснень, надання довідок щодо законодавства; складання заяв, скарг та інших документів правового характеру; здійснення представництва в суді й в інших державних органах в інтересах громадян і юридичних осіб; надання юридичної допомоги суб'єктам права, сприяння правовими засобами здійсненню підприємницької діяльності.

Окремо також пропонуємо виділяти розмовну мову права, яка використовується як у сфері професійного спілкування юристів, так і на побутовому рівні всіх членів суспільства. Розмовна мова права є конгломератом правового й буденного, доктринального та нормативного, суміш виразів різних шкіл і течій, що передбачає наявність у ній нескінченної кількості різнопланових термінологічних форм, обмежених тільки загальноприйнятими мовними нормами. Німецький теоретик права Б. Рютерс слушно зазначає: «Поza мовою право не існує. Право можна виразити, передати, пояснити й удосконалити лише завдяки мові. Якість права безпосередньо залежить від якості мови, у якій воно виражене й через яку його доносять до адресата»<sup>10</sup>. І саме розмовна мова права відіграє значну роль у донесенні правової інформації до адресата та під час налагодження контактів із клієнтами. Юрист, спілкуючись із населенням чи своїми колегами або керівниками, засвоює таку інформацію, яка для нього найбільш цінна й корисна. Ідеться не про будь-яку інформацію, а про таку, яка розширює його кругозір, правовий світогляд, виробляє юридичну позицію тощо. До того ж юрист може бути активним чи пасивним отримувачем, але під час спілкування рівень його соціалізації підвищується.

Зауважимо, що об'єктивація феномена мови права як самостійної мовної субстанції та її підрозділів на види, безумовно, має характер умовності. Це пов'язано з відкритістю мовного простору, посиленням асиміляції різних понять і слів, за допомогою яких вони виражаються, взаємопроникненням і взаємовпливом мов і їх елементів.

## Висновки

Мова права – це складне різноаспектне утворення, яке містить у собі низку відносно самостійних видів: мову законодавства й підзаконних пра-

<sup>9</sup> Чиквіашвілі К. Структура семантичної організації тексту : автореф. дис. ... канд. філол. наук. Москва, 1980. 24 с.

<sup>10</sup> Rütters B., Fischer, Chr. Rechtstheorie: Begriff, Geltung, Anwendung. 5. überarb. Aufl. München: C.H. Beck, 2010. 640 p.

вових актів, мову правозастосовної практики, мову юридичної науки та юридичної освіти, мову юридичної журналістики тощо. Крім того, предметна специфіка галузей права визначає додаткові особливості кожної із цих підмов. Ми розглядаємо мову права як засіб відображення правової реальності,

до аналізу якої залучаємо два підходи: системний і сферний. Вони дали нам можливість визначити, що правова реальність – це комплекс усіх юридичних явищ, який включає правову систему, правосвідомість, юридичну практику, законність і протиправні явища.

**Implementation of the key principles and provisions, outlined in the ECHR judgments,  
in law-making process: practices in Ukraine and EU member states**

**Mytnyk Olena**

*PhD Student at Constitutional Law Department*

*of the Faculty of Law*

*Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine*

Since the date of ratification by Ukrainian parliament of the European Convention on Human Rights, Ukraine takes 4th position in the number of cases pending before the European Court of Human Rights. The key issue is that in a large number of cases, the ECtHR found violations of the rights guaranteed under Convention by Ukraine. In some cases such violations were caused by the inconsistency of certain provisions of the legislation of Ukraine with the standards of the Convention.

The article examines the basic models, levels of control over the conformity of draft laws with the provisions of the Convention and the ECtHR practice, and identifies the most effective ones based on the analysis of international standards, constitutional legislation and practice of EU member states. The author proposes mechanisms to improve the quality of drafting legislation in Ukraine in view of its obligations under the Convention and the case-law of the Court.

The author concluded that monitoring the conformity of the draft laws of the Convention and the practice of the ECtHR is a recognized practice, recommended for member states of the Council of Europe and successfully implemented by the Member States of the European Union. The article describes 3 models of such control, depending on the subject exercising such control: executive authorities, parliamentary control, control exercised by specially created bodies. In addition, the author proposes to consider a control system consisting of several levels, depending on the stage of passage of the draft law: a) the first level – the stage of development (verification is carried out by the developer, who is charged with the obligation to develop a quality draft law that meets the obligations States under the Convention); b) the second level – the stage of submission to the parliament (check is carried out by the subject of legislative initiative: the Government, the President or the representative of the parliament; it is advisable to establish within the legislature regulations “filters” that would allow the developers to return draft laws that do not comply with the Convention or the Court's case-law); c) the third level – the check during the passage of the bill through parliamentary procedures (in this case, control can be exercised by a committee which is responsible for human rights or international issues).

With regard to the experience of Ukraine, the author notes that there is currently no effective mechanism that would prevent the passage of draft laws contrary to ECHR provisions and the Court's case-law. This is evidenced by a number of cases in which the ECtHR found a violation of Ukraine's rights guaranteed by the Convention, which was caused by poor quality of legislation.

Therefore, in the opinion of the author, the examination of draft laws in conformity with the Convention could become a real and effective way of avoiding the European Court of Justice's finding of a violation of human rights and fundamental freedoms guaranteed by the Convention and Ukraine's fulfillment of its obligations to the citizens of Ukraine and the international community.

**Утілення засадничих принципів і положень, викладених у рішеннях ЄСПЛ,  
у процесі законотворення: досвід України та держав-членів ЄС**

**Митник Олена Віталіївна**

*аспірантка кафедри конституційного права*

*юридичного факультету*

*Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Україна*

**Вступ**

З дати ратифікації Україною Європейської конвенції з прав людини (далі – ЄКПЛ, Конвенція) і до сьогодні Україна знаходиться на 4 місці за кількістю справ (після Туреччини, Російської Федерації та Італії), які розглядалися Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд). Водночас у 1 383 спра-

вах із 1 413<sup>1</sup> (тобто у 98% справ) ЄСПЛ визнав принаймні одне порушення Україною Конвенції. Станом на кінець 2019 року Україною не виконано 67% зі 117 провідних рішень Європейського суду

<sup>1</sup> European Court of Human Rights. Statistics by State, Violations by Article and by State / European Court of Human Rights. 2020. URL: [https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_violation\\_1959\\_2019\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2019_ENG.pdf).

з прав людини<sup>2</sup> (на 3 місці за кількістю невиконаних провідних рішень<sup>3</sup>). Ключовою проблемою є те, що у великій кількості справ ЄСПЛ констатує порушення державою Україна прав, гарантованих Конвенцією. Однією з причин, серед іншого, є невідповідність окремих положень законодавства України нормам Конвенції.

Проблематика розроблення теоретико-методологічних засад ЄСПЛ та імплементації Конвенції в національному законодавстві, відображена в наукових роботах таких учених: Л. Ануфрієва, Б. Зимненка, А. Пархета, В. Кононенко, Г. Ігнатенка, І. Лукашука, О. Рабцевич, Л. Лунца, С. Марочкіна, О. Прокопенка, Е. Трегубова, В. Городовенка, М. Ентіна, О. Базова й ін.

**Метою статті** є на основі аналізу міжнародних стандартів, конституційного законодавства та практики держав-учасниць ЄС дослідити основні моделі, рівні контролю за відповідністю проектів законів положенням Конвенції та практиці ЄСПЛ, виокремити найбільш ефективні з них; запропонувати механізми для підвищення якості підготовки проектів законодавчих актів в Україні з огляду на зобов'язання відповідно до Конвенції та практики Суду.

#### Виклад основного матеріалу

Європейська конвенція з прав людини, яка відкрита для підписання в Римі 4 листопада 1950 року й набула чинності 3 вересня 1953 року, є головним досягненням Ради Європи. Цей документ визначає права та свободи, що держави-члени зобов'язуються забезпечити всім, хто знаходиться під їхньою юрисдикцією. Конвенція, доповнена додатковими протоколами, також установила міжнародну систему захисту через ЄСПЛ, ефективність якої є загально-визнаною<sup>4</sup>.

ЄСПЛ функціонує для забезпечення виконання положень Конвенції Сторонами й розглядає справи про порушення положень Конвенції та гарантованих нею прав і свобод людини. Рішення Суду підлягають обов'язковому виконанню Сторонами й містять тлумачення положень самої конвенції (стаття 19 ЄКПЛ)<sup>5</sup>.

Одним зі способів забезпечити дотримання Конвенції є зобов'язання держав активно інтегрувати в повному обсязі практику ЄСПЛ у національне законодавство, ураховуючи розроблені Судом прин-

ципи, навіть якщо вони викладені у справах проти інших держав. Хоча рішення Суду є юридично обов'язковими лише для сторін конкретної справи, держави можуть і повинні уникати порушень прав людини передусім шляхом попереднього усунення таких ситуацій, які Суд визнав порушенням Конвенції стосовно інших держав. Отриманий досвід від порушень Конвенції іншими державами й, отже, дотримання тлумачного права (*res interpretata*) судової практики Суду дає змогу державам уникнути негативних рішень Суду<sup>6</sup>. Однак дуже часто ЄСПЛ констатує порушення прав заявників саме через застосування закону, що суперечить положенням Конвенції та практиці Суду<sup>7</sup>.

Тому абсолютно логічним видається не лише здійснювати точковий моніторинг чинного законодавства на відповідність Конвенції за наслідками прийняття відповідного рішення Судом (як захід загального характеру), а й не допускати функціонування в законодавчому полі актів, що суперечать Конвенції та гіпотетично можуть порушувати гарантовані нею права і свободи. Очевидно, має існувати певний превентивний механізм, який би давав змогу вже на початковому етапі відсіювати такі проекти законів.

**Міжнародні стандарти.** На рівні Комітету міністрів Ради Європи прийнято Рекомендацію державам-членам щодо перевірки законопроектів, чинних законів та адміністративної практики на відповідність стандартам, викладеним у Європейській конвенції з прав людини від 12 травня 2004 року. У пункті 5 цього документа *«державам-членам рекомендується впровадити систематичну перевірку на відповідність Конвенції законопроектів, особливо тих, що можуть вплинути на права та свободи, які вона захищає»*. Ефективність такого механізму пояснюється тим, що, ухвалюючи закон, який успішно пройшов перевірку на відповідність Конвенції, держава зменшує ризик того, що в цьому законі закладено порушення Конвенції та що Суд виявить таке порушення<sup>8</sup>.

У звіті про довгострокове майбутнє системи Європейської конвенції з прав людини<sup>9</sup>, прийнятому 11 грудня 2015 року (пп. 38, 52–54, 58 і 71),

<sup>6</sup> Дональд Е., Спек Е.-К. Національні парламенти – гаранті прав людини в Європі: посібник для парламентарів / Рада Європи. Січень 2019 року.

<sup>7</sup> Див., наприклад, «Слоєв проти України», «Корецький та інші проти України», «Зеленчук і Цицюра проти України».

<sup>8</sup> Рекомендація Rec(2004)5 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо перевірки законопроектів, існуючих законів та адміністративної практики на відповідність стандартам, викладеним в Європейській конвенції з прав людини [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_574](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_574).

<sup>9</sup> The longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights, Report of the Steering Committee for Human Rights (CDDH), adopted on 11 December 2015, Council of Europe [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <https://rm.coe.int/the-longer-term-future-of-the-system-of-the-european-convention-on-human/1680695ad4>

<sup>2</sup> European implementation network. Countries' Compliance With the European Court of Human Rights, Ukraine / European implementation network. 2020. URL: <http://www.einnetwork.org/ukraine-echr>.

<sup>3</sup> European Court of Human Rights. PENDING APPLICATIONS ALLOCATED TO A JUDICIAL FORMATION / European Court of Human Rights. 2020. URL: [https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_pending\\_2020\\_BIL.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_pending_2020_BIL.pdf).

<sup>4</sup> Jean-François Renucci. Introduction to the European Convention on Human Rights. The rights guaranteed and the protection mechanism. *Council of Europe Publishing*. 2005. P. 6–7.

<sup>5</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004).

Наглядова комісія з прав людини зробила висновок: «Уряди повинні повністю інформувати парламенти з питань, що стосуються тлумачення й застосування стандартів Конвенції, включаючи сумісність (проєкту) законодавства з Конвенцією (пункт 197 v); члени парламенту повинні мати достатню кваліфікацію з питань Конвенції, якщо це доречно, шляхом створення, де це доцільно, парламентських структур, що аналізують дотримання прав людини, і/або за допомогою спеціалізованого секретаріату, і/або шляхом забезпечення доступу незалежних експертів, якщо це доречно, у рамках співпраці з Радою Європи (пункт 197 vi). Необхідно, щоб національні органи влади систематично перевіряли сумісність проєктів законодавства й адміністративної практики (у тому числі як це виражено в регламентах, розпорядженнях і циркулярах) з Конвенцією на ранньому етапі процесу розроблення та аналізували, де це доречно, обґрунтовуючи в пояснювальній записці до законопроєктів, чому проєкт закону вважається сумісним із вимогами положень щодо прав людини (пункт 197 vii)».

Сумісність проєктів законодавства з Конвенцією підпорядковується найбільш продуманому механізму верифікації. Систематичний нагляд за проєктами законів, як правило, здійснюється на виконавчому, а потім на парламентському рівні й навіть за участю Конституційного Суду. Також проводяться консультації з національними правозахисними інституціями<sup>10</sup>.

Водночас постає питання, який саме орган має здійснювати такий контроль. Як зазначає Комітет Міністрів Ради Європи в Рекомендації<sup>11</sup>, систематичний контроль за законопроєктами необхідно здійснювати як на виконавчому (Міністерство юстиції), так і парламентському (здійснюють юридичні відділи або ж окремі парламентські комітети) рівнях, а в окремих випадках у порядку консультацій із незалежними органами<sup>12</sup>.

**Практика держав-членів Європейського Союзу.** Аналіз досвіду держав-підписантів Європейської

конвенції з прав людини свідчить про існування, як мінімум, трьох моделей такого контролю залежно від суб'єкта, який такий контроль здійснює.

**Перевірка органами виконавчої влади.** Загалом перевірка законопроєктів на відповідність Конвенції та її протоколам розпочинається в **міністерстві, яке ініціювало проєкт закону** (Хорватія, Франція, Німеччина, Латвія, Словенія)<sup>13</sup>. Наприклад, у Франції кожне міністерство має один або кілька підрозділів, які відповідають за підготовку текстів нормативно-правових актів. У Польщі, перш ніж приймати рішення про розроблення нового проєкту, правила розроблення законопроєктів вимагають підготувати аналіз чинного правового порядку з урахуванням міжнародних договорів щодо захисту прав людини, за якими Польща взяла на себе відповідні зобов'язання<sup>14</sup>.

Крім того, у великій кількості держав-членів особлива відповідальність покладається на певні міністерства чи відомства. У більшості випадків саме **Секретаріат (Канцелярія), Міністерство юстиції** (Австрія, Німеччина, Нідерланди) та/або **Міністерство закордонних справ** мають здійснити таку перевірку. Так, наприклад, у Німеччині в Загальному регламенті Федеральних міністерств міститься таке положення (§ 46): «Перед поданням законопроєкту на розгляд до Федерального уряду він повинен бути направлений до Федерального Міністерства юстиції для правової експертизи». Крім того, у Регламенті Федерального уряду в § 26 указано: «Відповідно до цього Регламенту, міністр юстиції може протестувати проти прийняття законопроєкту, якщо він не відповідає чинному законодавству».

**Парламентська перевірка.** Крім перевірки на рівні виконавчої влади, експертиза проводиться також **юридичними службами парламенту й/або його різними парламентськими комітетами** (Німеччина, Ірландія). У Чехії цими питаннями опікується науково-дослідний Парламентський інститут, який належить парламенту. У Румунії проєкти нормативних актів розробляються за погодженням із Законодавчою радою. Останній є спеціалізованим дорадчим органом Парламенту, який слідкує за сумісністю зазначених проєктів з Конституцією та міжнародними договорами.

Один або кілька парламентських комітетів можуть нести відповідальність за систематичну й постійну перевірку відповідності Конвенції всіх

<sup>10</sup> У цьому разі йде мова про незалежні установи, що займаються утвердженням і захистом прав людини та відповідають Паризьким принципам. Детальніше про це див. <http://www.ombudsman.gov.ua/page/secretariat/international-cooperation/international-instruments/paris-principles.html>.

Overview No. DH-SYSC(2016)013REV of the exchange of views held by the DH-SYSC at its 1st meeting (25-27 April 2016) on the verification of the compatibility of legislation with the Convention (arrangements, advantages, obstacles), Steering Committee for Human Rights (CDDH), Strasbourg, 5 July 2017. URL: <https://rm.coe.int/overview-of-the-exchange-of-views-held-by-the-dh-sysc-at-its-1st-meeti/1680764f71>

<sup>11</sup> Рекомендація Res (2004)5 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо перевірки законопроєктів, чинних законів та адміністративної практики на відповідність стандартам, викладеним у Європейській конвенції з прав людини. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_574](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_574).

<sup>12</sup> У цьому разі йде мова про незалежні установи, що займаються утвердженням і захистом прав людини та відповідають Паризьким принципам. Детальніше про це див. <http://www.ombudsman.gov.ua/page/secretariat/international-cooperation/international-instruments/paris-principles.html>.

<sup>13</sup> Overview No. DH-SYSC(2016)013REV of the exchange of views held by the DH-SYSC at its 1st meeting (25-27 April 2016) on the verification of the compatibility of legislation with the Convention (arrangements, advantages, obstacles), Steering Committee for Human Rights (CDDH), Strasbourg, 5 July 2017. URL: <https://rm.coe.int/overview-of-the-exchange-of-views-held-by-the-dh-sysc-at-its-1st-meeti/1680764f71>.

<sup>14</sup> DH-SYSC Exchange of information on the implementation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and the execution of judgments of the European Court of Human Rights. Contribution of the delegation of Poland. Warsaw, 2 February 2017. URL: <https://rm.coe.int>.

проектів законів (Комітет з прав людини на Кіпрі, у Хорватії, Латвії, Литві, Румунії, Великобританії; Комітет з конституційного права в Австрії, Фінляндії, Італії, Португалії, Словацькій Республіці; Комітет з правових питань на Кіпрі, Німеччині, Литві). У Нідерландах Парламент в основному вимагає експертизи науковців і Нідерландського інституту прав людини. Якщо парламентський комітет, який займається перевіркою сумісності законопроектів, вважає, що є невідповідність Конвенції, він може вимагати додаткової інформації в тих, хто розробляв закон (Фінляндія)<sup>15</sup>.

Водночас аналіз законопроектів на відповідність правам людини парламентарями може виявитися складним процесом, особливо в тому разі, якщо законодавчі пропозиції публікують дуже швидко, унаслідок чого парламентським правозахисним органам залишається мало часу як для розгляду наслідків таких законів на права людини, так і для звітування парламенту про будь-які необхідні зміни. Через обмеженість часу й ресурсів парламентарів проблемою може стати навіть кількість проектів законів. У такому разі, по-перше, парламентарі повинні вимагати від виконавчої влади докладно деталізувати меморандум щодо прав людини для кожного запропонованого закону, пояснюючи, чому уряд вважає, що такий закон сумісний із правами людини, або вказуючи на будь-яку потенційну несумісність. По-друге, парламентарі можуть обрати пріоритети для детального вивчення тих законодавчих пропозицій, які вони вважають найважливішими в контексті прав людини та верховенства права<sup>16</sup>.

**Перевірка спеціалізованими органами.** Деякі держави-члени мають **спеціалізований офіс** (наприклад, конкретний підрозділ у міністерстві), компетентний розглядати проекти законів. Це є підрозділ, фахівці якого є компетентними щодо положень Конвенції та практики Суду (Австрія, Кіпр, Грузія, Греція, Литва, Монако, Словацька Республіка, Швеція, Швейцарія). У деяких інших державах-членах немає спеціалізованих офісів, але є офіційні особи, які спеціалізуються на питаннях ЄСПЛ і практиці Суду та відповідальні за розгляд проектів законів.

У багатьох державах-членах **Урядовий уповноважений у справах ЄСПЛ** відіграє провідну роль у наданні консультацій щодо того, чи сумісні проекти законів із положеннями Конвенції (Бельгія, Хорватія, Кіпр, Чехія, Естонія, Німеччина, Латвія, Польща, Румунія, Україна).

Національне законодавство дуже часто містить положення, що текст проекту закону має супроводжуватися пояснювальною запискою, у якій, серед іншого, має зазначатися про відповідність проекту закону Конституції та/або Конвенції (наприклад, Естонія). У деяких державах-членах подання законопроекту має супроводжуватися офіційною заявою про сумісність із Конвенцією (Боснія і Герцеговина, Кіпр, Чехія, Естонія, Латвія, Литва, Нідерланди, Словацька Республіка, Словенія, Швейцарія, Великобританія)<sup>17</sup>.

**Досвід України.** 17 липня 1997 року Верховна Рада України ратифікувала Конвенцію, відповідно до статті 1 якої Україна взяла на себе зобов'язання гарантувати кожному, хто знаходиться під її юрисдикцією, права і свободи, визначені Конвенцією. Порядок виконання рішень і застосування практики Суду в Україні визначено Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 (далі – Закон)<sup>18</sup>. Відповідно до положень Закону, на органи виконавчої влади покладається здійснення заходів як індивідуального (виплата справедливої сатисфакції, повторний розгляд справи адміністративним органом тощо), так і загального характеру, необхідних для належного виконання рішення Суду у справі проти України й усунення недоліків системного характеру, які лежали в основі виявленого ЄСПЛ порушення Конвенції. Зокрема, згідно з положеннями статті 13 Закону, заходами загального характеру є заходи, спрямовані на усунення зазначеної в рішенні Суду системної проблеми та її першопричини, а саме: шляхом а) унесення змін до чинного законодавства та практики його застосування; б) унесення змін до адміністративної практики; в) забезпечення юридичної експертизи законопроектів; г) забезпечення професійної підготовки з питань вивчення Конвенції та практики Суду прокурорів, адвокатів, працівників правоохоронних органів, працівників імміграційних служб, інших категорій працівників, професійна діяльність яких пов'язана із правозастосуванням, а також із триманням людей в умовах позбавлення свободи тощо. Зокрема, особливу увагу варто звернути саме на експертизу законопроектів як на захід загального характеру, що дасть змогу підвищити якість законодавства та унеможливити так випадки порушень прав людини й основоположних свобод, гарантованих Конвенцією.

<sup>15</sup> Overview No. DH-SYSC(2016)013REV of the exchange of views held by the DH-SYSC at its 1st meeting (25-27 April 2016) on the verification of the compatibility of legislation with the Convention (arrangements, advantages, obstacles), Steering Committee for Human Rights (CDDH). Strasbourg, 5 July 2017. URL: <https://rm.coe.int/overview-of-the-exchange-of-views-held-by-the-dh-sysc-at-its-1st-meeti/1680764f71>.

<sup>16</sup> Дональд Е., Спек Е.-К. Національні парламенти – гаранті прав людини в Європі : посібник для парламентарів / Рада Європи. Січень 2019 року.

<sup>17</sup> Overview No. DH-SYSC(2016)013REV of the exchange of views held by the DH-SYSC at its 1st meeting (25-27 April 2016) on the verification of the compatibility of legislation with the Convention (arrangements, advantages, obstacles), Steering Committee for Human Rights (CDDH). Strasbourg, 5 July 2017. URL: <https://rm.coe.int/overview-of-the-exchange-of-views-held-by-the-dh-sysc-at-its-1st-meeti/1680764f71>.

<sup>18</sup> Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23.02.2006 № 3477-IV. Урядовий кур'єр. 2006. № 60.

Незважаючи на вищезгадані положення Закону, в українському правовому полі з'являються законодавчі акти, у яких містяться норми, що суперечать вимогам Конвенції та практиці Суду<sup>19</sup>. До того ж, оскільки це, як правило, акти вищої юридичної сили, відповідно, на виконання їх положень розробляються відомчі нормативні акти, які, у свою чергу, розвивають норми, що можуть спричинити порушення Конвенції. У зв'язку з викладеним пропонуємо:

1. Частини першу та другу статті 19 Закону викласти в редакції:

*«1. Орган представництва здійснює обов'язкову експертизу проектів законів, а також підзаконних нормативних актів, на які поширюється вимога державної реєстрації, на відповідність положенням Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод з урахуванням практики Європейського суду з прав людини, за результатами чого готує відповідний висновок.*

*2. Нездійснення передбаченої частиною першою цієї статті експертизи або наявність висновку про невідповідність проекту закону, підзаконного акта положенням Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод з урахуванням практики Європейського суду є підставою для повернення проекту закону розробнику або відмови в державній реєстрації відповідного підзаконного акта».*

2. Частину першу статті 93 Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» від 10.02.2010 № 1861-VI викласти в такій редакції:

*«Стаття 93. Попередній розгляд законопроектів, проектів інших актів у комітетах*

*1. Кожен законопроект, проект іншого акта після його реєстрації не пізніше як у п'ятиденний строк направляється Головою Верховної Ради України або, відповідно до розподілу обов'язків, Першим заступником, заступником Голови Верховної Ради України в комітет, який, відповідно до предметів відання комітетів, визначається головним з підготовки й попереднього розгляду законопроекту, проекту іншого акта, а також у комітет, до предмета відання якого належать питання бюджету, для проведення експертизи щодо його впливу на показники бюджету й відповідності законам, що регулюють бюджетні відносини, комітет, до предмета відання якого належать питання боротьби з корупцією, для підготовки експертного висновку щодо його відповідності вимогам антикорупційного законодавства та в комітет, до предмета відання якого належить оцінювання відповідності законопроектів міжнародно-правовим зобов'язанням України у сфері європейської інтеграції для підготовки експертного висновку. Кожен законопроект не пізніше як у триденний строк направляється комітетом, до предмета відання якого належать питання бюджету, до Кабінету Міністрів України для здійснення експертизи щодо його впливу на показники бюджету й відповідності законам, що регулюють бюджетні відносини, і комітетом, до предмета відання якого належать питання*

*додержання прав і свобод людини та громадянина, до Міністерства юстиції України для здійснення експертизи на відповідність проекту акта положенням Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод з урахуванням практики Європейського суду з прав людини».*

3. Положення частини другої статті 94 Закону України «Про Регламент Верховної Ради України» від 10.02.2010 № 1861-VI доповнити пунктом 1<sup>1</sup>:

*«1<sup>1</sup>) висновок за результатами експертизи на відповідність проекту акта положенням Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод з урахуванням практики Європейського суду з прав людини, у якому йдеться про невідповідність законопроекту положенням Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод з урахуванням практики Європейського суду з прав людини».*

## Висновки

Здійснення контролю за відповідністю законопроектів Конвенції та практиці ЄСПЛ є визнаною практикою, що рекомендована державам-учасникам Ради Європи й успішно втілюється державами-членами Європейського Союзу. Так, на практиці загалом існує 3 моделі такого контролю, залежно від суб'єкта, який здійснює такий контроль: органами виконавчої влади, парламентський контроль, контроль, що здійснюється спеціально створеними органами. Поряд із цим доцільно також говорити про систему контролю, яка складається з декількох рівнів залежно від стадії проходження проекту закону: а) перший рівень – стадія розроблення (перевірка здійснюється розробником, на якого покладаються зобов'язання щодо розроблення якісного проекту закону, що відповідає зобов'язанням держави за Конвенцією); б) другий рівень – стадія подачі до парламенту (перевірка здійснюється суб'єктом законодавчої ініціативи: Урядом, Президентом або представником парламенту; при цьому доцільно в межах регламентів законодавчих органів установити «фільтри», які б давали змогу повертати розробникам проекти законів, які не відповідають Конвенції чи практиці Суду); в) третій рівень – перевірка під час проходження законопроекту через парламентські процедури (у такому разі контроль може здійснюватися комітетом, до сфери відання якого належить питання прав людини чи міжнародні питання). Щодо досвіду України варто зазначити, що нині відсутній ефективний механізм, який би не допускав проходження до парламенту проектів законів, що суперечать положенням ЄКПЛ і практиці Суду. Про це свідчить низка справ, у яких ЄСПЛ визнав порушення Україною прав, гарантованих Конвенцією, що спричинене низькою якістю законодавчих актів. Тому проведення експертизи законопроектів на відповідність Конвенції зможе стати насправді дійсним та ефективним засобом уникнення констатації Судом порушення Україною прав людини й основних свобод, гарантованих Конвенцією, і виконання Україною своїх зобов'язань перед громадянами України та світовою спільнотою.

<sup>19</sup> Див., наприклад, «Слоєв проти України», «Корецький та інші проти України», «Зеленчук і Цицора проти України».

## Madrid Convention 1980: the importance for the legal regulation of the European transfrontier cooperation

*Mirzoiev Rufat*

*Ph.D. Student of the International Law Department*

*Yaroslav Mydryi National Law University, Ukraine*

Transfrontier cooperation is a specific type of the international relations regulating cooperation between local authorities of territorial communities on the subnational and regional levels. The lineaments of these international relations is the existence of frontier between the participants of the mentioned relations, though, the geographical contiguity is a compulsory feature. Currently the transfrontier cooperation in Europe has gained significance as an instrument of neighboring territories development and as an impact for euro integration process. Gradually, the development of any relations provokes appearance of the legal regulation that establishes and guarantees common rules for all the participants of such relations.

The article hereof is devoted to the analysis of the specific basic treaty of the Council of Europe regarding the transfrontier cooperation namely the European Outline Convention on Transfrontier Co-operation between Territorial Communities or Authorities (ETS No. 106), signed at Madrid in 1980, and additional protocols (ETS No. 159, ETS No. 169 and CETS No. 206) that are the integral part of the Convention mentioned herein. The article points out the main provisions of the Madrid Convention. The provisions of the additional protocols to the Madrid Convention that are also defined in the article hereof, signify the further development of the transfrontier cooperation between the European states. Besides the analysis of the Madrid Convention, the article touches upon other Council of Europe documents (conventions, resolutions, charters, declarations etc.) and the European Union documents (in particular EU regulations and Committee of the Regions acts) that are directly related to the transfrontier cooperation. It is stressed that the most established concept, which originally covers every kind of international co-operation between local and regional authorities, is the “transfrontier co-operation”. With this regard, the article hereof presumes that the transfrontier cooperation continues its active development, improves forms and methods of cooperation; this process can be seen in the further specific Council of Europe and European Union legal acts that are adopted in order to regulate concrete issues of contiguous regions.

### Introduction

As of today transfrontier cooperation is a powerful euro integration driver and an effective development instrument for border regions of the European states<sup>1</sup>. The transfrontier cooperation is also one of the most effective drivers on the track to the European Union on the regional level, due to active participation of border territorial communities with neighbors. All the Eastern Europe countries that joined the European Union during the last decade traveled this path<sup>2</sup>. The actuation of the transfrontier cooperation needs the due legal regulation in order to guarantee satisfaction of pan-European interests by setting common regulations represented foremost in the Council of Europe documents<sup>3</sup>.

In connection therewith, the first Council of Europe special treaty that has set up the legal regulation and criteria of the transfrontier cooperation is a European Outline Convention of Transfrontier Co-operation between Territorial Communities or Authorities (ETS

No. 106), Madrid, 21/05/1980<sup>4</sup> (hereinafter ‘Madrid Convention’). Being well developed the European transfrontier cooperation has still been evolutionizing, improving forms and creating new levels and bodies of cooperation. With this regard, studying the contest of the Madrid Convention and related legal acts, as well as the practice of their implementation is a matter of great importance for all the Council of Europe member states.

Therefore, **the purpose of the current study** is to determine:

- the content of the Madrid’s Convention provisions regarding legal regulation of the European transfrontier co-operation;
- the content of additional protocols to the Madrid Convention regarding legal regulation of the European transfrontier cooperation;
- the range of relevant European legal acts adopted on the basis with regard to the Madrid Convention and its three additional protocols.

**The degree of scientific development of the issue.** Regarding that the transfrontier co-operation is now becoming even more urgent, this kind of cooperation has become the main area of expertise of the big number of the European scientists, such as: I. Artiomov<sup>5</sup>,

<sup>1</sup> Міжнародні зв’язки України: наукові пошуки і знахідки. *Міжвідомчий збірник наукових праць* / відп. ред. С.В. Віднянський. Вип. 15. Київ : Ін-т історії України НАН України, 2006. С. 309.

<sup>2</sup> Транскордонне співробітництво допоможе Україні стати частиною «Європи регіонів». *Україна-Євросоюз у деталях*. 2010. № 3. С. 2.

<sup>3</sup> Мікула Н.А., Толкованов В.В. Транскордонне співробітництво : посібник. Київ : Крамар, 2011. С. 28.

<sup>4</sup> European Outline Convention on Transfrontier Co-operation between Territorial Communities or Authorities (ETS No. 106), Madrid, 21/05/1980. URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/106> [accessed 18 February 2020].

<sup>5</sup> Артёмов И.В. Транскордонное співробітництво в євроінтеграційній стратегії України : монографія. Ужгород : Ліра, 2009. 520 с.



M. Baimuratov<sup>6</sup>, P. Balchin, L. Sykora and G. Bull<sup>7</sup>, N. Chudyk and R. Mudrak<sup>8</sup>, G. Gorzelak<sup>9</sup>, A. Jakubowski, A. Miszczuk, B. Kawałko, T. Komornicki and R. Szul<sup>10</sup>, T. Marshall, J. Glasson and P. Headicar<sup>11</sup>, M. Perkmann<sup>12</sup>, N. Mikula<sup>13,14</sup>, S. Schmahl and M. Breuer<sup>15</sup>, V. Tolkovanov<sup>16</sup>, Ye. Vasytkova<sup>17</sup>, V. Zasadko<sup>18</sup> and others.

At the same time, the further development of the transfrontier co-operation between Ukrainian border regions, as well as the declaration in the Constitution of Ukraine (Preamble, Article 85(5), 102 and 116(1-1)<sup>19</sup> of the euro integration vector of Ukrainian foreign policy, all mentioned, demand subsequent scientific researches of the European transfrontier co-operation.

### Key findings

By the adoption of the Madrid Convention<sup>20</sup> (entry into force: 22/12/1981, date 39 participants) the Council of Europe member states settled general aspects of the transfrontier co-operation. As it was stated by Ye. Vasytkova, the Madrid Convention promoted removal of state borders within the meaning of social, economic and cultural barrier and facilitated

the emergence of the “Europe of regions”. The Convention is the main special legal document of the Council of Europe in international cooperation of local authorities and communities on the regional and local levels. It is an European legal act that sets forth, confirms and regulates organizational legal forms of participation of the local authorities in the external links. Mentioned external links, to a wide extent exist on a level of the international consistent interstate cooperation<sup>21</sup>.

Article 1 of the Madrid Convention states the following: “Each Contracting Party undertakes to facilitate and foster transfrontier co-operation between territorial communities or authorities within its jurisdiction and territorial communities or authorities within the jurisdiction of other Contracting Parties. It shall endeavor to promote the conclusion of any agreements and arrangements that may prove necessary for this purpose with due regard to the different constitutional provisions of each Party”<sup>22</sup>.

The Madrid Convention stipulates the meaning of the conception of the “transfrontier co-operation”. In particular, Article 2(1) of the Madrid Convention set out that for the purposes of this Convention, “transfrontier co-operation” shall mean any concerted action designed to reinforce and foster neighborly relations between territorial communities or authorities within the jurisdiction of two or more Contracting Parties and the conclusion of any agreement and arrangement necessary for this purpose.

Hans-Martin Tschudi<sup>23</sup> in his report on the meeting of Congress of local and regional authorities in Europe titled “Promoting transfrontier co-operation: an important factor of democratic stability in Europe” emphasizes, that the most established concept, which originally covers every kind of international co-operation between local and regional authorities, is the “transfrontier co-operation”<sup>24</sup>. According to the para 14 of the Opinion 24(2004) on the draft outlook report of the Committee of the Regions on a new legal instrument for cross-border co-operation the terms of “transfrontier” and “cross-border” for the Council of Europe are identical and mean

<sup>6</sup> Баймуратов М.О. Муніципальне право України: підручник. 2-ге вид., доп. Київ : Правова єдність, 2009. 716 с.

<sup>7</sup> Regional policy and planning in Europe. Paul Balchin, Ludek Sykora, Gregory Bull. *Taylor & Francis*. 2002. 304 p.

<sup>8</sup> Чудик Н.О., Мудрак Р.М. Імплементация принципів Європейської хартії місцевого самоврядування у вітчизняну систему місцевого самоврядування. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»* / гол. ред. Ю.М. Бисага. Ужгород : Видавничий дім «Гельветика», 2013. Вип. 23. Ч. I. Т. I. С. 148–151.

<sup>9</sup> Gorzelak Grzegorz. The regional dimension of transformation in Central Europe. Regional policy and development series: 10. J. Kingsley, 1996. 152 p.

<sup>10</sup> The EU's new borderland: cross-border relations and regional development. Andrzej Jakubowski, Andrzej Miszczuk, Bogdan Kawałko, Tomasz Komornicki, Roman Szul. 1st Edition. Routledge. 2019. 250 p.

<sup>11</sup> Contemporary issues in regional planning. Tim Marshall, John Glasson, Peter Headicar. Ashgate, 2002. 264 p.

<sup>12</sup> Perkmann Markus. Construction of new territorial scales: A framework and case study of the EUROREGIO cross-border region. *Regional Studies*. Vol. 41.2. March 2007. P. 253–266.

<sup>13</sup> Транскордонне співробітництво України в контексті євроінтеграції: монографія / Мікула Н. А., Засадко В. В. Київ: НІСД, 2014. 316 с.

<sup>14</sup> Мікула Н.А., Толкованов В.В. Транскордонне співробітництво : посібник. Київ : Крамар, 2011. 259 с.

<sup>15</sup> The Council of Europe: Its Law and Policies. Edited by Stefanie Schmahl, Marten Breuer. Oxford University Press. 1 edition (May 9, 2017). 1080 p.

<sup>16</sup> Мікула Н.А., Толкованов В.В. Транскордонне співробітництво : посібник. Київ : Крамар, 2011. 259 с.

<sup>17</sup> Василькова Є. Європейська (рамкова) конвенція про транскордонне співробітництво між територіальними общинами або властями 1980 року: спроба системного аналізу. *Науковий вісник Академії муніципального управління. Серія «Право»* : збірник наукових праць. 2011. Вип. 2. С. 81–92. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvamu\\_pr\\_2011\\_2\\_9](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvamu_pr_2011_2_9) [accessed 18 February 2020].

<sup>18</sup> Мікула Н.А., Засадко В.В. Транскордонне співробітництво України в контексті євроінтеграції : монографія. Київ : НІСД, 2014. 316 с.

<sup>19</sup> Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-vr> [accessed 18 February 2020].

<sup>20</sup> European Outline Convention on Transfrontier Co-operation between Territorial Communities or Authorities (ETS No. 106), Madrid, 21/05/1980. URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/106> [accessed 18 February 2020].

<sup>21</sup> Василькова Є. Європейська (рамкова) конвенція про транскордонне співробітництво між територіальними общинами або властями 1980 року: спроба системного аналізу. *Науковий вісник Академії муніципального управління. Серія «Право»* : збірник наукових праць. 2011. Вип. 2. С. 82–83. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvamu\\_pr\\_2011\\_2\\_9](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvamu_pr_2011_2_9) [accessed 18 February 2020].

<sup>22</sup> European Outline Convention on Transfrontier Co-operation between Territorial Communities or Authorities (ETS No. 106), Madrid, 21/05/1980. URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/106> [accessed 18 February 2020].

<sup>23</sup> Hans-Martin Tschudi – Swiss representative on the IX meeting of the Congress of local and regional authorities in Europe (Strasbourg, 4–6 July 2002).

<sup>24</sup> Promoting transfrontier co-operation: an important factor of democratic stability in Europe – CPR (9) 3 Part II. Rapporteur: Mr. Hans-Martin Tschudi (Switzerland). URL: [https://rm.coe.int/09000016807196f6#P77\\_8182](https://rm.coe.int/09000016807196f6#P77_8182) [accessed 18 February 2020].

co-operation between territorial communities or authorities in an area straddling a common border<sup>25</sup>.

Article 3 of the Madrid Convention has important practical bearing. Mentioned article 3 encourages territorial communities to conclude agreements with each other. This arrangements may be based on the templates appended to the Madrid Convention. These templates can be changed or modified according to the precise context.

Later there were three protocols adopted to the Madrid Convention, as follows:

- Additional Protocol to the European Outline Convention on Transfrontier Co-operation between Territorial Communities or Authorities (ETS No. 159), Strasbourg, 09/11/1995<sup>26</sup> (entry into force: 01/12/1998, date 24 participants);

- Protocol No. 2 to the European Outline Convention on Transfrontier Co-operation between Territorial Communities or Authorities concerning interterritorial co-operation (ETS No. 169), Strasbourg, 05/05/1998<sup>27</sup> (entry into force: 01/02/2001, date 23 participants) and

- Protocol No. 3 to the European Outline Convention on Transfrontier Co-operation between Territorial Communities or Authorities concerning Euroregional Co-operation Groupings (ECGs) (CETS No. 206), Utrecht, 16/11/2009<sup>28</sup> (entry into force: 01/03/2013, date 7 participants).

Additional protocols to the Madrid Convention are its integral part and demonstrate the following sustainable development of transfrontier co-operation.

The first Protocol to the Madrid Convention, adopted in 1995 (hereinafter “Protocol No. 1”)<sup>29</sup> contains some practical details regarding concluding transfrontier co-operation agreements between territorial communities or authorities in equal terms of reference. Among other provisions, it is stated that agreement between local communities can stipulate an establishment of mutual bodies of the transfrontier co-operation between local authorities. The important provision of the Protocol

hereof, allows for the mentioned mutual body to possess legal capacity.

The second Protocol to the Madrid Convention, adopted in 1998 (hereinafter, “Protocol No. 2”)<sup>30</sup> gives the precise division between two conception the “transfrontier co-operation” and the “inter-territorial co-operation”. The Preamble of Protocol No. 2 states as follows: “in order to perform their functions effectively, territorial communities or authorities are increasingly co-operating not only with neighboring authorities of other States (*transfrontier co-operation*), but also with foreign non-neighboring authorities having common interests (*interterritorial co-operation*), and are doing so not only within the framework of transfrontier co-operation bodies and associations of territorial communities or authorities but also at bilateral level”.

Article 1 of Protocol No. 2 states as follows: “For the purpose of this Protocol, “interterritorial co-operation” shall mean any concerted action designed to establish relations between territorial communities or authorities of two or more Contracting Parties, other than relations of transfrontier co-operation of neighboring authorities, including the conclusion of co-operation agreements with territorial communities or authorities of other states”<sup>31</sup>.

The third protocol to the Madrid Convention, adopted in 1998 (hereinafter, “Protocol No. 3”)<sup>32</sup> regulates the transfrontier co-operation within the specific body such as “Euroregional co-operation grouping” (hereinafter “ECG”). Article 1 of the Protocol No. 3 stipulates the legal status of such transfrontier co-operation body, the procedure of its establishment and functioning. Article 3 of Protocol III states as follows: “The ECG shall be a legal person, governed by the law of the Party, Council of Europe member State, in which it has its headquarters. The ECG shall have the most extensive legal capacity accorded to legal persons under that State’s national law. The law applicable to the type of corporate entity chosen for the ECG by the members shall be stipulated in the agreement establishing the ECG, without prejudice to the provisions of this Protocol or to any other specific provision adopted by the party in accordance with Article 13. The ECG shall have the right to its own budget and the power to implement it. The ECG may enter into contracts, hire staff, acquire movable and immovable property and bring legal proceedings”<sup>33</sup>.

<sup>25</sup> Opinion 24(2004) on the draft outlook report of the Committee of the Regions on a new legal instrument for cross-border co-operation // Texts adopted by 11th Session, 25 to 27 May 2004, Congress of Local and Regional Authorities of Europe, Council of Europe.

<sup>26</sup> Additional Protocol to the European Outline Convention on Transfrontier Co-operation between Territorial Communities or Authorities (ETS No. 159), Strasbourg, 09/11/1995. URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/159> [accessed 18 February 2020].

<sup>27</sup> Protocol No. 2 to the European Outline Convention on Transfrontier Co-operation between Territorial Communities or Authorities concerning interterritorial co-operation (ETS No. 169), Strasbourg, 05/05/1998. URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/169> [accessed 18 February 2020].

<sup>28</sup> Protocol No. 3 to the European Outline Convention on Transfrontier Co-operation between Territorial Communities or Authorities concerning Euroregional Co-operation Groupings (ECGs) (CETS No. 206), Utrecht, 16/11/2009. URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/206> [accessed 18 February 2020].

<sup>29</sup> Additional Protocol to the European Outline Convention on Transfrontier Co-operation between Territorial Communities or Authorities (ETS No. 159), Strasbourg, 09/11/1995. URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/159> [accessed 18 February 2020].

<sup>30</sup> Protocol No. 2 to the European Outline Convention on Transfrontier Co-operation between Territorial Communities or Authorities concerning interterritorial co-operation (ETS No. 169), Strasbourg, 05/05/1998. URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/169> [accessed 18 February 2020].

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> Protocol No. 3 to the European Outline Convention on Transfrontier Co-operation between Territorial Communities or Authorities concerning Euroregional Co-operation Groupings (ECGs) (CETS No. 206), Utrecht, 16/11/2009. URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/206> [accessed 18 February 2020].

<sup>33</sup> Ibid.

A fair number of international documents related to exercising and encouragement of the European transfrontier co-operation and inter-regional policy of the European countries are currently in force. Among them there are Council of Europe conventions (binding documents) and other acts of recommending nature. Unfortunately, the established standard length for scientific article disables to explore the content of mentioned documents, still it is deemed necessary to list them.

Binding conventions on transfrontier co-operation of the Council of Europe:

– European Charter of Local Self-Government (ETS No. 122), Strasbourg, 15/10/1985<sup>34</sup> (entry into force: 01/09/1988, date 47 participants);

– Additional Protocol to the European Charter of Local Self-Government on the right to participate in the affairs of a local authority (CETS No. 207), Utrecht, 16/11/2009<sup>35</sup> (entry into force: 01/06/2012, date 19 participants);

– Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level (ETS No. 144), Strasbourg, 05/02/1992<sup>36</sup> (entry into force: 01/05/1997, date 9 participants);

– European Charter for Regional or Minority Languages (ETS No. 148), Strasbourg, 05/11/1992<sup>37</sup> (entry into force: 01/03/1998, date 25 participants);

– European Landscape Convention (ETS No. 176), Florence, 20/10/2000<sup>38</sup> (entry into force: 01/03/2004, date 40 participants) and others.

Besides Council of Europe conventions there are a lot of other documents devoted to European transfrontier co-operation that do not have the status of treaty. Among them there are resolutions, charters, declarations, etc. These documents should not be underestimated as long as they contain definite attitude and approach of the European states to the exact transfrontier co-operation aspects. The absence of legal status of such documents gives the opportunity for their extensive use in order to show some positive experience and to form and represent some specific regulatory change etc.<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> European Charter of Local Self-Government (ETS No. 122), Strasbourg, 15/10/1985. URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/122> [accessed 18 February 2020].

<sup>35</sup> Additional Protocol to the European Charter of Local Self-Government on the right to participate in the affairs of a local authority (CETS No. 207), Utrecht, 16/11/2009. URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/207> [accessed 18 February 2020].

<sup>36</sup> Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level (ETS No. 144), Strasbourg, 05/02/1992. URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/144> [accessed 18 February 2020].

<sup>37</sup> European Charter for Regional or Minority Languages (ETS No. 148), Strasbourg, 05/11/1992. URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/148> [accessed 18 February 2020].

<sup>38</sup> European Landscape Convention (ETS No. 176), Florence, 20/10/2000. URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/176> [accessed 18 February 2020].

<sup>39</sup> Нормативно-правовий огляд щодо профілактики ВІЛ/СНІДу та доступу підлітків, зокрема з груп ризику, до медико-соціальних послуг : аналітичний звіт / В.М. Стешенко та ін. Київ : Укр. ін-т соц. дослідж. ім. О. Яременка, 2013. С. 44.

Legal non-regulatory acts adopted by the Council of Europe devoted to the transfrontier co-operation:

– Resolution No. 2 on The European regional/spatial planning charter (Torremolinos Charter), adopted by 6th European Conference of Ministers responsible for Regional Planning (CEMAT) (Torremolinos, Spain: 19–20 May 1983) on “Prospects of development and of spatial planning in maritime regions”<sup>40</sup>;

– Revised European Charter on the Participation of Young People in Local and Regional Life Charter, adopted by the Congress of Local and Regional Authorities of Europe (10th session – 21 May 2003 – Appendix to Recommendation 128)<sup>41</sup>;

– The Utrecht Declaration on Good Local and Regional Governance in Turbulent Times: The Challenge of Change, adopted on the 16th session Council of Europe Conference of Ministers responsible for Local and Regional Government (Utrecht, 16–17 November 2009)<sup>42</sup> and others.

It bears mentioning, that Madrid Convention has become a basis for adoption of relevant documents within the European Union. The European Union cross-border legislation includes, without being limited to:

– Regulation (EC) No 1082/2006 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on a European grouping of territorial cooperation (EGTC)<sup>43</sup>;

– Communication from the Commission to the Member States of 28 April 2000 laying down guidelines for a Community initiative concerning trans-European cooperation intended to encourage harmonious and balanced development of the European territory – Interreg III<sup>44</sup>;

– Opinion of 13 March 2002 of the Committee of the Regions on “Strategies for promoting cross-border and inter-regional co-operation in an enlarged

<sup>40</sup> Resolution No. 2 on The European regional/spatial planning charter (Torremolinos Charter), adopted by 6th European Conference of Ministers responsible for Regional Planning (CEMAT) (Torremolinos, Spain: 19–20 May 1983) on “Prospects of development and of spatial planning in maritime regions”. URL: <https://rm.coe.int/6th-european-conference-of-ministers-responsible-for-regional-planning/168076dd93> [accessed 18 February 2020].

<sup>41</sup> Revised European Charter on the Participation of Young People in Local and Regional Life Charter, adopted by the Congress of Local and Regional Authorities of Europe (10th session – 21 May 2003 – Appendix to Recommendation 128). URL: <https://rm.coe.int/168071b4d6> [accessed 18 February 2020].

<sup>42</sup> The Utrecht Declaration on Good Local and Regional Governance in Turbulent Times: The Challenge of Change, adopted on the 16th session Council of Europe Conference of Ministers responsible for Local and Regional Government (Utrecht, 16–17 November 2009). URL: <https://rm.coe.int/1680748055> [accessed 18 February 2020].

<sup>43</sup> Regulation (EC) No 1082/2006 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on a European grouping of territorial cooperation (EGTC). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32006R1082> [accessed 18 February 2020].

<sup>44</sup> Communication from the Commission to the Member States of 28 April 2000 laying down guidelines for a Community initiative concerning trans-European cooperation intended to encourage harmonious and balanced development of the European territory – Interreg III. *OJ C 143, 23.5.2000, P. 6–29*. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32000Y0523%2801%29> [accessed 18 February 2020].

European Union – a basic document setting out guidelines for the future”<sup>45</sup> etc.

The legal documents represented in the article hereof, contain basic European transfrontier co-operation standards. They build the fundamental basis of the modern transfrontier co-operation between the Council of Europe member states. The purpose of the abovementioned legal acts is to create an unified approach to regulation of the transfrontier co-operation.

### Conclusions

1. The European Outline Convention of Transfrontier Co-operation between Territorial Communities or Authorities (ETS No. 106), Madrid, 21/05/1980 (Madrid Convention) together with its three additional protocols adopted in 1995, 1998 and 2009 are forming the basis

<sup>45</sup> Opinion of 13 March 2002 of the Committee of the Regions on “Strategies for promoting cross-border and inter-regional co-operation in an enlarged European Union – a basic document setting out guidelines for the future” (2002/C 192/09). *OJ C 192, 12.8.2002, P. 37–42*. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000AR0180&rid=10> [accessed 18 February 2020].

for the European transfrontier cooperation. The Madrid Convention is the main special legal document of the Council of Europe in the international cooperation of local authorities and communities on the regional and local levels.

2. With regard to the Madrid Convention (1980) a scope of other conventions and advisory acts on different aspects of the transfrontier cooperation were adopted within the Council of Europe. These legal documents contain basic European transfrontier co-operation standards.

3. The Madrid Convention (1980) induced the adoption of relevant regulatory acts on the transfrontier cooperation within another European regional organization such as the European Union; more specifically the EU regulations and Committee of the Regions documents.

Further scientific articles are to be devoted to analysis of the content and correlation between the concept “transfrontier co-operation” with other relevant conceptions, foremost with the conception of the “cross-border co-operation”.

**Criminal responsibility for military power inactivity: international aspects and foreign experience**

***Nadoiev Arthur***

*Graduate Student of the Department of Criminal Law Disciplines  
of the Faculty of Law  
H.S. Skovoroda Kharkiv National Pedagogical University, Ukraine  
<https://orcid.org/0000-0003-4180-2686>*

***Pavlenko Tetiana***

*PhD in Law,  
Associate Professor at the Department of Criminal Law Disciplines  
of the Faculty of Law  
H.S. Skovoroda Kharkiv National Pedagogical University, Ukraine*

In the article, the peculiarities of criminal liability under the legislation of foreign states and in international law are investigated on the basis of the analysis of the results of scientific research, the legal framework, as well as the practice of applying the law. In particular, it has been established that several specific criminal liability institutions have been established in international law, among which command responsibility should be noted.

It has been established that the concept of responsibility of commanders and commanders is the original construction of international criminal law, which represents to society the last frontier of defense against war crimes.

It is established that the emergence of such a specific criminal legal structure is due to the need to hold accountable the commanders for committing a crime. It is obvious that the latter, because of their position in relation to their subordinates, have the ability to prevent their crimes. Accordingly, failure to take appropriate measures, which in turn, directly or indirectly, may even encourage subordinates to violations of international humanitarian law, should be punished.

It is emphasized that, having been ratified by many States, the international normative acts in question have led to the criminalization of the relevant conduct in the rules of national law in connection with the taking of such obligations by such countries.

The experience of post-Soviet countries, some NATO countries and China as a military developed country is analyzed. It has been found that the nature of the public danger of crimes related to the inaction of military power is differently assessed in different countries. In many countries, there is either no generally studied standard or it regulates an extremely narrow range of offenses.

In particular, for the most part, there is no specific rule in the legislation of the leading European countries. Instead, the legislation of the post-Soviet countries is characterized by the existence in the criminal law of a separate article on criminal liability for the inaction of military power.

It is established that the Criminal Code of the People's Republic of China norms that inherently interpret the provisions of the domestic norm "inactivity of military power" are scattered and not systematized by object of encroachment or by other grounds.

**Кримінальна відповідальність за бездіяльність військової влади:  
міжнародний аспект і зарубіжний досвід**

***Нодоєв Артур Автонділович***

*аспірант кафедри кримінально правових дисциплін  
Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди, Україна  
<https://orcid.org/0000-0003-4180-2686>*

***Павленко Тетяна Анатоліївна***

*кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри кримінально-правових дисциплін  
Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди, Україна*

**Вступ**

На часі реформування інституту кримінальної відповідальності в тому числі й за військові злочини, адже на військових покладено суворе дотримання Конститу-

ції України, законів і правил, Військової присяги, наказів командирів (начальників). Усе це значною мірою зумовлює специфіку суспільних відносин у сфері військової служби, а також особливості й суспільну небезпеку їх порушень, у тому числі злочинів.

Особливо актуальним, з огляду на ситуацію, що склалася на Сході України, є питання притягнення до кримінальної відповідальності за бездіяльність військової влади. Водночас євроінтеграційні орієнтири нашої держави зумовлюють потребу врахування в ході розроблення пропозицій щодо вдосконалення кримінальної відповідальності за бездіяльність військової влади, здобутків міжнародного та зарубіжного досвіду в цій сфері.

**Мета статті** – з'ясування особливостей кримінальної відповідальності за бездіяльність військової влади в законодавстві зарубіжних країн шляхом дослідження зарубіжного законодавства щодо встановлення кримінальної відповідальності за бездіяльність військової влади та практики його застосування, а також аналізу норм міжнародного права за досліджуваною темою.

Виклад основного матеріалу

У міжнародному праві сформувався декілька специфічних інститутів кримінальної відповідальності, з-поміж яких необхідно відзначити командну відповідальність (command responsibility). Нині концепція command responsibility закріплена в положеннях Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року щодо захисту жертв міжнародних збройних конфліктів. Ідеться про п. 2 ст. 86 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 року, згідно з яким «той факт, що порушення Конвенцій і цього Протоколу вчинене підлеглою особою, не звільняє його начальника від кримінальної або дисциплінарної відповідальності залежно від випадку, якщо вони знали або мали у своєму розпорядженні інформацію, яка повинна була б дати їм можливість дійти висновку в обстановці, що існувала в той час, що така підлегла особа вчиняє або має намір учинити подібне порушення, і якщо вони не вжили всіх практично можливих заходів у межах своїх повноважень для запобігання порушенням або припинення порушень»<sup>1</sup>.

Необхідно зазначити, що концепція відповідальності командирів і начальників є оригінальною конструкцією міжнародного кримінального права, що представляє для суспільства останній рубіж оброну від військових злочинів<sup>2</sup>.

Поява такої специфічної кримінально-правової конструкції зумовлена необхідністю притягнути до відповідальності командирів за потурання вчиненню злочину, адже очевидно, що останні в силу свого становища щодо підлеглих мають можливість перешкодити здійсненню ними злочинів. Відповідно,

неприйняття ними належних заходів, що, у свою чергу, прямо або побічно може навіть стимулювати підлеглих до порушення норм міжнародного гуманітарного права, має бути покараним.

Фактично п. 2 ст. 86 Додаткового протоколу I передбачає конструювання особливого кримінально караного делікту, у якому у вигляді діяння виступає невжиття начальником під час збройного конфлікту всіх залежних від нього заходів, щоб запобігти або припинити вчинення хоча б одного зі спеціально визначених законом злочинів. Крім того, конструктивною ознакою складу цього злочину є його обстановка: стан збройного конфлікту.

Що ж стосується практичної реалізації концепції командної відповідальності на міжнародному рівні, то насамперед необхідно зазначити, що першим судовим актом, який поклав початок доктрини «відповідальності начальників за бездіяльність під час скоєння злочинів підлеглими»<sup>3</sup>, був вирок Військової комісії США в Манілі 7 грудня 1945 році японському генералу Томоюки Ямашита<sup>4</sup>.

Подальшого розвитку концепція командної відповідальності набула в діяльності трибуналів ad hoc. Зокрема, Міжнародний трибунал по Руанді 1994 року<sup>5</sup> і Міжнародний трибунал по колишній Югославії 1993 року<sup>6</sup> розвинули концепцію визначеності відповідальності військових начальників, розглядаючи відповідальність начальників як особливу форму відповідальності за бездіяльність<sup>7</sup>.

Необхідно звернути увагу на те, що Римський статут Міжнародного кримінального суду<sup>8</sup> розділяє ознаки суб'єктів таких діянь, як «військовий командир» та «інший начальник».

Умови відповідальності військових командирів у положеннях статуту сформульовані так:

«Військовий командир або особа, яка ефективно діє як військовий командир, підлягає кримінальній відповідальності за нездійснення ефективного командування й контролю над силами, які перебувають під його ефективною владою й контролем, коли:

- i) така особа знала або мала знати, що ці сили здійснювали або мали намір учинити такі злочини;
- ii) така особа не вжила всіх необхідних і розумних заходів у рамках його повноважень для запобігання

<sup>3</sup> Cassese A. *International Criminal Law*. Oxford University Press. 2008. P. 422.

<sup>4</sup> Danner A. M., Martinez J. S. *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law*. *California Law Review*. 2005. Vol. 93. P. 75–170.

<sup>5</sup> Статут Міжнародного трибуналу по Руанді 1994 р. URL: <http://www.un.org/ru/law/ictt/charter.shtml> (дата звернення: 23.02.2020).

<sup>6</sup> Статут Міжнародного трибуналу по колишній Югославії 1993 р. URL: <http://www.un.org/ru/law/icty/> (дата звернення: 23.02.2020).

<sup>7</sup> Burghardt B. *Die Vorgesetzten verantwortlichkeit im volkerrechtlichen Straftatsystem, Eine Untersuchung zur Rechtsprechung der internationalen Strafgerichtshofe fir das ehemalige Jugoslawien und Ruanda*. Berlin, 2008. S. 42.

<sup>8</sup> Римський статут міжнародного кримінального суду від 17.07.1998. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995\\_588](https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_588) (дата звернення: 23.02.2020).

<sup>1</sup> Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 року (укр./рос.). URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995\\_199](https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_199) (дата звернення: 23.02.2020).

<sup>2</sup> Eckhardt W.G. *Command Criminal Responsibility: A Plea for a Workable Standard*, 97 MIL. L. REV. 1, 4 (1982).

їх учиненню, або припинення їх учинення, або для передачі цього питання до компетентних органів для розслідування та кримінального переслідування».

Разом із тим дещо інакше визначені умови кримінальної відповідальності так званих «інших начальників»:

«Начальник підлягає кримінальній відповідальності за злочини, які вчинені підлеглими, які перебувають під його ефективною владою й контролем, у результаті нездійснення ним контролю належним чином над такими підлеглими, коли:

i) начальник, який знав і свідомо проігнорував інформацію, що явно вказувала на те, що підлеглі здійснювали або мали намір учинити такі злочини;

ii) злочини зачіпали діяльність, що підпадає під ефективну відповідальність і контроль начальника;

iii) начальник не вжив усіх необхідних і розумних заходів у межах його повноважень для запобігання їх учиненню, або припинення їх учинення, або для передачі цього питання до компетентних органів для розслідування та кримінального переслідування».

Як бачимо, ключовою ознакою суб'єкта такої відповідальності, згідно з положеннями міжнародного права, є не тільки наявність юридично закріплених повноважень командира, а і їх здійснення де-факто. Варто зазначити, що для міжнародного кримінального права такий підхід не є новелою<sup>9</sup>. Однак при цьому обов'язковою умовою визнається наявність стабільної ієрархічної структури, частиною якої є начальник і його підлеглі. У разі відсутності ієрархії контроль не визнається істотним і відповідальність командира за цією підставою виключається<sup>10</sup>.

Стосовно цивільних начальників Римський статут Міжнародного кримінального суду дещо звучує сферу відповідальності, яка передусім визначається різницею в ментальному елементі, зміст якого обмежується лише вимогами про те, що начальник «знав або свідомо проігнорував інформацію ...». Це дає змогу зробити висновок, що влада цивільних начальників в обстановці скоєння військових злочинів порівняно з військовими командирами обмежена його офіційними функціями в просторі та часі. Крім того, зазначений вище «ступінь недбалості» цивільного начальника вимагає, щоб він «свідомо проігнорував інформацію, яка явно вказувала на те, що підлеглі здійснювали або мали намір учинити такі злочини», що в зіставленні з ментальним елементом відповідальності військових командирів припускає знижений ступінь недбалості.

Ключовою умовою відповідальності зазначених осіб є неприйняття «необхідних і розумних заходів».

<sup>9</sup> Prosecutor v. Mucic. МТКЮ (Апеляційна палата), рішення від 20 лютого 2001 року, абз. 256; Prosecutor v. Semanza. МТР (Судова палата), рішення від 15 травня 2003 року, абз. 402; Prosecutor v. Brima. Спеціальний суд по Сьєрра-Леоне (Апеляційна палата), рішення від 22 лютого 2008 р. р. абз. 257, 289.

<sup>10</sup> Верле Г. Принципи міжнародного кримінального права : підручник / пер. з англ. С.В. Саяпіна. Одеса : Фенікс ; Москва : ТрансЛит, 2011. С. 262.

При цьому універсальної формули розумності таких заходів нині чинною практикою ще не вироблено. На основі ж висловлених у літературі думок та інтерпретації подібних положень судами ad hoc можна дійти висновку, що розумні та необхідні заходи – це заходи, що входять в коло істотних повноважень начальника, наявність у нього реальної можливості запобігти вчиненню таких злочинів або наявність об'єктивної можливості залучити підлеглого до відповідальності<sup>11</sup>.

Будучи ратифікованими багатьма державами, розглянуті міжнародні нормативно-правові акти обумовили криміналізацію відповідної поведінки в нормах національного законодавства у зв'язку з узяттям такими країнами на себе відповідних зобов'язань. Не виняток тому й Україна. З огляду на це, цілком логічним видається закріплення в Кримінальному кодексі України<sup>12</sup> (далі – ККУ) ст. 426 «Бездіяльність військової влади», згідно з положеннями якої до кримінальної відповідальності може бути притягнуто за умисне неприпинення злочину, що вчиняється підлеглим, або ненаправлення військовою службовою особою до органу досудового розслідування повідомлення про підлеглого, який учинив кримінальне правопорушення, а також інше умисне невиконання військовою службовою особою дій, які вона за своїми службовими обов'язками повинна була виконати, якщо це заподіяло істотну шкоду.

З метою виявлення шляхів упорядкування й удосконалення вітчизняного інституту бездіяльності військової влади доцільно проаналізувати досвід інших країн у впорядкуванні кримінальних норм, що становлять зміст інституту бездіяльності військової влади. У цьому контексті заслуговує на увагу досвід пострадянських країн, країн НАТО й Китаю як військово розвиненої країни. Насамперед зауважимо, що в межах статті немає можливості розглянути кожен з країн, зважаючи на її обмежений обсяг. Тому проаналізуємо досвід лише окремих країн.

Розпочнемо з досвіду пострадянських країн. Візьмемо, наприклад, Республіку Білорусь. Військово-кримінальне законодавство Республіки Білорусь<sup>13</sup> утілено в Кримінальному кодексі Республіки Білорусь (далі – КК РБ), де військові злочини закріплені в розділі IX «Злочини проти порядку виконання військового обов'язку». У зазначеному розділі в статті 455 КК РБ законодавець розташував норму,

<sup>11</sup> Ambos K. Der Allgemeine Teii des Volkerstrafrechts. P. 688; Keit K. Superior Responsibility applied before the ICTY. *Humanitares Volkerrecht-Informationsschriften*. 2001. S. 98, 105; Prosecutor v. Blaskic. МТКЮ (Апеляційна палата), рішення від 29 липня 2004 року, абз. 72; Prosecutor v. Blagojevic and Jokic. МТКЮ (Апеляційна палата), рішення від 9 травня 2007 р. абз. 302; Prosecutor v. Mucic. МТКЮ (Судова палата), рішення від 16 листопада 1998 року, абз. 394.

<sup>12</sup> Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 23.02.2020).

<sup>13</sup> Лосев В.В. Уголовная ответственность за воинские преступления (военно-уголовное законодательство Республики Беларусь) : учебно-практическое пособие. Минск : Тэхналогія, 2002. 141 с.

яка передбачає відповідальність військових посадових осіб за бездіяльність. Дослідження показало, що законодавець у диспозиції зазначеної норми розмістив три самостійні посадові злочини: зловживання повноваженнями, перевищення влади й умисну бездіяльність, у частині санкції статті визначив однакове покарання за три самостійні злочини, які змінюють обсяг накладеного покарання, виходячи виключно з рівня завданої шкоди та військового становища<sup>14</sup>. Такий підхід видається не зовсім вдалим порівняно з вітчизняним законодавством.

У Кримінальному кодексі Російської Федерації<sup>15</sup> (далі – КК РФ) військові злочини та відповідальність за них закріплено в главі 33 розділу XI КК РФ, що має назву «Злочини проти військової служби». У зазначеному розділі відсутня будь-яка норма, що закріплює відповідальність військових посадових осіб за бездіяльність. Натомість бездіяльність військової посадової особи може тлумачитися як одна з форм невиконання наказу (ст. 332 КК РФ). Окрім зазначеного, бездіяльність може тлумачитися в інших формах, які зосереджені в розділі КК РФ «Злочини проти державної влади, інтересів державної служби та служби в органах місцевого самоврядування», а саме бездіяльність у формі ухилення від надання інформації (документів, матеріалів) Федеральним зборам Російської Федерації або Рахунковій палаті Російської Федерації (ст. 287 глави 30 розділу X КК РФ). Звідси випливає, що не відзначається прогресивністю порівняно із законодавством України й позиція законодавця РФ.

Дещо краще порівняно із законодавством РФ і Республіки Білорусь урегульовано питання кримінальної відповідальності за бездіяльність у Кримінальному кодексі Республіки Казахстан<sup>16</sup> (далі – КК РК), де законодавець розташував окрему норму, яка передбачає відповідальність військових посадових осіб за бездіяльність (ст. 452 КК РК). У зазначеній статті законодавець розкриває бездіяльність влади як невиконання начальником або посадовою особою службових обов'язків. З першого погляду можна дійти висновку, що зазначена стаття дуже схожа на норму ККУ, але під час детального вивчення встановлюється схожість із КК РБ та КК РФ, хоча ця норма має виключно самостійне місце серед військових злочинів і конкретну назву, як це встановлено в КК України.

На сходінку вище від країн пострадянського простору зі зростанням ступеня розбудови військового правопорядку розташовані країни блоку НАТО.

Так, у Німеччині військовий правопорядок регулює Закон «Про відповідальність за військові злочини» (Wehrstrafgesetz)<sup>17</sup>. Системний аналіз положень цього Закону свідчить, що, як і в більшості європейських країн, у законодавстві Німеччини відсутня стаття «Бездіяльність військової влади». Водночас у частині III «Злочини проти обов'язків начальників» містяться норми, що передбачають відповідальність за аналогічні правопорушення, які за своєю сутністю не тільки об'єднані у вітчизняне поняття «бездіяльність військової влади», а й, розширюючи його, охоплюють інші військові суспільно небезпечні діяння, а саме: умисне, усупереч службовим обов'язкам ухилення особи від дій, що дали підлеглому змогу вчинити акт (правопорушення) проти іншого солдата (§ 30 Закону); умисне ухилення особи (у будь-який спосіб), несумісний з обов'язком, від надання підлеглим права повідомляти про правопорушення, учинені в армії, або подавати скарги про них у народне представництво ФРН чи однієї із земель, уповноваженому бундестагу з оборони, за місцем служби або вищому начальнику. До кримінальної відповідальності може бути також притягнуто посадову особу бундесверу, що перешкоджає будь-яким чином розслідування й передачі інформації про вчинений злочин до компетентних органів (§ 36 Закону). Кримінальну відповідальність передбачено й за умисне ухилення особи від негайного інформування, повідомлення вище командування про намір або здійснення заколоту (§ 27 Закону) чи саботаж (§ 109 Закону).

У Франції, де основним джерелом військово-кримінального права є прийнятий у 2006 році Кодекс військової юстиції (Code de Justice Militaire)<sup>18</sup>, також відсутнє визначення поняття «бездіяльність військової влади». Разом із тим положення Кодексу містять декілька видів діянь, що за своєю сутністю є бездіяльністю військової влади: умисне приховування командуванням дезертира від законного судочинства або сприяння такому приховуванню<sup>19</sup>, умисне невиконання обов'язків командиром формування, військово-морського судна або військового літального апарату, який, будучи здатним напасти на ворога й воювати з ворогом, рівним або нижчим за бойову міць, не надав відповідної підтримки для рятування війська, будівель, французького або союзного літака від ворога, коли це не заважало загальним інструкціям або серйозним мотивам<sup>20</sup>, умисне нежиття заходів будь-яким воєначальником, який

<sup>14</sup> Уголовный кодекс Республики Беларусь от 9 июля 1999 года № 275-3. URL: [https://online.zakon.kz/document/?doc\\_id=30414984](https://online.zakon.kz/document/?doc_id=30414984) (дата звернення: 23.02.2020).

<sup>15</sup> Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ. URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_10699/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_10699/) (дата звернення: 23.02.2020).

<sup>16</sup> Уголовный кодекс Республики Казахстан от 3 июля 2014 года № 226-V ЗПК. URL: [https://online.zakon.kz/document/?doc\\_id=31575252](https://online.zakon.kz/document/?doc_id=31575252) (дата звернення: 23.02.2020).

<sup>17</sup> Wehrstrafgesetz (WStG), neugefasst durch B. v. 24.05.1974 BGBl. I S. 1213. URL: <https://www.buzer.de/gesetz/2381/index.htm> (дата звернення: 23.02.2020).

<sup>18</sup> Code de Justice Militaire, 2006. URL: [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=73\\_0BCC1B7043F38727A23D0C345C797.tpd\\_ila10v3?cidTexte=LEGITEX000006071360&dateTexte=20080505](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=73_0BCC1B7043F38727A23D0C345C797.tpd_ila10v3?cidTexte=LEGITEX000006071360&dateTexte=20080505) (дата звернення: 23.02.2020).

<sup>19</sup> L. 321-19 Loin 2007-289 du 5 mars 2007 – art. 1, v. init. – NOR: DEFX0600120L.

<sup>20</sup> L. 322-2 Loin 2007-289 du 5 mars 2007 – art. 1, v. init. – NOR: DEFX0600120L.



регулярно отримує інформацію від цивільної влади про допомогу військового або цивільного характеру, щодо застосування належних сил і засобів, які знаходяться під його командуванням<sup>21</sup>.

Протидія бездіяльності військової влади з боку військовослужбовців керівного складу в Збройних силах США забезпечується дуже складною сукупністю норм військового законодавства. Одними з основних правових джерел, якими регулюються питання кримінальної відповідальності американських військовослужбовців, є Єдиний кодекс військової юстиції<sup>22</sup> (далі – Кодекс) і Настанова для військових судів<sup>23</sup> (далі – Настанова). Вони підкреслюють пріоритетний характер каральних засобів для підтримки міцної військової дисципліни. У Кодексі та Наставі не міститься поняття бездіяльності військової влади, проте в розділі X Кодексу окремо встановлюється відповідальність за неповідомлення про правопорушення всупереч загальному порядку або розпорядженню<sup>24</sup>.

Крім того, за законодавством США, до відповідальності притягується особа, яка умисно утримується від запобігання та припинення заколоту або підступу, учиненого в її присутності, або не вживає всіх розумних засобів, щоб інформувати свого начальника, чиновника чи командира про заколот або підступ, про які вона знає та/або які не здатна придушити (§ 894 ст. 94 Кодексу), діяння виражається в неповідомленні про повстання або заворушення, яке планується або відбувається (на всіх його етапах), неприйнятті всіх «розумних» способів інформування<sup>25</sup> або невжитті керівною особою всіх заходів щодо запобігання заколоту або заворушенню та придушення заколоту або заворушення<sup>26</sup>; особа, яка навмисно робить усе можливе, щоб уникнути бойового зіткнення з ворогом, не бере участі в захопленні або знищенні ворожих військ, суден, літальних апаратів або будь-яких інших діяч, які вона зобов'язана виконувати, захоплювати або знищувати (п. 8 § 899 ст. 99 Кодексу), або не забезпечує будь-якою практичною допомогою та не допомагає будь-яким військам, комбатантам, суднам або літкам збройних сил, що належать Сполученим Штатам або їхнім союзникам, під час участі в боях (п. 9 § 899 ст. 99 Кодексу), тобто посадова особа, діяння

якої виражається в умисному невиконанні своїх прямих обов'язків щодо забезпечення проведення бойових операцій власними силами та засобами або ненаданні сил і засобів підрозділам Збройних сил США або союзним військам<sup>27</sup>.

У Кримінальному кодексі Китайської Народної Республіки<sup>28</sup> (далі – ККК) норми щодо відповідальності за бездіяльність військової влади викладені дещо хаотично. Норми, що за своєю сутністю інтерпретують положення вітчизняної норми «бездіяльність військової влади», у ККК розпорошені та не систематизовані за об'єктом посягання або за іншими ознаками. До таких діянь ККК зараховує, зокрема, відмову від виконання службових обов'язків або халатне ставлення до службових обов'язків командирів (ст. 425 ККК), пасивність або невчинення дій щодо організації й ведення бойових дій або небажання їх вести (ст. 428 ККК), залишення командирами на полі бою поранених і хворих (ст. 444 ККК), ухилення від дій, указаних у посадових обов'язках (ст. 445 ККК).

## Висновки

Результати здійсненого дослідження дають змогу зробити висновок, що в країнах по-різному оцінюється характер суспільної небезпеки злочинів, пов'язаних із бездіяльністю військової влади. У багатьох державах або відсутня взагалі досліджувана норма, або вона регулює вкрай вузьке коло правопорушень. Так, зокрема, здебільшого відсутня спеціальна норма в законодавстві провідних європейських країн, а також Китайської Народної Республіки. Натомість законодавству деяких пострадянських країн властива наявність у кримінальному законодавстві окремої статті стосовно кримінальної відповідальності за бездіяльність військової влади.

Водночас, попри відсутність спеціальної норми, законодавство стосовно кримінальної відповідальності за бездіяльність військової влади окремих зарубіжних країн усе-таки містить положення, які доцільно було запозичити для України.

Насамкінець варто зауважити, що питання кримінальної відповідальності за законодавством зарубіжних держав і в міжнародному праві потребує подальшого наукового дослідження в напрямі з'ясування можливості й доцільності запозичення міжнародного досвіду в ході розроблення пропозицій щодо вдосконалення регулювання кримінальної відповідальності за бездіяльність військової влади до законодавства України.

<sup>21</sup> L. 323-17 Loin 2007-289 du 5 mars 2007 – art. 1, v. init. – NOR: DEFX0600120L.

<sup>22</sup> Uniform Code of Military Justice. 1951. URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/10/subtitle-A/part-II/chapter-47> (дата звернення: 23.02.2020).

<sup>23</sup> Manual for courts-martial UNITED STATES. 2012 edition. USAPD. ELECTRONIC PUBLISHING SYSTEM MCM TEXT FORMATTER ... Version 1.29 Modified for the 2012 Edition PIN: 030567–000 PAGES SET: 841.

<sup>24</sup> Пункт 2 In general, частини b Elements, Article 78. Accessory after the fact, Manual for courts-martial UNITED STATES, 2012 edition, MCM P.IV-4.

<sup>25</sup> Manual for courts-martial United States. 2012. 484 с.

<sup>26</sup> Manual for courts-martial United States. 2012. 484 с.

<sup>27</sup> Manual for courts-martial United States. 2012. 484 с.

<sup>28</sup> Уголовный кодекс Китайской Народной Республики. Справочное издание / под ред. докт. юрид. наук, проф. А.И. Коробеева; пер. с китайского Д.В. Вичикова. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2001 303 с.

**Guarantees of the right to freedom of creativity in Ukraine****Opolskaya Natalia**

*Candidate of Law, Associate Professor,  
Head of the Law Department  
of Vinnytsia National Agrarian University, Ukraine*

The article analyzes the guarantees of the right to freedom of creativity. It is determined that it is a system of socio-economic, political, cultural, legal means and conditions that provide protection, realization and protection in case of violation or not recognition of the right to freedom of creativity and promote its content and scope. It is proved that the system of guarantees of the right to creative freedom is represented by general and special legal guarantees. General guarantees are determined by the level of development of the main spheres of public life, in particular, political, socio-economic, cultural. These guarantees are divided according to the features of the field of social relations, which is the basis of their functioning on socio-economic, political and cultural. Only a strong, economically powerful state with a developed civil society can ensure the full implementation of the universal guarantees of the right to freedom of creativity. The socio-economic, political, and cultural guarantees of the right to freedom of creativity are analyzed.

It is proved that the general guarantees of the right to freedom of creativity have a decisive influence on its realization, because in the absence of the proper level of socio-economic development, culture, justice, political will, the most perfect mechanism of ensuring the right to freedom of creativity will not be effective. The specific (legal) guarantees of the right to freedom of creativity are characterized. It is determined that they are represented by legal and institutional means of ensuring the right to freedom of creativity. The legal guarantees of the right to freedom of creativity, which are expressed in the norms-principles and norms that establish legal responsibility, as well as the rules that establish the system of legal obligations in the sphere of creative activity, are investigated. The institutional guarantees of the right to freedom of creativity, which include the system of state bodies, local self-government, public organizations and political parties, as well as the persons themselves, whose activity is aimed at realizing the freedom of creativity, are analyzed. In order to improve the legal guarantee of the freedom of creativity, it is proposed at the constitutional level to consolidate the obligation of the state to promote the development of creative activity.

**Гарантії права на свободу творчості в Україні****Опольська Наталя Михайлівна**

*кандидат юридичних наук, доцент,  
завідувач кафедри права  
Вінницького національного аграрного університету, Україна*

**Вступ**

Ефективність механізму забезпечення прав, свобод, охоронюваних законом інтересів людини визначається дієвістю їх гарантування, системою умов і засобів, які дають змогу в повному обсязі реалізувати всю множину прав і свобод. У частині 2 статті 22 Конституції України передбачено: «Конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані». Це норма прямої дії, яка передбачає існування досконалої системи гарантій прав і свобод людини. Вони є найважливішим чинником для можливості здійснення, охорони та захисту прав людини. У рамках механізму забезпечення, призначення гарантій полягає у створенні найсприятливіших умов для безперешкодної реалізації прав і свобод людини.

**Метою статті** є визначення системи гарантій права на свободу творчості в Україні.

**Виклад основного матеріалу**

Здійснюючи науковий аналіз гарантій як самостійного соціально-правового явища, варто зазначити, що вони є рухомим, динамічним елементом механізму забезпечення права на свободу творчості. Механізм забезпечення права на свободу творчості є необхідною умовою функціонування й ефективної реалізації гарантій. Зазначені поняття є взаємопов'язаними та взаємодіючими.

Здебільшого це пояснюється тим, що справжньою суспільною цінністю права і свободи людини стають лише за умови, якщо вони повноцінно та безперешкодно втілюються в реальних суспільних відносинах<sup>1</sup>. Отже, гарантії є позитивними факторами правової дійсності, забезпечувальними умовами,

<sup>1</sup> Проблеми реалізації прав і свобод людини та громадянина в Україні : монографія / ред. Н.М. Оніщенко, О.В. Зайчук. Київ : Юрид. думка, 2007. С. 70.

які формують упевненість у тому, що проголошення права кореспондується з можливістю їх здійснення.

Більшість науковців, зокрема О.В. Зайчук, А.П. Заєць, Н.М. Оніщенко, С.В. Бобровник, Л.Д. Воєводін, С.Л. Лисенков, В.І. Абрамов та інші, наводять визначення гарантій як системи узгоджених факторів (умов, засобів), що забезпечують фактичну реалізацію й усебічну охорону прав і свобод людини<sup>2</sup>.

Отже, гарантії права на свободу творчості – це система соціально-економічних, політичних, культурних, юридичних засобів та умов, що забезпечують охорону, реалізацію та захист у разі порушення чи невизнання права на свободу творчості й сприяють розширенню його змісту й обсягу.

До набору «інструментів» гарантування права на свободу творчості належать умови й засоби його забезпечення. Умови гарантування – це створення соціально сприятливого середовища, зокрема це конституційний лад, правова держава, демократичний режим, високий рівень правової свідомості та правової культури суспільства, сталий соціально-економічний розвиток. Соціально-сприятливе середовище для реалізації права на свободу творчості формується через різноманітні політичні, економічні, ідеологічні, духовні та юридичні соціальні зв'язки, які є передумовами для появи засобів гарантування. Засоби гарантування – це інструменти й технології, що створюються суспільством і державою для усунення перешкод у реалізації права на свободу творчості й використовуються з метою цілеспрямованого впливу на середовище та поведінку людей або з метою розширення змісту й обсягу цього права.

Науковці використовують різноманітні критерії класифікації гарантій. Наприклад, В.Ф. Погорілко виділяє дві категорії гарантій: загальні та спеціальні<sup>3</sup>. Таку саму класифікацію наводять О.В. Зайчук, А.П. Заєць, Н.М. Оніщенко, С.В. Бобровник<sup>4</sup>.

Отже, система гарантій права на свободу творчості репрезентована загальними та спеціально-юридичними гарантіями. Загальні гарантії визначаються рівнем розвитку основних сфер суспільного життя, зокрема політичної, соціально-економічної, культурної. Ці гарантії поділяють за ознаками тієї галузі суспільних відносин, яка є основою їх функціонування, на соціально-економічні, політичні, культурні. Повноту реалізації загальних гарантій права на свободу творчості може забезпечити лише сильна, економічно потужна держава з розвиненим громадянським суспільством.

Загальні гарантії права на свободу творчості мають визначальний вплив на його реалізацію, адже за відсутності належного рівня соціально-економічного розвитку, культури, правосвідомості, політичної волі найдосконаліший механізм забезпечення права на свободу творчості буде не дієвим.

Соціально-економічні гарантії забезпечення права на свободу творчості – це створення сприятливих умов соціально-економічного розвитку та рівних можливостей для реалізації творчого потенціалу кожної людини. Умовами соціально-економічного гарантування є належний рівень соціально-економічного розвитку країни, вільне переміщення об'єктів інтелектуальної власності й результатів інтелектуальної діяльності, рівність усіх форм власності, свобода економічної діяльності, захист інтелектуальної власності. До інструментів соціально-економічного гарантування права на свободу творчості можна зарахувати соціальні стандарти, споживчі бюджети, інші порогові соціальні обмежувачі, які створюють сприятливі соціально-економічні умови для розвитку творчого потенціалу та реалізації творчих здібностей людини.

Соціально-економічні гарантії мають вагомое значення в забезпеченні права на свободу творчості, адже за їх декларативності воля (бажання) людини до реалізації творчих здібностей може бути відсутньою. Це підтверджується ієрархічною системою потреб людини, наведеною в піраміді Маслоу, в основі якої лежать фізіологічні потреби, що забезпечуються саме соціально-економічними гарантіями. А потреба в самореалізації, що є визначальною для реалізації права на свободу творчості, за ієрархією потреб знаходиться на найвищому рівні піраміди.

Політичні гарантії забезпечення права на свободу – це створення умов ідеологічного плюралізму, формування громадянського суспільства, верховенства права, свобода діяльності творчих спілок, громадських об'єднань, відсутність цензури. Реальне функціонування політичних гарантій свободи творчості насамперед залежить від демократичності чинного в певний період історичного розвитку політичного режиму. Яскравим прикладом декларативності політичних гарантій свободи творчості є період радянської пропаганди комуністичної ідеології, монопольної влади КПРС в СРСР, коли результат творчості чи творча діяльність мали право на існування лише за умови відповідності чинній ідеології та критиці «загниваючого капіталізму».

Культурні гарантії забезпечення права на свободу творчості включають наявну в Україні систему культурних та ідеологічних цінностей, загальний рівень суспільної свідомості, рівень усвідомлення природи й призначення права на свободу творчості, рівень громадської активності, освіченості.

Умовами цих гарантій є захист державою результатів творчої діяльності, заборона розпалювання

<sup>2</sup> Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / О.В. Зайчук, А.П. Заєць, В.С. Журавський та ін. ; М-во освіти і науки України. Київ : Юрінком Інтер, 2008. С. 106.

<sup>3</sup> Конституційне право України : підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / ред. В.Ф. Погорілко. Київ : Наук. думка, 1999. С. 221.

<sup>4</sup> Проблеми реалізації прав і свобод людини та громадянина в Україні / ред. Н.М. Оніщенко, О.В. Зайчук. Київ, 2007. С. 65.

соціальної, расової, національної та релігійної ворожнечі; свобода всіх видів творчості й охорона інтелектуальної власності. Засобами гарантування є свобода участі в культурному житті, доступ до культурних цінностей, культурної та історичної спадщини. Безсумнівно, культурні гарантії мають першочергове значення в реалізації права на свободу творчості, адже вони створюють можливості для заняття творчою діяльністю, свободу вибору її видів.

Серед чинників, які впливають на ефективність забезпечення права людини на свободу творчості, ключове місце посідають спеціальні (правові) гарантії, що поділяють на національні й міжнародні гарантії. Спеціальні гарантії представлені нормативно-правовими та інституційними засобами забезпечення права на свободу творчості.

У юридичній літературі визначено, що елементами нормативно-правових гарантій прав і свобод є норми-принципи, у тому числі й процесуальні норми, норми, що визначають юридичну відповідальність, і норми, що містять юридичні обов'язки<sup>5</sup>.

Нормативно-правові гарантії права на свободу творчості представлені в нормах-принципах і нормах, які встановлюють юридичну відповідальність, а також нормах, що закріплюють систему юридичних обов'язків у сфері творчої діяльності.

Нормативно-правові гарантії права на свободу творчості представлені в нормах-принципах: статті 3 Конституції України, яка вказує на те, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Право на свободу творчості гарантується конституційними нормами, серед яких – принцип рівності, невідчужуваності й непопущеності прав, принцип невичерпності й гарантованості прав, принцип недопущення звуження змісту й обсягу чинних прав і свобод, принцип вільного розвитку своєї особистості, рівності прав жінок і чоловіків, принцип рівності всіх громадян у своїх правах і рівності перед законом тощо. До процесуальних норм належать право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб; право на звернення до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини за захистом своїх прав; право на звернення до міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна, за захистом своїх прав і свобод після використання всіх національних засобів правового захисту; право захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань; право на правову допомогу; право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування мате-

ріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб під час здійснення ними своїх повноважень тощо<sup>6</sup>.

До конституційних гарантій прав і свобод людини та громадянина належать також спеціальні права, призначені для найбільш ефективної реалізації інших прав людини та громадянина. До таких конституційних гарантій культурних прав науковці загалом зараховують свободу думки і слова, вільне вираження своїх поглядів і переконань, свободу світогляду й віросповідання, які гарантовані статтями 34 і 35 Конституції України<sup>7</sup>.

Нормативно-правові гарантії права на свободу творчості представлені в юридичних обов'язках.

Головним обов'язком держави в рамках забезпечення свободи творчості є обов'язок утвердження й забезпечення прав і свобод людини, що передбачено в статті 3 Конституції України. У статті 54 Конституції України передбачено обов'язок держави сприяти розвитку науки, установленню наукових зв'язків України зі світовим товариством. Недоліком статті 54 Конституції в частині гарантування права на свободу творчості є те, що вона не містить чіткої вказівки на сприяння розвитку творчої діяльності загалом, а вказує лише на стимулювання одного з її видів – наукової діяльності. Натомість частина 1 статті 16 Конституції Грецької Республіки, наприклад, передбачає: «Мистецтво й наука дослідження та викладання вільні; їх розвиток і поширення є обов'язком держави. Академічні свободи та свобода викладання не звільняють від обов'язку підпорядкування Конституції»<sup>8</sup>. Обов'язок держави сприяти розвитку творчої діяльності передбачено в статті 7 Законі України «Про культуру».

На наш погляд, нормативно-правові гарантії права на свободу творчості, представлені в обов'язку держави сприяти розвитку творчої діяльності, мають бути закріплені на конституційному рівні, статтю 54 Конституції України має бути доповнено таким формулюванням: «Держава сприяє розвитку творчої діяльності митців і творчих спілок, фінансуючи відповідні державні програми підтримки та розвитку творчої діяльності».

Серед загальних обов'язків людини, які сприяють реалізації права на свободу творчості, варто відзначити обов'язок неухильного додержання Конституції України й законів, обов'язок не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей, не завдавати шкоди природі, культурній та історичній

<sup>5</sup> Основи конституційного права України : підручник / за ред. В.В. Копейчикова. Київ : Юрінком Інтер, 1997. С. 143.

<sup>6</sup> Конституція України. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1996. № 30. С. 141.

<sup>7</sup> Шемшученко Ю. Свобода наукової творчості як конституційне право людини і громадянина. Вісник Національної академії наук України. 2008. № 3. С. 36–43.

<sup>8</sup> Греція. Конституція (2008). Конституція Греції: современное законодательство с учетом поправок Парламента Греции от 27 мая 2008 г. / пер. с греч. яз. К.В. Гусарова. Харьков : Право, 2014. 111 с.

спадщині. Спеціальні обов'язки фізичних і юридичних осіб у сфері творчої діяльності передбачено статтею 11 Закону України «Про культуру»: дотримуватися вимог законодавства щодо провадження діяльності у сфері культури; дбати про збереження народних традицій і примноження національного культурного надбання, сприяти охороні культурної спадщини; поважати культуру, мову, традиції, звичаї та обряди Українського народу; піклуватися про естетичне виховання й культурний розвиток дітей, прилучення їх до цінностей вітчизняної та світової культури.

Нормативно-правові гарантії права на свободу творчості представлені в нормах, які встановлюють юридичну відповідальність. Досліджуючи право на свободу творчості, ми виходимо з того, що юридична відповідальність поділяється на перспективну (позитивну) і ретроспективну (негативну).

Перспективна юридична відповідальність – це сумлінне виконання своїх обов'язків перед громадянським суспільством і правовою державою, особливо, яке базується на високому рівні правової культури, правової свідомості, повага до прав і свобод інших осіб у процесі творчої діяльності. Прикладом реалізації перспективної юридичної відповідальності є дотримання норм наукової етики, дотримання законодавства та меж у свободі творчості, що базується на глибокому переконанні в доцільності норм права.

Ретроспективну юридичну відповідальність визначають по різному. В.М. Горшеньов указує, що юридична відповідальність є визнана державою здатність особи (громадянина, установи, органу держави, посадової особи тощо) звітувати про своє протиправне діяння й зазнавати на собі заходів державно-примусового впливу у формі позбавлення благ, які безпосередньо їй належать<sup>9</sup>.

С.М. Олейникова доводить, що юридична відповідальність – «це передбачені нормами права і здійснювані в правових відносинах у процесуальному порядку уповноваженими державою суб'єктами засоби державного примусу до особи, яка вчинила правопорушення, що тягне для неї обов'язок зазнавати несприятливих наслідків особистого, майнового або організаційного характеру, вид і міра яких передбачені санкціями правових норм»<sup>10</sup>.

Аналізуючи вказані наукові підходи, можна визначити ознаки ретроспективної юридичної відповідальності за провипорушення у сфері творчості: застосування державно-правового примусу, негативна реакція держави на правопорушення й суб'єкта, винного в його скоєнні, обов'язок пра-

вопорушника зазнати несприятливих наслідків за його протиправну поведінку, процесуальний порядок реалізації.

Видами ретроспективної юридичної відповідальності за порушення права на свободу творчості є кримінальна, адміністративна, цивільно-правова відповідальність.

Кримінальну відповідальність у сфері творчої діяльності передбачено за незаконне проведення наукових дослідів над людиною, що встановлюється в статті 142 Кримінального кодексу України. Відповідно до Конституції та чинного законодавства, незаконними є наукові досліді без вільної згоди піддослідного, над хворими, ув'язненими, військовополоненими та іншими категоріями осіб. Статті 176, 203-1, 216, 176 Кримінального кодексу України передбачають відповідальність за прояви порушень авторського й суміжних прав<sup>11</sup>.

Цивільно-правова відповідальність за посягання на свободу творчості передбачена статтями 309, 431 Цивільного кодексу України, статтею 54 Закону України «Про авторське право і суміжні права»<sup>12</sup>.

Наступним видом юридичної відповідальності, що може застосовуватися за порушення у сфері творчої діяльності, є адміністративна відповідальність. Адміністративно-правова відповідальність установається за окремі порушення авторських і суміжних прав у статтях 512, 1649, 16413, 51-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення<sup>13</sup>.

Варто зазначити, що 12.03.2019 у Верховній Раді України зареєстровано нову редакцію Закону України «Про авторське право і суміжні права» (№ 10143), у якому вдосконалено перелік об'єктів авторського права й об'єктів суміжних прав, визначено твори, які не є об'єктами авторського права. У Проекті визначені більш дієві гарантії захисту свободи творчості. Наприклад, стягнення компенсації за порушення авторського й (або) суміжних прав замість відшкодування збитків. Пропонувалося внести зміни до Господарського процесуального кодексу України, згідно з якими справи про захист прав інтелектуальної власності не можуть бути зараховані до категорії малозначних. Однак 29.08.2019 Проект Закону України «Про авторське право і суміжні права» (№ 10143) відкликано.

Спеціальні (правові) гарантії представлені не лише нормативно-правовими, а й інституційними засобами забезпечення права на свободу творчості.

Інституційні гарантії забезпечення досліджуваного права включають систему органів державної

<sup>9</sup> Подорожній С.Ю. Теоретичні підходи до визначення поняття «юридична відповідальність». *Вісник ХНУВС*. 2014. № 3 (66). С. 6–15.

<sup>10</sup> Сердюк І.А. Методологічний аналіз сучасних інтерпретацій поняття «юридична відповідальність». *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2011. № 1. С. 30–35.

<sup>11</sup> Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2001. № 25–26. Ст. 131.

<sup>12</sup> Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23.12.1993 № 3792-XII у ред. від 06.01.2004. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 13. Ст. 64.

<sup>13</sup> Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р. № 8073-X у ред. від 01.01.2008. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1984. Додаток до № 51. Ст. 1122.

влади, місцевого самоврядування, громадських організацій і політичних партій, судові та правоохоронні органи, а також самих осіб, діяльність яких спрямована на реалізацію свободи творчості. Їх можна поділити на II групи: I. Наділені функцією забезпечення права на свободу творчості від імені держави. II. Здійснюють забезпечення права на свободу творчості як інститути громадянського суспільства.

До першої групи належать Президент України, Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, суди, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, прокуратура й адвокатура, інші правоохоронні органи нашої держави, органи місцевого самоврядування, політичні партії. До другої групи належать громадські організації та інші інститути громадянського суспільства, діяльність яких спрямована на сприяння реалізації права на свободу творчості.

Інституційною гарантією права на свободу творчості є Вищий суд з питань інтелектуальної власності, створений Указом Президента від 29.09.2017. Він розглядатиме справи щодо захисту права на свободу творчості в спорах стосовно прав на винаходи, корисні моделі, промислові зразки, торговельні марки, комерційні найменування, у спорах щодо реєстрації, обліку прав інтелектуальної власності, визнання недійсними, продовження дії, дострокового припинення патентів, свідоцтв, інших актів, справи про визнання торговельних марок добре відомими, у спорах щодо прав автора й суміжних прав, щодо укладення, зміни, розірвання та виконання договорів на розпорядження майновими правами інтелектуальної власності тощо.

### Висновки

Гарантії права на свободу творчості – це система соціально-економічних, політичних, культурних, правових засобів та умов, що забезпечують охорону, реалізацію й захист у разі порушення чи невизнання

права на свободу творчості та сприяють розширенню його змісту й обсягу. Система гарантій права на свободу творчості репрезентована загальними та спеціально-правовими гарантіями. Загальні гарантії поділяють за ознаками тієї галузі суспільних відносин, яка є основою їх функціонування, на соціально-економічні, політичні, культурні. Спеціальні (правові) гарантії представлені нормативно-правовими й інституційними засобами забезпечення права на свободу творчості.

Нормативно-правові гарантії права на свободу творчості представлені в нормах-принципах і нормах, які встановлюють юридичну відповідальність, а також нормах, що закріплюють систему юридичних обов'язків у сфері творчої діяльності.

Інституційні гарантії забезпечення досліджуваного права включають систему органів державної влади, місцевого самоврядування, громадських організацій і політичних партій, а також самих осіб, діяльність яких спрямована на реалізацію свободи творчості.

З метою вдосконалення нормативно-правового гарантування свободи творчості пропонуємо на конституційному рівні закріпити обов'язок держави сприяти розвитку творчої діяльності. Уважаємо за доцільне статтю 54 Конституції України викласти в такій редакції: «Громадянам гарантується свобода літературної, художньої, наукової й технічної творчості, захист інтелектуальної власності, їхніх авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності. Кожний громадянин має право на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності; ніхто не може використовувати або поширювати їх без його згоди, за винятками, установленими законом. Держава сприяє розвитку творчої діяльності митців і творчих спілок, фінансуючи відповідні державні програми підтримки й розвитку творчої діяльності. Держава сприяє розвитку науки й установленню наукових зв'язків України зі світовим співтовариством».

**Forensic and expert activity: content and specific features***Ostropilets Andrii**PhD Student of the Hon. Prof. M.S. Bokarius Kharkiv Research Institute of Forensic Examinations, Ukraine*

The article is focused on studying forensic and expert activity: its content and characteristic features have been established and analyzed, the current state of normative and legal consolidation of forensic and expert activity in Ukraine has been studied.

The author has stated on the need for a clear definition of the content and specific features of forensic and expert activity in order to establish a common terminological base in this sphere of legal regulation. The analysis of the current scientific approaches to the study of forensic and expert activity has been carried out. The author has provided definition to the concept of “forensic and expert activity”, has studied its connection and correlation with the concepts of “expert activity”, “forensic and expert provision”, etc.

The current state of normative and legal provision of forensic and expert activity in Ukraine has been researched. Based on the analysis of a number of laws and by-laws that directly regulate the activities of forensic experts, as well as forensic and expert institutions, the author has determined the content and has characterized the main features of forensic and expert activity in Ukraine. It has been concluded that the content of forensic and expert activity is the organization and conduction of independent, qualified and objective examination in compliance with modern achievements of science and technology, the organization of work of forensic and expert institutions and their structural divisions, personnel, scientific, methodological and information provision of their activities. It has been established that the effective regulation of public relations in the field of forensic and expert activity, the determination of the legal, organizational, managerial, scientific and methodological foundations of forensic and expert activity in the context of systemic judicial reform requires appropriate legislative consolidation in order to form a single conceptual apparatus used in the field of forensic and expert activity.

**Судебно-экспертная деятельность: содержание и особенности***Остропилец Андрей Васильевич**аспирант Харьковского научно-исследовательского института судебных экспертиз имени заслуженного профессора Н.С. Бокариуса, Украина***Введение**

Осуществление судебно-экспертной деятельности в условиях развития правового демократического государства требует чёткого понимания содержания и особенностей судебной экспертизы как важнейшего механизма защиты прав и свобод человека и гражданина, законных интересов юридических лиц, интересов государства. От функционирования независимой, квалифицированной и объективной экспертизы, ориентированной на максимальное использование современных достижений науки и техники, а также использование европейского и мирового опыта обеспечения судебно-экспертной деятельности, во многом зависит эффективность правосудия.

Система правовых, организационно-управленческих и научно-методических основ судебно-экспертной деятельности требует сегодня детального изучения с целью формирования единого понятийного аппарата, применяемого в судебно-экспертной деятельности, так как бессистемное использование для обозначения данного вида деятельности целого ряда терминов, а также такая их трактовка, которая практически приводит к отождествлению судебно-экспертной деятельности с экспертным обеспечением правосудия, требуют чёткого понимания содержания и особенностей судебно-экспертной деятельности.

Важность поставленной проблемы отражает наличие множества научных исследований в данной сфере: в частности общей теории судебной экспертизы посвящены работы Т. Аверьяновой, В. Арсеньева, В. Галунько, С. Гаспарян, Ю. Грошевого, А. Жеребко, Е. Зайцевой, А. Ключева, О. Олейника, О. Росинской, М. Сегая, Э. Симаковой-Ефремян. Отдельным аспектам судебно-экспертной деятельности уделяли внимание такие отечественные и зарубежные исследователи: С. Абрамов, В. Архипов, Р. Белкин, К. Бельский, В. Гончаренко, Н. Клименко, В. Лукашевич, Н. Малаховская, О. Соловьёва, Ю. Орлов, Т. Сахнова, М. Щербаковский и др. Однако, несмотря на весьма широкий спектр исследований по данной проблематике, на сегодняшний момент всё ещё остаётся недостаточно изученным целый ряд вопросов, связанных с определением содержания и особенностей судебно-экспертной деятельности. В частности, в научной литературе до сих пор не существует единой позиции относительно терминологии, используемой для анализа судебно-экспертной деятельности как объекта административно-правового регулирования.

**Целью статьи** является исследование судебно-экспертной деятельности, что предусматривает определение понятия «судебно-экспертная деятельность», уточнение его содержания и характеристику особенностей.

## Изложение основного материала

Прежде всего, необходимо отметить, что в современной науке и практике не существует чёткого и исчерпывающего определения понятия «судебно-экспертная деятельность». Для обозначения данного вида деятельности, а также для трактовки её содержания используется несколько терминов: «экспертная деятельность», «экспертное исследование», «экспертное обеспечение», «судебно-экспертное обеспечение» и т.п.

В самом общем виде под экспертизой как деятельностью, которая может проявляться в различных сферах (научной, экономической, медицинской и т.д.), понимается специальное компетентное исследование вопроса, требующее специальных знаний и представления мотивированного заключения<sup>1</sup>. При проведении экспертизы применяются специальные знания и навыки, приобретённые в процессе практической деятельности в различных сферах человеческой деятельности. Судебная экспертиза отличается от других экспертиз тем, что её назначение и проведение, а также использование полученных результатов осуществляется в чётко регламентированном процессуальном законодательством порядке, который определяет права и обязанности эксперта, субъекта, назначившего экспертизу, участников уголовного, гражданского, арбитражного, административного процесса<sup>2</sup>. Справочная литература определяет судебную экспертизу как регламентированное процессуальным законом исследование экспертом на основе специальных знаний конкретных обстоятельств дела с целью установления фактов, имеющих важное значение для установления объективной истины в деле<sup>3</sup>. По объёму исследования выделяют основные и дополнительные экспертизы, по последовательности выполнения – первичные и повторные, по количеству экспертов – единоличные и комиссионные, по степени общности задач, предмета, объектов, методик исследования – криминалистические, медицинские и психиатрические, биологические, финансово-экономические, инженерно-транспортные, инженерно-технические, экологические и др.<sup>4</sup>. Основными элементами судебной экспертизы являются подготовка материалов, назначение и проведение экспертизы в предусмотренном процессуальным законом порядке; использование специальных знаний во время проведения экспертизы; получение результатов экспертизы исследовательским путём с помощью специального инструментария (эксперт-

ных методик); предоставление вывода эксперта, который имеет статус источника доказательств<sup>5</sup>.

Понятие судебной экспертизы определяется в действующем законодательстве Украины. Так, в ст. 1 Закона Украины «О судебной экспертизе» устанавливается, что «судебная экспертиза – это исследование на основе специальных знаний в области науки, техники, искусства, ремесла и пр. объектов, явлений и процессов с целью предоставления вывода по вопросам, которые являются или будут выступать предметом судебного разбирательства»<sup>6</sup>. При этом следует отметить, что действующий Закон не содержит определения видов экспертиз: их перечень и характеристика закрепляются на уровне подзаконных актов<sup>7</sup>. Так, согласно Инструкции о назначении и проведении судебных экспертиз и экспертных исследований, в Украине проводятся криминалистические, инженерно-технические, экономические, товароведческие экспертизы, экспертизы в сфере интеллектуальной собственности, психологические, искусствоведческие, экологические, военные и др. экспертные исследования. Установлено, что, согласно процессуальному законодательству, экспертами выполняются первичные, дополнительные и повторные судебные экспертизы. По организационному признаку закрепляется проведение комиссионных и комплексных экспертиз, а по месту проведения – экспертизы, проводимые в экспертных учреждениях, и экспертизы, которые проводятся неэкспертными учреждениями<sup>8</sup>.

Стоит отметить, что наряду с термином «судебная экспертиза» в действующем законодательстве Украины довольно часто используется термин «экспертное исследование». И, если на уровне Закона Украины «О судебной экспертизе» эти понятия используются как синонимы (речь идёт о судебной экспертизе как исследовании, проводимом экспертом), то Инструкция о назначении и проведении судебных экспертиз и экспертных исследований и Научно-методические рекомендации по вопросам подготовки и назначения судебных экспертиз и экспертных исследований различают понятия «судебная экспертиза» и «экспертное исследование», определяя их как отдельные процессы<sup>9</sup>. При этом в тексте данных нормативных актов не содер-

<sup>5</sup> Пиріг І. Поняття та зміст експертної діяльності органів внутрішніх справ. *Право України*. 2011. № 1. С. 255–261.

<sup>6</sup> Про судову експертизу : Закон України від 25.02.1994 № 4038-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 28. Ст. 232.

<sup>7</sup> Про затвердження Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень : Наказ Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 № 53/5. *Офіційний вісник України*. 1998. № 46. Ст. 1715.

<sup>8</sup> Там же.

<sup>9</sup> Про затвердження Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень : Наказ Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 № 53/5. *Офіційний вісник України*. 1998. № 46. Ст. 1715.

<sup>1</sup> Социологический энциклопедический словарь / ред.-коорд. акад. РАН Г.В. Осипов. Москва : Изд. группа Инфра-М-Норма, 1998. С. 420.

<sup>2</sup> Россинская Е.Р. Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе. Москва : Норма, 2005. С. 29.

<sup>3</sup> Большая юридическая энциклопедия / В.В. Аванесян, С.В. Андреева, Е.В. Белякова и др. Москва : Эксмо, 2007. С. 577.

<sup>4</sup> Там же, С. 578.



житися исчерпывающего определения этих терминов. Понятие экспертного исследования закрепляет Инструкция по организации проведения и оформления экспертных производств в подразделениях Экспертной службы Министерства внутренних дел Украины<sup>10</sup> – как исследование, проводимое экспертом на основе специальных знаний материальных объектов, явлений и процессов, которые содержат информацию об обстоятельствах события, по обращению юридических или физических лиц. Разграничение понятий «судебная экспертиза» и «экспертное исследование» по их отношению к уголовному процессу (досудебному расследованию и судебному производству) и по основаниям для их проведения прослеживается в тексте нормативного акта. Так, п. 5 Инструкции устанавливает, что «судебные эксперты могут привлекаться для решения вопросов с применением специальных знаний путём:

1) проведения судебной экспертизы материальных объектов, явлений и процессов, содержащих информацию об обстоятельствах события, на стадиях досудебного расследования и судебного разбирательства дел в уголовном или исполнительном производствах, административных, гражданских или хозяйственных дел, дел об административных правонарушениях;

2) проведения экспертного исследования материальных объектов, явлений и процессов, которые содержат информацию об обстоятельствах события, по материалам обращений юридических или физических лиц<sup>11</sup>.

Таким образом, анализ действующего законодательства даёт возможность отметить, что понятия судебной экспертизы и экспертного исследования употребляются преимущественно как синонимы, так как под экспертными исследованиями подразумеваются как судебная экспертиза, так и непосредственно экспертное исследование. Как справедливо отмечают исследователи, судебная экспертиза фактически и является экспертным исследованием, лишь в узком понимании её отличием от экспертного исследования можно считать то, что она проводится в уголовном производстве по обращению специально уполномоченного субъекта (следователя, прокурора, судьи или суда) или стороны защиты, тогда как собственно экспертное исследование проводится во всех других случаях, не связанных с уголовным судопроизводством. Таким образом, «говоря об экспертном исследовании, проводимом в уголовном производстве по обращению органа досудебного

расследования, следует иметь в виду именно судебную экспертизу»<sup>12</sup>.

Понятие экспертизы является основой понятия экспертной деятельности, отражающего специфический вид человеческой деятельности, основанной на научных знаниях, содержание которого составляет исследование определённых объектов, процессов и явлений с помощью специальных методов с целью получения научно обоснованных выводов<sup>13</sup>. Учёные отмечают, что общей целью экспертной деятельности является объективное исследование объектов с помощью специальных знаний, вследствие чего формируются и предоставляются научно обоснованные выводы об их свойствах и др.<sup>14</sup>. Таким образом, экспертной деятельности как особой разновидности деятельности присущи следующие признаки: она имеет познавательный, исследовательский характер и базируется на теоретических и практических научных знаниях; может осуществляться в различных сферах общественной жизни и имеет своей целью всестороннее, полное и объективное исследование объектов, процессов или явлений; использует методы и методики, не противоречащие закону и нормам морали и основывающиеся на современных достижениях науки; результатом такой деятельности является получение новой информации и формирование выводов<sup>15</sup>.

Сравнивая понятия «экспертная деятельность» и «судебно-экспертная деятельность», следует подчеркнуть, что термин «экспертная деятельность» по своему содержанию значительно шире, так как в судебно-экспертной деятельности, равно как и в любой другой экспертной деятельности, исследование основано на использовании знаний специалистов в определённой сфере знаний, однако оно осуществляется исключительно в сфере судопроизводства, где его объектами являются вещественные доказательства по возбуждённым уголовным, гражданским делам или делам об административных правонарушениях<sup>16</sup>. А. Жеребо отмечает, что специфика судебно-экспертной деятельности заключается в том, что, независимо от вида судопроизводства, такая деятельность отличается единством методологической основы, тогда как отличия судебных экспертиз в различных областях судопроизводства связаны лишь с процедурами подготовки и назначения экспертизы, традиционно присущими каждому из её видов, а также с отличиями в правах участников экспертизы,

<sup>10</sup> Про затвердження Інструкції з організації проведення та оформлення експертних проваджень у підрозділах Експертної служби МВС України : Наказ МВС України від 17.07.2017 № 591. *Офіційний вісник України*. 2017. № 73. Ст. 2254.

<sup>11</sup> Про затвердження Інструкції з організації проведення та оформлення експертних проваджень у підрозділах Експертної служби МВС України : Наказ МВС України від 17.07.2017 № 591. *Офіційний вісник України*. 2017. № 73. Ст. 2254.

<sup>12</sup> Перлін С.І. Співвідношення судової експертизи та експертного дослідження в діяльності Експертної служби МВС України. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2016. Вип. 6. Т. 2. С. 178. URL: [http://www.nvppp.in.ua/vip/2016/6/tom\\_2/41.pdf](http://www.nvppp.in.ua/vip/2016/6/tom_2/41.pdf).

<sup>13</sup> Пиріг І. Поняття та зміст експертної діяльності органів внутрішніх справ. *Право України*. 2011. № 1. С. 260.

<sup>14</sup> Там же. С. 258–259.

<sup>15</sup> Там же. С. 260.

<sup>16</sup> Пиріг І. Поняття та зміст експертної діяльності органів внутрішніх справ. *Право України*. 2011. № 1. С. 258; Олійник О.О., Галуцько В.В., Єшук О.М. Адміністративно-правове регулювання судово-експертної діяльності : монографія. Херсон : Гринь Д.С., 2015. С. 24.

обусловленними специфікою діяльності суб'єктів різних правоотношень<sup>17</sup>.

Судбно-експертна діяльність об'єднує в собі риси, притаманні будь-якій експертній діяльності, в частині її суспільного характеру, цілеспрямованості, плановості, систематичності<sup>18</sup>, і риси, що характеризують роботу судового експерта як особливий різновид діяльності, пов'язаний з проведенням судових експертиз, серед яких – її правова регламентація, дослідницький характер, відносна самостійність в установленні і виборі видів і методів дослідження, можливість перевірки діяльності експерта, поєднання індивідуального і колективного в роботі експерта і др.<sup>19</sup>.

Так, всі дії, з яких складається діяльність експертів і судово-експертних установ, безпосередньо регламентуються цілим рядом законів і підзаконних нормативно-правових актів: ними визначається порядок проведення судових експертиз, закріплюються права і обов'язки експертів, встановлюються особливі процесуальні форми і порядок використання результатів судово-експертної діяльності, регулюються відносини між суб'єктами судово-експертної діяльності і др. При цьому саме поняття судово-експертної діяльності в Україні вперше закріплено лише в Законі України «О судовій експертизі» від 25 лютого 1994 г., преамбула якого установила, що Закон «визначає правові, організаційні і фінансові основи судово-експертної діяльності з метою забезпечення правосуддя України незалежної, кваліфікованої і об'єктивної експертизою, орієнтованою на максимальне використання досягнень науки і техніки»<sup>20</sup>. Необхідно також відзначити, що діюче законодавство не містить чіткого визначення судово-експертної діяльності, що значно ускладнює розуміння її структури і завдань, зазвичай призводить до її отождествлення з поняттям експертного забезпечення правосуддя. В частині, деякі дослідники, розглядаючи питання, пов'язані з експертним забезпеченням правосуддя, зводять його зміст виключно до діяльності судових експертів, направленої на організацію і проведення судових експертиз<sup>21</sup>. Інші дослідники, роблячи акцент

на складності внутрішнього змісту і структури судово-експертної діяльності, навпаки, відносять до її змісту загальні аспекти діяльності по експертному забезпеченню правосуддя. Так, М. Сегай, визначаючи судово-експертну діяльність як засновану на конституційних початках діяльності органів державної влади, юридических і фізических осіб по забезпеченню правосуддя незалежної, об'єктивної, кваліфікованої і опираючоїся на досягнення науки і техніки судової експертизою, в структурі судово-експертної діяльності виділяє наступні блоки: 1) діяльність держави по правовому забезпеченню судово-експертної діяльності на законодавчому і ведомственому нормативно-правовому рівнях; 2) діяльність органів виконавчої влади, що здійснюють функцію управління судово-експертною діяльністю; 3) діяльність головних суб'єктів судово-експертної діяльності, що забезпечують проведення судових експертиз в державних установах; 4) діяльність учасників судопроизводства, причасних до проведення судових експертиз<sup>22</sup>.

О. Олійник, В. Галунько і О. Ещук також розкривають зміст експертного забезпечення, характеризуючи судово-експертну діяльність як проведення законної, незалежної, об'єктивної і повної судової експертизи на основі спеціальних знань матеріальних об'єктів, явищ і процесів, що містять інформацію про обставини юридического справи, і діяльність публічної адміністрації по: 1) забезпеченню умов роботи судового експерта по місцонаходженню об'єктів дослідження; 2) створенню судово-експертних установ; 3) забезпеченню науково-методическої і організаційно-управлінческої діяльності судово-експертних установ; 4) забезпеченню організаційно-правових основ діяльності Координаційного ради по проблемам судової експертизи; 5) веденню Державного реєстру аттестованих судових експертів; 6) організаційно-правовим основам діяльності експертно-кваліфікаційної комісії; організаційно-правовим основам навчання спеціалістів для установ, що проводять судові експертизи; 7) організаційно-правовим основам аттестації судових експертів і др.<sup>23</sup>.

Дійствительно, приведенне визначення практически збігається з загальною характеристикою структури експертного забезпечення правосуддя, що, по думці Н. Ткаченко, повинна включати в себе наступні основні елементи: 1) науково-методическе

<sup>17</sup> Жеребко О.І. Судово-експертна діяльність: сутність, принципи, організаційні основи : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Запоріжжя, 2010. С. 9–10.

<sup>18</sup> Кузьмічов В.С., Чорноус Ю.М. Слідча діяльність: характеристика та напрями удосконалення : монографія. Київ : Нічлава, 2005. С. 26–83.

<sup>19</sup> Лопата О.А. Поняття і зміст судово-експертної діяльності. *Міжнародний юридичний вісник* : збірник наукових праць Нац. ун-ту Держ. податк. служби України. 2016. Вип. 1 (3). С. 49.

<sup>20</sup> Про судову експертизу : Закон України від 25.02.1994 № 4038-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 28. Ст. 232.

<sup>21</sup> Сопільник Р. Л. Експертне забезпечення правосуддя у контексті сучасних сворінтеграційних процесів в Україні. *Криміналістичний вісник*. 2015. № 1 (23). С. 39–44.

<sup>22</sup> Сегай М.Я. Судебная экспертология: объект, предмет, природа и система науки. *Теория та практика судової експертизи і криміналістики* : збірник наук.-практ. матер. (до 80-річчя заснування Харківського НДІ судових експертиз) / ред. кол. : А.П. Заєць, М.Л. Цимбал, В.Ю. Шепітько та ін. Вип. 3. Харків : Право, 2003. 592 с. С. 28.

<sup>23</sup> Олійник О.О., Галунько В.В., Ещук О.М. Адміністративно-правове регулювання судово-експертної діяльності : монографія. Херсон : Гринь Д.С., 2015. С. 28.

обеспечение; 2) научно-исследовательское обеспечение; 3) нормативно-правовое обеспечение; 4) кадровое обеспечение; 5) информационно-аналитическое обеспечение; 6) финансовое обеспечение, включающее как материально-техническое обеспечение, так и финансирование отдельных проектов, выплату заработной платы и пр.; 7) организационно-управленческое обеспечение; 8) обеспечение сотрудничества с общественностью, предприятиями, учреждениями и организациями; 9) привлечение специалистов и/или проведение судебных экспертиз во время досудебного расследования и судебного производства<sup>24</sup>.

Однако не следует также сводить содержание судебно-экспертной деятельности только лишь к проведению судебной экспертизы. Специфические свойства экспертной деятельности определяют сложность её внутренней структуры. Стоит согласиться с А. Жеребко, утверждающим, что судебно-экспертная деятельность охватывает всю деятельность, связанную с проведением судебной экспертизы, формированием научных основ новых видов судебных экспертиз, организацией деятельности экспертного подразделения по проведению конкретных видов судебных экспертиз, подбором, подготовкой и обучением кадров для комплектования экспертных подразделений и пр.<sup>25</sup>. С. Романів и И. Голяш к основным элементам судебно-экспертной деятельности предлагают отнести проведение судебных экспертиз для предоставления выводов; научные исследования, связанные с разработкой методик проведения судебных экспертиз; разработку научно-методического, информационного и организационно-управленческого обеспечения судебно-экспертной сферы; отбор, подготовку и повышение квалификации экспертов<sup>26</sup>. М. Щербаковский, анализируя структуру судебно-экспертной деятельности, выделяет следующие элементы: подготовку экспертов разных специальностей; организацию экспертной и научно-исследовательской работы; материально-техническое обеспечение экспертных учреждений; осуществление контроля за сроком и качеством проведенных экспертиз; регулярное осуществление взаимного рецензирования экспертных выводов специалистами одинаковых специальностей, но разных экспертных учреждений; предоставление научно-методической, справочной и консультационной помощи по вопросам назначения экспертиз; проведение профилактической работы по предупреждению преступлений<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Ткаченко Н.М. Суб'єкти судово-експертної діяльності в сучасній системі експертного забезпечення кримінального провадження : дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2016. С. 27–28.

<sup>25</sup> Жеребко О.І. Судово-експертна діяльність: сутність, принципи, організаційні основи : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Запоріжжя, 2010. С. 5–6.

<sup>26</sup> Романів С.Р., Голяш І.Д. Основні напрями вдосконалення правового регулювання судово-економічної експертизи в Україні. Економіка і суспільство. 2017. Вип. 10. С. 798. URL: [http://www.economyandsociety.in.ua/journal/10\\_ukr/135.pdf](http://www.economyandsociety.in.ua/journal/10_ukr/135.pdf).

<sup>27</sup> Щербаковский М.Г. Судебные экспертизы: назначение, производство, использование : учебно-практическое пособие. Харьков : Эспада, 2005. С. 23–29.

Таким образом, очевидна ошибка отождествления понятий экспертного обеспечения правосудия и судебно-экспертной деятельности. Если первое акцентирует внимание на деятельности целого ряда субъектов по созданию необходимых условий для проведения судебной экспертизы, то второе – на непосредственной деятельности органов судебной экспертизы и судебных экспертов по организации и проведению судебной экспертизы. Как справедливо подчеркивает Н. Ткаченко, понятие экспертного обеспечения является более широким по смыслу и включает в себя действия обеспечительного характера, направленные на создание благоприятных условий для развития судебной экспертизы как научной и практической деятельности, так и деятельности по непосредственному проведению судебных экспертиз, тогда как содержание судебно-экспертной деятельности составляет практическая деятельность специальных субъектов по проведению судебных экспертных исследований с целью установления фактических данных, имеющих большое значение для установления истины по делу, а также научно-методическая деятельность по разработке новых и усовершенствованию существующих методик судебных экспертных исследований<sup>28</sup>.

## Выводы

Таким образом, учитывая основные особенности судебно-экспертной деятельности, проявляющиеся в законодательной регламентации, особой сфере и целях применения, а также в специфическом характере деятельности, судебно-экспертную деятельность можно определить как регламентированную законодательством деятельность судебно-экспертных учреждений и судебных экспертов, которая представляет собой целостную систему процессуальных и организационных действий, связанных с проведением судебных экспертиз. Содержание судебно-экспертной деятельности составляет организация и проведение независимой, квалифицированной и объективной экспертизы с соблюдением современных достижений науки и техники, организация работы судебно-экспертных учреждений и их структурных подразделений, кадровое, научно-методическое и информационное обеспечение их деятельности. Урегулирование отношений, связанных с осуществлением судебно-экспертной деятельности, определение её правовых, организационно-управленческих и научно-методических основ в условиях проведения судебной реформы требует соответствующего законодательного закрепления с целью формирования единого понятийного аппарата, используемого в судебно-экспертной деятельности.

<sup>28</sup> Ткаченко Н.М. Суб'єкти судово-експертної діяльності в сучасній системі експертного забезпечення кримінального провадження : дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2016. С. 20.

**Problems of special criminological and individual prevention of violent crime of military personnel***Pashchenko Yevhen**PhD Student of the Department of Criminal Disciplines  
of the School of Law**V.N. Karazin Kharkiv National University, Ukraine*

The article is focused on measures of special criminological and individual prevention of violent crimes of military personnel. These measures according to the author include: organizational and managerial, legal, socio-psychological, informational, ideological, cultural. The main measure of organizational and managerial character is keeping rule of law in the Armed Forces of Ukraine, which is characterized by the following elements: regulatory, behavioral, security, protective and managerial. Keeping rule of law in the Armed Forces of Ukraine can be ensured in the following areas: restoration of the system of military justice agencies; improving the activities of the military law enforcement agencies; improving the organization of military service; preventing the spread of alcoholism and drug addiction among military personnel; prevention of corruption in the military sphere, etc. The work with personnel serving in extreme conditions, in areas of hostilities, involved in armed conflicts is distinguished into a separate direction. Measures to prevent violence among this category of persons can be divided into two broad groups: measures designed and implemented during peacetime while preparing for hostilities; measures applied during hostilities. The author suggests the introduction of a number of measures of special and criminological of preventing crime of combatants. These measures include: development and approval of a program of social adaptation of such servicemen at the state level; adequate financial and other state support of combatants and their families; state support for the families of servicemen who died during hostilities; formation of positive public opinion towards the participants of hostilities, etc. The author has offered to conduct separate work with the command staff of the Armed Forces and those who have been released into reserve. Particular attention is paid to the importance of taking into account the victimology aspect of crime prevention of military personnel. It is emphasized that such measures should be applied comprehensively and on an ongoing basis.

**Проблеми спеціально-кримінологічного й індивідуального запобігання  
насильницькій злочинності військовослужбовців***Пащенко Євген Миколайович**аспірант кафедри кримінально-правових дисциплін  
юридичного факультету**Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна, Україна***Вступ**

У розбудові правової, незалежної й демократичної держави важливим складником для України є оборона, захист її суверенітету, територіальної цілісності й недоторканності. Згідно зі ст. 17 Конституції України, захист її суверенітету, територіальної цілісності й недоторканності покладаються на Збройні Сили України. В умовах неоголошеної збройної агресії Російської Федерації проти України гостро постають питання забезпечення військової дисципліни, стабільного правопорядку та бойової готовності як у підрозділах Збройних Сил України, так і в інших військових формуваннях, створених відповідно до законів України. Важливим напрямом цієї діяльності є протидія насильницькій злочинності військовослужбовців. Вона здійснюється водночас по декількох напрямках. Спеціально-кримінологічне та індивідуальне запобігання насильницькій військовій злочинності є важливим та ефективним напрямом протидії цього небезпечному соціально-правовому явищу. Воно неможливе

без належного науково-практичного забезпечення. Тому дослідження в цьому напрямі є актуальними й потрібними для практики протидії злочинності військовослужбовців. Це зумовлює актуальність і статті, яка присвячена сучасним науковим розвідкам, що здійснюються в цьому напрямі.

**Метою статті** є кримінологічна оцінка заходів спеціально-кримінологічного й індивідуального запобігання насильницькій злочинності військовослужбовців, що здійснюються в Україні на сучасному етапі, і надання авторських рекомендацій щодо їх удосконалення.

**Виклад основного матеріалу**

До основних заходів спеціально-кримінологічного запобігання насильницькій злочинності військовослужбовців, на наш погляд, можна зарахувати організаційно-управлінські, правові, соціально-психологічні, інформаційні, ідеологічні та культурні.

Істотна роль у запобіганні військовим злочинам належить заходам організаційно-управлінського

характеру. Основним із них є підтримання законності в Збройних Силах України. Фахівці зараховують законність до складного явища, яке характеризується такими елементами: нормативним, поведінковим, охоронним, захисним та управлінським<sup>1</sup>. Тобто підтримання законності є, з одного боку, організаційно-управлінським, а з іншого – правовим заходом. Нормативний елемент законності характеризується тим, що законодавець повинен розробити і прийняти закони та підзаконні акти, які регулюють суспільні відносини у військовій сфері. В Україні загалом розроблена законодавча база в цій сфері, яку створюють Конституція України, Закон України «Про оборону України», Закон України «Про Збройні Сили України», статuti Збройних Сил України і інші закони та підзаконні акти. Поведінковий елемент характеризується певною поведінкою відповідних суб'єктів, яка відповідає основним завданням і призначенню, відповідним рівнем правосвідомості військовослужбовців. Охоронний елемент визначається діяльністю, яка спрямована на запобігання різним видам правопорушень у сфері функціонування Збройних Сил України, контроль і нагляд за точним виконанням нормативної бази у військовій сфері. Захисний елемент характеризується встановленням різних видів відповідальності за правопорушення, що вчиняються військовослужбовцями. Управлінський елемент полягає в постійному підтриманні законності й військової дисципліни з боку відповідальних осіб Міністерства оборони України та інших державних інституцій.

Дотримання законності в Збройних Силах України може бути забезпечене за такими напрямами: відновлення системи органів військової юстиції; удосконалення діяльності органів військового правопорядку; покращення організації військової служби; запобігання поширенню алкоголізму й наркоманії серед військовослужбовців; запобігання корупційним проявам у військовій сфері тощо. Так, необхідно реорганізувати органи військового правопорядку, які здійснюють виявлення, розкриття й розслідування військових злочинів. Необхідне відновлення роботи військових судів, які ліквідовані у 2010 році. Уже зроблені певні кроки в цьому напрямі. Так, Стратегічний оборонний бюлетень України, який уведений у дію Указом Президента України від 06.06.2016 № 240/2016, визначає окрему оперативну мету, якою є створення Військової поліції України<sup>2</sup>. У Верховній Раді України зареєстрований Законопроект «Про військову поліцію України». У ньому визначається, що завданням цього правоохоронного

органу буде здійснення розслідування та проведення оперативно-розшукових заходів щодо вчинення військових злочинів<sup>3</sup>.

Важливим напрямом спеціально-кримінологічного запобігання насильницьким злочинам військовослужбовців є введення інституту військових священників (капеланів). Для цього є доцільним використання закордонного досвіду, особливо досвіду країн-членів НАТО. В арміях держав, що входять до Північноатлантичного альянсу, значна увага приділяється релігійному аспекту служби, який виявляє функції релігійного виховання воїнів. Основна мета їхньої діяльності – виховання в особового складу готовності в будь-який момент виступити на захист суверенітету й територіальної цілісності держави, святинь і духовних цінностей.

В окремий напрям доцільно виділити роботу з особовим складом, що проходить службу в екстремальних умовах, у районах бойових дій, бере участь у збройних конфліктах. Останнім часом організації психологічної роботи із цією категорією військовослужбовців стали приділяти більше уваги. Заходи запобігання насильству серед такої категорії осіб можна поділити на дві великі групи: 1) заходи, які розробляються й упроваджуються в мирний час під час підготовки до бойових дій; 2) заходи, що застосовуються під час бойових дій. До перших варто зарахувати належне матеріально-технічне, морально-психологічне, організаційне забезпечення підготовки військовослужбовців до бойових дій; упровадження ідеології патріотизму та формування відповідної свідомості військовослужбовців; належну державну турботу про учасників бойових дій і членів їхніх родин; удосконалення військової майстерності військовослужбовців; належну кадрову політику та відбирання осіб до військових підрозділів, які будуть брати участь у бойових діях; розроблення, упровадження та реалізацію нормативних актів, які регулюють діяльність військовослужбовців під час бойових дій; належну підготовку фахівців-юристів у військовій сфері, які будуть проводити досудове слідство та здійснювати правосуддя стосовно таких категорій осіб; запобігання злочинам, що можуть бути вчинені військовослужбовцями в мирний час поза межами території бойових дій; протидію корупційним проявам у всіх сферах існування військовослужбовців. Спеціально-кримінологічне запобігання насильницькій злочинності в умовах бойових дій має включати в себе належну поведінку командирів у бойовій обстановці, своєчасне вирішення конфліктів, що виникають між військовослужбовцями; належне матеріально-технічне, організаційне, психологічне забезпечення діяльності військових в умовах бойової обстановки; постійний контроль за діяльністю військових начальників

<sup>1</sup> Поляков С.Ю. Адміністративно-правові засади забезпечення законності та правопорядку у Збройних Силах України : монографія. Харків : Право, 2012. С. 124.

<sup>2</sup> Про рішення Ради Національної безпеки і оборони України від 20 травня 2016 року «Про Стратегічний оборонний бюлетень України» : Указ Президента України від 06.06.2016 № 240/2016. URL: zakon2.rada.gov.ua/laws/show/240/2016/paran10#10 (дата звернення: 14.04.2019).

<sup>3</sup> Про військову поліцію : Проект Закону України від 21.01.2015 № 1805. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=53648](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53648) (дата звернення: 14.04.2019).

та інших військовослужбовців з боку органів військового правопорядку (прокуратура, суди тощо).

Фахівці наголошують, що все частіше трапляються випадки домашнього насильства в родинах учасників бойових дій. Для останніх повернення додому на початку є дуже радісною подією, але потім особа «закривається» навіть від своїх близьких, від яких насправді чекає розради, але родинні почуття придушуються моральними переживаннями, що пов'язані з військовим минулим<sup>4</sup>. Вплив на таку складну ситуацію є можливим за впровадження низки заходів спеціально-кримінологічного запобігання, до яких належить розроблення й затвердження на державному рівні програми соціальної адаптації військовослужбовців, які брали участь у бойових діях; створення спеціальних центрів, які будуть здійснювати необхідну психологічну допомогу військовослужбовцям; належна матеріальна й інша підтримка з боку держави учасників бойових дій і членів їхніх родин; державне забезпечення сімей військовослужбовців, які загинули під час бойових дій; формування позитивної суспільної думки щодо учасників бойових дій тощо.

У роботі стосовно військовослужбовців строкової служби існує своя специфіка, яка зумовлена відносною замкнутістю такого колективу, жорсткою підпорядкованістю, слабким рівнем самостійності. Окрім того, молоді люди, які призиваються на строкову службу, зазнають своєрідного стресу, коли перебувають у відриві від своїх родичів, близьких осіб. Вони відчують як фізичні, так і психологічні навантаження. Перед ними постає реальна загроза нестатутних відносин і зловживань з боку командування. Такі військовослужбовці перебувають під загрозою самогубства та доведення до самогубства. Стосовно них повинні здійснюватися заходи інформаційного, психолого-корекційного характеру, що дасть останнім змогу швидко адаптуватися в новому військовому колективі й уникнути особистісних конфліктів, які можуть призвести до насильницьких форм поведінки.

В українській армії значна кількість військовослужбовців-жінок. Вони можуть стати жертвами насильницьких злочинів як безпосередньо військовослужбовці, так і як члени родин. Наслідки пережитого насильства для жінки є більш небезпечними, ніж для чоловіків. Вони стають частіше жертвами насильницьких статевих злочинів, злочинів на побутовому ґрунті. Наслідками для них є не тільки погіршення стану здоров'я, а й утрата репродуктивної функції. Відповідним посадовим особам варто звертати увагу на те, що хоча жінка й працює в чоловічому колективі, але вона й у ньому має залишатися жінкою. Окрім того, у цій діяльності вагоме зна-

чення має робота громадських організацій. Загалом у Збройних Силах України та інших силових структурах набуто величезний досвід роботи серед жінок, дружин військовослужбовців громадських організацій. Їхня діяльність була завжди важливим напрямом виховної роботи військовослужбовців у цій сфері.

Окрема робота проводиться з командним складом Збройних Сил і військовослужбовцями, які звільнені в запас. Відмінність особистісних якостей таких осіб вимагає диференційного підходу, який характеризується такими критеріями: індивідуальність (урахування потреб і проблем особи, її психофізіологічного стану, моралі тощо); інтегративність (поєднання практики соціальної роботи з діяльністю командування, представників інших державних органів, соціальних служб і громадських організацій); цілісність (урахування особи, які цілісного утворення зі своїм світоглядом, моральними та іншими цінностями, ставленням до суспільства й військової системи, недоліками та вадами); самопомога (сприяння відновленню позитивних якостей особи для її ресоціалізації).

Здійснена нами характеристика системи заходів запобігання військовим злочинам була б неповною без розгляду питань нейтралізації (мінімізації) віктимізації. Як справедливо наголошує О.М. Литвинов, у сучасних кримінологічних дослідженнях проблем організації та здійснення діяльності з протидії злочинності не можна не враховувати її віктимологічний аспект, адже він визначається суттєвою специфікою та істотно впливає на процеси формування й розвитку як внутрішньосистемних, так і зовнішніх зв'язків<sup>5</sup>. У насильницьких злочинах віктимна поведінка стає важливою умовою, яка сприяє вчиненню таких злочинів.

Говорячи про віктимологічну профілактику військових насильницьких злочинів, варто мати на увазі те, що це діяльність широкого кола суб'єктів із реалізації комплексу заходів соціально-економічного, правового, організаційного й іншого характеру (соціально-психологічного, медичного, інформаційного, технічного), спрямованих на гідне поведіння з потерпілими від військових злочинів, недопущення віктимізації військовослужбовців і зниження рівня їх віктимності. Профілактика віктимності військовослужбовців містить два аспекти: по-перше, вивчення причин віктимізації, скоєння аморальних вчинків, правопорушень та умов, що їм сприяють; по-друге, розроблення на цій основі необхідних методів і засобів, які забезпечують нейтралізацію й усунення з військових відносин чинників віктимної поведінки.

Як конкретні кроки, що спрямовані на вдосконалення діяльності на цьому рівні, ми пропонуємо таке: створення системи ефективного соціального захисту

<sup>4</sup> Буряк О.О., Гіневський М.І., Катеруша Г.І. Військовий синдром «АТО»: актуальність та шляхи вирішення на державному рівні. *Збірник наукових праць Харківського національного університету Повітряних Сил*. 2015. № 2. С. 177.

<sup>5</sup> Литвинов О.М. Соціально-правовий механізм протидії злочинності в Україні: монографія. Харків: Видавництво Харківського національного університету внутрішніх справ, 2008. С. 391.

військовослужбовців від можливої віктимізації на основі подальшого реформування всіх сторін життєдіяльності Збройних Сил України; зміну соціальної практики поводження із жертвами військових злочинів, що склалася, і перехід на якісно новий рівень розгляду відповідної проблеми за рахунок урахування її психологічного складника; підвищення соціально-правової активності офіцерів за рахунок розвитку нових форм їх залучення до забезпечення порядку в армії, соціальної підтримки військовослужбовців, які займають активну життєву позицію в справі зміцнення законності; зміну законодавчих актів, ухвалення нових, що регламентують принципи питань, положення, статус жертв злочинів, а також організацію та здійснення віктимологічної профілактики (і такі пропозиції вже існують); стимулювання з боку держави створення соціальних служб, недержавних структур, фондів допомоги, реабілітаційних центрів та інших установ захисту жертв злочинів, у тому числі серед військовослужбовців; навчання офіцерських кадрів для роботи з потерпілими від військових злочинів, повсюдне впровадження й переорієнтація діяльності служб з виховної роботи на уважне, зацікавлене ставлення до всіх військовослужбовців, що потерпіли від злочинів.

«Віктимологічна профілактика військових злочинів має на меті запобігання злочинам шляхом недопущення реалізації віктимних властивостей і якостей особи»<sup>6</sup>. Фахівці наголошують на тому, що досягнення цієї мети забезпечується зусиллями, здійснюваними, щонайменше в рамках таких трьох напрямів: 1. виявлення причин та умов, які сприяють учиненню військових злочинів, якщо вони пов'язані з особою й поведінкою потерпілих, та усунення цих причин та умов або їх нейтралізація; 2. виявлення осіб, які, судячи з їхньої поведінки або сукупності особистісних характеристик, можуть із найбільшою вірогідністю стати жертвами військових злочинів, вплив на них з метою активізації їхніх захисних реакцій, а також забезпечення їхньої особистої, майнової та іншої безпеки; 3. запобігання конкретним злочинам і припинення конкретних злочинів з використанням захисних можливостей потенційної жертви, а також із використанням певної тактики під час організації профілактичної роботи «від потерпілого»<sup>7</sup>.

Потерпілий від правопорушень під час військової служби – це, як правило, військовослужбовець за призовом; більш молодий за віком і більш пізній за терміном призову, що не заявляє про злочинні посягання; психологічно готовий до майбутніх знущань до свого призову на службу (уважає майбутні знущання вій-

ськовою традицією, через яку зобов'язаний пройти кожний «справжній» чоловік); слабкий у фізичному плані й не підготовлений ані до фізичних, ані до психологічних навантажень; перебуває в процесі адаптації до армійських умов; у якого відсутня реальна можливість протидіяти правопорушникам.

Потерпілих військовослужбовців можна умовно поділити на слабких і малокомунікабельних та осіб із покірливим характером. Деякими військовими психологами і практиками справедливо виділяється й третя (специфічна) група. До неї належать військовослужбовців за призовом, які через низку причин легко пережили перші труднощі військової служби й за слухняність і підтримку армійських «традицій» залучені молодшими командирами до «виховання» молодих солдатів. Як правило, такого роду правопорушення стають відомі командуванню й органам військової юстиції, коли потерпілому заподіяна шкода здоров'ю, яку неможливо приховати від сторонніх осіб, особливо від медичних працівників; жертва сама розповілася зі своїми кривдниками, що, як правило, спричиняє також тяжкі наслідки, тому що в більшості випадків такого роду дії скоюються в стані афекту або з перевищенням меж необхідної оборони; потерпілий кінчає життя самогубством або самовільно залишає розташування військової частини чи підрозділу; потерпілий учиняє демонстративні дії, метою яких, як правило, є привертання до себе уваги з боку командирів більш високого рангу, які, на його думку, зможуть виконати прохання про переведення його в інший підрозділ і навести статутний порядок у підрозділі; офіцери, прапорщики, медичні працівники виявляють на тілі постраждалих сліди побоїв під час ранкових планових тілесних і медичних оглядів, у період відвідування лазні; офіцери, прапорщики застають військовослужбовців на місці злочину.

Віктимологічна профілактика неможлива, якщо не дотримано індивідуального підходу до такої діяльності з боку командирів та інших осіб. Щодо насильницьких військових злочинів вона має здійснюватися за такими напрямками: 1. детальне вивчення особистості військовослужбовців, які можуть учинити насильницький злочин чи стати його жертвою. 2. детальний аналіз якостей особистості військовослужбовця (особлива увага повинна приділятися надмірній агресивності й навіть жорстокості, сильній емоційності, депресивності, тривожності, невдоволеності оточуючими тощо); 3. аналіз і нейтралізація конфліктних конкретних життєвих ситуацій, які можуть бути провокуючими, ускладнюють учинення злочину, полегшують учинення злочину тощо. Запропонувати особі алгоритми виходу з таких конфліктних ситуацій без застосування агресії та насильства.

Окрім цього, важливими напрямками віктимологічної профілактики є підготовка та видання відповідного навчально-методичного контенту;

<sup>6</sup> Исаев Н.А. Сексуальные преступления как объект криминологии : монография. Санкт-Петербург : Юридический центр Пресс, 2007. С. 403–404.

<sup>7</sup> Криминология и организация предупреждения преступлений : учебное пособие для слушателей Академии МВД России / под ред. проф. Э.И. Петрова. Москва : Академия МВД России, 1995. С. 232.

повідомлення громадськості через ЗМІ інформації про факти вчинення військовослужбовцями як загальнокримінальних, так і військових насильницьких злочинів і результатів реагування на них відповідних державних органів і командування (це підвищить рівень довіри з боку суспільства до Збройних Сил); проведення тренінгів із військовослужбовцями для отримання останніми навичок урегулювання конфліктів, які можуть призвести до насильницьких форм поведінки; проведення спільних нарад і методичних семінарів для прокурорських і слідчих працівників, присвячених проблемам протидії насильницькій злочинності військовослужбовців.

### **Висновки**

Заходи спеціально-кримінологічного й індивідуального запобігання насильницьким злочинам військовослужбовців повинні застосовуватися комплексно й на постійній основі. Вони мають поєднуватися із заходами загальносоціального запобігання та кримінально-правовими заходами. Лише використання цих трьох стратегічних напрямів дасть змогу суспільству й державі значно знизити рівень насильницької злочинності військовослужбовців, яка загрожує сталому розвитку українського суспільства та української армії.



**“Waiver of an obligation”, “waiver of a contract” and “abrogation of a contract”  
as causes for termination of subjective civil rights**

*Pohrebniak Volodymyr*

*Candidate of Law Sciences,*

*Judge at the Commercial Court of Cassation on the Supreme Court,*

*Doctoral Candidate, Department of Civil Law № 2*

*Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine*

The article is devoted to consideration such causes for termination of subjective civil rights as “waiver of an obligation”, “waiver of a contract” and “abrogation of a contract”.

It is defined that emergence of subjective civil rights or its transfer is a juridical consequence of circumstances provided by legislative provisions or acts of self-regulation of civil relationships. The current provisions of civil legislation of Ukraine provide possibility of persons to cancel appropriate cause or even whole legal relationships that terminates subjective civil rights comprised by appropriate relationship when necessary conditions exist.

The author defines that according to current legislative provisions “waiver of an obligation” and “waiver of a contract” are considered as circumstances that cause the same consequences. In particular p. 3 of art 622 of Civil Code of Ukraine (hereinafter CC of Ukraine) defines “unilateral waiver of an obligation” (as it called in art. 615 of CC of Ukraine) as waiver of a contract.

It concludes that category “termination” in particular “termination of a contract” and “termination of an obligation” are general among all categories considered in the article. These categories are concretized in such categories as waiver of a contract, abrogation of a contract, cancellation of a contract and actually termination of a contract. In context of terminology of CC of Ukraine waiver of a contract is an autonomous right-terminative juridical fact–volition that can be conducted in cases determined by law or a contract. Abrogation of a contract causes its termination on subjective reasons (on demand of one of contract’s participants) till the moment when all obligations are fulfilled. The category “cancelation of a contract” despite of it that it doesn’t fixed in the current provisions of Ukrainian legislation is clearly emphasizes the juridical essence of cases when waive of bilateral deal particularly of a contract is conducted after deal is closed. Necessity of highlighting actually termination of a contract as separate group of right-terminative juridical schematization is determined by completeness of classification. Such cases, for example, as termination of a lease-contract because of lessor’s death are not covered by neither cancellation of a contract nor by abrogation of a contract that are kinds of action of appropriate persons.

**«Відмова від зобов’язання», «відмова від договору» та «розірвання договору»  
як підстави припинення суб’єктивних цивільних прав**

*Погребняк Володимир Якович*

*кандидат юридичних наук,*

*суддя Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду,*

*докторант кафедри цивільного права № 2*

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Україна*

**Вступ**

Уживання в положеннях чинного цивільного законодавства України таких категорій, як «правочин», «договір», «зобов’язання» та «правовідношення», зумовлює необхідність установа співвідношення між ними. Законодавчі приписи розкривають сутність відповідних феноменів і дають змогу осмислювати правочин, зокрема, як юридичний факт – дію, договір, як різновид правочину, правовідношення, як наслідок відповідних юридичних фактів, а зобов’язання – як різновид правовідношення, зокрема його відносний тип. Однак звернення до правоприміняючого аспекту цих феноменів демонструє, що не все так однозначно.

У всіх зазначених випадках, тобто в разі відмови від зобов’язання, відмови від договору або

його розірвання може наставати наслідок у вигляді припинення суб’єктивних цивільних прав. Проблема полягає в тому, у якій правовій обстановці настає відповідний юридичний факт, зокрема якими є умови його настанні й що, власне, є таким юридичним фактом. Ці обставини визначають спосіб спричинення відповідного юридичного наслідку.

Проблеми припинення правової підстави суб’єктивного цивільного права або правовідношення загалом розглядалися такими вченими-юристами, як М.М. Агарков, С.С. Алексєєв, Б. Віндшейд, Ю.С. Гамбаров, Н.Ю. Голубєва, Г. Дєрнбург, Г.Ф. Дормідонтов, Л. Еннекцерус, І.В. Жилінкова, О.С. Іоффе, І.Р. Калаур, А.О. Кодинець, А.В. Коструба, О.О. Кот, О.В. Кохановська, О.О. Красавчиков, Є.О. Крашенінников, В.М. Крижна, Н.С. Кузнецова, Р.А. Майданик,

О.І. Міхно, Є.О. Мічурін, В.В. Надьон, О.О. Отрадна, М.Д. Пленюк, Д.І. Погрібний, М.О. Рожкова, Я.М. Романюк, І.В. Спасибо-Фатєєва, Р.О. Халфіна, Є.О. Харитонов, В.В. Цюра, Я.М. Шевченко, С.І. Шимон, Р.Б. Шишка, О.А. Явор, В.Л. Яроцький та ін.

**Мета статті** полягає у визначенні сутності відмови від зобов'язання, відмови від договору й розірвання договору як підстав припинення суб'єктивних цивільних прав та особливостей механізму їх реалізації.

### Виклад основного матеріалу

Виникнення суб'єктивного цивільного права або його перехід є юридичним наслідком визначених законом або актом саморегулювання цивільних відносин обставин (юридичних фактів), по суті, результатом реалізації в умовах правової реальності запровадженої законом або актом саморегулювання причинно-наслідкової моделі. Поряд із цим настання відповідного наслідку не позбавляє його причини юридичного значення. В історії відповідного правовідношення або блага реалізовані причинно-наслідкові зв'язки формують юридичний «ланцюг». Тим не менше зв'язок причини, зокрема, у формі правочину та її наслідку залишається потужним навіть після реалізації причинно-наслідкової моделі й навіть після реалізації наступних причинно-наслідкових моделей, в основу яких вона покладена. Положення чинного цивільного законодавства України передбачають за наявності визначених обставин можливість скасування відповідної причини або навіть цільного правовідношення.

Ключем до розуміння відповідних юридичних механізмів слугує аналіз співвідношення між категоріями «відмова від зобов'язання», «відмова від правочину», «відмова від договору» й «розірвання договору».

У цьому сенсі в аспекті механізму припинення суб'єктивних цивільних прав варто зважати на те, що правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ч. 1 ст. 202 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України)<sup>1</sup>. Тобто правочин є юридичним фактом-причиною. Договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ч. 1 ст. 626 ЦК України)<sup>2</sup>. Укладення договору є правочином, а тому різновидом юридичного факту-причини. У свою чергу, зобов'язанням є, зокрема, правовідношення (ч. 2 ст. 509 ЦК України)<sup>3</sup>.

Що стосується співвідношення між припиненням договору та припиненням зобов'язання, то в цьому

аспекті необхідно виходити з того, що відповідні юридичні наслідки є взаємопов'язаними, однак досягаються різними способами. Зобов'язання припиняється його виконанням, неможливістю виконання обов'язку або способами, пов'язаними зі звільненням кредитором боржника від обов'язку (прощення боргу). Тобто ключовим елементом припинення зобов'язання є обов'язок, що входить до його змісту.

Водночас ЦК України встановлює окремі спеціальні підстави припинення самого договору. Однією з них є відмова від нього.

У цьому аспекті родовим поняттям, що позначає відповідну юридичну схематизацію, є *відмова від правочину*. Із цього приводу ст. 214 ЦК України передбачає право особи, яка вчинила односторонній правочин, а також право осіб, які вчинили дво- або багатосторонній правочин, на відмову від нього в тому числі у випадку, якщо його умови повністю виконані<sup>4</sup>.

Під час визначення співвідношення між категоріями «відмова від договору» й «відмова від зобов'язання» на підставі положень чинного цивільного законодавства України простежується їх ототожнення. Із цього приводу п. 1 ч. 1 ст. 611 ЦК України визначає припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від нього як наслідок порушення такого зобов'язання<sup>5</sup>. У свою чергу, це положення розвинуто в ст. 615 ЦК України, ч. 1 якої встановлюється, що в разі порушення зобов'язання однією стороною друга сторона має право частково або в повному обсязі відмовитися від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом<sup>6</sup>. Крім того, термін «відмова від зобов'язання» вживається в ст. 525 ЦК України в контексті неможливості здійснення відмови від зобов'язання в односторонньому порядку, якщо інше не встановлено договором або законом<sup>7</sup>. Однак більше цей термін не використовується в положеннях ЦК України. Поряд із цим «відмова від договору» визначається як підстава припинення таких цивільно-правових договорів, як договір про надання права користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (ч. 2 ст. 408 ЦК України), договір купівлі-продажу (ч. 1 ст. 665, ч. 2 ст. 666, ч. 2 ст. 671, п. 1 ч. 2 ст. 678 ЦК України тощо), договір дарування (ч. 2 ст. 722 ЦК України), договір ренти (ст. 739 ЦК України), договір найму (ч. ч. 2 та 3 ст. 763, п. 2 ч. 1 ст. 766, ст. 782 ЦК України тощо), договір позички (ч. 1 ст. 834 ЦК України), договір підяду (ч. 4 ст. 844 ЦК України) тощо<sup>8</sup>.

При цьому ч. 3 ст. 622 ЦК України чітко зазначається, що в разі відмови кредитора від договору

<sup>1</sup> Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40–44. Ст. 356 (зі змінами).

<sup>2</sup> Там само, ст. 626.

<sup>3</sup> Там само, ст. 509.

<sup>4</sup> Там само, ст. 214.

<sup>5</sup> Там само, ст. 611.

<sup>6</sup> Там само, ст. 615.

<sup>7</sup> Там само, ст. 525.

<sup>8</sup> Там само.

(ст. 615 цього Кодексу) боржник звільняється від обов'язку виконати зобов'язання в натурі<sup>9</sup>. Отже, це нормативне положення прямо називає правоприпиняючу схематизацію, іменовану в ст. 615 ЦК України як «одностороння відмова від зобов'язання», відмовою від договору. У цьому ключі варто відмітити, що з погляду правоприпиняючої причинно-наслідкової моделі не становить принципової різниці об'єкт відмови, коли ним є правостановлююча підстава у формі договору або її наслідок у формі правовідносин, що виникли на її підставі. В обох випадках, якщо відповідні правовідносини існують на момент реалізації такої моделі, спричиняється наслідок у формі припинення й договору та відповідного правовідношення. У зв'язку з цим убачається, що акцентування законодавцем уваги на припиненні договору як об'єкта відмови не суперечить сутності побудови відповідної правоприпиняючої схематизації.

Тим не менше з окреслених нормативних положень убачається, що одностороння відмова від договору може бути здійснена в разі порушення його умов або якщо це прямо вказано в законі, що не пов'язується з таким порушенням.

Що стосується *розірвання договору*, то ч. ч. 1 і 2 ст. 651 ЦК України, зокрема, встановлюється, що зміна або розірвання договору допускається лише за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом.

Договір може бути змінено або розірвано за рішенням суду на вимогу однієї зі сторін у разі істотного порушення договору другою стороною та в інших випадках, установлених договором або законом<sup>10</sup>.

Із цього приводу Н.М. Процьків зазначає, що розірвання договору є дією, спрямованою на припинення частково або повністю невиконаного договору, а також зобов'язань, які з нього випливають на майбутнє<sup>11</sup>. У свою чергу, на переконання О.І. Міхно, розірвання договору є припиненням дії (чинності) договору за суб'єктивними підставами на вимогу однієї сторони чи за домовленістю обох сторін, або на вимогу уповноважених законом інших осіб, або за рішенням суду до моменту належного виконання, що тягне за собою припинення необхідності виконання умов договору на майбутній період, відповідний розподіл уже виконаних частково обов'язків або настання інших правових наслідків за домовленістю сторін або за рішенням суду<sup>12</sup>. При цьому розірвання договору є складником припинення договору<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Там само, ст. 622.

<sup>10</sup> Там само, ст. 651.

<sup>11</sup> Процьків Н.М. Правове регулювання розірвання цивільно-правових договорів за цивільним законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2003. С. 17.

<sup>12</sup> Міхно О.І. Припинення договору за цивільним законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2007. С. 22.

<sup>13</sup> Міхно О. Припинення та розірвання цивільно-правового договору: співвідношення понять. *Підприємництво, госп-во і право*. 2003. № 9. С. 23.

Поряд із цим аналіз нормативних положень ЦК України, у яких уживаються терміни «відмова від договору» й «розірвання договору», створює привід для висновку, що термін «*відмова від договору*» вживається в контексті юридичної схематизації припинення договору відповідним учасником цивільних правовідносин самостійно в односторонньому порядку без звернення до суду. Тобто здійснення вольового акту відмови вже являє собою самодостатній правоприпиняючий юридичний факт. Це вбачається зі змісту положень ч. 2 ст. 408, ч. 1 ст. 665, ч. 2 ст. 666, ч. 2 ст. 671, п. 1 ч. 2 ст. 678 ЦК України тощо. У свою чергу, термін «*розірвання договору*» вживається в ЦК України переважно в поєднанні зі словосполученням «*право вимагати*», тобто в контексті права відповідної особи вимагати розірвання договору (ч. 1 ст. 659, ч. 1 ст. 727, ч. ч. 1–5 ст. 727, ч. 3 ст. 730, ч. ч. 1–2 ст. 740, ч. 2 ст. 769 ЦК України тощо). Із цього вбачається, що лише волевиявлення відповідного учасника цивільних правовідносин, спрямоване на розірвання договору, тобто здійснення відповідного права, не являє собою самостійний правоприпиняючий юридичний факт, що спричиняє припинення відповідного цивільно-правового договору. У такому разі відповідна особа лише здійснює право вимагати розірвання, а не право розірвання відповідного договору.

Наведене дає змогу стверджувати, що всі відповідні випадки використання словосполучення «має право вимагати розірвання договору» у відповідних нормативних положеннях ЦК України охоплюються порядком розірвання договору за рішенням суду, адже в абз. 1 ч. 2 ст. 651 ЦК України визначається відповідний порядок, зокрема зазначається, що договір може бути розірвано в інших випадках, установлених договором або законом<sup>14</sup>. Тобто в такому разі йдеться про особливі підстави розірвання договору за рішенням суду, які можуть не поглинатися поняттям «істотне порушення договору».

## Висновки

Окреслені нормативні й наукові положення дають змогу сформулювати висновок, що родовою серед проаналізованих категорій є категорія припинення, зокрема припинення договору або припинення зобов'язання. Такий юридичний наслідок може бути спричинений як юридичними фактами-діями учасників відповідних правовідносин, так і юридичними фактами подіями.

Як різновиди припинення договору необхідно розглядати *відмову від договору*, *його розірвання*, *скасування* та *власне припинення*. У контексті термінології ЦК України відмова від договору являє собою самодостатній правоприпиняючий юридич-

<sup>14</sup> Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356 (зі змінами).

ний факт, що має форму вольового акту, який може вчинятися у випадках, визначених законом або договором. При цьому *відмову від договору* можна умовно поділяти на *регулятивну* й *охоронну*. Для *регулятивної* характерне її здійснення в силу вказівки закону незалежно від порушення умов іншою стороною, наприклад, право замовника в будь-який час відмовитись від договору побутового підяду, сплативши підрядникові частину встановленої ціни роботи пропорційно роботі, фактично виконаній до повідомлення про відмову від договору, і відшкодувавши йому витрати, здійснені до цього моменту з метою виконання договору, якщо вони не входять до частини ціни роботи, яка підлягає сплаті (ч. 2 ст. 867 ЦК України)<sup>15</sup>. У свою чергу, *охоронне розірвання договору* характеризується його припиненням як реакцією на порушення його умов іншою стороною.

Свою чергою, *розірвання договору* характеризується його припиненням до моменту виконання обов'язків із суб'єктивних підстав, тобто на вимогу однієї зі сторін. Таке розуміння сутності розірвання договору продиктовано відповідними нормативними положеннями чинного цивільного законодавства України, у яких воно пов'язується з волевиявленням одного з учасників відповідних правовідносин.

У свою чергу, розірвання як підстава припинення цивільно-правового договору за критерієм суб'єктивного складу відповідних правовідносин поділяється на *розірвання договору за згодою сторін*, яке характеризується домовленістю сторін договору про його припинення, і *розірвання договору в судовому порядку*, що характеризується його припиненням на підставі відповідного рішення суду за ініціативою одного з учасників відповідних правовідносин.

Місце розірвання цивільно-правового договору в системі юридичних причинно-наслідкових схематизацій, що спричиняють припинення відповідної домовленості, підкреслюється й у позиції Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду, який у Постанові від 23 квітня 2019 року у справі № 916/251/18, зокрема, прямо зазначив, що розірвання договору є лише одним зі способів (форм) його припинення, тобто ці поняття співвідносяться

<sup>15</sup> Там само, ст. 867.

як загальне (припинення) і часткове (розірвання), інакше кажучи, будь-яке розірвання договору означає і його припинення<sup>16</sup>.

Категорія «*скасування*» хоча й не застосовується стосовно договору в положеннях чинного цивільного законодавства України, однак саме вона вдало підкреслює правову сутність тих випадків, коли особи відмовляються від двостороннього правочину, зокрема договору під час виконання його умов. У такому разі має місце правова ситуація, коли сторони договору після його виконання вирішують його скасувати. У практиці правореалізації досить поширеними є випадки, коли сторони скасовують виконані договори купівлі-продажу. При цьому в практиці таку ситуацію називають «розірвання договору», а відповідна домовленість оформляється окремим договором між тими самими сторонами про скасування іншого договору. Однак, слідуючи термінології ЦК України, яка використовує термін «розірвання» лише стосовно повністю невиконаного цивільно-правового договору, його застосування до наведеної ситуації є досить спірним. Як альтернативу на підставі ст. 214 ЦК України цю ситуацію можна назвати відмовою від виконаного договору, однак не його розірванням.

Необхідність виокремлення *власне припинення* договору як окремої групи правоприміняючих юридичних схематизацій обумовлюється вимогами повноти класифікації, оскільки такі випадки, як, наприклад, припинення договору найму у зв'язку зі смертю фізичної особи-наймача або ліквідацією юридичної особи, яка була наймачем або наймодавцем (ст. 781 ЦК України)<sup>17</sup>, не охоплюються ані скасуванням договору, ані його розірванням, в основу яких покладено юридичні факти-дії. Тому аналізована частина класифікації охоплює ті випадки, що не охоплюються скасуванням і розірванням договору, у тому числі пов'язані з припиненням зобов'язання як юридичного каталізатора припинення договору, що покладений у його основу.

<sup>16</sup> Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 23.04.2019, судова справа № 916/251/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81435358> (дата звернення: 05.01.2020).

<sup>17</sup> Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40-44. Ст. 356 (зі змінами).

**Some issues of improving the system of public administration subjects  
in the field of protecting environment in Ukraine**

*Polubatko Viktoriia*

*PhD Student of Administrative Law Department*

*of the Law School*

*Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine*

The author of the article has defined some ways of improving the system of public administration subjects in the field of protecting environment in Ukraine. The main problematic aspects of the modern system of public administration subjects in the field of protecting environment have been revealed. Among them the author has indicated the inexhaustibility of the lists of powers of public administration subjects established at the regulatory level, the gaps that lie in the absence of certain powers within these lists, the collisions, when the lists of powers of one subject are enshrined within different regulatory acts, do not coincide, duplication of powers, not differentiated powers of local state administrations and local self-government agencies. The author has made an assumption that some of these shortcomings are due to a large number of regulatory acts adopted in the field of environmental protection, which can be corrected only by reducing and / or harmonizing regulatory acts with each other. As a result, the author has emphasized that the organization of public administration in the field of environmental protection is currently inefficient because it has too many public administration subjects that perform similar functions. It has been offered to reform the public administration in the field of protecting environment, in particular by reducing the number of these subjects, delineating their powers, harmonizing regulatory acts between each other, etc. The author has offered, for example, to leave the Ministry of Energy and Environment Protection of Ukraine and the State Environmental Inspectorate of Ukraine among the totality of central executive authorities in the field of environmental protection. Besides, the emphasis has been made on the need for the final separation of powers of the executive and local self-government agencies, making the delegated powers of local self-government agencies as their own and excluding them entirely from the competence of executive authorities.

**Окремі питання вдосконалення системи суб'єктів публічної адміністрації  
у сфері охорони довкілля в Україні**

*Полубатко Вікторія Володимирівна*

*аспірантка кафедри адміністративного права*

*юридичного факультету*

*Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Україна*

**Вступ**

Натепер до суб'єктів публічної адміністрації у сфері охорони довкілля належать Президент України, Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, більше ніж 10 центральних органів виконавчої влади, місцеві державні адміністрації, органи місцевого самоврядування, суб'єкти за спеціальним статусом, а також різноманітні юридичні особи публічного права, які не є органами влади. Така кількість суб'єктів, які здійснюють публічне адміністрування однієї галузі, свідчить про назрілу потребу в оптимізації їх системи. Крім того, удосконалення потребує також стан нормативно-правової регламентації їхнього правового статусу, що здійснюється занадто великою кількістю нормативно-правових актів, для яких властиві прогалини, колізії та інші недоліки. У зв'язку з цим питання визначення шляхів удосконалення системи названих суб'єктів і нормативно-правового забезпечення їхньої діяльності набуває особливої актуальності.

**Мета статті** – визначити окремі шляхи вдосконалення системи суб'єктів публічної адміністрації у сфері охорони довкілля в Україні.

**Виклад основного матеріалу**

У межах статті ми зупинимося на основних, на нашу думку, проблемних аспектах сучасної системи суб'єктів публічної адміністрації у сфері охорони довкілля. Розпочнімо їх вивчення з тези, що в більшості випадків нормативно-правові акти закріплюють широкі переліки повноважень суб'єктів публічної адміністрації, які зазвичай не є вичерпними. На наш погляд, це не правильно й суперечить Конституції України<sup>1</sup>, ст. ст. 6 і 19 якої чітко закріплюють, що ці органи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень і в спосіб, що передбачені Конституцією й законами України. У невичерпних переліках не всі повноваження закріплюються, а отже,

<sup>1</sup> Конституція України від 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

це створює загрозу виконання суб'єктами публічної адміністрації повноважень, не передбачених на нормативному рівні, тобто здійснення ними незаконної та неконституційної діяльності. Тому наголосимо на необхідності нормативного закріплення вичерпних переліків повноважень органів публічної влади. Зазначене стосується підходу до нормативно-правової регламентації всіх суб'єктів публічної адміністрації, які мають статус органів публічної влади. Іншими крайнощами, що допускаються суб'єктами нормотворення із цього приводу, є прогалини, які полягають у відсутності окремих повноважень (наприклад, порядку здійснення громадської експертизи у сфері охорони довкілля) у зазначених переліках, і колізії (коли переліки повноважень одного суб'єкта, закріплені в межах різних нормативно-правових актів, не співпадають). На нашу думку, ці недоліки зумовлені передусім великою кількістю нормативно-правових актів, прийнятих у сфері охорони довкілля, що можна виправити лише шляхом їх скорочення та/або узгодження нормативно-правових актів між собою.

Рухаючись далі, зауважимо на наступній проблемі, а саме на дублюванні повноважень різних суб'єктів публічної адміністрації. Наприклад, постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про Державне агентство рибного господарства України» від 30 вересня 2015 р. № 895<sup>2</sup> і «Про затвердження Положення про Міністерство енергетики та захисту довкілля України» від 21 січня 2015 р. № 32<sup>3</sup> закріплюють за Міністерством енергетики та захисту довкілля України й Державним агентством рибного господарства України однакові повноваження на видачу дозволу на імпорт та експорт зразків видів дикої фауни і флори, сертифікатів на пересувні виставки, реекспорт та інтродукцію з моря зазначених зразків, які є об'єктами регулювання Конвенції про міжнародну торгівлю видами дикої фауни і флори, що перебувають під загрозою зникнення<sup>4</sup>, у частині осетрових риб і виробленої з них продукції<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Про затвердження Положення про Державне агентство рибного господарства України : Постанова Кабінету Міністрів України від 30 вересня 2015 р. № 895. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/895-2015-%D0%BF>.

<sup>3</sup> Про затвердження Положення про Міністерство екології та природних ресурсів України (Положення про Міністерство енергетики та захисту довкілля) : Постанова Кабінету Міністрів України від 21 січня 2015 р. № 32. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/32-2015-%D0%BF>.

<sup>4</sup> Конвенція про міжнародну торгівлю видами дикої фауни і флори, що перебувають під загрозою зникнення, від 3 березня 1973 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_129](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_129).

<sup>5</sup> Про затвердження Положення про Державне агентство рибного господарства України : Постанова Кабінету Міністрів України від 30 вересня 2015 р. № 895. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/895-2015-%D0%BF>.

Про затвердження Положення про Міністерство екології та природних ресурсів України (Положення про Міністерство енергетики та захисту довкілля) : Постанова Кабінету Міністрів України від 21 січня 2015 р. № 32. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/32-2015-%D0%BF>.

Це наштовхує на думку про наявність сьогодні ситуації, за якої суб'єкти публічної адміністрації нерівномірно й вибірково наділяються повноваженнями щодо видачі документів дозвільного характеру у сфері охорони довкілля: одні суб'єкти, сфера діяльності яких обмежується публічним адмініструванням конкретної підгалузі охорони довкілля (до них належать названі Державні агентства і служби), уповноважені на видачу документів дозвільного характеру з питань, які виникають у цій підгалузі, а інші – ні, тоді як повноваження, які за цією логікою мали б їм належати, покладені на суб'єкта публічної адміністрації, діяльність якого не обмежена однією підгалуззю охорони довкілля (Міністерство енергетики та захисту довкілля України).

З метою впровадження єдиної практики організації та здійснення публічного адміністрування галузі охорони довкілля, а також через розглянуті вище причини вирішення проблеми дублювання повноважень суб'єктів публічної адміністрації така ситуація має бути виправлена шляхом визначення єдиного уповноваженого на видачу таких дозволів суб'єкта публічної адміністрації та вилучення положень про таке повноваження з Положення про другого суб'єкта публічної адміністрації. На нашу думку, вирішення цієї ситуації можливе двома шляхами: 1) уповноваження Міністерства енергетики та захисту довкілля України на видачу абсолютно всіх дозволів у сфері охорони довкілля, що супроводжуватиметься позбавленням таких повноважень решти суб'єктів, які функціонують у сфері охорони довкілля, і вилученням із Положень про них таких повноважень; 2) позбавити Міністерство енергетики та захисту довкілля України повноважень на видачу документів дозвільного характеру, які стосуються діяльності в конкретній підгалузі охорони довкілля, і покласти їх виключно на підгалузеві (у межах галузі охорони довкілля) суб'єкти публічної адміністрації, що супроводжуватиметься відповідним унесенням змін до положень про Міністерство енергетики та захисту довкілля України й підгалузеві суб'єкти публічної адміністрації. Будь-який з обраних варіантів забезпечить формування єдиного підходу до діяльності публічної адміністрації у сфері видачі документів дозвільного характеру.

Водночас викладене наводить нас також на міркування з приводу доцільності функціонування великої кількості суб'єктів у сфері охорони довкілля, що регулюється ще більшою кількістю нормативно-правових актів. На нашу думку, проблеми дублювання повноважень, зменшення кількості нормативно-правових актів з питань регулювання відносин в одній сфері публічного адміністрування, виправлення суперечностей між нормативно-правовими актами тощо можливо вирішити шляхом уповноваження єдиного суб'єкта публічної адміністрації на здійснення публічного адміністрування галузі охорони довкілля – Міністерства енергетики

та захисту довкілля України та його територіальних органів. Задля ефективного виконання повноважень у його межах можна створити структурні підрозділи, які відповідатимуть за окремі напрями публічного адміністрування галузі охорони довкілля. Це спростить сучасну систему суб'єктів публічного адміністрування та зробить її більш зрозумілою. На нашу думку, створення по суб'єкту публічного адміністрування на кожен вид суспільних відносин, який підлягає публічному адмініструванню, є зайвим і необґрунтованим, а також ускладнює реалізацію публічних завдань і функцій, «надмірно її бюрократизує»<sup>6</sup>, як висловлюється із цього приводу Ю.О. Легеза. Доцільність такого кроку підтверджується положеннями Концепції реформування системи державного нагляду (контролю) у сфері охорони навколишнього природного середовища в Україні, затвердженої Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 31 травня 2017 р. № 616-р<sup>7</sup>, хоча в межах цієї Концепції пропонується утворення нового суб'єкта – Державної природоохоронної служби України замість Державної екологічної інспекції України, що ми прокоментуємо нижче.

Інший приклад дублювання повноважень можемо спостерігати в Законі України «Про місцеві державні адміністрації»<sup>8</sup>, яким за місцевими державними адміністраціями закріплено ті самі повноваження, що й за іншими суб'єктами, наприклад, на здійснення контролю за використанням та охороною земель, лісів, надр, води, атмосферного повітря, рослинного і тваринного світу й інших природних ресурсів (п. 3 ч. 1 ст. 16); на оголошення в разі стихійного лиха, аварій, катастроф, епідемій, епізоотій, пожеж, інших надзвичайних подій зони надзвичайної ситуації (п. 9 ст. 25)<sup>9</sup>. Стосовно контролю ми прокоментуємо нижче, а наразі зупинимося на другому з названих повноважень.

Так, воно дублює повноваження Президента України на «оголошення окремих місцевостей України зонами надзвичайної екологічної ситуації», закріплене в п. 21 ч. 1 ст. 106 Конституції України. Ці суб'єкти посідають різне місце в ієрархічній структурі системи органів публічної влади, мають різний правовий статус і повноваження, що перераховані вище, їхні акти мають різну юридичну силу, а тому така ситуація видається нам незрозумілою. До того ж і той факт, що різні

суб'єкти можуть наділятися однаковими повноваженнями, являє собою недолік і проблему в організації публічного адміністрування в державі й у нормативно-правовому регулюванні відносин, які виникають в окресленій сфері. У такому разі виконання повноважень одних суб'єктів порушуватиме повноваження інших, а також буде порушенням принципів і вимог до діяльності публічної адміністрації щодо компетенції (інстанційної й предметної<sup>10</sup>).

Ураховуючи вказане, з метою вирішення питання, який саме суб'єкт має здійснювати таку діяльність згідно з чинним законодавством, зауважимо таке: по-перше, згідно зі спеціальним із питань установлення правового режиму зони надзвичайної екологічної ситуації Законом України «Про зону надзвичайної екологічної ситуації»<sup>11</sup> (щодо Закону України «Про місцеві державні адміністрації»), оголошення зони надзвичайної екологічної ситуації здійснюється виключно указом Президента України (ст. 6 Закону України «Про зону надзвичайної екологічної ситуації»). Це створює підстави для визнання п. 9 ст. 25 Закону України «Про місцеві державні адміністрації» таким, що суперечить ст. 6 Закону України «Про зону надзвичайної екологічної ситуації», а у випадках суперечностей між загальним і спеціальним законами перевага надається спеціальному<sup>12</sup>; по-друге, згідно з Конституцією України, яка є законом найвищої юридичної сили (ч. 2 ст. 8 Конституції України), оголошення окремих місцевостей зонами надзвичайної екологічної ситуації здійснює Президент України (п. 21 ч. 1 ст. 106 Конституції України). Відповідно, п. 9 ст. 25 Закону України «Про місцеві державні адміністрації» суперечить також положенням Конституції України, а отже, у цій частині повинен визнатися неконституційним у порядку, установленому чинним законодавством, адже закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України й повинні відповідати їй (ч. 2 ст. 8 Конституції України). Крім того, зауважимо, що в разі виникнення суперечностей між нормативними актами різної юридичної сили застосовується нормативний акт з вищою юридичною силою<sup>13</sup>.

Отже, розглянуто дає змогу підсумувати, що суб'єктом публічної адміністрації, який уповноважений на оголошення окремих місцевостей зонами надзвичайної екологічної ситуації, є виключно Президент України. Положення п. 9 ст. 25 Закону України «Про місцеві

<sup>6</sup> Легеза Ю.О. Адміністративно-правові засади публічного управління у сфері використання природних ресурсів : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.07. Запоріжжя, 2018. 34 с. С. 11.

<sup>7</sup> Про схвалення Концепції реформування системи державного нагляду (контролю) у сфері охорони навколишнього природного середовища : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 31 травня 2017 р. № 616-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/616-2017-%D1%80>.

<sup>8</sup> Про місцеві державні адміністрації : Закон України від 9 квітня 1999 р. № 586-XIV. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 20–21. Ст. 170.

<sup>9</sup> Про місцеві державні адміністрації : Закон України від 9 квітня 1999 р. № 586-XIV. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 20–21. Ст. 170.

<sup>10</sup> Мельник Р.С., Бевзенко В.М. Загальне адміністративне право : навчальний посібник / за заг. ред. Р.С. Мельника. Київ: Ваїте, 2014. 376 с. С. 257, 270.

<sup>11</sup> Про зону надзвичайної екологічної ситуації : Закон України від 13 липня 2000 р. № 1908-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 42. Ст. 348.

<sup>12</sup> Щодо практики застосування норм права у випадку колізії : Лист Міністерства юстиції України від 26 грудня 2008 р. № 758-0-2-08-19. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0758323-08>.

<sup>13</sup> Щодо практики застосування норм права у випадку колізії : Лист Міністерства юстиції України від 26 грудня 2008 р. № 758-0-2-08-19. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0758323-08>.

державні адміністрації» зі сформульованих вище причин необхідно виключити із цього Закону.

Що стосується контролю, то натепер функціонує, з одного боку, Державна екологічна інспекція України як безпосередній орган державного контролю у сфері охорони довкілля, з іншого – решта центральних органів виконавчої влади, на яких також покладено повноваження зі здійснення контролю в цій галузі. Зокрема, звернімо увагу, що, відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про Державну екологічну інспекцію України» від 19 квітня 2017 р. № 275<sup>14</sup>, Державна екологічна інспекція України здійснює державний нагляд (контроль) за додержанням вимог законодавства, зокрема щодо охорони земель, надр; екологічної та радіаційної безпеки; охорони й використання територій та об'єктів природно-заповідного фонду; охорони, захисту, використання й відтворення лісів; збереження, відтворення й невиснажливого використання біологічного та ландшафтного різноманіття; раціонального використання, відтворення й охорони об'єктів тваринного та рослинного світу; ведення мисливського господарства та здійснення полювання; охорони, раціонального використання й відтворення вод і водних ресурсів; охорони атмосферного повітря; формування, збереження й використання екологічної мережі; стану навколишнього природного середовища; поводження з відходами, небезпечними хімічними речовинами, пестицидами та агрохімікатами; здійснення заходів біологічної й генетичної безпеки стосовно біологічних об'єктів природного середовища під час створення, дослідження та практичного використання генетично модифікованих організмів у відкритій системі<sup>15</sup>.

З викладеного бачимо, що Положення про Державну екологічну інспекцію України дублює всі контрольні повноваження інших суб'єктів, які здійснюють публічне адміністрування в галузі охорони довкілля. Наприклад, Державної служби геології та надр України<sup>16</sup>, Державної служби України з питань геодезії, картографії та кадастру<sup>17</sup>, Державного агентства водних ресурсів України<sup>18</sup>, Державного агентства лісових ресурсів України<sup>19</sup>, Державного агентства рибного господарства України<sup>20</sup>

тощо, а також місцевих державних адміністрацій (про які мова йшла вище). З одного боку, це пояснюється спробою створити єдиний контролюючий орган в окресленій сфері, однак з іншого – її реалізація є невдалою, оскільки при цьому залишено ці самі повноваження за тими суб'єктами, за якими вони закріплювалися спочатку. Як наслідок, маємо низку суб'єктів публічної адміністрації, які роблять одне й те саме. У Концепції реформування системи державного нагляду (контролю) у сфері охорони навколишнього природного середовища в Україні, затвердженій Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 31 травня 2017 р. № 616-р., пропонується вирішити цю проблему шляхом створення нового суб'єкта – Державної природоохоронної служби України – з таким самим призначенням, як і Державна екологічна інспекція України (що підтверджується, зокрема, положеннями Законопроекту «Про Державну природоохоронну службу України» від 23 листопада 2018 р. № 9336<sup>21</sup>). У зв'язку з цим, на нашу думку, такий крок є нічим іншим, як звичайним перейменуванням наявного суб'єкта публічної адміністрації (що доволі поширено в нашій державі: під час приходу нової влади з метою реформування чинної системи за будь-яких обставин перейменовують органи влади, замість того щоб дійсно змінити порядок їхньої діяльності, створити дієвий механізм контролю, домогтися того, щоб контроль дійсно здійснювався на практиці й приносив позитивні результати). На нашу думку, створення ідентичного суб'єкта під приводом вирішення проблем організації та реалізації контролю у сфері охорони довкілля з такими самими повноваженнями є нелогічним. Значно простіше й більш обгрунтовано вдосконалити діяльність вже наявного суб'єкта, у зв'язку з чим у нас виникає запитання: невже зміна найменування є неодмінною умовою та запорукою успішного реформування системи контролю?

Стосовно ж самої ідеї створення суб'єкта публічної адміністрації з виключними повноваженнями на здійснення державного контролю й нагляду у сфері охорони довкілля, то зазначимо таке. З одного боку, практика створення таких органів влади є знайомою для нашої держави та поширеною. Це зумовлено, на нашу думку, значенням контролю для забезпечення дотримання прав і свобод людини, дотримання вимог законодавства, ефективності публічного адмі-

<sup>14</sup> Про затвердження Положення про Державну екологічну інспекцію України : Постанова Кабінету Міністрів України від 19 квітня 2017 р. № 275. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/275-2017-%D0%BF>.

<sup>15</sup> Про затвердження Положення про Державну екологічну інспекцію України : Постанова Кабінету Міністрів України від 19 квітня 2017 р. № 275. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/275-2017-%D0%BF>.

<sup>16</sup> Про затвердження Положення про Державну службу геології та надр України : Постанова Кабінету Міністрів України від 30 грудня 2015 р. № 1174. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1174-2015-%D0%BF>.

<sup>17</sup> Про Державну службу України з питань геодезії, картографії та кадастру : Постанова Кабінету Міністрів України від 14 січня 2015 р. № 15. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/15-2015-%D0%BF>.

<sup>18</sup> Про затвердження Положення про Державне агентство водних ресурсів України : Постанова Кабінету Міністрів України від 20 серпня 2014 р. № 393. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/393-2014-%D0%BF>.

<sup>19</sup> Про затвердження Положення про Державне агентство лісових ресурсів України : Постанова Кабінету Міністрів України від 8 жовтня 2014 р. № 521. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/521-2014-%D0%BF>.

<sup>20</sup> Про затвердження Положення про Державне агентство рибного господарства України : Постанова Кабінету Міністрів України від 30 вересня 2015 р. № 895. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/895-2015-%D0%BF>.

<sup>21</sup> Про Державну природоохоронну службу України : Проект Закону України від 23 листопада 2018 р. № 9336. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=65005](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=65005).



ністрування й нормативно-правового регулювання сфери охорони довкілля тощо та особливостями в порядку й процедурах реалізації, які відрізняють контроль від решти адміністративних проваджень, як-то: видача дозволу, ліцензування, державна реєстрація тощо. З огляду на це, загалом ми підтримуємо таку ідею, однак, з іншого боку, її реалізація має здійснюватися коректно, зокрема без дублювання контрольних повноважень численних суб'єктів публічної адміністрації.

Насамкінець висловимося з приводу делегування повноважень місцевих державних адміністрацій органам місцевого самоврядування. На нашу думку, сама по собі ситуація, за якої повноваженнями наділяються одні суб'єкти публічної адміністрації, а виконують їх інші, є безглуздою, адже в такому разі виникають логічні запитання: Чому уповноважені суб'єкти не реалізують власні повноваження самостійно? Чому ці повноваження одразу не покласти на їх безпосередніх виконавців? Навіщо ускладнювати процес організації публічного адміністрування, наділяючи однаковими (власними та делегованими) повноваженнями дві групи різних суб'єктів? Навіщо допускати можливість одночасного виконання одних повноважень різними суб'єктами? Чи не доцільніше в умовах узятого державою курсу на децентралізацію публічної влади перекласти названі повноваження одразу на органи місцевого самоврядування?

На наш погляд, варто саме так і вчинити, зробивши делеговані повноваження органів місцевого самоврядування власними та виключивши їх повністю з компетенції органів виконавчої влади.

### Висновки

Отже, на підставі викладеного в статті підсумуємо, що організація публічного адміністрування у сфері охорони довкілля є натеper неефективною, оскільки в ній діє занадто велика кількість суб'єктів публічної адміністрації, які виконують аналогічні функції. У зв'язку з цим, на нашу думку, необхідно здійснити реформування публічного адміністрування галузі охорони природи, зокрема, шляхом зменшення кількості цих суб'єктів, розмежування їхніх повноважень, узгодження нормативно-правових актів між собою тощо. Наприклад, доцільно залишити поміж усієї сукупності центральних органів виконавчої влади в галузі охорони довкілля Міністерство енергетики та захисту довкілля України й Державну екологічну інспекцію України. Окрім того, необхідно остаточно розмежувати повноваження органів виконавчої влади й органів місцевого самоврядування, зробивши делеговані повноваження органів місцевого самоврядування власними та виключивши їх повністю з компетенції органів виконавчої влади.

### The essence of interpretation in legal hermeneutics

*Remizova Olesia*

*PhD Student of Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine*

In the article, based on the analysis of literary sources we can research the essence of interpretation in legal hermeneutics. Considered hermeneutics in philosophical area of research, which is a complex of all scientific approaches, becomes the general theory of interpretation.

It has been created that a legal hermeneutics, as a form of legal science, is currently in the process of being formed.

It was substantiated that a legal hermeneutics is a scientific line of thinking in the legal field.

It was accented that a hermeneutics is closely related to linguistics, philosophy, and history.

It was established that a legal text, as the subject of hermeneutical analysis, exist in the form of normative legal acts, acts of judicial bodies, treaties, unilateral acts, charters, regulations, regulations and other normative documents.

The three main tasks of the study of legal texts, which are solved by means of legal hermeneutics, are noted. In particular: the detection of meaning; clarifying the content; interpretation of the content.

Summarized, that in the process of interpretation should be used a special methodological tool based on the achievements of linguistics, and hermeneutical methodological tool, including the method of "hermeneutical circle", the method of preliminary understanding, congeniality. This interaction between hermeneutics and linguistics, in legal science, steel be a unique phenomenon, the result of which is the interpretation of the rules of law.

Generated, that hermeneutical analysis is a method of research; during every research, scientific material is collected and recorded. It was focused attention on the correctness of revealing, its meaning from the standpoint of hermeneutics depends on the appropriateness of the means of fixing the material.

### Сутність інтерпретації в юридичній герменевтиці

*Ремізова Олеся Володимирівна*

*здобувачка ступеня доктора філософії*

*Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Україна*

#### Вступ

Термінологічні складники законів, договорів, інших текстів, наділених юридичною силою, можуть мати декілька значень. У зв'язку з цим виникає проблема вибору максимально контекстуально відповідного значення слова, що, у свою чергу, зумовлює потребу звернення до процесу інтерпретації (від лат. *interpretation* – роз'яснення, тлумачення<sup>1</sup>).

Інтерпретація є проміжним етапом між читанням і застосуванням норм права, оскільки неможливо прочитати текст закону й безглуздо його застосувати. Саме інтерпретація сприяє правильному розумінню та, як наслідок, ефективному застосуванню тих чи інших юридичних норм.

Водночас інтерпретація юридичних норм являє собою непростий процес. З огляду на це, цілком логічно, що процес інтерпретації юридичних текстів здебільшого супроводжується низкою проблем і нерідко призводить до неефективного правозастосування.

Питання інтерпретації неодноразово привертало увагу як вітчизняних, так і зарубіжних науковців.

<sup>1</sup> Юридична енциклопедія : у 6 т. / редкол. : Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ : Українська енциклопедія, 1998–2004. Т. 2. С. 711; Українська радянська енциклопедія : у 10 т. / ред. М.П. Бажан та ін. Київ : Гол. ред. УРЕ, 1961. Т. 5. С. 486.

Зокрема, окремі аспекти цієї теми вивчали П. Рікер, Р.А. Ромашов, Е.Н. Атаршкікова, В.А. Суслів та ін.

Утім, попри напрацювання науковців із цієї теми, недостатньо вивченим явищем залишається сутність інтерпретації в юридичній герменевтиці.

Отже, з огляду на викладене, **метою статті** є на основі аналізу результатів загальнотеоретичних і галузевих досліджень із теми дослідження з'ясувати сутність інтерпретації в юридичній герменевтиці.

#### Виклад основного матеріалу

Узагальнення літературних джерел з теми дає змогу стверджувати, що юридична герменевтика як різновид правової науки перебуває нині в процесі формування. Ученими окреслюються різні концепції розуміння її сутності та значення. В одній із найбільш поширених концепцій пропонується розгляд герменевтики як особливого способу інтерпретації правових норм, орієнтованого на дослідження сенсу нормативно-правових актів.

Переходячи до більш детального вивчення цього питання, насамперед зауважимо, що вперше інтерпретаційну сутність герменевтики виявив Х.Г. Гадамер, а підтримав його наукову думку П. Рікер, який

запропонував розглядати герменевтику як філософію інтерпретації. Крім того, П. Рікер зробив значний внесок у розвиток інтерпретації, розглядаючи її як універсальний механізм щодо встановлення й розкриття «прихованих», неочевидних смислів текстів. Разом із тим він зазначав, що безліч смислів і варіантів їх інтерпретацій потенційно є передумовами конфліктів, тому здійснював пошук альтернативних, рівнозначних між собою способів інтерпретації з метою усунення превалювання одного з них.

«Буття говорить про себе різними способами»<sup>2</sup>, – підкреслював П. Рікер, зазначаючи, що за допомогою різних варіантів інтерпретацій, у тому числі й через їх конфлікти, відбувається виникнення нових смислів, а важливого значення при цьому набувають лінгвістичні символи та метафори. Центральною вчений висуває концепцію «наративності», тобто єдності феноменології, лінгвістики, герменевтики й аналітичної філософії в тлумаченні, де кожна з них має право на застосування, лише доповнюючи одна одну та взаємодіючи одна з одною, що є найбільш результативним підходом, оскільки поєднує різні методи тлумачення в єдину цілісну систему розуміння правових норм.

Сучасний дослідник герменевтики в юриспруденції й філології О.М. Атарщікова вказує, що «мова, як і право, є насамперед явище соціальне, так як обидва феномени створюються суспільством, обслуговують його членів як основний засіб спілкування та взаємодії в суспільстві, є однією з необхідних умов існування держави»<sup>3</sup>. На нашу думку, саме інтерпретація правових норм об'єднує мовознавство та юриспруденцію.

Юридична герменевтика є одним із видів пізнання, що призводить до процесу «від розуміння – до пояснення». Це варто зрахувати до спеціальних знань, так званого правового аналізу: аналізу буквального тексту, догматичного аналізу та культурології<sup>4</sup>.

Як правило, це пов'язано із загальним процесом тлумачення права. Інтерпретація права є формою пізнання, яка включає в себе когнітивні та емоційні складники, тобто раціональні та ірраціональні рівні, пояснення й компроміси.

Можна виокремити три основні завдання дослідження юридичних текстів, які вирішуються за допомогою правової герменевтики, а саме:

- виявлення смислу;
- роз'яснення змісту;
- інтерпретація змісту, виходячи із завдань, що вирішуються за допомогою юридичного тексту.

Юридичні тексти як предмет герменевтичного

аналізу існують у вигляді нормативно-правових актів, актів судових органів, договорів, односторонніх правочинів, статутів, регламентів, положень та інших нормативних документів.

Застосування цього методу, на нашу думку, зумовлене складнощами, пов'язаними з виявленням тексту, що надалі досліджується.

О.М. Яркова зазначає, що інтерпретація є процесом розкриття смислів, укладених у тексті як предмет дослідження<sup>5</sup>. Погоджуючись із такою думкою авторки, уважаємо за доцільне відзначити, що до нормативно-правових актів варто ставитися як до текстів, які володіють особливою специфікою.

Інтерпретатор у процесі лексико-морфологічного й синтаксичного аналізу тексту з'ясовує значення окремих слів, узятих ізольовано, а також розглядає словосполучення та пропозиції, які в комплексі утворюють законодавчі дефініції<sup>6</sup>.

Лінгвісти, у свою чергу, відзначають, що єдності розуміння й правильного застосування юридичної термінології неможливо досягнути на практиці. Під час інтерпретації варто використовувати як особливий методологічний апарат, заснований на досягненнях лінгвістики, так і герменевтичний методологічний апарат, що включає в себе метод «герменевтичного кола», метод попереднього розуміння, конгеніальність. Така взаємодія герменевтики й лінгвістики в юридичній науці є унікальним явищем, результатом якого є інтерпретація норм права.

Першою й однією з найбільш важливих стадій інтерпретації правових норм, відповідно до погляду професора Єльського університету Аарона Барака, є вибір із безлічі значень, які може містити в собі текст закону, саме правового, максимально відповідного літературному<sup>7</sup>. Насправді літературні значення слів містять і сенс, який мав на увазі автор, і значення, необхідне для застосування в конкретній ситуації. Саме використання в герменевтиці нормативних термінів у їх літературному значенні є ознакою, що дає змогу розмежовувати процеси інтерпретації наявного тексту і створення нового правового тексту, заснованого на авторській переробці положень чинного нормативного акта.

Після вибору зі спектру літературних значень у юридичній герменевтичній інтерпретації варто визначити, яке з літературних значень є найбільш контекстуально обґрунтованим з погляду нормативного призначення тексту. Однак у цьому разі зауважимо, що не існує однозначно правильного, істинного значення: на практиці варіанти інтерпретації не збігаються в сторін судового процесу, у судів різних

<sup>2</sup> Рікер П. Конфлікт інтерпретацій – Нариси про герменевтику / пер. фр., вступ. ст. і комент. І.С. Вдовіної. Москва : Академічний проект, 2008. С. 473.

<sup>3</sup> Атарщікова Е.Н. Герменевтика в праві (історико-правовий аналіз) : дис. ... докт. юрид. наук. Санкт-Петербург, 1999. С. 156.

<sup>4</sup> Яркова Е.Н. История и методология юридической науки : учебное пособие. 2-е изд., стер. Москва : ФЛИНТА, 2015. С. 84–85.

<sup>5</sup> Яркова Е.Н. История и методология юридической науки : учебное пособие. 2-е изд., стер. Москва : ФЛИНТА, 2015. С. 107.

<sup>6</sup> Ромашов Р.А. Интерпретация права: лингвистический и технико-юридический аспекты. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/interpretatsiya-prava-lingvisticheskii-i-tehniko-yuridicheskii-aspekty-1> (дата звернення: 08.02.2020).

<sup>7</sup> Barak A. Hermeneutics and Constitutional Interpretation. *Faculty Scholarship Series*. 1993. Paper 3701. P. 678.

інстанцій, у законодавців. У цьому й проявляється сутнісна особливість герменевтики, що складається з неможливості визначення й установаження як обов'язкового єдино правильного підходу до інтерпретації. У підсумку вибір її варіанта визначається з урахуванням підходів, що домінують у правовій думці суспільства, і формується практика.

Крім того, вагоме значення має факт збігу приватного і загального в інтерпретації. Деякою мірою це є практико-інтерпретаційним проявом герменевтичного кола: за максимально об'єктивної інтерпретації конкретних правовідносин з урахуванням закладених у них суб'єктивних цілей, намірів і змісту можна досягнути загальний характер законодавства, що застосовується до регулювання цих правовідносин, і, навпаки, тільки в разі врахування духу законів, їх основоположних принципів, цілей і змісту буде найбільш коректною інтерпретована сутність правовідносин або ж одиничного нормативно-правового акта.

У процесі інтерпретації необхідно враховувати як ті цілі, наміри і значення, що потенційно вкладав у текст автор, так і ті, з яких виходить інтерпретатор юридичного тексту. Заслужують на увагу й внутрішні переконання автора й інтерпретатора, які мають стосунок до цього правового тексту. Тому підходити до вирішення цього герменевтичного питання варто з відповідним ступенем розумності, а також із застосуванням генералізації й абстрагування, беручи до уваги водночас і приватний характер норми права/сутність правовідносин, які регулюються договором, і загальний зміст законодавства, що застосовується до цих відносин.

Герменевтичний аналіз є методом дослідження, у ході якого дослідницький матеріал збирається й фіксується. Від належності засобів фіксації матеріалу залежить правильність виявлення його сенсу з позицій герменевтики. Зауважимо, що основний творчий науковий потенціал цивільно-правового дослідження значною мірою залежить від правильності застосування прийомів герменевтики, у межах яких відбувається початкове осмислення текстів, отриманих на першому етапі донаукового дослідження (спостереження, збирання матеріалу тощо). Набувати герменевтичний досвід постійно означає бути в стані набування досвіду культури і спілкування з іншими культурами.

Мати герменевтичний досвід означає погоджуватися з вимогою «відкритості». «Відкритість» і «готовність» інтерпретатора означає дати культурі

(культурам) можливість відбуватися, продовжуватися. Бути відкритим до нового досвіду – це бути готовим до розуміння. Взаємозв'язок індивідуального досвіду й культури стає очевидним і в розгляді процесу розуміння. Істина є передумовою розуміння. Мета розуміння в ситуації інтерпретатора – повідомити на основі власних упереджень/власного розуміння сутності справи, зокрема, про повідомлене в тексті.

Не варто забувати про те, що тексти претендують на те, аби бути «завершеною істиною». Ця «претензія на істину» текстів дається взнаки вже на початковій фазі розуміння. На цій стадії ще немає жодного натяку, чи є те, про що «говорить текст», справді остаточною істиною. Відповідно до цього формулюється вираз, що текст претендує на істину у вигляді підстановки (*Unterstellung*). У зв'язку з цим Х.Г. Гадамер говорить про «передчуття завершеності» в розумінні, яке виражається в тому, що положення тексту сприймають за істинні лише тоді, коли сам автор приймає їх за істинні. З огляду на тезу про підстановку істини, герменевтика визнає, що в нас немає іншої можливості, як передбачати істину на основі нашого власного світорозуміння та розуміння в межах нашої мови<sup>8</sup>.

### Висновки

Загалом, підсумовуючи вищесказане, можна зробити висновок, що герменевтичний метод постає як універсальний метод пізнання, в основі якого лежить сукупність передрозуміння і переддумок, що змінюються з кожною новою деталлю, яку ми беремо до уваги, так зване «герменевтичне коло», що описує взаємозумовленість обумовлених традицією, факторами соціального середовища й особистими нахилами суб'єкта пізнання пояснення й інтерпретації, з одного боку, і розуміння – з іншого.

Насамкінець варто зауважити, що питання сутності інтерпретації в юридичній герменевтиці потребує подальшого наукового дослідження. Висновки, отримані в ході подальшого втілення програми герменевтичного аналізу, у подальшому потребують осмислення з урахуванням наукових результатів, отриманих на інших рівнях наукового дослідження (соціологічному й аксіологічному).

<sup>8</sup> Мінаков М.А. Герменевтичний досвід і його роль в аналізі культури. *Мультиверсум. Філософський альманах*. Київ : Центр духовної культури. 2005. № 45. URL: [http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/462/Minakov\\_Germenevtychnyj\\_dosvid.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/462/Minakov_Germenevtychnyj_dosvid.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (дата звернення: 08.02.2020).

## Acts of social dialogue as European Union's labour law sources

Rym Olena

*Candidate of Juridical Sciences,  
Associate Professor of Social Law Department  
Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine*

In the article, it is analyzed the essence and significance of social dialogue acts in the European Union Labour Law. The attention is drawn to the fact that in the European Union the independence of the European social partners and the promotion of their activities by the European institutions are seen as effective tools for social cohesion and sustainability. It is emphasized that social partners, as unique subjects of labour law, operate at all levels of regulation, from local to supranational. It is stated that the main levels of social dialogue in the EU are cross-sectoral and sectoral and that social dialogue at the level of transnational companies which is actively developing.

The legal foundations of social dialogue in the European Union are analyzed. It pointed out that the EU is obliged to support the role of social partners at its level, taking into account the diversity of national systems and facilitating dialogue between social partners while respecting their independence.

It is highlighted that the results of social dialogue expressed in collective agreements may either become part of Union law by a decision of the Council or may become binding as acts of social partnership. It is shown that a large number of acts adopted as a result of social dialogue, to some extent, explains the lack of unanimity regarding their legal characterization.

It is summarized that the social partners, together with the European Commission, have formed the foundations for social dialogue at EU level. The dynamic development of their tripartite and bilateral communication has led to an increase in the number of acts, some of which are now considered not only as sources of labour law but as better models of legal support, which were formed on the basis of compromise between the participants of labour relations.

## Акти соціального діалогу як джерела трудового права Європейського Союзу

Рим Олена Михайлівна

*кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри соціального права  
Львівського національного університету імені Івана Франка, Україна*

## Вступ

Успішне вирішення сучасних проблем у сфері зайнятості й найманої праці неможливе без залучення соціальних партнерів до процесів реформування трудового права. Про це неодноразово зазначено на рівні найвищого керівництва Європейського Союзу (далі – ЄС)<sup>1</sup>. Зокрема, у розпал економічної кризи Європейський Парламент зазначив у Резолюції «Про нетипові договори, гарантовані професійні шляхи, гнучку безпеку та нові форми соціального діалогу» від 6 липня 2010 року, що соціальний діалог є надзвичайно важливим для досягнення цілей у сфері зайнятості в рамках стратегії «Європа 2020»<sup>2</sup>. А Європейська Комісія (далі – ЄК) у повідомленні «Європейський соціальний діалог: поштовх до інновацій і змін» (2002 рік)

стверджує, що соціальний діалог є укоріненим в історію європейського континенту, чим і відрізняє Союз від більшості інших регіонів світу<sup>3</sup>. Отже, на рівні ЄС самостійність європейських соціальних партнерів і сприяння їхній діяльності з боку євроінституцій уважають дієвими інструментами соціальної згуртованості та стійкості.

Євроінтеграція, що спонукає підприємства розвиватися в транснаціональному масштабі, вимагає посилення зв'язків між усіма гравцями ринку праці. А соціальні партнери як унікальні суб'єкти трудового права діють на всіх рівнях правового регулювання: від локального до наднаціонального. Отже, посилення європейського соціального діалогу є першочерговим завданням для європейського менеджменту, особливо з питань мобільності робочої сили, визнання професійної кваліфікації та пенсійного забезпечення. За допомогою колективних переговорів соціальні партнери можуть покращити умови ринку праці, розробити заходи щодо подолання тіньового працевлаштування і стимулювати легальну зайнятість.

<sup>1</sup> Communication from the Commission – The European social dialogue, aforceforinnovationandchange/\*COM/2002/0341 final\*. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52002DC0341>; Communication from the Commission – Partnership for change in an enlarged Europe – Enhancing the contribution of European social dialogue /\* COM/2004/0557 final \*. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52004DC0557>.

<sup>2</sup> Atypical contracts, secured professional paths and new forms of social dialogue European Parliament resolution of 6 July 2010 on atypical contracts, secured professional paths, flexicurity and new forms of social dialogue. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52010IP0263>.

<sup>3</sup> Communication from the Commission – The European social dialogue, aforceforinnovationandchange/\*COM/2002/0341 final\*. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52002DC0341>.

**Метою статті** є з'ясування значення й місця актів соціального діалогу в трудовому праві ЄС.

### Виклад основного матеріалу

Основними рівнями соціального діалогу в ЄС є міжгалузевий і галузевий. Також у контексті викликів, які постали перед ЄС, ЄК констатувала потребу розвитку соціального діалогу на рівні транснаціональних компаній<sup>4</sup>. Єдиною організацією, що уповноважена представляти інтереси працівників на загальноєвропейському рівні, є Європейська конфедерація профспілок (*European Trade Union Confederation (ETUC)*), а з боку роботодавців – це Конфедерація європейського бізнесу (*Confederation of European Business (BusinessEurope)*), Європейська асоціація ремісництва, малих і середніх підприємств (*European Association of Craft, Small and Medium-Sized Enterprises (UEAPME)*) і Європейський центр роботодавців і підприємств, що надають державні послуги та послуги загального характеру (*European Centre of Employers and Enterprises providing Public Services and Services of general interest (CEEP)*)<sup>5</sup>.

Європейський секторальний соціальний діалог відбувається на галузевому рівні між Європейською конфедерацією управлінців і менеджерів (*European confederation of executives & managers staff (CEC)*), Європейською конфедерацією незалежних профспілок (*The European Confederation of Independent Trade Unions (CESI)*), Радою європейського професійного та управлінського персоналу (*Council of European Professional and Managerial Staff (EUROCADRES)*) і Союзом об'єднань промисловців і роботодавців Європи (*The Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe (UNICE)*). З повним переліком соціальних партнерів залежно від рівня соціального діалогу в ЄС можна ознайомитися за посиланням<sup>6</sup>.

Правовою основою соціального діалогу в ЄС є положення статей 152, 154 та 155 Договору про функціонування ЄС (далі – ДФЄС). Зокрема, згідно зі статтею 152 ДФЄС, Союз визнає та підтримує на своєму рівні роль соціальних партнерів, беручи до уваги розмаїття національних систем, а також сприяє діалогу між соціальними партнерами, поважаючи їхню незалежність. На посилення соціального діалогу й ролі соціальних партнерів також спрямовані положення низки директив, а саме: Директиви 2002/14/ЄС від 11 березня 2002 року про встанов-

лення загальних правил інформування та консультації працівників Європейського Співтовариства<sup>7</sup> та Директиви 2009/38/ЄС від 6 травня 2009 року про створення європейської робітничої ради або про процедури інформування на консультування на рівні загальноєвропейського масштабу підприємств і їхніх об'єднань<sup>8</sup>.

Європейські соціальні партнери займають особливе становище у праві ЄС і щораз більше долучаються до процесу прийняття рішень на європейському, міжгалузевому, галузевому рівнях і рівні компаній<sup>9</sup>. Зокрема, на європейському рівні організації працівників і роботодавців як привілейовані зацікавлені особи беруть участь у переговорах з питань формування та реалізації соціальної політики ЄС. У частині 2 статті 154 ДФЄС наголошується на обов'язку ЄК провести консультації із соціальними партнерами щодо можливих напрямів діяльності ЄС у сфері соціальної політики ЄС. Вичерпний перелік галузей для консультування закріплено статтею 153 ДФЄС.

Якщо в результаті цього етапу переговорів доцільність обраних напрямів роботи підтвердиться, то ЄК має продовжити консультації із соціальними партнерами щодо змісту майбутніх дій Союзу та наступних змін. На кожному із цих етапів соціальні партнери, у свою чергу, скеровують до ЄК власні висновки або ж рекомендації. Думка соціальних партнерів повинна бути врахована під час розроблення й упровадження відповідних механізмів правового регулювання на рівні ЄС.

Водночас після завершення консультацій із ЄК соціальні партнери можуть клопотати про передачу питання, щодо якого велися переговори, для вирішення в рамках двостороннього соціального діалогу. За таких умов ЄК призупиняє свою законодавчу ініціативу, що може бути відновлена лише в разі недосягнення згоди соціальними партнерами.

Задекларувавши своє бажання самостійно розробити механізм регулювання трудових відносин, соціальні партнери самостійно проводять колективні переговори, що в підсумку завершуються підписанням колективної угоди. Статтею 155 ДФЄС

<sup>7</sup> Directive 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002 establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community – Joint declaration of the European Parliament, the Council and the Commission on employee representation. OJ L 80. 23.03.2002. P. 29–34.

<sup>8</sup> Directive 2009/38/EC of the European Parliament and of the Council of 6 May 2009 on the establishment of a European Works Council or a procedure in Community-scale undertakings and Community-scale groups of undertakings for the purposes of informing and consulting employees. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02009L0038-20151009>.

<sup>9</sup> Van Hoek, Aukje A.H. The Social Dialogue as a Source of EU Legal Acts – Past Performance and Future Perspectives (December 7, 2015). Draft paper submitted for publication in the collected courses volume of the EUI Summer Course on European Law 2014 as one of the Specialized Courses on "EU Legal Acts: Challenges and Transformations" (OUP). P. 128. URL: <https://ssrn.com/abstract=2700365> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2700365>.

<sup>4</sup> Clauwaert S. European framework agreements: 'nomina nuda tenemus' or what's in a name? Experiences of the European social dialogue in Transnational collective bargaining at company level A new component of European industrial relations? Isabelle Schömann, Romuald Jagodzinski, Guido Boni, Stefan Clauwaert, Vera Glassner and Teun Jaspers Brussels, 2012. ETUI aisbl, Brussels. P. 125.

<sup>5</sup> Who are the European social partners? URL: <https://www.etuc.org/en/who-are-european-social-partners>.

<sup>6</sup> List of European social partners' organisations consulted under Article 154 TFEU. URL: <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2154&langId=en>.

передбачено два способи виконання таких угод. Згідно з першим, колективні угоди з питань, визначених статтею 153 ДФЄС, виконуються рішенням Ради за пропозицією Комісії, про що інформується Європейський Парламент. Для цього сторони колективної угоди повинні спільно наполягати на такому способі її імплементації.

Перш ніж подати текст колективної угоди на затвердження Ради, ЄК перевіряє представницький статус договірних сторін (їхній мандат), «законність» кожної статті угоди (на відповідність праву ЄС) і положення щодо малих і середніх підприємств. Лише щодо тих угод, які успішно пройшли перевірку, сторони можуть вимагати наступної їх передачі на розгляд Ради для ухвалення рішення. Рада, у свою чергу, не має повноважень уносити зміни до тексту колективної угоди. Вона ухвалює рішення щодо наданого їй документа<sup>10</sup>.

Чи не найбільш суперечливим аспектом цієї процедури є можливість ЄК відмовитися від наступної передачі колективної угоди для затвердження Радою. Останній такий випадок трапився в травні 2018 року, коли ЄК не передала на розгляд Ради Європейську галузеву рамкову угоду про захист професійного здоров'я та безпеки в перукарській галузі, що була укладена між профспілкою *UNI Europa Hair & Beauty* (у рамках федерації профспілок *UNI Europa*) та організацією роботодавців галузі *Coiffure EU*<sup>11</sup>.

Попри той факт, що певні юридичні аргументи наводилися, усе ж основною причиною відмови стала політична, а запевнення з боку ЄК в тому, що існує потреба врегулювати трудові відносини у відповідній сфері за допомогою актів органів ЄС, не є переконливими, адже в минулому ЄК часто використовувала соціальний діалог для впровадження соціальної політики ЄС, а також для подолання політичних бар'єрів, які, траплялося, поставали між нею та Радою. Крім цього, у власних документах ЄК називає соціальний діалог важливим елементом наднаціонального управління<sup>12</sup>. Отже, відмова передати Раді колективну угоду, укладення якої засвідчило фактичне розширення соціального діалогу та зміцнення соціальних партнерів, пояснюється перехресненням сфер інтересів ЄК та соціальних партнерів.

На думку зарубіжних науковців, така відмова є безпрецедентним актом неповаги до автономії соціаль-

них партнерів, яка гарантується статтею 152 ДФЄС, і порушенням основоположного права на колективні переговори, що закріплене статтею 28 Хартії основоположних прав ЄС<sup>13</sup>. Отже, хоча право ЄС і наділяє соціальних партнерів повноваженнями в нормотворчому процесі, усе ж достатніх правових засобів для їх реалізації не закріплює. Та попри це, чинні правила все ж дозволяють домовленості соціальних партнерів обернути частиною законодавства ЄС, що, безумовно, підвищує рівень гарантованості прав, які закріплені колективною угодою<sup>14</sup>.

Щоправда існує альтернативний шлях реалізації актів соціального діалогу. Відповідальність за виконання колективних угод, які укладені на рівні Союзу, можуть узяти на себе самі соціальні партнери. У такому разі реалізація відповідних договірних положень відбуватиметься згідно зі спеціальними процедурами та практиками соціальних партнерів і держав-членів. Наприклад, Рамкова угода про телепрацю (2002 рік)<sup>15</sup> набула чинності в Угорщині завдяки законодавчій процедурі, а в Данії через угоду національних соціальних партнерів<sup>16</sup>.

Тобто результати соціального діалогу, що виражені в колективних угодах, можуть або ж стати частиною законодавства Союзу за рішенням Ради, або ж набути обов'язковості як акти соціального партнерства. У контексті останньої процедури ЄК закликає соціальних партнерів постійно моніторити впровадження в дію положень колективних угод на місцях і регулярно готувати звіти про стан їх виконання. Згідно з національними процедурами, наприклад, виконуються також Рамкова угода про стрес на роботі (2004 рік)<sup>17</sup>, Колективна угода про охорону здоров'я працівників шляхом належного поведіння й використання кристалічного кремнію та продуктів, що містять його (2006 рік)<sup>18</sup>, Рамкова угода про домагання та насильство на роботі (2007 рік)<sup>19</sup>, Рамкова угода про інклюзивні ринки праці (2010 рік)<sup>20</sup>,

<sup>13</sup> Dorsemont, F., Lörcher, K., & Schmitt, M. (0027). On the Duty to Implement European Framework Agreements: Lessons to be Learned from the Hairdressers Case. *Industrial Law Journal, Advance Article, Volume Advance Article* – Nov 9, 27 (2019) С. 602.

<sup>14</sup> Бонвичини Р. Вопросы социального партнерства и трудовых отношений в Европе. *Трудовое законодательство и арбитраж*, М. 2005, С. 26.

<sup>15</sup> Framework Agreement on telework 16/07/2002 URL: <http://erc-online.eu/wp-content/uploads/2014/04/2006-01428-EN.pdf>

<sup>16</sup> Van Hoek, Aukje A.H., The Social Dialogue as a Source of EU Legal Acts – Past Performance and Future Perspectives (December 7, 2015) Draft paper submitted for publication in the collected courses volume of the EUI Summer Course on European Law 2014 as one of the Specialized Courses on "EU Legal Acts: Challenges and Transformations" (OUP). P. 143. URL: <https://ssrn.com/abstract=2700365> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2700365>

<sup>17</sup> Framework agreement on work-related stress. URL: <https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/StressAccordCadresEuropeen.pdf>.

<sup>18</sup> Agreement on Workers Health Protection through the Good Handling and Use of Crystalline Silica and Products containing it. URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:42006A1117\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:42006A1117(01)).

<sup>19</sup> Framework agreement on harassment and violence at work. URL: <https://drive.google.com/file/d/0B9RTV08-rjErYURtckhMZzFETek/view>.

<sup>20</sup> Framework agreement on inclusive labour markets. URL: <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?mode=dsw&docId=8850&langId=en>.

<sup>10</sup> Ризаева Афаг Рамиз кызы. Правовые основы социальной политики и регулирования трудовых отношений в Европейском Союзе : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.10. Москва, 2009. С. 106; Goerke L. and Piazolo K. Decision-making under the EU's Social Chapter. *International Review of Law and Economics*. 1998. № 18 (2). С. 225.

<sup>11</sup> Dorsemont F., Lörcher K. & Schmitt M. (0027). On the Duty to Implement European Framework Agreements: Lessons to be Learned from the Hairdressers Case. *Industrial Law Journal, Advance Article, Volume Advance Article*. 2019. Nov 9, 27. С. 575.

<sup>12</sup> Atypical contracts, secured professional paths and new forms of social dialogue European Parliament resolution of 6 July 2010 on atypical contracts, secured professional paths, flexicurity and new forms of social dialogue. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52010IP0263>.

Рамкова угода про активне старіння та зв'язок між поколіннями (2017 рік)<sup>21</sup>, Рамкова угода про рекомендації щодо покращення оплачуваної зайнятості в сільському господарстві в державах-членах ЄС (1997 рік)<sup>22</sup> тощо.

Наведене дає змогу вказати на взаємний вплив, що його здійснюють соціальні партнери та євроінституції в процесі просування власних цінностей. Наприклад, соціальні партнери можуть використовувати наднаціональні структури для зміни національного правового регулювання трудових відносин. І, навпаки, установи ЄС також залучають соціальних партнерів з метою досягнення цілей їхньої політики. У такому разі колективні переговори слугують дієвим заходом вирішення проблем, що часто супроводжують законотворчі процеси соціальної сфери.

Сьогодні база цих актів соціального діалогу ЄС<sup>23</sup> нараховує 16 угод, що підлягають виконанню за рішенням Ради<sup>24</sup>. Прикладами таких угод, що укладені на міжсекторальному рівні, є:

- Рамкова угода про батьківську відпустку, укладена між ETUC, UNICE, CEEP 14 грудня 1995 року (пізніше перенесена в Директиву 96/34/ЄС від 3 червня 1996 року)<sup>25</sup>; сьогодні ця Директива скасована Директивою 2010/18/ЄС від 8 березня 2010 року про впровадження переглянутої рамкової угоди про батьківську відпустку, укладеною BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP and ETUC<sup>26</sup>;

- Рамкова угода про неповну зайнятість, укладена між ETUC, UNICE та CEEP 6 червня 1997 року (згодом трансформована в Директиву 97/81/ЄС від 15 грудня 1997 року)<sup>27</sup>;

- Рамкова угода про роботу на визначений термін, укладена між ETUC, UNICE та CEEP 18 березня 1999 року (пізніше перетворена в Директиву 1999/70/ЄС від 28 червня 1999 року)<sup>28</sup>.

<sup>21</sup> Framework agreement on active ageing and an inter-generational approach. URL: <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?mode=dsw&docId=11775&langId=en>.

<sup>22</sup> Recommendation framework agreement on the improvement of paid employment in agriculture in the Member States of the EU concluded by COPA/GEOPA and EFA/ETUC on 24 July 1997. URL: <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?mode=dsw&docId=8317&langId=en>.

<sup>23</sup> Social dialogue texts database. URL: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?atId=521&langId=en&day=&month=&year=&sectorCode=&themeCode=&typeCode=ATYP01&recipientCode=&mode=searchSubmit&subscribe=Search>.

<sup>24</sup> European Industrial Relations Dictionary Social dialogue. URL: <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/social-dialogue>.

<sup>25</sup> Council Directive 96/34/EC of 3 June 1996 on the framework agreement on parental leave concluded by UNICE, CEEP and the ETUC. URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0034:EN:HTML>.

<sup>26</sup> Council Directive 2010/18/EU of 8 March 2010 implementing the revised Framework Agreement on parental leave concluded by BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP and ETUC and repealing Directive 96/34/EC. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1581415338253&uri=CELEX:32010L0018>.

<sup>27</sup> Council Directive 97/81/EC of 15 December 1997 concerning the Framework Agreement on part-time work concluded by UNICE, CEEP and the ETUC. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31997L0081>.

<sup>28</sup> Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP. URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999L0070:EN:HTML>.

На галузевому рівні за допомогою директив упроваджуються Європейська угода про організацію робочого часу моряків від 30 вересня 1998 року (імplementована Директивою 1996/63/ЄС від 21 червня 1999 року)<sup>29</sup>, Європейська угода про організацію робочого часу мобільних працівників цивільної авіації від 22 березня 2000 року (упроваджена в дію Директивою 2000/79/ЄС від 27 листопада 2000 року)<sup>30</sup>, Європейська угода про деякі аспекти організації робочого часу на внутрішньому водному транспорті від 15 лютого 2012 року (уведена в дію Директивою 2014/112/ЄС від 19 грудня 2014 року)<sup>31</sup> тощо.

Колективні угоди не єдині форми об'єктивації результатів соціального діалогу на рівні ЄС. Згідно з Повідомленням ЄК «Партнерство заради змін у розширеній Європі – посилення внеску європейського соціального діалогу» від 12 серпня 2004 року, актами соціального партнерства також є:

- документи з процесуальних питань (рамкові настанови (*frameworks of action*), керівні вказівки (*guidelines*), кодекси поведінки (*codes of conduct*), політичні вказівки (*policy orientations*) тощо), які, попри відсутність обов'язкового характеру, усе ж повинні виконуватися, і цей процес підлягає регулярному моніторингу;

- спільні думки (*joint opinions*), декларації (*declarations*) та інші необов'язкові документи (*tools*) з окремих питань європейської соціальної політики, що ухвалюються для сприяння обміну знаннями;

- процедурні акти, що встановлюють правила двостороннього діалогу між сторонами та правила процедур для галузевих комітетів соціального діалогу;

- акти контролю та звітності за наслідками дій соціальних партнерів;

- акти «нового покоління», виконання яких забезпечується соціальними партнерами самостійно, як і контроль їх упровадження.

До останніх, зокрема, належать так звані автономні угоди, що надають рекомендації зобов'язан-

<sup>29</sup> Council Directive 1999/63/EC of 21 June 1999 concerning the Agreement on the organisation of working time of seafarers concluded by the European Community Shipowners' Association (ECSA) and the Federation of Transport Workers' Unions in the European Union (FST). URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999L0063:EN:HTML>.

<sup>30</sup> Council Directive 2000/79/EC of 27 November 2000 concerning the European Agreement on the Organisation of Working Time of Mobile Workers in Civil Aviation concluded by the Association of European Airlines (AEA), the European Transport Workers' Federation (ETF), the European Cockpit Association (ECA), the European Regions Airline Association (ERA) and the International Air Carrier Association (IACA). URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0079:EN:HTML>.

<sup>31</sup> Council Directive 2014/112/EU of 19 December 2014 implementing the European Agreement concerning certain aspects of the organisation of working time in inland waterway transport, concluded by the European Barge Union (EBU), the European Skippers Organisation (ESO) and the European Transport Workers' Federation (ETF). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:32014L0112>.



ним суб'єктам щодо моделей поведінки на національному рівні.

Згідно з даними ЄК, з 1998 року соціальними партнерами ухвалено понад 900 документів щодо найрізноманітніших питань соціальної політики<sup>32</sup>. Сьогодні міжгалузевий і галузевий соціальний діалог на рівні ЄС охоплює такі теми, як економічне зростання та якість роботи, умови праці, охорона здоров'я, безпека праці, гендерна рівність, корпоративна соціальна відповідальність, планування й реструктуризація підприємств, перспективи та виклики впровадження нових технологій, освіта й професійна підготовка, демографічні зміни тощо. Останніми роками також на порядок денний соціальні партнери виносять питання цифровізації робочих процесів і їх впливу на зайнятість.

Велика кількість актів, що ухвалюються в результаті соціального діалогу, до певної міри пояснює відсутність одностайності щодо їх правової характеристики. Наприклад, на галузевому та міжгалузевому рівнях розрізняють три різні групи актів соціального діалогу. До першої групи належать акти, які визначають процедуру колективних переговорів і дій. Друга група складається зі спільних заяв, думок і декларацій, що адресуються органам ЄС. Ці тексти ухвалюються в рамках політичної дискусії щодо соціальних аспектів політики ЄС і є необов'язковими для адресатів. Третя група актів зорієнтована на вироблення спільних підходів до подолання соціальних викликів на рівні ЄС і наступну їх реалізацію на національному рівні<sup>33</sup>.

Останню групу актів ЄК в доповідях щодо соціального діалогу поділяє на три різні підгрупи (залежно від їх юридичної сили та характеру заходів, які вони передбачають). Перша підгрупа актів спрямована на роз'яснення актів соціального парт-

нерства та права ЄС. Це, зокрема, різноманітні посібники, довідники й керівні вказівки, що сприяють виконанню певних положень на національному рівні. До актів другої підгрупи належать рамкові настанови, кодекси поведінки та політичні вказівки щодо реалізації соціального діалогу на національному рівні. Третю підгрупу формують колективні угоди соціальних партнерів, положення яких застосовуються до окремих трудових відносин на національному рівні. Щоправда, у загальній кількості актів соціального діалогу їх частка як актів обов'язкових незначна.

### Висновки

У світі швидких технологічних змін і високої мобільності капіталу якість людських ресурсів є ключовим фактором міжнародної конкурентоспроможності. Ці фундаментальні перетворення змінюють спосіб виконання та адміністрування праці в Європі, форми зайнятості й традиційне уявлення про функціонування ринків праці в ЄС. Підприємствам доводиться реагувати на структурні зміни, переоцінювати необхідні навички працівників, а також модернізувати управлінські та організаційні процеси. У цьому контексті першочергового вирішення потребує питання якісної адаптації працівників і роботодавців до сучасних змін з метою забезпечення сталого розвитку й соціальної згуртованості шляхом мобілізації та розвитку всього потенціалу ринку праці. Відомо, що високоефективні організації створюються завдяки консенсусним рішенням між роботодавцями та працівниками, найдієвішим способом досягнення згоди є соціальний діалог.

Соціальні партнери разом із ЄК сформували основи соціального діалогу на рівні ЄС. Динамічний розвиток їхньої тристоронньої та двосторонньої комунікації спричинив зростання кількості актів, частина з яких уже сьогодні вважається не просто джерелами трудового права, а кращими зразками правового забезпечення, що сформувалося на компромісних умовах між учасниками трудових відносин.

<sup>32</sup> European Industrial Relations Dictionary. European social dialogue. URL: <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/european-social-dialogue>.

<sup>33</sup> Van Hoek, Aukje A.H. The Social Dialogue as a Source of EU Legal Acts – Past Performance and Future Perspectives (December 7, 2015). Draft paper submitted for publication in the collected courses volume of the EUI Summer Course on European Law 2014 as one of the Specialized Courses on "EU Legal Acts: Challenges and Transformations" (OUP). P. 134–135. URL: <https://ssrn.com/abstract=2700365> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2700365>.

## Legal regulation of relations in cyberspace

*Roller Viktoriia*

*Adjunct of the Military Institute*

*of Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine*

The modern world is constantly changing, and the latest technologies occupy a large part of human life. Due to the rapid development of technologies and their active use, a new field of human relations – cyberspace – has actually been created.

The analysis shows that definitions of term “cyberspace” are sufficiently distinct and heterogeneous in content. Cyberspace is the domain of social relations. But unlike social relations in the real world, relationships in cyberspace acquire specific characteristics that relate to the particularities of functioning of cyberspace itself.

The article analyzes the main characteristics that, according to the author, are inherent in cyberspace and distinguish it from other dimensions.

Law is intended to regulate certain types of social relations. With the historical development of human societies, the norms of law that governed these relations developed and became more complex.

The article deals with legal regulation of relationships in cyberspace and figure out the existing legal norms for these relations. The purpose of this article is to analyze the elements that make up cyberspace and to determine whether it is so important and constructive, as well as to analyze the rules of law that are already regulating cyberspace relations and current Ukrainian legislation in this field.

According to the article cyberspace can be characterized as a specific environment, created by man, but due to its globalization has received such a significant and rapid development that it is emerging new forms of relationships that are not yet fully explored and not adequately regulated in either international or national law. Given that term cyberspace is relatively new in the context of the millennial history of law; it is now difficult to expect a correct and accurate settlement of cyberspace relationships. However, the notion of cyberspace and the information of society are also closely related to the use of artificial intelligence and autonomous machines. Therefore, in our view, these relationships will be further developed and modified and will need more and new legal regulation.

## Правове регулювання відносин у кіберпросторі

*Роллер Вікторія Миколаївна*

*ад'юнкт Військового інституту*

*Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Україна*

### Вступ

Говорячи про право, що регулює певні суспільні відносини, ми маємо на увазі основоположні принципи та норми, які регулюють певний однорідний вид відносин. З історичним розвитком людських суспільств пропорційно розвивалися й ускладнювалися норми права, які врегульовували ці відносини. Згодом юридична наука почала виділяти окремі галузі права та їх інститути, а також окремі міжгалузеві інститути, які неможливо зарахувати лише до певної галузі. Якщо запитати в будь-якого правника, де та як мають виникати ці відносини, то ймовірною відповіддю буде, що ці відносини утворюються між фізичними та/або юридичним особами, вони можуть здійснюватися на землі, на воді або в повітрі, але для більшості найшвидшою відповіддю буде – у повсякденному житті.

Водночас необхідно зазначити, що навколишній світ швидко змінюється, а побут і життя людини набуває нових форм. Із початку вісімдесятих років двадцятого сторіччя активно почали розвиватися інформаційні технології, які широко стали вико-

ристовуватися в повсякденному житті. Інформатизація суспільства та залежність від електронних девайсів – ось картина сучасного світу. Велика кількість людських взаємин перенесена до віртуального світу – від листування й покупки товарів до оформлення документів та автоматизації процесів виробництва корпорацій.

Метою статті аж ніяк не є аналіз питання необхідності створення окремої галузі права, яка б регулювала відносини у кіберпросторі. Метою статті є аналіз елементів, із яких складається кіберпростір, і встановлення того, чи такий він уже важливий та утворює відносини, а також проведення аналізу норм права, які вже регулюють відносини в кіберпросторі, та сучасного українського законодавства в цій сфері.

### Виклад основного матеріалу

У світовій правозастосовній практиці поняття «кіберпростір» почало зустрічатися з кінця двадцятого сторіччя. У цьому контексті показовим є визначення кіберпростору, що надане Верховним судом

США, – це унікальний носій, відомий його користувачам як кіберпростір, що не знаходиться на певній території, але доступний кожному в будь-якій точці світу через Інтернет<sup>1</sup>.

У 2003 році на 32-й сесії Генеральної конференції ЮНЕСКО прийнято Рекомендації «Про розвиток і використання багатомовності й загальний доступ до кіберпростору», згідно з якими кіберпростір визначається як віртуальний світ цифрової та електронної комунікації, пов'язаної з глобальною інформаційною інфраструктурою<sup>2</sup>.

У 2013 році Північноатлантичним Альянсом опубліковано Талліннське Керівництво з міжнародного права щодо методів ведення кібернетичних бойових дій, яким кіберпростір визначено як середовище, що сформовано з фізичних і нефізичних елементів і характеризується використанням комп'ютерів та електромагнітного спектру для зберігання, зміни й обміну даними з використанням комп'ютерних мереж<sup>3</sup>.

Отже, термін «кіберпростір» активно використовується на практиці, йому надаються визначення і тлумачення. Але, як показує проведений аналіз, визначення ці є досить розрізненими та неоднорідним за наповненням.

На нашу думку, точне тлумачення поняття «кіберпростір» і правильне виділення його складових елементів дасть змогу в підґрунті закласти правильне правове регулювання відносин, що в ньому складаються.

Але спершу необхідно визначити: що є кіберпростір? Є він від'ємним від реального світу або може існувати самостійно. Чи відрізняється нормативно-правове регулювання відносин, які виникають у реальному світі, та аналогічних відносин, але які мають місце в кіберпросторі?

Пропонуємо взяти за основу визначення кіберпростору, надане рекомендаціями Генеральної конференції ЮНЕСКО, як віртуального світу цифрової та електронної комунікації, пов'язаної з глобальною інформаційною інфраструктурою. Виходячи із цього визначення, можна виділити декілька вагомих ознак, що притаманні кіберпростору:

– він є віртуальним. Згідно з Тлумачним словником української мови, «віртуальний» означає можливий, той, що може або має проявитися; умовний<sup>4</sup>, Тобто це такий простір, яке неможливо тактильно відчуту; він існує у вигляді функціонування суміс-

них комунікаційних систем. За своєю сутністю віртуальний простір є набором кодів, які створюються машинами, що під'єднанні до загальної (спільної) мережі. У більшості випадків, коли ми говоримо про спільну мережу, ми маємо на увазі мережу Інтернет (www-World Wide Web). Якщо певну машину відключити від загальної мережі, кіберпростір перестане існувати для цієї машини та її користувача, але він продовжуватиме існувати для інших;

– його створено людиною. Тобто цей простір є штучним, є результатом роботи програмістів і користувачів мережі, буде існувати доти, доки працюють прилади, які підключені до спільної мережі. До приладів необхідно зарахувати як комп'ютери користувачів мережі, так і серверні станції, що накопичують і зберігають інформацію, так й обладнання провайдерів, що забезпечує доступ до мережі Інтернет. Кіберпростір не має здатності самостійно існувати, еволюціонувати або розвиватися. Усі події та явища, які відбуваються в кіберпросторі, ініційовані користувачами мережі, тобто людьми. Із цією тезою можна посперечатися, якщо технологія штучного інтелекту набуде свого вдосконалення та розвитку, справді зможе здійснюватися алгоритми еволюціонування та виходити за рамки програм, які в них закладені;

– він є глобальним. Функціонування кіберпростору не залежить від географічного розташування користувачів і кордонів держав. Користувачі можуть спілкуватися й обмінюватися інформацією, перебуваючи на протилежних географічних сторонах світу. Також необхідно зазначити, що всередині кіберпростору відсутні кордони держав. Говорячи про територіальну належність, можна лише говорити про місце розташування (географічне положення та закріплену ір-адресу) користувача та машини, що підключена до мережі, а також місце розташування серверів;

– кіберпростір належать до сфери інформаційного простору. Отже, через нього можна здійснювати політичний, культурний та інший вплив. Кіберпростір є в сучасності одним із основних просторів обміну інформацією. Швидкість поширення новин у кіберпросторі є надзвичайно високою, а кореспондентом може стати будь-який користувач, що має пристрій, з'єднаний із мережею;

– хоча він і є віртуальним, наслідки дій у кіберпросторі можуть впливати на фізичні об'єкти в реальності. Прикладом може бути застосування комп'ютерних вірусів та атак на об'єкти суспільного й державного значення для створення перешкод у їхній нормальній роботі. Тобто, здійснюючі певні дії в мережі, наприклад, розповсюджуючи шкідливе програмне забезпечення, що змінює світло світлофорів не у визначеному порядку, можна зумовити дорожньо-транспортну пригоду вже в реальному світі.

Також можемо говорити про складові рівні кіберпростору. Загалом кіберпростір має два умовні рівні:

<sup>1</sup> Рішення Верховного Суду США *Reno versus ACLU/117 S.Ct 2329, 2334-35* (1997). URL: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/96-511.ZS.html>.

<sup>2</sup> Рекомендація о развитии и использовании многоязычия и всеобщем доступе к киберпространству. ЮНЕСКО, принята 15 октября 2003 года. URL: [http://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/multilingualism\\_recommendation.shtml](http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/multilingualism_recommendation.shtml).

<sup>3</sup> Ccdcoe.org. (2020). *Tallinn Manual 2.0*. URL: <https://ccdcoc.org/research/tallinn-manual>.

<sup>4</sup> Словник української мови : в 11 т. URL: <https://www.slovnkyk.ua/index.php?swrd=%D0%B2%D1%96%D1%80%D1%82%D1%83%D0%B0%D0%BB%D1%8C%D0%BD%D0%B8%D0%B9>.

– фізичний рівень (кабель, волокно, сервери, комп'ютери);

– віртуальний рівень (інформаційний)<sup>5</sup>.

На нашу думку, це є однією з основних ознак кіберпростору, що формує основні особливості здійснення правовідносин у кіберпросторі.

Отже, кіберпростір можна охарактеризувати як специфічне середовище, яке хоча й створено людиною, але через свою глобалізацію отримало такий значний і стрімкий розвиток, що в ньому виникають нові форми правовідносин, які натепер неповністю досліджені та недостатньо врегульовані ні в міжнародному, ні в національному законодавстві.

Закон України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України»<sup>6</sup> дає таке визначення: кіберпростір – середовище (віртуальний простір), яке дає можливості для здійснення комунікацій і/або реалізації суспільних відносин, утворене в результаті функціонування сумісних (з'єднаних) комунікаційних систем і забезпечення електронних комунікацій із використанням мережі Інтернет і/або інших глобальних мереж передачі даних.

З огляду на це визначення, кіберпростір характеризується такими ознаками:

- є віртуальним простором;
- існує для здійснення суспільних відносин;
- утворюється спільним функціонуванням систем із використанням мережі Інтернет.

Визначення, надане українським законотворцем, відрізняється від визначення, наданого в міжнародному законодавстві, і за кількістю ознак є більш вузьким.

Отже, ми можемо говорити, що кіберпростір є середовищем здійснення суспільних відносин. Але, на відміну від суспільних відносин у реальному світі, відносини в кіберпросторі набувають специфічних характеристик, які стосуються особливостей функціонування самого кіберпростору.

Першим нормативно-правовим актом, який ми пропонуємо розглянути та який відображає особливості регулювання правовідносин у кіберпросторі, є міжнародна Конвенція про кіберзлочинність<sup>7</sup>. Україна цю Конвенцію ратифікувала у 2005 році. Конвенція містить специфічні злочини, які можуть бути здійснені з використанням кіберпростору й за допомогою чи щодо комп'ютерних мереж, а саме:

1) правопорушення проти конфіденційності, цілісності й доступності комп'ютерних даних і систем (навмисний доступ до цілої комп'ютерної

системи або її частини без права на це; навмисне перехоплення технічними засобами без права на це; передача комп'ютерних даних, навмисне пошкодження, знищення, погіршення, зміна або приховування комп'ютерної інформації без права на це; навмисне серйозне перешкоджання функціонуванню комп'ютерної системи шляхом уведення, передачі, пошкодження, знищення, погіршення, заміни або приховування комп'ютерних даних без права на це; зловживання пристроями);

2) правопорушення, пов'язані з комп'ютерами (уведення, зміна, знищення або приховування комп'ютерних даних, яке призводить до створення недійсних даних, щоб вони вважалися дійсними або відповідно до них проводилися б законні дії як із дійсними, незалежно від того можна чи ні такі дані прямо прочитати й зрозуміти; шахрайство, пов'язане з комп'ютерами);

3) правопорушення, пов'язані зі змістом інформації (заборонена інформація, що передається в мережі Інтернет, наприклад, дитяча порнографія);

4) правопорушення, пов'язані з порушенням авторських і суміжних прав.

Отже, виділено специфічні правопорушення, які можливо вчинити лише в кіберпросторі, особливо це стосується злочинів, що пов'язані зі зміною чи викраденням даних. Отже, ми маємо приклад стосовно нових злочинів, складником об'єктивної сторони яких є саме здійснення цих злочинів із використанням комп'ютерних мереж і кіберпростору.

Також необхідно виділити окремий вид чи спосіб здійснення злочинів у кіберпросторі, а саме здійснення кібератак. Кінцева мета кібератак може бути абсолютно різною: псування репутації, шантаж, вимагання грошей чи здійснення певних дій, а також вплив на настрої в суспільстві (як, наприклад, атака на підприємства й установи в Україні вірусом NotPetya, де встановлено, що під час атаки використані протоколи блокування, які використовують хакери для вимагання грошей, але кошти в потерпілих не вимагалися)<sup>8</sup>.

Українське законодавство містить таке визначення кібератаки: кібератака – спрямовані (навмисні) дії в кіберпросторі, які здійснюються за допомогою засобів електронних комунікацій (включаючи інформаційно-комунікаційні технології, програмні, програмно-апаратні засоби, інші технічні та технологічні засоби й обладнання) і спрямовані на досягнення однієї або сукупності таких цілей: порушення конфіденційності, цілісності, доступності електронних інформаційних ресурсів, що обробляються (передаються, зберігаються) в комунікаційних і/або технологічних системах, отримання несанкціонованого доступу до таких ресурсів; порушення безпеки, сталого, надійного і штатного режиму функціонування

<sup>5</sup> Дубов Д.В. Кіберпростір як новий вимір геополітичного суперництва : монографія. Київ : НІСД, 2014. 328 с. URL: [http://www.niss.gov.ua/content/articles/files/Dubov\\_mon-89e8e.pdf](http://www.niss.gov.ua/content/articles/files/Dubov_mon-89e8e.pdf).

<sup>6</sup> Про основні засади забезпечення кібербезпеки України : Закон України від 05.10.2017 № 2163-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2163-19#n82>.

<sup>7</sup> Конвенція про кіберзлочинність від 23.11.2001, ратифікована із застереженнями й заявами Законом України «Про ратифікацію Конвенції про кіберзлочинність» від 07.09.2005 № 2824-IV. ВВРУ. 2006. № 5–6. Ст. 71. Дата набрання чинності: 01.07.2006. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_575](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_575).

<sup>8</sup> Стаття BBC Україна. Кібератака мала на меті дані, а не гроші – експерти. 29 червня 2017 р. URL: <https://www.bbc.com/ukrainian/news-40446423>.

комунікаційних і/або технологічних систем; використання комунікаційної системи, її ресурсів і засобів електронних комунікацій для здійснення кібератак на інші об'єкти кіберзахисту (Закон України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України»).

У лютому 2018 році аналітики антивірусної компанії McAfee підрахували, що у 2017 році світовий збиток від кіберзлочинів становив близько \$ 600 млрд., або 0,8% від світового ВВП, збільшившись приблизно на 35% порівняно з оцінкою за 2014 рік, яка становила \$ 445 млрд. Серед факторів, що зумовили зростання, фахівці перерахували таке: дедалі витонченіші хакерські атаки, розширення ринку кіберкримінальних послуг і поширення криптовалют. Експерти визнали, що найбільш швидко зростає такий вид кіберзлочинів, як атаки за допомогою вірусів-шифрувальників. Хакери все частіше вдаються до цього методу на тлі зростаючої доступності сервісів, побудованих за моделлю Ransomware-as-a-Service (RaaS, «Вимагання як послуга»)<sup>9</sup>.

Отже, кібератаки стали новим видом здійснення правопорушень. Дмитро Дубов пропонує здійснювати класифікацію різних кібератак за такими категоріями: хакерські атаки, такі як DDOS і Deface атаки, здійснення кібершпигунства (у тому числі й промислового) та кібердиверсій (тут також необхідно згадати про вірус Stuxnet, завдяки якому стало можливо говорити про кіберпростір як п'ятий вимір ведення військових дій)<sup>10</sup>.

Щодо використання кіберпростору у військових цілях необхідно зазначити про розробку Таллінського керівництва з міжнародного законодавства щодо кібервійни (далі – Керівництво)<sup>11</sup>. Це Керівництво є не нормативно-правовим актом, а лише результатом колективної роботи багатьох фахівців у галузі права щодо того, як саме можна застосовувати норми міжнародного гуманітарного права до кібервійни. У Керівництві проаналізовано основні принципи міжнародного гуманітарного права та здійснено аналіз накладення цих принципів на кіберсвіт.

Наприклад, щодо розгляду першого правила, що стосується суверенітету держав, експерти висловили таку думку: «Принцип суверенітету – це фундаментальний принцип міжнародного права. Держави користуються суверенітетом над будь-якою кіберінфраструктурою, яка розташована на їхній

території, і над діями, пов'язаними із цією інфраструктурою. Територія лежить в основі принципу суверенітету.

Територіальне походження принципу суверенітету також указує на обмеження інших держав щодо проведення кібероперацій, спрямованих на кіберінфраструктуру, розташовану на суверенній території. Фізичний, логічний і соціальний шари кіберпростору об'єднані в принципі суверенітету. Фізичний шар – це фізичні компоненти мережі (жорсткий диск, кабель, роутер, сервер); логічний шар – це зв'язок, що існує між приладами в мережі (використання, інформація й протоколи, що дають змогу обмінюватися інформацією на фізичному рівні); соціальний шар – це приватні особи та групи, залучені в кіберактивність. Той факт, що кіберінфраструктура розташована на території певної держави, під'єднана до кіберпростору, не може розглядатися як добровільна відмова від її суверенітету.

Отже, кіберпростір розглядається як окреме, специфічне середовище з притаманними тільки йому подіями та явищами.

Розглянувши вищенаведені приклади, можемо зробити висновок, що кіберпростір дійсно має притаманні тільки йому види суспільних відносин, які б не могли існувати поза його межами.

Українське законодавство, яке врегульовує відносини, що виникають у кіберпросторі, складається зі Стратегії кібербезпеки України, прийнятої у 2016 році<sup>12</sup>, яка регулює основоположні засади щодо забезпечення кібербезпеки в нашій державі. Метою Стратегії кібербезпеки України є створення умов для безпечного функціонування кіберпростору, його використання в інтересах особи, суспільства й держави.

Законом України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» (далі – Закон про кібербезпеку), визначено його мету й цілі: «правові та організаційні основи забезпечення захисту життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства та держави, національних інтересів України у кіберпросторі, основні цілі, напрями та принципи державної політики у сфері кібербезпеки, повноваження державних органів, підприємств, установ, організацій, осіб та громадян у цій сфері, основні засади координації їхньої діяльності із забезпечення кібербезпеки».

Але нині Закон про кібербезпеку піддається критиці багатьох науковців і правників. Не всі механізми Закону про кібербезпеку є логічно прописаними та реально здійсненими. Перелік об'єктів критичної інфраструктури не прийнято Верховною Радою України ще до сьогодні.

<sup>12</sup> Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 27 січня 2016 року «Про Стратегію кібербезпеки України»: Указ Президента України від 15.03.2016 № 96/2016. URL: <https://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/96/2016>.

<sup>9</sup> Бурдін М.Ю., Гнусов Ю.В., Калякін С.В. Окремі аспекти протидії кібератакам нового покоління. *Актуальні питання протидії кіберзлочинності та торгівлі людьми*: збірник матеріалів Всеукр. наук.-практ. конф. (23 листоп. 2018 р., м. Харків) / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ / Координатор проектів ОБСЄ в Україні. Харків: ХНУВС, 2018. 436 с. URL: <http://univd.edu.ua/uk/dir/1960>.

<sup>10</sup> Дубов Д.В. Кіберпростір як новий вимір геополітичного суперництва: монографія. Київ: НІСД, 2014. 328 с. URL: [http://www.niss.gov.ua/content/articles/files/Dubov\\_mon-89e8e.pdf](http://www.niss.gov.ua/content/articles/files/Dubov_mon-89e8e.pdf).

<sup>11</sup> Ccdcoe.org. (2020). *Tallinn Manual 2.0*. URL: <https://ccdcoe.org/research/tallinn-manual>.

Водночас прийнято Постанову Кабінету Міністрів України «Про затвердження Загальних вимог до кіберзахисту об'єктів критичної інфраструктури»<sup>13</sup>, положення якої «визначають організаційно-методологічні, технічні та технологічні умови кіберзахисту об'єктів критичної інфраструктури, що є обов'язковими до виконання підприємствами, установами та організаціями, які відповідно до законодавства віднесені до об'єктів критичної інфраструктури». У цьому разі суб'єкти мають самостійно прийняти рішення щодо того, чи належать їхні підприємства або установи до об'єктів критичної інфраструктури держави.

<sup>13</sup> Про затвердження Загальних вимог до кіберзахисту об'єктів критичної інфраструктури : Постанова Кабінету Міністрів України від 19.06.2019 № 518. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/518-2019-%D0%BF>

## Висновки

Підводячи підсумки здійсненого аналізу нормативно-правових актів, як міжнародних, так і національних, можна дійти висновку, що нормотворці намагаються здійснити врегулювання відносини в кіберпросторі та юридично оформити поняття самого кіберпростору. З огляду на те що саме явище кіберпростору відносно нове в розрізі тисячолітньої історії права, нині важко очікувати правильного й точного врегулювання відносин у кіберпросторі. Але з поняттям кіберпростору та інформатизації суспільства також тісно пов'язані поняття штучного інтелекту й автономних машин. Тому, на нашу думку, ці відносини будуть у подальшому розвиватися, видозмінюватися та потребувати все більш широкого правового регулювання.

## Current trends in the development of employment relationships in the context of digital transformation of society

**Sereda Olena**

*Doctor of Science of Law, Associate Professor,  
Associate Professor of the Law Department of Labor Law  
Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine*

The article is devoted to the relevant issues of development of atypical forms of employment of the population related to information technology development.

The main purpose of the emergence of new types of employment is to meet demand of employees for greater flexibility in working hours and the desire of employers to use labor more effectively. New developments in the world of work necessitate the adaptation and renewal of labor law institutions to maintain the effectiveness of the legal regulation of labor relations by the state. Global experience in legal regulation of labor in the field of gig-economy demonstrates the urgent need to introduce this institute to domestic legislation. It is proven that currently Ukraine has undeveloped state legal framework for regulation of the process of building a digital economy, and uncertainty about the nature of interaction between participants of this process, which in turn hinders the formation of an appropriate legislation. With the development of the latest legal relations, existing institutions of labor law is no longer meeting the needs of modern society and cannot provide integrated control in the cases with dynamic variables. The feasibility of finding the best form of formalization of labor relations that will be more mobile in a technocratic economy is being determined. Based on the analysis of international experience, the advantages and the need for legal regulation of relations arising between employee and employer based on digital platforms are given. For the purpose of the most effective protection of the social interests of the parties of the employment relationship that work in the digital space, block chain technology is proposed to be implemented at different stages of development of legal relations in the world of work. It will provide employees with guarantees of state standards in the field of remuneration, proper social insurance and professional development, and employers with creating digital jobs, monitoring activity of employees, stability of work, etc. It is determined that the research of block chain trend in the labor field allows you to disclose its legal and economic aspects, reveal the nature, advantages and disadvantages related to the new economic and political realities and introduce effective legal regulation mechanisms.

### Сучасні тенденції розвитку трудових правовідносин в умовах цифрової трансформації суспільства

**Середь Олена Григорівна**

*доктор юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри трудового права  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Україна*

#### Вступ

Стрімкий перехід усього цивілізованого світу в цифровий простір вимагає повномасштабного реформування правової системи, що безнадійно відстала від технічного прогресу, за допомогою нових технологій, методів і розуміння юриспруденції в іншому напрямі. Це ставить нові завдання й перед фахівцями у сфері трудового права.

Сьогодні глобальний тренд цифрової світової економіки вступає в активну фазу свого розвитку. У провідних країнах світу розробки цифрових технологій як на державному, так і на корпоративному рівнях почали масово розвиватися в державних програмах і стратегіях бізнесу. В Україні на державному рівні визнається необхідність формування цифрової економіки та суспільства<sup>1</sup>, а цифрові технології роз-

глядаються як один із ключових драйверів сталого розвитку.

З розвитком новітніх правових відносин старі інститути права перестають задовольняти потреби сучасного соціуму: вони не можуть забезпечити комплексне регулювання у випадках із динамічними змінними, оскільки з поточним поколінням контрактів це можна зробити лише умовно, що може призвести до зайвих утрат. Також, з іншого боку, існують ситуації, коли потребується мінімальне юридичне втручання й занадто велика формалізація виявляється зайвою, оскільки знижує швидкість комунікації між суб'єктами договору.

Чинні форми та види трудових договорів не спроможні задовольнити всі потреби сучасного світу. Тому компанії шукають більш оптимальні форми закріплення трудових відносин, що будуть швидшими, економічнішими й більш мобільними в умовах технократичної економіки.

<sup>1</sup> Концепція розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/67-2018-%D1%80>.

Стрімкий розвиток інформаційних технологій спричиняє появу нових видів трудових правовідносин, таких як телеробота, надомна праця, договори мінімум-максимум, аутстафінг та інші види нетипової зайнятості. Очевидним є той факт, що класична конструкція трудового договору не може повною мірою відповідати викликам часу.

Як зазначають А.М. Лушніков (A.M. Lushnikov) та М.В. Лушнікова (M.V. Lushnikova), модель традиційної зайнятості, що передбачала укладення безстрокового трудового договору на повний робочий день із постійним окладом, за деякими винятками, існувала більш-менш стабільно до 1970-х років, коли масове розповсюдження отримали нетипові форми зайнятості, що можуть бути охарактеризовані відсутністю або зміною однієї з трьох класичних ознак трудових правовідносин – особистісної, організаційної, майнової. Наслідком таких змін стала поява відповідних нетипових трудових договорів<sup>2</sup>. Основною метою появи нових видів зайнятості є задоволення попиту працівників на більшу гнучкість робочого часу та бажання роботодавців більш ефективно використовувати трудовий ресурс. Життя стає динамічнішим, і люди намагаються якомога раціональніше використовувати власні ресурси. Як наслідок, трудове законодавство не встигає за розвитком відносин та отримує значну кількість прогалин, які варто заповнювати.

Сучасний етап розвитку визнається як епоха постіндустріального або інформаційного суспільства, у якому інформація та знання стали основним ресурсом у виробництві товарів (наданні послуг, виконанні робіт), запровадження сучасних технологій та інноваційних продуктів. При цьому на порядок денний постає питання щодо професійних якостей працівника, який стає не просто особою з певною освітою та навичками, а як фахівцем із творчим, креативним мисленням, який здатний до швидкого реагування на нові завдання з формування нестандартних підходів до їх вирішення, запровадження інноваційних знань тощо.

В умовах домінування інтелектуального капіталу, знань, активного просування інформаційно-комунікаційних технологій, масового поширення процесів інформатизації та інтелектуалізації виробництва й суспільного життя модифікуються умови праці та виникають нові підходи в регулюванні трудових відносин.

З огляду на викладене, **метою статті** є дослідження нових форм зайнятості й особливостей трудових правовідносин, що виникають в умовах цифрового розвитку суспільства, з урахуванням міжнародного досвіду надання пропозицій щодо вдосконалення вітчизняного законодавства.

<sup>2</sup> Лушніков А.М., Лушнікова М.В. Курс трудового права : учебник : в 2 т. Москва : Статут, 2009. Т. 2 : Коллективное трудовое право. Индивидуальное трудовое право. Процессуальное трудовое право. С. 271.

## Виклад основного матеріалу

Сьогодні цифровізація процесів актуальна не тільки на рівні окремих підприємств: цілі галузі обирають для себе цей шлях розвитку як єдину можливість відповідати умовам навколишнього світу, що стрімко змінюються. Завдяки цьому цифрова трансформація промисловості, торгівлі, державного сектора та інших сфер уже сьогодні змінює життя кожної людини й кожної компанії. В умовах формування нової історичної фази суспільного розвитку цивілізації – постіндустріального суспільства – відбувається дестандартизація зайнятості, тобто розповсюдження гнучких і мінливих форм зайнятості, які називають нестандартними. Відповідно до міжнародних стандартів трудового права й діяльності Міжнародної організації праці (далі – МОП), сформувався поділ форм зайнятості на стандартну й нестандартну. Нестандартна зайнятість, визначена МОП, включає в себе чотири різні типи зайнятих найманих працівників, які відхиляються від стандартних трудових відносин. До них належать тимчасова зайнятість (випадкова робота й термінові контракти); робота на неповний робочий день та організація роботи за викликом; тристоронні трудові відносини (тимчасова робота агентства й інші форми брокерської діяльності або розсилки робочої сили) і замасковані трудові або залежні відносини для самостійної роботи (де працівники юридично класифікуються як самозайняті, а хтось інший керує їхньою роботою)<sup>3</sup>.

За даними МОП, Україна посіла перше місце в Європі та четверте місце у світі із зайнятості на цифрових платформах, що вимірюється за сумою фінансових потоків і кількістю завдань, виконаних на таких платформах. Вісімнадцять відсотків українських офісних працівників уже пробували цифрову роботу й хотіли б повністю перейти на неї; один із двох розглядає це як додаткове джерело доходу<sup>4</sup>.

Більшість цифрових платформ пропонують вступати виконавцям роботи у відносини як «клієнт – незалежний підрядник» або самозайнята особа, а не як «роботодавець – працівник» у розумінні трудового права. Найчастіше вони працюють неформально, без сплати податків або внесків на соціальне забезпечення. Отже, працівники, які в більшості випадків фактично є працівниками в розумінні трудового права, не підпадають під регулювання трудового законодавства й вимушені самостійно нести ризики соціального забезпечення.

<sup>3</sup> European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions. Non-standard forms of employment: Recent trends and future prospects. Dublin : Author. URL: <https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1629&context=intl>.

<sup>4</sup> Зайнятість через цифрові платформи в Україні. Проблеми та стратегічні перспективи / Міжнародна організація праці, 2018 р. URL: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/--travail/documents/publication/wcms\\_635371.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/--travail/documents/publication/wcms_635371.pdf).



Незважаючи на привабливість такої роботи для людей (заробіток, гнучкий режим роботи, можливість для саморозвитку тощо) і для роботодавців (відсутність легального оформлення працівників), є низка умов праці, що потребують правового регулювання, причому в інтересах обох сторін. Для працівників – це забезпечення державних соціальних стандартів у сфері оплати праці, охорони праці, робочого часу й часу відпочинку; соціальне страхування, без якого особа не може почуватися захищеною (оплата листків непрацездатності за час хвороби, допомога по безробіттю, пенсія); стабільність таких трудових відносин; професійний розвиток; судовий захист. Для роботодавців – це створення цифрових робочих місць, контроль за діяльністю працівників, можливість застосовувати до них відповідальність (дисциплінарну, матеріальну) за невиконання роботи й завдану шкоду, стабільність праці тощо. Втрачає й держава, оскільки доходи, отримані працівниками на цифрових платформах, переважно не легалізовані, отже, з них не сплачуються податки й інші обов'язкові платежі.

Відповідно до статистики, зараз у світі кожен третій працівник виконує роботу за допомогою цифрових платформ, за розрахунками на 2020 рік кожен другий буде працівником у gig-економіці. Історія нормативного закріплення правового регулювання праці в gig-економіці бере свій початок у 70-х роках минулого століття, коли розвиток технологій дав змогу трансформувати в нові форми зайнятості працівників. Виникнення прецедентів спонукало законодавців зарубіжних розвинутих країн до нормативного закріплення та правового регулювання праці в gig-економіці. Необхідність упровадження цих категорій працівників у правовий простір є обов'язком сучасного національного законодавця, адже застосування нестандартних форм зайнятості дає змогу посилювати гнучкість ринку праці, але це відбувається переважно за рахунок зменшення рівня соціальних гарантій працівників<sup>5</sup>. Для встановлення балансу й забезпечення соціальної захищеності працівників у більшості країн світу праця в gig-економіці знайшла своє закріплення й правове регулювання у відповідних нормативних актах.

Для захисту прав працівників у gig-економіці на національному та міжнародному рівнях підписуються угоди для ефективного розвитку gig-економіки й утвердження соціальної справедливості. Так, у Мюнхені в жовтні 2017 року прийнято Кодекс поведінки з використанням цифрових платформ<sup>6</sup> – посібник для процвітаючої та чесної співпраці між цифровими платформами й працівниками, що встановлює принципи роботи в gig-економіці.

У межах Франкфуртської декларації про роботу

на цифрових платформах, підписаної 6 грудня 2016 року, організації-учасники визначили, що в контексті глобалізації, оцифрування, нерівності, що зростає, у доходах між країнами та політичної поляризації, що зростає, у Європі та США умови справедливої, соціально-стійкої роботи й реальної участі працівників у формуванні умов праці є важливіші, ніж будь-коли. Це так само справедливо на цифрових платформах як у промисловому виробництві, так і в офісній роботі. Підприємства та працівники мають спільну зацікавленість у забезпеченні спільного й рівноправного використання переваг цифровізації, й участь працівників в управлінні роботою є історично підтвердженим механізмом для цього. На тлі ризику «цифрового феодалізму» оператори платформ, працівники, організації працівників, клієнти, дослідники повинні працювати разом, щоб привести демократію до цих нових цифрових робочих місць<sup>7</sup>. У декларації проголошуються основні принципи діяльності працівників на цифрових платформах. Так, у межах юрисдикції працівника та незалежно від його правового статусу або доступу до інших можливостей роботи йому має сплачуватися не менше ніж мінімальна заробітна плата (після витрат, перед податками). Установлюється як фундаментальне право працівників на можливість організації та ведення переговорів про колективні договори з операторами платформ. Утверджується принцип прозорості для ефективної роботи цифрових платформ.

Результати опитування показують, що цифрові платформи змінили способи роботи й те, як робота розглядається й підприємствами, і працівниками. Подібні перетворення неминуче містять як сильний потенціал переваг для суспільства, так і ризики. Розуміння таких ризиків є важливим для розроблення державної політики, яка може сприяти збільшенню переваг від трансформації світу праці, що принесли платформи<sup>8</sup>.

Поява та розвиток технологій, професій, що є міжгалузевими, цікавими є й для трудового права. Прикладом цього є лізинг робочої сили, поява фрилансерів, захист інтелектуальної власності. Створення та функціонування цих нових явищ буде практичним із поглядів за допомогою такої нової технології, як блокчейн. Механізм блокчейну широко використовується закордоном у різних сферах. В Україні дослідження цієї технології ще тільки в стані вивчення, поки що не набуло належного наукового розроблення.

Блокчейн – це розподілена база даних, у якій зберігається інформація про кожну операцію, зроблену

<sup>5</sup> Свічкарьова Я.В. До питання про нетипові ознаки трудових відносин за договором «мінімум-максимум». *Право і інновації*. 2016. № 1. URL: [ndipzir.org.ua/printed-journal](http://ndipzir.org.ua/printed-journal).

<sup>6</sup> Crowdsourcing Code of Conduct. URL: <http://crowdsourcing-code.com/>.

<sup>7</sup> The Frankfurt Declaration on Platform-Based Work Frankfurt. URL: [https://www.igmetall.de/docs\\_20161214\\_Frankfurt\\_Paper\\_on\\_Platform\\_Based\\_Work\\_EN\\_b939ef89f7e5f3a639cd6a1a930feff8f55cecb.pdf](https://www.igmetall.de/docs_20161214_Frankfurt_Paper_on_Platform_Based_Work_EN_b939ef89f7e5f3a639cd6a1a930feff8f55cecb.pdf).

<sup>8</sup> Зайнятість через цифрові платформи в Україні. Проблеми та стратегічні перспективи. 2018. URL: [https://www.ilo.org/travail/WCMS\\_635371/lang-en/index.htm](https://www.ilo.org/travail/WCMS_635371/lang-en/index.htm).

в системі. Дані зберігаються у вигляді ланцюжка блоків (звідси і назва – blockchain) із записами про транзакції. Їх неможливо підробити, так як кожний новий запис здійснює підтвердження в уже наявних ланцюжках. Щоб підробити дані, потрібно змінювати інформацію в усіх інших блоках. При цьому, так як система розподілена, актуальна інформація про записи в системі зберігається в усіх її учасників та автоматично оновлюється в разі внесення будь-яких змін<sup>9</sup>.

У межах трудового права із застосуванням системи блокчейн можна розширити межі працевлаштування, виключити питання дискримінації, автоматизувати шалену кількість процесів, надати працездатному населенню додаткові можливості пошуку роботи. Очевидним є той факт, що друковані оголошення, газети, журнали, інтернет-сайти з пропозиціями робочих місць є абсолютно застарілими засобами вирішення питання працевлаштування. Невиконання вимог законодавства щодо письмового укладення трудового договору є питанням для обговорення ще з минулого століття, але кінцевого вирішення не знайдено. Усе частіше не враховуються тенденції міграції молодих фахівців, хоча наведений перелік проблем змушує замислитися над запровадженням великої бази, де можна знайти й використати всі можливості, які гарантуються міжнародними актами, Конституцією та Законами України.

Вершиною айсбергу застосування технологій блокчейн є повна фіксація всіх пропозицій на ринку праці. Блокчейн може збільшити ефективність побудови та підтримки публічних баз даних. По-перше, інформацію буде неможливо підробити. По-друге, така база відмінно справляється з DDoS-атаками й іншими популярними способами порушення роботи. Упровадження цієї технології дасть змогу забезпечити надійну синхронізацію даних.

Як наслідок, роботодавці зможуть додати всі дані стосовно критеріїв, особистих якостей, певних навичок майбутнього працівника в базу блокчейн. За необхідності будь-яка особа зможе знайти цю пропозицію, видрукувати її чи направити в електронному вигляді свою кандидатуру. На аркуші буде надрукований хеш блокчейна – унікальний ідентифікатор у базі даних блокчейн – і код. Отже, інформація стає максимально прозорою, будуть «відсічені» неправдиві пропозиції роботи, не будуть недодані дані стосовно певних умов праці, не з'являться додаткові критерії під час співбесіди через суб'єктивний погляд роботодавця на конкретного кандидата.

З іншого боку, майбутній працівник буде мати можливість дослідити історію розвитку тієї чи іншої компанії, перспективи кар'єрного зростання, повний перелік вимог до працівників, можливість співпраці з іноземними компаніями, завчасно підібрати оптимальний варіант працевлаштування.

Крім того, блокчейн виключає можливість невиконання вимог законодавства щодо укладення письмового трудового договору, оскільки за допомогою цієї технології можливе фіксування даних стосовно працевлаштування – від переддоговірних відносин до моменту їх припинення.

Для нетипових форм зайнятості оформлення трудового договору за допомогою технології блокчейн буде способом належного оформлення трудових відносин і можливістю використовувати загально-визнані трудові права та неможливістю роботодавця ухилитися від певних зобов'язань, визначених трудовим правом.

Отже, майбутні працівники зможуть знайти максимальний обсяг інформації стосовно майбутнього місця роботи, проглянути його репутацію, наявність боргів у держави перед цим підприємством. Аналогічну інформацію зможе отримати й роботодавець. Для молодих фахівців відкривається більше можливостей для пошуку праці за покликанням, освітою та певним рівнем заробітної плати.

Окремими перевагами буде регулювання нетипових форм зайнятості з мінімальними витратами й зусиллями. Оскільки блокчейн – це надійна технологія, кожен, хто використовує дані працівників у мережі, не має причин сумніватися в його автентичності<sup>10</sup>. Немає необхідності постійної багатетапної перевірки багатьох даних. Блокчейн може бути запрограмований для автентифікації інформації про працівника, ураховуючи посилання, за допомогою цієї мережі.

Роботодавці можуть створювати, керувати й безпечно зберігати все, починаючи від переліку працівників і трудових договорів, продовжуючи перевірки облікових даних на блокчейн.

Технологія блокчейн допоможе роботодавцю менше контролювати своїх працівників: буде спрощено зв'язок «клієнт і працівник». Так, запропонована вище технологія «gig blockchain» дає працівникам змогу виконувати трудові обов'язки без надійного стороннього посередника, наприклад, у сфері бізнесу, де пов'язані робітники та споживачі.

Досконале вивчення й застосування сутності блокчейну дасть можливість сучасному трудовому законодавству зробити перші значимі кроки в трансграничній простір, реформувати законодавство відповідно до вимог сьогодення, стати передовою країною у сфері вдосконалення правової системи.

## Висновки

Зміни в соціально-економічній сфері зумовлюють необхідність у трансформації системи права, яка має відповідати стану й мірі розвитку суспільних відносин для здійснення їх ефективного регу-

<sup>9</sup> Глушенко Н. Блокчейн в Україні: Що це за технологія і чим вона корисна. URL: <https://ua.112.ua/statji/blokchein-v-ukraini-shcho-tse-za-tekhnolohiia-i-chym-vona-korysna-417161.html>.

<sup>10</sup> Peter Sestoft Autonomous pension funds on the blockchain, IT University of Copenhagen. URL: <http://www.itu.dk/~sestoft/papers/autonomous-pensions.pdf>.

лювання, спрямування та програмування на майбутнє, захисту прав людини праці в нових умовах господарювання тощо. Така взаємозумовленість системи права та суспільних відносин віддзеркалює об'єктивний характер відповідно до чинних суспільних відносин у царині праці, відбиває необхідність урахувати в новому Трудовому кодексі України саме ці реалії.

Нові явища у сфері праці також зумовлюють необхідність адаптації та оновлення інститутів трудового права задля збереження ефективності правового регулювання трудових відносин з боку держави. Водночас трансформація трудового права також є необхідною з погляду забезпечення прав працівника в нових змінних умовах соціально-економічного буття.

Досвід правового регулювання праці у сфері gig-економіки демонструє нагальну потребу впровадження цього інституту до вітчизняного законодавства. Очевидно, що сьогодні традиційний трудовий

договір уже не здатний регулювати всі форми трудових відносин, тому національне законодавство потребує розроблення спеціальних комплексних законодавчих актів на підставі позитивного міжнародного досвіду в зазначеній сфері.

Необхідність правового регулювання й закріплення праці на цифрових платформах є пріоритетною для України. Імплементация досвіду зарубіжних країн з урахуванням національних особливостей є шляхом для реалізації конституційного права особи на працю.

Отже, з огляду на перехід України в Європейський правовий простір, необхідно гармонізувати національне законодавство з використанням новітніх світових тенденцій. Застосування технологій державного блокчейну допоможе отримати необхідні дані стосовно працівника, роботодавця, відбудеться повна фіксація їх і неможливість протиправної зміни чи укладення з вимогами, що суперечать законодавству.

## Conclusion, amendment and termination of the license agreement under the civil law of Ukraine

*Smorodyna Alla*

*Research Student of V.M. Koretsky Institute of State and Law  
of the National Academy of Sciences of Ukraine, Ukraine*

This article examines the procedure for concluding, amending and terminating a license agreement as a subtype of agreements on the disposal of economic intellectual property rights, according to the civil law of Ukraine. In accordance with the provisions of the Civil Code of Ukraine<sup>1</sup>, the general provisions on the conclusion, amendment and termination of the agreement apply to the license agreements as well. Some additional requirements are set forth in the Civil Code of Ukraine and legislation related to certain intellectual property objects. Detailed attention is given to the issue on conclusion the agreement, the main stages of conclusion (the offer and the acceptance) are investigated, as well as the positions of some Ukrainian academics about the “third stage”. Terms and conditions when said “third stage” may apply were analyzed separately. This study reviews the voluntary (free), competitive and reciprocal procedure of concluding the agreement. It determines the mandatory conditions of and the form of the offer. Given that the offerer (an initiator to conclude the agreement) may be any party – either the future licensor or the licensee – the special conditions for the offer are studied depending on the person – the offerer. An acceptance, a response to the offer, is also subject to regulation and it must be complete and unconditional. Despite the fact that the legislation of Ukraine does not provide for mandatory state registration of the license agreement, there are separate legislation acts that provide for the procedure of their registration at the request of any party to the license agreement. Regarding the amendment and termination of the agreement, the legislation of Ukraine establishes the general legal grounds for the amendment and termination of the agreement, and separately determines the legal consequences of these actions for the parties. Disputes about the termination of license agreements constitute the most common court cases. The main trends are recognized based on the analysis of court decisions publicly available with Unified State Court Registry of Ukraine. As a result, author formed conclusions about the general state of regulation of the issue of concluding, amending and terminating the license agreement in Ukraine.

### Introduction

The<sup>1</sup> object of the study is the procedure for the conclusion, amendment and termination of the license agreement as a type of the civil agreements.

The subject of the study is the relations concerning the conclusion, amendment and termination of the license agreement under the Civil Code of Ukraine, as the main normative act of Ukraine, which regulates the conclusion, amendment and termination of a civil law agreement.

In general, the question of conclusion, amendment and termination of the certain types of contractual obligations has been studied by O. Dzera, A. Dovgert, N. Kuznetsova, V. Kossak, M. Braginsky, and many others. Also, there are studies of particular types of the civil agreements, namely regarding franchising agreements (V. Tsirat), factoring agreements (Y. Chapidze), insurance agreements (V. Yanyshen) etc. However, the author is not aware of a similar study on licensing agreements, it seems that the process for concluding, amending and terminating a license agreement has not been thoroughly investigated. We believe that the results of this study will be of interest to the scientific community of Ukraine for further scientific development and practical application.

The **purpose of this study** is to investigate the procedure for concluding, amending and terminating a license agreement as a type of civil agreements,

to establish specifics on the conclusion, amendment and termination of a license agreement, and to examine Ukraine's court practises on these issues.

### Presenting main material

Chapter 53 of the Civil Code of Ukraine, which is entitled “Conclusion, Amendment and Termination of the Agreement”, is included into Book V “Obligatory Law” and applies to all civil agreements, as named (and, respectively, governed by Book V), and not named. According to Article 626 of the Civil Code of Ukraine agreement defined an “arrangement of two or more parties, aimed at the establishment, modification or termination of civil rights and obligations”, which are the “core element of the institution of the agreement”<sup>2</sup>.

### Conclusion of the licence agreement

We believe that the first thing to start exploring the issue of contracting is the determination of the main function of one of the fundamental principles of modern civil law and the basic principle set out in Articles 3, 6 and 627 of the Civil Code of Ukraine, – the principle of freedom of the agreement. The conclusion of the agreement should be voluntary and based only on the mutual free consent of its equal parties, and the absence

<sup>1</sup> URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.

<sup>2</sup> Borodovsky S. Conclusion, Amendment and Termination of the Contract in the Civil Law of Ukraine. Author's thesis ... Ph. D. in Law : 12.00.03 / National University of the Internal Affairs. Kharkiv. 2005. 20 p. P. 5.

of any influence on their will by third parties, in particular public authorities<sup>3</sup>. Thus, the Civil Code of Ukraine here regulates the voluntary, mutual and competitive process of concluding the agreement, in contrast to other process, for instance, concluding under the court decision, at the exchange market, under tender process<sup>4</sup>.

In general, legislative regulation of the procedure for concluding, amending and terminating a civil agreement is a system of legal rules that determine the nature and the behaviour of participants in these relations, the regulation itself is “a form filled with content by the parties' expression of the will to conclude, amend or terminate the agreement”<sup>5</sup>.

According to Part 2 of Article 638 of the Civil Code of Ukraine, the general procedure for the conclusion of the agreement is providing the proposal of one party to conclude the agreement (offer) and acceptance of the offer by the other party (acceptance). Thus, the order consists of two consecutive stages: the offer and the acceptance. This “two-stages” concept is mainly supported by Ukrainian academics<sup>6</sup>, nevertheless, there is a position on the existence of the third stage, which is not specified in the quoted provision, namely, – confirming the receipt of the acceptance by the offeror – which is proposed as mandatory if there is a gap in a moment of acceptance the offer by the offeree and aware of such by the offerer. The author agrees that this stage might be important, since from that moment the offer becomes valid and obliges the offerer.

### The offer

It is important to note that each party to a future agreement can make an offer. In other words, the subject of the copyright and related rights or the holder of the patent or certificate (a licensor) and the prospective user (a licensee) have equal opportunity to initiate a proposal to the other party to conclude the agreement.

The cited provision of the Civil Code of Ukraine does not contain a list of terms and conditions that the offer should contain. Considering the provisions of Part 1 of Article 641 of the Civil Code of Ukraine, that the offer can be made by each party, the requirements for the offer should be universal and apply equally to each party, that is, for the license agreement – to the future licensor and licensee.

Based on the wording of the Article 641 of the Civil Code of Ukraine, the offer must meet the following requirements, namely: (1) to contain the essential terms of the agreement (paragraph 2 of Part 1 of Article 641 of the Civil Code of Ukraine); (2) to be addressed to a specific person or persons, since the proposals

addressed to an indefinite persons are not considered as an offer (Part 2 of Article 641); (3) to express the intention of the offerer to be bound by acceptance such offer (paragraph 2 of Part 1 of Article 641).

There are different approaches whether considering (4) the deadline to respond to the offer (Part 3 of Article 641) as a mandatory condition of the offer. The author agrees with the position that if it is impossible to immediately receive a response (including by the offeree's action), the offer must include a time limit for the response. Another argument for recognizing the deadline for replying to an offer is a core condition for the right to or forbidding to withdraw the offer as set forth by the law. Under the general rule, the offer cannot be considered irrevocable. Thus, having the deadline is important from the perspective of business purposes of the offerer than the time is the essence and in case of postpones the offer become irrelevant.

There is no direct provision about the form of an offer. Theory says that an offer may be in written or verbal form, made by way of conclusive action, by means of a data message (ie, by e-mail, telegram, fax, etc.). However, since the license agreement must be in writing, the offer must also be made in writing.

With respect to material terms and conditions of the offer, the provisions of Part 3 of Article 1109 of the Civil Code of Ukraine, which lists the terms of the license agreement, may due apply. The material terms and conditions of a future license agreement to be contained in the offer shall be determined at the discretion of the offerer. Said Part 3 of Article 1109 of the Civil Code of Ukraine listed the following terms of the license agreement to be agreed by the parties: type of license, scope of use of the intellectual property rights object (specific rights and ways of use it; territory and time period to which the rights are granted), amount of royalty and the terms of its payment, as well as other terms that the parties consider appropriate to include in the license agreement. Despite such terms are not named here as “material” terms, in a broad understanding it might mean that all listed terms must be mutually agreed by the parties. Following the provisions of Part 1 of Article 638 of the Civil Code of Ukraine that the agreement is considered concluded when the parties have reached arrangement on all material terms of it.

Another requirement is that the offer must specify (addressed) a specific person or persons, this means that it must clearly identify the person to whom the offer is being made. The law does not require such identification. Nevertheless, we believe that the only criteria may be here is the sufficiency of information for identifying a person (the name of a natural person as defined in Article 28 of the Civil Code of Ukraine; the name of a legal entity as defined in Article 90 of the Civil Code of Ukraine) and their addresses if the offer is to be sent by mail or other means of communication.

Given that the offer to conclude a license agreement must always relate to a specific intellectual property

<sup>3</sup> Yanovitskaya G., Kuchera V. *Civil Law of Ukraine: Schoolbook*. Lviv : State University of Internal Affairs. Lviv. 2011. 468 p. P. 244.

<sup>4</sup> Denisyuk V. *The Process of Concluding a Civil Contract*. *South-Ukrainian Law Journal. Problems of Civil and Commercial Law*. 2012. № 3. P. 115–118. P. 116.

<sup>5</sup> Borodovsky S. *Same work*. P. 8.

<sup>6</sup> Denisyuk V. *Same work*. P. 116.

object, in this context, it is important to identify the due owner of the intellectual property object (a licensor). It works in both cases, regardless of which party – future licensor or licensee – proposes to conclude the license agreement. Although the Ukrainian law does not require the licensor's confirmation of the rights to the object of intellectual property rights to be provided in the license agreement, as of now when the court is considering respective disputes the licensor must be ready to confirm the entire sequence of transfer and receipt of rights, namely from the original author of the work<sup>7</sup>.

As required by Part 2 of Article 207 of the Civil Code of Ukraine, the offer must be signed by the offerer. The person addressed by the offer to conclude the license agreement assumes that the other party has the legal capacity to conclude such agreement. Namely, such person has exclusive property rights on disposal over intellectual property rights object, which are the subject of future license agreement.

Thus, the offer to conclude a license agreement must be expressed in writing, contain the material terms of the license agreement, be addressed to the future party to the agreement - licensor or licensee, - and be signed by the party sending the offer to conclude the agreement.

### The acceptance

The acceptance of the offer is regulated by Article 642 of the Civil Code of Ukraine. It provides for a rule that the acceptance of the offer must contain two basic requirements, namely that the answer about its acceptance must be (1) complete (full) and (2) unconditional.

Completeness of the acceptance means that the offeree accepts all the material terms of the future agreement, listed in the offer. Unconditionality means the acceptance of the offer without any reservation, since the reply on the offer to conclude an agreement on other terms constitutes a new offer.

Once the offer may contain the deadline for reply on it (for acceptance), such reply must be given within the time specified in such offer. Law allows the offer has no deadline, so it is considered that the agreement is concluded (1) when the offeree immediately declared its acceptance (if the offer is made in verbal) or (2) when the offerer receives a timely reply (if this period is not set – within the normally necessary time (if the offer is made in writing)).

Moreover, one can accept the offer by taking an action aimed at execution of the agreement, as states in Part 2 of Article 642 of the Civil Code of Ukraine, which provides examples of such acts of conclusion: “shipped goods, rendered services, performed works, paid the appropriate amount of money, etc”. Here the acceptance is possible if the offeree (as licensee) pays

to the offerer (as licensor) the amount of compensation for the use of the intellectual property right named in the offer.

Thus, according to Part 1 of Article 638 of the Civil Code of Ukraine, the agreement is concluded once the parties reached agreement on all material terms of it. The moment of conclusion is the moment when the offerer receives the answers on acceptance of this offer. At practice it usually has the following order: the offerer sends an offer in a writing form (it might be signed and sealed) and, if it accepts by the offeree, the last signs it and returns it back to the offerer. Mandatory written form on the license agreement is required by Part 2 Article 1107 of the Civil Code of Ukraine, otherwise it results in its voidability.

Cited provisions of the Civil Code of Ukraine regulates mutual procedure used by two parties for concluding the license agreement. That is why written form works. So, parties may physically express their will by signing a document. This approach is highly criticized by Ukrainian academics and lawyers because of non-compliance if a license agreement needs to be concluded in Internet “by default”.

Ukrainian law does not provide either state registration or notarization of the license agreement as prerequisite for its validation or acquiring the license rights, in contrast with requirements on the state registration of assignment the rights. License agreement is not a subject to obligatory state registration in Ukraine, but it may be carried out at the request of the licensor or the licensee. Moreover, there is a certain legislation acts which regulate the process of state registration of licenses on the trademark<sup>8</sup>, inventions (utility models)<sup>9</sup>, industrial designs<sup>10</sup>.

There are two opposite approaches regarding the state registration of a license agreement. Although state registration has not been mandatory since 2004 (the date of entry into force of the Civil Code of Ukraine), there are opinions on the need to “return” or introduce a new system of the state registration of license agreements. The main argument is the need to protect the rights of licensees to confirm their ownership of the intellectual property rights specified in the license agreement, the absence of “parallel” licenses, to certify the legitimacy on use the rights, to prevent abuse

<sup>8</sup> Order on Approval the Instruction on Submission, Review, Publication and Filing to Register the Date on Assignment the Right to Trademark and License on Use the Trademark (International Trademark), by Ministry of Education and Science of Ukraine No.576 on 3 August 2001. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0718-01>.

<sup>9</sup> Order on Approval the Instruction on Submission, Review, Publication and Filing to Register the Date on Assignment the Right to Industrial Design and License on Use the Industrial Design, by Ministry of Education and Science of Ukraine No.521 on 16 July 2001. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0644-01>.

<sup>10</sup> Order on Approval the Instruction on Submission, Review, Publication and Filing to Register the Date on Assignment the Right to Industrial Design and License on Use the Industrial Design, by Ministry of Education and Science of Ukraine No.574 on 3 August 2001. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0716-01>.

<sup>7</sup> URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/34088747>.

by the right holder, to protect the rights<sup>11</sup>, etc. This is especially important for license agreements relating to copyright and related rights.

The author agrees that state registration of license agreements will partially solve the problems listed, but such a system should be as deregulated as possible. For example, to be executed by notification made by the party (the one which is defined in the license agreement) via electronic message about the conclusion of the license agreement with its main characteristics. Such information should be included in the state register and should be publicly available and free of charge.

### Amendment and termination

Chapter 53 of the Civil Code of Ukraine is constructed in such a way that it regulates provision on concluding the agreement separately, and at the same time, the amendment or termination of the agreement – jointly. Under the general rule and pursuant to Article 654 of the Civil Code of Ukraine the amendment or termination of the agreement must be executed in the same form as the agreement, which is amended or terminated, unless otherwise stipulated by such agreement or set forth in the law.

Legislation of Ukraine does not provide for a direct provision as to what terms of the agreement are prohibited to amend, thus, Ukrainian academics answer on this that parties are entitled to amend (modify, change, add) any provisions, which are not banned by themselves under the agreement, except for material provisions stated by the law. We can agree with this statement. Thus, that was an answer on the question “what might be amended” now we should review the legislation to answer on the question “how one can amend/terminate agreement”?

There are the following grounds for amending or terminating the agreement: (1) under the mutual consent of the parties; (2) by court based on the claim of one party in the event of a material breach of the agreement by the other party and in other cases established by the agreement or law; (3) at the initiative of one party, if such right is expressly provided for in the agreement or the law.

Crucial here is to determine the “material breach” what is defined as such a breach by a party to the agreement if in a result of the damage caused, the other party is largely deprived of what it had hoped for when concluding the agreement. In practice, when a court is considering the cases when one party requesting to terminate the license agreement, such party is obliged to confirm the cause-and-effect link.

For instance: expiration the terms of patent or trademark certificate which is subject to respective license agreement, or invalidation the assignment

agreement that caused that the licensor declared as non-authorized owner of respective intellectual property rights<sup>12</sup>.

The civil law of Ukraine provides for cases of amendment and termination of the agreement due to its repudiation, but the provisions of the Civil Code of Ukraine do not specify the procedure and form of the repudiation, nor does it contain a general rule as to when the legal consequences of the repudiation occur. Thus, under the rule of Part 3 of Article 651 of the Civil Code of Ukraine, a unilateral repudiation of the agreement is allowed, if the right to such repudiation is envisaged by respective agreement or by the law. With regard to such a right under the law, Part 2 of Article 111 of the Civil Code of Ukraine stipulates that (1) the licensee may repudiate to the license agreement if the licensee breached the deadline for start using the intellectual property rights object; and (2) the licensee or licensee may repudiate to the license agreement if the other party violates the other terms of the agreement. Repudiation of the agreement must be executed in written form.

The license agreement to be considered as amended or terminated based on one party’s repudiate to the license agreement on the moment when another party receives due notification on repudiate to the license agreement, if the law or the agreement does not set a deadline for entering into the agreement validity.

Despite the fact that the additional will of the other party is not required, and legal consequences come regardless of the other party's behavior<sup>13</sup>, there are disputes raised between the court regarding legal consequences. Moreover, in accordance with Clause 5.5 of the Opinion of the Supreme Economic Court of Ukraine<sup>14</sup>, the repudiation of the license agreement does not require its application to the court.

Thus, the core discrepancy between amendment and termination of the agreement is respective legal consequences. The general consequence of the amendment of the agreement is further existence of amended obligations of the party, in contrast to termination of the agreement, where the legal consequences is the cancellation of the rights and obligations of the parties.

It is worth mentioning that Ukrainian law provides for direct provision when the license agreement may not be terminated, namely, in case of assignment of intellectual property rights from licensor to the third party. In this case, the license agreement remains valid, but at practice new owner of intellectual property

<sup>12</sup> URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64532155>.

<sup>13</sup> Romashchenko I. The Order, Form and Moment of Occurrence of Legal Consequences of Repudiation of the Contract in the Civil Law of Ukraine. *Scientific Bulletin of the Kherson State University. Legal Sciences Series*. 2018. Issue 3. Volume 1. P. 115–119. P. 116.

<sup>14</sup> Resolution of the Plenum of the Supreme Economic Court of Ukraine of 17.10.2012 “On Some Issues of the Practice of Settlement of Disputes Related to the Protection of Intellectual Property Rights” No. 12.

<sup>11</sup> Koval I. State Registration in the Area of the Transfer of Intellectual Property Rights Law and Innovative Society. 2015. № 1 (4). P. 42–48. P. 44.

rights wants to receive all benefits from its new asset including, royalty under such license agreement. Thus, at practise, a new licensor enters into the license agreement via respective amendments.

The general legal analysis of court decisions available in the Unified State Court Registry of Ukraine shows that the vast majority of court cases are decisions on debt collection under concluded licensing agreements. For example, the most common claims related to (1) the termination of the license agreement due to breach by the other party of its obligations to pay royalties and the collection of royalties for past period<sup>15</sup>; (2) one which is relevant to the software license agreement, when an supplement agreement<sup>16</sup> is made for software localization, modification, customization etc., there is no further need for the licensee on use the software due to failure to perform listed work<sup>17</sup>; (3) the invalidation of the agreement and the application of the relevant legal consequences upon termination, invalidation of the licensee's rights.

<sup>15</sup> URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67365146>.

<sup>16</sup> URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/29943363>.

<sup>17</sup> URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29943363>.

## Conclusions

Ukrainian law that governs the conclusion, amendment and termination of the agreement applies to the license agreement. The analysis of the current legislation shows that the main categories are regulated at a sufficient level and there are no essential obstacles for application of general rules of civil law to the regulation of licensing agreements. During this research, certain inconsistencies in the norms of law were revealed and, accordingly, investigated the contrary opinions of Ukrainian scholars as to which rule should be applied to the disputed issues. Notably that the positions of the courts in Ukraine are more consistent in most cases. For instance, the issue of termination of a license agreement at the request of one party in the event of a significant breach of agreement or dispute in the event of one party's license agreement being repudiated. There is also the opposite approach to the issue of state registration of the license agreement, justifying why such registration protects the rights of all interested parties. Moreover, the author supports the position regarding mandatory state registration of the license agreement.



### The formation of a new consumer rights paradigm (to the formation of “consumer law”)

*Stankova Irina*

*Postgraduate Student of the Department of Civil Law  
National University “Odessa Academy of Law”, Ukraine*

The article explores consumer rights in the context of the discussion on their inclusion in basic human rights, as well as the separation in the structure of the law of a particular branch – consumer law. The names of this branch of law, which are proposed at the doctrinal level, are considered: “the right to protect consumers”, “the right to protect the interests of consumers”, “the right to consume”, “consumer law”. Based on the analysis of doctrinal provisions on the definition of the concept of “consumer law”, its understanding as a set of rules, rules that determine the mechanism of realization of consumer rights, forms of legal protection of consumers from possible abuse by manufacturers.

The models of consumer law are distinguished and characterized, depending on the way of regulating the status of rights and the content of the relevant legal norms in the constitutions of states: those countries whose constitutions do not contain clear provisions on consumer rights protection (for example, the US Constitution, the Constitution of South Africa) are included in the first model; the second model includes those countries that have constitutions that recognize consumer rights in their constitutions (for example, Argentina, Brazil, Bulgaria, Spain, Lithuania, Poland, Portugal, Ukraine).

Consideration of the issue of incorporating consumer rights into the system of basic human rights is considered. It is found that, in contrast to the concept of consumer rights protection proposed by J. Kennedy, which tends to consider consumer rights in the context of political rights, their relevance to social or economic rights is more common among contemporary researchers. Followers of integrating consumer rights into the fundamental human rights system, in substantiating their position, seek answers to the question: is there a commonly accepted definition of human rights that may be fundamental to upholding that consumer rights are fundamental human rights; whether consumer rights are in line with the basic characteristics of human rights; whether there are any formal grounds for recognizing consumer rights as human rights in international instruments. It has been proven that basic human rights and consumer rights are interrelated. Modern human rights theories provide the basis for recognizing consumer rights as human rights. The UN Consumer Protection Guidelines are the starting point for granting consumer rights basic human rights status.

#### Формування нової парадигми прав споживачів (щодо питання формування «споживчого права»)

*Станкова Ірина Михайлівна*

*здобувач кафедри цивільного права*

*Національного університету «Одеська юридична академія», Україна*

#### Вступ

У системі цивільних правовідносин споживчі правовідносини посідають одне із центральних місць. Останніми роками активно обговорюється питання виокремлення в структурі права споживчого права. Цей термін широко використовувався та використовується політологами, філософами, економістами й, звичайно, юристами. У зв'язку з цим виникає нагальна потреба в науково-правовому дослідженні споживчого права, з'ясуванні його змісту, установленні витоків виникнення та перспектив подальшого розвитку.

Проблеми споживчих правовідносин стали предметом дисертаційних досліджень, авторами яких є Н.В. Аляб'єва, Н.М. Дочинець, Л.М. Іваненко, М.М. Казаков, С.А. Косінов, О.Л. Коцовська, Г.А. Осетинська, О.П. Письменна, Ю.Ю. Рябченко, Ю.В. Тищенко, М.В. Фролков, О.Ю. Черняк та ін. Також проблеми споживчих правовідносин відображено в працях таких відомих учених-цивілістів, як

Д.В. Боброва, Т.В. Боднар, О.В. Дзера, А.С. Довгерт, О.О. Красавчиков, Н.С. Кузнєцова, В.В. Луць, О.А. Підпригора, Є.О. Харитонов, Я.М. Шевченко та ін.

**Метою статті** є розгляд прав споживачів у контексті дискусії щодо їх зарахування до основних прав людини, а також виокремлення в структурі права окремої галузі – споживчого права.

#### Виклад основного матеріалу

*Щодо проблематики виокремлення галузі споживчого права.* Пропонуються різні назви цієї нової комплексної галузі права – «право на захист споживачів», «право захисту інтересів споживачів», «право споживання», «споживче право». Ключове поняття «захист прав споживача» виникло в суспільній свідомості внаслідок збільшення випадків негативних явищ у споживчих відносинах, а вже потім з'явилося поняття «споживче право». Термін «споживче право» почав уживатися в правознавстві економічно

розвинених зарубіжних країн – Бельгії, Іспанії, Нідерландів, Сполученого Королівства, США, ФРН, Фінляндії, Франції та інших держав – приблизно в 50–60-і рр. ХХ ст. Його поява зумовлена насамперед необхідністю посилення правового захисту споживачів у взаємовідносинах із виробниками та зменшення впливу останніх, збалансування інтересів виробників і споживачів. У подальшому термін «споживче право» отримав законодавче закріплення, наприклад, у нормативно-правових актах, на основі яких створювався американський уніфікований Комерційний кодекс, у всесвітньо відомому Тлумачному словнику юридичних термінів за ред. Брайена Гарнера. На пострадянському просторі термін «споживче право» набув поширення лише в першій половині 1990-х рр. Поступово його зміст розширювався, сьогодні він містить два основні значення: 1) сукупність правил, що застосовуються у зв'язку з придбанням, використанням споживачем товарів або наданням йому послуг; 2) сукупність правил, що мають на меті захист споживача<sup>1</sup>.

Аналіз термінів «право на захист споживачів» і «право захисту інтересів споживачів» дав можливість зробити висновок, що вони відображають лише один зі складників споживчого права – сукупність правил, спрямованих на захист споживача. Але, як зазначалося, існує ще один складник значення цього терміна – сукупність правил, що закріплюють умови й порядок придбання, використання споживачем товарів (робіт, послуг), яка залишається за такого підходу поза правовим регулюванням. Не зовсім вдалим, на думку дослідників, є такі назви споживчого права: «право на захист споживачів», «право захисту інтересів споживачів», «право захисту споживачів», «право, що захищає споживача»<sup>2</sup> – у контексті вітчизняних традицій юридичної техніки, оскільки в такий спосіб галузі права не іменуються. Не зовсім вдалим видається й термін «право споживання», оскільки споживання є останньою стадією в ланцюгу споживання, поза межами правового регулювання залишаються інші стадії, що їй передують, наприклад: стадія вибору товару, стадії його придбання, володіння й, нарешті, використання, коли товар споживається не одразу.

Отже, найбільш вдалим видається назва нової комплексної галузі права, що є предметом цього дослідження, як «споживче право», оскільки воно має об'єктивний характер і позначає в найбільш загальному вигляді сукупність норм, правил, що визначають механізм реалізації споживчих прав, форми правового захисту споживачів від можливих зловживань з боку виробників. При цьому «право споживачів» варто розглядати як конкретне суб'єк-

тивне право споживача або сукупність таких його прав, як, наприклад, право споживача на безпеку товару (послуги); право споживача на інформацію про виробника (виконавця, продавця) і про товари (послуги). На думку О.О. Райляна, «у нормах споживчого права визначено механізм захисту прав споживача від можливих зловживань з боку підприємців»<sup>3</sup>.

Аргументом на користь визнання споживчого права як галузі права є внесення його як навчальної дисципліни до програм підготовки юристів в університетах країн Західної Європи та США. На користь споживчого права як самостійної галузі також свідчить і та обставина, що в окремих державах законодавство в цій сфері кодифіковано. Наприклад, у Бразилії прийнято Кодекс захисту прав споживачів, у Франції – Кодекс споживачів. Більше того, нині великого значення набули питання захисту прав споживачів на конституційному рівні. В.В. Данилов під системою конституційних прав споживачів пропонує розуміти «сукупність конституційно-правових норм, які визначають основні права, що поширюються на споживчу сферу, до яких належать право на гідне життя, право на життя, право на охорону здоров'я та медичну допомогу, право на освіту, право на житло, право на державний і судовий захист прав і свобод»<sup>4</sup>.

За способом урегулювання статусу прав споживача на конституційному рівні та змісту відповідних правових норм в основних законах держав можна виділити такі моделі споживчого права: до першої моделі належать ті країни, конституції яких не містять чітких положень щодо захисту прав споживачів (наприклад, Конституція США, Конституція ПАР); до другої моделі належать ті країни, які в конституціях містять норми, що визнають права споживачів (наприклад, Аргентина, Бразилія, Болгарія, Іспанія, Литва, Польща, Португалія, Україна).

Так, відповідно до ст. 51 Конституції Іспанії, «органи влади гарантують захист споживачів і користувачів, захищаючи їхню безпеку, здоров'я й законні економічні інтереси за допомогою ефективних процедур. Вони сприяють поширенню інформації серед споживачів і користувачів, заохочують їхні звернення за захистом своїх прав до органів влади на умовах, передбачених законом. До їхнього відання зараховано регулювання внутрішньої торгівлі та порядок видачі дозволу на виробництво товарів»<sup>5</sup>. Конституція Польщі в ст. 76 закріпила положення, за яким «органи державної влади захищають споживачів, клієнтів, орендарів або орендаторів від дій, які загрожують їхньому здоров'ю, недоторканності

<sup>3</sup> Райлян А.А. Потребительское право: понятие, содержание, история возникновения и развития. URL: <https://www.sovremennoepravo.ru/m/articles/view/> (дата звернення: 15.11.2019).

<sup>4</sup> Данилов В.В. Защита прав потребителя в системе конституционных прав в России: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Москва, 2009. С. 9.

<sup>5</sup> Конституция Испании от 27 декабря 1978 г. URL: <https://worldconstitutions.ru/?p=149> (дата звернення: 15.11.2019).

<sup>1</sup> Жамен С., Лакур Л. Торговое право: учебное пособие. Москва: Междунар. отношения, 1993. С. 231.

<sup>2</sup> Антонов В.В., Антонова Н.А., Толпыгин Г.А. Потребительское право и защита прав потребителей: учебное пособие. Москва: Книга-сервис, 2003. 192 с.

приватного життя й безпеці, а також проти нечесних ринкових практик»<sup>6</sup>. При цьому до юрисдикції Конституційного трибуналу Польщі зараховано перевірку відповідності законів принципам споживчого захисту. Ці конституційні положення спрямовані на те, щоб зробити споживчу політику менш уразливою до короткострокових економічних міркувань і недобросовісних ринкових практик. Конституція Португалії проголошує права споживача основними правами. Так, у ст. 60 закріплено конституційні права на «здоров'я, безпеку, захист економічних інтересів, справедливу рекламу і право на створення асоціацій споживачів»<sup>7</sup>. До статей Конституції України, приписи яких безпосередньо регулюють захист прав споживачів, належать ст. 42, відповідно до якої «держава захищає права споживачів, здійснює контроль за якістю і безпечністю продукції та усіх видів послуг і робіт, сприяє діяльності громадських організацій споживачів»; ст. 50, відповідно до якої «гарантується право вільного доступу до інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її поширення. Така інформація ніким не може бути засекречена»<sup>8</sup>. О.В. Тищенко зазначає: «Конституція України не містить визначення терміна «споживач», його дефініція в конституційному законодавстві відрізняється від його визначення в інших галузях національного законодавства»<sup>9</sup>.

У виданні Керівництво із захисту прав споживачів, підготовленому в рамках Конференції ООН з торгівлі та розвитку (UNCTAD), містяться узагальнення, здійснені на підставі аналізу конституцій різних країн щодо захисту прав споживачів, зокрема наголошується на існуванні значних відмінностей у їх змісті. Також зазначається, що «конституційне право може використовуватися для розроблення або зміцнення основних прав споживачів, а також для вироблення певних керівних принципів, таких як відповідальність держави або органів влади щодо захисту інтересів споживачів, зокрема, шляхом створення належних, всеосяжних і дієвих правових та інституційних засад у сфері захисту інтересів споживачів. Конституційні положення можуть виступати як інструмент реалізації вкрай необхідних удосконалень щодо рівнів доступу в механізмі захисту цих прав»<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Конституція Польської Республіки / переклад та передмова В.М. Шаповала. Київ : Москаленко О.М., 2018. 82 с.

<sup>7</sup> Конституція Португальської Республіки от 2 апреля 1976 г. URL: [http://www.concourt.am/armenian/legal\\_resources/world\\_constitutions/constit/portugal/portug-r.htm](http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/portugal/portug-r.htm) (дата звернення: 15.11.2019).

<sup>8</sup> Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

<sup>9</sup> Тищенко О. В. Визначення поняття «споживач» у конституційному праві. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2010. № 10. С. 161, 164.

<sup>10</sup> Руководство по защите прав потребителей / Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию. UNCTAD. Нью-Йорк ; Женева, 2018. 188 с. URL: [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccplp2017d1\\_ru.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccplp2017d1_ru.pdf) (дата звернення: 15.11.2019).

*Щодо проблематики зарахування прав споживачів до основних прав людини.* На сучасному етапі активно дискутується питання про зарахування прав споживачів до основних прав людини як прав людини нового покоління, а також про визначення місця цих прав у системі прав людини.

Майже 60 років тому Дж.Ф. Кеннеді звернення до Конгресу США почав зі слів: «Споживачами, по суті, є ми всі», виклав основні принципи щодо захисту споживачів у технологічну еру, що поширюються на продукти, які ми їмо, ліки, які ми приймаємо, прилади, які ми використовуємо. Він сказав: «Якщо споживачам пропонують товари низької якості, якщо ціни непомірні, якщо ліки небезпечні або не приносять користі, якщо споживач не може зробити вибір на усвідомленій основі, то його кошти витрачаються даремно, його здоров'я й безпека можуть опинитися під загрозою, при цьому страждає національний інтерес»<sup>11</sup>. Ці принципи передбачають право на безпеку, що означає захист від продажу продуктів і послуг, небезпечних для здоров'я або життя; право бути поінформованим, що означає захист від шахрайської інформації, реклами, маркування або інших дій, які вводять в оману чи впливають на прийняття усвідомленого вибору; право вибору, що означає наявність різноманітних товарів і послуг за конкурентними цінами; право бути почутим, що означає впевненість у тому, що інтереси споживачів будуть повною мірою враховуватися під час розроблення державної політики як у рамках законів, прийнятих законодавчими органами, так і відповідно до правил, прийнятих адміністративними органами. Вони сформульовані в дусі «чотирьох свобод» Фр. Рузвельта – свобода слова, свобода віросповідання, свобода від бідності та свобода від страху, проголошених ним у 1941 р. У концепції захисту прав споживачів, запропонованої Дж.Ф. Кеннеді, вони за своєю сутністю, на думку Е. Хондіуса, зараховані до основних прав як політичні, що мають бути закріплені на конституційному рівні<sup>12</sup>. На відміну від концепції захисту прав споживачів, запропонованої Дж. Кеннеді, яка тяжіє до розгляду прав споживачів у контексті політичних прав, більш розповсюдженим серед сучасних дослідників є їх зарахування до соціальних чи економічних прав.

Послідовники зарахування прав споживачів до основних прав людини, обґрунтовуючи свою позицію, шукають відповіді на питання: чи існує загальноприйняте визначення прав людини, яке може бути базовим на підтримку того, що права споживача є основними правами людини; чи відповідають

<sup>11</sup> John F. Kennedy: the public messages, speeches, and statements of the president, January 20 to December 31, 1962. URL: [https://archive.org/stream/4730892.1962.001.umich.edu/4730892.1962.001.umich.edu\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/4730892.1962.001.umich.edu/4730892.1962.001.umich.edu_djvu.txt) (дата звернення: 15.11.2019).

<sup>12</sup> Hondius E. The Innovative Nature of Consumer Law. *Journal of Consumer Policy*. 2012. Vol. 35. Is. 2. P. 165–173. URL: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10603-012-9190-0#Fn2> (дата звернення: 15.11.2019).

права споживача основним характеристикам прав людини; чи існують будь-які формальні підстави для визнання прав споживачів як прав людини в міжнародних документах; чи варто розглядати Керівні принципи ООН щодо захисту інтересів споживачів відправною точкою надання статусу основних прав людини правам споживачів у всьому світі. Існує думка, що в суспільстві, орієнтованому на споживача, захист індивідуального споживача сприймається як частина права на гідне життя й вільний розвиток, тому відповідні доктрини прав людини можуть бути базисом для визнання прав споживачів як основних прав людини. Також пропонується розглядати права споживачів як «м'яке право»<sup>13</sup>.

Що ж заважає зарахувати права споживача до основних прав людини? Ті, хто виступають проти цього, аргументують свою позицію тим, що «зарахування до прав людини великої кількості цінностей може послабити саму ідею цих прав, зменшити їх важливість порівняно з іншими законними правами, наголошуючи, що економічні та соціальні права є правами, а не метою добробуту чи розвитку»<sup>14</sup>. Також наголошується на тому, що розгляд прав споживачів як прав людини нового покоління є недостатньо обґрунтованим. При цьому вказується, по-перше, на те, що відмінною рисою прав людини як універсальних прав є задоволення основних інтересів і потреб, порушення чи нехтування якими може призвести до тяжких наслідків. По-друге, порушення прав споживачів зазвичай не супроводжується такими серйозними наслідками. Ще однією з ключових рис основних прав людини є їх абстрактність. На відміну від основних прав людини, права споживачів визначені в законодавстві чітко, сфера їх застосування обмежена законними, насамперед економічними, інтересами споживача<sup>15</sup>.

Останніми роками відбувається поступове зближення основних прав і захисту прав споживачів, що наочно проявляється в законодавстві ЄС, насамперед Лісабонському договорі (2009), Хартії основних прав ЄС (2000) та Хартії захисту споживачів (1973). Так, Лісабонський договір містить нові положення, які стосуються споживачів. Разом із цим він надає їм обов'язкову юридичну силу, що, у свою чергу, додає аргументів на користь поступового сприйняття прав споживачів як основних прав. Зокрема, у Хартії захисту споживачів визначені основні права споживачів, які викладені в п'яти розділах: право споживачів на захист і допомогу; право на компенсацію

в разі збитків; право на консьюмерську інформацію; право на консьюмерську освіту; право на представництво та консультацію<sup>16</sup>.

У 1985 р. на рівні ООН розроблені Керівні принципи для захисту інтересів споживачів, які є «цінним набором принципів для визначення основних характеристик чинного законодавства щодо захисту прав споживачів, правозастосовних установ, систем відшкодування збитків і для надання допомоги зацікавленим державам-членам у розробленні та застосуванні внутрішніх і регіональних законів, правил і нормативних актів, що відповідають їхнім власним економічним, соціальним та екологічним умовам, а також сприяють міжнародному співробітництву в галузі захисту прав споживачів»<sup>17</sup>. Дослідники відзначають, що основні права людини в поєднанні з іншими правами можуть посилити захист споживачів у конкретних сферах<sup>18</sup>.

### Висновки

Отже, на підставі узагальнення доктринальних підходів до визначення поняття «споживче право» доведено необхідність його розуміння як сукупності норм, правил, що визначають механізм реалізації споживчих прав, форми правового захисту споживачів від можливих зловживань з боку виробників. Основні права людини та права споживача взаємопов'язані. Сучасні теорії прав людини створюють основу для визнання прав споживачів як основних прав людини. Керівні принципи ООН щодо захисту споживачів є відправною точкою надання правам споживачів статусу основних прав людини. Аргументи на користь необхідності захисту інтересів споживачів можуть мати більшу вагу, якщо вони закріплені конституційними положеннями, оскільки вони наділені найвищою силою серед усіх інших правових регуляторів у країні. Такі положення сприятимуть реалізації інших прав, гарантованих на конституційному рівні. Такий їх правовий режим буде сильним стримувальним фактором для виробників товарів і постачальників послуг від поширення їхньої практики з виробництва небезпечних і неякісних товарів і надання неякісних послуг.

<sup>16</sup> Яновицька Г.Б. Міжнародно-правові принципи захисту прав споживачів у цивільному праві України. *Право та державне управління*. 2018. № 2. Т. 1. С. 77.

<sup>17</sup> Руководящие принципы для защиты интересов потребителей : приняты Генеральной Ассамблеей ООН в Резолюции 39/248 от 16 апреля 1985 г., расширены Экономическим и Социальным Советом в 1999 г. и пересмотрены в 2015 г. Генеральной Ассамблеей в Резолюции 70/186 от 22 декабря 2015 г. URL: [http://www.eurasiancommission.org/ru/act/txneg/depsanmer/consumer\\_rights/Documents/%D1%80%D0%B5%D0%B7%D0%BE%D0%BB%D1%8E%D1%86%D0%B8%D1%8F%20%D0%9E%D0%9E%D0%9D\\_%D0%97%D0%9F%D0%9F.pdf](http://www.eurasiancommission.org/ru/act/txneg/depsanmer/consumer_rights/Documents/%D1%80%D0%B5%D0%B7%D0%BE%D0%BB%D1%8E%D1%86%D0%B8%D1%8F%20%D0%9E%D0%9E%D0%9D_%D0%97%D0%9F%D0%9F.pdf) (дата звернення: 15.11.2019).

<sup>18</sup> Benöhr I. *EU Consumer Law and Human Rights*. Oxford, 2013. 272 p. URL: <https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199651979.001.0001/acprof-9780199651979-chapter> (дата звернення: 15.11.2019).

<sup>13</sup> Deutch S. Are Consumer Rights Human Rights? *Osgoode Hall Law Journal*. 1994. Vol. 32. № 3 P. 538. URL: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1668&context=ohlj> (дата звернення: 15.11.2019).

<sup>14</sup> Alston See P. Human Rights and Basic Needs: A Critical Assessment. *Revue des droits de l'homme*. 1979. Vol. 12. As. 1/2. P. 19, 39.

<sup>15</sup> Kingisepp M.. The Constitutional Approach to Basic Consumer Rights. *Juridica International*. 2012. № 1. P. 49–58. URL: <https://www.juridicainternational.eu/index.php?id=14974> (дата звернення: 15.11.2019).

**Topical issues of legal support of cybersecurity of Ukraine****Tarasyuk Anatoliy***Candidate of Legal Sciences,**Scientific Research Institute of Informatics and Law**National Academy of Law Sciences of Ukraine, Ukraine*

The purpose of the article is to analyze the state of legal support cybersecurity in Ukraine and to determine its future development prospects. In Ukraine, cybersecurity is seen as a component of national security. In recent years, our country has taken a number of positive steps to fulfill its international obligations to improve cybersecurity legislation, which has been translated into the adoption of a number of laws, strategies and other secondary legislation on relevant issues.

At the same time, along with the positive dynamics of the development of legislation in the field of cybersecurity, it should be noted that there is a need to further align national legislation with international standards. In particular, the Law of Ukraine "On the Fundamental Principles of Cybersecurity of Ukraine" is rather a roadmap for the development of future regulations rather than a comprehensive cybersecurity law that regulates the full range of cybersecurity issues and meets international standards and best practices. Experts also point out the following problematic aspects of cybersecurity legal support in Ukraine: inconsistency and inconsistency of terminology; lack of a critical infrastructure law; lack of rules for conducting information security audits of critical infrastructure facilities that must be based on international standards; duplication of cyber incident reporting; lack of security and information requirements for critical infrastructure operators and digital service providers; lack of long-term strategic planning with clearly defined interim results, timelines and responsibility for their achievement; budgetary constraints on the ability of the state to pay competitive salaries to attract and retain highly professional cybersecurity professionals.

Accordingly, this area of work still requires considerable attention and efforts. As the development of cybersecurity legal support in Ukraine is linked to Ukraine's European integration aspirations, it will be effective to improve national cybersecurity legislation to take into account the terms of the Association Agreement between Ukraine and the EU and its Member States, on the other hand (2014). implementation of EU countries' experience and best practices and standards. In particular, in the near future, Ukraine should develop requirements for operators of critical infrastructure facilities to provide information on the circumstances under which they should inform about incidents, format, templates and procedures for such information, as well as categorization of cyber incidents, and establish a procedure for informing other states about cyber incidents, which may be influenced by them, subject to the requirements of confidentiality and trade secrets, to audit existing legislation to identify any rules contrary to the NIS Directive, terminological inconsistencies and character, and at the legislative level delineate and specify the scope of authority and responsibility by ensuring cyber security.

**Актуальні питання правового забезпечення кібербезпеки України****Тарасюк Анатолій Васильович***кандидат юридичних наук,**Науково-дослідний інститут інформатики і права**Національної академії правових наук України, Україна***Вступ**

Значення для людства впровадження Інтернету й вільного доступу до нього важко переоцінити. Він не лише сприяв значному підвищенню ефективності діяльності в науковій, економічній та інших продуктивних сферах, а й зумовив виникнення унікальних можливостей для обміну інформацією, ідеями, культурами, врешті-решт, поміж роз'єднаними простором чи іншими обставинами людьми, групами, народами. Тому не буде перебільшенням твердження, що Інтернет спричинив глобальну революцію – наукову, комунікативну, бізнесову тощо.

Водночас Інтернет- (чи кібер-) простір має безліч зв'язків і з'єднань, а це зумовлює наявність

серйозних ризиків, позаяк охоплення, можливості й функції, які постійно зростають і розширюються, збільшують потенції не лише законослужняних, а й зловмисних користувачів. У цьому разі зловмиснику, аби отримати певний зиск, варто лише віднайти найуразливішу ланку в мережі опонента та здійснити на неї «рейдерську» кібератаку. При цьому дрібні, локальні, здавалося б, проблеми здатні значно збільшуватися, стрімко поширюватися, створюючи системні загрози та ризики.

Сьогодні вже не треба нікого переконувати, що вразливість у кіберпросторі є цілком реальною та небезпечною й поширюється вельми швидко. Цілями кібератак стають суб'єкти державного управління, об'єкти особливо важливої інфраструктури,

різноманітні комунікації, військові, розвідувальні структури, особливо їх керівні й контрольні органи, торговельно-економічні, фінансові й логістичні операції, системи запобігання надзвичайним ситуаціям і ліквідації їх тощо, які значною мірою залежать від функціонування IT-мереж. «Кібервикрадення» – від корпоративної та особистої інформації й коштів, інтелектуальної власності аж до державних таємниць – набули глобальних масштабів, впливаючи практично на всі сфери людської життєдіяльності.

**Мета статті** – проаналізувати стан правового забезпечення кібербезпеки в Україні та визначити перспективи його подальшого розвитку.

### Виклад основного матеріалу

Поняття кібербезпеки є вкрай багатограним, тому складно формалізуються, адже тут існує дуже багато різних уявлень і поглядів. Сьогодні в глобальному медіапросторі, в публіцистичних і наукових працях, а також у політичних і державних документах багатьох країн поряд із доктринальною інституціалізацією кібербезпеки активно відбувається становлення її понятійного-категоріального апарату, який характеризують, зокрема, такі поняття, як «кібервійна», «кібератака», «кіберзброя», «кіберконфлікт», «кіберзагрози», «кібертероризм», інформаційне протистояння», «інформаційний вплив», «інформаційна зброя» тощо. Інформаційно-комунікаційні технології (далі – ІКТ) відіграють ключову роль у світовій політиці, економіці та системах безпеки. До інформаційних диверсій у кіберпросторі сьогодні вдаються як організовані групи, так й окремі особи. Дедалі важливішим складником військового потенціалу держав стає інформаційна зброя (ІЗ) як доповнення до власне військового арсеналу. При цьому за своїми наслідками інформаційні війни між державами можуть бути не менш руйнівними й жорстокими, ніж традиційні.

Варто зазначити, що термін «кібербезпека» є похідним від родового терміна «безпека», тому «кібербезпека» становить частину більш загального поняття «безпека», що вирізняється специфічними особливостями, водночас має бути результатом синтезу поняття «безпека» та прикметника «кібернетична» (скорочено – «кібер»).

Базовою категорією в дослідженні кібербезпеки є категорія «безпека». У дослідженні ми будемо керуватися поняттям «безпека», яке визначив український дослідник І. Корж. Учений вважає, що в соціальному розумінні «безпека» означає збалансований стан функціонування соціальної системи (людини, держави, світового співтовариства), антропогенних, природних систем тощо, за якого людина завдяки знанням про навколишнє природне середовище й тенденції його розвитку своїми діями спроможна своєчасно виявити та мінімізувати негативний вплив наявних і потенційних загроз або уникнути їх, що, своєю чергою, дає їй можливість

зберігати систему своїх цінностей і забезпечувати подальший їх розвиток<sup>1</sup>. Такий підхід нами взятий як базовий у дослідження змісту кібербезпеки.

Створена ще в 1967 році Асоціація аудиту й контролю інформаційних систем (ISACA) у виданому 2014 року глосарії визначає *кібербезпеку* як захист інформаційних активів шляхом боротьби із загрозами безпеці інформації, яка обробляється, зберігається та передається за допомогою інформаційних систем, що взаємодіють у мережах<sup>2</sup>. В аналітичному виданні «Трансформація кібербезпеки» детальніше тлумачить це поняття: «Кібербезпека охоплює все, що захищає організації та фізичних осіб від умисних атак, порушень, інцидентів і їх наслідків. На практиці кібербезпека стосується насамперед тих типів атак, порушень та інцидентів, які є цільовими, високотехнологічними та складними у виявленні чи управлінні. ... Кібербезпека зосереджується на так званих складних спрямованих постійних загрозах (APT), кібервійнах і їх впливі на організації та людей»<sup>3</sup>.

При цьому, якщо інформаційний простір – це природне і штучно створене середовище, у якому в т. ч. здійснюється обіг інформаційних проєкцій матеріальних об'єктів, то кіберпростір – це «техносвіт», який штучно створений і штучно розвивається. Також варто зауважити, що в кіберпросторі можуть реалізовуватися як загрози інформаційній безпеці, так і загрози іншим складникам національної безпеки – економічній, фінансовій, військовій тощо. Підтвердження цієї тези можемо побачити у визначенні кібербезпеки, закріпленому в Законі України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України», де встановлюється, що *кібербезпека* – це захищеність життєво важливих інтересів людини та громадянина, суспільства й держави під час використання кіберпростору, за якої забезпечуються сталий розвиток інформаційного суспільства та цифрового комунікативного середовища, своєчасне запобігання реальним і потенційним загрозам, виявлення й нейтралізація реальних і потенційних загроз національній безпеці України в кіберпросторі. Власне кіберпростір у вказаному Законі визначається як середовище (віртуальний простір), яке дає можливості для здійснення комунікацій і/або реалізації суспільних відносин, утворене в результаті функціонування сумісних (з'єднаних) комунікаційних систем і забезпечення електронних комунікацій з використанням мережі Інтернет і/або інших глобальних мереж передачі даних<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Корж І.Ф. Безпека: методологічні підходи до поняття. *JURNALUL JURIDIC NAȚIONAL: TEORIE ȘI PRACTICĂ*. Серпень 2019. С. 71.

<sup>2</sup> ISACA, Глосарій з кібербезпеки, 2014 р. URL: [http://www.isaca.org/Knowledge-Center/Documents/Glossary/Cybersecurity\\_Fundamentals\\_glossary.pdf](http://www.isaca.org/Knowledge-Center/Documents/Glossary/Cybersecurity_Fundamentals_glossary.pdf).

<sup>3</sup> ISACA, Трансформація кібербезпеки, США, 2013 р. С. 11. URL: [www.isaca.org/Knowledge-Center/Research/ResearchDeliverables/Pages/Transforming-Cybersecurity-Using-COBIT-5.aspx](http://www.isaca.org/Knowledge-Center/Research/ResearchDeliverables/Pages/Transforming-Cybersecurity-Using-COBIT-5.aspx).

<sup>4</sup> Про основні засади забезпечення кібербезпеки України : Закон України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2163-19>.

Разом з цим визначений законодавцем підхід до змісту кібербезпеки з предмету свого безпосереднього правового впливу упускає досить важливий складник, що проявляється в результаті дії загроз кібербезпеки, – це запобігання шкоді. Таке упущення, на нашу думку, не дає змоги повною мірою визначити мету правового регулювання.

Окреслений нами підхід правового регулювання кібербезпеки відображений у низці правових актів багатьох країн. Зокрема, Національна стратегія кібербезпеки Нідерландів передбачає, що «кібербезпека – це сукупність зусиль щодо запобігання шкоді, що може бути заподіяна внаслідок збоїв у роботі ІКТ або неправильного їх використання, а також із відновлення ІКТ після реалізації цих загроз»<sup>5</sup>. У Стратегії кібербезпеки Канади передбачено, що рівень кібербезпеки визначається рівнем шкоди, що може бути завданий від кібератаки<sup>6</sup>.

Також, виходячи з аналізу базових категорій, які наводяться в Законі України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України», уважаємо за доцільне на законодавчому рівні визначити таке:

- поняття «стан захищеності»;
- поняття «цифрове комунікативне середовище»;
- критерії забезпечення кібербезпеки.

Визначення терміна «кібербезпека» базується на дефініції терміна «кіберпростір», який пропонується розуміти як «середовище (віртуальний простір), яке дає можливість (послугує) здійсненню комунікацій і/або реалізації суспільних відносин, утворене внаслідок функціонування сумісних (з'єднаних) комунікаційних систем і забезпечення електронних комунікацій з використанням Інтернет і/або інших глобальних мереж передачі даних».

Запропоноване визначення беззаперечно виключає з поля дії автономні автоматизовані системи управління (наприклад, об'єктів атомної енергетики), які, саме з огляду на вимоги безпеки, є автономними.

Надане визначення терміна «кіберпростір» суб'єктно обмежує «простір» лише інформаційними (автоматизованими), телекомунікаційними та інформаційно-телекомунікаційними системами, тобто автоматизованими системами.

Крім того, у Законі не надано визначення терміна «середовище», що призводить до невизначеності в тлумаченні терміна «кіберпростір».

Кіберпростір – це специфічне інформаційне середовище, якому притаманні особливі просторово-часові властивості транскордонності, екстериторіальності, децентралізованості, багатоканальності, розгалуженості, імітаційності, гіпертекстовості,

віртуальності; яке виникло й функціонує за допомогою комп'ютерів та інших електронних пристроїв (супутників, телевізійних пристроїв, засобів стільникового зв'язку, ігрових приставок тощо) на базі інформаційно-телекомунікаційних мереж, насамперед Інтернету, а тому має, як правило, параметри глобального інформаційного обсягу й виконує функції комунікації, розміщення та використання інформації, надання інформаційних та інших соціально значущих послуг, взаємодії державних інституцій, громадянського суспільства й окремої особи; яке є імітаційним чинником впливу на індивідуальну, групову та масову свідомість, економічну, соціально-політичну, духовну (культурну, ідеологічну, наукову, освітню, релігійну) й інші сфери життєдіяльності суспільства.

Варто також зазначити, що широко вживані в науковому та професійному вжитку обігу терміни «захист інформації», «захист інформаційних технологій» і «захист кіберпростору» дещо різняться за змістом. Не заглиблюючись у деталі, можна сказати, що захист інформації являє собою сукупність методів і засобів, які забезпечують цілісність, конфіденційність і доступність інформації в разі впливу на неї загроз природного або штучного характеру. Натомість безпека інформаційних технологій передбачає ще й захист технічної частини й забезпечення працездатності, зокрема, під час кібератак. Захист же кіберпростору – це безпека комунікаційних систем, об'єктів критичної інформаційної інфраструктури, комунікацій і систем керування<sup>7</sup>.

Дискусійні аспекти законодавчого визначення базових категорій можуть слугувати певними причинами деформації самої мети та предмета правового регулювання, а також неправильного визначення комплексу заходів щодо правового забезпечення кібербезпеки.

Так, уважаємо доцільним у визначенні терміна «кіберзлочин» словосполучення «міжнародними договорами» замінити на словосполучення «міжнародним правом». Такий підхід забезпечить єдність термінологічного тлумачення на рівні національного та міжнародного законодавства.

Не зважаючи на те що більшість визначень безпеки, у тому числі й законодавчих, тлумачать це поняття через «захищеність», необхідно зауважити, що захищеність об'єкта – це його захист від зовнішніх джерел небезпеки, тоді як безпечність об'єкта – це передусім його внутрішня властивість не бути джерелом небезпеки для навколишнього середовища. Відповідно, в англійських наукових джерелах розрізняють «Cyber safety object» і «Cyber security object». Отже, на нашу думку, поняття «кібербезпека» має включати як аспект «кіберзахищеності», так й аспект «кібербезпечності». Крім того, у визна-

<sup>5</sup> National Cyber Security Strategy. URL: <https://www.enisa.europa.eu/topics/national-cyber-security-strategies/ncss-map/NCSS2Engelseversie.pdf>

<sup>6</sup> 5Canada's Cyber Security Strategy. URL: <http://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/cbr-scrtr-strtyg/cbr-scrtr-strtygeng.pdf>

<sup>7</sup> Савчук М.М. Захист інформаційних технологій та кібербезпека. Стенограма наукової доповіді на засіданні Президії НАН України 25 вересня 2019 року. *Вісник НАН України*. 2019. № 11. С. 24.

ченні кібербезпеки основний наголос і цільова установка повинні робитися на збереження сприятливого стану кіберпростору, а не на кількість чи якість загроз, яким необхідно протидіяти. При цьому підтримуємо позицію Т. Ткачука, що кібербезпека не може розглядатися відокремлено від інформаційної безпеки<sup>8</sup>.

### Висновки

Дослідження поняття й сутності кібернетичної безпеки, аналіз наявних у цій сфері загроз дає змогу зробити певні висновки, а також запропонувати визначення деяких термінів.

Так, убачається необхідним розрізняти термінологічні словосполучення, похідні від термінів «інформація» й «кібернетика». Перші (інформаційна безпека, інформаційні загрози, інформаційна війна тощо) мають більш загальний зміст, їх варто застосовувати до інформаційної сфери загалом. Такі ж поняття, як кібернетичний простір, кібернетична злочинність, кібернетична війна тощо, стосуються тих явищ, котрі пов'язані з управлінням відповідними процесами й системами. На концептуальному рівні в широкому розумінні базові категорії дослідження можемо визначити так.

*Кібербезпека* – це такий стан захищеності управління, який унеможливує його порушення.

*Забезпечення кібербезпеки* – це діяльність із досягнення такого стану захищеності управління, який унеможливує його порушення.

*Кіберзагрози* – це такі явища, дії, чинники й умови, котрі становлять для управлінських інформації, інфраструктури, суб'єктів і порядку безпеки, яка полягає в можливості порушення властивостей одного чи декількох із зазначених складників, що може призвести до порушення управління.

*Кібератака* – це дії з метою порушення управління.

Окремо варто підкреслити, що сучасний рівень розвитку інформаційної сфери зумовлює потребу виокремлення кібернетичної безпеки в самостійний вид безпеки, що дасть змогу, урахувуючи особливості відповідних систем і процесів управління, реалізувати правові, організаційні й технічні можли-

вості захисних заходів. Це також передбачає підвищення вимог до захисту вказаних систем і процесів залежно від їх призначення, рівня, складу тощо.

У сучасних умовах надзвичайно важливо правильно сформулювати поняття кібербезпеки та загалом синтезувати понятійно-категоріальний апарат її правового забезпечення, оскільки від цього залежить, наскільки точно будуть визначені головні цілі роботи спецслужб і напрями використання засобів захисту кіберпростору від актуальних загроз національній безпеці та її складникам. Кібербезпека має на меті передусім забезпечення нормального функціонування кіберпростору, захищаючи його від загроз, що виникають, ефективним чином. Отже, доцільно не лише визначати кібербезпеку як «стан захищеності», а й ураховувати її діяльнісний аспект. Крім того, поняття кібербезпеки має включати як аспект «кіберзахищеності», так й аспект «кібербезпечності». Отже, за результатами проведеного дослідження може бути запропоноване таке визначення: кібербезпека – це безпечність об'єктів кіберпростору й захищеність життєво важливих інтересів людини та громадянина, суспільства й держави під час використання кіберпростору, за якої забезпечуються сталий розвиток інформаційного суспільства та цифрового комунікативного середовища, своєчасне запобігання реальним і потенційним загрозам, виявлення й нейтралізація реальних і потенційних загроз національній безпеці України в кіберпросторі, а також постійний процес запобігання й протидії відповідним загрозам.

У цьому визначенні реалізується визначальна мета державної політики в кіберпросторі: забезпечення стану захищеності основних прав і свобод громадян на життя, здоров'я, фізичну й духовну недоторканність, доступ до інформації, законних інтересів людини, суспільства та держави в кібернетичному просторі від внутрішніх і зовнішніх загроз, що полягає в дотриманні загально визначених і встановлених міжнародною спільнотою обмежень на поширення завідомо недостовірної та шкідливої інформації, збереженні інформаційних ресурсів, їх цілісності, конфіденційності й недоступності для стороннього втручання, а також захисті інформаційно-телекомунікаційних мереж і відповідного обладнання, котрі забезпечують розміщення, накопичення, обіг і використання інформації.

<sup>8</sup> Ткачук Т.Ю. Забезпечення інформаційної безпеки в умовах євроінтеграції України: правовий вимір : монографія. Київ : ТОВ «Видавничий дім «АртЕк», 2018. С. 326.



**Political impartiality as a principle of diplomatic service of Ukraine:  
legislative regulation and approaches to understanding****Fedchyshyn Serhii***PhD, Associate Professor of Administrative Law Department  
Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine*

The article examines the political impartiality as a principle of the diplomatic service of Ukraine. Political impartiality is considered as a general principle of diplomatic service of Ukraine that is enshrined in the Law of Ukraine "On Civil Service". The study of political impartiality as a principle of the modern civil service in Ukraine, legal regulation of its content and its main components are under examination. The author offers different approaches to understanding of political impartiality of civil service. It is outlined that political impartiality of civil service can be perceived in narrow and broad senses. In narrow sense political impartiality of civil service contains requirements to civil servants (loyalty requirements, requirements for the demonstration of political attitude, requirements for party affiliation, requirements for combining with the deputy mandate, requirements for using the official position, requirements for participation in elections, strike requirements). The author concludes that it is necessary to perceive the political impartiality of the civil service in a broad sense, what should include requirements not only to civil servants, but also to political actors (political parties, candidates for elections, politicians, etc.), as well as civil service management entities and other entities authorized to take personnel decisions regarding the civil servants. Development of political impartiality of civil service demands not only changes to legislation of Ukraine, but also transformation of culture of relations between bureaucracy and political activity. The author makes a conclusion that particular attention should be paid to the means of ensuring compliance with the requirements of political impartiality of the civil servants in Ukraine (control, legal liability, etc.).

**Політична неупередженість як принцип дипломатичної служби України:  
законодавче регулювання та підходи до розуміння****Федчишин Сергій Анатолійович***кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри адміністративного права  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Україна***Вступ**

На шляху проведення адміністративних реформ у більшості посткомуністичних держав, у тому числі державах Центральної та Східної Європи, складною проблемою виявилось відмежування політичної діяльності від професійної бюрократії, законодавче врегулювання та практичне забезпечення політичної неупередженості державної служби<sup>1</sup>. Значна політизація державної служби виявилася однією з основних проблем і для незалежної України. При цьому істотна політизація традиційно спостерігалася в зовнішньополітичному відомстві й дипломатичній службі. Значною мірою це зумовлено спадщиною від радянської політичної системи, за якої поєднання державного з партійним розглядалось як «джерело надзвичайної сили в політиці». Згідно з ленінськими постулатами, подібне поєднання обов'язково мало існувати в зовнішньополітичному відомстві, адже саме в ньому воно «прини-

силь надзвичайну користь»<sup>2</sup>. З метою реформування державної служби в Україні, забезпечення її розбудови як професійного, політично-неупередженого та стабільного інституту відповідно до європейських стандартів прийнято новий Закон України «Про державну службу» від 10.12.2015. У цьому Законі політична неупередженість закріплена в 3-х основних контекстах: по-перше, як сутнісна ознака в понятті «державна служба» (ст. 1); по-друге, як один із принципів державної служби (ст. 4); по-третє, як складник правового статусу державних службовців (ст. 10).

Проблеми подолання політизації державної служби в Україні досліджувалися багатьма вченими в галузі як адміністративного права, так і публічного адміністрування (В.Б. Авер'янов, Ю.П. Битяк, Л.Р. Біла-Тіунова, С.В. Ківалов, І.Б. Коліушко, Т.О. Коломоєць, О.О. Рацюк та ін.). Проте більшість науковців досліджували політичну неупередженість державної служби в умовах дії старого Закону України «Про державну службу» від 16.12.1993. Багато проблем у цій сфері сьогодні все ще залишаються малодослідженими, а низка наукових позицій є дис-

<sup>1</sup> Public Administration Reforms in Eastern European Union Member States: Post-Accession Convergence and Divergence / ed. by P. Kovac and M. Bileisis. Ljubljana, Vilnius: University of Ljubljana Press, Mykolas Romeris University Press, 2017. P. 223, 276, 485.

<sup>2</sup> Ленин В.И. Полное собрание сочинений : в 55 т. Москва : Политиздат, 1970. Т. 45. С. 398.

кусійними та потребують перегляду. Це стосується як державної служби загалом, так й окремих її видів. Доводиться констатувати, що практично поза увагою вчених залишилися проблеми політичної неупередженості в такому традиційно заполітизованому виді державної служби, як дипломатична служба. В умовах реформування вітчизняної дипломатичної служби, від якої безпосередньо залежить ефективність реалізації зовнішньої політики України, дослідження політичної неупередженості цього виду державної служби є актуальним завданням.

**Мета статті** – насамперед з'ясувати сучасний стан законодавчого регулювання політичної неупередженості дипломатичної служби України та визначити підходи до її розуміння.

### Виклад основного матеріалу

Основу правового регулювання вітчизняної дипломатичної служби становить Закон України «Про дипломатичну службу» від 07.06.2018<sup>3</sup>. Із його прийняттям розпочався якісно новий етап реформування дипломатичної служби. Цей Закон визначає правові засади та порядок організації дипломатичної служби як складника державної служби, а також особливості її проходження та правового статусу посадових осіб дипломатичної служби. При цьому важливо підкреслити, що, на відміну від низки видів державної служби (військової, служби в поліції тощо), дипломатична служба й після реформи залишилася видом служби, котрий законодавчо перебуває у видово-родових зв'язках із державною службою, урегульованою Законом України «Про державну службу» від 10.12.2015. Дія норм Закону України «Про державну службу» поширюється на посадових осіб дипломатичної служби в частині відносин, що не врегульовані Законом України «Про дипломатичну службу».

Принципи дипломатичної служби (від лат. *principium* – основа, вихідні настанови) є основоположними ідеями й положеннями, що покладені в основу її організації та функціонування. Вітчизняний підхід до врегулювання принципів дипломатичної служби полягає в закріпленні таких принципів у Законі України «Про дипломатичну службу» з указівкою, що до них належать також «інші принципи, визначені Законом «Про державну службу». Отже, відповідно до чинного законодавства України, до принципів дипломатичної служби належать: (а) загальні – принципи державної служби, закріплені Законом України «Про державну службу» (верховенство права; законність; професіоналізм; патріотизм; добросовісність; ефективність; забезпечення рівного доступу до державної служби; політична неупередженість; прозорість; стабільність); (б) спе-

ціальні – принципи, передбачені Законом України «Про дипломатичну службу» (патріотизм; відстоювання національних інтересів України; пріоритет прав і свобод людини та громадянина; демократизм і законність; гуманізм і соціальна справедливість; професіоналізм, компетентність, ініціативність; об'єктивність, чесність, порядність; належне виконання службових обов'язків і додержання трудової дисципліни).

Отже, політична неупередженість є принципом дипломатичної служби (загальним принципом), зміст якого розкривається Законом України «Про державну службу». Такий стан регулювання є обґрунтованим з огляду на родово-видові зв'язки дипломатичної та державної служби. Необхідності закріплення й визначення змісту політичної неупередженості серед принципів дипломатичної служби безпосередньо в Законі України «Про дипломатичну службу» немає. Останній Закон, вважаємо, має забезпечувати саме спеціалізоване регулювання, у ньому повинні бути закріплені спеціальні принципи дипломатичної служби, такі, що є властивими саме цьому виду державної служби та відрізняють його від інших. У Законі України «Про дипломатичну службу» можуть передбачатися особливості реалізації принципу політичної неупередженості стосовно дипломатичної служби, особливі засоби й механізми його забезпечення. Подібну логіку розділяють сьогодні й посадові особи дипломатичної служби. Зокрема, на питання «Чи вважаєте Ви доцільним унесення змін до Закону України «Про дипломатичну службу» щодо принципів дипломатичної служби?» більше ніж половина респондентів (51,9%) відповіли «Так». При цьому більшість із них (73,2%) відзначили, що «у Законі «Про дипломатичну службу» слід закріпити лише спеціальні принципи дипломатичної служби, які доповнюватимуться загальними принципами державної служби, передбаченими Законом «Про державну службу»<sup>4</sup>.

У пункті 8 ст. 4 Закону України «Про державну службу» принцип політичної неупередженості державної служби розкривається як «недопущення впливу політичних поглядів на дії та рішення державного службовця, а також утримання від демонстрації свого ставлення до політичних партій, демонстрації власних політичних поглядів під час виконання посадових обов'язків». Зміст такого принципу, як бачимо, законодавчо зводиться до покладення на державних службовців заборон (обмежень), а тому пов'язується саме з їхнім правовим статусом.

При цьому варто звернути увагу на ст. 10 Закону України «Про державну службу», яка називається «Політична неупередженість» і розміщена в розділі II «Правовий статус державних службовців». Зазначається, що державний службовець повинен неупе-

<sup>3</sup> Про дипломатичну службу : Закон України від 07.06.2018 № 2449-VIII. *Офіційний вісник України*. 2018. № 50. Ст. 1747.

<sup>4</sup> У ході дослідження опитано 79 посадових осіб дипломатичної служби, які займали посади в Міністерстві закордонних справ України та закордонних дипломатичних установах України.

реджено виконувати законні накази (розпорядження), доручення керівників незалежно від їхньої партійної належності та своїх політичних переконань; закріплюються заборони для державних службовців (бути членом політичної партії – для державних службовців категорії «А»; обіймати посади в керівних органах політичної партії; суміщати держслужбу зі статусом депутата місцевої ради, якщо такий службовець займає посаду державної служби категорії «А», тощо).

Виникає питання щодо співвідношення принципу політичної неупередженості державної служби (ст. 4) та вимог політичної неупередженості як складників правового статусу державних службовців (ст. 10), наявності зв'язків між ними. Із цього приводу в науці адміністративного права висловлені певні міркування. Наприклад, Л.М. Корнута доходить висновку, що «сутність принципу політичної неупередженості визначено у ст. 4 Закону. У той же час більш детально принцип політичної неупередженості законодавець визначає у ст. 10 Закону»<sup>5</sup>. У свою чергу, Н.С. Панова не вказує на пряму тотожність, а фактично відзначає первинний характер принципу політичної неупередженості державної служби стосовно вимог політичної неупередженості як елемента статусу. Вона підкреслює, що «вимога політичної неупередженості є логічним продовженням принципу політичної неупередженості державної служби»<sup>6</sup>. На нашу думку, безумовно, не можна заперечувати зв'язок принципу політичної неупередженості й відповідних вимог. Проте ці поняття ототожнювати не варто, адже принцип політичної неупередженості державної служби повинен передбачати ширший обсяг порівняно з вимогами політичної неупередженості державних службовців.

Справа в тому, що чинна редакція принципу політичної неупередженості пропонує досить обмежене його розуміння. На нашу думку, за сучасних умов можна запропонувати як широке, так і вузьке розуміння принципу політичної неупередженості державної служби. У вузькому сенсі його зміст обмежується лише вимогами політичної неупередженості як складниками правового статусу державних службовців (статусний елемент). Це умовно внутрішній складник політичної неупередженості державної служби. У широкому сенсі принцип політичної неупередженості, крім статусного аспекту, включає вимоги до суб'єктів управління державною службою, а також (що досить важливо) до суб'єктів політичної діяльності (політичних партій, кандидатів на виборах тощо) тощо.

Принцип політичної неупередженості повинен мати для державної служби засадничий і наскрізний характер. Він не має проявлятися виключно у право-

вому статусі державного службовця (як це має місце в українській моделі), а повинен пронизувати й інші складники інституту державної служби (просування по службі, переведення, припинення державної служби тощо), охоплювати відносини не лише з приводу проходження державної служби, а й ті, що передують набуттю статусу державного службовця (курс на зайняття посад державної служби, спеціальна перевірка під час призначення на посаду тощо).

На користь широкого розуміння політичної неупередженості свідчить досвід провідних держав світу (Великої Британії, Канади, США тощо). Відповідно до західної традиції виборчої демократії, політична неупередженість (нейтральність) розглядається, за влучним виразом Г. Райта, як «концепція, освячена часом»<sup>7</sup>. Історію становлення державної служби в США та низці європейських держав можна описати в термінах боротьби за забезпечення й гарантування її політичної неупередженості (нейтральності). Чи не найбільших успіхів у забезпеченні політичної неупередженості державної служби вдалося досягти Великій Британії, у якій політична неупередженість визнається «потужною культурною традицією, у якій виховуються чиновники»<sup>8</sup>. У Великій Британії політична неупередженість цивільної (державної) служби вважається цінністю, а її збереження – це взаємний обов'язок як державних службовців, так і політичних діячів. Зокрема, Кодекс поведінки міністра містить обов'язок міністрів зберігати політичну неупередженість цивільної служби та не вимагати від службовців виконання будь-яких дій, котрі суперечили б нормам Кодексу цивільної служби<sup>9</sup>.

Відзначимо досвід Канади, згідно із законодавством якої відповідні вимоги висуваються не лише до публічних службовців, а й до політичних посадовців та інших осіб. Наприклад, Кодекс цінностей та етики публічної служби Канади закріплює, що «Міністри відповідають за ... підтримання традиції політичного нейтралітету публічної служби та її постійну здатність надавати професійні, безсторонні й відверті поради». В основі канадської моделі політичної неупередженості лежать два ключові блоки, що охоплюють як внутрішні, так і зовнішні складники, передбачають захист службовців від протиправного впливу. М. Ф'юрі розкриває основу архітектури канадської моделі. «По-перше, публічна служба повинна мати систему персоналу, вільну від політичного впливу, у якій прийняття на роботу, найм, просування по службі та її припинення базується на заслугах (у разі припинення публічної служби їх відсутності). По-друге, публічні службовці повинні виконувати свої обов'язки неупе-

<sup>5</sup> Корнута Л.М. Принцип політичної неупередженості в системі принципів державної служби. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2016. № 5. С. 72.

<sup>6</sup> Панова Н.С. Політична неупередженість державного службовця як гарантія ефективності та стабільності державної служби. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2017. Вип. 47. Т. 2. С. 144.

<sup>7</sup> Райт Г. *Державне управління* / перекл. з англ. В. Івашка, О. Коваленка, С. Соколик. Київ : Основи, 1994. С. 44.

<sup>8</sup> Self P. *Administrative Theories and Politics: An Inquiry Into the Structure and Processes of Modern Government*. 2nd ed. London : Allen & Unwin, 1977. P. 34.

<sup>9</sup> Оболонский А.В. Кризис бюрократического государства: реформы государственной службы: международный опыт и российские реалии. Москва : Фонд «Либеральная миссия», 2011. С. 87.

реджено. Неупереджену публічну службу можна підтримувати лише в тому випадку, якщо система персоналу захищена від політичного впливу»<sup>10</sup>.

На нашу думку, зарубіжний досвід стосовно широкого сприйняття політичної неупередженості державної служби є досить актуальним для України в умовах посилення політизації державної служби, що пов'язано, зокрема, з прийняттям і реалізацією Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо переважанню влади» від 19.09.2019. Голова Національного агентства України з питань державної служби К.О. Ващенко, аналізуючи новели Закону України «Про державну службу», відзначив, що «дійсно повертається політичний вплив, і цього не потрібно приховувати, це наслідок політичної волі, яка сьогодні демонструється владною командою щодо переважанню»<sup>11</sup>.

Політична неупередженість державної служби (відповідно, і дипломатичної служби) у широкому сенсі має включати такі основні складники:

1) *вимоги до суб'єктів управління державною службою та інших суб'єктів владних повноважень, які мають право приймати рішення стосовно кандидатів на посади державної служби та державних службовців*, – обов'язок відповідних суб'єктів: (а) приймати рішення щодо кандидатів на посади державної служби та державних службовців незалежно від власних політичних переконань і партійної належності, у тому числі не допускати дискримінації за політичними переконаннями; (б) не вживати заходів, які спричиняють або можуть спричинити недотримання державними службовцями вимог політичної неупередженості. Зокрема, мова йде про політично неупереджене прийняття рішень щодо проведення та визначення результатів конкурсу на зайняття посад державної служби, проведення спеціальної перевірки у випадках, передбачених законом, призначення на посаду державної служби, присвоєння рангів державних службовців, їх переведення, оцінювання результатів службової діяльності, дисциплінарного провадження, звільнення з державної служби тощо. Станом на сьогодні відповідні вимоги врегульовані не в одному, а в низці нормативно-правових актів, переважно стосовно окремих складників, процедур або суб'єктів. Наприклад, заборона дискримінації, відсутність необґрунтованих обмежень або необґрунтованих переваг для окремих категорій громадян за ознакою політичних переконань під час вступу на державну службу та її проходження сьогодні охоплюється принципом забезпечення рівного доступу до державної служби (п. 7 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про державну службу»). Організаційно-правові засади про-

тидії дискримінації детально визначаються в Законі України «Про засади запобігання і протидії дискримінації в Україні» від 06.09.2012. Політична неупередженість закріплена як принцип конкурсу на зайняття посад державної служби (п. 3 Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку проведення конкурсу на зайняття посад державної служби» від 25.03.2016) тощо;

2) *вимоги до державних службовців* – центральний складник політичної неупередженості державної служби, зміст якої головним чином урегульовано в ст. 10 Закону України «Про державну службу». Більшість опитаних нами посадових осіб дипломатичної служби (83,5%) на питання «Якими, на Вашу думку, повинні бути вимоги політичної неупередженості дипломатичних службовців?» відповіли, що вони мають бути тотожними тим, що передбачені для державних службовців Законом України «Про державну службу». 12,7% відзначили, що вимоги політичної неупередженості дипломатичних службовців мають бути більш суворими, ніж ті, що передбачені для державних службовців Законом України «Про державну службу». На думку 3,8% респондентів, вимоги політичної неупередженості дипломатичних службовців повинні бути більш м'якими, ніж ті, що передбачені для державних службовців Законом України «Про державну службу». Загалом ми поділяємо думку, що вимоги політичної неупередженості державних службовців і посадових осіб дипломатичної служби не мають відрізнятися. Проте варто відзначити, що низка дипломатичних посад категорії «А» (наприклад, Надзвичайний і Повноважний Посол України тощо) наділена ознаками як адміністративних, так і політичних посад<sup>12</sup>. Тому, перш ніж робити висновки щодо вимог політичної неупередженості для дипломатичних службовців категорії «А», їх видів, необхідно провести додаткове дослідження в цій сфері.

Вимоги державних службовців і посадових осіб дипломатичної служби щодо політичної неупередженості можна поділити на види з такими умовними назвами: (а) *вимога щодо лояльності* – обов'язок неупереджено виконувати законні накази (розпорядження), доручення керівників незалежно від їхньої партійної належності та своїх політичних переконань; (б) *вимоги щодо демонстрації політичного ставлення* – заборона демонструвати свої політичні погляди й учиняти інші дії або бездіяльність, що в будь-який спосіб можуть засвідчити його особливе ставлення до політичних партій і негативно вплинути на імідж державного органу та довіру до влади або становити загрозу для конституційного ладу, територіальної цілісності й національної безпеки, для здоров'я та прав і свобод інших людей; (в) *вимоги щодо партійної належності* – заборона

<sup>10</sup> Furi M. Public Service Impartiality: Taking Stock. Ottawa : Public Service Commission of Canada, 2008. P. 33.

<sup>11</sup> Проект переважанню держслужби розроблявся за нашої участі. *Інтерв'ю Голови Національного агентства України з питань державної служби К.О. Ващенко агентству «Інтерфакс-Україна»*. 06.09.2019. URL: <https://ua.interfax.com.ua/news/interview/611668.html> (дата звернення: 28.02.2020).

<sup>12</sup> Федчишин С.А. Деякі особливості посади Надзвичайного і Повноважного Посла України у світлі реформування законодавства про державну службу. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2013. Вип. 6. Т. 2. С. 65–69.

бути членом політичної партії, якщо такий службовець займає посаду державної служби категорії «А»; обіймати посади в керівних органах політичної партії; (є) *вимоги щодо суміщення з депутатським мандатом* – заборона суміщати державну службу зі статусом депутата місцевої ради, якщо такий службовець займає посаду державної служби категорії «А»; (і) *вимоги щодо використання службових повноважень* – заборона залучати, використовуючи своє службове становище, державних службовців, посадових осіб місцевого самоврядування, працівників бюджетної сфери, інших осіб до участі в передвиборній агітації, акціях і заходах, що організуються політичними партіями; у будь-який інший спосіб використовувати власне службове становище в політичних цілях; (д) *вимоги щодо участі в виборах* – обов'язок державного службовця, який зареєстрований кандидатом у депутати ЦВК (виборчими комісіями), повідомляти в одноденний строк про таку реєстрацію керівника державної служби; (е) *вимоги щодо страйків* – заборона організувати й брати участь у страйках та агітації (крім випадку, передбаченого ч. 4 ст. 10 Закону України «Про державну службу»);

3) *вимоги до суб'єктів політичної діяльності* мають розглядатися як невід'ємний складник зовнішньої сторони політичної неупередженості державної служби. Такі вимоги повинні передбачати покладення обов'язків (заборон) у відповідній сфері на осіб, які займають державні політичні посади, на політичні партії, кандидатів на пост Президента України, кандидатів у народні депутати України, депутати місцевих рад тощо. Зміст приписів насамперед має зводитися до обов'язку суб'єктів політичної діяльності не вживати заходів, що спричиняють або можуть спричинити: (а) порушення політичної неупередженості в діяльності суб'єктів управління державною службою або інших суб'єктів владних повноважень, які мають право примати рішення щодо кандидатів на посади державної служби або державних службовців; (б) недотримання державними службовцями вимог політичної неупередженості. Поряд з іншим це обов'язок не вживати заходів щодо впливу на суб'єктів управління державною службою з метою схилення їх до прийняття рішень з огляду на політичні переконання громадян (під час вступу на державну службу) та державних службовців (під час проходження державної служби) для протиправного впливу на державних службовців у політичних цілях; не вживати заходів щодо схилення державних службовців до виконання законних наказів (розпоряджень, доручень) керівників з огляду на політичні переконання та членство в партіях, демонстрацію політичних поглядів під час виконання посадових обов'язків, використання «адміністративного ресурсу» тощо.

У контексті вимог до суб'єктів політичної діяльності вагоме значення мають установлені законодав-

ством обмеження щодо ведення передвиборчої агітації. Відповідно до ч. 12 ст. 57 Виборчого кодексу України від 19.12.2019, кандидатам на відповідних виборах, які займають посади, у тому числі за сумісництвом, в органах виконавчої влади, органах влади АРК та органах місцевого самоврядування, державних, комунальних підприємствах, закладах, установах, організаціях, військових частинах (формуваннях), забороняється залучати для передвиборної агітації або використовувати для будь-якої роботи, пов'язаної з проведенням передвиборної агітації, підлеглих їм осіб, службовий транспорт, зв'язок, устаткування, приміщення, інші об'єкти й ресурси за місцем роботи, а також використовувати службові чи виробничі наради, збори колективу для проведення передвиборної агітації<sup>13</sup>. Проте важливо розуміти, що відповідна норма не є загальною, а сфера її регулювання обмежується, по-перше, кандидатами на виборах, які займають посаду в органах публічної влади; по-друге, державними службовцями й іншими особами, які цим кандидатам підлегли.

На нашу думку, практичне виконання вимог суб'єктами політичної діяльності як складника принципу політичної неупередженості державної служби не лише вимагає зваженого комплексного врегулювання та забезпечення заходами відповідальності, а й значною мірою потребує зміни наявної політичної культури, усвідомлення політиками політичної неупередженості державної служби як цінності.

## Висновки

Підсумовуючи, зазначимо, що політична неупередженість має розглядатися як один із основних принципів дипломатичної служби України. Політична неупередженість є принципом дипломатичної служби (загальним принципом), що закріплений Законом України «Про державну службу». У вузькому сенсі принцип політичної неупередженості зводиться до вимог до поведінки державних службовців. У широкому розумінні він охоплює вимоги як до державних службовців, так й інших суб'єктів (суб'єктів управління державною службою, суб'єктів владних повноважень, політичних партій тощо). Подальше зміцнення політичної неупередженості дипломатичної служби нами пов'язується саме із широким її сприйняттям, що має супроводжуватися змінами законодавства та більш чітким узгодженням законів України «Про державну службу» та «Про дипломатичну службу», виробленням та ефективною реалізацією засобів забезпечення політичної неупередженості (контроль, відповідальність, захист державних службовців тощо), зміною ідеології як у системі державної служби, так і її взаєминах із політиками.

<sup>13</sup> Виборчий кодекс України від 19.12.2019 № 396-IX. Офіційний вісник України. 2020. № 4. Ст. 188.

**On the issue of the determination of the generic and special objects of crime provided in art. 360 of the Criminal Code of Ukraine***Yurikov Oleksandr**Applicant for the Department of Criminal Law**National Academy of Internal Affairs, Ukraine*

The article considers speculative issues in determination of generic and special objects of the crime under Art. 360 of the Criminal Code of Ukraine. The current views on structuring of generic object of intentionally damaging of the communication lines. The conclusion about the generic object of this crime as a public relations that secure ownership. Unlike the activities of public authorities, local self-government bodies, and associations of citizens, intentional damage of communication lines does not involve the effectuation of organizational, administrative or administrative-economic functions, the purpose of which is to protect people when the subject commits a crime, in order to influence management relations. Therefore, the crimes of intentional damage of the communication lines do not coincide in the essence of public relations with other crimes, located in section XV of the Special part of the Criminal Code of Ukraine. Therefore, it is advisable to place a provision for intentional damage of communication lines in the VI section of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine. It is argued that necessary to amend the Criminal Code of Ukraine regarding the placement of Art. 360 of the Criminal Code of Ukraine in section VI of the Special part "Crimes against property", by supplementing the law on criminal liability Art. 194-2 of the Criminal Code of Ukraine. The structural elements of the social relations of the specific object of the crime provided for in Art. 360 of the Criminal Code of Ukraine, belong to: 1) participants (individuals and legal entities, society and state); 2) the subject of relations (property as a whole and property relations); 3) social connection (providing participants with these property protection relationships in general and property relations). The specific object of the crime under Art. 360 of the Criminal Code of Ukraine are public relations that provide protection of property as a whole and property relations.

**Щодо питання про визначення родового та видового об'єктів злочину, передбаченого ст. 360 Кримінального кодексу України***Юріков Олександр Олександрович**здобувач кафедри кримінального права**Національної академії внутрішніх справ, Україна***Вступ**

Останніми роками в Україні збільшилася кількість злочинів, пов'язаних з умисним пошкодженням, руйнуванням, викраденням телекомунікаційних мереж (зокрема обладнання, кабельних ліній телекомунікацій (електричних та оптичних), каналів кабельної каналізації електрозв'язку будівлі, веж (щогл), опор, антен, кабельної каналізації, будинково-розподільної мережі та інші станційних, лінійних і лінійно-кабельних споруд, призначених для утворення телекомунікаційних мереж), що порушує їх цілісність. Однією з причин ситуації щодо збільшення випадків учинення злочинів, спрямованих на пошкодження, руйнування, викрадення складників телекомунікаційної мережі є неспівномірність наслідків із покаранням, яке може бути застосовано до зловмисників. Так, викрадення магістральних ліній зв'язку з метою подальшого збуту викраденого кабелю (що виготовлені з кольорових металів, зокрема міді) може відбуватися через недосконалість правового механізму кримінальної відповідальності осіб, які здійснюють такі злочини.

Злочинні втручання у функціонування складників телекомунікаційної мережі мають негативні наслідки передусім як для споживачів телекомунікаційних послуг (рівень і якість послуг, які вони отримують), так і для операторів, провайдерів телекомунікацій (які несуть значні матеріальні збитки для відновлення власної телекомунікаційної інфраструктури). Окремі випадки пошкодження складників телекомунікаційних мереж указують про вірогідність існування злочинних груп, які вчиняють злочинні дії як для наживи, так і з метою припинення надання телекомунікаційних послуг, а також задля вивчення топології мереж, термінів і механізмів реагування й відновлення. Прямі й опосередковані негативні наслідки для суспільства та держави від неможливості надання телекомунікаційних послуг унаслідок пошкодження, руйнування, викрадення складників телекомунікаційних мереж, як правило, значно більші від безпосередніх збитків суб'єктів господарювання (власників майна). Наслідки можуть набувати більш негативного значення через можливість спричинення тяжких наслідків і в інших сферах – аж до загибелі людей (відсутність зв'язку в закладах охорони здоров'я тощо) або катастроф техногенного характеру.

Кримінальна відповідальність за умисне пошкодження ліній зв'язку передбачена в ст. 360 Кримінального кодексу (далі – КК) України, однак через недосконалу диспозицію норми (застарілі положення статті, визначення не відповідають сучасним нормативно-правовим актам у сфері телекомунікацій, а також не встановлено градації відповідальності залежно від складу злочину та наслідків) вона мало застосовується на практиці.

Проблеми кримінальної відповідальності за умисне пошкодження ліній зв'язку, об'єктів електроенергетики, об'єктів житлово-комунального господарства в Україні були предметом дослідження як вітчизняних, так і зарубіжних науковців, таких як Р.В. Асейкін, О.В. Білаш, І.Б. Газдайка-Василишин, В.А. Горбунов, О.П. Дячкін, О.М. Котовенко, С.А. Миронюк, С.В. Незнайко, Б.М. Одайник, А.В. Сакун, В.П. Самокиш, А.В. Семенюк-Прибатень, Н.О. Сербіна й ін. Попри те що праці цих учених мають значну наукову і практичну цінність, чимало питань, пов'язаних з ознаками складу злочину, передбаченого ст. 360 КК України, залишилося дискусійним, а деякі недостатньо чи взагалі не дослідженими, зокрема питання визначення родового й видового об'єктів цього злочину.

Тому **метою статті** є дослідження ознак родового й видового об'єктів злочину, передбаченого ст. 360 КК України.

### Виклад основного матеріалу

У науці кримінального права існують різні концепції щодо розуміння об'єкта злочину, проте ні одна з них не може бути визнана безумовно правильною чи безумовно неправильною. За основу дослідження буде взята концепція розуміння об'єкта злочину як суспільних відносин. Найпоширенішими є триступенева та чотириступенева класифікація об'єктів злочинів «по вертикалі». Різниця між триступеневою та чотириступеневою класифікацією полягає у видовому об'єкті. Видовий об'єкт злочину – це суспільні відносини одного виду, яким заподіюється або створюється загроза заподіяння шкоди внаслідок учинення певного окремого виду злочину<sup>1</sup>. Під родовим об'єктом злочину традиційно розуміється певна група тотожних або однорідних за своєю соціально-політичною та економічною сутністю суспільних відносин, на які можуть посягати злочини певного роду (злочини передбачені певним розділом Особливої частини КК України), унаслідок чого вони повинні охоронятися єдиним комплексом взаємопов'язаних кримінально-правових норм. На

основі родового об'єкта законодавець розподіляє кримінально-правові норми в конкретні розділи Особливої частини КК України.

Така система зумовлює вирішення низки теоретичних і практичних питань, пов'язаних із необхідністю поділу норм, що передбачають відповідальність за конкретні злочини, і розташування їх у певному порядку. Від вдалого розміщення норм у системі Особливої частини КК України залежить правильне практичне їх застосування, теоретичне осмислення окремих складів злочинів, усвідомлення їх взаємозв'язку й особливостей. Тому особливої уваги потребує питання про місце тієї чи іншої норми в системі Особливої частини КК України.

Крім загальної норми, яка передбачає відповідальність за умисне знищення або пошкодження майна (ст. 194 КК України), у кримінальному законодавстві є певна кількість спеціальних норм. Умовно вони поділяються на дві групи: 1) умисне знищення або пошкодження майна, що належить потерпілим зі спеціальним правовим статусом, який наданий державою певним особам у зв'язку з родом їхньої діяльності, або вчинене спеціальним суб'єктом (умисне знищення або пошкодження майна працівника правоохоронного органу, працівника органу державної виконавчої служби чи приватного виконавця (ст. 347 КК України); умисне знищення або пошкодження майна журналіста (ст. 347-1 КК України); умисне знищення або пошкодження майна службової особи чи громадянина, який виконує громадянський обов'язок (ст. 352 КК України); умисне знищення або пошкодження майна судді, народного засідателя чи присяжного (ст. 378 КК України); умисне знищення або пошкодження майна захисника чи представника особи (ст. 399 КК України); умисне знищення або пошкодження військового майна (ст. 411 КК України)); 2) умисне знищення або пошкодження майна, яке має певні особливі властивості, у зв'язку з чим забезпечується посилена охорона з боку закону про кримінальну відповідальність (умисне пошкодження об'єктів електроенергетики (ст. 194-1 КК України); умисне знищення або пошкодження об'єктів житлово-комунального господарства (ст. 270-1 КК України); пошкодження шляхів сполучення і транспортних засобів (ст. 277 КК України); пошкодження об'єктів магістральних або промислових нафто-, газо-, конденсатопроводів і нафтопродуктопроводів (ст. 292 КК України); умисне пошкодження ліній зв'язку (ст. 360 КК України)).

Злочин, передбачений ст. 360 КК України, знаходиться в розділі XV Особливої частини КК України «Злочини проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та злочини проти журналістів». Виходячи з назви зазначеного розділу, можна стверджувати, що авторитету зазначених органів завжди заподіюється шкода або виникає загроза заподіяння шкоди, проте авторитет вищевказаних органів не завжди

<sup>1</sup> Лихова С.Я. Злочини проти громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина за Кримінальним кодексом України (теоретико-практичне дослідження) : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2006. С 36; Красиков А.Н. Уголовно-правовая охрана политических, гражданских и иных конституционных прав и свобод человека и гражданина в России. Саратов : Издательство Саратовского университета, 2000. С. 27–28.

(за наявності умислу на спричинення йому шкоди) ставиться під загрозу заподіяння шкоди в результаті вчинення цих злочинів.

Так, В.В. Кузнецов, В.І. Осадчий, А.В. Савченко й О.Ф. Штанько вважають, що родовим об'єктом злочинів проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян і злочинів проти журналістів є порядок управління органів влади та місцевого самоврядування. При цьому протиправне посягання спрямоване на встановлений законом порядок функціонування державних органів чи громадських організацій. У такому разі заподіюється шкода відносинам управління, що й варто визнавати родовим об'єктом<sup>2</sup>. Отже, належність норми «умисне пошкодження ліній зв'язку» до розділу XV Особливої частини КК України є суперечливою.

А.П. Дячкін зазначає, що родовим об'єктом ст. 360 КК України є громадська безпека, у зв'язку із чим пропонує зарахувати норму «умисне пошкодження ліній зв'язку» до розділу IX Особливої частини КК України «Злочини проти громадської безпеки»<sup>3</sup>. Однак не можна погодитися із зазначеною позицією, оскільки громадська безпека, на думку В.П. Тихого, – це: 1) безпека життя, здоров'я осіб та інших життєво важливих цінностей від загроз; 2) сукупність суспільних відносин, що забезпечують і гарантують безпечні умови життєдіяльності осіб і суспільства; 3) безпека осіб і суспільства від протиправних посягань з боку злочинних організацій, терористичних груп чи організацій; безпека осіб під час поведінки з вогнепальною та холодною зброєю, вибуховими речовинами й боєприпасами; 4) безпека осіб під час використання предметів та об'єктів, що становлять підвищену небезпеку, тощо<sup>4</sup>.

Під громадською безпекою як родовим об'єктом злочинів, передбачених розділом IX Особливої частини КК України, варто розуміти суспільні відносини, що спрямовані на захист особи, суспільства та держави від протиправних посягань злочинних і терористичних організацій, забезпечення безпеки під час поведінки з вогнепальною та холодною зброєю, вибуховими речовинами й боєприпасами, предметами та об'єктами, що становлять підвищену небезпеку, а також предметами та об'єктами, які не становлять підвищену небезпеку, проте несуть загрозу невизначеному колу осіб.

Закон України «Про телекомунікації» від 18.11.2003 замінив поняття «лінії зв'язку» на

поняття «телекомунікації», чим предмет досліджуваного злочину суттєво розширився. Відповідно до зазначеного Закону, оператори телекомунікацій насамперед надають у користування ресурси своїх мереж державній системі урядового зв'язку, національній системі конфіденційного зв'язку, органам з надзвичайних ситуацій, безпеки, оборони, Національній поліції, Національному антикорупційному бюро України, Державному бюро розслідувань у порядку, установленому ЦОВЗ<sup>5</sup>. Основними завданнями вищевказаних органів є забезпечення безпеки осіб, суспільства та громадян у різних сферах життєдіяльності, саме тому відсутність зв'язку з такими органами, зокрема відключення зв'язку по лініях 101, 102, 103, може призвести до загрози життю, здоров'ю та інших життєво важливих інтересів невизначеного кола осіб, суспільства чи держави, тобто створює загрозу громадській безпеці.

Проте, на думку І.М. Чуб, із розширенням предмета злочину, передбаченого ст. 360 КК України, таке посягання перешкоджає функціонуванню телекомунікаційних мереж і наданню телекомунікаційних послуг. На підставі цього вчений стверджує, що зазначений злочин є однорідним з тими, що закріплені в розділі XVI Особливої частини КК України «Злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електровз'язку», але посягають на різні суспільні відносини<sup>6</sup>.

За своєю сутністю умисне пошкодження ліній зв'язку є різновидом умисного знищення або пошкодження майна. У доктрині кримінального права існують пріоритетні три позиції щодо визначення родового об'єкта злочинів проти власності: 1) посягання на відносини власності, які як економічна категорія являє собою відносини між людьми з приводу матеріальних благ, за яких одні особи ставляться до матеріальних благ як до своїх, а інші – як до чужих; 2) посягання на власність і загалом на відносини власності<sup>7</sup>; 3) посягання на право власності. Останню позицію підтримували П.С. Матишевський, зазначаючи, що за допомогою правових норм, які охоплюються поняттям права власності, не тільки закріплюються матеріальні блага за певними суб'єктами, а й регулюється порядок придбання й припинення права власності, здійснюється володіння, користування й розпорядження майном, а також захист прав і законних інтересів власника. Злочини проти власності посягають на фактичне право власності, відповідно до якого здійснюється володіння, користування й розпорядження майном, або, інакше, на право власності в його суб'єктив-

<sup>2</sup> Осадчий В.І. Кримінально-правовий захист правоохоронної діяльності : монографія. Київ : Атіка, 2004. 336 с.; Савченко А.В., Кузнецов В.В., Шанько О.Ф. Сучасне кримінальне право України : курс лекцій. Київ : Вид. Паливода А.В., 2005. 640 с.

<sup>3</sup> Дячкін О.П. Кримінально-правова охорона об'єктів електроенергетики та зв'язку : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Дніпропетровськ, 2009. С. 34.

<sup>4</sup> Тихий В.П. Злочини проти громадської безпеки: науково-практичний коментар. Київ, 2010. С. 64.

<sup>5</sup> Про телекомунікації : Закон України від 18.11.2003 № 1280-IV. URL: <https://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1280-15>.

<sup>6</sup> Чуб І.М. Систематизація злочинів проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян. *Проблеми законності*. 2012. № 118. С. 274–275.

<sup>7</sup> Наил А.Р. Преступления против собственности по уголовному праву Иордании. Амман : Дар аль Факир, 1996. С. 9.



ному сенсі<sup>8</sup>. Тому цілком природно, що родовим об'єктом досліджуваного злочину є право власності.

Здійснивши аналіз родового об'єкта розділів VI, IX і XV Особливої частини КК України, доходимо висновку, що родовим об'єктом злочину, передбаченого ст. 360 КК України, є суспільні відносини, що забезпечують право власності. На відміну від діяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування й об'єднань громадян, умисне пошкодження ліній зв'язку не включає в себе здійснення організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, метою яких є захист осіб, коли суб'єкт учиняє злочин з метою вплинути на відносини управління. Тобто злочини щодо умисного пошкодження ліній зв'язку не співпадають за сутністю суспільних відносин з іншими злочинами, розміщеними в розділі XV Особливої частини КК України. Тому доцільно розмістити норму щодо умисного пошкодження ліній зв'язку в розділ VI Особливої частини КК України «Злочини проти власності».

*Видовий об'єкт* становить підгрупу суспільних відносин у межах родового об'єкта, яка складається з однорідних чи тотожних суспільних відносин, що зазнають або можуть зазнавати посягання під час учинення зазначеного злочину.

Видовий об'єкт, на думку М.Й. Коржанського, – це такий об'єкт, на який посягає злочин певного виду (убивство, крадіжка)<sup>9</sup>. О.В. Кириченко визначає видовий об'єкт як підгрупу соціальних благ, що схожі між собою та є складником ширшої групи однорідних цінностей, що потребують кримінально-правової охорони<sup>10</sup>.

Є.В. Фесенко під видовим об'єктом злочину розуміє сукупність цінностей, на які посягає певна група злочинів і які є частиною цінностей, що законодавець визначає як родовий об'єкт злочинів, передбачених відповідним розділом Особливої частини КК України. Учений пропонує в межах розділів Особливої частини КК України визначати видові об'єкти за назвами глав (за умови їх виділення в кримінальному законодавстві України)<sup>11</sup>. Подібні моделі побудови кримінальних кодексів закріплені в зарубіжних державах. Крім того, на основі аналізу законодавства провідних європейських держав таку концепцію побудови з урахуванням родового та видового об'єктів пропонує М.І. Хавронюк. На його думку, щоб визначити спрямованість протиправного посягання на певні суспільні відносини, необхідно вста-

новити зміст видового об'єкта злочинів, виділяючи підрозділи в структурі розділів Особливої частини КК України<sup>12</sup>. Такий підхід у створенні КК України, на переконання вченого, дасть можливість у подальшому точніше визначати групу суспільних відносин, які зазнали злочинного посягання, це дасть змогу більш точно кваліфікувати злочинні діяння.

Для повного розуміння видового об'єкта необхідно проаналізувати структуру суспільних відносин. До структури суспільних відносин належать: 1) учасники; 2) предмет; 3) соціальний зв'язок (зміст)<sup>13</sup>.

Учасниками суспільних відносин, що становлять видовий об'єкт злочину, передбачений ст. 360 КК України, є власники об'єктів та обладнання телекомунікаційних мереж і користувачі телекомунікаційних послуг. Визначення такого кола осіб ґрунтується на положенні диспозиції ст. 360 КК України та на положеннях Закону України «Про телекомунікації». На підставі вищевикладеного можна стверджувати, що до кола учасників належать фізичні та юридичні особи, суспільство й держава.

Наступним елементом є предмет суспільних відносин. Предмет суспільних відносин – це цінності та блага, з приводу яких виникають суспільні відносини. Саме цей елемент піддається злочинному впливу під час учинення певного злочину, саме йому завдається шкода<sup>14</sup>. У разі пошкодження ліній зв'язку шкода завдається шляхом злочинного впливу на об'єкти й обладнання телекомунікаційних мереж. Отже, посягання здійснюється на власність загалом і на відносини власності.

Ще одним елементом суспільних відносин є соціальний зв'язок – зміст суспільних відносин. Соціальний зв'язок (зміст) суспільних відносин щодо забезпечення кримінально-правової охорони права власності ліній зв'язку, що полягає в забезпеченні учасниками цих відносин охорони власності та права власності на майно, що входить до складу телекомунікаційної мережі.

Ураховуючи вищевикладене, можна стверджувати, що до структурних елементів суспільних відносин видового об'єкта злочину, передбаченого ст. 360 КК України, належать: 1) учасники (фізичні та юридичні особи, суспільство й держава); 2) предмет

<sup>8</sup> Наил А.Р. Преступления против собственности по уголовному праву Иордании. Амман : Дар аль Факир, 1996. С. 12.

<sup>9</sup> Коржанський М.Й. Об'єкт і предмет злочину : лекція. Київ : Нац. акад. внутр. справ України, 1997. С. 73.

<sup>10</sup> Кириченко О.В. Кримінально-правові та кримінологічні аспекти протидії завідомо неправдивим повідомленням про загрозу громадській безпеці : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Харків, 2005. С. 11.

<sup>11</sup> Фесенко Є.В. Злочини проти здоров'я населення та система заходів з його охорони : монографія. Київ : Атіка, 2004. С. 82.

<sup>12</sup> Хавронюк М.І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.08. Львів, 2007. С. 348.

<sup>13</sup> Винокуров В.Н. Общественные отношения как объект преступления: за и против. Государство и право. 2010. № 1. С. 116–119; Коржанський М.Й. Об'єкт і предмет злочину : лекція. Київ : Нац. акад. внутр. справ України, 1997. С. 37; Тацій В.Я. Объект и предмет преступления в советском уголовном праве : учебное пособие. Харьков : Выща шк. Изд-во при ХГУ, 1988. С. 56; Фролов Е.А. Спорные вопросы общего учения об объекте преступления. Сборник ученых трудов Свердловского юридического института. 1969. Вып. 10. С. 215.

<sup>14</sup> Кримінальне право України. Загальна частина : підручник / за ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. 4-е вид. Харків : Право, 2010. С. 97; Бондарчук А.С. Кримінально-правова охорона погрози або насильства щодо журналіста : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2019. С. 110.

відносин (власність загалом і відносини власності);  
3) соціальний зв'язок (забезпечення учасниками цих відносин охорони власності загалом і відносин власності).

**Висновки**

Родовим об'єктом злочину, передбаченого ст. 360 КК України, є суспільні відносини, що забез-

печують право власності. Вищевикладене зумовлює необхідність унесення змін до КК України щодо розміщення ст. 360 КК України в розділі VI Особливої частини «Злочини проти власності» шляхом доповнення закону про кримінальну відповідальність ст. 194-2 КК України. Видовим об'єктом злочину, передбаченого ст. 360 КК України, є суспільні відносини, що забезпечують охорону власності загалом і відносини власності.

**Main features of formation and development of rights to freedom of movement and free choice of residence on the lands of modern Ukraine***Yablunovskaya Kateryna**Postgraduate Student of Administrative Law Department**Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine*

The article is devoted to the study of the basic features of formation and development of the rights to freedom of movement and free choice of residence on the lands of modern Ukraine.

During the research, a wide range of general scientific and special-legal methods of scientific knowledge was used, in particular: the method of dialectical logic, comparative-legal, formal-legal and system-structural methods of scientific research.

As a result of the research, the author substantiates the scientific position that the history of the establishment and development of the right to freedom of movement and the right to free choice of residence can be divided into two periods: a) before the emergence of a comprehensive formalized legal regulation of these human and citizen rights and b) after the emergence of such legal regulation.

It is revealed that the processes of formation and development of the said rights in the lands of Ukraine and in the countries of Western Europe took place in parallel and without direct influence on each other. While in the latter these developments were aimed at restricting the arbitrariness of the state in the exercise of freedom of movement and the right to freely choose a place of residence by individuals, the reverse process took place on the lands of modern Ukraine - the state created all conditions for limiting the said human rights through institutions: serfdom, registration, etc.

It is stated that the state, from the time of Kievan Rus to the era of the Soviet state, in the policy of exercising the right to freedom of movement and the right of free choice of place of residence, acted in the interests of the most prosperous sections of the population. In pursuing such a policy, the state adopted discriminatory legal acts, which limited the possibilities for the implementation of these human rights by the poor.

Attention is drawn to the fact that from the time of Kievan Rus to the peasant reforms of 1861–1866 in the Russian Empire, the institute of serfdom had a significant influence on the exercise of the right to freedom of movement and the right to free choice of residence, since it restricted the exercise of this right in the largest population – Ukrainian peasants.

**Основні риси становлення й розвитку прав на свободу пересування та вільний вибір місця проживання на землях сучасної України***Яблунівська Катерина Миколаївна**аспірантка кафедри адміністративного права**Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Україна***Вступ**

Серед переліку прав і свобод громадян України особливе місце посідають право на свободу пересування та право на вільний вибір місця проживання. Їх реалізація дає широкі можливості для саморозвитку, зокрема, громадян України, адже реалізація названих прав тісно пов'язана з можливістю обрати вигідну та цікаву роботу, яка знаходиться поза межами місця постійного проживання; культурного розвитку людини через подорожі як усередині країни, так і за її межами; відвідування близьких і друзів, які перебувають як в Україні, так і за кордоном; обрання місця постійного проживання, що більше подобається, тощо. Такі звичайні й об'єктивно необхідні можливості, що надаються згадуваними правами людини, ще не так давно були обмежені для більшості населення, яке проживало на території сучасної України. Ідеться про інститут прописки та надмірну бюрократизацію реалізації права на сво-

боду пересування та права на вільний вибір місця проживання за доби Радянського Союзу. Інститут кріпацтва був перепорою на шляху реалізації цих прав селянами на українських землях у складі Російської та Австро-Угорської імперій, а до того – у Великому князівстві Литовському й Речі Посполитій. Незважаючи на те що ці інститути існували в різні часи розвитку державності на землях сучасної України, спільним у них є те, що вони встановлювалися державою та були спрямовані проти свобод, які надавалися названими правами, пересічним українцям. Тому існує необхідність дослідження основних рис становлення й нормативного закріплення права на свободу пересування та права на вільний вибір місця проживання не тільки за доби незалежності України, а й за інших періодів розвитку державності на землях сучасної України. Таке дослідження необхідне, аби, по-перше, краще зрозуміти сутність і межі здійснення цих прав і, по-друге, визначити

ті їх порушення, які вчиняла держава насамперед проти українського населення, з метою запобігання їх учиненню в майбутньому.

**Метою статті** є визначення основних рис процесу становлення й розвитку прав на свободу пересування та вільний вибір місця проживання на землях сучасної України.

### Виклад основного матеріалу

Дослідження ми б хотіли побудувати не через викладення в хронологічній послідовності історичних пам'яток права, які колись регулювали реалізацію права на свободу пересування та права на вільний вибір місця проживання, а через визначення найтипівіших рис правового регулювання та практики реалізації цих прав із доби Київської Русі й до доби незалежної України.

Першою характерною рисою, на якій ми хотіли б зупинитися, є те, що тривалий час комплексного формалізованого регулювання права на свободу пересування та права на вільний вибір місця проживання на землях сучасної України не було. З огляду на це, усю історію становлення й розвитку названих прав людини на землях сучасної України можна умовно поділити на два періоди: а) до появи такого регулювання та б) після його появи. У цій частині хотілося б звернути увагу на те, що на рівні дисертаційних досліджень, які присвячені свободі пересування та праву на вільний вибір місця проживання<sup>1</sup>, відсутність суто формалізованих (писемних) пам'яток права, які б регулювали саме названі права людини, оцінюється дослідниками як факт відсутності таких прав узагалі. Отже, поза увагою дослідників залишаються цілі епохи розвитку державності на землях сучасної України, за яких було як право на свободу пересування, так і право на вільний вибір місця проживання. На наш погляд, такий підхід є помилковим, адже поряд із формалізованими нормами права, які регулювали реалізацію цих прав, існували неформалізовані норми, що також визначали межі здійснення права на свободу пересування та права на вільний вибір місця проживання. Як приклад візьмемо добу Київської Русі. За цієї доби розвитку державності на землях сучасної України існували суто формалізовані джерела права, зокрема договори Київських князів з Візантією 907 і 944 рр.<sup>2</sup> У цих договорах чітко регламентувалася свобода пересування та право на вибір місця проживання купців, які приїжджали торгувати з Русі у Візантію. Однак цими договорами не може обмежуватися правове регулювання названих прав у населення Київської Русі. Тому ми пропону-

ємо звернутися до суспільного устрою цієї держави, аби на підставі його аналізу скласти уявлення про реалізацію цих прав населенням Русі. Аналіз літератури, присвяченої дослідженню суспільного ладу за доби Київської Русі<sup>3</sup>, допомагає нам зробити висновок, що все населення цієї держави поділялося на: 1) аристократичну верхівку; 2) вільних общинників; 3) напівзалежне населення та 4) залежне населення<sup>4</sup>. Аристократична верхівка, до якої належали князі київські, місцеві (удільні) князі, бояри, дружинники, була особисто вільною. Отже, можна припустити, що вона мала найбільше можливостей для реалізації права на свободу пересування та права на вільний вибір місця проживання. Звичайно, це право не було безмежним. Так, наприклад, дружинник, який укладав із князем договір про службу, потрапляв у васальну залежність від князя<sup>5</sup>, а отже, мав узгоджувати реалізацію цих прав з останнім.

До категорії особисто вільного населення належало також духівництво, як «біле», так і «чорне».

Крім того, особисто вільними були вільні общинники: а) жителі міста, наприклад, ремісники, купці, та б) жителі села, крім тих, які належали до різних верств напівзалежного населення, зокрема «смерди», «рядовичі», «вдачі» та ін.<sup>6</sup>

За доби Київської Русі була досить розгалужена система напівзалежного населення. Ця категорія населення складалася зі: 1) «смердів»; 2) «рядовичів»; 3) «закупів»; 4) «вдачі»; 5) «задушних людей»; 6) «прощеників»; 7) «холопів»; 8) «челяді»; 9) ізгоїв та ін.<sup>7</sup> Усі перелічені групи напівзалежного населення перебували в різних видах залежності, яка обмежувала можливість реалізації ними права на свободу пересування та права на вільний вибір місця проживання.

У найменш вигідному становищі знаходилися «холопи», які ставали невольниками внаслідок скоєння злочину, неповернення боргу, самопродажу та з інших причин, а також «челядь», тобто люди, які потрапляли в рабство внаслідок полону. Окремі дослідники<sup>8</sup> зараховують їх до невольних людей. Зважаючи на зазначене, ми можемо зробити обґрунтоване припущення, що названі верстви населення були цілковито позбавленими можливості само-

<sup>1</sup> Динько О.Ф. Зміст і гарантії забезпечення реалізації свободи пересування людини та громадянина в Україні : дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2003. 220 с.; Тарапака І.Ю. Адміністративно-правове регулювання свободи пересування та вільного вибору місця проживання в Україні : дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2016. 238 с.

<sup>2</sup> Історія українського права / за ред. О.О. Шевченка. Київ : Олан, 2001. С. 12.

<sup>3</sup> Музиченко П.П. Історія держави і права України : навчальний посібник. 3-тє вид. стер. Київ : Т-во «Знання», КОО, 2001. 429 с.; Історія держави і права України. Академічний курс : у 2 т. : підручник для студ. юрид. спеціальностей вищ. закл. освіти / Акад. прав. наук України, Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого ; за ред. : В.Я. Тацій, А.Й. Рогожин. Київ : Ін Юре, 2000. Т. 2. 580 с.; Капелюшний В.П., Кудін С.В. Історія держави і права України : навчальний посібник у схемах, табл. і визначеннях основ. термінів для студ. юрид. вузів та ф-тів. Київ : Олан, 2001. 224 с.; Толочко П.П. Древняя Русь. Очерки социально-политической истории. Киев : Наукова думка, 1987. 246 с.

<sup>4</sup> Захарченко П.П. Історія держави і права України : підручник. Київ : Атіка, 2005. С. 22.

<sup>5</sup> Там само. С. 23.

<sup>6</sup> Там само.

<sup>7</sup> Там само.

<sup>8</sup> Там само. С. 36.

стійно реалізовувати право на свободу пересування та право на вільний вибір місця проживання.

Отже, роблячи певний проміжний висновок, варто зазначити, що реалізація згадуваних прав людини за доби Київської Русі цілком залежала від соціального статусу їхнього носія. Крім того, правове регулювання реалізації цих прав людини здійснювалося переважно на підставі неформалізованих джерел права.

Маємо підкреслити, що комплексне правове регулювання права на свободу пересування та права на вільний вибір місця проживання щодо всіх верств населення з'являється вже за доби перебування України в складі Російської та Австро-Угорської імперій. Тому, на наш погляд, до держав, які мали незначне формалізоване правове регулювання названих прав людини й досить сформовану систему неформалізованого правового регулювання цих прав, ми зарахуємо поряд із Київською Руссю Галицько-Волинське князівство, Велике князівство Литовське, Річ Посполиту, Запорізьку Січ та Українську гетьманську державу. До держав, які мали комплексне формалізоване правове регулювання свободи пересування та права на вільний вибір проживання населення на землях сучасної України, ми зарахуємо Російську й Австро-Угорську імперії, незалежну українську державу (1917–1921 рр.); радянську державу (1919–1991 рр.), незалежну Україну.

По-друге, процеси становлення й розвитку права на свободу пересування і права на вільний вибір місця проживання на землях сучасної України й у країнах Західної Європи існували паралельно та безпосередньо не впливали один на одного. Так, у дисертаціях, присвячених дослідженню права на свободу пересування та права на вільний вибір місця проживання, акцентується увага на розвитку цих прав в Англії у XII–XIII століттях<sup>9</sup>. Справедливо наголошується на тому, що в цей період в Англії почалося формування системи юридичних норм, які регулювали насамперед свободу пересування. О.Ф. Динько зазначає: «Першим відомим нам національним юридичним актом, що найповніше розкриває свободу пересування, була Велика хартія вольностей 1215 року, ст. 41 якої гарантувала усім купцям «право вільно і безпечно виїздити з Англії і в'їжджати до Англії, перебувати і подорожувати Англією, щоб купувати і продавати без всякого незаконного мита, сплачуючи лише старовинне, звичаєм установлене мито»<sup>10</sup>. Учений також акцентує увагу на тому, що в XIII ст. в країнах Європи запроваджується паспорт, який згодом стає основним інструментом поліцейського контролю. Приблизно ті самі

історичні факти аналізуються в дисертаційному дослідженні І.Ю. Тарапаки<sup>11</sup>. Безумовно, наведені історичні факти мають суттєве значення для аналізу історії становлення й розвитку права на свободу пересування та права на вільний вибір місця проживання в Європі. Однак у названих дисертаційних дослідженнях не вказано того, чи вплинули ці тенденції на розвиток правового регулювання названих прав людини в Англії, на правове регулювання права на свободу пересування та права на вільний вибір місця проживання на землях сучасної України. Аналіз наукової літератури та історичних пам'яток права дає нам змогу стверджувати, що прямого зв'язку між розвитком інститутів права на свободу пересування та права на вільний вибір місця проживання в Англії та на землях сучасної України у XII–XIV ст. не було. Можна навіть сказати більше: якщо в Англії розвиток цих інститутів був спрямований на обмеження свавілля держави щодо реалізації свободи пересування приватних осіб, то на землях сучасної України відбувався зворотній процес: держава створювала всі умови для закріпачення селянства, що призводило в тому числі до обмеження права на свободу пересування та права на вільний вибір місця проживання останніх.

Варто зазначити те, що спрямування розвитку інститутів права на свободу пересування та права на вільний вибір місця проживання до доби незалежної України не було спрямовано на обмеження свавілля держави щодо надмірного обмеження реалізації названих прав у населення України. Після скасування інституту кріпацтва за доби радянської держави був запроваджений новий інститут, спрямований на обмеження цих прав людини, – інститут прописки. Він став інструментом тотального адміністративного контролю з боку радянської держави щодо переміщення населення та примусового визначення місця проживання щодо населення Радянської України. Так, із самого моменту свого запровадження постановою ЦВК та РНК СРСР «Про встановлення єдиної паспортної системи в Союзі РСР і обов'язкової прописки паспортів»<sup>12</sup> цей інститут був спрямований на «очищення населених пунктів від осіб, не зайнятих суспільно корисною працею, зокрема від куркулів, злочинців та інших антисоціальних елементів»<sup>13</sup>. Названим особам заборонялося селитися в режимних містах в УСРР (Києві, Одесі, Севастополі, Дніпропетровську тощо), а також у містах і селах у межах стокілометрової прикордонної смуги на заході СРСР.

Крім того, паспортна система СРСР та інститут прописки були спрямовані проти українських селян. Справа полягала в тому, що до переліку осіб, яким мали видати паспорти, не входили селяни. Для

<sup>9</sup> Динько О.Ф. Зміст і гарантії забезпечення реалізації свободи пересування людини та громадянина в Україні : дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2003. С. 25; Тарапака І.Ю. Адміністративно-правове регулювання свободи пересування та вільного вибору місця проживання в Україні : дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2016. С. 19, 20.

<sup>10</sup> Динько О.Ф. Указана праця. С. 25.

<sup>11</sup> Тарапака І.Ю. Указана праця. С. 19, 20.

<sup>12</sup> Собрание законов и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства СССР. Москва, 1932. № 84. Ст. 516.

<sup>13</sup> Там само.

останніх це означало, що приїздити до міст і проживати там вони фактично не могли. Порушення цього припису каралося штрафом до 100 карбованців і видворенням селян із міста за розпорядженням органів міліції. Повторне порушення тягло за собою кримінальну відповідальність<sup>14</sup>.

Отже, коли в Західній Європі вели мову про природні права людини, людську гідність, недискримінацію, людиноцентризм як ідейну основу функціонування держави, на землях сучасної України, починаючи з Великого князівства Литовського і до доби незалежної України, держава свавільно обмежувала право на свободу пересування та право на вільний вибір місця проживання переважної частини населення України.

По-третє, держава з доби Київської Русі й до доби Радянської держави в політиці щодо реалізації права на свободу пересування та права на вільний вибір місця проживання діяла в інтересах саме заможних верств населення. Аналіз історії держави і права на землях сучасної України свідчить про те, що така тенденція почалася ще за доби Київської Русі, коли з'являються інститути «закупства»; «холопства», «челядництва» тощо<sup>15</sup>, які давали змогу перетворити вільну людину на напіввільну чи невільну, у якої серед іншого не було ані свободи пересування, ані права на вільний вибір місця проживання. З тих часів цей напрям політики держави поглибився та розширився. Ідеться насамперед про інститут кріпацтва, що його з доби Великого князівства Литовського заможні верстви населення (магнати та шляхта) намагалися розповсюдити на всіх українських селян і навіть тих, які були особисто вільними. Отже, держава, виражаючи в нормах права волю заможних верств населення, здійснювала дискримінаційну політику щодо реалізації права на свободу пересування та права на вільний вибір місця проживання. Ця дискримінація полягала в цілковитому позбавленні українського селянства свободи пересування та права на вільний вибір місця проживання. При цьому вона продовжилася навіть після скасування кріпацтва в 1861 р. в Російській імперії та на українських землях у складі Австро-Угорської імперії в 1782 та 1848 рр. Так, Російська держава, формально звільнивши селян від кріпацтва, реально не надавала їм можливостей для реалізації належних їм прав і свобод. Як приклад можна навести регулювання нею переселенського руху, який почався одразу після скасування кріпацтва. Справа полягала в тому, що на переселення селяни мали отримати дозвіл або від міністра внутрішніх справ, або від міністра державних маєтностей за поданнями

губернських адміністрацій. Однак такі подання були не чисельними, незважаючи на значну кількість бажаючих переселитися. Причиною цього стало те, що селяни були джерелом для сплати податків і дешевою робочою силою. Отже, надавати реальну свободу пересування та право на вільний вибір місця проживання Російська імперія українським селянам не бажала. Саме тому масовим явищем стало самовільне переселення селян.

По-четверте, суттєвий вплив на реалізацію права на свободу пересування та права на вільний вибір місця проживання селянства як найчисельнішої групи населення на землях сучасної України мав інститут кріпацтва. На жаль, у дисертаційних дослідженнях, присвячених цим правам людини, йому не приділено належної уваги<sup>16</sup>. Цей інститут існував з доби Київської Русі й до селянських реформ 1861–1866 рр. у Російській імперії. Його функціонування призвело до того, що селяни були «прикріпленими» до землі, якою володіли заможні верстви населення. У різні часи ними були магнати, шляхта, поміщики тощо. Отже, без письмового дозволу землевласника селянин не міг реалізувати ні свободи пересування, ні права на вільний вибір місця проживання.

## Висновки

У результаті проведеного дослідження можна зробити такі висновки:

1. Доведено, що історію становлення й розвитку права на свободу пересування та права на вільний вибір місця проживання можна поділити на два періоди: а) до появи комплексного формалізованого правового регулювання цих прав людини та громадянина й б) після появи такого правового регулювання. До першої групи ми зарахуємо розвиток названих прав людини за доби Київської Русі, Великого князівства Литовського, Речі Посполитої, Запорізької Січі та Української гетьманської держави. До другої групи ми зарахуємо становлення й розвиток цих прав за доби перебування земель сучасної України в складі Російської та Австро-Угорської імперій, незалежної української держави (1917–1921 рр.); радянської держави (1919–1991 рр.), незалежної України.

2. З'ясовано, що процеси становлення й розвитку названих прав на землях України й у країнах Західної Європи відбувалися паралельно та поза безпосереднім впливом один на одного. Якщо в останніх цей розвиток був спрямований на обмеження свавілля держави щодо реалізації свободи пересування та права на вільний вибір місця проживання приватними особами, то на землях сучасної України

<sup>14</sup> Михайлов Н., Тепцов Н. Абревіатуру ВКП(б) селяни розшифровували інакше – второе крепостное право (большевик). *Родина*. 1989. № 8. С. 31.

<sup>15</sup> Петровська Н.В. Закріпачення селянства за Статутом Великого князівства Литовського 1529 року. *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. Вип. 49. С. 188.

<sup>16</sup> Динько О.Ф. Зміст і гарантії забезпечення реалізації свободи пересування людини та громадянина в Україні : дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2003. 220 с.; Тарапака І.Ю. Адміністративно-правове регулювання свободи пересування та вільного вибору місця проживання в Україні. дис. ... канд. юрид. наук : Одеса, 2016. 238 с.

відбувався зворотній процес: держава створювала всі умови для обмеження названих прав людини через інститути кріпацтва, прописки тощо.

3. Констатовано, що держава з доби Київської Русі й до доби Радянської держави в політиці щодо реалізації права на свободу пересування та права вільного вибору місця проживання діяла в інтересах саме заможних верств населення. Здійснюючи таку політику, держава приймала дискримінаційні за своєю сутністю юридичні акти, які обмежували

можливості щодо реалізації названих прав людини незаможними верствами населення.

4. Акцентовано увагу на тому, що з доби Київської Русі й до селянських реформ 1861–1866 рр. у Російській імперії суттєвий вплив на реалізацію права на свободу пересування та права на вільний вибір місця проживання мав інститут кріпацтва, адже він обмежував можливість реалізації цього права в найчисельнішій верстві населення – українських селян.





---

Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS)  
Issued quarterly  
Passed for printing: 26.12.2019