

ІНСТИТУТ ДЕРЖАВИ І ПРАВА  
імені В. М. КОРЕЦЬКОГО  
НАН УКРАЇНИ

---

# Держава і право

ЗБІРНИК  
НАУКОВИХ ПРАЦЬ

---

Серія **ЮРИДИЧНІ НАУКИ**

Випуск **82**



Київ  
Видавництво «Юридична думка»  
2018



*Затверджено до друку  
та рекомендовано до поширення через мережу Інтернет  
Вченою радою Інституту держави і права  
ім. В. М. Корецького НАН України  
(протокол № 11 від 18 грудня 2018 р.)*

**Збірник затверджено Міністерством освіти і науки України  
як наукове фахове видання, в якому можуть публікуватися результати  
дисертаційних досліджень**

**Збірник включено до міжнародної наукометричної бази  
*Index Copernicus international* (Варшава, Польща).**

**Статті збірника прирівнюються до публікацій у зарубіжних фахових виданнях**

Редакційна колегія

**Шемшученко Ю. С.** – доктор юридичних наук, академік НАН України (голова редколегії); **Кресіна І. О.** – доктор політичних наук (головний редактор); **Акуленко В. І.** – доктор юридичних наук; **Андрійко О. Ф.** – доктор юридичних наук; **Антонов В. О.** – доктор юридичних наук; **Батанов О. В.** – доктор юридичних наук; **Батлер Уільям Елліот** – доктор юридичних наук, іноземний член НАН України (США); **Денисов В. Н.** – доктор юридичних наук; **Кваша О. О.** – доктор юридичних наук; **Костенко О. М.** – доктор юридичних наук; **Кресін О. В.** – доктор юридичних наук; **Кубко Є. Б.** – доктор юридичних наук; **Кулинич П. Ф.** – доктор юридичних наук; **Малишева Н. Р.** – доктор юридичних наук; **Нагребельний В. П.** – кандидат юридичних наук; **Оніщенко Н. М.** – доктор юридичних наук; **Пархоменко Н. М.** – доктор юридичних наук; **Сіренко В. Ф.** – доктор юридичних наук, член-кореспондент НАН України; **Скрипнюк О. В.** – доктор юридичних наук; **Теплюк М. О.** – доктор юридичних наук; **Тимченко Г. П.** – доктор юридичних наук; **Усенко І. Б.** – кандидат юридичних наук; **Хуторян Н. М.** – доктор юридичних наук; **Ющик О. І.** – доктор юридичних наук.

**Держава і право:** Збірник наукових праць. Серія Юридичні науки. Випуск 82 / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2018. 348 с.

У збірнику висвітлюються актуальні питання теорії та історії держави і права, порівняльного правознавства, державного управління, адміністративного, конституційного, міжнародного, цивільного і підприємницького, аграрного та екологічного права, кримінології, кримінального і кримінально-процесуального права.

Видання розраховане на науковців, викладачів, аспірантів і студентів, усіх, хто прагне отримати знання з юридичних наук.

Адреса редакції

01601, Київ, вул. Трьохсвятительська, 4, к. 211

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

тел. 279-73-96, факс 278-54-74

© Інститут держави і права  
ім. В. М. Корецького НАН України, 2018

© Видавництво «Юридична думка», 2018

ISSN 1563-3349

## ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 340.1

**Г. В. СВИРИДЕНКО**

### **ПРАВОМІРНА ПОВЕДІНКА: НЕОБХІДНІСТЬ СИСТЕМНОГО ОСМИСЛЕННЯ**

*Досліджується питання системного осмислення феномена правомірної поведінки в контексті сучасних доктринальних підходів до її визначення. Зроблено висновок, що правомірну поведінку не можна розглядати поза контекстом складних процесів, які відбуваються у суспільстві та державі, у тому числі у свідомості людини як суб'єкта суспільних, а отже, правових відносин.*

***Ключові слова:** правомірна поведінка, право, свідомість, індивід, соціальний механізм дії права.*

**Свириденко А. В. Правомерное поведение: необходимость системного осмысления**

*Исследуется вопрос системного осмысления феномена правомерного поведения в контексте современных доктринальных подходов к её определению. Делается вывод, что правомерное поведение нельзя исследовать вне контекста сложных процессов, которые происходят в обществе и государстве, в том числе в сознании индивида как субъекта общественных, а значит, и правовых отношений.*

***Ключевые слова:** правомерное поведение, право, сознание, индивид, социальный механизм действия права.*

**Svyrydenko Hanna. Lawful behavior: the need for systemic thinking**

*The article at the general theoretical level examines the issues of systemic understanding of the phenomenon of lawful behavior in the context of modern doctrinal approaches to its definition. The study concludes that lawful behavior cannot be investigated outside the context of complex processes that occur in society and the state, including in the mind of the individual as a subject of social, and, therefore, legal relations.*

***Keywords:** lawful behavior, law, consciousness, an individual, social mechanism of law.*

Розвиток незалежної Української держави на сучасних демократичних засадах об'єктивно вимагає здійснення масштабних реформ у більшості важливих сфер суспільного життя. При цьому слід визнати, що численні зміни у економічній, політичній, соціальній та інших сферах життєдіяльності суспільства істотно впливають на так звані «зовнішні способи» взаємодії людини з правовими нормами — на правову поведінку індивіда. Правова поведінка людини є феноменом соціально-правової дійсності, що проявляється у різноманітних формах та об'єктивується у діяльності учасників суспільних відносин. Особливе місце у структурі правової поведінки займає правомірна поведінка, яка відповідає правовим приписам, узгоджується з основоположними принципами права та гарантується державою. Характер, масштаб і напрями правової поведінки визначається багатьма чинниками, серед яких слід виокремити не лише внутрішні особливості самої людини (наприклад, її характер, свідомість, воля, ціннісні орієнтації тощо), але й зовнішніми умовами її життєдіяльності, зокрема, станом законності та правопорядку в суспільстві, ступенем реальної забезпеченості конституційно закріплених прав і свобод, рівнем суспільної моралі тощо.

Проблематика правомірної поведінки вже не одне століття хвилює представників не лише юридичної науки, а й філософії, соціології тощо. Даний факт слід визнати цілком закономірним, оскільки право, так само як і суспільство, не стоїть на місці, а непинно розвивається, змінюючи при цьому як свої формальні, так і змістовні характеристики. Якщо звернути увагу на особливості сучасного етапу дослідження цієї проблематики, то очевидним є те, що постійний розвиток сучасної гуманітарної і, зокрема, юридичної науки відкриває нові можливості вивчення даного феномену, які криються насамперед у методології пізнання правової дійсності. Так, арсенал сучасних підходів до дослідження явища правомірної поведінки надає можливість вивчати та відкривати нові грані і аспекти даного феномену, сприяє його більш системному осмисленню, що є необхідною передумовою отримання якісно нового знання

про правомірну поведінку, її властивості та ознаки, структурні елементи і функції, шляхи підвищення її ефективності тощо.

Серед українських та зарубіжних дослідників проблематики правомірної поведінки слід, зокрема, назвати В. Бачиніна, С. Бобровник, В. Карташова, В. Кудрявцева, В. Лазарева, Г. Мальцева, В. Оксамитного, Н. Оніщенко, Н. Пархоменко, О. Петришина, А. Романову, Ю. Шемшученка та ін. Втім, з огляду на складні та суперечливі реалії сьогодення, зростання чинника невизначеності та нестабільності суспільно-державного розвитку тощо, все більш очевидним стає факт, що проблематика правомірної поведінки потребує свого переосмислення, зокрема, у контексті відповідних методологічних підходів до її розуміння.

Слід відзначити, що наукові праці, присвячені дослідженню тих чи інших проблем правомірної поведінки, здебільшого засновуються на використанні діалектичних та формально-логічних прийомів наукового пізнання. У контексті зазначеного, окремі дослідники справедливо зазначають, що «традиційно до методів наукового пізнання відносять методи індуктивного та аналогічного (порівняльного) логічного мислення, які надають можливість отримувати висновки ймовірнісного характеру, а якість отримуваних результатів пов'язують зі ступенем ймовірності (обґрунтованості) висновків. Ці методи складають основу емпіричної теорії, що оперує конкретними властивостями, явищами тощо. Більше того, в емпіричній науці вони фактично виступають у ролі загальних принципів, формальних матриць пізнання. Водночас, емпірична теорія не може спиратися на формальний аналіз, оскільки вона є змістовною, а тому формальні структури в ній мають лише вузько пізнавальне значення»<sup>1</sup>.

Зокрема, на думку деяких дослідників, правомірною поведінкою – це суспільно корисна правова поведінка (дія або бездіяльність) людини, що відповідає приписам юридичних норм та охороняється державою. У такий спосіб правомірною поведінкою обмежується формальною сферою дотримання юридичних заборон, виконання юридичних обов'язків, використання

суб'єктивних прав, застосування правових норм<sup>2</sup>. Подібний підхід можна знайти також і в зарубіжних доктринальних дже-релах<sup>3</sup>.

Незважаючи на те, що сучасна загальнотеоретична юридична наука не обмежується лише формально-логічним обґрунтуванням явища правомірної поведінки, з приводу того факту, що остання повинна відповідати або узгоджуватися з приписами правових норм, мабуть, не повинно виникати жодних заперечень. Водночас, в умовах посилення лібералізації та демократизації суспільно-державного життя, а також визначення прав і свобод людини у якості найвищої соціальної цінності в державі, дослідження правомірної поведінки не може відбуватися лише за допомогою формально-логічних прийомів наукового пізнання, оскільки очевидно, що абсолютизація подібного підходу необґрунтовано звужує сферу правового регулювання суспільних відносин лише необхідністю реалізації конкретних норм позитивного права, виносячи за дужки, зокрема, регулятивний потенціал основоположних принципів права, в яких безпосередньо відображаються найвищі соціальні цінності (наприклад, справедливість, гуманізм, свобода, рівність тощо)<sup>4</sup>. У заявленому контексті у вітчизняній науковій літературі справедливо відмічається, що правомірна поведінка людини має відповідати не лише правовим нормам і приписам, а й неписаним природним нормам, на основі яких формується чи, принаймні, повинно формуватися позитивне право. Так, окремі вітчизняні дослідники вважають, що «про правомірність або неправомірність поведінки можна говорити на основі того, чи узгоджуються дії та вчинки людини з правовими приписами й моральними переконаннями суспільства стосовно того, що є добром, а що – злом. Критерієм визначення ступеня правомірності слугує ступінь відповідності реальних дій і вчинків людей, закладених у позитивному і природному праві поведінкових моделей». З огляду на це, деякі науковці визначають правомірну поведінку як таку поведінку, що «повністю узгоджується з усіма вимогами норм буттєвого, соціоприродного, природно-правового простору та позитивно-правового поля»<sup>5</sup>.

Справді, питання юридичної оцінки тих чи інших діянь особи виходять далеко за межі моделей поведінки, сформульованих у правових нормах. У даному випадку мова йде насамперед про правове значення та юридичну оцінку тих дій, які безпосередньо не передбачені у правових нормах, але, разом з тим, відповідають основоположним правовим ідеям або принципам, основним засадам розвитку певної галузі права тощо, та спрямовані на досягнення юридично значущого результату. Зокрема, ст. 7 Цивільного кодексу України закріплює, що цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема, звичаєм ділового обороту. Звичаєм є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є ustalеним у певній сфері цивільних відносин. Крім цього, ст. 526 Цивільного кодексу України встановлює, що зобов'язання має виконуватися належним чином, відповідно до умов договору та вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог — відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться. Можна навести ще чимало подібних норм у законодавстві, зі змісту яких випливає, що визначення або оцінка правомірності діяння чи поведінки не обмежується лише наявністю відповідної норми у певному нормативно-правовому акті, а передбачає можливість її встановлення за допомогою правил та принципів, які виходять за межі правового нормативізму і впливають з характеру або природи тих чи інших відносин, фактичних особливостей їх ustalеної практики тощо. Це означає, що фактичні дії відповідних суб'єктів права, які прямо не передбачені у законодавстві, не суперечать його обов'язковим нормам і спрямовані на досягнення юридично значущого результату, можна і потрібно оцінювати як правомірні.

Також, ч. 1 ст. 11 Цивільного кодексу України допускає можливість виникнення цивільних прав і обов'язків з дій фізичних та юридичних осіб, які, хоча й не передбачені в нормативно-правових актах, але в силу загальних засад цивільного законодавства породжують цивільні права і обов'язки. Іншими словами, це дії, які не регламентовані конкретними правовими

нормами, але закон надає їм значення юридичних фактів, тобто пов'язує з їх наявністю певні правові наслідки, у зв'язку з чим можна вести мову про їх правомірність як якісну характеристику фактичних дій суб'єкта.

Таким чином, методи формальної логіки дають можливість якісно досліджувати формальні характеристики певного явища або феномену, зокрема, правомірної поведінки, але за їх допомогою неможливо належним чином досягнути змістовні компоненти правомірності, обмежуючи останні нормативізмом праворозуміння. Традиційне ж формально-логічне розуміння правомірної поведінки як поведінки, що відповідає правовим приписам, в сучасних ліберально-демократичних умовах вступає в протиріччя з розумінням меж правомірності в діяльності фізичних і юридичних осіб, загальні контури яких визначені в актах законодавства та сприйняті сучасною юридичною наукою і практикою.

Формально-логічні прийоми наукового пізнання правомірної поведінки не враховують того факту, що правомірна поведінка – це, власне, саме право в дії, у зв'язку з чим не можна залишити поза увагою питання про чинники або процеси, які таку дію обумовлюють або, щонайменше, справляють певний вплив на її змістовні особливості. Зазначені надзвичайно важливі питання не можуть бути належним чином досліджені поза контекстом методів діалектичного пізнання, за допомогою яких можна пояснити аспекти співвідношення ціннісних і нормативних засад змісту правомірної поведінки в різних сферах правового регулювання. Методи діалектики надають можливість виявити і пізнати закономірності функціонування та розвитку правомірної поведінки, виявлення яких пов'язане з перетворенням внутрішнього, суб'єктивного світу індивіда у зовнішні акти реалізації права. У свій час окремі дослідники справедливо зазначали, що «закономірність правомірної поведінки – це об'єктивний розвиток зв'язку між правом, внутрішнім станом адресата норм, його зовнішніми вчинками та іншими факторами, які впливають на перетворення суб'єктивного стану в правомірні дії. Вона стабільно та суттєво обумовлює



кількісну та якісну відповідність змісту і спрямованості поведінкового акту вимогам правових норм<sup>6</sup>.

Аксіоматичним слід визнати, що правові норми не виконують регулятивну функцію, якщо вони не опосередковуються складним комплексом відносин між відповідними елементами свідомості людини, які, у свою чергу, перебувають у постійній взаємодії із зовнішніми чинниками. Методи діалектики як раз і розкривають взаємозв'язок форми та змісту правомірної поведінки, а також взаємообумовленість та єдність нормативного і ціннісного елементів її змісту.

Досліджуючи взаємозв'язок форми та змісту правомірної поведінки індивіда, необхідно відзначити, що остання вміщує у своїй структурі не лише нормативні, але й ціннісні елементи, які узгоджують зовнішньо задані нормативні вимоги з внутрішніми переконаннями індивіда, спрямовуючи його правомірні діяння. У науковій літературі справедливо відмічається, що ціннісні елементи правомірної поведінки проявляються у її змістовних ознаках, детермінуючи її соціальну та психологічну характеристики<sup>7</sup>. Очевидно, що під час здійснення правомірного діяння, так само як і будь-якого іншого, відбувається реалізація ціннісних установок індивіда, які виходять за межі, власне, правового виміру. З цього випливає, що однією з основних детермінант правомірної поведінки є певна сукупність цінностей, у тому числі моральних, які поділяються суб'єктом права. Якісна характеристика ціннісних установок індивіда визначає конкретний варіант його поведінки, а отже, від сформованої та сприйнятої у свідомості людини системи цінностей безпосередньо залежить чи буде вона постійно намагатися дотримуватися правових приписів або ставитиме їх реалізацію у залежність від особистих інтересів та уподобань. Це означає, що від місця нормативних, зокрема, правових цінностей у свідомості індивіда, безпосередньо залежить рівень його правосвідомості та правової культури.

Таким чином, сформована та сприйнята у свідомості індивіда система нормативних цінностей, передусім, правових і

моральних — це також своєрідний регулятор поведінки людини, у тому числі правомірної, яка задає їй необхідні соціально корисні орієнтири повсякденної життєдіяльності, зокрема, у правовій сфері, а також допомагає зробити правильний, соціально-корисний вибір в ситуаціях невизначеності або недостатності правової інформації, у тому числі при виявленні прогалин у законодавстві та правових колізій. При цьому ціннісне відношення до права є однією з найважливіших складових правомірної поведінки, оскільки саме на її основі здебільшого формуються мотиви поведінки людини у правовій сфері<sup>8</sup>. Осмислення та сприйняття системи нормативних цінностей, зокрема, правових, сприяє їх трансформації із зовнішніх у внутрішні, внаслідок чого у свідомості людини зникає можливе протиріччя між запропонованими або нав'язуваними їй цінностями і нормами та особистими внутрішніми ціннісними переконаннями. За умови відсутності такого протиріччя досягається найвища ефективність від реалізації правомірної поведінки, оскільки її відповідний варіант повністю узгоджується з внутрішньо усвідомленою та сприйнятою системою цінностей людини.

Враховуючи зазначене, надзвичайно важливим у процесі дослідження правомірної поведінки є так званий психологічний підхід, який впливає з того, що правомірна поведінка — це інтелектуальний процес, який вимагається для реалізації права та в процесі якого відбувається перетворення внутрішнього стану людини у дії по відношенню до інших суб'єктів права<sup>9</sup>. Правомірна поведінка, таким чином, обумовлюється внутрішніми психологічними переживаннями людини щодо прийняття або неприйняття нею правових приписів та принципів. Психологія є своєрідною внутрішньою пружиною людської поведінки, яка відображає духовний стан індивіда. Зрозуміло, що реалізація права або правомірна поведінка мають місце тоді, коли є внутрішня, особиста узгодженість суб'єкта зі змістом правової норми, що опосередковується різною мотивацією. Без використання психологічного підходу неможливо виявити психологічну детермінацію правомірної

поведінки, яка є значно глибшою та більш дієвою, ніж, наприклад, зовнішній державний примус. Адже правомірна поведінка в значній мірі чи, принаймні, не в останню чергу спирається на відповідні пізнавальні процеси (наприклад, відчуття, сприйняття, увага, уява, пам'ять, мислення тощо), психічні властивості (наприклад, здібності, темперамент, характер, мотивація) та психічні стани (наприклад, фрустрація, стрес, радість). За допомогою даного підходу проблематику формування та розвитку правомірної поведінки можна вивести за межі, власне, інтелектуального аспекту, зосередивши увагу на її психологічних характеристиках. Як справедливо зазначав О. Шпенглер, «право звернене до людей, які, окрім статутів, внутрішнім чином розуміють те, про що немає сенсу говорити, розуміють саме в силу цього і чудово собі представляють як ним користуватися. Будь-яке право є переважно звичаєвим правом: нехай собі закон визначає слова – життя їх розтлумачує»<sup>10</sup>.

У процесі дослідження сутності правомірної поведінки можна і доцільно застосовувати також історичний підхід, відповідно до якого правомірна поведінка – це поведінка, що ґрунтується на сформованих у певних темпорально-просторових вимірах звичаях, традиціях, етичних правилах тощо, які сприймаються більшістю громадян конкретного суспільства<sup>11</sup>. Подібний підхід надає можливість виявляти динаміку історичного розвитку правомірної поведінки в межах визначених соціокультурних параметрів, що є особливо важливим в умовах посилення так званої суспільної модернізації, яка повинна враховувати, принаймні, об'єктивні соціонормативні аспекти історичного розвитку конкретного суспільства.

Крім цього, в процесі дослідження проблематики правомірної поведінки не можна залишити поза увагою і соціологічні методи її наукового осмислення та пізнання, за допомогою яких правомірна поведінка досліджується з точки зору її функціональних особливостей. Основу такого ракурсу вивчення правомірної поведінки складає те, що остання є елементом механізму дії права, зміст якого не можна обмежувати лише єдністю структурного змісту права як соціального

регулятора та його функціонування, спрямованого, таким чином, лише на перетворення правових приписів у соціальну поведінку. Якщо механізм дії права розуміти спрощено, то правомірна поведінка може бути лише наслідком існування правових норм, а сама дія права ставитиметься в залежність від державного встановлення відповідних норм. Така формула дії права не відображає сутності та багатоманітності даного феномену, оскільки право в дії – це поведінка людей, що відповідає за своїми результатами об'єктивному значенню вимог правових приписів та продиктоване правомірними мотивами<sup>12</sup>. При цьому соціальний механізм дії права включає в себе соціальні чинники, інформаційну та соціально-психологічну системи сприйняття особистістю права, його норм та інститутів, що впливають на формування правомірної поведінки<sup>13</sup>. В межах соціологічного підходу правомірна поведінка виявляється вираженням правової значущості проявів соціальної активності індивідів, результатом її правової оцінки. У такий спосіб правомірна поведінка людини відрізнятиметься не лише від неправомірної, а й від байдужої чи нейтральної поведінки.

Правомірна поведінка також може бути розглянута під кутом зору культурологічного та антропологічного підходів. Останнє випливає з того факту, що практично вся людська діяльність здійснюється індивідами під впливом визначених соціокультурних чинників. Культура, власне, належить до діяльності людини, її думок та відчуттів, артефактів, які особистість набуває як член суспільства. Будь-яка діяльність, ідея або артефакт, за визначенням є соціально стандартизованими, якщо вони співвідносяться з певним суспільством або соціальною групою. Співвідносячи свою поведінку з елементами культури, суб'єкти права свідомо їх використовують для організації та нормалізації своєї життєдіяльності. Все це переконливо свідчить, що культура є своєрідним двигуном людської діяльності, у тому числі у правовій сфері, чинником соціального розвитку, а отже, вона справляє величезний вплив на правомірну поведінку.

Досліджуючи таку розмаїтість сучасних підходів до розуміння явища правомірної поведінки, методологічно важливим є з'ясування відповідних меж даного поняття. Річ у тім, що не будь-яка поведінка людини підпадає під правовий вплив, а отже, певна поведінка може бути нейтральною з точки зору права. Очевидно, що правовий вплив на поведінку індивіда має місце тоді, коли можливою є юридична оцінка тих чи інших дій та визначення їх правових наслідків. У свій час деякі науковці справедливо зазначали, що «ототожнення правового впливу з незабороненістю теоретично призводить до приписування праву невластивої йому ролі «глобального» регулятора суспільних відносин, непомірному перебільшенню правової регламентації та державного контролю за поведінкою громадян, невиправданому звуженню сфери особистої свободи»<sup>14</sup>. З цього випливає, що якщо мова йде про так звану незаборонену правом поведінку, то доцільніше вести мову про правовий вплив не на таку поведінку, а на охорону правопорядку в цілому, тобто на такий стан суспільних відносин, за якого забезпечується належна реалізація права у всіх її формах. В останньому випадку поведінку конкретної людини можна визнати правомірною лише умовно, оскільки охороняється і захищається правом не сама ця поведінка, яка не заборонена правом, а правопорядок в цілому.

У контексті зазначеного виникає також справедливе питання щодо можливості та доцільності розуміння правомірної поведінки як такої, що не порушує норм права. Справа в тому, що право не є єдиним регулятором суспільних відносин, а перебуває у тісному взаємозв'язку з іншими соціальними регуляторами, насамперед мораллю та релігією, а отже, деякі незаборонені правом дії можуть суперечити вказаним соціальним нормам. При цьому право об'єктивно не може і не повинно регулювати всі сфери суспільного життя, справедливо залишаючи їхню регламентацію іншим соціальним регуляторам, зокрема, моралі та релігії. У даному випадку мова йде насамперед про так звану особисту (приватну) сферу людської взаємодії, яка, з одного боку, засновується на внутрішній або духовній

частині людської природи, а з іншого — може проявлятися і завжди має місце у всіх сферах і галузях особистої комунікації, у тому числі в тих з них, які детально регулюються правом. Надмірне підкорення духовної сфери суспільного життя правовій регламентації, що означає фактично штучний всеохоплюючий вплив права як особливого соціального регулятора на надзвичайно складну систему свідомості людини, неминуче призводить до посилення режиму функціонування держави, її поступового переходу до тоталітарного способу владарювання з усіма його трагічними наслідками, які добре відомі з історичного минулого. З цього, зокрема, випливає, що належність соціально несхвальних вчинків (наприклад, часті шлюби і розлучення) або такої поведінки, яка суперечить іншим соціальним нормам, до числа правомірних є цілком виправданою та, свого роду, мінімальним «злом» у порівнянні з їх правовою заборонаю. Слід погодитися, що норми моралі та релігії втілюють у собі абсолютні цінності, в силу чого вони можуть слугувати лише вищим, а не загальним та обов'язковим критерієм правомірної поведінки. Відповідність правомірної поведінки ще й моральним та релігійним нормам характеризує її найвищу якість та найбільшу користь, до чого треба завжди прагнути, але мати на увазі, що в повній мірі такого ідеального стану в реальній соціальній дійсності неможливо досягти. Водночас, слід також підтримати думку, що не може бути підставою для виправдання аморальної поведінки посилення на її правомірність з тим обґрунтуванням, що вказана поведінка не заборонена законом<sup>15</sup>, оскільки подібне обґрунтування сприяє штучному розмежуванню та протиставленню права і моралі як найважливіших та найоб'ємніших соціальних регуляторів, а також створює необхідні передумови для посилення деструкції моральної свідомості особи, що в подальшому неминуче призведе до відповідної деформації правосвідомості. Необхідно пам'ятати, що правомірна поведінка — це не лише поведінка, яка не порушує правових норм, а ще й поведінка, яка є співмірною, порівняною з правом, співвіднесеною з його цілями та

принципами, які є аналогічними або тісно переплітаються з іншими соціальними регуляторами<sup>16</sup>.

Зазначене обумовлює необхідність звернення уваги на різноманітні підходи до розуміння феномену правомірної поведінки, кожен з яких, беззаперечно, складає відповідну наукову цінність, оскільки визначає певний аспект або зріз дослідження цього явища (наприклад, соціологічний, психологічний, культурологічний тощо). Систематизувавши вказані вище концептуальні підходи до розуміння явища правомірної поведінки, останню можна визначити як обумовлену соціокультурними та іншими чинниками (наприклад, мораль, звичаї, традиції, право, психологічні переживання, ціннісні орієнтації та пріоритети, темпорально-просторові особливості соціального механізму дії права тощо) взаємодію людини з іншими суб'єктами та оточуючим світом, спрямовану на свідоме виконання правових вимог та принципів з метою забезпечення законності і правопорядку в суспільному житті.

Таким чином, правомірну поведінку не можна розглядати поза контекстом складних процесів, які відбуваються у суспільстві та державі, у тому числі у свідомості людини як суб'єкта суспільних, а отже, правових відносин. При цьому, як переконливо свідчать складні та суперечливі реалії сьогодення, одна з основних проблем формування належного рівня соціально активної правомірної поведінки в державі перебуває не стільки у формально-юридичній площині (наприклад, якість законів, ефективно функціонуючий апарат держави тощо), скільки в самій людині, її свідомості та ціннісних орієнтаціях, прагненнях, інтересах тощо. У зв'язку з цим, надзвичайно важливою складовою забезпечення соціально активної правомірної поведінки людини є формування морально-правової ціннісної системи координат її свідомості.

1. Малахов В. П., Эриашвили Н. Д. Методологические и мировоззренческие проблемы современной юридической теории: монография. Москва: ЮНИТИ-ДАНА, 2012. С. 15. 2. Бачинін В. А., Журавський В. С., Панов М. І. Філософія права: словник. Київ: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. С. 252. 3. Кудрявцев В. Н. Правовое поведение: норма и

патология: монография. Москва: Наука, 1982. С. 38. **4.** *Погребняк С. П.* Основоположні принципи права (змістовна характеристика): монографія. Харків: Право, 2008. 240 с. **5.** *Романова А.* Правомірна поведінка як умова самоствердження людини // *Юридичний вісник.* 2014. № 6. С. 92. **6.** *Лазарев В. В.* Выявление закономерностей правомерного поведения // *Советское государство и право.* 1983. № 11. С. 21. **7.** *Конарев С. В.* Ценностные элементы в содержании правомерного поведения // *Юридический мир.* 2011. № 5. С. 55. **8.** *Психологический* механизм юридического поведения личности: монография / под ред. В. Н. Карташова. Ярославль: Изд-во ЯрГУ 2011. С. 81. **9.** *Гредескул Н. А.* К учению об осуществлении права. Интеллектуальный процесс, требующийся для осуществления права. Социально-юридическое исследование. Харьков: Тип. А. Дарре, 1900. 248 с. **10.** *Шпенглер О.* Закат Европы. Очерки морфологии мировой истории. Т. 2: Всемирно-исторические перспективы / пер. с нем. и примечания И. И. Маханькова. Москва: Мысль, 1998. С. 85. **11.** *Черданцев А. Ф.* Толкование права и договора: учеб. пособ. Москва: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. С. 183. **12.** *Оксамытний В. В.* Правомерное поведение личности. Киев: Наукова думка, 1985. С. 36. **13.** Там же. С. 43. **14.** *Методологические* и теоретические проблемы государства и права развитого социализма / О. Э. Лейст, М. Н. Марченко, А. И. Денисов, А. А. Кененов и др. / под ред.: А. И. Денисов, О. Е. Кутафин. Москва: Изд-во Моск. ун-та, 1983. С. 155. **15.** *Казаков В. Н.* Правомерное поведение и правопорядок: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва: Московский юридический институт, 1999. С. 31. **16.** *Сунегін С. О.* Право, мораль і релігія як соціальні регулятори: об'єктивний і суб'єктивний виміри // *Правова держава.* 2017. – № 28. С. 145-163.

***Svyrydenko Hanna. Lawful behavior: the need for systemic thinking***

The article at the general theoretical level examines the issues of systemic understanding of the phenomenon of lawful behavior in the context of modern doctrinal approaches to its definition. Despite the fact that the modern general theory of law is not limited only to the formal logical justification of the phenomenon of lawful conduct, about the fact that the latter should meet or comply with the requirements of law, perhaps there should be no objection. However, in the increasingly liberalization and democratization of social and political life, and determining the rights and freedoms as the highest social value in the state, the study of lawful behavior cannot occur only with the help of formally-logical methods of scientific knowledge, because it is obvious that the absolutization of this approach unreasonably narrows the scope of legal regulation of social relations only by the need for the implementation of specific norms of positive law, bringing behind the brackets, in particular, the regulatory



potential of the fundamental principles of law, which directly reflected the highest social values (justice, humanity, freedom, equality, etc.).

From this it follows that the lawful behavior of a person must comply not only with legal norms and regulations, but also unwritten natural norms, on the basis of which formed or, at least, must form a positive law. In fact, the question of the legal assessment of certain acts of a person goes far beyond the models of behavior, formulated in legal norms. In this case, it is primarily about the legal meaning and legal assessment of those actions that are not directly foreseen in legal norms, but at the same time, correspond to fundamental legal ideas or principles, the basic principles of the development of a particular branch of law, etc., and are aimed at achieving a legally meaningful result.

Thus, the methods of formal logic provide an opportunity to qualitatively investigate the formal characteristics of a particular phenomenon, in particular, lawful behavior, but with their help it is impossible to properly comprehend the content components of lawfulness, limiting the latter to normative legal thinking. Formal-logical methods of scientific knowledge of lawful behavior do not take into account the fact that lawful behavior is, in fact, the law in action, in connection with which it is impossible to ignore the question of factors or processes that cause such an action or, at the least, have a certain impact on its meaningful features. The above-mentioned extremely important issues cannot be adequately investigated outside the context of the methods of dialectical knowledge, through which we can explain aspects of the relationship of value-and-normative principles of the content of lawful conduct in various spheres of legal regulation. Methods of dialectics provide an opportunity to identify and recognize the regularities of the functioning and development of lawful behavior, the discovery of which is associated with the transformation of the internal, subjective world of the individual into external acts of law.

The study concludes that lawful behavior cannot be investigated outside the context of complex processes that occur in society and the state, including in the mind of the individual as a subject of social, and, therefore, legal relations. At the same time, as convincingly testifies the complicated and contradictory realities of the present, one of the main problems of the formation of the proper level of socially active lawful conduct in the state is not so much in the formal legal plane (for example, the quality of laws, the effective functioning apparatus of the state, etc.), as in the person himself, his consciousness and value orientations, aspirations, interests, etc. In this regard, an extremely important component of ensuring socially active lawful behavior of a person is the formation of a law-and-moral value system of the coordinates of his consciousness.

**Keywords:** lawful behavior, law, consciousness, an individual, social mechanism of law.

## КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

УДК 342.1

**О. В. БАТАНОВ**  
**О. О. МИКОЛАЄНКО**

### **АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СОЦІАЛЬНОЇ ІНКЛЮЗІЇ В УКРАЇНІ**

*Розглядається проблематика конституційно-правового забезпечення та реалізації принципу соціальної інклюзії в Україні. У сучасному світі соціальна інклюзія розглядається як процес залучення в життя соціуму тих груп людей, які мають особливості, що перешкоджають адаптації та повноцінному функціонуванню. Розроблені рекомендації щодо удосконалення механізму здійснення інклюзивної політики в Україні, правового забезпечення конституційних прав людей з особливими потребами, а також щодо вдосконалення конституційного законодавства України.*

***Ключові слова:** соціальна інклюзія, інклюзивна політика, захист прав і свобод людини і громадянина, права людини.*

**Батанов А. В., Миколаєнко О. А.** Актуальные проблемы конституционно-правового обеспечения социальной инклюзии в Украине

*Рассматривается проблематика конституционно-правового обеспечения и реализации принципа социальной инклюзии в Украине. В современном мире социальная инклюзия рассматривается как процесс вовлечения в*

---

© БАТАНОВ Олександр Васильович — доктор юридичних наук, професор, провідний науковий співробітник відділу конституційного права та місцевого самоврядування Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

© МИКОЛАЄНКО Ольга Олександрівна — аспірант відділу конституційного права та місцевого самоврядування Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

*жизнь социума тех групп людей, которые имеют особенности, препятствующие адаптации и полноценному функционированию. Разработаны рекомендации по совершенствованию механизма осуществления инклюзивного политики в Украине, правового обеспечения конституционных прав людей с особыми потребностями, а также по совершенствованию конституционного законодательства Украины.*

**Ключевые слова:** *социальная инклюзия, инклюзивная политика, защита прав и свобод человека и гражданина, права человека.*

***Batanov Oleksandr, Mykolaienko Olga. Current problems of the constitutional and legal protection of social inclusion in Ukraine***

*The problems of constitutional and legal support and implementation of the principle of social inclusion in Ukraine are considered. In the modern world, social inclusion is seen as the process of bringing into society those groups of people who have features that impede adaptation and full functioning. The study developed recommendations on improving the mechanism of implementation of the inclusive policy in Ukraine, the legal provision of constitutional rights of people with special needs, and also on improving the constitutional legislation of Ukraine.*

**Keywords:** *social inclusion, inclusive policy, protection of human and civil rights and freedoms, human rights.*

Процеси демократизації та гуманізації сучасного суспільства передбачають подолання всіх форм дискримінації, забезпечення рівності у правах, свободах та можливостях для всіх груп населення, насамперед, тих, хто потребує особливої уваги та підтримки: особи з інвалідністю, малозабезпечені і багатодітні сім'ї, талановиті діти, бідні, мігранти, тимчасово переміщені особи, невиліковно хворі. Як свідчить позитивний зарубіжний досвід, з метою підтримки та захисту цих та інших категорій людей, які потребують особливої уваги, у державі має здійснюватися ефективна інклюзивна політика.

Сьогодні соціальна інклюзія розглядається як процес збільшення ступеня участі всіх громадян в соціумі. І насамперед тих, що мають труднощі у фізичному чи розумовому розвитку. Він передбачає розробку і застосування таких конкретних рішень, які зможуть дозволити кожній людині рівноправно брати участь в академічному і суспільному житті. При інклюзії всі зацікавлені сторони повинні брати активну участь для отримання бажаного результату. Отже, інклюзія — це процес

реального включення осіб з інвалідністю в активне суспільне життя і однаковою мірою необхідна для всіх членів суспільства<sup>1</sup>.

Протягом останніх десятиліть розвивалась концепція соціального відторгнення (соціальної ізольованості), яку Європейський Союз визначає як процес, за якого окремі групи населення або окремі люди не мають можливості повною мірою брати участь у суспільному житті. Причинами соціального відторгнення можуть бути бідність, відсутність базових знань і можливостей, мовні бар'єри, недостатня активність і впевненість людей, дискримінація або расизм. Це, в свою чергу, не дає можливості працевлаштування, отримання доходів і можливості навчання. Як наслідок, такі люди чи групи людей мають обмежений доступ до влади та прийняття рішень органами влади і, таким чином, часто не можуть взяти участь у процесах розроблення та прийняття рішень, що впливають на їх повсякденне життя<sup>2</sup>. Отже, соціальне відторгнення є проявом прямого порушення базових прав людини – права на якісну освіту, на медичні послуги, на прийнятний рівень життя, на захист своїх інтересів і загалом на участь в економічному, соціальному, культурному, політичному житті.

Національна доповідь про людський розвиток «Україна: на шляху до соціального залучення» визначає групи населення, які перебувають у зоні ризику соціального відторгнення. До таких груп населення належать діти-сироти, багатодітні сім'ї, люди з інвалідністю, мігранти, діти трудових мігрантів, люди, які живуть з ВІЛ/СНІД, бездомні люди<sup>3</sup>.

Концепція соціального залучення (інклюзії, включення), що є протилежною концепції соціальної ізоляції, з'явилася як результат переходу більшості суспільств до демократичних цінностей, поваги до основних прав та свобод людей. Ця концепція виникла у відповідь на зростаючу соціальну нерівність, що стала наслідком нових умов на ринку праці та невідповідності існуючої системи соціального забезпечення, що не могла задовольнити потреби різноманітних верств населення. Європейський Союз визначає соціальне залучення (соціальну інклю-

зію) як процес, що забезпечує тих, у кого є ризик бідності і соціального відторгнення, можливостями та ресурсами, необхідними для того, щоб повною мірою брати участь в економічному, соціальному та культурному житті, досягти рівня життя та добробуту, що відповідають нормальним стандартам у суспільстві, в якому вони живуть. Соціальне залучення забезпечує людям більш широкі можливості для участі у процесі прийняття рішень, що впливають на їх життя та доступ до основних прав.

У багатьох розвинутих країнах соціальна інклюзія – це загальна практика, спрямована на вирішення багатьох соціальних проблем, включаючи як-от нерівномірність прибутків, нерівність у сферах охорони здоров'я, освіти, труднощі забезпечення житлом тощо. Сьогодні соціальна інклюзія – це частина рамкових законів Європейського Союзу. Її чіткі межі важко визначити: кожна країна має своє розуміння соціальної інклюзії. Проте повсюдно визнається, що соціальна інклюзія стосується інтересів і прав усіх людей, включно з тими, хто перебуває у соціальних закладах, а соціально інклюзивне суспільство – це таке, де всі люди відчувають свою цінність, де поважається різність та несхожість індивідів, а основні потреби задовольняються для того, щоб уможливити гідне життя.

Фактично, соціальна інклюзія – це процес змін у політичній, економічній, соціальній сферах, спрямований на утвердження соціальної рівності.

За час існування ООН, вона прагнула до поліпшення становища людей з особливими потребами й умов їхнього життя. Так, наприклад, ще 1971 р. було прийнято Декларацію щодо прав розумово відсталих осіб<sup>4</sup>, у 1975 р. – Декларацію про права людей з інвалідністю<sup>5</sup>, у яких були встановлені норми щодо гарантування однакових умов і рівного доступу до обслуговування. В результаті проведення Міжнародного року людей з інвалідністю (1981 р.) була ухвалена Всесвітня програма дій стосовно людей з інвалідністю<sup>6</sup>. Головним підсумком Десятиліття людей з інвалідністю, проведеного ООН у 1983-1992 роках, стало ухвалення Стандартних правил забезпечення рівних

можливостей для цієї категорії осіб<sup>7</sup>. 13 грудня 2006 року ГА ООН була прийнята Конвенція про права людей з інвалідністю<sup>8</sup>, яка є правозахисним документом з чіткою орієнтацією на соціальний розвиток — це водночас договір з прав людини та інструмент розвитку. Конвенція набрала чинності 3 травня 2008 року. Серед найвизначніших — конференція в місті Саламанка (Іспанія), у якій взяли участь 92 уряди та 25 міжнародних організацій (1994 р.). Саламанська декларація<sup>9</sup> містить Заклик до урядів усіх країн затвердити на законодавчому рівні інклюзивну модель освіти та приймати до загальноосвітніх шкіл усіх дітей, якщо немає виняткових випадків, які унеможливають це. Таким чином, було запропоновано, щоб інклюзія стала загальною формою освіти, а спецшколи або спецкласи існували для виняткових ситуацій. Положення Декларації спонукають уряди до розвитку інклюзивної освіти, а саме: до докладання більших зусиль для розвитку дошкільних стратегій та професійної освіти, забезпечення організації та реалізації програм підготовки педагогів і підвищення їхньої кваліфікації з огляду на принципи інклюзивної освіти.

На вимогу дотримання соціальних принципів Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони набуває особливої актуальності питання щодо подальшої імплементації європейських практик соціальної інклюзії населення на засадах удосконалення інституту соціальної політики України з підвищенням ефективності соціальних програм з урахуванням вимог, зазначених у Главі 21 «Співробітництво у галузі зайнятості, соціальної політики та рівних можливостей»<sup>10</sup>. Посилюється важливість забезпечення соціальних гарантій відповідно до зобов'язань України у зв'язку з ратифікацією Конвенції Міжнародної організації праці № 102 про мінімальні норми соціального забезпечення та Європейського кодексу соціального забезпечення. Про актуальність проблематики свідчить активні дії органів державної влади у сфері розвитку інклюзивної освіти. Також Президентом України видано Указ № 678/2015

«Про активізацію роботи щодо забезпечення прав людей з інвалідністю»<sup>11</sup>.

До суб'єктів, на яких спрямована політика соціальної інклюзії відносяться: люди з обмеженими можливостями здоров'я; діти-сироти та діти, які залишилися без піклування батьків; діти з прийомних сімей; обдаровані особистості; представники етнічних меншин; особи, які перебувають у пенітенціарних установах; студенти-іноземці; трудові мігранти; літні люди. Тобто це ті, для кого в процесі їх життєдіяльності необхідно створювати спеціальні умови і застосовувати адаптивні технології освіти і соціалізації. Забезпечення соціальної інклюзії є процесом, спрямованим на задоволення найрізноманітніших потреб дітей, молоді та дорослих різних вікових груп, включаючи пенсіонерів, шляхом розширення їх участі в навчанні, соціальної або культурної діяльності, інших сферах життя суспільства.

Попри це, конституційно-правове забезпечення інклюзії у соціальній сфері в Україні залишається фрагментарним та суперечливим. Переважною мірою акценти у державній інклюзивній політиці зміщено у бік освітньої сфери, що, безумовно, звужує коло осіб, які потребують особливих підходів та мають особливі потреби. Це потреби, які пов'язані як з постійними, так і з тимчасовими причинами і обумовлені особливостями фізичного та (або) психічного стану людини, соціально-економічними, духовно-культурними, релігійними, етнонаціональними, етнолінгвістичними та іншими факторами. Іншими словами, інклюзія означає прагнення до подолання нерівності, набуття свободи та нової якості життя.

Можна констатувати, що сьогодні в Україні є лише окремі розрізнені фрагменти соціальної інклюзії (освітні організації, реабілітаційні центри, центри соціального захисту та соціального обслуговування, медичні організації, підприємства та організації, громадські організації). Як правило, вони мають свої різні (локальні) цілі, відсутня єдина методична і правова база. Втім, сьогодні в Україні існують проблеми системного

характеру, що обумовлені відсутністю цілісного контексту інклюзивної політики у соціальній сфері. Це виражається у відсутності: комплексного міжвідомчого підходу в довгостроковій політиці; розуміння і підтримки в суспільстві інтересів, пов'язаних з просуванням соціальної інклюзії, насамперед, на локально-регіональному рівні. Це передбачає формування та реалізацію регіональних концепцій та програм інклюзивної політики у соціальній сфері, а також здійснення ефективної соціальної роботи у територіальних громадах. Такі регіональні та муніципальні моделі інклюзивної політики передбачають як рішення приватних проблем, так і в цілому формування нової культури суспільних відносин – інклюзивної культури суспільства.

Функціонально-телеологічною домінантою формування та реалізації регіональних та муніципальних моделей та концепцій інклюзивної політики у соціальній сфері є реалізація чітких стратегій, що забезпечують комфортні умови для навчання і професійної підготовки дітей, молоді та дорослих, які мають особливі потреби і потребують соціокультурної адаптації. Завданнями таких моделей та концепцій є:

1) включення політики соціальної інклюзії в довгострокові програми сталого соціально-економічного та культурного розвитку регіонів та територіальних громад;

2) узгодження дій усіх зацікавлених інституцій для реалізації комплексного міжвідомчого підходу, що забезпечує процеси соціальної інклюзії у регіонах та територіальних громадах;

3) забезпечення толерантного ставлення, громадського розуміння та підтримки в просуванні прогресивних практик соціальної інклюзії;

4) забезпечення безбар'єрного середовища у містах, селищах та селах в отриманні всіх видів і рівнів послуг: від архітектурної, транспортної доступності до адаптивних освітніх програм та інклюзивних технологій;

5) спеціалізована підготовка, перепідготовка та підвищення кваліфікації кадрів педагогічної громади на реалізацію інклюзивних підходів в освіті;



б) створення інструментів стимулювання виникнення громадських формувань, в тому числі молодіжних спільнот, орієнтованих на реалізацію інклюзивної політики;

7) реалізація участі людей з інвалідністю до трудового життя тощо.

Слід зазначити, що ефективна локально-регіональна модель інклюзивної політики може бути створена лише за наявності базових нормативних правових документів як на рівні законодавчого, так і підзаконного регулювання, актів місцевого самоврядування, методичних матеріалів, програм і проєктів у сфері підготовки фахівців у сфері освіти, сімейного виховання, розвитку інфраструктури, пенітенціарної та постпенітенціарної діяльності. Саме нерозвиненістю нормативно-правової бази обумовлена існуюча фрагментарність системи соціальної інклюзії та високий ступінь інерційності розвитку навіть наявних її окремих елементів. Для реалізації даного завдання необхідні як розробка і прийняття спеціального закону про засади інклюзивної політики, так і система підзаконних актів, що регламентують процес реалізації національної, регіональних і муніципальних програм і моделей інклюзивної політики.

Також однією з умов реалізації регіональної моделі інклюзивної політики є підготовка кадрів. На даний момент вирішення комплексу проблем у цій сфері є найменш забезпеченими як організаційно, так і методично. Відповідним питанням досі не приділяється належної уваги як у процесі підготовки фахівців в цій сфері як при отриманні базової освіти, так і в системі перепідготовки та підвищення кваліфікації. Для вирішення поставленого завдання необхідно проведення акредитації діючих програм у сфері інклюзивної освіти з метою поширення зразків кращої практики; включення до програм підвищення кваліфікації працівників освітніх організацій методичних матеріалів, пов'язаних з інклюзивною освітою і соціалізацією осіб, які потребують особливого підходу; проведення регулярних циклів перепідготовки та підвищення кваліфікації з подальшою атестацією працівників організацій соціального обслуговування, охорони здоров'я, освіти, підпри-

емств і організацій, до функціональних обов'язків яких віднесено роботу з об'єктами регіональної та муніципальної моделі інклюзивної політики у соціальній сфері тощо.

Також у житті територіальних громад можна відзначити суттєве погіршення ситуації з працевлаштування осіб, звільнених з місць позбавлення волі, неухажне, недбале ставлення до осіб, які перебувають на обслуговуванні в спеціалізованих установах, або ставлення, що принижує гідність щодо однолітків, які мають або обмежені фізичні можливості, або володіють нестандартною поведінкою, у тому числі щодо обдарованих і талановитих дітей (вундеркіндів), що властиво для освітніх установ практично всіх рівнів.

Тому, з огляду на те, що формування відносин інклюзивної культури вимагає тривалого часу і системної, послідовної роботи органів і посадових осіб публічної влади, насамперед, місцевого самоврядування, і високопрофесійних фахівців в сфері інклюзивної освіти та соціалізації, актуальними залишаються питання квотування робочих місць для людей з інвалідністю на підприємствах та організаціях, залучення осіб з обмеженими можливостями здоров'я до діяльності громадських приймалень тощо.

Також в аспекті формування ефективної інклюзивної політики підвищений інтерес являють питання функціонування пенітенціарних установ (в'язниці, колонії, поселення або інші закриті установи, призначені для відбування кримінального покарання, а також для попереднього ув'язнення осіб, підозрюваних у злочині). Безперечно, на сьогоднішній день з метою соціалізації в життя територіальних громад, адаптації та подальшого працевлаштування осіб, звільнених з місць позбавлення волі, проводиться певна робота щодо їх навчання. Водночас, це одна з найбільш складних для ресоціалізації категорій населення у зв'язку з небажанням роботодавців укладати з ними трудові угоди, з наявністю житлових проблем, що, в свою чергу, вимагає формування і реалізації сучасних підходів в соціальній роботі в територіальних громадах.

Нарешті, в територіальних громадах, регіонах та суспільстві в цілому важливо сформувати культуру ставлення до об'єктів локально-регіональної моделі інклюзивної політики в соціальній сфері, в основі якої – бажання допомогти, співпереживання, толерантність. Це питання є найбільш принциповим як у функціонально-телеологічному та гносеологічному аспектах, так і з точки зору формування своєї аксіосфери соціальної інклюзії у територіальній громаді та місцевого самоврядування в цілому. Адже свобода, солідарність, рівність, моральність, альтруїзм, самоорганізація, самодисципліна, самовідповідальність, відданість справі, субсидіарність є сенсоутворюючими цінностями демократії, прав людини та сучасного муніципалізму. Саме у цьому сенсі варто сприймати концептуальне устанавлення, закріплене у преамбулі Європейської Хартії про місцеве самоврядування: «органи місцевого самоврядування є однією з головних підвалин будь-якого демократичного режиму». Допоки у кожній територіальній громаді відповідні цінності та принципи не знайдуть свого усебічного втілення, місцеве самоврядування залишатиметься лише привабливою демократичною декларацією.

Такого роду ціннісні устанавки істотно впливають на процеси цілепокладання не тільки в рамках муніципально-правової діяльності, а й у всіх інших сферах соціального буття. У цьому плані має місце феномен типізації та селекції цілеутворюючих правових цінностей особи, що є одним з головних засобів орієнтації поведінки особи у відносинах з іншими людьми. При цьому муніципально-правові цінності мають домінуючий вплив не тільки на поведінку, але й активно впливають на культуру в цілому, і муніципальну правову культуру, зокрема. У повсякденній свідомості культура постає як щось нормативне, як свого роду взірець, стандарт поведінки, внутрішньо притаманний кожній окремій людині і суспільству в цілому.

У цьому плані, відповідні муніципальні цінності виступають вагомим чинником формування правосвідомості громадян, яка, являючи собою, насамперед, сукупність суб'єктив-

них елементів правового регулювання (ідей, теорій, емоцій, почуттів та, власне кажучи, правових установок) відображає ставлення людей до права, правового способу життя в системі правових знань, правових почуттів, переконань, вольових настанов, виробляє оцінку стосовно діючої в суспільстві правової теорії та юридичної практики, визначає можливі шляхи її вдосконалення, виходячи з вимог природного права, загальнолюдських цінностей, прав і свобод людини та громадянина, що має принципове системоформуюче значення у процесах формування та здійснення політики інклюзії у соціальній сфері життєдіяльності територіальних громад.

1. *Шевців З. М.* Основи інклюзивної педагогіки. URL: [https://pidruchniki.com/90028/pedagogika/osnovi\\_inklyuzivnoyi\\_pedagogiki](https://pidruchniki.com/90028/pedagogika/osnovi_inklyuzivnoyi_pedagogiki)  
2. *Выготський Л. С.* Развитие высших психических функций. Москва, АПН РСФСР, 1960. 3. *Національна Доповідь про людський розвиток 2011 року «Україна: на шляху до соціального залучення».* URL: [https://issuu.com/undpukraine/docs/ua\\_2011\\_ukr](https://issuu.com/undpukraine/docs/ua_2011_ukr) 4. *Декларація про права розумово відсталих осіб.* URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_119](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_119) 5. *Декларацію про права людей з інвалідністю.* URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_117](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_117) 6. *Всесвітня програма дій стосовно людей з інвалідністю.* URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_427](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_427) 7. *Стандартні правила забезпечення рівних можливостей для інвалідів: Резолюція 48/96 Генеральної Асамблеї ООН від 20 грудня 1993 року.* URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_306](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_306) 8. *Конвенція про права осіб з інвалідністю (Конвенція про права інвалідів).* URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_g71](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_g71) 9. *Саламанська декларація про принципи, політику та практичну діяльність у галузі освіти осіб з особливими освітніми потребами та Рамки Дій щодо освіти осіб з особливими освітніми проблемами.* URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_001-94](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_001-94) 10. *Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони.* URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984\\_011](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011) 11. *Про активізацію роботи щодо забезпечення прав людей з інвалідністю: Указ Президента України від 03.12.2015 р.* URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/678/2015>

***Batanov Oleksandr, Mykolaenko Olga.* Current problems of the constitutional and legal protection of social inclusion in Ukraine**

The processes of democratization and humanization of modern society include the elimination of all forms of discrimination, the guarantee of equality

of rights, freedoms and opportunities for all groups of people, especially those who need special attention and support: persons with disabilities, low-income and large families, talented children, poor, migrants, temporarily displaced persons, incurable ill. As positive foreign experience shows, in order to support and protect these and other categories of people who need special attention, an effective inclusive policy should be implemented in the state.

Today, social inclusion is seen as a process of involving members of society into groups that have characteristics that impede adaptation and proper functioning. After all, people with special needs, in particular persons with disabilities, are often excluded from the full lives of communities. Their discrimination takes on different forms, including physical and social barriers. Society suffers from this, because the loss of such a significant potential significantly degrades humanity.

During its existence, the United Nations sought to improve the situation of people with special needs and conditions of their lives. For example, in 1971 the Declaration on the rights of mentally retarded persons was adopted in 1971, the 1975 Declaration on the Rights of Persons with Disabilities, which had rules on the guarantee of equal conditions and equal access to services. As a result of the International Year of People with Disabilities (1981), the World Program of Action on People with Disabilities was adopted. The main outcome of the Decade of People with Disabilities held by the United Nations in 1983-1992 was the adoption of the Standard Rules for Equal Opportunities for this category of persons. On December 13, 2006, the UN General Assembly adopted the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which is a human rights document with a clear focus on social development, which is both a human rights treaty and a development tool. The Convention entered into force on May 3, 2008.

On the demand of adherence to the social principles of the Association Agreement between Ukraine, on the one hand, and the European Union, the European Atomic Energy Community and their member states, on the other hand, the issue of further implementation of European practices of social inclusion of the population on the principles of improving the institution of social Ukraine's policies to improve the effectiveness of social programs, taking into account the requirements specified in Chapter 21 «Employment Co-operation, Social Policy and that equal opportunity». The actuality of the problems is evidenced by the active actions of state authorities in the field of inclusive education development. Also, the President of Ukraine issued Decree № 678 / 2015 «On activating work on the rights of people with disabilities».

Nevertheless, the constitutional and legal provision of inclusiveness in the social sphere in Ukraine remains fragmented and controversial. To a large extent, accents in state inclusive policies have shifted towards the educational sphere, which, of course, narrow the circle of people who need special

approaches and have special needs. These are the needs that are associated with both permanent and temporary reasons and due to the peculiarities of the physical and / or mental state of man, socio-economic, spiritual, cultural, religious, ethno-national, ethnolinguistic, and other factors. In other words, inclusion means the desire to overcome inequality, the acquisition of freedom and a new quality of life.

The subjects to which the policy of social inclusion includes: people with disabilities; orphans and children left without parental care; children from foster families; gifted personality; representatives of ethnic minorities; persons in penitentiary institutions; foreign students; migrant workers; elderly. That is, those who for whom in the process of their life need to create special conditions and apply adaptive technologies of education and socialization. Ensuring social inclusion is a process aimed at meeting the diverse needs of children, young people and adults of different age groups, including pensioners, by expanding their participation in education, social or cultural activities, and other areas of society's life.

One can state that today in Ukraine there are only isolated fragments of social inclusion (educational organizations, rehabilitation centers, centers of social protection and social services, medical organizations, enterprises and organizations, religious organizations, public organizations). As a rule, they have different (local) goals, there is no uniform methodological and legal basis. However, today in Ukraine there are systemic problems due to the lack of a coherent context of inclusive policies in the social sphere. Under such conditions, the foreign experience of implementing inclusive policy, the practice of forming and functioning of an inclusive society, etc., is of particular interest.

**Keywords:** social inclusion, inclusive policy, protection of human and civil rights and freedoms, human rights.

## КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ РЕФОРМУВАННЯ ОКРЕМИХ ІНСТИТУТІВ ПОЛЬСЬКОГО ВИБОРЧОГО ЗАКОНОДАВСТВА

*Аналізуються наявні у доктрині польського конституційного права підходи та висновки Державної виборчої комісії у сфері напрямів удосконалення виборчого Кодексу з 2011 р. Розглянуто окремі положення польського виборчого законодавства, застосування яких на практиці в циклічно здійснюваних виборчих процесах, викликає певні застереження з точки зору принципів ясності, прозорості та повноти правової системи; представлено також пропозиції «de lege ferenda».*

**Ключові слова:** виборчий кодекс, список виборців, парламентські вибори, Державна виборча комісія, виборчі округи.

### **Бучковски Лукаш. Концептуальные проблемы реформирования отдельных институтов польского избирательного законодательства**

*Статья посвящена анализу существующих в доктрине польского конституционного права подходов и заключения Государственной избирательной комиссии в сфере направлений совершенствования избирательного Кодекса 2011 г. Рассмотрены отдельные положения польского избирательного законодательства, применение которых на практике в циклически осуществляемых избирательных процессах, вызывает определенные опасения с точки зрения принципов ясности, прозрачности и полноты правовой системы; представлены также предложения «de lege ferenda».*

**Ключевые слова:** избирательный кодекс, список избирателей, парламентские выборы, Государственная избирательная комиссия, избирательные округи.

### **Buchkovski Lukasz. Conceptual problems of reforming separate institutions of the Polish electoral legislation**

*The article is devoted to the analysis of the approaches existing in the doctrine of the Polish constitutional law and the conclusions of the State Election Commission in the area of improving the 2011 Electoral Code. Some provisions of the Polish electoral legislation are considered, whose application in practice in*

---

© БУЧКОВСКИ Лукаш – кандидат наук Державної Вищої Школи Державного університету інформаційних технологій та підприємництва в Ломжі (Польща)

*cyclically carried out electoral processes causes certain concerns in terms of principles of clarity transparency and completeness of the legal system; «de lege ferenda» offers are also presented.*

**Keywords:** *Electoral Code, lists of voters, parliamentary elections, National Electoral Commission, constituencies.*

Сучасний етап розвитку юридичної науки характеризується посиленням уваги до доктринальних та прикладних проблем юридичного процесу та правових технологій, правової інженерії та її різновидів, у т. ч. й виборчої інженерії, які розглядаються як феномени, притаманні усій системі права, безвідносно до її галузевої структури. Колосальний інтерес до процесуально-процедурних форм у праві, пов'язаних з ними юридичних технологій та інженерних конструкцій, обумовлений багатьма факторами, в тому числі завданнями та потребами забезпечення ефективного механізму правового регулювання за допомогою його процесуальної складової, що, у свою чергу, детермінує необхідність інтенсивного розвитку та якісного удосконалення законодавства з метою оптимізації правозастосовної діяльності. Особливо відчутною ця проблема є у сфері виборчих відносин.

У цих умовах значний доктринальний та, особливо, прикладний інтерес являє собою досвід конституційно-правового забезпечення виборчих відносин в окремих державах, зокрема, Республіці Польща.

Виборчий кодекс Республіки Польща від 5 січня 2011 р. (єдиний текст Вісник законів від 2018 р., ст. 754 зі змінами), що регулює виборчий процес до Сейму Республіки Польща, Сенату Республіки Польща, вибори Президента Республіки Польща, до установчих та виконавчих органів територіального самоврядування, а також до Європарламенту, становить відповідь на систематично відновлювані пропозиції представників юридичної науки у сфері польського конституційного законодавства, а також виборчої адміністрації<sup>1</sup> щодо необхідності ухвалення закону, який комплексно врегулює інститути польського виборчого законодавства<sup>2</sup>. Така необхідність бере свій початок з переконання, що прогресуючий процес модернізації



виборчого права повинен зміцнювати роль громадян як суб'єкта, що виражається також у їх свідомій участі у періодично здійснюваних, вільних виборах — саме тому слід визнати Кодекс однією з істотних гарантій ролі та значення особи в державі<sup>3</sup>.

Виборчі права, регулювання, а також гарантії їх реалізації, що відповідають стандартам правової держави, свідчать про демократизм держави, в якій суверен виражає свою політичну волю, а право на чесні вибори є основним громадянським правом<sup>4</sup>. Метою кодифікації виборчого права не було лише зведення в одному законі положень, які до цього часу містились у декількох актах, але перш за все пристосування їх до змінюваних суспільних і політичних умов, а також направленість на майбутнє, в якому вони повинні діяти<sup>5</sup>.

Слід зауважити, що до цього часу до Кодексу внесено 26 змін, при цьому, 5 перших законів, які змінили його положення, були ухвалені ще до набрання обговорюваним актом чинності<sup>6</sup>. Беручи до уваги, що Виборчий кодекс Республіки Польща чинний тільки 7 років, частота внесення до нього змін є досить високою, що не відповідає постулату ухвалення стабільного, однозначного права, як і права, яке викликає довіру громадян, що становить один з визначників принципу демократичної правової держави<sup>7</sup>. Такий стан підтверджує ризики, які виявили представники науки конституційного права ще до завершення законодавчого процесу<sup>8</sup>. Незважаючи на нерідко здійснювані поправки — які мали місце з політичних, а не суттєвих причин — що не є новиною у виборчому законодавстві<sup>9</sup>, і надалі увагу привертає широкий спектр положень законодавства, які не дочекалися зміни, беручи до уваги факт, що їх практичне застосування стикається з труднощами, які спричиняються або необдуманною конструкцією або непослідовністю законодавця, або ж непрозорістю такого положення.

Ця стаття не закликає до цілісного обговорення положень польського законодавства, які викликають сумніви в науці польського конституційного законодавства, виборців та органів, відповідальних за проведення конкретних процесів.

Представлені в ній будуть лише деякі положення, які негайно вимагають змін.

Серед інструментів польського виборчого законодавства, що спричиняють критичні коментарі, слід зазначити списки виборців, щодо яких особливо часто учасники проведених виборів та виборчі органи вносять зауваження і пропозиції змін. Оскільки сфера обговорюваного інституту широка, порушені питання стосуються його різноманітних аспектів, серед яких найістотнішими слід визнати принципи актуалізації списків виборців щодо виборчих процесів, які можуть реалізуватися у двох турах голосування (президентські вибори та вибори війтів, бурмістрів і мерів міст)<sup>10</sup>.

Відповідно до змісту § 2 ст. 319 Виборчого кодексу Республіки Польща, повторне голосування у президентських виборах Республіки Польща проводиться на підставі другого примірника списку виборців, складеного для потреб першого туру голосування, після здійснення його актуалізації<sup>11</sup> (аналогічна ситуація простежується на виборах виконавчих органів до гміни). Дієвість здійснення такої актуалізації становить предмет численних скарг виборців, які вказують на необґрунтовані випадки оминання їх у списку або виключення з нього, що призводить до безпідставного протиправного позбавлення чинного виборчого права. На даний час у польському праві існує дуже обмежена можливість, щоб особа, включена до списку виборців у обраній для себе виборчій дільниці перед першим туром голосування або включення до нього з приводу перебування у визначеному закладі, в якому утворено окрему виборчу дільницю (лікувальний заклад, установа виконання покарань, слідчий ізолятор), була включена до іншого списку у повторному голосуванні. Вищевказані зауваження стосуються, зокрема, осіб, які перед першим голосуванням перебувають в лікувальних закладах (лікарнях, профілактично-лікувальних закладах або санаторіях), які покинули даний заклад до дня повторного голосування, і не дивлячись на це, надалі перебувають у списку виборців, складеному для потреб окремої дільниці, а не у відповідному списку з огляду

на місце проживання або у дільниці, вказаній цією особою. Щоправда, такі виборці мають теоретичну можливість голосування у своїй рідній дільниці, оскільки – відповідно до змісту пункту 3 § 1 ст. 51 Виборчого кодексу Республіки Польща – дільнична виборча комісія у справах голосування включає у день виборів до списку особу, яка була виключена зі списку даної дільниці у зв'язку з включенням цієї особи до списку виборців в закладі, про який мова в § 4 ст. 12 (окрема дільниця), якщо документально підтвердить, що покинула цей суб'єкт до дня виборів<sup>12</sup>.

Перенесення обов'язку підтвердження в обговорюваній ситуації на виборця, у багатьох випадках робить реалізацію його повноважень неможливою або ускладненою, – умову підтвердження у день виборів факту покинення визначеного закладу безпосередньо перед повторним голосуванням (напр. шляхом представлення дільничній комісії виписки з лікарні) слід визнати занадто жорсткою і такою, що обмежує чинне виборче право громадян. У схожій ситуації знаходяться виборці, які перед першим туром президентських виборів подали заяву про включення їх до списку виборців в обраній виборчій дільниці, – наприклад у гміні їх тимчасового проживання або дільниці, утвореній для польських громадян, які перебувають за кордоном (ці зауваження не відносяться до виборів війта, бурмістра і мера міста з огляду на необхідність голосування у місці постійного проживання та відсутності можливості проведення голосування за межами Республіки Польща<sup>13</sup>), і які повернулися до місця постійного проживання перед повторним голосуванням або будуть у день виборів перебувати в іншому населеному пункті.

Відповідно до чинних положень польського законодавства, такі особи можуть голосувати у другому турі виборів в іншій виборчій дільниці, ніж попередньо обрана, всього лише на підставі довідки про право на голосування, отриманої в адміністрації гміни (або від консула відповідно до дільниці, утвореної за кордоном), в якій вони були включені до списку виборців у першому голосуванні.

Серед ймовірних рішень обговорюваної проблеми слід вказати введення до польського законодавства можливості включення заінтересованої особи до списку виборців в обраній дільниці всього лише на один, вказаний цією особою тур голосування, а щодо окремих дільниць – слід змінити чинне положення у такий спосіб, щоб автоматичного виключити зі списку виборця, який перед повторним голосуванням покинув заклад, в якому утворено дільницю, та включити його до списку у відповідній дільниці з огляду на місце постійного проживання або, – за заявою виборця – в обраній ним дільниці<sup>14</sup>.

Також слід звернути увагу на принципи включення до списків виборців, що складаються у Республіці Польща для польських громадян, які постійно проживають за кордоном. У світлі чинної редакції § 3 ст. 51 Виборчого кодексу Республіки Польща, відносно всіх видів виборчого процесу, за винятком виборів до установчих та виконавчих органів територіального самоврядування, можливим є включення дільничною виборчою комісією у день голосування до списку виборців також польського громадянина, який постійно проживає за кордоном, якщо він документально підтвердить цей факт. Включення виборця до списку відбувається на підставі дійсного паспорта громадянина Республіки Польща для виїзду за кордон, наслідком чого є поставлення на останній вільній сторінці цього паспорта, призначеній на візові примітки, печатки дільничної виборчої комісії та вписування дати голосування<sup>15</sup>. Серед застережень, що з'являються відносно чинного регулювання, слід зазначити ті, які вказують на факт, що багато осіб з числа польських громадян, які проживають – начебто постійно – за кордоном, проте з наміром повернення до Республіки Польща, не виконують визначеної у пункті 9 ст. 5 Виборчого кодексу Республіки Польща, виборчої умови постійного проживання, яку слід розуміти як «проживання у визначеному населеному пункті за вказаною адресою з наміром постійного перебування». Такі особи, можуть легко у день голосування пред'явити дільничній виборчій комісії документи, що підтверджують факт їх постійного проживання за кордоном (підтвердження

працевлаштування, оплати податків, користування системами соціального страхування), що становитиме передумову включення таких осіб до списку виборців в обраній виборчій дільниці.

Слід взяти до уваги, що виборці, які дійсно лише тимчасово проживають за кордоном, є внесені до реєстру виборців у Республіці Польща і, що з цього слідує, автоматично включаються в списки, які складаються для відповідних виборчих дільниць з огляду на місце постійного проживання на території Республіки Польща. Такий стан може, по-перше, привести до ситуації, в якій виборець буде включений до двох списків: у своїй рідній дільниці та в дільниці, обраній у день голосування, що визнати слід дією *contra legem* тому, що відповідно до змісту § 2 ст. 26 Виборчого кодексу Республіки Польща виборець може бути включений тільки до одного списку виборців<sup>16</sup>, по-друге, крім поставлення печатки дільничної виборчої комісії в паспорті громадянина Республіки Польща для виїзду за кордон, особа, яка подає заяву про включення її до списку, може багатократно голосувати на цих самих виборах: раз в обраній виборчій дільниці на підставі дійсного паспорта громадянина Республіки Польща для виїзду за кордон, другий раз у відповідній дільниці з огляду на місце постійного проживання у Республіці Польща, на підставі іншого документа, який дозволяє встановити особу голосуючого (§ 1 ст. 52 Виборчого кодексу Республіки Польща).

Беручи до уваги вищевикладене, можна розглянути відмову від можливості включення до списку обговорюваної категорії виборців в день голосування, на користь положень, за зразком чинного на сьогодні § 1 ст. 28 Виборчого кодексу Республіки Польща, згідно з яким виборець, за своєю заявою, поданою у письмовій формі до адміністрації гміни найпізніше за 5 днів до дня голосування, буде включений до самостійно обраного списку виборців (таке рішення дає гарантію принципу загальності голосування<sup>17</sup>). Таке рішення дозволило б виключити випадки наявності цієї самої особи у двох списках та запобігти можливості голосування у двох дільницях. Для здійснення

найменш обтяжливої для виборців процедури, принциповим було б введення можливості подачі заяви у різних формах (письмова, усна, електронна, телефонна, телеграфом, телефаксом), так як це застосовується щодо виборців, які проживають за кордоном при подачі ними заяви до відповідного консула про включення до списку виборців<sup>18</sup>.

Важливим є питання адреси, за якою виборець, який ніколи не проживав за даною адресою, є включений до списку виборців в порядку § 4 ст. 28 у зв'язку з § 1 ст. 28 Виборчого кодексу Республіки Польща: такий виборець, перебуваючи на території гміни, уповноважений до подачі не пізніше за 5 днів до дати виборів заяви до адміністрації гміни про включення його до списку виборців в обраній виборчій дільниці, утвореній на її території (слід зазначити, що громадяни які не мають зареєстрованого місця проживання не мають права участі у виборах до органів самоврядування, тому також не можуть бути включені у списки виборців, що складається для потреб таких виборів<sup>19</sup>). Можливо, питання адреси, яка вказується в таких випадках у списку виборців, має бути врегульоване у порядку розпорядження щодо списку виборців, що вимагало б однак зміни повноваження, передбаченого законом.

Сьогодні існує потреба розширення сфери даних, які подаються виборцем у заяві про включення його до списку в обраній виборчій дільниці: відповідно до чинного польського законодавства, згідно з положеннями § 5 ст. 28 і § 7 і 8 ст. 26 Виборчого кодексу Республіки Польща, необхідним є зазначення громадянином виключно даних, які включаються до списку виборців, а саме: імені (імен), прізвища, імені батька, дати народження, персонального номера ПЕСЕЛЬ та адреси проживання (для польських громадян, включених в частину А списку виборців) або імені (імен), прізвища, імені батька, дати народження, громадянства країни-члена Європейського Союзу, номера паспорта громадянина для виїзду за кордон або іншого документа, що посвідчує особу, а також адреси проживання (для громадян країн-членів ЄС, які не мають польського громадянства, яким надаються виборчі права на території Республіки Польща). Слід

запропонувати розширення цього каталогу вимогою подання заявником інформації на тему гміни, в якій він знаходиться у реєстрі виборців, що полегшило б і пришвидшило б повідомлення відповідної установи органу самоврядування з огляду на місце проживання про включення виборця до списку та перевірку наявності у заявника повних публічних прав.

Наступним питанням, що вимагає уваги, є законне визначення моменту припинення мандату депутата, члена сенату, члена ради, вїйта (бурмістра, мера міста) та втрати мандату депутата Європейського парламенту. Відповідно до положень чинного польського законодавства, припинення мандату депутата настає – крім інших причин – внаслідок призначення у ході каденції на посаду або доручення функцій, яких відповідно до положень Основного або інших законів Республіки Польща не можна пов'язувати з депутатським мандатом (пункт 6 § 1 ст. 247 Виборчого кодексу Республіки Польща), а також у випадку обирання у ході каденції депутатом Європейського парламенту (пункт 7 § 1 ст. 247 Виборчого кодексу Республіки Польща). Припинення представницького мандату в наслідок вищевказаних випадків настає – відповідно до § 5 ст. 247 кодексу – **на день обрання або призначення** виконувати функцію чи займати посаду, охоплену принципом *incompatibilitas*<sup>20</sup>. У той самий спосіб врегульовано умови припинення повноважень члена сенату (пункт 6 і 7 § 1 ст. 279 та § 5 ст. 279 Виборчого кодексу Республіки Польща) та втрати мандату депутатом Європейського парламенту (пункт 2а і 3 § 1 ст. 364 Виборчого кодексу Республіки Польща та § 3 ст. 364 Виборчого кодексу Республіки Польща). Зі змісту пункту 5 § 1 ст. 383 Виборчого кодексу Республіки Польща виникає, що припинення мандату члена ради настає у випадку порушення законної заборони поєднання мандату з виконанням визначених в окремих положеннях функцій або діяльності – аналогічно врегульовано передумови припинення мандату вїйта (бурмістра, мера міста<sup>21</sup>).

З метою виявлення зв'язку між вказаними вище заборонами, слід зауважити, що згідно із пунктом 1 ст. 25 b та пунктом 4

ст. 27 Закону від 8 березня 1990 р. «Про самоврядування гміни» (єдиний текст Вісник законів від 2018 р., ст. 994 зі змінами), мандат члена ради та мандат вїйта і його заступника не можна пов'язувати з мандатом депутата і члена сенату<sup>22</sup>, натомість відповідно до положень § 1 і 2 ст. 334 Виборчого кодексу Республіки Польща, депутат Європейського парламенту не може поєднувати свій мандат з виконанням мандату депутата або члена сенату, а також з виконанням будь-якої функції чи посади, яку відповідно до положень Конституції Республіки Польща, не можна поєднувати з виконанням мандату в польському парламенті<sup>23</sup>.

Що істотно, законодавець висловився дещо неоднозначно щодо врегулювання інституту несумісності мандату депутата (члена сенату, депутата Європарламенту, вїйта та члена ради) з іншими функціями або посадами: відповідно до § 3 ст. 247 Виборчого кодексу Республіки Польща, мандат депутата припиняється, якщо **у день виборів** особа займала посаду або функцію, охоплену несумісністю, і якщо впродовж 14 днів від дня оголошення Державною виборчою комісією у Віснику законів Республіка Польща результатів виборів до Сейму, ця особа не подасть Маршалові Сейму заяви про відмову від займаної посади або виконуваної функції (аналогічні наслідки поширюються на депутата, який був призначений на визначену посаду або функцію у період від дня виборів до дня початку каденції Сейму та депутата, який отримав мандат у період каденції Сейму). У ідентичний спосіб Кодекс регулює випадки припинення мандату члена сенату (§ 3 ст. 279) та втрати мандату депутатом Європейського парламенту (§ 2 ст. 364). У такій ситуації слід прийняти, що новообраний депутат, член сенату або депутат Європейського парламенту, який виконує у день виборів функцію вїйта (бурмістра або мера міста) або члена ради, може у 14-денний строк від дати оголошення результатів виборів Державною виборчою комісією подати до виборчого комісара письмову заяву про відмову від його функції, охопленої несумісністю (аналогічну заяву, пред'являючи Маршалові Сейму або Маршалові Сенату) і зберегти цим самим мандат



Сейму, Сенату або Європарламенту. Неподання заяви спричинить припинення мандату депутата або члена сенату чи втрату мандату Європарламенту і подальшого продовження функції вїйта чи депутата. З вищенаведеного виникає, що у разі вибору депутата (члена сенату, депутата Європарламенту) на посаду вїйта (бурмістра, мера міста) або члена ради, виконувані мандати визначених категорій представників, припиняться **автоматично на основі положень** з дня обрання на виконання функції в органі територіального самоврядування<sup>24</sup>, **натомість** у разі обирання вїйта (бурмістра, мера міста) або члена ради на посаду депутата, члена сенату або депутата Європарламенту, чинні положення законодавства передбачають **14-денний строк на прийняття остаточного рішення** щодо функції або посади, яку визначена особа хоче зберегти<sup>25</sup>. Слід запропонувати уніфікацію правової підстави в обох випадках.

Серед інститутів польського виборчого законодавства, що вимагають втручання законодавця, представники юридичної науки у сфері польського конституційного законодавства вбачають також процес оскарження у випадку відмови у реєстрації списків окружних кандидатів на посаду депутата (або кандидатів на посаду члена сенату). Відповідно до положень § 2 ст. 218 Виборчого кодексу Республіки Польща, негативні рішення окружних виборчих комісій у цій сфері підлягають оскарженню в Державній виборчій комісії, рішення якої має остаточний характер. Слід вказати, що відносно відсутності можливості подачі скарги до суду на рішення Державної виборчої комісії у справах, врегульованих § 4 ст. 215 кодексу (відмова у реєстрації кандидата з огляду на відсутність права виборності), висловився Конституційний суд Республіки Польща у рішенні від 18 липня 2012 р. (Справа № К 14/12, Вісник законів від 2012, ст. 849), констатуючи, що це регулювання становить обмеження конституційного права на суд і не відповідає Основному закону (на подібні принципи опирався Конституційний суд Республіки Польща у рішенні від 6 квітня 2016 р. [справа № Р5/14, Вісник законів від 2016, ст. 1232], визнаючи друге речення § 2 ст. 420 Виборчого кодексу Республіки Польща нез-

гідним з п.1 ст. 45 і п. 2 ст. 77 та п. 2 ст.165 Конституції Республіки Польща). Крім того, внаслідок вищенаведеного рішення Конституційного суду Республіки Польща, друге речення § 2 ст. 218 Виборчого кодексу Республіки Польща: [...] *до рішення Державної виборчої комісії не застосовується правовий засіб* втратило силу у сфері рішень Державної виборчої комісії у справах відмови у реєстрації кандидата окружною виборчою комісією з приводу відсутності пасивного виборчого права, до обговорюваного положення не внесено змін вже 6 років, незважаючи на подані пропозиції щодо його зміни<sup>26</sup>. Державна виборча комісія, видаючи рішення у таких справах може лише посилатися на рішення Конституційного суду Республіки Польща, без можливості направити сторону до суду.

Сумніви викликає також порядок розгляду Державною виборчою комісією скарг на рішення окружних виборчих комісій, що відмовляють у реєстрації окружного списку або кандидата з приводу недостатньої кількості підписів підтримки. Згідно із § 1 ст. 210 Виборчого кодексу Республіки Польща, окружний список кандидатів на посаду депутатів повинен бути підтриманий підписами щонайменше 5000 виборців, які постійно проживають у даному виборчому окрузі (з такого обов'язку звільнений виборчий комітет, який ефективно зареєстрував списки в щонайменше половині округів), натомість заява кандидата на посаду члена сенату вимагає отримання щонайменше 2000 підписів підтримки (§ 1 ст. 265 Виборчого кодексу Республіки Польща).

У випадку, при якому кількість підписів підтримки менша ніж вимагається, окружна виборча комісія просить особу, яка подає список, доповнити підписи у строк передбачений для ефективного реєстрації списку (до 24.00 год. за 40 днів до дня виборів), – якщо доповнення не виконано або термін на виконання закінчився, окружна комісія приймає рішення про відмову у реєстрації списку<sup>27</sup>. Подібна процедура відбувається коли у випадку ствердження органом, що реєструє – внаслідок проведення перевірки після виникнення обґрунтованих сумні-

вів щодо справжності даних, поданих у списку підписів або достовірності підписів, – що список або кандидат не отримали необхідної кількості підписів підтримки<sup>28</sup>. В обох випадках особі, яка подає список, надається право подачі скарги до Державної виборчої комісії, натомість можливість її розгляду по суті веде до принципових застережень у світлі § 3 ст. 213 Виборчого кодексу Республіки Польща, згідно з яким *«(.) прийняті аркуші списку підписів комісія зберігає в запечатаних пакетах. Надання доступу і розпечатування пакетів може наступити виключно на потреби провадження у суді і в органах прокуратури. (.)»*. Звідси виникає, що Державна виборча комісія, розглядаючи скаргу, що стосується неправильності складання списку підписів, не має права ознайомитися з цими списками.

Посилаючись на вищевказані сумніви, можливими є два вирішення: по-перше, можна розглянути забезпечення окружних судів повноваженнями для розгляду скарг на всі ухвали, видані окружними виборчими комісіями у справах, пов'язаних з відмовою у реєстрації списків або кандидатів, впроваджуючи цим самим порядок судового контролю над рішеннями виборчого органу у вказаній сфері; по-друге, при утриманні положень чинного польського законодавства у такій редакції – можна ввести до змісту § 2 ст. 218 (цим самим беручи до уваги рішення Конституційного суду Республіки Польща від 18 липня 2012 р.) засіб оскарження рішення Державної виборчої комісії, а до Верховного суду Республіки Польща у справах, які стосуються відсутності пасивного виборчого права<sup>29</sup>. При внесенні пропонованої поправки необхідно пам'ятати про одночасну уніфікацію положень, які стосуються процедури реєстрації списків кандидатів або кандидата до органів самоврядування: у чинній редакції відповідних положень Виборчого кодексу Республіки Польща – що суттєво відрізняються від регулювань попереднього виборчого законодавства органів самоврядування<sup>30</sup> особа, яка подає список або кандидат може оскаржити негативне рішення територіальних виборчих комісій у виборчого комісара, а його рішення, якщо воно теж буде

негативне, можна оскаржити в Державній виборчій комісії, рішення якої є остаточним<sup>31</sup>. Обмірковування вимагає – аналогічно, як у вище описаному випадку – надання окружним судам повноважень для розгляду скарг на рішення територіальних комісій. Крім цього, зважаючи на необхідність поточного виконання інших дій у сфері виборчого процесу, що виникають з прийнятого виборчого календаря, слід було б встановити досить обмежені (граничні) терміни розгляду окружними судами скарг у вказаних категоріях справ (напр. впродовж 24 годин), як це відбувається у випадку розгляду судами заяв, що стосуються поширення у виборчих матеріалах або в інших формах здійснюваної виборчої агітації неправдивої інформації (§ 1 ст. 111 Виборчого кодексу Республіки Польща).

У випадку § 3 ст. 213 Виборчого кодексу Республіки Польща, слід запропонувати зміну, що виражається у наданні Державній виборчій комісії права ознайомлення зі списком підписів осіб, які підтримують заяву списку або кандидата на етапі розгляду скарги на рішення окружної виборчої комісії, що відмовляє у реєстрації з огляду на відсутність необхідної кількості підписів підтримки.

Останнє застереження, що стосується теми процесу оскарження рішення, яке відмовляє у реєстрації списку кандидатів або кандидата, стосується строку подачі скарги (міркування стосуються також повідомлення про утворення виборчого комітету) на рішення не на користь заявника. Виборчий кодекс Республіки Польща в чинній редакції передбачає (порівн. § 2 ст. 218, § 6 ст. 304, § 1 і 2 ст. 432 Виборчого кодексу Республіки Польща), що цей строк рахується від дати вручення заявнику постанови – таке рішення, з огляду на розповсюджені у практиці труднощі у врученні рішення, спричинені відсутністю адресата, зазначенням неправильної адреси, відсутністю реакції на спроби зв'язатися або іншими обставинами, затягує процес, перешкоджає роботі виборчих органів та порушує справний хід здійснення наступних виборчих дій. Слід запропонувати, щоб строк рахувався від дати оголошення на сайті виборчо-

го органу рішення цього органу, про відмову у прийнятті заявки про утворення виборчого комітету або про відмову у реєстрації списку (кандидата). Також можна обміркувати зобов'язання виборчого комітету вказати у заявці своєї адреси електронної пошти, на яку буде відправлено таке рішення, – строк для подачі скарги, у такому випадку, міг би рахуватися від дати відправлення рішення виборчого органу на електронну пошту заінтересованої особи<sup>32</sup>.

На закінчення міркувань, що стосуються пропозиції щодо внесення змін до положень польського виборчого законодавства, слід сформулювати короткі зауваження на тему двох положень кодексу, щодо яких бажаним було б втручання законодавця. По-перше, у положеннях чинного законодавства, встановлення результатів виборів до Сейму, що становить повторення раніше чинних положень<sup>33</sup>, є надзвичайно складним процесом і через це – трудомістким: згідно з положеннями Виборчого кодексу Республіки Польща (ст. 228–237 Виборчого кодексу Республіки Польща), після встановлення результатів голосування на дільниці, дільничні виборчі комісії передають протоколи окружним комісіям, які на їх підставі встановлюють результати голосування за окремі списки кандидатів у конкретному окрузі, відправляючи відповідні встановлення до Державної виборчої комісії. Державна виборча комісія на підставі протоколів, отриманих від виборчих округів, встановлює зведені результати голосування за списки кандидатів в масштабі всієї Польщі та вирішує, які з числа списків виконують необхідні умови для участі в поділі мандатів (перевищення 5 % прохідного порогу у випадку комітетів, які самостійно стартують у виборах, та 8 % для виборчих коаліцій), повідомляючи про виконані встановлення окружні виборчі комісії, до обов'язків яких належить здійснення поділу мандатів між призначеними списками, базуючись на системі д'Ондта<sup>34</sup>.

У подальшому, голова виборчої комісії передає протоколи з результатами виборів Державній виборчій комісії, яка, в свою чергу, після проведення перевірки, оголошує у Віснику законів Республіки Польща та надає відкритий доступ до результатів

виборів до Сейму. Обґрунтованим здається доручення виконання поділу мандатів між призначеними списками Державній виборчій комісії, на підставі даних, поданих у протоколах, які передаються окружними виборчими комісіями – чинний на сьогодні порядок, що виражається у передачі Державною виборчою комісією інформації щодо призначених списків окружним виборчим комісіям з метою розділу мандатних місць, веде до необґрунтованого продовження процесу встановлення результатів виборів<sup>35</sup>.

Доповнення вимагає також прогалина у положеннях Кодексу, пов'язана з порядком доповнення складу Сенату в разі необрання члена сенату в загальних або додаткових виборах – така можливість може виникнути у ситуації, при якій голосування проведено щодо одного кандидата і він не отримує безумовної більшості голосів або також у випадку, якщо у виборчому окрузі не зареєстровано жодного кандидата.

Наведені вище деякі міркування щодо необхідності внесення змін до положень польського Виборчого кодексу від 2011 р. ведуть до висновку, що незважаючи на численні поправки Кодексу, які часто здійснюються поспіхом і без належної законодавчої рефлексії, надалі існує група положень, що врегульовує польський виборчий процес, яка вимагає законодавчого втручання. Зокрема на розгляд законодавцю слід передати питання реалізації виборчих повноважень особи, з метою забезпечення громадянину можливості вільного користування активним і пасивним виборчим правом – звідси також, впливають найнеобхідніші зміни у сфері положень законодавства, що стосуються списків виборців та порядку розгляду скарг на негативні рішення виборчих органів щодо списків, які відносяться до реєстрації, або кандидатів у конкретних виборах.

1. *Rakowska A., Skotnicki K.* Zmiany w polskim prawie wyborczym wprowadzone przez Kodeks wyborczy // *Przegląd Sejmowy*. 2011, nr 4. s. 9-10; *Czaplicki K. W.* O potrzebie stabilności prawa wyborczego. Wybrane problemy. Toruń 2009. s. 28; *Skrzydło W.* O potrzebie i walorach kodyfikacji prawa wyborczego // *Studia wyborcze*. Tom I. 2006. s. 19; 2. *Skrzydło W.* O potrzebie i walorach kodyfikacji prawa wyborczego // *Studia wyborcze*. Tom I. 2006.

s. 11; *Żukowski A.* System wyborczy do Sejmu i Senatu RP. Warszawa, 2004. s. 191; *Buczkowski J.* Podstawowe zasady prawa wyborczego III Rzeczypospolitej. Lublin, 1998. s. 362; *Sokala A.* Ordynacja wyborcza do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej i do Senatu Rzeczypospolitej Polskiej. Toruń, 2001. s. 20-21; **3.** *Patrzalek A., Skrzydło W.* Cele i zasady kodyfikacji prawa wyborczego // Przegląd Sejmowy. 1997. nr 2. s. 10-11; **4.** *Zoll A.* Prawa wyborcze w świetle doświadczeń Biura Rzecznika Praw Obywatelskich. (w:) Demokratyczne standardy prawa wyborczego Rzeczypospolitej Polskiej. Teoria i praktyka, Warszawa, 2005. s. 402; **5.** *Kupiszewski H.* Prawo rzymskie a współczesność. Warszawa, 1988. s. 216; **6.** *Skotnicki K.* Przebieg prac nad Kodeksem wyborczym, (w:) Kodeks wyborczy. Wstępna ocena. Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa, 2011. s. 34; **7.** *Czaplicki K. W.* O potrzebie stabilności prawa wyborczego. Wybrane problemy. Toruń, 2009. s. 10; **8.** *Rakowska A., Skotnicki K.* Zmiany w polskim prawie wyborczym wprowadzone przez Kodeks wyborczy // Przegląd Sejmowy. 2011, nr 4. s. 19; **9.** *Czaplicki K. W.* O potrzebie stabilności prawa wyborczego. Wybrane problemy. Toruń, 2009. s. 16; **10.** *Rakowski M.* Druga tura wyborów samorządowych – gwarancja demokracji czy zbędna dekoracja? // Studia wyborcze. Tom XXII. 2016. s. 32; **11.** *Czaplicki K. W.* (w:) Kodeks wyborczy. Komentarz Lex, Wolters Kluwer business, Warszawa, 2014. s. 668; **12.** *Banaszak B.* Kodeks wyborczy. Komentarz. Wyd. C. H. Beck. Warszawa, 2014. s. 505; **13.** *Rymarz F.* (w:) Samorządowe prawo wyborcze. Komentarz. Wyd. Wolters Kluwer, Warszawa, 2006. s. 476; **14.** *Państwowa Komisja Wyborcza,* Informacja o realizacji przepisów Kodeksu wyborczego oraz propozycje ich zmiany, ZPOW-430-8/15, Warszawa, 2016. s. 9-10; **15.** *Jaworski S. J.* (w:) Kodeks wyborczy. Komentarz Lex, Wolters Kluwer business. Warszawa, 2014. s. 172; **16.** *Państwowa Komisja Wyborcza,* Informacja o realizacji przepisów Kodeksu wyborczego oraz propozycje ich zmiany, ZPOW-430-8/15, Warszawa, 2016. s. 12; **17.** *Banaszak B.* Kodeks wyborczy. Komentarz. Wyd. C. H. Beck. Warszawa, 2014. s. 64; **18.** *Czaplicki K. W.* (w:) Kodeks wyborczy. Komentarz Lex, Wolters Kluwer business, Warszawa, 2014. s. 12; **19.** *Kisielewicz A.* (w:) Kodeks wyborczy. Komentarz Lex. Wolters Kluwer business. Warszawa, 2014. s. 123; **20.** *Kisielewicz A.* (w:) Kodeks wyborczy. Komentarz Lex. Wolters Kluwer business. Warszawa, 2014. s. 587; **21.** *Bąkiewicz M.* System wyborczy do samorządu terytorialnego w Polsce na tle europejskim. Wyd. Adam Marszałek. Toruń, 2008. s. 189; **22.** *Kisielewicz A.* (w:) Samorządowe prawo wyborcze. Komentarz. Wyd. Wolters Kluwer. Warszawa, 2006. s. 410; **23.** *Banaszak B.* Kodeks wyborczy. Komentarz. Wyd. C. H. Beck. Warszawa, 2014. s. 517; **24.** *Kisielewicz A.* Wygaśnięcie mandatu radnego (w:) Demokratyczne standardy prawa wyborczego Rzeczypospolitej Polskiej. Teoria i praktyka. Warszawa, 2005. s. 156; **25.** *Kisielewicz A.* (w:) Samorządowe prawo wyborcze. Komentarz. Wyd. Wolters Kluwer. Warszawa, 2006. s. 410; **26.** *Banaszak B.* Kodeks wyborczy. Komentarz. Wyd. C. H. Beck. Warszawa,

2014. s. 389; **27.** *Kryszew G.* Problematyka zgłaszania kandydatów w świetle kodeksu wyborczego, (w:) *Kodeks wyborczy. Wstępna ocena*, Wydawnictwo Sejmowe. Warszawa, 2011. s. 185; **28.** *Dauter B.* (w:) *Kodeks wyborczy. Komentarz Lex*, Wolters Kluwer business. Warszawa, 2014. s. 533; **29.** *Państwowa Komisja Wyborcza*, Informacja o realizacji przepisów Kodeksu wyborczego oraz propozycje ich zmiany, ZPOW-430-8/15, Warszawa, 2016. s. 12; **30.** *Dauter B.* (w:) *Samorządowe prawo wyborcze. Komentarz*, Wyd. Wolters Kluwer. Warszawa, 2006. s. 286, *Szcześniak.* Kompetencje komisarzy wyborczych, historia rozwoju i pożądane kierunki zmian (w:) *Demokratyczne standardy prawa wyborczego Rzeczypospolitej Polskiej. Teoria i praktyka*. Warszawa, 2005. s. 346; **31.** *Kryszew G.* Problematyka zgłaszania kandydatów w świetle kodeksu wyborczego, (w:) *Kodeks wyborczy. Wstępna ocena*, Wydawnictwo Sejmowe. Warszawa, 2011. s. 189; **32.** *Państwowa Komisja Wyborcza*, Informacja o realizacji przepisów Kodeksu wyborczego oraz propozycje ich zmiany, ZPOW-430-8/15, Warszawa, 2016. s. 4; **33.** *Sokala A.* Ordynacja wyborcza do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej i do Senatu Rzeczypospolitej Polskiej. Toruń, 2001. s. 23; **34.** *Czaplicki K. W.* (w:) *Kodeks wyborczy. Komentarz Lex*, Wolters Kluwer business, Warszawa, 2014. s. 555; **35.** *Państwowa Komisja Wyborcza*, Informacja o realizacji przepisów Kodeksu wyborczego oraz propozycje ich zmiany, ZPOW-430-8/15, Warszawa, 2016. s. 8.

### ***Buczowski Łukasz.* Conceptual problems of reforming separate institutions of the Polish electoral legislation**

The aim of the article is to present the position of the doctrine of Polish constitutional law and the opinion of the National Electoral Commission on the desired directions of amendments to the Election Code of 2011. The provisions of the Election Act have been analysed. Their use in periodical electoral procedures raises objections as to their clarity and transparency and the completeness of the legal system. The article also presents proposals for the most urgent changes to the relevant regulations.

Among the current problems of the Polish electoral law, requiring the legislator's intervention, first of all, one should indicate the institution of the list of voters, which provokes a number of critical remarks from the science of law and electoral authorities. It should be noted that the current rules of updating lists of voters may exclude the possibility of voting in the second round of elections, in respect of certain categories of voters, constituting a limitation of individual's political rights without legal grounds. Doubts are also raised by the procedure of adding Polish citizens who are permanently residing abroad to the lists of voters on the day of voting. In the current legal status, the indicated solution does not fully protect against the possibility of multiple voting by some voters, which is contrary to the principle of formal equality of elections. It is also necessary to suggest the extended scope of information indispensable in the



request for adding the data on the commune in which the applicant is entered into the register of voters to the list of voters, which would facilitate the notification of the local authority competent for the place of residence of the voter of the necessity to delete this person from the list in their home circuit.

Another issue requiring legislative attention is the need to harmonize the provisions of the Code regarding the moment of expiry of a Deputy, Senator, Councillor and Commune Head (Mayor, President of the City) Mandate and the loss of an MEP Mandate. The current structure of the discussed regulations is characterized by inconsistency in determining the date of expiry of power to hold certain positions.

The issue raised consistently by the doctrine of Polish constitutional law is also the appeal procedure against the decisions of the National Electoral Commission and against decisions of Constituency Electoral Commissions refusing to register constituency lists of candidates for deputies due to the lack of the right to be elected, which does not provide for the judicial way to appeal against decisions of the central electoral authority. The real possibility of the National Electoral Commission to examine appeals against the refusals to register the lists due to the insufficient number of signatures of support is doubtful because of the formal lack of access to the list of signatures by the NEC, sanctioned in Art. 213 § 3 of the Election Code.

Among the institutions of Polish electoral law worthy of interest of the legislator, one should also point to the excessively extended and stretched over time procedure of determining the results of elections to the Sejm, which unnecessarily complicates and extends the electoral procedure, and the gap in the Code, related to the mode of supplementing the Senate's composition in the failure to elect a senator in general or supplementary elections – this possibility may occur in a situation in which voting is conducted for one candidate only and they do not obtain an absolute majority of votes or in the case in which no candidate has been registered in the constituency.

**Keywords:** Electoral Code, lists of voters, parliamentary elections, National Electoral Commission, constituencies.

## МОДЕРНІЗАЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ КОНКУРСНОГО ДОБОРУ СУДДІВ СУДДІВ ЗАГАЛЬНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ УКРАЇНИ В КОНТЕКСТІ ЄВРОПЕЙСЬКИХ СТАНДАРТІВ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ

*Аналізуються положення міжнародних і європейських нормативно-правових актів щодо сучасних стандартів формування суддівського корпусу та їх імплементація в нових законодавчих актах України з реформування правосуддя, зокрема, з питань реалізації принципу конкурсного добору суддів, підвищення критеріїв до їх добору, вдосконалення його процедури, деполітизації цього процесу.*

**Ключові слова:** модернізація, конституційно-правове регулювання, конкурсний добір суддів, його процедура, імплементація.

**Рудык П. А. Модернизация конституционно-правового регулирования конкурсного добора судей общей юрисдикции Украины в контексте европейских стандартов на современном этапе**

*Анализируются положения международных и европейских нормативно-правовых актов относительно современных стандартов формирования судейского корпуса и их имплементация в новых законодательных актах Украины с реформирования правосудия, в частности с вопросов реализации принципа конкурсного добора судей, повышения критериев к их добору, совершенствования его процедуры, деполитизации этого процесса.*

**Ключевые слова:** модернизация, конституционно-правовое регулирование, конкурсный добор судей, его процедура, имплементация.

**Rudyk Petro. Modernization of constitutional legislative regulation for competitive selection of general jurisdiction judges within the context of contemporary European standards**

*There are analyzed the statements by international and European legislative acts dealing with contemporary standards to form the judicial corpus and their implementation into new legislative acts in Ukraine to reform the justice (including realization of the principles of competitive selection of judges, gaining*

*the criteria of their selection, improvement of the procedure, and de-politization of this process).*

**Keywords:** *modernization, constitutional-legislative regulation, competitive selection of judges, procedure, implementation.*

Одним із основних напрямів конституційних перетворень в Україні на сучасному етапі є реформування правосуддя. Воно спрямоване на відновлення довіри громадян країни до судової влади. Провідне місце у цьому процесі має зайняти оновлення суддівського корпусу відповідно до європейських стандартів та нових законодавчих актів України щодо правосуддя. Осмислення і запозичення європейського досвіду у цій сфері та втілення його стандартів в практичній діяльності в Україні є об'єктивною необхідністю.

З проблеми реформування правосуддя уже вийшли з друку окремі наукові публікації провідних вчених Національної академії правових наук України, Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, Інституту законодавства Верховної Ради України, деяких закладів вищої освіти. Проте поки що відсутнє спеціальне дослідження щодо модернізації конституційно-правового регулювання конкурсного добору суддів судів загальної юрисдикції України в контексті сучасних європейських стандартів.

Джерельною базою даного дослідження є положення Конституції України з внесеними до неї змінами щодо правосуддя, нових законів України, що їх розвивають. Цінними є міжнародні і європейські документи з даної проблеми. Так, в «Основних принципах незалежності судових органів», схвалених резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29.11.1985 р. та 13.12.1985 р., підкреслюється, що особи, відібрані для судових посад, повинні мати високі моральні якості і здібності, а також відповідну підбору і кваліфікацію в галузі права. Будь-який метод підбирання суддів мусить гарантувати від призначення суддів за неправомірними мотивами (п. 10)<sup>1</sup>.

У «Бангалорських принципах поведінки суддів», схвалених 27.07.2006 р., зазначається, що довіра суспільства до судової

системи, її авторитету в питаннях моралі, чесності та непідкупності судових органів посідає першочергове місце в сучасному демократичному суспільстві. А це в свою чергу залежить від складу суддівського корпусу, від того, наскільки судді дотримуватимуться стандартів етичної поведінки суддів, принципів незалежності, об'єктивності, чесності і непідкупності, рівного ставлення до всіх сторін судового засідання, компетентності та старанності, які є базовими принципами поведінки суддів<sup>2</sup>.

У Європейській хартії про закон «Про статус суддів» від 10.07.1998 р. наголошується, що цей закон має на меті забезпечення компетентності, незалежності та неупередженості від судів та від кожного судді, що закон не повинен містити жодного положення та жодної процедури, котрі можуть похитнути довіру до таких компетентності, незалежності і неупередженості(п.1.1), що закон має встановлювати обставини, за яких попередня діяльність кандидата або діяльність його близьких родичів викликає законні об'єктивні сумніви щодо неупередженості та незалежності цього кандидата і може бути перешкодою для призначення його на посаду судді (п. 3.2)<sup>3</sup>.

Рекомендація № R (94) 12 Комітету Міністрів Ради Європи (994\_323 ) «Незалежність, дієвість та роль суддів», ухвалена 13.10.1994 р., підкреслювала, що всі рішення стосовно професійної кар'єри суддів повинні мати в основі об'єктивні критерії. Обрання і кар'єра суддів повинні базуватись на заслугах, з урахуванням їхньої кваліфікації, чеснот, здібностей та результатів їхньої праці(принцип I (2) с)<sup>4</sup>.

З часом положення цієї Рекомендація потребували суттєвого оновлення. Її замінила нова «Рекомендація CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки», ухвалена 17.11.2010 року. У її Додатку поряд з іншими закріплені оновлені положення і щодо добору суддів. У розділі VI «Статус судді» її норми застерігають, що рішення, які стосуються добору та підвищення суддів по службі, мають ґрунтуватися на об'єктивних критеріях, які попередньо визначені законом чи компетентними органами влади; що прийняття таких рішень

має базуватися на заслугах, з урахуванням кваліфікації, вміння та потенціалу, необхідних для вирішення справ при застосуванні закону, зберігаючи повагу до людської гідності (ст. 44 додатку).

Рекомендацією забороняється дискримінація суддів або кандидатів на посаду судді на підставі статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних або інших поглядів, національного або соціального походження, належності до національної меншини, власності, неспроможності, народження, сексуальної орієнтації або інших ознак. (ст. 45 додатку). Водночас її норми вказують на важливість мати незалежний від виконавчої та законодавчої влади державний орган, який приймає рішення щодо добору суддів на посаду та підвищення їх по службі. Для гарантування його незалежності пропонувалося, щоб не менше половини його членів становили судді, які обиралися б самими ж суддями(ст. 46 додатку). У разі, якщо конституційними або іншими правовими положеннями передбачається, що рішення про добір та підвищення суддів по службі приймає глава держави, уряд або законодавча влада, тоді згідно Рекомендації незалежний та компетентний орган, значна кількість членів якого сформована із суддів, повинен мати повноваження надавати рекомендації або викладати свою точку зору главі держави, уряду або законодавчій владі, які мають враховувати їх при призначенні суддів(ст. 47 додатку). При цьому членство незалежних органів влади повинно мати якнайширше представництво, а їхня діяльність має бути прозорою(ст. 48 додатку)<sup>5</sup>.

На важливість створення спеціального органу, відповідального за захист незалежності суддів у контексті додержання принципу поділу влади, установа керівних принципів та стандартів для держав-членів, котрі бажають створити або реформувати свої судові ради, наголошується у «Висновку № 10 (2007) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо судової ради на службі суспільства» від 21-23.11.2007 р. Він визначає роль Вищої ради правосуддя або іншого еквівалентного незалежно-

го органу як необхідної складової держави, що керується верховенством права і метою якої є досягнення балансу між законодавчою, виконавчою та судовою гілками влади, гарантування незалежності судової системи та її суддів. Такий орган повинен мати змішане представництво із значною більшістю суддів або навіть складатися повністю із суддів, які повинні обиратися іншими суддями. Одним із першочергових повноважень такого органу мають бути прозорі відбір, призначення та просування по службі суддів, щоб судді та суспільство самі могли переконатися в тому, що призначення зроблено виключно на підставі заслуг кандидата, його кваліфікації, здібностей, чесності, почуття незалежності, безсторонності та ефективності (пункт 50)<sup>6</sup>. Вважаю, що положення даного Висновку, як і попередніх документів стали засадничими для українських законодавців при прийнятті закону «Про Вищу раду правосуддя» від 21.12.2016 р., яка вносить подання про призначення судді на посаду.

Окрім цих загальних положень конкретні рекомендації щодо змін, внесених до Конституції України і розвинутих подалі в законах, що стосуються конкурсного добору і призначення суддів України на сучасному етапі, викладені у висновках Венеціанської комісії. Так, вона тричі проаналізувавши проект змін до Конституції України в частині правосуддя, в кінцевому рахунку затвердила Меморандум Секретаріату щодо відповідності проекту Закону «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» її рекомендаціям, викладених в остаточному її висновку від 26.10.2015 р. (18.12.2015 р.). Вона підтвердила, що всі її суттєві рекомендації були дотримані. Зокрема, враховані рекомендації про скасування 5-річного «випробувального» терміну суддів, вилучення повноважень Верховної Ради України обирати суддів, зазначення такої підстави для звільнення судді, як неможливість підтвердження легальності джерел доходів та ін. Венеціанська комісія схвалила пропозицію законопроекту щодо закріплення на конституційному рівні принципу конкурсного відбору суддів(п. 29)<sup>7</sup>.

Враховуючи вимоги вищезгаданих документів ООН і ЄС щодо якості суддів, необхідності їх відповідності загальносвітовим і європейським стандартам, змінами до Конституції України значно підвищені вимоги до суддів(кандидатів на посаду суддів). Кандидат на посаду судді має бути соціально зрілим громадянином України. Тому підвищено його віковий ценз з 25 до 30 років. Кандидат повинен мати певний досвід роботи. Стаж його професійної діяльності у сфері права підвищено з 3 до 5 років. Він має бути компетентним, добросовісним та володіти державною мовою(ст. 127 Конституції)<sup>8</sup>. У Законі України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 р. критерії кваліфікаційного оцінювання судді далі розвиваються,наповнені новим змістом. Ними є компетентність( окрім професійної особиста і соціальна), професійна етика і добросовісність, здатність підвищувати свій фаховий рівень, компетентно здійснювати судочинство у суді відповідного рівня( ст. 83)<sup>9</sup>. У зв'язку з низьким рівнем довіри громадян до судової влади ці критерії нині виступають ключовими у процесі добору на посади суддів.

Змінами до Конституції України переглянутий порядок призначення судді на посаду відповідно до європейських стандартів. Замість першого призначення на посаду професійного судді строком на п'ять років Президентом України та обрання всіх інших суддів Верховною Радою України безстроково запроваджено конкурсний принцип добору і призначення судді на посаду. В Основному Законі держави зазначається: «Призначення на посаду судді здійснюється за конкурсом, крім випадків, визначених законом»( ч. 2 ст. 128 Конституції). У новому Законі України «Про судоустрій і статус суддів» розкривається порядок (процедура) проведення конкурсу на зайняття вакантної посади судді. У ст. 79 закону зазначається, що конкурс проводиться відповідно до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та «Положення про проведення конкурсу на зайняття вакантної посади судді», яке приймається Вищою кваліфікаційною комісією суддів України(ч. 2 ст. 79).

Воно було затверджено 2 листопада 2016 р. У ньому зазначається, що не пізніше як за місяць до дня конкурсу Вища кваліфікаційна комісія суддів України розміщує оголошення на своєму офіційному веб-сайті і веб-порталі судової влади та публікує у визначених нею друкованих засобах масової інформації про проведення такого конкурсу. Нею визначаються загальний порядок подання заяви для участі у конкурсі та умови його проведення, що оприлюднюється на її офіційному веб-сайті. В оголошенні про конкурс має зазначатися найменування судів, де є вакантні посади суддів, кількість таких посад, умови проведення конкурсу, дата, час і місце його проведення<sup>10</sup>.

Закон України «Про судоустрій і статус суддів» передбачив особливості у проведенні конкурсу на зайняття вакантних посад суддів місцевого, апеляційного, вищого спеціалізованого суду та Верховного Суду України. Якщо конкурс на зайняття вакантних посад суддів місцевого суду проводиться Вищою кваліфікаційною комісією суддів України на основі рейтингу кандидатів на посаду судді та суддів, які виявили намір бути переведеними до іншого місцевого суду, за результатами кваліфікаційних іспитів, складених у межах процедури добору суддів чи в межах процедури кваліфікаційного оцінювання відповідно, то конкурс на зайняття вакантних посад суддів апеляційного, вищого спеціалізованого суду та Верховного Суду України проводиться нею на основі рейтингу учасників за результатами кваліфікаційного оцінювання(ч. 8, 9, 11 ст. 79 Закону).

Метою конкурсу на зайняття вакантної посади судді є визначення учасника конкурсу, який має вищу позицію за рейтингом. Схвальним вважаю підхід щодо надання переваги учаснику конкурсу на посаду судді місцевого суду чи бути переведеним до іншого місцевого суду, який набрав більшу кількість балів із виконаного під час кваліфікаційного іспиту практичного завдання, а за однакової кількості балів – учаснику, який є суддею або має більший стаж роботи на посаді судді, або має більший стаж професійної діяльності у сфері права (ч. 13 ст. 79 Закону).



Своєю специфікою виділяється надання переваг учаснику конкурсу на посаду судді апеляційного суду або Верховного Суду України. Правомірно надається перевага учаснику конкурсу, який набрав більшу кількість балів із виконаного під час іспиту, проведеного в межах процедури кваліфікаційного оцінювання, практичного завдання, а за однакової кількості балів – учаснику, який має більший стаж роботи на посаді судді. Можуть бути випадки, коли учасники не мають стажу роботи на посаді судді або мають однаковий стаж роботи на посаді судді, тоді перевага надається учаснику, який має більший стаж професійної діяльності у сфері права (ч. 14 ст. 79 Закону).

Законом України «Про судоустрій і статус суддів» передбачена спеціальна процедура надання переваг учаснику конкурсу на посаду судді Вищого суду з питань інтелектуальної власності. У п. 15 ст. 79 цього закону зазначається, що у разі однакової позиції за рейтингом, визначеним за результатами кваліфікаційного оцінювання для участі у конкурсі на посаду судді Вищого суду з питань інтелектуальної власності, перевага надається учаснику, який набрав більшу кількість балів із виконаного під час іспиту, проведеного в межах процедури кваліфікаційного оцінювання, практичного завдання, а за однакової кількості балів – учаснику, який є суддею.

Особливістю конкурсу на зайняття вакантної посади судді Верховного Суду України є те, що він у контексті змін судової системи (ліквідовані касаційні суди) проводиться у відповідному касаційному суді у складі Верховного Суду (ч. 10 ст. 79 Закону). Формування судів загальної юрисдикції шляхом проведення конкурсу на зайняття вакантних посад суддів розпочалося саме із формування Верховного Суду України (07.11.2016 р.). Кандидати на вакантні посади суддів пройшли кваліфікаційне оцінювання. Вони мали відповідати критеріям компетентності (професійної, особистої, соціальної), професійної етики і доброчесності, а також у порівнянні результатів цього оцінювання кандидатів. Учасники конкурсу склали професійні тести, готували рішення у модельній судовій справі,

пройшли тестування морально-психологічних якостей і загальних здібностей, співбесіди з професійними психологами, співбесіди у Вищій кваліфікаційній комісії суддів України. Усі вони перевірялися антикорупційними органами: Національним антикорупційним бюро України та Національним агентством з питань запобігання корупції. Відповідно до рейтингу Вища кваліфікаційна комісія суддів України 27.07.2017 р. оприлюднила по 30 переможців конкурсу у касаційні адміністративний, господарський, кримінальний та цивільний суди у складі нового Верховного Суду України. Серед переможців конкурсу судді, адвокати, науковці та фахівці із сукупним стажем.

Після конкурсного відбору суддів на вакантні посади Вища кваліфікаційна комісія суддів України за його результатами згідно порядку, встановленого Законом України «Про судоустрій і статус суддів», надсилає до Вищої ради правосуддя, що створена замість Вищої ради юстиції, рекомендації про призначення кандидатів судьями (ч. 17 ст. 79 Закону). Враховуючи внесені Комісією рекомендації, Вища рада правосуддя відповідно до своїх конституційних повноважень на своїх засіданнях згідно процедури, визначеної Законом України «Про Вищу раду правосуддя» (21.12.2016 р.), розглядає питання про призначення кандидата на посаду судді. Вона може ухвалити як позитивне рішення про призначення кандидата на посаду судді, так і відмовити йому у цьому. Рішення вважається позитивним, якщо за нього проголосувало не менше 14 членів Вищої ради правосуддя із 21 членів її складу. В іншому випадку рішення вважається таким, що кандидату відмовлено у призначенні на посаду судді (ч. 3, 4 ст. 37 Закону)<sup>11</sup>.

У разі ухвалення позитивного рішення Вища рада правосуддя вносить подання Президентові України про призначення судді на посаду (ч. 1 ст. 131 Конституції). На підставі та в межах подання Вищої ради правосуддя, без перевірки додержання встановлених Законом України «Про судоустрій і статус суддів» вимог до кандидата на посаду судді та порядку проведення добору чи кваліфікаційного оцінювання кандидата Президент України видає указ про його призначення.

Кандидату на посаду судді гарантується його призначення і навіть при будь-яких зверненнях до Президента України щодо нього (ст. 80 Закону). Так відбулося із призначенням суддів Верховного Суду України 10 листопада 2017 року<sup>12</sup>.

Венеціанська комісія підтримала в цьому включно «церемоніальну роль» Президента України, оскільки призначення суддів Главою держави, який діє відповідно до пропозиції Вищої ради правосуддя, має за мету обмежити політичний вплив та партійний тиск на суддів (п. 27 Проміжного висновку...)<sup>13</sup>.

Відповідно до ч. 19 ст. 79 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» Вища рада правосуддя може відмовити у внесенні Президентом України подання про призначення судді на посаду. Такими підставами можуть бути наявність обґрунтованого сумніву щодо відповідності кандидата критерію доброчесності чи професійної етики (водночас варто було б вказати й професійної компетентності) і порушення визначеного законом порядку призначення на посаду судді. При цьому Вища рада правосуддя має ухвалити вмотивоване рішення, яке може бути оскаржено до Верховного Суду у порядку, встановленому процесуальним законом (ч. 20 ст. 79 Закону). Підставами оскарження та скасування такого рішення може бути його недостатня обґрунтованість (ч. 21 ст. 79 Закону).

Таким чином, відповідно до сучасних європейських стандартів в Україні удосконалюється конституційно-правове регулювання конкурсним доббором суддів судів загальної юрисдикції: законодавством визначені нові підвищені критерії добору суддів, здійснюється деполітизація цього процесу, вдосконалюється його процедура. Новий порядок проведення конкурсу і призначення суддів на практиці втілюється складно. І все ж він сприятиме зміцненню корпусу професійних суддів і реалізації громадянам свого невід'ємного права на справедливий суд.

1. *Основні* принципи незалежності судових органів, схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада та

13 грудня 1985 р. **2.** *Бангалорські* принципи поведінки суддів від 19.05.2006 року, схвалені Резолюцією Економічної та Соціальної Ради ООН від 27.07.2006 р. № 2006/23. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua> **3.** *Європейська хартія про Закон «Про статус суддів»* від 10.07.1998 р. URL: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994\\_236](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_236) **4.** *Рекомендація* № R (94) 12 Комітету Міністрів Ради Європи (994\_323 ) «Незалежність, дієвість та роль суддів», ухвалена Комітетом Міністрів Ради Європи на 518-ому засіданні заступників міністрів 13.10.1994 р. URL: <http://zakon.rada.gov.ua> **5.** *Рекомендація* CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки, ухваленій Комітетом Міністрів Ради Європи 17.11.2010 р. на 1098 засіданні заступників міністрів. URL: <http://zakon.rada.gov.ua> **6.** *Висновок* № 10 (2007) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо судової ради на службі суспільства, схвалений 23.11.2007 р. URL: [https://court.gov.ua/userfiles/visn\\_10\\_2007.pdf](https://court.gov.ua/userfiles/visn_10_2007.pdf) **7.** *Проміжний висновок* № 803/2015 щодо запропонованих змін до Конституції України в частині правосуддя: Венеціанська комісія, 24.07.2015 р. URL: [https://vkksu.gov.ua/userfiles/doc/promi\\_visnovok.pdf](https://vkksu.gov.ua/userfiles/doc/promi_visnovok.pdf) **8.** *Конституція* України від 28.06.1996р. із змінами, внесеними згідно із Законами // ВВР України. 1996. № 30. Ст. 141. **9.** *Про судоустрій* і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 року № 1402-VIII // ВВР України. 2016. № 31. Ст. 545. **10.** *Положення* про проведення конкурсу на зайняття вакантної посади судді: Рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 02.11.2016 року № 141/зп-16. URL: [https://vkksu.gov.ua/userfiles/doc/provedennia\\_konkursu.pdf](https://vkksu.gov.ua/userfiles/doc/provedennia_konkursu.pdf) **11.** *Про Вищу раду правосуддя*: Закон України від 21.12.2016 р. №1800-VIII // ВВР України. 2017. № 7-8. Ст. 50. **12.** *Про призначення* суддів Верховного Суду: Указ Президента України від 10.11.2017 року №357/2017. URL: <https://www.president.gov.ua> **13.** *Проміжний висновок* № 803/2015 щодо запропонованих змін до Конституції України в частині правосуддя: Венеціанська комісія, 24.07.2015 р. URL: <https://vkksu.gov.ua>

***Rudyk Petro. Modernization of constitutional legislative regulation for competitive selection of general jurisdiction judges within the context of contemporary European standards***

One of the prominent places to further restore the people's trust to judicial power has to be occupied by renovation of judge corpus in accordance with international and European standards. Comprehension of these standards and their implementation into practical activity in Ukraine is of crucial importance. Therefore, modernization of constitutional-legislative regulation of competitive selection of judges within European context requires the special research, which became the objectives of this article.

The analysis of the statements of international and European documents and recommendation by Venetian Committee concerning the project of implementation the changes into Ukrainian Constitution (in the part of justice) evidences the growth of requirements to judicial power in general and to judges particularly (including their selection and destination). For instance, the 'Basic Principles on the Independence of the Judiciary' and 'Bangalore Principles of Judicial Conduct,' approved by UN resolutions, tell that the people's trust to judicial system and the authority of the latter depends, first of all, on the quality of judges' work, their following the standards of ethical behavior, principles of independence, objectiveness, honesty and probity, equal attitude to all of the sides of the court, competence, diligence etc. According to European Chart on the Law of the Judges' Status, the law should provide competence, independence and non-pretention on courts and separate judges, and set up the circumstances to be the obstacle for the candidate's destination to the post of a judge. Such a law should not contain the statements and procedures which may shake the trust to aforesaid qualities. These requirements to the law are believed to consider wholly in the work conducted preparing the changes into Ukrainian Constitution in the part of justice, the organization of the courts and the status of judges (approved by the Parliament on the 2nd of June, 2016). They directly deal with competitive selection of judges and have already found their usage in formation of Supreme Court of Ukraine.

Renovated «Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities» mentions in its Appendix: any decision about the selection of judges and their further career must be based on objective criteria primarily determined by either the law or the authorities. What is more, taking such decisions must be defined by the judge's merits, regarding the qualification, skills and potential necessary to resolve any affair with application of the law. Meanwhile, the noticed recommendation became a development for «The Opinion no.10 (2007) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the service of society» on the importance of creating the independent state institution whose purpose is to balance the executive, legislative, and judicial branches of power. This institution must be ruled with supremacy of the law, guarantee the independence of judicial system and the separate judges, and have the combined representation with the majority of judges or even consist wholly of judges to be selected by other judges. One of its primary plenipotentiaries is the transparency of judges' selection, destination, and career. The statements of all of the mentioned documents are thought to be the basics for preparation and implementation of the law «About the Supreme Council of Justice,» which would benefit the de-politization of the process to select judges.

According to European standards of the quality of judges, the age census for the candidate to the post of a judge is increased to 25...30 years old, and the stage of one's professional activity to 3...5 years. These factors are defined by the changes into Ukrainian Constitution and into the law about organization of the court and status of judges. The criteria of qualification for the judge became competency (personal, social, and professional), professional ethics and honesty, the ability to gain one's own professional level and to conduct the court in the proper level institution. The order of the judge's destination got changed as well. The competitive selection of a judge (with all of the procedures inscribed in the new normative documents) was implemented instead of the first destination of the professional judge by the President of Ukraine with further election of other judges by the Supreme Rada of Ukraine for the unlimited term. This approach was approved by Venetian Committee.

**Keywords:** modernization, constitutional-legislative regulation, competitive selection of judges, procedure, implementation.

УДК 342.7

**В. В. СМЕТАНА**

## **МЕТОДОЛОГІЯ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРАВЗАХИСНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У СФЕРІ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ**

*Розглядаються актуальні проблеми усталення комплексної методології формування теоретико-методологічних основ правозахисної діяльності місцевого самоврядування як елемента системи захисту прав і свобод людини і громадянина.*

**Ключові слова:** *права і свободи людини, місцеве самоврядування, територіальна громада, муніципальні права, методологія, метод.*

**Сметана В. В. Методология исследования правозащитной деятельности в сфере местного самоуправления**

*Рассматриваются актуальные проблемы разработки комплексной методологии формирования теоретико-методологических основ правоза-*

---

© СМЕТАНА Василь Васильович – аспірант відділу конституційного права і місцевого самоврядування Інституту держави і права ім. В. М. Коцького НАН України

*щитной деятельности местного самоуправления, как элемента системы защиты прав и свобод человека и гражданина.*

**Ключевые слова:** *права и свободы человека, местное самоуправление, территориальная община, муниципальные права, методология, метод.*

**Smetana Vasył. Methodology for the study of human rights activities in the field of local government**

*This article explores the methodology of local government, its basic methods and approaches that require continuous development and adaptation to radically new cognitive and practical tasks. The promotion of modern methods is one of the most important and most difficult tasks of science.*

**Keywords:** *local government, methodology, scientific approaches, scientific and special methods.*

Проблема прав людини, її розвиток, якісне і гідне життя стають постійним предметом уваги законодавців, політиків, науковців, фахівців різних галузей і спрямувань. Світоглядний принцип, який актуалізує гуманістичні й антропологічні тенденції сучасного періоду, за яким людина є вищою суспільною цінністю, здатною до необмеженого розвитку і самовдосконалення, реалізації всіх своїх сутнісних сил, здібностей та потенціалу, втілюється в новий тип світогляду – людиноцентризм. На принципах людиноцентризму відбуваються всі трансформаційні зміни державно-правового розвитку України, зокрема і правової системи. Висвітлюючи концепцію нової Конституції України, Ю. Шемшученко зазначає, що принцип людиноцентризму має пронизувати усі розділи Конституції. Йдеться, зокрема, як про безпосереднє конституційне закріплення даного принципу, так і про змістовне збагачення і подальшу гуманізацію правового статусу людини і громадянина, посилення гарантій реалізації відповідних прав і свобод, розширення та поглиблення форм участі громадян в управлінні державою, становлення громадянського суспільства, удосконалення місцевого самоврядування тощо<sup>1</sup>. На місці й ролі ідеології людиноцентризму в конституційно-правовій доктрині України та сучасному конституційному процесі наголошує й О. Скрипнюк<sup>2</sup>. Людиноцентризм – це свого роду парадигма конституційної реформи, стверджує В. Воронкова, та розгля-

дає антропологічні засади економічної, політичної і соціальної сфери; осмислює умови створення гуманного суспільства, в якому повинні бути реалізовані імперативи справедливого і солідарного суспільства, реабілітовані такі поняття, як «гуманне суспільство», «гуманні відносини», «гуманна людина», «гуманістичне управління»<sup>3</sup>.

Філософія людиноцентризму стала основою реформування й місцевого самоврядування, що актуалізує дослідження конституційно-правового забезпечення правозахисної діяльності у сфері місцевого самоврядування. Визначальне значення в будь-якій сфері наукового пізнання має методологія досліджень, яка розглядається як система методів або загальна теорія пізнання. Тому формування теоретико-методологічних основ правозахисної діяльності місцевого самоврядування, як елементу системи захисту прав і свобод людини і громадянина, вимагає усталення відповідної комплексної методології.

Аналіз останніх наукових досліджень і публікацій свідчить про підвищення інтересу до проблеми визначення методологічних підходів до дослідження місцевого самоврядування та його розвитку. Ці питання знайшли своє відображення у наукових розвідках провідних вітчизняних науковців у галузі конституційного і муніципального права М. О. Баймуратова, О. В. Батанова, В. А. Григор'єва, Т. М. Буряка, П. А. Трачука та ін. Водночас існує брак досліджень, які б повною мірою розкривали особливості методологічних підходів до дослідження саме правозахисної діяльності у сфері місцевого самоврядування, що підкреслює актуалізацію та своєчасність обраної теми.

Методологія юридичної науки становить основу існуючих знань, і слугує інструментом здобуття нових. Як слушно зазначають О. Зайчук і Н. Оніщенко, для того, щоб глибоко і всебічно дослідити свій предмет пізнання, з'ясувати його сутність, якісні характеристики, динаміку розвитку в усій різноманітності об'єктивної реальності, її закономірних та випадкових проявів, здатність ефективно і швидко реагувати на кардинальні зміни у нашому швидкоплинному сьгоднішньому житті,



юридична наука повинна розробити широку систему методів своїх досліджень. Ця система у сукупності з іншими спеціальними засобами і прийомами пізнання тих або інших правових явищ є складним утворенням, дослідницьким інструментарієм всієї юридичної науки – її методологією<sup>4</sup>.

У ХХІ ст. методологія, на переконання багатьох науковців, неминуче має зазнає кардинальних змін. Основні зміни методології звичайно пов'язують з її гуманізацією, зближенням природознавства і соціально-гуманітарних наук, а також протилежних концептуально-методологічних підходів, розширенням застосування системного підходу і синергетики, статистично-ймовірних і квантово-релятивістських методів пізнання, поглибленням методологічної рефлексії в самих науках і галузях знання, вдосконаленням методів пізнання, підвищенням концептуального статусу гуманітарних наук, посиленням орієнтації методології на практику, процесами універсалізації методології, становленням універсалогії, як загальної методологічної дисципліни тощо<sup>5</sup>.

Заслуговує на увагу підхід, який інтегрує всі основні складові методології та розглядає її із системно-діяльнісних позицій, відповідно до яких вона досліджує взаємозумовленість, взаємозв'язок і залежність систем знань і систем діяльності. Так, на думку В. Бакуменко, В. Князева, Ю. Сурміна, методологія являє собою специфічну діяльнісну систему, яка включає в себе принципи, категорії, теорії, парадигми і методи, що мають специфічне цільове призначення, пов'язане з реалізацією діяльності. Вона виступає як спосіб діяльності, організації діяльнісної системи<sup>6</sup>.

Кожна складова в структурі методології (у нашому випадку – правозахисної діяльності у сфері місцевого самоврядування. – *Авт.*) виконує своє специфічне призначення, але одночасно відіграє і системоутворюючу роль. Так, принципи визначають точки відліку діяльності, формують її загальні напрями і правила. Категорії задають зміст понять що використовуються, відображення об'єктів і комунікацію між суб'єктами діяльності. Норми виступають у вигляді раціональних вимог до

діяльності. Цінності надають особистісну і суспільну значущість. Парадигми забезпечують інтеграцію всіх складових методології та їх реалізацію. Теорії надають діяльності обґрунтованості, аргументованості. Нарешті, методи виступають як механізм діяльності та засоби її здійснення<sup>7</sup>.

Комплексний характер проблеми правозахисної діяльності у сфері місцевого самоврядування обумовлює плюралізм методології досліджень та мультипарадигмального підходу до її вивчення і не може бути розкритий без звернення до загально-теоретичних і методологічних аспектів муніципального статусу особи та її прав, функціонування та розвитку місцевого самоврядування. Тому, методологічне забезпечення дослідження правозахисної діяльності у сфері місцевого самоврядування виходить за межі суто конституційно-правової науки, однак саме її методологічний інструментарій є визначальним.

У площині дослідження місцевого самоврядування відповідно до вимог об'єктивного та всебічного аналізу суспільних явищ політико-правового характеру конституційно-правова наука використовує широкий спектр методів – як загальнонаукових (діалектичний, системного аналізу і синтезу, соціологічний, моделювання, абстрагування, прогнозування тощо), так і спеціально наукових (порівняльного правознавства, нормативно-логічний, структурно-функціональний, історико-юридичний, метод переходу від абстрактного до конкретного тощо)<sup>8</sup>. Так, застосування загальнонаукових методів пізнання дозволяє розмежувати участь органів місцевого самоврядування в процесах захисту, охорони і забезпечення суб'єктивних прав особистості, виявити закономірності і тенденції правозахисної діяльності муніципальних органів, уточнити понятійний апарат в заявленій сфері. Застосування приватно-наукових методів допомагає дослідити різноманіття конституційно-забезпечувальних відносин за участю органів місцевого самоврядування. Так, застосування юридико-технічних методів при дослідженні питань правозахисної діяльності у сфері місцевого самоврядування, передбачає її вивчення як явища правової дійсності у «чистому вигляді», що існує незалежно від інших видів суспільної та державної

діяльності й полягає в аналізі чинного законодавства з питань правозахисної діяльності, а також практики його застосування органами місцевого самоврядування.

У наукових дослідженнях, присвячених місцевому самоврядуванню та муніципальному праву, окремі автори використовують різний методологічний інструментарій, акцентуючи увагу на тому чи іншому методі наукового пізнання. Наприклад, О. Батанов у своїх дослідженнях сучасної моделі організації муніципальної влади, обґрунтування причин її уособлення в суспільстві як самостійного виду публічної влади, яка належить територіальним об'єднанням громадян і здійснюється ними безпосередньо або через утворювані ними органи, а також регулює відносини, пов'язані із реалізацією та захистом прав людини і громадянина у сфері місцевого самоврядування, акцентує увагу на аксіологічному вимірі сучасного муніципального права. На думку науковця, важливість аксіологічного вивчення права визначається потребами розвитку юридичної науки в цілому, а також необхідністю розробки методологічних підходів до ціннісного розуміння права як феномену духовного світу людини; утворенням нових методик і програм правового виховання; актуалізацією формування цілісного юридичного світогляду, який базується на аксіологічних уявленнях про свободу, рівність, справедливість<sup>9</sup>.

На думку В. Бігуна, основою аксіологічного підходу є «визнання людини найвищою соціальною цінністю та визнання права цінністю, формою відображення і способом втілення людських цінностей. Застосування цього підходу дозволяє встановити, що закономірністю формування, прояву й розвитку ціннісних властивостей відношення людини й права є розвиток і поступальне здійснення гуманістичної природи права. Одним із проявів такого здійснення є поступ як філософсько-правової та політико-правової думки, так і політико-правової практики у напрямі визнання та утвердження людини «найвищою соціально-правовою цінністю»<sup>10</sup>.

Насамперед у методології дослідження місцевого самоврядування застосовується системний підхід, що є усталеним

напрямом методології наукового пізнання, який безпосередньо сприяє адекватній постановці проблем та логічно-послідовній стратегії їх розв'язання<sup>11</sup>. Системний підхід концентрує увагу науковця на дослідженні єдності об'єкта, на становлення зв'язків у ньому, об'єднання їх в теоретичну систему<sup>12</sup>, створює можливість оперування всією сукупністю загальнонаукових та спеціальних методів дослідження. Системний підхід спирається на базове поняття «система», під якою розуміється сукупність взаємопов'язаних і розташованих у певному порядку елементів, що складають цілісне утворення з певними властивостями для вирішення конкретної задачі<sup>13</sup>. Отже, системний підхід найчастіше розуміють як сукупність принципів і положень теоретико-методологічного характеру, які орієнтовані на розгляд об'єктів у вигляді систем (тобто сукупностей елементів, що пов'язані взаємодією і силу цього виступають як єдине ціле) і дають можливість виявляти багатоманітні зв'язки та відносини всередині системи, що аналізується, так і взаємовідносинах її із зовнішнім середовищем, її функціонування і розвиток, враховувати принципи цільового характеру функціонування системи<sup>14</sup>.

Можна погодитись з думкою А. Біласа, що системний підхід і відповідний метод пізнання правових явищ становить універсальний інструмент пізнавальної діяльності, незамінний у дослідженні складних динамічних явищ і категорій; відіграє важливу роль у дослідженні окремих норм, інститутів та інших можливих зрізів (природного та позитивного, матеріального та процесуального, національного, європейського та міжнародного і т. д.), що стосуються правоохоронної та правозахисної діяльності; має значний внутрішній доктринальний потенціал, адже забезпечує сповнення новим змістом уже існуючі правові категорії та сприяє формуванню нових, впорядкуванню та систематизації іншого методологічного інструментарію, використуваного для пізнання юридичної природи досліджуваних нами суспільних правових явищ<sup>15</sup>. Важливість його застосування для дослідження правозахисної діяльності органів місцевого самоврядування є закономірною, оскільки цей метод

дозволяє визначити не лише завдання, відповідне законодавче забезпечення, а й визначити роль і місце правозахисної діяльності серед інших видів правової (юридичної) діяльності суб'єктів місцевого самоврядування у процесі їх тісної взаємодії. Це сприяє формуванню розуміння сутнісних і змістовних характеристик взаємозв'язків із системою відповідної правотворчої і правозастосовної діяльності, іншими системними явищами і категоріями теорії держави і права, а також галузевих юридичних наук<sup>16</sup>.

На думку М. Баймуратова, О. Батанова та Х. Приходько, для розгляду муніципально-правових проблем в сукупності соціальних зв'язків, виявлення цілого та його частин, вивчення окремих інститутів місцевого самоврядування в цілісній системі організації публічної влади, важливим є застосування методу системного аналізу. У такий спосіб, на їх думку, розкриваються не лише правова природа та законодавче забезпечення місцевого самоврядування, а і його соціально-економічне призначення та публічно-політична цінність. Специфіка методу системного аналізу полягає в тому, що логічним центром дослідження стають закономірності розвитку місцевого самоврядування як цілісного організму<sup>17</sup>.

Для цілісного дослідження правозахисної діяльності у сфері місцевого самоврядування слід урахувати структурно-функціональний метод, базисом якого є особливий симбіоз двох основних поширених у юридичній науці методів – функціонального та структурного аналізів<sup>18</sup>. Змістовне поєднання цих компонентів надає можливість виділяти основні елементи, а також рівні функціонування досліджуваної системи, досліджувати їх у динаміці, а, отже, дієвість всієї системи в цілому<sup>19</sup>. Структурно-функціональна характеристика явища діяльності органів місцевого самоврядування в механізмі захисту прав людини і громадянина передбачає не тільки виявлення її складових елементів, а й з'ясування їх ролі один щодо одного в середині самої системи. Структурно-функціональний метод застосовується при аналізі взаємодії органів місцевого самоврядування з органами державної влади, а також при виявлен-

ні взаємодії муніципальних правозахисних інститутів з іншими громадськими організаціями, що здійснюють захист прав людини.

Одним з найперспективніших для дослідження теоретичних засад і практики здійснення правозахисту виступає порівняльно-правовий метод, який застосовується не лише для аналізу відповідної практики в інших державах, а й в межах правової системи України з метою здійснення одночасного аналізу положень різних галузей права, а також при вирішенні питань щодо впровадження у практику правозахисної діяльності міжнародних стандартів.

Особливості існування та дієвості правозахисної діяльності органів місцевого самоврядування зумовлюють важливість застосування прогностичного методу. В основу цього методу покладено цілу низку прийомів, які дозволяють здійснити науково обґрунтовані припущення (прогнози) щодо майбутнього розвитку цієї діяльності. Прогноз є універсальним методом і водночас невід'ємною функцією будь-якої дисципліни. Він, з одного боку, спирається на знання про невідомі на момент прогнозування властивості об'єктів реальної дійсності та, з другого, на знання властивостей неіснуючих на момент прогнозування об'єктів<sup>20</sup>. При здійсненні пошукового прогнозу основним завданням є визначення можливих станів явища в майбутньому, причому, як підкреслює І. Бестужев-Лада, в даному випадку мова йде про умовне продовження в майбутнє тенденцій розвитку досліджуваного явища колись і тепер, виявленні і уточненні перспективних проблем, які підлягають розв'язанню, визначення шляхів досягнення можливих станів явища, прийнятих за мету<sup>21</sup>.

Отже, методи дослідження правозахисної діяльності у сфері місцевого самоврядування – це, насамперед, система, заснована на світоглядно-філософських принципах пізнання відповідного предмета наукових досліджень, правил, прийомів і способів, які дозволяють виявити юридичні особливості удосконалення організації та функціонування правозахисних систем на локальному рівні, відповідних органів і посадових осіб,

уповноважених на реалізацію правозахисної функції у сфері місцевого самоврядування, а також визначити перспективи удосконалення їх статусу, підвищення ефективності правозахисту членів територіальних громад і розвитку законодавства у цій сфері. Комплексний характер проблеми правозахисної діяльності у сфері місцевого самоврядування обумовлює плюралізм методології досліджень та мультипарадигмального підходу до її вивчення.

1. *Шемшученко Ю. С.* На шляху до оновлення Конституції України // Часопис Київського університету права. 2013. № 2. С. 4-5. 2. *Скрипнюк О.* Виступ на міжнародній науково-практичній конференції «Людиноцентризм в праві: теоретико-прикладні аспекти» / м. Київ, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 16 травня 2017 року. С. 1. URL: [http://idpnan.org.ua/ua/naukovi\\_zahodi/2017/konferentsiya\\_lyudinotsentrizm-v-pravi-teoretiko-prikladni-aspekti\\_.html](http://idpnan.org.ua/ua/naukovi_zahodi/2017/konferentsiya_lyudinotsentrizm-v-pravi-teoretiko-prikladni-aspekti_.html) 3. *Воронкова В. Г., Зуєва В. О.* Антропологічні засади сучасного державотворення у контексті конституційної реформи // VI Міжнародна науково-практична конференція «Правова реформа в сучасних умовах: досягнення і перспективи»: матеріали VI Міжнар. наук.-практ. конф., м. Київ, Національний авіаційний університет, 26 лютого 2016 р.] Т. 1. Тернопіль: Вектор, 2016. С. 58-60. 4. *Зайчук О. В., Онищенко Н.* Теорія держави і права. Академічний курс : підручник. Київ: Юрінком Інтер, 2006. С. 121-123. 5. *Кохановский В. П.* Философия и методология науки: учебник для высших учебных заведений. Ростов н/Д.: Феникс, 1999. С. 477-500. 6. *Безклубий І. А., Єфіменко Л. В.* Методологія дослідження нотаріальної діяльності // Юридичний радник. 2010. № 5(53). С. 11-15. 7. *Бакуменко В. Д., Князєв В. М., Сурмін Ю. П.* Методологія державного управління проблеми становлення та подальшого розвитку // Вісн. УАДУ. 2003. № 2. С. 7-8. 8. *Батанов О. В.* Конституційно-правовий статус територіальних громад в Україні : монографія. Київ: Ін Юре. 2003. С. 11. 9. *Батанов О. В.* Аксиологічний вимір сучасного муніципального права // Часопис Київського університету права. 2013. № 1. С. 78. 10. *Бігун В. С.* Людина в праві: аксіологічний підхід: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.12. Київ. 2004. С. 7. 11. *Мальський М. З.* Теорія міжнародних відносин: підручник. Київ: Знання. 2007. С. 47. 12. *Мазєна В.* Методологія системного підходу в організації місцевого самоврядування // Збірник наукових праць Національної Академії державного управління при Президенті України. 2007. Вип. 1. С. 144-156. 13. *Гусєв В. О.* Державна інноваційна політика методологія формування та впровадження: монографія. Донецьк: Юго Восток, 2011. С. 187. 14. *Тюлін І. Г., Кожемяков А. С.*

Некоторые вопросы методологии научного прогнозирования внешней политики и международных отношений // Аналитические методы и методики в исследовании международных отношений: сб. науч. тр. / отв. ред. И. Г. Тюлин, М. А. Хрусталева, А. С. Кожемяков. Москва: МГИМО. 1982. С. 10. **15. Білас А. І.** Правоохоронна діяльність країн ЄС: порівняльно-правове дослідження: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ. 2016. С. 78. **16.** Там само. С. 79. **17. Баймуратов М. О., Батанов О. В., Приходько Х. В.** Муніципальна реформа в Україні з позиції теорії сучасного муніципалізму: у пошуках доктринального оптимуму // Південноукраїнський правничий часопис. 2014. № 2. С. 3–8. **18. Безклубий І. А., Єфіменко Л. В.** Методологія дослідження нотаріальної діяльності // Юридичний радник. 2010. № 5(53). С. 14. **19. Федоренко В. Л.** Система конституційного права України: теоретико-методологічні аспекти: монографія. Київ: Ліра-К. 2009. С. 139. **20. Горбатенко В. П., Бутовська І. О.** Політичне прогнозування. Київ: МАУП, 2005. С. 14-15. **21. Бестужев-Лада І. В.** Методика долгосрочного упереджувачого аналізу за даних в технологическом прогнозировании // Социолог. исследование. 2000. № 1. С. 37-41.

### ***Smetana Vasył. Methodology for the study of human rights activities in the field of local government***

The problem of human rights, its development, high-quality and decent life become a constant subject of attention of legislators, politicians, scientists, specialists of various fields and directions. The worldview principle that actualizes the humanistic and anthropological tendencies of the modern period, by which man is the highest social value, capable of unlimited development and self-perfection, the realization of all its essential powers, abilities and potential, is embodied in a new type of worldview – human-centeredness. On the principles of human-centeredness, all transformational transformations of the state-legal development of Ukraine, in particular the legal system, take place. The philosophy of human-centeredness has become the basis of reform and local self-government, which actualizes the study of the constitutional and legal provision of human rights activities in the field of local self-government. The decisive value in any field of scientific knowledge is the methodology of research, which is considered as a system of methods or general theory of knowledge. Therefore, the formation of theoretical and methodological foundations of human rights activities of local self-government, as an element of the system of protection of human and civil rights and freedoms, requires the establishment of an appropriate comprehensive methodology.

The methodology of legal science forms the basis of existing knowledge, and serves as a tool for obtaining new ones. In the XXI century the methodology, in the opinion of many scholars, inevitably undergoes radical changes. Major



changes in methodology are usually associated with its humanization, the convergence of science and social sciences and the humanities, as well as the opposite conceptual and methodological approaches, the expansion of the application of the system approach and synergetics, statistical probabilistic and quantum-relativistic methods of cognition, deepening of methodological reflection in the sciences themselves and branches of knowledge, improvement of methods of cognition, increasing the conceptual status of the humanities, strengthening the orientation of the methodology to practice, the processes of the universe the development of methodology, the emergence of universality, as a general methodological discipline, etc. The methodology is a specific activity system, which includes principles, categories, theories, paradigms and methods that have a specific purpose, associated with the implementation of activities. It acts as a way of working, organizing an activity system.

The complex nature of the problem of human rights activities in local government makes pluralism multi paradigm research methodology and approach to its study and can not be disclosed without recourse to the general theoretical and methodological aspects of municipal status of the person and of the rights and functioning of local government. Therefore, the methodological support for research on human rights activities in the field of local self-government goes beyond the strictly constitutional and legal science, but it is its methodological tools that are decisive.

In the area of research of local government in accordance with the requirements of objective and comprehensive analysis of social phenomena of political and legal nature, constitutional-legal science uses a wide range of methods – as general scientific (dialectic, system analysis and synthesis, sociological, modeling, abstraction, forecasting, etc.) and specially scientific (comparative jurisprudence, normative-logical, structural-functional, historical-legal, the method of transition from abstract to concrete, etc.).

In scientific studies devoted to local self-government and municipal law, some authors use different methodological tools, focusing on one or another method of scientific knowledge. In researches of the modern model of the organization of municipalities, the justification of the reasons for the personification of the municipal government as an independent form of public power in the society, which belongs to the territorial associations of citizens and is carried out by them directly or through the bodies they create, and also regulates relations related to the realization and protection of rights man and citizen in the field of local self-government, the focus is on the axiological dimension of modern municipal law.

In the methodology of local self-government research, a systematic approach is used, which is an established direction in the methodology of scientific knowledge, which directly promotes an adequate problem setting and a logical and consistent strategy for their solution. The system approach concentrates the

attention of the scientist on the study of the unity of the object, the formation of connections in it, the integration of them into the theoretical system, creates the possibility of operating the entire set of general scientific and special research methods. The system approach and the corresponding method of knowledge of legal phenomena is a universal tool of cognitive activity, indispensable in the study of complex dynamic phenomena and categories; plays an important role in the study of individual norms, institutions and other possible sections (natural and positive, material and procedural, national, European and international, etc.) relating to human rights activities; has a significant internal doctrinal potential, because it ensures the fulfillment of the new content of existing legal categories and promotes the formation of new, streamlining and systematization of other methodological tools used to understand the legal nature of the social legal phenomena we are studying.

Thus, the methods of research on human rights activities in the field of local self-government are, first of all, a system based on the ideological and philosophical principles of knowledge of the subject of scientific research, rules, techniques and methods that allow to identify the legal peculiarities of improving the organization and functioning of human rights protection systems at the local level, the relevant bodies and officials authorized to implement the human rights functions in the field of local self-government, as well as to determine the prospects for improvement of their status, efficiency advocacy of territorial communities and development of legislation in this area. The complex nature of the problem of human rights protection in the field of local self-government is due to the pluralism of the research methodology and the multi-paradigmatic approach to its study.

**Keywords:** local government, methodology, scientific approaches, scientific and special methods.

## КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЙ МЕХАНИЗМ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПРАВА ЧЕЛОВЕКА НА ЖИЗНЬ В УКРАИНЕ И В АЗЕРБАЙДЖАНСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ

*Рассматривается конституционно-правовой механизм обеспечения права человека на жизнь в Украине и в Азербайджанской Республике. На основе сравнения законодательства этих стран и анализа научной доктрины выделены его базовые составляющие, а также предложено авторское определение понятия «конституционно-правовой механизм обеспечения права человека на жизнь».*

**Ключевые слова:** конституционно-правовой механизм, право человека на жизнь.

**Ragimov K. A.** Конституційно-правовий механізм забезпечення права людини на життя в Україні та в Азербайджанській Республіці

*Розглядається конституційно-правовий механізм забезпечення права людини на життя в Україні та в Азербайджанській Республіці. На основі порівняння законодавства цих країн та аналізу наукової доктрини виділено його базові складові, а також запропоновано авторське визначення поняття «конституційно-правовий механізм забезпечення права людини на життя».*

**Ключові слова:** конституційно-правовий механізм, право людини на життя.

**Ragimov Kenan.** Constitutional-legal mechanism of ensuring the human right to life in Ukraine and in the Republic of Azerbaijan

*The article is devoted to constitutional legal mechanism of ensuring the human right to life in Ukraine and in the Republic of Azerbaijan. Based on the comparison of the legislation of these countries and analysis of scientific doctrine, the author outlines its basic components, and proposes the author's definition of «constitutional-legal mechanism of ensuring the human right to life».*

**Keywords:** constitutional-legal mechanism, the human right to life.

В правовом государстве ценность того или иного нормативно закрепленного права основывается, прежде всего, на его

обеспеченности государством. Без реального обеспечения право становится сугубо декларативным, что лишает его конституционной содержательной ценности как таковой. На наш взгляд, это, несомненно, относится, в первую очередь, к естественным правам человека, в т.ч. и к праву на жизнь.

Содержа сходные по смыслу конструкции, Конституции Украины (ч. 2 ст. 3) и Азербайджанской Республики (ч. I ст. 12) закрепляют фундаментальную направленность деятельности государства относительно прав и свобод человека и гражданина, определяя, соответственно, их утверждение и обеспечение как главную обязанность государства (Украина) и обеспечение — как высшую цель государства (Азербайджан). Наряду с термином «обеспечение» законодатель Украины оперирует термином «утверждение» — действие по значению утвердить, утверждать — устанавливая что-нибудь, делать крепким, неизменным; окончательно укреплять<sup>1</sup>. Категории «главная обязанность» и «высшая цель» содержательно являются очень близкими, о чем свидетельствует лексическое значение образующих их понятий: «главная» — важнейшая, основная, существенная<sup>2</sup>, «обязанность» — то, что надо безоговорочно соблюдать, что следует безотказно выполнять в соответствии с требованиями общества или исходя из собственной совести<sup>3</sup>, «высшая» — главная<sup>4</sup>, «цель» — то, к чему стремятся, чего пытаются достичь<sup>5</sup>.

Закрепление в Украине и в Азербайджанской Республике права человека на жизнь на конституционном уровне является чрезвычайно важной и предопределяющей гарантией его беспрепятственного осуществления субъектом права. Вместе с тем, как акт правового регулирования, сама по себе фиксация права в материальном законе не гарантирует безусловное автоматическое соблюдение, реализацию и защиту такого права в дальнейшем — эти компоненты воплощаются в жизнь посредством функционирования определенного механизма обеспечения права.

Конституционно-правовой механизм обеспечения прав человека исследовали украинские ученые О. П. Васильченко,

К. Г. Волынка, В. В. Иванюшенко, А. В. Лужанский, Т. В. Наливайко, А. Е. Олейник, Е. В. Пушкина и другие. Эта тематика была предметом изучения и зарубежных исследователей Н. А. Белобрагиной, Б. Л. Железнова, Л. Е. Землякова, Т. О. Праницкой и других.

Тем не менее, именно конституционно-правовой механизм обеспечения права человека на жизнь исследован не достаточно полно, особенно в аспекте сравнительного исследования законодательства Украины и Азербайджана, что представляет собой нерешенную ранее часть общей проблемы.

В текстах конституций этих государств не употребляется не только категория «конституционно-правовой механизм обеспечения права», но и термин «механизм».

Отсутствие нормативного определения понятия «конституционно-правовой механизм обеспечения права человека на жизнь» обуславливает необходимость формулировки этого понятия, что и является целью настоящей статьи. По нашему мнению, ее достижение возможно путем выяснения лексического значения понятий «механизм», «обеспечение», а также сравнительного изучения взглядов ученых на общее понятие конституционно-правового механизма обеспечения права с учетом особенностей конкретного вида права человека — права на жизнь.

«Механизм» означает внутреннее строение, систему чего-либо; метод, способ; совокупность состояний и процессов, из которых складывается определенное явление<sup>6</sup>. «Обеспечение» понимают как действие по значению «обеспечивать» — создавать надежные условия для осуществления чего-либо; гарантировать что-то; защищать, охранять кого, что-нибудь от опасности<sup>7</sup>. В свою очередь, «гарантия» являет собой поручительство в чем-то, обеспечение чего-либо, условия, обеспечивающие успех чего-либо<sup>8</sup>, «гарантировать» означает «давать гарантию в чем-либо, защищать»<sup>9</sup>. С учетом изложенного, можно заключить, что понятие «механизм обеспечения» по своему смысловому содержанию базируется на понятиях «метод», «создание условий», «гарантия», «защита», «охрана».

Т. М. Заворотченко полагает, что механизм обеспечения прав и свобод человека состоит из трех подсистем – механизмов реализации, охраны и защиты<sup>10</sup>. П. М. Рабинович, определяя обеспечение прав и свобод человека как создание условий для осуществления этих прав и свобод, выделяет в нем три составных элемента государственной деятельности – содействие осуществлению, охрану и защиту (восстановление нарушения правомерного состояния, привлечение нарушителей к ответственности)<sup>11</sup>. А. Е. Олейник считает, что обеспечение конституционных свобод включает в себя создание благоприятных условий для их осуществления, охрану, защиту субъективных свобод от правонарушения, восстановление нарушенного права, а категории обеспечения, гарантирования и осуществления субъективного права охватываются понятием защиты прав и свобод человека и гражданина<sup>12</sup>.

Понятие «конституционно-правовой механизм обеспечения права» является теоретической конструкцией, суть которой в доктрине разными авторами раскрывается по-разному, при этом в качестве основных элементов выделяются различные ключевые компоненты этого понятия.

По мнению О. П. Васильченко, под механизмом обеспечения принципа равенства прав и свобод человека и гражданина следует понимать целостную систему правовых форм, мероприятий и средств, взаимодействие которых направлено, в частности, на реализацию равенства прав и свобод человека и гражданина<sup>13</sup>. Мы поддерживаем позицию указанного автора относительно целевого назначения этого механизма – гарантирование реализации задекларированных положений нормативно-правовых актов, закрепляющих исследуемый принцип. В аспекте нашего исследования отметим, что гарантийная природа механизма обеспечения права человека на жизнь обуславливает неукоснительное выполнение государством его негативных и позитивных обязательств, с одной стороны, и неограниченную возможность субъекта права использовать результаты такого выполнения – с другой.

В. В. Иванюшенко определяет механизм обеспечения права человека и гражданина как комплекс системных мер правового и организационного характера, направленных на практическую реализацию, охрану и защиту такого права<sup>14</sup>. На наш взгляд, такой подход вполне обоснованно отражает функциональный аспект определенной активности, в то же время, он не в полной мере учитывает необходимость наличия институциональной составной — системы соответствующих органов. Кроме того, в такой перечень направленности, по нашему мнению, следовало бы включить и нормативное закрепление права.

Л. Е. Земляков рассматривает конституционно-правовой механизм как осуществляемую государством правовую и организационную деятельность, реализуемую с помощью комплекса мер организационного, материально-технического, социально-психологического и иного характера, направленных на создание условий для успешной реализации правовых норм, содержащихся в конституции<sup>15</sup>.

Т. В. Наливайко отмечает, что конституционный механизм обеспечения основных прав и свобод проявляется в функционировании определенных организационных и процессуальных институтов правовой защиты, которые находятся в тесной диалектической взаимозависимости<sup>16</sup>.

Т. О. Праницкая определяет понятие конституционно-правового механизма обеспечения права на неприкосновенность частной жизни как конституционно обусловленную совокупность юридических норм, институций, гарантий реализации и защиты данного права и его структурных элементов, способствующих гармонизации интересов личности, общества и государства<sup>17</sup>.

А. В. Лужанский указывает, что конституционно-правовой механизм защиты всех составляющих права на судебное разбирательство являет собой нормативно определенную совокупность объекта защиты, субъектов, осуществляющих эту защиту, и форм взаимодействия между ними. Упомянутая система характеризуется целостностью, взаимосвязью и призвана

функціонально забезпечувати верховенство і пряме дієвство положень Конституції України, в частині в контексті виконання державою як її головної зобов'язаності — утвердження і забезпечення прав і свобод людини, так і відповідуючих їй зобов'язань з міжнародних договорів, учасником яких є Україна<sup>18</sup>. В підході цього автора нам, в частині, імпонує акцент на важливості захисту кожного з елементів права, як невід'ємного умови можливості захисту права в цілому.

Б. Л. Железнов к складовим цього механізму відносить норми конституційного і інших галузей права, загальнообов'язкові відносини в сфері державної захисту прав і свобод, гарантії прав людини і громадянина, які мають функціональну спрямованість, «матеріальні» інститути, безпосередньо забезпечують реалізацію правових норм і гарантій в конкретних правових відносинах<sup>19</sup>. По нашому мнению, з урахуванням такого підходу, виділяючи гарантії як окрему складову конституційно-правового механізму забезпечення права, слід врахувати, що вони мають переважно нормативну основу, оскільки визначаються конкретними нормами.

Вивчення підходів дослідників до визначення поняття конституційно-правового механізму забезпечення прав людини і екстраполяція отриманих результатів на такий об'єкт захисту, як право людини на життя, дозволяє виділити загальні і неотъемлемі базисні складові механізму забезпечення цього права:

1) нормативно визначені об'єкти забезпечення — права і свободи людини і громадянина, в частині, в аспекті нашого дослідження — право людини на життя (ст. 27 Конституції України, ст. 27 Конституції Азербайджанської Республіки);

2) суб'єкти забезпечення, як інституційний елемент механізму, які мають певні повноваження законодавством: держава (ч. 2 ст. 3, ч. 4 ст. 13, ч. 5 ст. 17, ч. 3 ст. 25, ч. 2 ст. 27, ч. 4 ст. 42 Конституції України,



ч. I ст. 12, ч. I ст. 16, ч. II ст. 26, ч. IV ст. 39, ч. II ст. 46, ч. III ст. 53, ч. II ст. 59 Конституции Азербайджанской Республики); глава государства как гарант соблюдения: Конституции Украины, прав и свобод человека и гражданина (ч. 2 ст. 102 Основного Закона Украины), международных договоров, участницей которых является Азербайджанская Республика (ч.ч. I, III ст. 8 Конституции Азербайджанской Республики); государственные органы – парламент (как единственный орган законодательной власти), правительство, орган конституционной юрисдикции, суды общей юрисдикции, органы досудебного следствия, прокуратура (как орган, осуществляющий процессуальное руководство следствием), субъекты, ответственные за формирование судейского корпуса – соответственно, Президент Украины по представлению Высшего совета правосудия и Милли Меджлис Азербайджанской Республики по представлению Президента Азербайджанской Республики, центральные и местные органы исполнительной власти, в т. ч. (в Украине) военно-гражданские администрации населенного пункта, района, области – временные государственные органы, предназначенные для обеспечения действия Конституции и законов Украины, обеспечения безопасности и нормализации жизнедеятельности населения, правопорядка, участия в противодействии актам вооруженной агрессии, диверсионным проявлениям и террористическим актам, недопущения гуманитарной катастрофы в районе отпора вооруженной агрессии Российской Федерации, в частности проведения антитеррористической операции (ч. 4 ст. 32, ч.ч. 1, 3 ст. 55, ст. 75, п.п. 1, 3 ч. 1 ст. 85, п. 1 ст. 116, п. 2 ст. 119, ч. 1 ст. 128, ст. 147 Конституции Украины, абз. 2 ч. 1 ст. 1 Закона Украины «О военно-гражданских администрациях» от 03.02.2015 г. № 141-VIII<sup>20</sup>, ч. I ст. 60, ч. III ст. 7, ч. I ст. 71, ст. 81, ч. I ст. 94, ч. II ст. 114, ч. I ст. 124, ч. II ст. 125, ст. 130, ч. II ст. 131 Конституции Азербайджанской Республики); органы власти автономных субъектов в составе государства – соответственно, Автономной Республики Крым и Нахчыванской Автономной Республики (ч. 1 ст. 135 Конституции Украины, ч. 3 ст. 9, ч. 1

ст. 35, ч. 1 ст. 43 Конституции Автономной Республики Крым 1998 г.<sup>21</sup>, ч. I ст. 134 Конституции Азербайджанской Республики, ч. I ст. 3 Конституции Нахчыванской Автономной Республики 1998 г.<sup>22</sup>); омбудсмен – соответственно, Уполномоченный Верховной Рады Украины по правам человека и Уполномоченный по правам человека Азербайджанской Республики (ч. 3 ст. 55 Конституции Украины, ч. VII ст. 130 Конституции Азербайджанской Республики); международные судебные учреждения или соответствующие органы международных организаций, членом или участником которых является государство (ч. 5 ст. 55 Конституции Украины, ч. II ст. 12, ч. II ст. 148 Конституции Азербайджанской Республики); общественные объединения и профессиональные организации – политические партии и общественные организации, профессиональные союзы, адвокатура (ч.ч. 1, 3 ст. 36, ст. 1312 Конституции Украины, ч. II ст. 58, ч. III ст. 61 Конституции Азербайджанской Республики); мирные собрания в защиту определенного субъекта права или права в целом (ч. 1 ст. 39 Конституции Украины, ст. 49 Конституции Азербайджанской Республики); человек как субъект права защищать свою жизнь и здоровье, жизнь и здоровье других людей от противоправных посягательств (ч. 3 ст. 27 Конституции Украины, ч. I ст. 26 Конституции Азербайджанской Республики);

3) организационная деятельность государства по обеспечению надлежащего функционирования его органов на основе принципов приоритета прав человека, верховенства права, правового государства и осуществления государственной власти на началах ее разделения на законодательную, исполнительную и судебную (преамбула, ст. ст. 1, 3, ч. 1 ст. 6, ч. 1 ст. 8 Конституции Украины; преамбула, ч. III ст. 7, ч. I ст. 12 Конституции Азербайджанской Республики);

4) правомерное поведение субъектов обеспечения права, как в активной, так и пассивной формах, в процессе их деятельности. Активная форма проявляется в случаях содействии реализации или защиты нарушенного права путем принятия соответствующих мер для защиты жизни физических лиц,

находящихся под юрисдикцией государства (например, законодательная деятельность в соответствующей сфере правового регулирования, проведение компетентными органами государства эффективного официального расследования смерти человека), пассивная – в случаях, касающихся предусмотрительного воздержания от нарушения права соответствующим субъектом, его не вмешательство в право иного субъекта, сознательное уклонение от каких-либо действий, следствием которых может стать нарушение такого права (например, путем воздержания от незаконного лишения человека жизни);

5) основания обеспечения – нормативное (регламентирующие право и его гарантии конституционно-правовые нормы, в т.ч. и положения являющихся частью национального законодательства международных договоров, а также, как обосновано, на наш взгляд, полагает А. В. Лужанский, нормы, определяющие не только то, или иное право лица в материальном смысле, но и систему органов государственной власти, включая правовые основы их деятельности<sup>23</sup>) и фактическое (обусловленное неправомерным решением, действием или бездействием противоправное нарушение либо ограничение права или свободы). Учитывая то, что для конституции в силу ее правовой природы и назначения не характерно детальное нормативное регулирование, считаем целесообразным особо подчеркнуть важное значение детализации обеспечения закрепленного в конституции права в законах государства, причем, не только в сфере конституционного, но и других отраслей права, поскольку регламентация реализации любого из конституционных прав, в т. ч. и с целью его конкретизации, осуществляется преимущественно через нормы разных отраслей права;

б) формы обеспечения – государственная (посредством деятельности компетентных органов, в т. ч. органов судебной власти, путем обеспечения государством предоставления бесплатной правовой помощи адвоката), общественная (посредством деятельности политических партий, общественных организаций, профессиональных союзов), профессио-

нально-договорная (реализуемая путем самостоятельного выбора субъектом права адвоката), самозащита человеком, как субъектом права, того или иного права, носителем которого он является. При этом отметим ключевую роль именно государственной формы обеспечения и государства, как главного и основного субъекта такого обеспечения, поскольку роль всех иных форм в рамках конституционно-правового механизма является преимущественно вспомогательной, способствующей защите права нарушенного права или предупреждению его нарушения. На наш взгляд, в некоторых случаях общественная форма обеспечения может содействовать активизации государственной формы, например, путем инициирования политической партией через своих представителей в парламенте реализации ими права законодательной инициативы при условии принятия законопроекта как закона органом законодательной власти и вступления такого закона в силу;

7) уровни защиты права – национальный и международный;

8) гарантии реализации права человека на жизнь, защиты этого права, его восстановления, а при невозможности восстановления – применение компенсационных механизмов в отношении субъектов права на получение соответствующего возмещения и/или механизма уголовного преследования виновных в нарушении права другого человека на жизнь. Принимая во внимание особую конституционно-правовую ценность таких гарантий, более подробно на их сущности мы остановимся в дальнейшей части нашего исследования.

Множественность указанных элементов свидетельствует о системности структуры конституционно-правового механизма.

С учетом изложенного выше, полагаем возможным определить, что конституционно-правовой механизм обеспечения права человека на жизнь, являясь составной частью конституционно-правового механизма обеспечения прав и свобод человека и гражданина, представляет собой систему находящихся в неразрывной взаимосвязи базисных элементов, результатом взаимодействия которых является создание и постоянное под-

держание в дальнейшем условий для полноценной реализации человеком права на жизнь, а также для охраны и защиты такого права. Элементами системы являются: 1) нормативно определенный объект обеспечения – право человека на жизнь; 2) субъекты обеспечения, как институциональный элемент механизма, обладающие определенной действующим законодательством компетенцией; 3) организационная деятельность государства по обеспечению надлежащего функционирования его органов на основе принципов приоритета прав человека, верховенства права, правового государства и осуществления государственной власти на началах ее разделения на законодательную, исполнительную и судебную; 4) правомерное поведение субъектов обеспечения права, как в активной, так и пассивной формах, в процессе их деятельности; 5) основания обеспечения – нормативное и фактическое; 6) формы обеспечения – государственная, общественная, профессионально-договорная, самозащита; 7) уровни защиты права – национальный и международный; 8) гарантии реализации права человека на жизнь, защиты этого права, его восстановления, а при невозможности восстановления – применение компенсационного механизмов в отношении субъектов права на получение соответствующего возмещения и/или механизма уголовного преследования виновных в нарушении права другого человека на жизнь.

На наш взгляд, в качестве перспективы дальнейших исследований, значительный интерес представляет изучение роли и места гарантий права на жизнь в конституционно-правовом механизме обеспечения этого права.

1. *Словник української мови*: в 11 т. / АН УРСР. Інститут мовознавства ім. О. О. Потебні; за ред. І. К. Білодіда. Київ: Наукова думка, 1970-1980. Т. 10: Т-Ф. 1979. С. 505. 2. Там само. Т. 2: Г-Ж. 1971. С. 112. 3. Там само. Т. 5: Н-О. 1974. С. 548. 4. Там само. Т. 1: А – В / ред. П. Й. Горещький, А. А. Бурячок, Г. М. Гнатюк, Н. І. Швидка. С. 546. 5. Там само. Т.11: Х-Ъ. 1980. С. 235. 6. *Великий тлумачний словник сучасної української мови* (з дод., допов. та CD) / укл. і гол. ред. В. Т. Бусел. Київ: Ірпінь: ВТФ «Перун», 2007. С. 665. 7. *Словник української мови*:

в 11 тт. / АН УРСР. Інститут мовознавства ім. О.О. Потебні; за ред. І. К. Білодіда. Т. 3: 3. 1972. С. 18. **8.** Там само. Т. 2: Г-Ж. 1971. С. 29. **9.** Там само. Т. 2: Г-Ж. 1971. С. 29. **10.** *Заворотченко Т. М.* Поняття конституційно-правових гарантій прав і свобод людини та громадянина в Україні // Держава і право: 36. наук. праць. Юридичні і політичні науки. Київ: ІДП НАН України, 2001. Вип. 13. С. 98. **11.** *Рабинович П. М.* Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних конституційних положень). Харків: Вид-во «Право», 1997. С. 45. **12.** *Олійник А. Ю.* Конституційно-правовий механізм забезпечення основних свобод людини і громадянина в Україні: монографія. Київ: Алерта; КНТ; Центр навчальної літератури, 2008. С. 153. **13.** *Васильченко О. П.* Конституційно-правовий механізм забезпечення принципу рівності прав і свобод людини і громадянина в Україні // Адміністративне право і процес. 2015. № 1 (11). С. 27. URL: <http://applaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/1-11-2015>. **14.** *Іванюшенко В. В.* Конституційне право людини і громадянина на безпечне для життя і здоров'я довкілля та його забезпечення в системі місцевого самоврядування: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Київ: Б. в., 2009. С. 5. **15.** *Земляков Л. Е.* Конституційно-правовий механізм реалізації свободи совести в Республіке Беларусь // Конституція Республіки Беларусь: 16-летний опыт применения: материалы круглого стола, состоявшегося 15 марта 2010 г. на юридическом факультете БГУ / БГУ; [науч. ред. Г. А. Василевич]. Минск: Право и экономика, 2010. С. 35. **16.** *Наливайко Т. В.* Права і свободи в Україні: конституційно-правовий механізм захисту // Часопис Київського університету права. 2009. № 2. С. 50. **17.** *Праницкая Т. О.* Конституційно-правовий механізм забезпечення неприкосновенности частной жизни: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Белгород, 2010. С. 9. **18.** *Лужанський А. В.* Основні ознаки конституційно-правового механізму гарантій права на доступ до правосуддя // Вісник Вищої ради юстиції. 2012. № 1 (9). С. 47. **19.** *Железнов Б. Л.* Конституційний механізм державної захисти прав человека // Вестник экономики, права и социологии. 2007. № 1. С. 77. **20.** *Про військово-цивільні адміністрації: Закон України від 3 лютого 2015 р. № 141-VIII* // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/141-19> **21.** *Конституція Автономної Республіки Крим, прийнята на другій сесії Верховної Ради Автономної Республіки Крим 21 жовтня 1998 р. (затверджена Законом України «Про затвердження Конституції Автономної Республіки Крим» від 23 грудня 1998 року № 350-XIV* // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/350-14> **22.** Конституція Нахчыванской Автономной Республики от 29 декабря 1998 года / Официальный сайт Милли Меджлиса Азербайджанской Республики.

URL: <http://www.meclis.gov.az/?/ru/topcontent/689> 23. Лужанський А. В. Цит. праця. С. 47.

***Ragimov Kenan. Constitutional-legal mechanism of ensuring the human right to life in Ukraine and in the Republic of Azerbaijan***

This article deals with the problems of determining the constitutional-legal mechanism of the human right to life in terms of comparative legal analysis of theory and practice in Ukraine and the Republic of Azerbaijan. The problem of the justification of this notion from the point of view of the doctrine of constitutional law, and the provisions of the Constitution and legislation of Ukraine and the Republic of Azerbaijan.

The concept of «constitutional-legal mechanism of ensuring of law» is a theoretical construct, the essence of which doctrine is revealed by different authors in different ways, with the main elements highlighted in different key components of this concept.

The lack of a regulatory definition of «the constitutional legal mechanism of ensuring the right to life» necessitates the formulation of this concept, which is the purpose of this article. In our opinion, its achievement is possible by finding out the lexical meaning of the concepts «mechanism», «security», as well as a comparative study of the views of scientists on the General concept of the constitutional legal mechanism of ensuring the rights with the features of a specific human right – the right to life.

Consolidation in Ukraine and in the Republic of Azerbaijan human right to life at the constitutional level is extremely important and essential guarantee for its smooth implementation subject to the law. However, as an act of legal regulation, by itself, the fixation of the rights in the material law does not guarantee automatic unconditional observance, implementation and protection of such right in the future, these components are implemented through the operation of a specific mechanism to ensure the right.

The author comes to the conclusion that the constitutional legal mechanism of ensuring the human right to life is part of the constitutional legal mechanism of ensuring the rights and freedoms of man and citizen, which, in turn, are in indissoluble interrelation of the basic data elements of the constitutional-legal categories. In this case the relevant criteria are binding on the constitutional and normative level the human right to life; the presence of the subjects of ensuring the right to life of the relevant authority; the activities of the state to ensure the functioning of the organs in this area; actual and normative ensuring of the human right to life; forms of security – state, public, professionally-negotiated, self-defense; the international and national levels to protect the rights to life; guarantees of the realization of the human right to life.

**Keywords:** the constitutional-legal mechanism, the human right to life.

## АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

УДК 32:342.9:352

**М. В. СПІВАК**

### **ЗАКОНОДАВЧЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДЕРЖАВНОЇ ПОЛІТИКИ У СФЕРІ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ**

*Показана актуальність законодавчого забезпечення державної політики у сфері місцевого самоврядування. Наведена статистика і результати реформи місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні. Виокремлені етапи становлення і законодавчого забезпечення державної політики у сфері місцевого самоврядування. Вказані позитивні і негативні чинники, що мали вплив на них в окремий часовий період. Наведена позиція уряду країни і проблеми, що потребують ефективного та швидкого розв'язання. Зроблений висновок, що державної політики у сфері місцевого самоврядування це система організаційно-правових заходів та дій органів і посадових осіб публічної влади щодо визначення та зміцнення основ, забезпечення оптимального функціонування, гарантій і захисту місцевого самоврядування.*

**Ключові слова:** державна політика, місцеве самоврядування, закон, децентралізація, держава.

#### **Спивак М. В. Законодательное обеспечение государственной политики в сфере местного самоуправления**

*Показана актуальність законодавчого забезпечення державної політики у сфері місцевого самоврядування. Наведена статистика і результати реформи місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні. Виділені етапи становлення і законодавчого*



обеспечения государственной политики в сфере местного самоуправления. Указаны положительные и отрицательные факторы, которые имели влияние на них в отдельный временной период. Приведена позиция правительства страны и проблемы, требующие эффективного и быстрого решения. Сделан вывод, что государственная политика в сфере местного самоуправления это система организационно-правовых мер и действий органов и должностных лиц публичной власти по определению и укреплению основ, обеспечение оптимального функционирования, гарантий и защиты местного самоуправления.

**Ключевые слова:** государственная политика, местное самоуправление, закон, децентрализация, государство.

**Spivak Maryna. Legislative support of state policy in the field of local self-government**

*The article shows the urgency of the legislative support of state policy in the field of local self-government. The statistics and results of the reform of local self-government and territorial organization of power in Ukraine are shown. The stages of formation and legislative support of the state policy in the field of local self-government are presented. The indicated positive and negative factors influencing them in a separate time period. The position of the country's government and problems that require an effective and rapid solution are presented. It is concluded that the state policy in the sphere of local self-government is a system of organizational and legal measures and actions of bodies and officials of public authority on determination and strengthening of foundations, ensuring optimal functioning, guarantees and protection of local self-government.*

**Keywords:** state policy, local self-government, law, decentralization, state

Питання становлення правового регулювання місцевої влади залишається актуальною проблемою, яку почали вирішувати ще з перших років незалежності України. Державна політика як важливий компонент життєдіяльності суспільства, маючи велику кількість вимірів і характеристик, формує відповідну систему та механізми соціально орієнтованої публічної влади. Тому актуальним і необхідним є удосконалення процесу формування державної політики у сфері місцевого самоврядування, аналізу процесу її становлення та реалізації. Незважаючи на певну зацікавленість проблематикою державної політики, наукові дослідження не дають системної відповіді на питання щодо комплексу концептуальних чинників формування державної політики у сфері місцевого самоврядування.

Система місцевого самоврядування на сьогодні не задовольняє потреб суспільства. Функціонування органів місцевого самоврядування у більшості територіальних громад не забезпечує створення та підтримку сприятливого життєвого середовища, необхідного для всебічного розвитку людини, її самореалізації, захисту її прав, надання населенню органами місцевого самоврядування, утвореними ними установами та організаціями високоякісних і доступних адміністративних, соціальних та інших послуг на відповідних територіях.

Починаючи з 1991 р. чисельність сільського населення зменшилася на 2,5 млн. осіб, а кількість сільських населених пунктів – на 348 одиниць. Разом з тим кількість сільських рад збільшилася на 1067 одиниць.

В Україні утворено близько 12 тис. територіальних громад, у більш як 6 тис. громад чисельність жителів становить менш як 3 тис. осіб, з них у 4809 громадах – менш як 1 тис. осіб, а у 1129 громадах – менш як 500 осіб, у більшості з них не утворено виконавчі органи відповідних сільських рад, відсутні бюджетні установи, комунальні підприємства тощо. Органи місцевого самоврядування таких громад практично не можуть здійснювати надані їм законом повноваження.

Дотаційність 5419 бюджетів місцевого самоврядування становить понад 70 відсотків, 483 територіальні громади на 90 відсотків утримуються за рахунок коштів державного бюджету. Здійснення постійної фінансової підтримки через районні бюджети малочисельних територіальних громад з використанням системи дотацій вирівнювання є обтяжливим для державного бюджету та стримує розвиток малих міст і великих селищ.

Удосконалення потребує також система територіальної організації влади з метою підвищення ефективності управління суспільним розвитком на відповідній території.

Збереження диспропорційності адміністративно-територіального устрою як основи існування нераціональної територіальної організації влади (відсутність цілісної території адміністративно-територіальної одиниці базового рівня, перебування територіальної громади села, селища, міста у складі іншої

територіальної громади або на території іншої адміністративно-територіальної одиниці, територіальної громади району в місті) призводить до конфлікту компетенції як між органами місцевого самоврядування, так і між органами місцевого самоврядування та місцевими органами виконавчої влади<sup>1</sup>.

Всі перелічені аргументи дають підстави зробити висновок, що існує нагальна необхідність проведення структурних реформ з їх належним правовим забезпеченням. Це дасть змогу досягти стійкого економічного ефекту за умови гармонізації пріоритетів і етапів зазначених реформ із реформою місцевого самоврядування та територіальної організації влади.

З цієї проблематики проводили численні наукові розробки В. Симоненко, В. Демиденко, О. Ковальчук, Ю. Мальчин, О. Кудрявцева, А. Торгонська, Л. Гейко, Ю. Луценко, Р. Ковальова, В. Котковський, А. Правдюк, А. Постовойтенко та ін.

Згадані автори шляхом історико-правового аналізу законотворчого процесу становлення правового регулювання місцевого самоврядування в Україні показали доцільність виділення трьох етапів, кожен з яких дещо різнився у часових проміжках, але загалом відповідав таким подіям.

Перший етап: від прийняття Декларації про державний суверенітет України до встановлення виконавчої вертикалі влади і виокремлення органів місцевого та регіонального самоврядування.

Другий етап: від прийняття Конституції України до визначення правового статусу органів виконавчої влади на місцях і органів місцевого самоврядування, а також їх взаємодії між собою.

Третій етап: від упровадження основних положень адміністративної реформи в Україні до спроб формування сучасної системи місцевого самоврядування та організації на нових засадах служби в органах місцевого самоврядування, який ще потребує удосконалення та завершення.

Однак ми б хотіли доповнити існуючі і дещо осучаснити даний перелік. Тож серед основних етапів законотворчого про-

цесу, пов'язаного з правовим урегулюванням діяльності місцевого самоврядування в Україні, на нашу думку, необхідно виділити такі.

Перший рушійний етап розпочався у 1990 р. – розподілення державної влади на окремі гілки та відповідно розмежування повноважень органів влади і місцевого самоврядування, починаючи з моменту прийняття Декларації про державний суверенітет України<sup>2</sup> та Акту проголошення незалежності України<sup>3</sup> і закінчуючи прийняттям законів України «Про Представника Президента України»<sup>4</sup> згідно з яким вводилася виконавча вертикаль з представників Президента в областях і регіонах, які здійснювали державну виконавчу владу і контролювали органи місцевого самоврядування з питань виконання ними делегованих державних функцій. А також Закон «Про місцеві Ради народних депутатів та місцеве і регіональне самоврядування»<sup>5</sup>, територіальною основою місцевого самоврядування визначав сільраду, селище, місто, а регіонального самоврядування – район, область. Цей Закон мав на меті створити таку систему, де поєднувався б принцип забезпечення державного управління в регіонах через державні адміністрації на чолі з представниками Президента з широкою самостійністю громад у населених пунктах через органи самоврядування з досить широкими повноваженнями.

Другий етап, процес формування місцевого самоврядування в Україні був пов'язаний з розробкою і прийняттям 28 червня 1996 р. нової Конституції, яка визначала принципи місцевого самоврядування в його сучасному розумінні. Ці принципи багато в чому відповідають Всесвітній декларації та Європейській хартії про місцеве самоврядування, які спрямовані на захист і зміцнення незалежності місцевої влади, цінностей демократії та децентралізацію влади. Конституція поновому визначила самоврядування, проголосивши первинним суб'єктом його не адміністративно-територіальну одиницю, а територіальну громаду – громадян, об'єднаних постійним проживанням на одній території.

Однак важливого значення згодом для законодавчого утвердження органів місцевого самоврядування надали укази

Президента України «Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні»<sup>6</sup>, «Питання організації проведення в Україні адміністративної реформи»<sup>7</sup>, «Про Національну раду з питань взаємодії органів державної влади та органів місцевого самоврядування»<sup>8</sup>, розпорядження Глави Адміністрації Президента України «Про робочу групу з проведення реформи місцевих органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування та державної служби»<sup>9</sup>.

У липні 1998 р. Президентом була затверджена Концепція адміністративної реформи, згідно з якою створення сучасної ефективної системи держуправління було визнане найважливішим чинником виходу з інституціональної кризи, у якій перебувала наша держава. Але, на жаль, процес реформування проходив за принципом: «є проблема – отримаєте орган державного управління, який її вирішуватиме». Це призвело до стрімкого збільшення кількості управлінських структур і чисельності працюючих у них чиновників. За п'ять років реалізації реформи витрати Держбюджету на їх утримання збільшилися удвічі. Кількість органів держуправління зросла до 120. Схема організації органів виконавчої влади змінювалася 45 разів<sup>10</sup>.

Важливим для законодавчого закріплення адміністративно-правового статусу місцевого самоврядування в Україні став 1997 р., коли було прийнято Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні». Цей Закон відповідно до Конституції України визначив систему та гарантії місцевого самоврядування в Україні, засади організації та діяльності, правового статусу і відповідальності органів та посадових осіб місцевого самоврядування. Вперше на законодавчому рівні було визначене поняття «місцевого самоврядування в Україні» під яким нині розуміється гарантоване державою право та реальна здатність територіальної громади – жителів села чи добровільного об'єднання у сільську громаду жителів кількох сіл, селища, міста – самостійно або під відповідальність органів та посадових осіб місцевого самоврядування вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України.

Третій етап розпочався у 2004 р. Цей етап дослідники пов'язують з Помаранчевою революцією, або першим Майданом. За дослідженнями В. Симоненко, після призначення нового уряду, одним з першочергових завдань знову постало питання проведення адміністративної і адміністративно-територіальної реформ. Колишні напрацювання, досвід вирішення найгострішої державної проблеми, на жаль, нікому не знадобився, і усе розпочали з чистого аркуша. Тільки у 2005 р. було видано п'ять указів Президента, прийнято 17 постанов Кабінету Міністрів з цих питань, уряд розробив проект закону «Про територіальний устрій України», який у присутності Президента презентували в Палаці «Україна». Але помпезний і багатообіцяючий початок закінчився на практиці нічим. Упродовж 2005–2009 рр. було утворено нових 24 органи державного управління і ліквідовано 17. Щорічно кожен другий орган державного управління перебував на стадії ліквідації або створення, формування та зміни штатів, перезатвердження положень, звільнення та прийому нових працівників. За цей час чисельність співробітників центральних органів управління знову збільшилася на 12 % і склала 286,7 тис. осіб.

Реорганізації не привели до оптимізації структури органів виконавчої влади та підвищення ефективності державного управління. Реформа захлинулася. Наступна спроба була зроблена в 2010–2011 рр. Вона декларувалася як масштабна реорганізація центральних органів виконавчої влади України. Замість 112 центральних і урядових органів було утворено 7210.

Четвертий етап розпочався у 2014 р. і триває дотепер. Його теж пов'язують з історичною для України подією – Революцією Гідності, званою як Євромайдан.

На цьому етапі, у 2014 р., був прийнятий Закон України «Про співробітництво територіальних громад». Цей Закон визначив організаційно-правові засади співробітництва територіальних громад, принципи, форми, механізми такого співробітництва, його стимулювання, фінансування та контролю<sup>11</sup>.

У квітні 2014 р. Кабінет Міністрів України затвердив «Концепцію реформування місцевого самоврядування і тери-

торіальної організації влади в Україні», у якій були задекларовані цілі, шляхи та способи вирішення цієї проблеми<sup>11</sup>. У 2015 р. приймають Закон України «Про добровільне об'єднання територіальних громад». Цей Закон регулює відносини, що виникають у процесі добровільного об'єднання територіальних громад сіл, селищ, міст, а також добровільного приєднання до об'єднаних територіальних громад<sup>12</sup>. З 1 січня 2015 р. вступили в дію зміни до Податкового<sup>13</sup> та Бюджетного кодексів<sup>14</sup>, які уже розширили фінансові можливості місцевого самоврядування, дають змогу зробити економічно самодостатніми та спроможними і нові об'єднані громади.

Події останніх років життя нашої країни переконливо довели, що питання проведення адміністративної і адміністративно-територіальної реформ є вирішальним, основним чинником побудови нової, сучасної парадигми соціально-економічного розвитку нашої держави, збереження її територіальної цілісності. Аналізуючи дії виконавчої та законодавчої влади за останні чотири роки щодо проведення цих найважливіших реформ, можна зробити невтішні висновки: увесь процес проведення реформ зведений до вирішення питань децентралізації, добровільно-механічного створення об'єднаних громад реалізуються не основні реформи (адміністративна і адміністративно-територіальна), а вузьконаправлена, секторальна реформа; сама по собі децентралізація, що проводиться за нинішніми лекалами, нічого кардинально не вирішує. Її ефективність може бути досягнута тільки за умови одночасного і успішного проведення адміністративної і адміністративно-територіальної реформ як триєдиного процесу.

Отже, ми маємо чотири невдалі спроби проведення адміністративної і адміністративно-територіальної реформ, які загалом забрали у суспільства 27 років державної незалежності. Фактично всі сучасні спроби реформувати систему державного управління зводяться до своєрідної політики «європеїзації», оскільки Україна взяла на себе зобов'язання щодо реформування чинного законодавства в цій сфері при підписанні Угоди про партнерство і співробітництво з європейськими співтова-

риствами та їх державами-членами, ратифікованої Верховною Радою України 10 листопада 1994 р.

На думку уряду, на даний час ефективного та швидкого розв'язання потребують такі проблеми: погіршення якості та доступності публічних послуг внаслідок ресурсної неспроможності переважної більшості органів місцевого самоврядування здійснювати власні і делеговані повноваження; зношеність теплових, каналізаційних, водопостачальних мереж і житлового фонду та ризик виникнення техногенних катастроф в умовах обмеженості фінансових ресурсів місцевого самоврядування; складна демографічна ситуація у більшості територіальних громад (старіння населення, знелюднення сільських територій та монофункціональних міст); неузгодженість місцевої політики щодо соціально-економічного розвитку з реальними інтересами територіальних громад; нерозвиненість форм прямого народовладдя, неспроможність членів громад до солідарних дій, спрямованих на захист своїх прав та інтересів, у співпраці з органами місцевого самоврядування і місцевими органами виконавчої влади та досягнення спільних цілей розвитку громади; зниження рівня професіоналізму посадових осіб місцевого самоврядування, зокрема внаслідок низької конкурентоспроможності органів місцевого самоврядування на ринку праці, зниження рівня престижності посад, що призводить до низької ефективності управлінських рішень; корпоратизація органів місцевого самоврядування, закритість і непрозорість їх діяльності, високий рівень корупції, що призводить до зниження ефективності використання ресурсів, погіршення інвестиційної привабливості територій, зростання соціальної напруги; надмірна централізація повноважень органів виконавчої влади та фінансово-матеріальних ресурсів; відсторонення місцевого самоврядування від вирішення питань у сфері земельних відносин, посилення соціальної напруги серед сільського населення внаслідок відсутності повсюдності місцевого самоврядування<sup>15</sup>.

Тож оптимальним стане визначення державної політики у сфері місцевого самоврядування як системи організацій-



но-правових заходів та дій органів і посадових осіб публічної влади щодо визначення та зміцнення основ, забезпечення оптимального функціонування, гарантій і захисту місцевого самоврядування. Основна її мета – створення оптимальних умов для становлення місцевого самоврядування в Україні й підвищення ефективності його функціонування.

Зазначені проблеми ускладнюються внаслідок проблем правового та інституційного характеру, а також неузгодженості реформ у різних сферах з реформуванням системи місцевого самоврядування та адміністративно-територіального устрою держави. Подальший, динамічний розвиток місцевого самоврядування можливо забезпечити лише через удосконалення відповідного нормативно-правового поля, яке має врегулювати питання організації та діяльності суб'єктів місцевого самоврядування та його забезпечення.

**1. Про схвалення** Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади: розпорядження, Концепція від 01.04.2014 № 333-р. // Кабінет Міністрів України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/333-2014-%D1%80> **2. Декларація** про державний суверенітет України // ВВР УРСР.1990. № 31. Ст. 429. **3. Про проголошення** незалежності України: Постанова Верховної Ради Української РСР // ВВР України.1991. № 38. Ст.502. **4. Про Представника** Президента України: Закон України від 05.03.1992 № 2167-XII (Втрата чинності від 12.06.1997, підстава 280/97-вр) // Верховна Рада України. **5. Про місцеві** Ради народних депутатів та місцеве і регіональне самоврядування: Закон від 07.12.1990 № 533-XII (Втрата чинності від 12.06.1997, підстава 280/97-вр) // Верховна Рада УРСР. **6. Про заходи** щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні: Указ Президента України // Офіційний вісник України.1999. № 21. Ст. 943. Код акта 7616/1999. **7. Питання** організації проведення в Україні адміністративної реформи: Положення від 21.07.2001 № 538/2001. Втрата чинності від 28.05.2006, підстава 340/2006. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/538/2001> **8. Про Національну** раду з питань взаємодії органів державної влади та органів місцевого самоврядування: Указ від 21.02.2008 № 149/2008. Втрата чинності від 09.04.2010, підстава 486/2010. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/149/2008> **9. Про робочу** групу з проведення реформи місцевих органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування: розпорядження Адміністрації Президента від 10.09.1998.

URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/rada/show/75/98-%D1%80%D0%B0>  
**10.** *Симоненко В. К.* Реформи: адміністративно-територіальна, адміністративна і децентралізації – триєдині // Регіональна економіка. 2017. № 2. С. 5-9. **11.** *Про співробітництво територіальних громад:* Закон України від 17.06.2014 № 1508-VII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1508-18> **12.** *Про добровільне об'єднання територіальних громад:* Закон України від 05.02.2015 № 157-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/157-19> **13.** *Про роботу групи з проведення реформи місцевих органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування:* Розпорядження Глави Адміністрації Президента від 10.09.1998. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/rada/show/75/98-%D1%80%D0%B0> **14.** *Бюджетний кодекс України.* Верховна Рада України: Кодекс України від 08.07.2010 № 2456-VI. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2456-17> **15.** *Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади:* розпорядження, Концепція від 01.04.2014 № 333-р. // Кабінет Міністрів України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/333-2014-%D1%80>

***Spivak Maryna.* Legislative support of state policy in the field of local self-government**

State policy as an important component of society's life, having a large number of dimensions and characteristics, forms the appropriate system and mechanisms of socially oriented public power. Therefore, it is urgent and necessary to improve the process of formation of the state policy in the field of local self-government, analysis of the process of its formation and implementation.

Despite some interest in the issue of state policy, scientific research does not provide a systematic answer to the question of a set of conceptual factors in the formation of public policy in the field of local self-government. But theoretical, practical and universal scientific developments allow to develop the indicated directions of the context of its study in Ukraine.

The author argues that the national doctrine of local self-government development, the theoretical model of state policy on local self-government or the so-called state municipal policy of Ukraine, the conceptual mechanism of its implementation in Ukraine has not been worked out.

The author made an attempt to gradually recreate the formation of a state policy of local self-government and its legal support. There are four stages that have their own countdown from Ukraine's independence to the present. The indicated positive and negative factors influencing them in a separate time period. It is shown that the legal mechanism consists of normative acts (ratified international, national and local), which allow the subject of local self-government in their activities to achieve the goals of quality life support of

citizens, providing them with the necessary services and ensures the realization of natural rights and freedoms in the field of public governance.

The statistics and results of the reform of local self-government and territorial organization of power in Ukraine are presented.

The development of local self-government and state policy in this area indicate a contradictory, but progressive process inherent in each transitional stage. It is important that such a policy envisages solutions to the problems of local self-government on qualitatively new approaches, corresponding to the ideas of freedom and justice, democracy and the responsibility of the authorities.

In the opinion of the author, the definition of state policy in the field of local self-government as a system of organizational and legal measures and actions of public authorities and public officials in determining and strengthening the foundations, ensuring optimal functioning, guarantees and protection of local self-government will be optimal. Its main goal is to create optimal conditions for the formation of local self-government in Ukraine and to increase the efficiency of its functioning.

**Keywords:** state policy, local self-government, law, decentralization, state.

УДК 342.9

**А. В. НЕФЕДОВА**

## **ВИЗНАЧАЛЬНІ ОЗНАКИ КВАЛІФІКАЦІЇ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРОСТУПКІВ**

*Досліджено природу та сутність кваліфікації адміністративних проступків. На основі узагальнення сучасних теоретичних досліджень, нормативно-правових засад адміністративної відповідальності та юрисдикційної практики систематизовано визначальні ознаки кваліфікації адміністративних проступків. Обґрунтовано точку зору про те, що кваліфікація адміністративних проступків має офіційний характер, визначену юридичну форму та є інтегральною складовою процесу застосування адміністративно-деліктних норм.*

**Ключові слова:** адміністративна відповідальність, адміністративне правопорушення, адміністративно-правова кваліфікація, кваліфікація адміністративного проступку.

**Нефедова А. В. Определяющие признаки квалификации административных проступков**

*Исследованы природа и сущность квалификации административных проступков. На основе обобщения современных теоретических исследований, нормативно-правовых основ административной ответственности и юрисдикционной практики систематизированы определяющие признаки квалификации административных проступков. Обоснована точка зрения о том, что квалификация административных проступков имеет официальный характер, определенную юридическую форму и является интегральной составляющей процесса применения административно-деликтных норм.*

**Ключевые слова:** административная ответственность, административное правонарушение, административно-правовая квалификация, квалификация административного проступка.

**Nefedova Alona. Detailed characteristics of qualification of administrative offenses**

*The article revolves around modern scientific approaches to understanding the nature and the essence of qualification of administrative offenses. Based on generalization of modern theoretical studies, legislative grounds of administrative responsibility and law-applying practice, the key features of qualification of administrative offenses are systematized. Substantiated that qualification of administrative offenses, as an integral part of administrative-delict applying process, has an official character and certain legal form.*

**Keywords:** administrative responsibility, administrative offenses, administrative-legal qualification, qualification of administrative offense.

З'ясування сутності кваліфікації адміністративних проступків та систематизація її визначальних ознак мають велике значення не тільки для розвитку теорії адміністративно-деліктного права, а й для вдосконалення науково-методичних засад правозастосовної діяльності. Безпомилкова та оперативна кваліфікація адміністративного проступку вимагає від правозастосовця чіткого уявлення про її зміст, алгоритм, принципи та механізми здійснення. Лише за цієї умови вона перетворюється на раціональний, осмислений і послідовний процес, здатний гарантувати правильну юридичну оцінку протиправних посягань та належне застосування адміністративно-деліктних норм на загальному, системному рівні.

Зважаючи на неабияку гостроту проблематики кваліфікації адміністративного проступку, вона слугує предметом уваги відомих вітчизняних науковців: А. І. Берлача, І. П. Голосніченка, Т. О. Гуржія, В. К. Колпакова, О. І. Остапенка та інших<sup>1</sup>. Аналіз спеціальних досліджень змушує констатувати широке розмаїття поглядів на природу та ключові аспекти кваліфікації адміністративного проступку. Всі вони становлять певний інтерес, з точки зору постановки проблемних питань, розгортання наукової дискусії і, звичайно ж, розвитку загального уявлення про адміністративно-правову кваліфікацію та її окремі різновиди.

Тим не менш, потреба у формуванні єдиного підходу до розуміння сутності та ознак кваліфікації адміністративних проступків об'єктивно існує. Адже його відсутність вкрай негативно позначається на формуванні парадигми адміністративно-деліктного права та становленні його понятійно-категоріального апарату. Це зумовлює необхідність побудови цілісного уявлення про кваліфікацію адміністративних проступків, яке б слугувало основою наукового консенсусу, охоплювало найсуттєвіші прояви цього явища, служило задоволенню потреб юрисдикційної практики.

Як цілком слушно наголошує Т. О. Гуржій, сформувати таке уявлення та побудувати універсальне визначення кваліфікації адміністративного проступку можна лише на основі з'ясування його загальних (притаманних для правової кваліфікації в цілому) і спеціальних (обумовлених галузевою специфікою) сутнісних ознак<sup>2</sup>. До таких ознак названий вчений відносить: втілення в оцінці фактичних обставин справи, котра полягає у співвіднесенні фактичного діяння з нормативно-визначеними ознаками правопорушення (ознаками проступку, передбаченого адміністративно-деліктним законодавством); здійснення спеціально уповноваженими суб'єктами (суб'єктами адміністративної юрисдикції) у рамках правозастосовної діяльності; обов'язкову констатацію наявності у скоєному нормативно визначених ознак адміністративного проступку, а також того, що за відповідне посягання не передбачено кримінальну відповідальність (розмежування адміністративних проступків та

відмежування від злочинів); офіційне закріплення в процесуальних документах висновку про кваліфікацію скоєного за конкретною нормою (нормами) адміністративного права<sup>3</sup>.

Концептуально погоджуючись з таким баченням ознак кваліфікації адміністративного проступку, мусимо зауважити, що, на наш погляд, цей процес (а так само – його результат) безпосередньо не залежить того, чи передбачено за аналогічне посягання кримінальну відповідальність. Відповідно до ч. 2 ст. 9 КУпАП, адміністративна відповідальність за правопорушення, передбачені цим Кодексом, настає, якщо ці порушення за своїм характером не тягнуть за собою відповідно до закону кримінальної відповідальності<sup>4</sup>. Як уявляється, дане положення не виключає кваліфікацію правопорушення, як адміністративного, оскільки його ознаки визначаються адміністративно-деліктним законодавством. Той факт, що за аналогічне діяння законодавець встановив кримінальну відповідальність, означає лише одне – наявність колізії (або так званої, міжгалузєвої конкуренції), коли: «один і той самий вид протиправної поведінки винного одночасно охоплюється нормами двох публічних галузей права, які хоч і передбачають різні форми державного реагування, однак за одне й те саме правопорушення одночасно застосовуватися не можуть»<sup>5</sup>. У результаті такої колізії протиправне посягання кваліфікується і як адміністративний проступок, і як злочин, водночас реальна відповідальність за його вчинення настає на підставі кримінального закону.

З точки зору В. В. Середи, визначальними ознаками кваліфікації адміністративного проступку є те, що вона: являє собою оціночний процес, який втілюється у встановленні та оцінці тотожності діяння (дії або бездіяльності) ознакам проступку, передбаченого законодавством про адміністративні проступки; протікає у рамках провадження в справі про адміністративне правопорушення; здійснюється спеціально уповноваженими особами; закріплюється в адміністративно-процесуальному документі – постанові у справі про адміністративне правопорушення. Будь-яку іншу кваліфікацію, яка не

містить сукупності названих трьох перерахованих ознак, цей вчений розглядає як неофіційну<sup>6</sup>.

В цілому цей перелік ознак кваліфікації адміністративного проступку є близьким до запропонованого Т. О. Гуржієм. Його головна відмінність полягає в конкретизації процесуального документа, яким закріплюються висновки кваліфікації. Єдиним документом такого роду В. В. Середа вважає постанову в справі про адміністративне правопорушення.

Зі свого боку зауважимо, що юридичне оформлення результатів кваліфікації здійснюється різними процесуальними документами, а не лише постановою у відповідній справі. Одним з таких документів є протокол про адміністративне правопорушення, в якому, відповідно до чинного законодавства (ст. 256 КУпАП) обов'язково повинні бути зазначені суть адміністративного правопорушення та нормативний акт, який передбачає відповідальність за його вчинення<sup>7</sup>. Хоча, результати кваліфікації, відображені в протоколі про адміністративне правопорушення, не є остаточними, така кваліфікація має цілком офіційний характер та спричиняє конкретні юридичні наслідки (тобто, і фактично, і юридично вона є кваліфікацією адміністративного проступку).

Більш деталізований і, водночас, дещо відмінний перелік ознак кваліфікації адміністративного проступку пропонує увазі загалу К. О. Чишко. З точки зору цього автора, іманентними рисами кваліфікації адміністративного правопорушення виступають наступні: по-перше, це логічно впорядкований розумовий, пізнавальний процес; по-друге, цей процес спрямовується на пізнання юридично значущих ознак адміністративного правопорушення чи проступку, які обумовлюють спричинення шкоди суспільству; по-третє, в ході цього процесу відбувається юридична оцінка правопорушення на предмет відповідності конкретній нормі адміністративно-деліктного законодавства; по-п'яте, суб'єктами кваліфікації можуть бути лише органи та посадові особи, уповноважені на це законом; по-п'яте, підсумковий результат (висновок) кваліфікації втілюється у документальній формі (будь то квитанція про сплату

штрафу чи постанова суду про адміністративний арешт); і, нарешті, по-шосте, обов'язковим наслідком кваліфікації є накладення адміністративного стягнення, тобто застосування адміністративних санкцій щодо порушника<sup>8</sup>.

З викладеним можна погодитись лише частково. Так, справді, з точки зору психології і формальної логіки, кваліфікація адміністративного проступку являє собою пізнавальний процес, спрямований на з'ясування ознак фактичного діяння та їх співвіднесення з ознаками делікту, вказаними у законі. Дійсно, така кваліфікація має офіційний характер та здійснюється спеціально уповноваженими суб'єктами. Не підлягає сумніву і той факт, що результати кваліфікації адміністративного проступку знаходять обов'язкове відображення в процесуальних документах.

Разом з тим, варто зазначити, що в ході кваліфікації адміністративного проступку ознаки фактичного посягання зіставляються далеко не з однією нормою, як стверджує К. О. Чижко, а з цілою низкою положень адміністративно-деліктного законодавства. Адже наразі не існує жодного адміністративного проступку, всі ознаки якого містилися б в одній єдиній нормі адміністративно-деліктного права. Для того, щоб кваліфікувати адміністративний проступок, уповноважений суб'єкт юрисдикції мусить звертатися до широкого кола адміністративно-деліктних норм і законодавчих положень, зокрема, тих, які визначають загальні ознаки правопорушення (див., наприклад, ст.ст. 10, 11, 12 КУпАП).

Також небезспірною видається ідея про те, що обов'язковим наслідком кваліфікації адміністративного проступку є накладення адміністративного стягнення. На практиці іноді трапляються випадки, коли висновки кваліфікації, зроблені на етапі порушення справи та відображені в адміністративному протоколі, надалі не знаходять свого підтвердження. Наслідком цього може бути або перекваліфікація посягання за іншого нормою (наприклад, кримінально-правовою), або ж закриття справи через відсутність у скоєному складу адміністративного проступку. За таких умов розгляд справи завершується без при-



йняття рішення про застосування адміністративно-деліктних санкцій. Але це не скасовує той факт, що при порушенні справи була здійснена кваліфікація адміністративного проступку, котра мала визначені юридичні (зокрема, процесуальні) наслідки.

Варто додати, що не тільки попередня, але й остаточна кваліфікація адміністративного проступку далеко не завжди «увінчується» накладенням адміністративних стягнень. Вітчизняне адміністративно-деліктне законодавство передбачає низку обставин, які виключають відповідальність особи за вчинення посягання, яке містить ознаки адміністративного проступку та, відповідно, кваліфікується як адміністративне правопорушення. До таких обставин належать крайня необхідність (ст. 18 КУпАП), необхідна оборона (ст. 19 КУпАП) та неосудність (ст. 20 КУпАП). Крім того, особа, яка вчинила адміністративний проступок може бути звільнена від адміністративної відповідальності з огляду на його малозначність або ж у зв'язку з передачею матеріалів на розгляд громадської організації чи трудового колективу для застосування відносно неї заходів громадського впливу (див. ст.ст. 20 та 21 КУпАП). Підкреслимо, що в усіх зазначених випадках має місце кваліфікація адміністративного проступку та процесуальне закріплення її результатів, проте адміністративне стягнення на порушника не накладається. Відповідно, застосування адміністративних санкцій не можна вважати її обов'язковою ознакою.

Не знаходить практичного підтвердження висновок К. О. Чижка стосовно того, що документальне закріплення результатів кваліфікації адміністративного проступку може здійснюватись у такому документі, як квитанція про сплату штрафу. Наочним прикладом може слугувати квитанція про сплату штрафу за порушення Правил дорожнього руху. Відповідно до п. 8.8. Постанови Правління Національного банку України від 29.12.2001 р. № 563 «Про затвердження Положення про порядок накладення адміністративних штрафів», сплата адміністративних штрафів (в тому числі, штрафів за порушення ПДР) здійснюється через банківську установу,

про що платник отримує відповідну квитанцію<sup>9</sup>. Електронна форма заповнення платіжного документу (квитанції) про сплату штрафу за порушення ПДР, розміщена на сайті Департаменту патрульної поліції МВС України, передбачає обов'язкове зазначення наступних реквізитів: П.І.Б. платника; серія, номер і дата винесення постанови про накладення адміністративного стягнення; сума штрафу; код платежу у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху<sup>10</sup>. Як неважко помітити, жоден з цих реквізитів не містить інформації про те, за яким саме положенням адміністративно-деліктного законодавства було кваліфіковано правопорушення. У світлі цього квитанція про сплату адміністративного штрафу виглядає не найкращою ілюстрацією ознаки документального закріплення результатів кваліфікації.

На підставі викладених міркувань та з урахуванням відповідних положень теорії адміністративно-деліктного права, в якості визначальних ознак кваліфікації адміністративного проступку можемо визначити такі:

— по-перше, це пізнавально-аналітична діяльність щодо з'ясування ознак фактичного посягання та їх співвіднесення з ознаками адміністративного проступку, зазначеними у законі. Ця діяльність передбачає пізнання юридичної суті вчиненого протиправного діяння та, водночас, формування кінцевого умовисновку про те, що воно є адміністративним проступком, який тягне за собою відповідальність на підставі конкретних положень адміністративно-деліктного законодавства;

— по-друге, таке співвіднесення здійснюється за допомогою та на основі спеціальної логіко-юридичної конструкції — складу адміністративного проступку. Склад адміністративного проступку є абстрактною «моделлю» делікту в сукупності його об'єктивних і суб'єктивних ознак, яка дозволяє зіставити явища різного порядку (реальний життєвий вчинок та адміністративно-деліктну норму) та зробити висновок про їх змістовну тотожність;

— по-третє, суб'єктом кваліфікації виступає особа, уповноважена здійснювати провадження в справах про адміністратив-

ні проступки (суб'єкт адміністративно-деліктного провадження). Чинне законодавство наділяє повноваженнями щодо розгляду та вирішення справ про адміністративні проступки понад 100 різних суб'єктів (в т.ч., виконкоми сільських, селищних, міських рад та їх посадових осіб, суди, органи Національної поліції, органи державних інспекцій та багатьох інших). На різних етапах розгляду підвідомчої їм справи (починаючи від складання протоколу і закінчуючи винесенням постанови про накладення адміністративного стягнення) вони дають офіційну оцінку адміністративно-деліктному посягання, а отже виступають суб'єктами його кваліфікації. Крім того, офіційну кваліфікацію адміністративного проступку можуть здійснювати прокурори та заступники прокурора, які у рамках нагляду за законністю адміністративно-деліктного провадження мають право брати участь у розгляді справи, давати висновки з питань, що виникають під час її розгляду, вносити подання, оскаржувати процесуальні рішення, а також вчиняти інші дії, які передбачають юридичну фактичного посягання;

– по-четверте, кваліфікація адміністративного проступку є невід'ємним елементом застосування адміністративно-деліктних норм. Кваліфікація має місце на всіх стадіях правозастосовного процесу. Вона слугує необхідною умовою порушення адміністративної справи та визначення її підвідомчості. Значною мірою вона обумовлює перебіг провадження, форму та зміст прийнятих рішень. У кінцевому підсумку саме вона визначає результат адміністративно-деліктного провадження, тобто юридичні наслідки вчиненого посягання. Таким чином, кваліфікація адміністративного проступку втілює гносеологічний аспект правозастосування, пов'язаний з пізнанням та юридичною оцінкою фактів об'єктивної дійсності;

– по-п'яте, кваліфікація адміністративного проступку передбачає обов'язкову констатацію наявності у фактичному посяганні всіх ознак складу адміністративного проступку, відповідальність за вчинення якого встановлена чинним законодавством. Результатом такої кваліфікації є висновок про вчинення особою адміністративного проступку. У всіх інших

випадках матимуть місце інші види адміністративно-правової кваліфікації. Разом з тим, кваліфікація скоєного як адміністративного проступку за певних обставин може не тягнути за собою накладення адміністративного стягнення та застосування заходів адміністративної відповідальності. Іншими словами, кваліфікація адміністративного проступку – це завжди визнання факту його вчинення, але не завжди притягнення порушника до адміністративної відповідальності;

– по-шосте, результати кваліфікації адміністративного проступку знаходять обов'язкове відображення в процесуальних документах. Офіційний характер кваліфікації адміністративного проступку обумовлює не лише її здійснення спеціально уповноваженими суб'єктами влади, а й документальне закріплення її проміжних і підсумкових результатів. Як правило, таке закріплення відбувається, в тих процесуальних документах, які результують ключові етапи адміністративно-деліктного провадження (адміністративному протоколі, постанові про накладення адміністративного стягнення та деяких інших).

Отже, наведений перелік ознак досить повно характеризує явище кваліфікації як пізнавальний аналітичний процес та інтегральну складову правозастосовної діяльності. Зважаючи на це, він може слугувати як підґрунтям подальших тематичних досліджень, так і основою для визначення поняття «кваліфікації адміністративного проступку».

1. *Голосніченко І., Стахурський М., Золотарьова Н.* Попереднє адміністративне розслідування як стадія провадження в справах про адміністративні проступки // *Право України*. 2002. № 2. С. 26-30; *Гуржій Т. О.* Місце юридичної кваліфікації у процесі правозастосування // *Право України*. 2006. № 4. С. 29-31; *Гуржій Т. О.* Перспективи розвитку адміністративно-деліктного законодавства України // *Адміністративне право і процес*. 2014. № 3. С. 156-158; *Колпаков В. К.* Адміністративно-деліктний правовий феномен: монографія. Київ: Юрінком-інтер, 2004. 528 с.; *Остапенко О. І.* Кваліфікація адміністративних правопорушень: монографія. Львів: Львівський інститут внутрішніх справ при НАВСУ, 2000. 173 с. 2. *Гуржій Т. О.* Логіко-методологічні засади визначення поняття адміністративно-правової кваліфікації // *Вісник Української Академії державного управління при Президентові України*. 2002. № 4. С. 219.

3. *Гуржій Т. О.* Керування автотранспортними засобами: адміністративно-деліктний аспект: монографія. Кіровоград: Полімед-сервис, 2007. С. 16. 4. *Кодекс* України про адміністративні правопорушення // ВВР Української РСР. 1984. Дод. до № 51. Ст. 1122. 5. *Калмиков Д. О.* Правова оцінка жорстокого поводження з тваринами за законодавством України // Вісник Верховного суду України. 2014. № 11 (141). С. 40. 6. *Середа В. В.* Щодо питання кваліфікації правопорушень, за які передбачено дисциплінарну відповідальність // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія «Юридичні науки». 2014. Вип. 1. С. 205. 7. *Кодекс* України про адміністративні правопорушення // ВВР Української РСР. 1984. Дод. до № 51. Ст. 1122. 8. *Чушко К. О.* Адміністративно-правова кваліфікація та кваліфікація адміністративного правопорушення (проступку): поняття, ознаки, передумови // Вісник Харківського національного університету. 2015. № 3. С. 154-155. 9. *Про затвердження* Положення про порядок накладення адміністративних штрафів: Постанова Правління Національного банку України від 29.12.2001 р. № 563 // Офіційний вісник України. 2002. № 5. Ст. 199. 10. *Слота* штрафів за порушення правил дорожнього руху // Офіційний сайт Департаменту патрульної поліції МВС України. URL://<https://www.portmone.com.ua/r3/uk/oschadnybank-police/services/budget/fines>

### ***Nefedova Alona.* Detailed characteristics of qualification of administrative offenses**

Clarifying the essence of the qualification of administrative offence and its systematization of defining features are of great importance not only for the development of the theory of administrative and tort law, but also for improving scientific and methodological foundations of law enforcement activities. The irrefutable and immediate qualification of an administrative misdemeanor requires from the law-enforcement official a clear idea of content, algorithm, principles and mechanisms of implementation. Under this condition only, it becomes a rational, meaningful and consistent process, capable to guarantee correct legal assessment of unlawful encroachments and the proper application of administrative and tort standards on general, systematic level.

An important key to the effective functioning of the institute of the administrative liability is the prompt and unmistakable qualification of administrative offences, that guarantees the inevitability, proportionality and relevancy of the state's response to the violation of the administrative and tort law. Given its relevance, the problem of the qualification of administrative offences is increasingly discussed in scientific and practical communities. A large number of sectoral studies, research-to-practice conferences and tutorial workshops are focused on this problem.

The analysis of special studies makes it possible to state a wide variety of views on the nature and key aspects for qualification of administrative offence. All of them have a certain interest, from the point of viewpoint of problem issues, the deployment of scientific discussion and, of course, the development of a general idea of administrative and legal qualifications and its individual varieties.

Nevertheless, the necessity for a unified approach to understanding the essence and attributes of the qualification of administrative offence objectively exists. Indeed this absence has an extremely negative effect on the formation of the paradigm of administrative and tort law and the formation of its conceptual-categorical apparatus. These necessities stipulate the creation of holistic view on the qualification of administrative offence, which would serve as the basis for scientific consensus, encompassing the most significant manifestations of this phenomenon, meet the needs of jurisdictional practices.

To formulate such an idea and build a universal definition of the qualification of administrative offence can only be based on the determination of its general (inherent in the legal qualification in the whole) and special (due to industry specificity) essential features.

On the basis of integrated contemporary theoretical research, taking into account legal framework of administrative responsibility and jurisprudence, we can define the following attributes of the qualification of administrative offence. First, this is a cognitive-analytical activity for finding out the signs of actual encroachment and their correlation with the signs of administrative offence, specified in the law. Second, such a correlation is carried out with the help and on the basis of a special logical and legal structure – the content of administrative offence. Third, the subject of qualification is always the person authorized to conduct proceedings in cases of administrative offence (the subject of administrative delinquency proceedings). Fourth, the qualification of administrative offence is an integral part of the application of administrative and tort rules. Fifth, it provides mandatory confirmation of presence of all evidence for administrative offence in actual encounter, which responsibility is established for by the current legislation (the result of this qualification is the conclusion of the person's commission of administrative offence). Sixth, the results of the qualification of administrative offence are mandatory in procedural documents. The above list of features is quite complete and, at the same time, it clearly characterizes the phenomenon of qualification as a cognitive analytical process and an integral part of law enforcement activity. In this regard it can serve as the grounding for further thematic studies as well as the basis for defining the concept of «qualification of administrative offence».

**Keywords:** administrative responsibility, administrative offenses, administrative-legal qualification, qualification of administrative offense.

ЦИВІЛЬНЕ, ПІДПРИЄМНИЦЬКЕ  
ТА ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

УДК 347.949: 347.4

С. О. КОРОЄД

**ТЯГАР ДОВЕДЕННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ:  
ОСОБЛИВОСТІ РОЗПОДІЛУ ОБОВ'ЯЗКІВ  
ПО ДОКАЗУВАННЮ В ДОГОВІРНИХ СПОРАХ**

*Розкривається роль процесу доказування в цивільному судочинстві. Висвітлюється правова природа інституту розподілу обов'язків по доказуванню в цивільному процесі. Наводиться співвідношення принципу змагальності із принципом вини в цивільному праві. Дається аналіз механізму переміщення обов'язку по доказуванню того чи іншого факту від однієї сторони до іншої. Визначається послідовність виконання кожною стороною в договірному спорі обов'язків по доказуванню. Обґрунтовано висновок, що оскільки в договірному зобов'язанні вчинення однією стороною певних дій є передумовою вчинення наступних дій іншою стороною, тому в такій самій послідовності й буде переміщатися обов'язок по доказуванню від однієї сторони в зобов'язанні, яка в силу умов договору зобов'язана була вчинити певну дію за договором, до іншої сторони, яка має за умовами договору вчинити наступну дію в зобов'язанні.*

**Ключові слова:** цивільний процес, цивільне судочинство, доказування, тягар доведення, розподіл обов'язків по доказуванню, предмет доказування, договірні спори, умови договору.

**Короєд С. А. Бремя доказывания в гражданском процессе: особенности распределения обязанностей по доказыванию в договорных спорах**

*Раскрывается роль процесса доказывания в гражданском судопроизводстве. Освещается правовая природа института распределения обязанностей по доказыванию в гражданском процессе. Приводится соотношение*

принципа состязательности с принципом вины в гражданском праве. Дается анализ механизма перемещения обязанности по доказыванию того или иного факта от одной стороны к другой. Определяется последовательность выполнения каждой стороной в договорном споре обязанностей по доказыванию. Обоснован вывод, что поскольку в договорном обязательстве совершение одной стороной определенных действий является предпосылкой совершения последующих действий другой стороной, поэтому в такой же последовательности и будет перемещаться обязанность по доказыванию от одной стороны в обязательстве, которая в силу условий договора обязана была совершить определенное действие по договору, к другой стороне, которая должна по условиям договора совершить последующее действие в обязательстве.

**Ключевые слова:** гражданский процесс, гражданское судопроизводство, доказывание, бремя доказывания, распределение обязанностей по доказыванию, предмет доказывания, договорные споры, условия договора.

**Koroied Serhii. The burden of proof in civil proceedings: features of allocation of responsibilities for providing of evidence in contractual disputes**

*The role of the process of providing of evidence in civil proceedings is disclosed. The legal nature of the institute of allocation of responsibilities for providing of evidence in civil proceedings is highlighted. The relation of the adversarial principle with the principle of guilt in civil law is given. An analysis is made of the mechanism for relocation of a burden to prove one fact or another from one party to the other. It is determined the sequence of performance by each party in a contractual dispute of responsibilities for proof. The conclusion is substantiated that since in a contractual obligation, the performance by one party of certain actions is a prerequisite for the subsequent actions by the other party, therefore, in the same sequence, the obligation to provide evidence will be transferred from one party of the obligation, which by virtue of the terms of the contract was obliged to perform a certain action under the contract, to the other party, which according to the terms of the contract must perform the subsequent action in the obligation.*

**Keywords:** civil procedure, civil proceedings, proof, burden of proof, allocation of responsibilities for providing of evidence, subject of proof, contractual disputes, contract terms.

Як відомо, для ухвалення законного і обґрунтованого рішення по суті спору суду необхідно встановити ряд обставин (підставу позову), тобто коло фактів передусім матеріально-правового характеру, передбачених гіпотезами норм матеріального права, з якими закон пов'язує настання певних правових наслідків у вигляді можливості застосування того чи іншого



способу захисту цивільних прав. Зазначені обставини встановлюються судом в процесі доказування за допомогою доказів, які в позовному провадженні заявляються та подаються учасниками справи. Це пов'язано з тим, і про це ще зауважував відомий дореволюційний процесуаліст Є. В. Васьковський, що «суд не вправі вірити сторонам на слово. Він не може задовольнити позовну вимогу на тій лише підставі, що вважає позивача чесною людиною, нездатною пред'явити неправову вимогу, і так само не може відмовити в позові, керуючись тим, що заперечення відповідача заслуговують, з огляду на його моральні якості, повної довіри. Суд приймає до уваги заяви і твердження сторін лише тією мірою, в якій встановлена їх достовірність»<sup>1</sup>.

У зв'язку з цим, до процесу доказування закон висуває певні вимоги і підпорядковує його певним правилам, включаючи норму про розподіл між сторонами тягаря доведення (обов'язків по доказуванню). Адже, якщо в ході розгляду цивільної справи було отримано достатню кількість доказів для достовірного встановлення обставин, що мають значення для справи, пряме застосування правил про наслідки невиконання тягаря доведення не є необхідними. Однак, коли неможливо достовірно встановити обставини справи у зв'язку з відсутністю доказів або їх недостатністю, суд не має права ухвалити рішення з посиланням на недостатність доказів або невстановленість фактичних обставин справи. З метою усунення невизначеності і обмеження довільності оцінки наявності фактів, повинен використовуватися інститут розподілу доказового тягаря. Якщо доведення одного і того ж факту вважається обов'язком кожної зі сторін і переміщається в ході розгляду справи, виникають труднощі в ухваленні обґрунтованого і законного судового рішення в умовах, коли отримання достовірної інформації про факт неможливе<sup>2</sup>.

Пленум Верховного Суду України в своїй постанові від 12.06.2009 р. № 5 «Про застосування норм цивільного процесуального законодавства, що регулюють провадження у справі до судового розгляду» наголошував про те, що суд має з'ясувати, які є докази на підтвердження фактів; визначити

коло доказів відповідно до характеру спірних правовідносин і роз'яснити, якій із сторін слід довести певні обставини.

Раніше ми вже досліджували питання про те, чи може процесуальний принцип змагальності розподіляти між сторонами в справі обов'язок доказування, та обґрунтували висновок, що обов'язок доведення в цивільному процесі стороною — учасником спірних цивільних правовідносин певних матеріально-правових фактів це не принцип змагальності, а принцип вини, який діє в цивільному праві та чітко розподіляє обов'язки по доказуванню конкретних фактів між сторонами цивільних правовідносин. Ми вважали, що таке розуміння принципу змагальності має виключити існуючі в судовій практиці випадки, коли відповідачі в силу принципу змагальності зобов'язані заперечувати і надавати відповідні докази на спростування нічим не підтверджених доводів позивача, коли обов'язок доведення існування певних обставин покладається саме на позивача, а не навпаки — зобов'язувати відповідача доводити відсутність певних обставин, існування яких не довів позивач<sup>3</sup>.

Новий Цивільний процесуальний кодекс України (в редакції Закону від 3 жовтня 2017 року) (далі — ЦПК України) посилив змагальні засади цивільного судочинства, надавши більшого значення діям сторін в процесі доказування та підвищивши таким чином значення інституту розподілу обов'язків по доказуванню (тягаря доведення). Проте не дав відповіді стосовно співвідношення принципу змагальності із принципом вини в цивільному праві та механізму переміщення обов'язку по доказуванню того чи іншого факту від однієї сторони до іншої, тобто якій із сторін слід довести певні обставини. Послідовність виконання кожною стороною (позивачем і відповідачем) обов'язків по доказуванню ЦПК України теж не визначено, а це спричиняє неабиякі труднощі під час розгляду передусім договірних спорів, в яких обидві сторони за умовами договору мають одночасно права і обов'язки по відношенню одна до одної, а відтак, в межах одного договірного зобов'язання мають доказувати факти виконання кількох обов'язків по відношенню одна до одної.

Тому визначення порядку переміщення обов'язку по доказуванню виконання стороною того чи іншого обов'язку (вчинення конкретної дії) в договірних відносинах й ставить за мету наша стаття.

В цивільному процесі тягар доведення визначають як комплексне процесуальне явище, що являє собою поєднання прав учасника процесу і необхідності висунути і довести підстави своїх вимог і заперечень, обумовлене його матеріально-правовою заінтересованістю в результаті справи, обов'язків по доведенню фактів, що мають процесуальне значення, а також комплекс процесуальних обов'язків суду по встановленню юридично значимих обставин<sup>4</sup>.

Загальновизнаним підходом серед вчених-процесуалістів є те, що обов'язки по доказуванню розподіляються між сторонами на підставі загального правила, встановленого в процесуальному законі, і спеціальних (окремих) правил, що містяться в нормах матеріального права<sup>5</sup>.

В юридичній літературі підтримується позиція, що обов'язок доказування не переміщається від позивача, який не довів свою вимогу, до протилежної сторони. Так, відповідач може заперечувати обґрунтовано або без наведення аргументів, але непереконливість і голослівність його заперечень не дає переваги позивачеві, оскільки обов'язок довести підставу позову згідно із законом є обов'язком саме позивача. Цей обов'язок ані угодою сторін, ані ухвалою суду, не передається іншому учаснику процесу. Так само відбувається й у випадку, коли певні обставини, в силу правил доказування, повинен довести відповідач, але не зміг їх довести; його процесуальний обов'язок не передається позивачу, а тягне ухвалення судом рішення проти відповідача<sup>6</sup>.

При цьому найбільш поширеним способом встановлення спеціальних (окремих) правил розподілу тягаря доведення визнаються доказові презумпції, найбільш поширеною серед яких є презумпція вини правопорушника. У цивільному праві вона поділяється на два підвиди. Перший вид – презумпція вини заподіювача шкоди. Іншим підвидом є презумпція вини

особи, яка не виконала зобов'язання або виконала його неналежним чином<sup>7</sup>.

В цивільному праві України презумпція вини заподіювача шкоди (в деліктних правовідносинах) знаходить свій вираз у ст. 1166 Цивільному кодексі України (далі – ЦК України), згідно з якою особа, яка завдала шкоди, звільняється від її відшкодування, якщо вона доведе, що шкоди завдано не з її вини.

Презумпція вини особи, яка не виконала зобов'язання або виконала його неналежним чином (в договірних правовідносинах), закріплена у ст. 614 ЦК України, за якою особа, яка порушила зобов'язання, несе відповідальність за наявності її вини (умислу або необережності), якщо інше не встановлено договором або законом. Особа є невинуватою, якщо вона доведе, що вжила всіх залежних від неї заходів щодо належного виконання зобов'язання. Відсутність своєї вини доводить особа, яка порушила зобов'язання.

При цьому законом встановлено, що кожна із сторін у зобов'язанні має право вимагати доказів того, що обов'язок виконується належним боржником або виконання приймається належним кредитором чи уповноваженою на це особою, і несе ризик наслідків непред'явлення такої вимоги (ч. 2 ст. 527 ЦК України). А відтак, інша сторона зобов'язана надати такі докази на підтвердження належного виконання свого обов'язку (вчинення певної дії відповідно до умов договору). Разом з тим, прийнявши виконання зобов'язання, кредитор повинен на вимогу боржника видати йому розписку про одержання виконання частково або в повному обсязі; якщо боржник видав кредиторіві борговий документ, кредитор, приймаючи виконання зобов'язання, повинен повернути його боржникові. У разі неможливості повернення боргового документа кредитор повинен вказати про це у розписці, яку він видає; наявність боргового документа у боржника підтверджує виконання ним свого обов'язку. У разі відмови кредитора повернути борговий документ або видати розписку боржник має право затримати виконання зобов'язання. У цьому разі настає протрочення кредитора (ст. 545 ЦК України).

Таким чином, згідно із наведеними положеннями матеріального права обов'язок доведення факту вчинення тієї чи іншої дії (включаючи доведення факту її належного виконання) покладається на суб'єкта, який зобов'язаний був за умовами договору чи в силу закону вчинити відповідну дію (виконати певний обов'язок), факт вчинення якої оспорується іншою стороною, яка доводить прострочення з боку винної особи.

Саме ці положення норм матеріального права є визначальними при визначенні послідовності переміщення обов'язку по доказуванню фактів виконання стороною того чи іншого зобов'язання (конкретної дії) в договірних відносинах.

Адже від цього залежить правильне встановлення факту порушення зобов'язання (згідно з ч. 1 ст. 610 ЦК України порушенням зобов'язання є його невиконання або виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання (неналежне виконання), а також конкретної особи-сторони в зобов'язанні, яка допустила прострочення (згідно з ч. 1 ст. 612 ЦК України боржник вважається таким, що прострочив, якщо він не приступив до виконання зобов'язання або не виконав його у строк, встановлений договором або законом; відповідно до ч. 1 ст. 613 ЦК України кредитор вважається таким, що прострочив, якщо він відмовився прийняти належне виконання, запропоноване боржником, або не вчинив дій, що встановлені договором, актами цивільного законодавства чи впливають із суті зобов'язання або звичаїв ділового обороту, до вчинення яких боржник не міг виконати свого обов'язку).

Як відомо, цивільно-правовий договір є підставою виникнення зобов'язання, яким є правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від вчинення певної дії (негативне зобов'язання), а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку (ст.ст. 11, 509 ЦК України). І навіть встановлена законом обов'язкова письмова форма багатьох цивільно-правових договорів не робить їх недійсними при її недодержанні, а лише

забороняє обґрунтовувати рішення суду свідченнями свідків, дозволяючи водночас використання письмових доказів, засобів аудіо-, відеозапису та інших доказів (ст. 218 ЦК України).

Якщо кожна із сторін у зобов'язанні має одночасно і права, і обов'язки, вона вважається боржником у тому, що вона зобов'язана вчинити на користь другої сторони, і одночасно кредитором у тому, що вона має право вимагати від неї; договір є двостороннім, якщо правами та обов'язками наділені обидві сторони договору (ч. 2 ст. 510, ч. 3 ст. 626 ЦК України).

При цьому, виконання зобов'язань, реалізація, зміна та припинення певних прав у договірному зобов'язанні можуть бути зумовлені вчиненням або утриманням від вчинення однією із сторін у зобов'язанні певних дій чи настанням інших обставин, передбачених договором, у тому числі обставин, які повністю залежать від волі однієї із сторін (ч. 2 ст. 526 ЦК України). Якщо кредитор не вчинив дії, до вчинення яких боржник не міг виконати свій обов'язок, виконання зобов'язання може бути відстрочене на час прострочення кредитора; прострочення боржника не настає, якщо зобов'язання не може бути виконане внаслідок прострочення кредитора (ч. 2 ст. 613, ч. 4 ст. 612 ЦК України). Зобов'язання припиняється частково або у повному обсязі на підставах, встановлених договором або законом, зокрема його виконанням, проведеним належним чином (ст.ст. 598, 599 ЦК).

Отже, в цивільно-правових зобов'язаннях, які ґрунтуються на двосторонніх договорах, кожна із сторін є одночасно кредитором і боржником по відношенню до іншої сторони. Виконувати умови договору кожна сторона має у чіткій послідовності із договором чи положеннями закону, який регулює конкретний вид договору, після вчинення (утримання від вчинення) іншою стороною певних дій (настання певних обставин). Залежно від виду договору, зазвичай, вчинення однією стороною певних дій є передумовою вчинення наступних дій іншою стороною. А відтак, кожна сторона зобов'язана доводити факти виконання нею свого конкретного обов'язку (вчинення конкретної дії) в тій черговості, яка встановлена умовами договору.

Тому в такій саме послідовності й буде переміщатися обов'язок по доказуванню від однієї сторони в зобов'язанні, яка в силу умов договору зобов'язана була вчинити певну дію за договором, до іншої сторони, яка має за умовами договору вчинити наступну дію в зобов'язанні.

1. *Васьковський Е. В.* Учебник гражданского процесса / под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. Млсква: Зерцало, 2003. С. 238. 2. *Позняк М. М.* Некоторые вопросы распределения бремени доказывания по гражданским делам // Право: история, теория, практика: материалы V Междунар. науч. конф. (г. Санкт-Петербург, июль 2017 г.). СПб.: Свое издательство, 2017. С. 53-56. URL: <https://moluch.ru/conf/law/archive/227/12700/>. 3. *Короєд С. О.* Змагальність у цивільному судочинстві як форма реалізації принципів вини і добросовісності в цивільному праві // Судова апеляція. 2014. № 3 (36). С. 56-61. 4. *Баулін О. В.* Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.15. Москва, 2005. 394 с. URL: <http://www.dslib.net/civil-process/bremja-dokazyvaniya-pri-razbiratelstve-grazhdanskih-del.html>. 5. *Треушников М. К.* Судебные доказательства. 4-е изд., перераб. и доп. Москва: Городец, 2005. С. 68. 6. *Мурадян Э. М.* Истина как проблема судебного права. Москва: Былина, 2002. С. 61-62. 7. *Уколова Т. Н., Шевченко А. А.* Правила распределения обязанностей по доказыванию в гражданском процессе // Вестник Волжского университета имени В. Н. Татищева. 2010. С. 69-80. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/pravila-raspredeleniya-obyazannostey-po-dokazyvaniyu-v-grazhdanskom-protssesse>.

### ***Koroied Serhii.* The burden of proof in civil proceedings: features of allocation of responsibilities for providing of evidence in contractual disputes**

As you know, for the adoption of a legitimate and justified judgment on the merits of a court dispute, it is necessary to establish a number of circumstances (the basis of the claim), that is, the range of facts, primarily of material nature, provided by the hypotheses of the substantive law, with which the law links the onset of certain legal consequences in the form of ability to apply one or another method of protection of civil rights. These circumstances must be established by the court in the process of proof by means of evidence, which in action proceedings are filed by the parties of the proceeding. In this regard, in the process of proof, the law imposes certain requirements and subordinate it to certain rules, including the rule of sharing the burden of proof between the parties (the burden of proof).

The new Civil Procedural Code of Ukraine has strengthened the adversarial principles of civil proceedings, placing greater emphasis on the actions of the

parties in the process of providing of evidence, and thus increasing the value of the institution of allocation of responsibilities for providing of evidence (burden of proof). However, he did not give an answer regarding the relationship between the adversarial principle with the principle of guilt in civil law and the mechanism for relocation of the obligation to prove one or other fact from one party to the other, in other words which of the parties must prove certain circumstances. The sequence of performance by each party of the obligations to prove also not enshrined by Code, which entails considerable difficulties in considering, above all, the contractual disputes in which both parties under the terms of the contract have both rights and obligations in relation to each other, and therefore, within the limits of one contractual obligation must prove the performance of several obligations in relation to each other.

In the civil process, the burden of proof is defined as a complex procedural phenomenon, which is a combination of the rights of the participant in the process and the need to place and prove the grounds of their claims and objections, due to its material interest in the result of the case, the obligations to prove the facts of procedural importance, as well as a complex of procedural duties of the court for the establishment of legally significant circumstances.

A commonly accepted approach among academic scientists in procedural sphere is that the burden of proof is shared between the parties based on the general rule established in the procedural law and special (separate) rules established in the rules of substantive law. Legal literature supports the position that the burden of proof does not relocate from the plaintiff who has not proved his claim on the opposite side.

In accordance with the provisions of the Civil Code of Ukraine, the obligation to prove the fact of committing one or another action (including proof of the fact that this action is properly executed) lies upon the subject, who was obliged under the terms of the contract or by virtue of the law to perform the corresponding action (to fulfill a certain obligation), the fact of committing of which is challenged by the other party, which proves delay by the guilty person. These provisions of the substantive law are decisive in determining the sequence of relocation of duty to prove the performance of a party's obligations (concrete action) in contractual relations.

It is concluded that in civil law obligations based on bilateral treaties, each party is simultaneously a creditor and a debtor in relation to the other party. Each party has to comply with the terms of the contract in strict accordance with the contract or provisions of the law governing a specific type of contract, after committing (refraining from committing) by the other party of certain actions (under certain circumstances). Depending on the type of contract, usually one party committing certain actions is a prerequisite for the next steps being taken by the other party. And so, each party is obliged to prove the facts of performance of its specific obligation (committing of a concrete action) in



order that is established by the terms of the contract. Therefore, in such a sequence, there will be relocated duty to prove from one party of obligation, which, by virtue of the terms of the contract, was obliged to perform a certain action under the terms of contract, to the other party, which, under the terms of the contract, has to perform the following action in the obligation.

**Keywords:** civil procedure, civil proceedings, proof, burden of proof, allocation of responsibilities for providing of evidence, subject of proof, contractual disputes, contract terms.

УДК 347.9

**Н. С. ГОРБАНЬ**

## **ПРО ПЕРЕВАГИ МЕДІАЦІЇ ТА МИРОВОЇ УГОДИ У ВИКОНАВЧОМУ ПРОВАДЖЕННІ**

*Досліджено переваги застосування медіації та/або мирової угоди у виконавчому провадженні. Аналізуються положення законодавства, якими регулюється процедура укладення мирової угоди у виконавчому провадженні на предмет наявності проблем, які потребують законодавчого врегулювання. Встановлюються окремі випадки, коли під час здійснення виконавчого провадження доцільно застосувати процедуру медіації. Зроблено висновки щодо необхідності змінити політику держави щодо застосування обмеження окремих прав боржників.*

**Ключові слова:** виконавче провадження, медіація, мирова угода, виконавець.

**Горбань Н. С. О преимуществах медиации и мирового соглашения в исполнительном производстве**

*Исследуются преимущества при применении медиации и / или мирового соглашения в исполнительном производстве. Анализируются положения законодательства, регулирующие процедуру заключения мирового соглашения в исполнительном производстве на предмет наличия проблем, требующих законодательного урегулирования. Устанавливаются отдельные случаи, когда при осуществлении исполнительного производства целесообразно применить процедуру медиации. Сделаны выводы о необходимости изме-*

---

© ГОРБАНЬ Наталія Сергіївна — кандидат юридичних наук, асистент кафедри нотаріального та виконавчого процесу й адвокатури Київського національного університету імені Тараса Шевченка

нить політику государства по применению ограничения отдельных прав должников.

**Ключевые слова:** исполнительное производство, медиация, мировое соглашение, исполнитель

**Horban Nataliia. On advantages of mediation and amicable agreement in enforcement proceeding**

*The article deals with the research of advantages of mediation and/or amicable agreement in enforcement proceeding. It analyzes the provisions of legislation, which regulate the procedure of amicable agreement conclusion in enforcement proceeding in connection with the issues, that need legislative regulation. The certain cases, where mediation procedure shall be applied during enforcement proceedings, are established. A general conclusion emphasis on the necessity of changing of the state policy concerning the restriction of some debtors' rights.*

**Keywords:** enforcement proceeding, mediation, amicable agreement, state enforcement officer.

Сфера примусового виконання судових рішень і рішень інших органів та осіб є предметом підвищеної уваги. Законодавець, науковці і практики шукають всі можливі способи і механізми, застосування яких сприятиме тому, щоб 1 790 540 виконавчих проваджень, які зареєстровані станом на жовтень 2018 року<sup>1</sup> в Автоматизованій системі виконавчих проваджень, були виконані. В протилежному випадку діяльність системи правосуддя не буде ефективною, так як виконання судового рішення є невід'ємною складовою права кожного на судовий захист і охоплює, зокрема, законодавчо визначений комплекс дій, спрямованих на захист і відновлення порушених прав, свобод, законних інтересів фізичних та юридичних осіб, суспільства, держави. Невиконання судового рішення не тільки загрожує сутності права на справедливий розгляд судом, яке гарантоване на конституційному рівні, а й підриває довіру суспільства до держави. Аналіз вітчизняної моделі виконавчого провадження вказує, що особливу увагу слід зосередити на запровадженні альтернативних способів підвищення ефективності виконавчого провадження. Міністерством юстиції було затверджено Паспорт реформи системи виконання судових рішень, в якому питання медіації закладено у першу стратегіч-

ну ціль, яка пов'язана зі створенням мотивації для добровільного виконання судових рішень і розвитком передових норм, що стосуються медіаційної процедури перемовин. Настав час, коли необхідно докласти максимум зусиль із боку уповноважених органів держави, громадськості, наукової спільноти для нівелювання правового нігілізму в сфері виконання судових рішень та, перш за все, недопущення порушення прав осіб, учасників виконавчого провадження.

Розробка теоретичної моделі медіації в процесі виконання судових рішень і рішень інших органів може бути успішною, якщо на її основі буде досягнуто позитивних результатів у практичній діяльності виконавців. Тому, у контексті аналізу існуючих підходів до розуміння поняття медіації, її інституційних особливостей, значний інтерес являють судження сучасних вчених, які досліджують дану проблематику в сфері виконавчого провадження. Серед них: О. О. Дерій, О. О. Кармаза, Л. С. Малярчук, С. Я. Фурса, С. В. Щербак.

Після ратифікації Верховною Радою України Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод<sup>2</sup>, усталеною в діяльності вітчизняних судів є практика тлумачення правосуддя не тільки як винесення судового рішення, але і його виконання. Згідно із статтею 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права. Положення «Право було б ілюзорним, якби правова система Договірної держави допускала, щоб остаточне судове рішення, яке має обов'язкову силу, не виконувалося», яке міститься у рішеннях ЄСПЛЗ все частіше знаходить своє застосування у вітчизняній судовій практиці.

Варто зазначити, раніше суди, як правило, приймали рішення на користь органів державної виконавчої служби за позовами осіб, права яких порушені у зв'язку із невиконанням судового рішення про визнання протиправною бездіяльність державних виконавців, яка призвела до невиконання судового рішення. Вже сьогодні змінюється судова практика щодо оцінки дій виконавця у разі невиконання рішення суду. Факт того,

що рішення суду не виконано, уже само собою свідчить про те, що державний виконавець не вжив достатніх ефективних заходів для своєчасного примусового виконання виконавчого документа. Верховний суд у постанові Касаційного цивільного суду в справі № 350/1325/17-ц указав, що держвиконавець показав бездіяльність усупереч положенням ст. ст. 10, 18 Закону, що регламентують вжиття заходів, необхідних для своєчасного й у повному обсязі виконання рішення з використанням можливостей, передбачених Законом<sup>4</sup>.

Екс-голова Вищого господарського суду С. Демченко підкреслює, що «будь-який судовий процес повинен завершуватись реалізацією рішення, що набрало законної сили. Саме на стадії реалізації прав, обов'язків, охоронюваних законом інтересів, підтверджених рішенням суду, відбувається їхній реальний захист. Реалізація судового рішення виступає показником соціально справедливого розгляду конфлікту, життєвості застосованого судом закону, його авторитету, а також ефективності правосуддя»<sup>5</sup>.

Звіти про результати діяльності Міністерства юстиції за 9 місяців 2018 року щодо виконання судових рішень та рішень інших органів містять цифри, які показують динаміку покращення ситуації в цій сфері. Виконання рішень про стягнення аліментів та погашенню заборгованості із заробітної плати — зона особливої уваги. На законодавчому та адміністративному рівнях розширено коло засобів впливу на боржників. Завдяки нововведенням майже 133 тисячам боржників з виплати аліментів обмежено право виїзду за кордон, керування автомобілем, користування зброєю та полювання. Окрім того, складено 26,7 тисяч протоколів про притягнення боржників до адміністративної відповідальності і судами винесено 2151 постанову про накладення на боржника стягнення у вигляді суспільно корисних робіт. 949 боржників фактично відпрацьовують на суспільно корисних роботах, кошти за оплату яких ідуть на ліквідацію заборгованості по аліментах. Уже стягнуто 1,3 млн грн завдяки застосуванню до боржників санкцій у вигляді суспільно корисних робіт. Ще одним ефективним інструментом впли-

ву на боржників стало накладення штрафів на суму заборгованості по аліментах. Завдяки застосуванню штрафних санкцій всього за 2 місяці з дня вступу в силу другого пакету законів #ЧужихДітейНеБуває вдалося стягнути 5,3 млн грн, які були спрямовані безпосередньо дітям<sup>6</sup>.

Безумовно, держава через впровадження так званих «репресивних» заходів впливу на боржників змінила ситуацію в сфері виконання судових рішень і рішень інших органів. Однак, відповідно до положень Конституції – Україна є демократичною, правовою державою в якій права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Варто зазначити, що в демократичній державі законодавче звуження змісту та (або) обсягу прав і свобод людини щодо її можливостей мати, володіти, користуватися і розпоряджатися соціальними цінностями, свободою дій і поведінки допускається у виключних випадках. Серед них: з метою захисту суверенітету і територіальної цілісності або громадського порядку, забезпечення економічної й інформаційної безпеки, для охорони здоров'я, суспільної моралі й забезпечення захисту прав і свобод людини. Обмеження прав у соціальній державі є показником державних стандартів рівня життя людини.

Отже, не можна вважати абсолютно правильною і позитивною практику законодавчого обмеження прав боржників у разі невиконання ними зобов'язань, покладених на них рішенням суду чи іншого органу. Досягнуте органами державної виконавчої служби чи приватними виконавцями у такий спосіб задоволення вимог стягувача доволі часто кореспондує з порушенням прав боржника, коли мають місце зловживання дискреційними повноваженнями відповідними органами державної виконавчої служби чи приватними виконавцями. Більш демократичним вбачається застосування таких способів вирішення правових конфліктів, пов'язаних із виконанням судових рішень, коли не тільки сторони – боржник і стягувач будуть зацікавлені у тому, щоб жодна сторона не постраждала від його вирішення мирним шляхом. Конфлікти між виконавцем і сторонами також можуть бути вирішеними із застосуван-

ням досудових, альтернативних способів вирішення спору. Такі способи базуються на принципі — сторони, які спричинили виникнення спору, мають самостійно його вирішити не перекладаючи відповідальності за його вирішення на інші органи чи суд, тому що це безпосередньо стосується їх особистих прав, обов'язків, інтересів.

Верховенство права передбачає не тільки цінність та гарантованість прав і свобод людини. Вбачається, що дія даного принципу також визначає відповідальне ставлення до обов'язків, так як вони тісно взаємопов'язані із правами людини.

Так, відповідно до сімейного законодавства сімейні права та обов'язки є такими, що тісно пов'язані з особою, а тому не можуть бути перекладені на іншу особу. Роз'яснювальна робота, яка має проводитися відповідними компетентними державними органами, щодо переваг дотримуватися прав та добросовісно виконувати обов'язки, не тільки слугуватиме покращенню якості життя людей, а й ситуації в державі. На нашу думку, вже на момент укладення шлюбу мають бути врегульованими за допомогою існуючих правових інструментів (шлюбний договір, договір) питання майнового і немайнового характеру, які виникнуть в майбутньому із народженням дітей і у випадку ускладнення взаємовідносин між подружжям чи навіть їх при розірванні, діти щоб не були заручниками обставин, а мали гарантоване матеріальне забезпечення з боку батьків. У свідомості кожного із батьків, обов'язок утримувати дитину має бути безапеляційним, тоді держава не матиме «кричущої» статистики щодо кількості боржників по сплаті аліментів. З початку року примусово було стягнуто 3,8 млрд грн аліментів на користь 541 тисячі дітей. Тобто в середньому на одну дитину стягнуто 7 тисяч гривень. Дані цифри свідчать про низький рівень правосвідомості громадян, які тільки після застосування державного примусу виконали свої батьківські обов'язки. Слід зазначити, що в 2018 році 48 тисяч боржників погасили заборгованість по аліментах у повному обсязі це офіційна цифра озвучена Міністерством юстиції. Проте, не оприлюднюється інформація про кількість виконавчих проваджень, за

якими борги роками не погашаються. Можемо здогадуватися, що їх цифра вражаюча.

Зростання кількості звернень до вітчизняних судових органів, до ЄСПЛ щодо невиконання судових рішень та рішень інших органів спонукає останніх застосовувати у своїй практиці більш ефективні, менш фінансового обтяжливі для держави і осіб, менш тривалі у часі способи судового та позасудового вирішення спорів, а саме – примирливі процедури. Відповідно до частини 1 статті 39 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод на будь-якій стадії провадження суд може надати себе у розпорядження заінтересованих сторін для забезпечення дружнього врегулювання спору на основі поваги до прав людини, як їх формулює Конвенція та протоколи до неї. Застосування ЄСПЛ примирливих процедур, як невід’ємної частини міжнародного судового процесу, сприяє громадянам України досягти визнання їх порушених прав.

Ознайомившись із науковими джерелами за даною проблематикою, потрібно зазначити, що на даний час відсутнє єдине розуміння поняття примирливих процедур. Взявши за основу дослідження С. К. Бурми, необхідно врахувати: «Ми схильні вважати, що під час застосування загального поняття «примирливі процедури» ми маємо справу з кількома видами цієї процедури, до яких можна зарахувати такі: дружнє врегулювання, медіація, альтернативне вирішення спорів, посередництво, переговори, мирова угода як процесуально-правовий інститут, а не договір»<sup>7</sup>.

Адаптація законодавства до сучасних умов, імплементація положень європейського законодавства в вітчизняне законодавче поле призвело до закріплення в ньому положень про застосування примирливих процедур, в тому числі, при виконанні судових рішень і рішень інших органів. На відміну від медіації, чинний Закон України «Про виконавче провадження»<sup>8</sup> (далі – Закон) містить положення, якими допускається застосування мирової угоди. Як зазначає О. Верба «укладаючи мирову угоду (розпоряджаючись своїми правами на власний розсуд, в чому проявляється приватне начало), сторони врегу-

львують спір процесуальним способом під контролем суду. Це повноваження суду як імперативна норма міститься в Цивільному процесуальному кодексі України від 18 березня 2004 р., що є публічним началом цього правового інституту. Мирова угода не є лише процесуально-правовим інститутом, а й матеріально-правовим, оскільки сторони, які її укладають і подають для визнання судові, мають на меті, насамперед, врегулювати на взаємовигідних умовах їхні матеріальні приватні правовідносини, в результаті чого вони втрачають інтерес до примусового виконання рішення, а відтак, закінчити виконавче провадження»<sup>9</sup>.

Так, частина 2 статті 19 Закону містить положення, що сторони у процесі виконання рішення відповідно до процесуального законодавства мають право укласти мирову угоду, що затверджується (визнається) судом, який видав виконавчий документ.

Процедура надання мировій угоді юридичної сили міститься у статті 434 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК). Укладена між сторонами мирова угода, або заява про відмову стягувача від примусового виконання в процесі виконання рішення подається в письмовій формі державному або приватному виконавцеві, який не пізніше триденного строку передає її для затвердження до суду, який видав виконавчий документ. Питання затвердження мирової угоди у процесі виконання рішення, задоволення заяви про відмову стягувача від примусового виконання рішення вирішується судом протягом десяти днів з дня надходження до суду відповідної заяви, про що постановляється ухвала. Як зазначається в Постанові Пленуму Верховного суду України вищезазначені правила мають застосовуватися загальним судом у виконавчому провадженні як за судовими рішеннями, так і за іншими виконавчими документами<sup>10</sup>.

Дослідниками піднімається питання, що при укладенні мирових угод сторони виконавчого провадження і виконавець стикаються із недосконалою законодавчою регламентацією даної процедури. Наприклад, при поглибленому аналізі проце-



дури укладення мирової угоди на підставі виконавчого напису нотаріуса, як одного із різновидів виконавчого документу, Л. Малярчук побачила невідповідність та запропонувала альтернативний, закріпленому у чинному законодавстві, варіант розділення повноважень між юрисдикційними органами по визнанню умов мирових угод, укладених у виконавчому процесі<sup>11</sup>. Позиція дослідниці дає привід переглянути існуючий законодавчий підхід до застосування такого процесуального інструменту, як мирова угода.

Низка науковців, аналізуючи співвідношення мирової угоди та медіації, дійшли висновку про відсутність єдиного розуміння та уніфікованого використання цих понять. Більшість дослідників відносять медіацію до альтернативних способів вирішення спорів. С. Щербак стверджує, що процедура медіації може лише співіснувати поряд з виконавчим процесом, відбувається в певній послідовності з використанням комунікативних технік та технологій переговорного процесу та характеризується неформальністю. Крім того, як мета медіативної угоди, яка лише у окремих випадках набуватиме статус мирової угоди, так і її умови, які не пов'язуються з імперативними приписами закону, свідчать про необхідність розмежування зазначених процедур<sup>12</sup>.

Медіація може застосовуватися навіть тоді, коли спір уже розглядається компетентним органом. Медіація має певні переваги порівняно з розглядом справ у суді. По-перше, вона забезпечує швидкість; по-друге, відсутність чітких процедурних рамок сприяє більш вільній атмосфері та готовності сторін конфлікту до співпраці; по-третє, прийняття рішення, яке досягнуто шляхом консенсусу, в подальшому, як правило, виконується, і, насамкінець, медіація сприяє комунікації між сторонами, а саме, згуртованості в суспільстві взагалі. Медіативна угода відрізняється від мирової угоди тим, що мирова угода перевіряється і затверджується судом. Суд має право відмовити у затвердженні мирової угоди у процесі виконання рішення з підстав, визначених статтею 207 Цивільного процесуального Кодексу, а у задоволенні заяви про відмову від

примусового виконання рішення – з підстав, визначених статтею 206 Цивільного процесуального Кодексу.

Однією із відмінностей процесуального аспекту мирової угоди від процедури медіації є наявність медіатора в останній. Медіатор – особи, яка може допомагати сторонам медіації сформулювати зміст договору, згідно із досягнутими домовленостями. Проаналізувавши вищезазначені нормативні положення і позиції науковців, слід погодитися із висновком С. Щербак, яка зазначає, що будучи примирливою процедурою, мирова угода безпосередньо реалізується у рамках виконавчого процесу<sup>13</sup>. А медіація – це альтернативний спосіб вирішення спору, який проходить за властивою для нього процедурою поза виконавчим процесом.

З огляду на викладене вище можна констатувати, що застосування альтернативних, досудових способів вирішення спорів, які виникають між учасниками виконавчого провадження при виконанні судових рішень і рішень інших органів (посадових осіб) дасть їм можливість активізувати свою участь у вирішенні питань, які є для них безпосередньо важливими. Пропонується, до застосування виконавцями дискреційних повноважень, таких, як тимчасове обмеження боржника у праві виїзду за межі України чи обмеження права боржника керувати транспортними засобами, провести переговори між сторонами (медіацію) для з'ясування всіх причин і обставин ухилення від виконання зобов'язання, за наслідками якої має укладатися угода про домовленість сторін щодо способів погашення заборгованості. В протилежному випадку, застосування виконавцем дискреційних повноважень буде вважатися виправданим.

1. ДВС Мін'юсту відзвітувала про результати роботи за III квартали 2018 року: URL: [https://www.facebook.com/minjust.official/videos/571509696623794/?\\_\\_tn\\_\\_=kC-R&eid=ARDEiJiRb9cr0pcQenH30cBVUXuexF6wltmYiQt1kc8eNpcSYotMIMCrnJOY5asxHQA-CK46NRLHRoUI&h\\_c\\_ref=ARTHXF5-iONuEUtLuLldThEOJJe4uQFIGadM-ug6a-PNuvHx4GPIDhhMTMV70pJGbIlg&fref=nf&\\_\\_xts\\_\\_\[0\]=68.ARB-fQnedvJp1Zu8ZUrvhllk-bhMLSg7yfl](https://www.facebook.com/minjust.official/videos/571509696623794/?__tn__=kC-R&eid=ARDEiJiRb9cr0pcQenH30cBVUXuexF6wltmYiQt1kc8eNpcSYotMIMCrnJOY5asxHQA-CK46NRLHRoUI&h_c_ref=ARTHXF5-iONuEUtLuLldThEOJJe4uQFIGadM-ug6a-PNuvHx4GPIDhhMTMV70pJGbIlg&fref=nf&__xts__[0]=68.ARB-fQnedvJp1Zu8ZUrvhllk-bhMLSg7yfl)

W3lY2kiDyh0cPogcxkBoIm5NFMqkZDD1xz5lG\_Y7Xvx9dogyljssc8x8QJz4  
3 B h C R U 6 a U A K M H \_ I D z 6 U n S U N W 4 I y J G 8 S j 9 \_  
i L K L 9 q M M w 0 x 2 w 6 B g U D c G n z b a - 5 B o r \_ m g T R -  
4vmCeZXIfM1e34L68l7SD\_18gAb4tpG2gsA4D2ghmBcbF7TsrQ7HQPrKjV  
GUxYXFjljowKYXlRgMebApRqkPZvq\_vlynjTv2-uVZK93M\_ygDVXR0K8y  
Ydajtn5V4BDEBuLhFm3RojpGkQYfRie8mHndoyW3sdM0. **2.** Конвенція  
про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950, ратифі-  
кована Законом України № 475/97-ВР від 17.07.97. URL: [http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_004). **3.** Рішення ЄСПЛ у справі «Півень проти України» від 29 червня 2004. URL: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/980\\_222/print](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/980_222/print); Рішення ЄСПЛ у справі «Шмалько проти України» від 20 липня 2004. URL: [http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/980\\_226](http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/980_226); Рішення ЄСПЛ у справі «Чізов проти України» від 17 травня 2005. URL: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980\\_350](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_350). **4.** Постанова Верховного Суду України від 19.09.2018 року у справі 350/1325/17-Ц. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/76614795>. **5.** Виконання судових рішень: «Ахіллесова п'ята» українського сьогодніня. URL: <https://if.arbitr.gov.ua/sud5010/pres-centr/publications/393762/>. **6.** ДВС Мін'юсту відзвітувала про результати роботи за iii квартали 2018 року. URL: <https://minjust.gov.ua/news/ministry/dvs-minyustu-vidzvituvala-pro-rezultati-roboti-za-iii-kvartali-2018-roku?fbclid=IwAR1hBbhTRDJ49Ee6x0CTkGpPtr1IM0Bkvm7mgEbAY34uDDNqeANHzfY6jKnE>. **7.** Бурма С. К. Співвідношення понять «примирливі процедури» і «дружнє врегулювання» у міжнародному праві // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право. 2015. Вип. 32(3). С. 168-171. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvuzhpr\\_2015\\_32%283%29\\_43](http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvuzhpr_2015_32%283%29_43). **8.** Про виконавче провадження: Закон України від 02.06.2016 №1404-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/1404-19>. **9.** Верба О. Б. Особливості визнання судом мирової угоди на стадії виконавчого провадження. URL: <http://radnuk.info/statti/579-vukonavche/14936-2011-01-21-02-50-38.html>. **10.** Про практику розгляду судами скарг на рішення, дії або бездіяльність органів і посадових осіб державної виконавчої служби та звернень учасників виконавчого провадження: Постанова Пленуму Верховного суду України від 26.12.2003 року № 14. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0014700-03/print>. **11.** Малярчук Л. С. Проблемні аспекти укладення мирової угоди при примусовому виконанні виконавчого напису нотаріуса // Правова наукова школа Фурси С Я / упоряд. к.ю.н., проф.. Фурса Є. І., асп. Нікітюк О. М. Київ: Алерта, 2016. С. 372. **12.** Шербак С. В. Примирення сторін у виконавчому процесі та посередництво: спірні питання // Цивілістична процесуальна думка. 2016. № 3. С. 64-68. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/tsprv\\_2016\\_3\\_15/](http://nbuv.gov.ua/UJRN/tsprv_2016_3_15/). **13.** Там само.

***Horban Nataliia. On advantages of mediation and amicable agreement in enforcement proceeding***

The sphere of compliance with court decisions and decisions of other authorities and persons in enforcement proceeding have become the subject of particular attention. Legislators, researches and practitioners are searching for all the possible means and mechanisms, the application of which shall facilitate the performance of 1 790 540 of enforcement proceedings, which had been registered till October 2018 in the automatic system of enforcement proceedings. Otherwise, the performance of the system of justice will not be effective.

The Ministry of Justice approved the Passport on the system of enforcement proceedings of court decisions. The issue of mediation is considered there as the first strategic goal, connected with the encouragement for voluntary execution of judgments and development of progressive regulations involved in the mediation procedure.

Today the judicial practice on estimation of enforcement officer's performance in case of non-compliance with court decisions is changing. Earlier, as a rule, the decisions were made in favour of the State Enforcement Service. The courts rejected to satisfy claimant's demands, the rights of the latter had been violated in connection with non-compliance with court decision on recognizing the non-performance of state enforcement officers illegal, that also led to non-compliance with court decision. So, the liability of state enforcement officers for their performance results has been increasing.

The means of influence upon the debtors in enforcement proceeding at legislative and administrative levels have been extended. In accordance with the current legislation almost 133 thousand debtors on alimony payments have been restricted the right to free travel abroad, to driving a transport vehicle, to using of the weapons and to hunting.

In current difficult economic conditions, it is not possible to consider the practice of legislative restrictions of debtor's rights in case of non-performance of their obligations, imposed to them by the court, absolutely correct and positive. Achieved by the authorities of the State Enforcement Service or private enforcement officers discharge of plaintiff's claim very often corresponds with the violation of the debtor's rights. It becomes even more severe, if there is an abuse of discretionary authorities by the appropriate authorities of the State Enforcement Service or private enforcement officers. In order to avoid such a situation, it is offered to vest in a debtor and a plaintiff the right to mediation. The results of the latter shall be documentary drafted by legal means.

The disputes between the state enforcement officer and the parties may also be settled by means of Alternative Dispute Resolution (ADR). The basic aim of ADR method is that the parties, that caused the dispute, shall settle it by themselves, not transferring the responsibility for its settlement to the other

authorities or the court, because it is directly connected with their personal rights, obligations and interests.

The Rule of Law stipulates not only the value and guarantee of individual rights and freedoms. It is presumed, that this principle also facilitates responsible attitude to obligations, because they are tightly connected with the human rights.

In contrast to mediation the current Law of Ukraine «On enforcement proceeding» contains the provisions, which allow the establishment of amicable agreement. Some researches, analyzing the correlation of amicable agreement and mediation, came to the conclusion on the absence of unique understanding and using of these concepts. The majority of researches consider mediation to be one of the ADR methods.

Mediation has certain advantages, comparing to the court hearing of the case. Firstly, it provides quickness, secondly – the absence of strict procedural rules facilitates free atmosphere and readiness of the disputing parties for cooperation; thirdly, the decision, made by means of consensus is in most cases performed, and, at last, mediation facilitates communication among the parties, i.e. cohesion in the society in general.

Considering all of the above-mentioned, one can note, that the application of ADR methods, that appear among the participants of enforcement procedure while performing court and other authorities (for example, public officials') decisions, shall provide them with an opportunity to participation in problem solving more actively, that are essential for them. It is offered to held negotiations (mediation) between the disputing parties in order to clear up all the reasons and circumstances of avoidance of an obligation, following the consequences of which shall be concluded an amicable agreement on the means of redemption of debts before exercising discretionary authorities by the state enforcement officer, such as temporary restriction the debtor's right to free travel abroad or to driving a transport vehicle. Otherwise, the application of discretionary authorities by the state enforcement officer shall be considered justified.

**Keywords:** enforcement proceeding, mediation, amicable agreement, state enforcement officer.

## **ПРАВОВА СУТНІСТЬ ПОНЯТТЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ІЗ НАБУТТЯ, ЗБЕРЕЖЕННЯ МАЙНА БЕЗ ДОСТАТНЬОЇ ПРАВОВОЇ ПІДСТАВИ**

*Охарактеризовано основні складові частини поняття зобов'язань із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави та розкрито зміст останнього.*

*Здійснено аналіз Регламенту (ЄС) («Рим II») від 11 липня 2007 року стосовно безпідставного збагачення та його порівняння з національним законодавством щодо даного інституту.*

*Звертається увага на необхідність закріплення назви Глави 83 ЦК України, як «безпідставне збагачення» та внесення змін до ст. 1212 ЦК України.*

**Ключові слова:** зобов'язання, набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, безпідставне збагачення, Регламент (ЄС), недоговірне зобов'язання.

**Бережняк Н. В. Правовая сущность понятия обязательств в связи с приобретением, сохранением имущества без достаточного правового основания**

*Охарактеризованы основные составные части понятия обязательств в связи с приобретением, сохранением имущества без достаточного правового основания и раскрыто содержание последнего.*

*Осуществлен анализ Регламента (ЕС) («Рим II») от 11 июля 2007 года в отношении неосновательного обогащения и его сравнение с национальным законодательством относительно данного института.*

*Обращается внимание на необходимость закрепления названия главы 83 ГК Украины, как «неосновательное обогащение» и внесения изменений в ст. 1212 ГК Украины.*

**Ключевые слова:** обязательства, приобретение, сохранение имущества без достаточного правового основания, неосновательное обогащение, Регламент (ЕС), внедоговорное обязательство.

**Berezniak Natalia. Legal concept of obligations arising from acquisition, preservation of property without sufficient legal ground**

*The article examines the issues of the concept of obligations arising from acquisition and preservation of property without sufficient legal ground. The content of their acquisition are defined.*

*The Rome II Regulation (EC) No 864/2007 are analyzed and compared with national law in part of Unjust enrichment.*

*Notification is made that it is necessarily to establish name of Chapter 83 of Civil Code of Ukraine as «Unjust enrichment» and make a change in article 1212 of Civil Code of Ukraine.*

**Keywords:** *obligations, acquisition, preservation of property without sufficient legal ground, Unjust enrichment, Regulation (EC), non-contractual obligation.*

Україна, підписавши Угоду про асоціацію, взяла на себе обов'язок гармонізації свого національного законодавства з правом Європейського Союзу, як однією з найважливіших умов поглиблення співпраці нашої держави з міжнародними організаціями Європи та їхніми країнами-членами.

З утворенням України, як самостійної держави і орієнтацією її на розвиток ринкових відносин підвищилась роль і значення цивільного права й цивільного законодавства.

Зобов'язальне право України визнається підгалуззю цивільного права насамперед тому, що регулює відносно однорідні договірні та недоговірні зобов'язальні відносини, містить норми загальної та спеціальної дії, які мають предметну та функціональну спрямованість<sup>1</sup>.

Цивільним кодексом України закріплено чіткий поділ зобов'язань на: договірні та недоговірні. До останніх належать зобов'язання у зв'язку з набуттям, збереженням майна без достатньої правової підстави, положення про які містяться в статтях 1212-1215, Глави 83, підрозділу 2 Розділу III Книги 50 ЦК України<sup>2</sup>.

Окремі аспекти поняття зобов'язань із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави розкрито у працях: Агаркова М. М., Флейшиц Є. А., Берестової І. Є., Голубевої Н. Ю. Єфименко І. В., Гербутова В. С. та ін.

Згідно з ст. 1212 ЦК України, особа, яка набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи (потерпілого) без

достатньої правової підстави (безпідставно набуте майно), зобов'язана повернути потерпілому це майно. Особа зобов'язана повернути майно і тоді, коли підстава, на якій воно було набуте, згодом відпала<sup>3</sup>.

Аналізуючи правову сутність поняття зобов'язань із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави необхідно охарактеризувати основні його складові частини.

На думку М. М. Агаркова, зобов'язання є відношенням між двома сторонами, за яким одна сторона має право вимоги, а інша відповідно цьому праву обов'язок. Кожна сторона може бути представлена однією особою або кількома особами<sup>4</sup>.

Чинним ЦК України, а саме ч. 1 ст. 509 ЦК України, передбачено, що зобов'язанням є правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку<sup>5</sup>.

Набуття майна може полягати в придбанні права власності на речі або гроші, в поліпшенні, підвищенні якості, а значить і вартості речей, в придбанні права вимоги до потерпілого або до іншої особи в прийнятті послуг<sup>6</sup>.

Термін «майно» застосовується для визначення речей і майнових прав, тобто це поняття при цьому розуміється в широкому сенсі. При набутті майна відбувається одночасне збільшення його обсягу в однієї особи і зменшення його в іншої. Збільшення вартості власного майна, яке за всіма законними підставами має належати іншій особі<sup>7</sup>.

Збереження майна має місце, якщо одна особа виконала зобов'язання іншого, взяла на себе зобов'язання на користь іншого або замість іншого, відмовилася від права вимоги до іншого, виникли витрати, які при нормальному положенні справи мав би здійснити збагачений. Збереження майна являється збагаченням в тому випадку, якщо майно даної особи повинно було зменшитися, але не зменшилось<sup>8</sup>.



При збереженні майна особа зберігає свої кошти за рахунок невиклати їх іншій особі<sup>9</sup>.

Безпідставне набуття майна за рахунок іншої особи передбачає наявність 2-х взаємопов'язаних умов: по-перше, має відбуватися неналежне збільшення обсягу майна в однієї особи, в той час коли він не повинен збільшуватись; по-друге, одночасне й обумовлене цим зменшення обсягу майна в іншої особи, в той час коли він мав був залишитися незмінним. Вищенаведене дає нам змогу зробити висновок, що в набувача відбувається збільшення майна, а в потерпілого – його зменшення, тобто виникає збагачення однієї особи за рахунок іншої<sup>10</sup>.

З одного боку, можна сказати, що «безпідставність» – це категорія заперечна: вона вживається, щоб позначити відсутність правової підстави збагачення<sup>11</sup>.

Набуття або збереження майна визнається безпідставним, якщо його правова підстава в подальшому відпала, що тягне за собою зникнення умов, які дозволяють нам вести мову про юридичну обґрунтованість цих дій<sup>12</sup>.

ЦК УСРР 1922 року також містив окрему Главу 12 стосовно даного інституту із заголовком – «Зобов'язання, що виникають внаслідок безпідставного збагачення».

Є. А. Флейшиц зазначала, що слово «збагачення» пов'язане з відносинами, заснованими на приватній власності. Будь-яке збагачення в суспільстві, засноване на приватній власності, є збагачення за рахунок іншого. У його основі завжди лежить присвоєння чужої неоплаченої праці<sup>13</sup>.

Збагачення повинно розумітися з позиції предметно-орієнтованого підходу. Збагаченням визнається конкретна цінність, безпідставно отримана однією особою (збагаченим) за рахунок іншого (потерпілого). Факт наявності або відсутності позитивних змін в сукупному майні одержувача блага у зв'язку з його отриманням не впливає на виконання такої умови виникнення кондикційного зобов'язання, як отримання збагачення<sup>14</sup>.

Збагачення означає, що майно однієї особи примножується внаслідок применшення майна іншої. При цьому збагачення може виявлятися або у збільшенні активів (коли особа, напри-

клад, безпідставно набуває якусь річ у власність), або у зменшенні пасивів (коли особа безпідставно звільняється від боргу). Іншими словами, збагаченням є збільшення майна або не зменшення майна у випадках, коли зменшення повинно було б мати місце<sup>15</sup>.

Поняття збагачення в контексті кондикційного зобов'язання має визначатися як збільшення активів або зменшення пасивів майнової сфери особи. При цьому під збільшенням активів слід розуміти: а) набуття будь-яких об'єктів цивільних прав, що мають майнову цінність (в тому отримання послуг, робіт, інформації тощо) та б) збільшення цінності наявних речей внаслідок їхнього поліпшення або звільнення їх від обтяжень. Зменшенням пасивів слід визнавати зменшення обсягу наявних в особи обов'язків.

Безпідставне збагачення може полягати як у «фактичному» збагаченні (коли набувач, не отримуючи права на річ, фактично володіє і користується нею), так і в «юридичному збагаченні» (коли набувач набуває суб'єктивне право на предмет збагачення)<sup>16</sup>.

За наведеного, можна дійти до висновку, що *зобов'язання із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави* полягає в неналежному збільшенні обсягу власного майна в однієї особи, яке має належати іншій особі та одночасне його зменшення в іншої.

Враховуючи наведене, поняття набуття, збереження майна без достатньої правової підстави розкриває у повному обсязі зміст даного інституту, конкретизує основні його складові.

Дослідивши правову сутність поняття зобов'язань із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави здається, що воно є більш зрозумілим для пересічного громадянина.

Разом з тим, на наш погляд, враховуючи необхідність орієнтації нашої держави на право європейських країн та бажання вступу до Європейського Союзу, доцільним є закріплення в Главі 83 ЦК України назву вказаного інституту, як «безпідставне збагачення». Дану думку підтримують й інші науковці, зокрема, звертає на це увагу І. Є. Берестова.

Зазначене поняття є стислим, пояснення конкретно його змісту безпосередньо підлягає розкриттю у нормах права закріплених в ЦК України, що відображає в повному обсязі юридичну природу інституту, зрозумілого фахівцю у галузі права, який безпосередньо застосовує їх у своїй діяльності.

ЦК України містить лише чотири статті (1212-1215), які регулюють інститут безпідставного збагачення<sup>17</sup>.

Разом з тим, на практиці виникають спірні питання, які не врегульовані вищевказаними нормами права.

Так, наприклад, Верховний Суд України у Постанові від 14 жовтня 2014 року в справі № 3-138гс14 за результатами перегляду судових рішень щодо неоднакового застосування положень глави 83 ЦК України, встановив, що сума, яку просить стягнути позивач, утворилася внаслідок його переплати, оскільки суми які підлягали перерахуванню за умовами договору, так само як кількість автомобілів, були визначені його умовами, а в подальшому встановлювалися умовами додаткових угод підписаних сторонами. За таких умов зазначену суму перераховано покупцем на рахунок продавця поза межами договірних платежів. Суд касаційної інстанції не звернув уваги на те, що відповідач як одна із сторін зобов'язання набув зазначені кошти за рахунок іншої сторони не в порядку виконання договірного зобов'язання, а поза підставами, передбаченими договором поставки, внаслідок їх перерахування на рахунок відповідача понад вартість автомобілів, які підлягали і були поставлені, а тому ці кошти не могли бути віднесені до сум комерційного кредиту за Договором поставки.

Верховний суд України у даній справі висловив правову позицію про те, що положення Глави 83 Цивільного кодексу України застосовуються незалежно від того, чи безпідставне набуття або збереження майна було результатом поведінки набувача майна, потерпілого, інших осіб чи наслідком події<sup>18</sup>.

У іншій справі №923/1233/15 Верховний Суд України у Постанові від 07 червня 2017 року зазначив, що між сторонами у справі, яка переглядається, було укладено Договір поруки, забезпечене порукою зобов'язання не виконано, спірні кошти

сплачено поручителем на виконання Договору поруки, який недійсним не визнано, то такі кошти набуто кредитором за наявності правової підстави, а тому їх не може бути витребувано відповідно до положень ст. 1212 ЦК як безпідставне збагачення. Отже, правовідносини сторін у цьому спорі регулюються нормами зобов'язального права, а договірний характер правовідносин виключає можливість застосування до них положень ч. 1 ст. 1212 ЦК, у тому числі й щодо вимоги повернути поручителю кошти, сплачені ним на виконання зобов'язання, забезпеченого порукою. Ураховуючи викладене, висновок судів апеляційної та касаційної інстанції у справі, що розглядається, про застосування до спірних правовідносин положень ч. 1 ст. 1212 ЦК є помилковим<sup>19</sup>.

Ураховуючи наведене, на законодавчому рівні в Україні, на даний час, не закріплена можливість врегулювання недоговірних зобов'язань із безпідставного збагачення нормами права, які зачіпають існуючі відносини між сторонами (зобов'язання з договору, внаслідок заподіяння шкоди), тісно пов'язані із цим безпідставним збагаченням.

У ст. 1212 ЦК України не зафіксовано «абсолютності» безпідставності набуття, збереження майна, тому виникають колізії щодо можливості застосування даної норми права до правовідносин, які виникли внаслідок безпідставного збагачення та пов'язані із певними відносинами (договірними) між сторонами спору.

11 липня 2007 року прийнятий Регламент (ЄС) № 864/2007 Європейського Парламенту і Ради «Щодо права, яке підлягає застосуванню до позадоговірних зобов'язань («Рим II»)\», який набрав чинності 11 січня 2009 року<sup>20</sup>.

Положення щодо сфери застосування Регламенту «Рим II» закріплено у Главі I (ст. ст. 1-3).

Так, параграфом 1 статті 1 Регламенту (ЄС) передбачено, що цей Регламент застосовується в ситуаціях, що містять конфлікт законів, до недоговірних зобов'язань в цивільній та торговельній сфері. Він не застосовується, зокрема, до податкової, митної та адміністративної сфер, а також до відповідальності дер-

жави за дії і бездіяльність, вчинені при здійсненні публічної влади («*acta iure imperii*»).

Встановлені виключення зі сфери застосування цього Регламенту (параграф 2 статті 1). Цей Регламент не застосовується відносно доказування і процедури, без шкоди статтям 21 і 22 (параграф 3 статті 1).

Відповідно до ст. 21 даного Регламенту формальна дійсність (односторонній юридичний акт, що відноситься до недоговірних зобов'язань, є дійсним за формою, якщо він відповідає умовам щодо форми, які передбачені правом, що регулює відповідне недоговірне зобов'язання, або правом країни, де був здійснений цей акт).

Статтею 22 Регламенту закріплений тягар доказування. Право, що регулює недоговірні зобов'язання згідно цього Регламенту, застосовується в тій мірі, в якій воно встановлює юридичні презумпції або розподіляє тягар доведення в сфері недоговірних зобов'язань. Юридичні акти можуть доводитися будь-яким засобом доказування, що є допустимим згідно з правом суду або згідно будь-якому зазначеному в статті 21 праву, на підставі якого відповідний акт є дійсним за формою, – за умови, що в суді, який розглядає справу, доказування може бути вироблено цим засобом.

В цілях цього Регламенту під «державою-членом» розуміються всі держави-члени, за винятком Данії (параграф 4 статті 1).

Стаття 2 зазначеного Регламенту присвячена недоговірним зобов'язанням. Для цілей цього Регламенту шкода означає будь-які збитки, що є результатом заподіяння шкоди, безпідставного збагачення, дій в чужому інтересі без доручення або «*culpa in Contrahendo*» (лат.) – (вина при укладенні договору. Мається на увазі недобросовісна поведінка однієї із сторін по відношенню до контрагента за узгодженням умов підготовлюваного договору).

Цей Регламент також застосовується до недоговірних зобов'язань, які можуть виникнути.

У цьому Регламенті: а) будь-яка згадка юридичного факту, що тягне настання шкоди, також відноситься до юридичних

фактів, що тягне настання шкоди, яка може статися; і в) будь-яка згадка шкоди також відноситься до шкоди, яка може настати.

Право, вказане цим Регламентом, застосовується навіть в тому випадку, якщо воно не є правом однієї з держав-членів (стаття 3 Регламенту)<sup>21</sup>.

Отже, Главою I Регламенту «Рим II» закріплено, що останній застосовується в ситуаціях, що містять конфлікт законів держав-членів ЄС (крім Данії) до недоговоріних зобов'язань в цивільній та торговельній сфері, а також до таких, які можуть виникнути. Встановлені виключення зі сфери застосування цього Регламенту. Міститься визначення поняття «шкоди», до якого, зокрема, відноситься безпідставне збагачення. Право Регламенту застосовується навіть в тому випадку, якщо воно не є правом одного з держав-членів ЄС.

Змістовно приписи цієї глави є істотними новелами порівняно із положеннями національного законодавства країн-членів ЄС і мають на меті гармонізацію законодавства у рамках ЄС. Регламент «Рим II» має перевагу над положеннями національного законодавства країн-членів ЄС<sup>22</sup>.

Стаття 10, Глави III даного Регламенту має назву «безпідставне збагачення», яка є загальноприйнятою в країнах-членах Європейського Союзу.

Параграфом 1 зазначеної норми права передбачено, якщо недоговоріне зобов'язання, що виникає внаслідок безпідставного збагачення (включаючи отримання неналежного платежу), зачіпає існуючі відносини між сторонами, такі як зобов'язання з договору або внаслідок заподіяння шкоди, тісно пов'язане з цим безпідставним збагаченням, то правом, що підлягає застосуванню, є право, яке регулює дані відносини.

У разі, якщо право, що підлягає застосуванню, не може бути визначено на підставі параграфа 1, і сторони мають своє звичайне місце проживання в одній і тій же країні в момент, коли відбувається юридичний факт, що тягне безпідставне збагачення, то правом, що підлягає застосуванню, є право цієї країни (Параграф 2).

У разі, якщо право, що підлягає застосуванню, не може бути визначено на підставі параграфів 1 або 2, то правом, що підлягає застосуванню, є право країни, де відбулося безпідставне збагачення (Параграф 3).

У разі, якщо з усіх обставин справи впливає, що недоговірне зобов'язання, що виникає внаслідок безпідставного збагачення, має явно більш тісні зв'язки з іншою країною ніж та, яка вказана в параграфах 1, 2 або 3, то застосовується право цієї іншої країни (Параграф 4)<sup>23</sup>.

Таким чином, Регламент (ЄС) здійснює регулювання колізій недоговірних зобов'язань, які виникають в національному законодавстві країн-членів ЄС.

Порівняно з національним законодавством України у Регламенті (ЄС) закріплені норми права, які регулюють широкі коло питань спрямованих на більш чітке визначення права, яке необхідно застосовувати до зобов'язань із безпідставного збагачення.

Зазначене сприяє правильному та ефективному вирішенню спорів між сторонами, які виникають внаслідок безпідставного збагачення та забезпечує гармонізації законодавства держав ЄС.

Враховуючи вищевикладене та Регламент (ЄС), який є обов'язковим для застосування країнами-членами ЄС, слід дійти до висновку про доцільність закріплення в Главі 83 ЦК України назву даного інституту, як «безпідставне збагачення».

Необхідності внесення змін до ст. 1212 ЦК України, в якій зафіксувати можливість врегулювання недоговірних зобов'язань із безпідставного збагачення нормами права, які зачіпають існуючі відносини між сторонами (зобов'язання з договору, внаслідок заподіяння шкоди), тісно пов'язані із цим безпідставним збагаченням.

1. *Голубєва Н. Ю.* Зобов'язання у цивільному праві України: методологічні засади правового регулювання: автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2013. 40 с. 2. *Цивільний кодекс України від 12.08.2015 № 435-IV* / Офіційний портал Верховної Ради України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15> 3. Там само. 4. *Агарков М. М.*

Обязательство по советскому гражданскому праву // ВИЮН. 1940. Вып. 3. 191 с. **5.** *Цивільний кодекс України від 12.08.2015 № 435-IV / Офіційний портал Верховної Ради України.* URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15> **6.** *Флейшиц Е. А.* Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения. Москва, 1951. 239 с. **7.** *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. У 2 т. / О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова, Ю. О. Заїка та ін.; за заг. ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця.* Київ: Юрінком Інтер, 2008. 1088 с. **8.** *Флейшиц Е. А.* Цит. работа. **9.** *Єфименко І. В.* Види кондикційних зобов'язань // Проблеми законності: академ. зб. наук. пр. / відп. ред. В. Я. Тацій. Харків: Нац. юрид. акад. України, 2011. Вип. 113. С. 205-212. **10.** *Толстой Ю. К.* Содержание и гражданско-правовая защита права собственности в СССР / под ред. О. С. Иоффе. Ленинград: ЛГУ, 1955. 219 с. **11.** *Карнаух Б. П.* Безпідставне збагачення у праві давнього Риму // Проблеми законності : зб. наук. праць / відп. ред. В. Я. Тацій. Харків: Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого, 2017. Вип. 138. С. 17-28. **12.** *Ем В. С.* Обязательства вследствие неосновательного обогащения // Законодательство. 1999. № 7. С. 7-23. **13.** *Флейшиц Е. А.* Цит. работа. **14.** *Гербутов В. С.* Понятие и формы обогащения в кондикционных обязательствах: автореф. дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2014. 30 с. **15.** *Карнаух Б. П.* Цит. праця. **16.** *Ваитарева Є. А.* Поняття збагачення в контексті кондикційного зобов'язання // Проблеми законності: зб. наук. праць / відп. ред. В. Я. Тацій. Харків : Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого, 2018. Вип. 141. С. 104-115. **17.** *Цивільний кодекс України від 12.08.2015 № 435-IV / Офіційний портал Верховної Ради України.* URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15> **18.** *Постанова Верховного суду України від 14.10.2014 по справі № 3-138гс14.* URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41163726> **19.** *Постанова Верховного суду України від 07.06.2017 по справі № 923/1233/15.* URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67288523> **20.** *Регламент (ЄС) N 864/2007 Європейського Парламенту і Ради «Щодо права, яке підлягає застосуванню до позадовірних зобов'язань («Рим II»)» від 11.07.2007.* URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_907](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_907) **21.** Там само. **22.** *Трощенко І. О.* Загальний механізм та сфера застосування Регламенту «Рим II» як новітній етап розуміння природи недоговірних зобов'язань // Часопис Київського університету права. 2015. № 1. С. 305-308.

***Berezhniak Natalia.* Legal concept of obligations arising from acquisition, preservation of property without sufficient legal ground**

The article is dedicated to main concept features of obligations arising from acquisition and preservation of property without sufficient legal ground, other.



Scientist opinion about it (obligations, acquisition of property, preservation of property, unjust acquisition of property, enrichment).

The conclusion is made that obligations arising from acquisition, preservation of property without sufficient legal ground consist in inappropriate size increase of one persona ownership, that should belong to another persona, whose ownership is decreased.

Civil Code of Ukraine contains only four article (1212-1215), which regulate Unjust enrichment concept.

At the same time, in practice there are dispute issues that are not regulated by the mentioned norms of law.

Analysis of The Rome II Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the council of 11 July «On the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)», which is ratified 11 January 2009, is made in part of Unjust enrichment concept. National law is compared with The Rome II Regulation (EC) No 864/2007.

It has been established that Article 10, Chapter III of this Regulation is entitled «Unjust enrichment».

Regulation (EC) regulate conflicts of non-contractual obligations, in particular witch regard to Unjust enrichment that arises in the national law system of the European Union members.

Compared to the national law system of Ukraine, the Regulation (EU) establishes rules of law that regulate a wide range of issues aimed at a clearer definition of the right to apply to obligations of unjust enrichment, which promotes the correct and effective disputes resolution between the parties.

Notification is made that it is necessarily to change name of Chapter 83 of Civil Code of Ukraine to «Unjust enrichment», which is commonly for the member states of the European Union.

It is pointed out the need for establishing in article 1212 Civil Code of Ukraine «absolute» unjust acquisition, preservation of property, because there are conflicts about the possibility of applying this rule of law to legal relationships that arose as a result of unjust enrichment and associated with certain relations (contractual) between the parties to the dispute.

**Keywords:** obligations, acquisition, preservation of property without sufficient legal ground, Unjust enrichment, Regulation (EC), non-contractual obligation.

## ДО ПИТАННЯ ПРО ПОНЯТІЙНО-КАТЕГОРІАЛЬНИЙ АПАРАТ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРОБЛЕМ ОПТИМІЗАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

*Аналізується понятійно-категоріальний апарат дослідження проблем оптимізації цивільного судочинства. Підтримується думка про судову владу як владу правозастосовну, для якої характерні самостійність, повнота і винятковість, особлива форма розгляду правових спорів (правосуддя), функціональне призначення — захист прав, свобод і інтересів особи.*

*Обґрунтовується, що з метою подолання відриву діяльності від правовідносин, визнаючи первинність, а не похідність правовідносин від діяльності, тільки визначення цивільного судочинства через категорію правовідношення здатне чітко проявити і позначити співвідношення таких категорій як право і процес.*

**Ключові слова:** *судова влада, правосуддя, суд, цивільне судочинство, правовідношення, процесуальна форма.*

### **Гулик А. Г. К вопросу о понятийно-категориальном аппарате исследования проблем оптимизации гражданского судопроизводства**

*Анализируется понятийно-категориальный аппарат исследования проблем оптимизации гражданского судопроизводства. Поддерживается мнение о судебной власти как власти правоприменительной, для которой характерны самостоятельность, полнота и исключительность, особая форма рассмотрения правовых споров (правосудие), функциональное предназначение — защита прав, свобод и интересов личности.*

*Обосновывается, что в целях преодоления отрыва деятельности от правоотношений, признавая первичность, а не производность правоотношений от деятельности, только определение гражданского судопроизводства через категорию правоотношение способно четко проявить и обозначить соотношение таких категорий как право и процесс.*

**Ключевые слова:** *судебная власть, правосудие, суд, гражданское судопроизводство, правоотношение, процессуальная форма.*

**Gulyk Andrii. Conceptual and categorical apparatus for studying the problems of optimizing civil proceedings**

*The article is devoted to the analysis of the conceptual and categorical apparatus of the study of the problems of optimizing civil proceedings. The author supports the opinion that the judiciary is a law enforcement authority characterized by autonomy, completeness and exclusivity, and it is a special form of consideration of legal disputes (justice) with a special functional purpose, such as the protection of the rights, freedoms and interests of the individual.*

*Although they reflect different spheres of public life, the categories of judicial power (judiciary) and justice are interrelated. There are no grounds for the opposite, namely, the opposition of these phenomena, since both of them are directly related to the functioning of such a social and legal institution as a court. The author justifies that in order to overcome the separation of activities from legal relations, recognizing the primacy and not the productivity of legal relations from activities, one should agree that only the definition of civil litigation through the legal relationship category is able to clearly show and designate the ratio of such categories as law and process.*

**Keywords:** *judicial authority, justice, court, civil proceedings, legal relations, procedural form.*

Пошук нової моделі судової влади і належних механізмів її реалізації характерний сьогодні для нашої країни. Здійснювані перетворення судової системи мають на меті повернути попередню довіру до судової влади, остаточно усталити уявлення про суд як дієвий інструмент вирішення конфліктів у суспільстві, усунути недоліки законодавства та розв'язати накопичені проблемами правозастосування. У цих умовах усе більш знаковою вбачається необхідність концептуального переосмислення наукового надбання цивілістичної процесуальної думки. Йдеться про важливість формування нового контексту дослідження концептуальних правових категорій і понять цивілістичної процесуальної науки. Вивчення основних категорій є важливим не тільки в аспекті оцінки наявного поняттєво-категоріального апарату науки цивільного процесуального права. Через визначення понять і категорій визначаються вихідні тези дослідження теоретичних проблем оптимізації цивільного судочинства.

Учені справедливо звертають увагу на те, що в поєднанні з методами наукового пізнання наукові категорії та поняття допомагають дослідникам досягнути нових знань<sup>1</sup>. Не буде

перебільшенням вважати, що саме поняття й категорії дозволяють сформувати логічно завершену і несуперечливу систему наукового знання про цивільну процесуальну діяльність, єдині методологічні підходи до її нормативної регламентації, і як наслідок, розглядати цивільне судочинство як явище, правова природа й сутність якого всебічно вивчена й пізнана.

Ключовими у виокремлюваному переліку основних понять і категорій дослідження проблем оптимізації цивільного судочинства є категорії судової влади і правосуддя, характеристика яких і сьогодні породжує різноманітність поглядів і підходів її дослідників<sup>2</sup>. З огляду на це, не позбавленим підстав видається звернення до доктринальної правової літератури з метою визначення дійсного змісту досліджуваних категорій.

Як відомо, спочатку слово «суд», етимологія якого є похідною від дієслів судити, розуміти, обміркувати; вирішувати, розглядати й робити висновок, тлумачили по-різному. Його вживали й у контексті наявних на той час звичаїв розгляду справи, і щодо моменту ухвалення рішення, і щодо форми судового збору або доходу<sup>3</sup>.

Перші більш-менш осмислені дослідження судової влади, як правило, датуються другою половиною XIX століття. Звичайно, це були тільки перші паростки нового знання про судову владу, дослідники тільки наближалися до формування концепції функціонування судової влади. Разом із тим, в обґрунтуванні основних засад такої концепції чітко прослідковується наступна тенденція:

По-перше, поняття судової влади розглядається в контексті поділу влад, тобто висвітлюються здебільшого її державно-правові аспекти. У цивільній процесуальній літературі про судову владу говориться остільки, оскільки досліджуються питання відокремлення функції судової влади від законодавчої й адміністративної, або питання співвідношення органів законодавчої, виконавчої й судової влади.

По-друге, усвідомлюючи об'єктивну необхідність у сильній судовій владі, учені значну увагу приділяли юридичним засобам її реалізації.

Унаслідок ретельно досліджуються: цивільні процесуальні відносини суду й інших учасників процесу, як правовідносини особливого роду – владовідносини; права й обов'язки суду як органу державної влади; правоздатність і процесуально-правове становище суду; керівна й спрямовувальна роль суду у процесі – суддівське керівництво; поняття судового рішення – як з позиції змісту й сутності, так і з позиції виконуваності.

По-третє, сутність судової влади визначається через призму її важливості й значущості для особистості та суспільства в цілому<sup>4</sup>.

Із плином часу стає очевидним, що ці ідеї не могли одержати свого належного оформлення в умовах тоталітарного режиму. Знадобився значний час і зусилля для усвідомлення цінності концепту поділу влад і надання суду особливої ролі в суспільстві, закріплення на законодавчому рівні гарантій його незалежності й самостійності.

У сучасній юридичній літературі презентована значна кількість поглядів на сутність судової влади, більшість із яких так чи інакше ґрунтується на авторському сприйнятті поняття «влада»<sup>5</sup>.

Так, якщо виходити з функціонального підходу до розуміння влади, то на перший план у визначенні судової влади виходить її роль в управлінні суспільством. Беручи за основу так звану вольову концепцію влади, необхідно акцентувати увагу на державно-владному характері судової діяльності. Нарешті, якщо розглядати владу з позицій організованої сили, то судова влада постає як соціальна сила, спрямована на відновлення правопорядку.

Полярність висловлюваних суджень ще раз свідчить про те, що категорія судової влади може бути розглянута й вивчена з різних позицій. При цьому практично всіма дослідниками судова влада як правовий феномен пов'язується із принципом поділу влад<sup>6</sup>.

У своєму дослідженні ми будемо дотримуватися хрестоматійних тез щодо легітимності влади; наявності владних органів і посадових осіб; обов'язковості владних рішень, що прийма-

ються; застосування та виконання примусових заходів; охоронюваності влади. У своїй сукупності ці ознаки є першоосновою розуміння судової влади як влади правозастосовної, для якої характерні самостійність, повнота й виключність, особлива форма розгляду правових спорів<sup>7</sup>.

Таке уявлення про судову владу, а також конституційне положення про правосуддя, яке здійснюється тільки судом, надає нам відомі підстави для постановки питання щодо особливостей його сутності.

У тлумачному словнику В. Даля вказується на таке значення слова «правосуддя» – судити по правді, за законом, за совістю<sup>8</sup>. За свідченням М. О. Колоколова, терміни «правосуддя» і «судочинство» є споконвічно давньоруськими і дослівно іншими мовами не перекладаються. Наприклад, дослівний переклад цих слів німецькою мовою дещо незвичний: die Rechtsprechung – судочинство, судовоговіріння, юрисдикція (дослівно правоговіріння), звідси й die Rechtsprechende Gewalt – судова влада (дослівно виходить правовоговірительна влада) або die Rechtspflege – правосуддя, здійснення правосуддя судовими органами, здійснення права (дослівно турбота про право)<sup>9</sup>.

У цивілістичній процесуальній літературі поняття «правосуддя» не є однозначним.

Одні автори традиційно розглядають правосуддя як форму здійснення судової влади<sup>10</sup>.

Для інших дослідників, правосуддя, насамперед, виступає функцією судової влади<sup>11</sup>.

Об'єднуючи дві зазначені позиції, учені в правосудді вбачають не тільки форму реалізації судової влади, але і її функцію<sup>12</sup>.

Деякі правознавці ставлять знак рівності між правосуддям і судочинством, правосуддям і судовою владою<sup>13</sup>.

Крім того, правосуддя аналізується з позиції судово-владних відносин, які містять у собі не тільки вирішення справи по суті, але й нові контрольні повноваження суду<sup>14</sup>.

Як бачимо, категорії судової влади і правосуддя взаємопов'язані, хоча й відображають різні сфери суспільного життя.

Навряд чи можна виявити весь ланцюжок їх взаємозв'язків, використовуючи лише категорії форми або функції. Однак немає підстав і для зворотного – протиставлення явищ, що розглядаються, оскільки вони обидва безпосередньо стосуються функціонування такого соціального і правового інституту як суд.

Не можна не погодитися з тими авторами, які вважають, що судова влада виникає зі статусу суду як державної установи. У свою чергу, категорія «правосуддя» покликана охарактеризувати вчинені судом дії і рішення, які приймаються, з позицій їх підстав. Саме категорія «правосуддя» відображає постійний пошук відповіді на соціальний запит щодо того, як слід вчинити в тому або іншому випадку, хто зі сторін конфлікту правий, у чому ж полягає істина у справі тощо.

Дане поняття поєднує в собі моменти тлумачення норм, адаптації абстрактних правил до конкретних життєвих обставин, заповнення прогалів у правових нормах, коригування приписів закону в контексті відповідності уявленням щодо належного і справедливого<sup>15</sup>.

Таким чином, категорію «правосуддя» правомірно розглядати в контексті власне судової діяльності. Звичайно, це не означає, що необхідно повністю ототожнювати правосуддя й судову діяльність. Йдеться про те, що категорія судової діяльності надає поняттю «правосуддя» системного характеру, дозволяє аналізувати його статику та динаміку, оцінювати не тільки досягнутий результат, але й перебіг судового розгляду цивільних справ.

Розгляд правосуддя як судової діяльності актуалізує проблему сутності цивільного судочинства. Як зазначає Г. П. Тимченко, проблема сутності цивільного судочинства як правосудної форми захисту є однією з найбільш значущих у науці цивільного процесуального права. Протягом тривалого часу вона перебуває в центрі уваги та становить предмет жвавого обговорення в науковій літературі<sup>16</sup>.

Необхідність розробки поняттєво-категоріального апарату цього дослідження спонукає нас знову звернутися до спадщи-

ни цивілістичної процесуальної думки, відтворюючи етапи безперервного розвитку уявлень щодо сутності цивільного судочинства та відображаючи історичну наступність наукового знання.

Перша концепція вивчення цивільного судочинства була сформульована ще на початку становлення цивільної процесуальної науки. Процесуалісти досліджуваного періоду вважали, що цивільне судочинство визначає порядок примусового здійснення цивільного права<sup>17</sup>.

У наступні роки таке розуміння цивільного судочинства було дещо уточнено. Дослідники стверджували, що цивільне судочинство – це встановлений нормами цивільного процесуального права порядок розгляду й вирішення судом цивільних справ, а також порядок виконання постанов судів і деяких інших органів<sup>18</sup>.

Необхідно зазначити, що ці погляди знайшли відображення і в сучасній доктринальній правовій літературі<sup>19</sup>.

Низка авторів у межах цієї концепції пішли шляхом аналізу цивільного судочинства крізь призму процесуальної діяльності щодо розгляду й вирішення цивільних справ<sup>20</sup>.

Уявлення про цивільне судочинство як про процесуальну діяльність одержало широку підтримку в юридичній науці. Підкреслювалося, що цивільне судочинство це не просто діяльність, а система дій суду та інших учасників процесу, здійснювана з метою захисту порушеного або оспорюваного суб'єктивного цивільного права чи охоронюваного законом інтересу<sup>21</sup>. Таке розуміння цивільного судочинства вчені підтримують і сьогодні<sup>22</sup>.

Концептуально близькі до вже названих визначення цивільного судочинства можна знайти в роботах учених, що акцентують свою увагу на цивільних процесуальних правовідносинах. На їх думку, цивільне судочинство – це складні цивільні процесуальні правовідносини, що виникають у зв'язку з розглядом і вирішенням цивільної справи<sup>23</sup>.

Як бачимо, учені-процесуалісти для з'ясування правової природи цивільного судочинства активно використовують такі



категорії, як порядок, процесуальна діяльність або цивільні процесуальні правовідносини, виявляючи їх безпосередні взаємозв'язки. Однак, як писав свого часу О. В. Гагаринов, у роботах представників цієї концепції прослідковується прагнення визначити поняття цивільного судочинства через якийсь один компонент (елемент) цього складного правового явища. Такий підхід не розкриває повністю специфіки цивільного судочинства<sup>24</sup>.

Друга концепція вивчення цивільного судочинства пов'язана з послідовним обґрунтуванням теоретиками цивільного процесу ідеї складного змісту цивільного судочинства.

Враховуючи різноаспектний характер предмету правового регулювання цивільного процесуального права, окремі дослідники спробували подати цивільне судочинство як процесуальні дії суду й осіб, що беруть участь у справі, так і процесуальні відносини, що складаються між судом і особами, що беруть участь у справі<sup>25</sup>.

Цивільна процесуальна доктрина в цілому критично сприйняла запропоновані підходи. Головний аргумент стосувався пошуку дійсно наявного співвідношення між процесуальними діями і процесуальними правовідносинами, розкриття самого характеру зв'язку, усунення роз'єднаності роз'єднаних дій і процесуальних правовідносин<sup>26</sup>.

З метою пізнання взаємозв'язків між цивільною процесуальною діяльністю й цивільними процесуальними правовідносинами правознавці звернулися до категорій «зміст» і «форма». У цьому зв'язку, цивільне судочинство було розглянуто як система регламентованих нормами цивільного процесуального права процесуальних дій суду щодо здійснення правосуддя у цивільних справах і процесуальних дій інших учасників процесу, які беруть участь у розгляді справи судом і у виконанні судових рішень – дій, які становлять зміст цивільних процесуальних правовідносин і здійснюються в порядку, що визначається нормами цивільного процесуального права<sup>27</sup>.

На деякі суперечності даного підходу вже вказувалося у цивільній процесуальній літературі. За зауваженням дослідни-

ків, таке трактування збіднює зміст цивільного судочинства, оскільки процесуальна діяльність втрачає свій відносно самостійний статус і стає частиною (змістом) цивільних процесуальних правовідносин. При цьому сама ідея про те, що процесуальні дії становлять зміст процесуальних відносин (правовідносин) далеко не беззаперечна<sup>28</sup>.

Ми не ставимо перед собою завдання аналізу сформованих поглядів на предмет, що розглядається, усвідомлюючи, що кожна точка зору відобразила рух цивілістичної процесуальної думки на тому або іншому етапі її розвитку, стала закономірним підсумком досліджень не одного покоління вчених-процесуалістів і становлення вітчизняних шкіл цивільного процесу.

Очевидна корисність здійснених спроб виявлення сутності цивільного судочинства. Вони збагатили уявлення про досліджуване явище, розглянули його з різних методологічних позицій. Якщо для післяреформеної процесуальної науки, через цілком зрозумілі причини, цивільне судочинство є лише елементом у системі реалізації матеріального права, то в наступні періоди поряд з категоріями «порядок провадження», «діяльність» або «система дій» широко використовується категорія «правовідносини».

Проте сформовані підходи не були позбавлені недоліків. Ми солідарні з думкою Ю. Ю. Грибанова, який, на наш погляд, обґрунтовано вважає, що з метою подолання відриву діяльності від правовідносин, визнаючи первинність, а не похідність правовідносин від діяльності, слід погодитися з тим, що тільки визначення цивільного судочинства через категорію «правовідносини» здатне чітко виявити й позначити співвідношення таких категорій, як право і процес.

Як додатковий аргумент цитований автор називає штучне та багато в чому надумане відокремлення діяльності від правовідносин, особливо враховуючи те, що діяльність учасників правовідносин не виокремлюється як окрема категорія в інших галузях. Немає необхідності виокремлювати її і в цивільній процесуальній теорії.

Поняття «правовідносини» повинно бути покладено в основу конструювання дефініції «цивільне судочинство» ще й тому, що являє собою категорію правового порядку, що має усталений зміст. Тільки правова, а не загальнофілософська (як, наприклад, діяльність і інші) категорія здатна логічно точно й несуперечливо розкрити природу цивільного судочинства як правового явища соціальної реальності<sup>29</sup>.

1. Миколенко О. І. Категоріальний апарат науки адміністративного процедурного права // Право і суспільство /2010. / № 3. С. 96.
2. Смородинський В. С. Судова влада в Україні (загальнотеоретичні проблеми): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2001; Орзих М. Ф. Судебная власть в механизме защиты прав человека: доктрина и практика // Юридичний вісник. 2001. № 4; Шевчук С. В. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. Київ: Реферат, 2007; Селіванов А. О. Конституція. Громадянин. Суд. Професійні та суспільні погляди. Київ: УВІД «Рада», 2009; Брынцев В. Д. Теория и практика управления судом в правовом государстве: монография. Київ: Юринком Интер, 2010; Москвич Л. М. Эффективность судебной системы: концептуальный анализ: монография. Харків: ФІНН, 2011; Прилуцький С. В. Вступ до теорії судової влади (Суспільство. Правосуддя. Держава): монографія. Київ: Інститут держави і права ім. В. М. Корещького НАН України, 2012.
3. Дегтярев С. Л. Реализация судебной власти в гражданском судопроизводстве: теоретико-прикладные проблемы. Москва: Волтерс Клувер, 2007. С. 5.
4. Савельева Т. А. Судебная власть в гражданском процессе: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1996.
5. Ткачук О. С. Проблеми реалізації судової влади у цивільному судочинстві. Харків: Право, 2016. С. 41.
6. Дегтярев С. Л. Цит. работа. С. 111.
7. Власов В. И. История судебной власти в России. Кн. первая (1019-1917). Москва: Компания Спутник+, 2003. С. 66-70; Тимченко Г. П. Способы и процессуальные формы защиты гражданских прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 2012.
8. Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка: в 4-х томах. Т. 4. Москва: ТЕРРА, 1994. С. 380.
9. Колоколов Н. А. Судебная власть: о сущем феномена в логосе: монография. Москва: Издательская группа «Юрист», 2005. С. 21.
10. Богданов Е. В. Правосудие как форма осуществления судебной власти: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11 / Белорусский государственный университет. Минск, 2003. С. 7-8.
11. Щеглов В. Н. Гражданское процессуальное правоотношение. Москва: Юрид. лит., 1966. С. 4-6, 15-16.
12. Савельева Т. А. Судебная власть в гражданском процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Саратов, 1996. С. 15.
13. Судебная власть / под ред. Л. И. Петрухина.

Москва: ООО «ТК Велби», 2003. С. 18, *Попова Ю. А.* Теоретические проблемы гражданской процессуальной (судопроизводственной) формы: современный аспект // Тенденции развития гражданского процессуального права России. Санкт-Петербург: Юрид. центр Пресс, 2008. С. 75-84.

**14.** *Воскобитова Л. А.* Механизм реализации судебной власти посредством уголовного судопроизводства: автореф. дис. ... доктора юрид. наук: 12.00.09. Москва, 2004. С. 14. **15.** *Джавадов Х. А.* Проблемы эффективности гражданского судочинства. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2018. С. 16. **16.** *Тимченко Г. П.* Способы и процессуальные формы защиты гражданских прав: дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 2002.

**17.** *Мальшев К. И.* Курс гражданского судопроизводства: в 3 т. Санкт-Петербург, 1874-1879. Т. 1. С. 1; *Исаченко В. Л.* Русское гражданское судопроизводство. Практическое руководство для студентов и начинающих юристов. Петроград, 1915. Т. 1. С. 1. **18.** *Пучинский В. К.* Понятие, предмет, источники советского процессуального права. Москва: Госюриздат, 1966. С. 33. **19.** *Гражданский процесс: учебник / под ред. Комарова В. В.* Харьков: ООО «Одиссей», 2001. С. 22. **20.** *Советское гражданское процессуальное право: Учебное пособие для юрид. вузов и факультетов / отв. ред. М. А. Гурвич.* Москва: Высшая школа, 1964. С. 10. **21.** *Елисейкин П. Ф.* Предмет, принципы и субъекты советского гражданского процессуального права: учебн.пособ. Ярославль: Изд-во Ярославского гос. ун-та, 1974. С. 8. **22.** *Гражданский процесс / под ред. В. И. Тertyшников.* Харьков: Консум, 2001. С. 10. **23.** *Щеглов В. Н.* Советское гражданское процессуальное право (понятие, предмет и метод, принципы, гражданское процессуальное правоотношение): лекции для студентов. Томск: Изд-во Томского ун-та, 1976. С. 71; *Авдеенко Н. И.* Механизм и пределы регулирующего воздействия гражданско-процессуального права. Ленинград: Изд-во Ленинград. ун-та, 1969. С. 46. **24.** *Гагаринов А. В.* Взаимосвязь и взаимодействие гражданского процессуального права, гражданского процесса и гражданской процессуальной формы: дис. ... канд. юрид. наук. Ленинград, 1988. С. 39. **25.** *Абрамов С. Н.* Советский гражданский процесс: учебник. Москва: Юрид. лит., 1952. С. 6; *Чечот Д. М.* Участники гражданского процесса. Москва: Госюриздат, 1960. С. 11. **26.** *Жерулис И. А.* Сущность советского гражданского процесса. Вильнюс: Минтис, 1969. С. 12. **27.** *Курс советского гражданского процессуального права / отв. ред. А. А. Мельников.* Москва: Наука, 1981. Т. 1: Теоретические основы правосудия по гражданским делам. С. 119; *Штефан М. Й.* Цивільний процес. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2001. С. 19; *Цивільний процес України: академічний курс: підручн. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.; за ред. С. Я. Фурси.* Київ: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2009. С. 56. **28.** *Гагаринов А. В.* Цит. работа. С. 45. **29.** *Грибанов Ю. Ю.* Рассмотрение дел в порядке упрощенного производ-

ства в гражданском и арбитражном процессе: сравнительное исследование правовых систем России и Германии: дис. ... канд. юрид. наук. Кемерово, 2007. С. 43-45.

***Gulyk Andrii. Conceptual and categorical apparatus for studying the problems of optimizing civil proceedings***

The article is devoted to the analysis of the conceptual and categorical apparatus of the study of the problems of optimizing civil proceedings. The researcher notes the importance of creating a new context for the study of the judiciary, justice and civil justice as conceptual legal categories and concepts of civil procedural science.

The author substantiates that concepts and categories allow to form a logically completed and non-contradictory system of scientific knowledge about civil procedural activity, to uniform methodological approaches to its normative regulation and, as a result, to consider civil legal proceedings as a phenomenon, the legal nature and essence of which is comprehensively studied and known.

Among the basic concepts and categories of research of optimizing of civil proceedings problems, the key ones are the categories of judicial authority and justice.

The author proceeds from the fact that the category of the judiciary can be viewed and explored from different perspectives. At the same time, the judiciary as a legal phenomenon is associated with the principle of separation of powers. The author supports the opinion that the judiciary is a law enforcement authority characterized by autonomy, completeness and exclusivity, and it is a special form of consideration of legal disputes (justice) with a special functional purpose, such as the protection of the rights, freedoms and interests of the individual.

Although they reflect different spheres of public life, the categories of judicial power (judiciary) and justice are interrelated. It is hardly possible to identify the entire chain of their relationships, resorting only to the categories of form or function. However, there are no grounds for the opposite, namely, the opposition of these phenomena, since both of them are directly related to the functioning of such a social and legal institution as a court.

The author justifies that in order to overcome the separation of activities from legal relations, recognizing the primacy and not the productivity of legal relations from activities, one should agree that only the definition of civil litigation through the legal relationship category is able to clearly show and designate the ratio of such categories as law and process.

***Keywords:*** judicial authority, justice, court, civil proceedings, legal relations, procedural form.

## ТРУДОВЕ ПРАВО

УДК 349.2

**О. В. ГОЛОВКІН**  
**В. П. СТАДНИК**

### **ПРАВОВІ ОСОБЛИВОСТІ ПЕРЕРАХУНКУ ПЕНСІЇ ПРАЦІВНИКАМ ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ**

*На основі чинного законодавства України та узагальнення практики його застосування доведена неправомірність дій суб'єктів владних повноважень – територіальних управлінь Пенсійного фонду України щодо відмови в проведенні перерахунку пенсій за вислугу років у зв'язку із підвищенням заробітної плати працівникам органів прокуратури.*

**Ключові слова:** *соціальне забезпечення, територіальні управління Пенсійного фонду, пенсійне забезпечення, звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод.*

#### **Головкин А. В., Стадник В. П. Правовые особенности перерасчета пенсий работникам органов прокуратуры Украины**

*На основе действующего законодательства Украины и обобщения практики его применения доказана неправомерность действий субъектов властных полномочий – территориальных управлений Пенсионного фонда Украины при отказе в проведении перерасчета пенсий за выслугу лет в связи с повышением заработной платы работникам органов прокуратуры.*

---

© ГОЛОВКІН Олександр Васильович – доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, начальник відділу науково-методичного забезпечення організації роботи в органах прокуратури Науково-дослідного інституту Національної академії прокуратури України

© СТАДНИК Валентина Петрівна – заступник начальника відділу науково-методичного забезпечення організації роботи в органах прокуратури Науково-дослідного інституту Національної академії прокуратури України

**Ключевые слова:** *соціальне забезпечення, пенсійне забезпечення, територіальні управління Пенсійного фонду, суження содержания и объема существующих прав и свобод.*

**Golovkin Alehandr, Stadnyk Valentyna. About the pension personnel employees of Ukraine prosecutors**

*On the basis of the current legislation of Ukraine and the generalization of the practice of its law enforcement, it has been proved that the actions of the subjects of power authorities the territorial departments of the Pension Fund of Ukraine concerning the refusal to carry out the recalculation of pensions for senior service with the increase of wages to employees of the prosecutor's offices had proved wrongfulness.*

**Keywords:** *social security, territorial departments of the Pension Fund, pension provision, narrowing the content and volume of existing rights and freedoms.*

Актуальність дослідження полягає у тому, що у правовому регулюванні пенсійного забезпечення працівників органів прокуратури наявні проблеми, пов'язані із звуженням соціальних гарантій для прокурорських працівників, які суттєво впливають на рівень їх соціальної захищеності і, відповідно, на ефективність виконання покладених на прокуратуру функцій з захисту прав і свобод людини, загальних інтересів суспільства та держави.

Проблеми соціального забезпечення, загальнообов'язкового державного пенсійного страхування в цілому та працівників прокуратури зокрема, були предметом досліджень багатьох учених, серед яких необхідно відзначити: С. С. Алексєєва, В. С. Венедиктова, М. І. Дерев'янка, М. І. Іншина, К. Ю. Мельника та інших. Проте, широке коло питань у цій сфері залишаються дискусійними, а підняте у статті – взагалі не було предметом наукових досліджень.

Право на перерахунок пенсії особи, що звільнені з органів прокуратури у зв'язку з виходом на пенсію за вислугу років відповідно до статті 50<sup>1</sup> Закону України «Про прокуратуру» від 5 листопада 1991 року (в редакції Закону від 12 липня 2001 року) (стаття 38 КЗпП України), набули у зв'язку з підвищенням посадових окладів на 25 % відповідно до пункту 3 Постанови Кабінету Міністрів України № 1013 від 9 грудня 2015 року «Про

упорядкування структури заробітної плати, особливості проведення індексації та внесення змін до деяких нормативно-правових актів» (далі – Постанова КМУ № 1013).

Територіальні управління Пенсійного фонду України відмовляють у перерахунку пенсії посилаючись на пункт 5 Прикінцевих положень Закону України від 02 березня 2015 року № 213-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо пенсійного забезпечення» (далі – Закон № 213-VIII), згідно з яким: «У разі неприйняття до 1 червня 2015 року закону щодо призначення всіх пенсій, у тому числі спеціальних, на загальних підставах з 1 червня 2015 року скасовуються норми щодо пенсійного забезпечення осіб, яким пенсії/щомісячне довічне грошове утримання призначаються відповідно до законів України «Про державну службу», «Про прокуратуру», «Про судоустрій і статус суддів», «Про статус народного депутата України», «Про Кабінет Міністрів України», «Про судову експертизу», «Про Національний банк України», «Про службу в органах місцевого самоврядування», «Про дипломатичну службу», Податкового та Митного кодексів України, Положення про помічника-консультанта народного депутата України».

Аналізуючи дану норму закону та виходячи з принципу незворотності дії законів у часі, зазначені положення пункту 5 Прикінцевих положень Закону № 213-VIII, стосуються порядку призначення пенсії прокурорам у разі реалізації ними права на пенсійне забезпечення, а не перерахунку вже призначеної пенсії.

Верховний Суд України у справах за позовами прокурорів щодо перерахунку пенсії (постанови від 10 грудня 2013 року у справі № 21-420a13 та у справі №21-348a13, від 17 грудня 2013 року у справі № 21-445a13, від 6 жовтня 2015 року № 21-2432a15) дійшов до висновку, що процедури призначення та перерахунку пенсії різні за змістом і механізмом їх проведення<sup>1</sup>.

Висновки Верховного Суду України, викладені у зазначених постановках, відповідно до приписів статті 244-2 КАС України є



обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, у тому числі і для територіальних управлінь Пенсійного фонду України<sup>2</sup>.

Отже, положення зазначеної правової норми поширюються виключно на правовідносини щодо призначення пенсії, а не щодо її перерахунку.

До такого висновку дійшли суди під час розгляду позовів прокурорів щодо перерахунку пенсії. Зокрема, Вищий адміністративний суд України в ухвалі від 10 березня 2016 року у справі № 636/5086/15-а, Київський апеляційний адміністративний суд в ухвалі від 03 лютого 2016 року у справі № 753/20917/15-а<sup>3</sup>.

Право на пенсію закріплено у статті 46 Конституції України в якій зазначено, що громадяни мають право на соціальний захист, враховуючи право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття за незалежними від них обставинами, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом<sup>4</sup>. Це конституційне право, з яким кореспондується обов'язок держави щодо його забезпечення. Реалізація цього обов'язку здійснюється органами державної влади відповідно до їх повноважень

Конституційний Суд України неодноразово розглядав проблему, пов'язану з реалізацією права на соціальний захист, у тому числі право на отримання пенсії, і сформулював правові позиції щодо застосування зазначених конституційних норм.

«Україна як соціальна держава взяла на себе зобов'язання щодо соціального захисту громадянина, забезпечення права кожного на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї» (абзац 2 пункту 3 мотивувальної частини Рішення від 6 липня 1999 року № 8-рп/99)<sup>5</sup>.

«Україна як демократична і правова держава закріпила принцип поваги і непорушності прав та свобод людини, утвердження і забезпечення яких є головним обов'язком держави. Конституційний принцип правової держави вимагає від неї утримуватися від обмеження загальноновизнаних прав і свобод

людини і громадянина (стаття 1, частина друга статті 3, статті 21, 22, 64 Конституції України)» (абзац 1 підпункту 5.3 пункту 5 мотивувальної частини Рішення від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005)<sup>6</sup>.

Зазначені у статтях 1, 3 Конституції України «конституційні положення розвинуті в розділі II Конституції України «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина». Тим самим право на соціальний захист віднесено до основоположних прав і свобод. Це право гарантується загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням за рахунок страхових внесків громадян, підприємств, установ і організацій, а також бюджетних та інших джерел (частина друга статті 46 Основного Закону України) і забезпечується частиною другою статті 22 Конституції України, відповідно до якої конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані<sup>7</sup>.

Закріплюючи на конституційному рівні право на соціальний захист кожного громадянина, без будь-яких винятків, держава реалізує положення статті 24 Конституції України, відповідно до яких громадяни мають рівні конституційні права і не може бути обмежень за будь-якими ознаками (абзаци 2-4 підпункту 3.1 пункту 3 мотивувальної частини Рішення від 7 жовтня 2009 року № 25-рп/2009)<sup>8</sup>.

«В Україні як соціальній, правовій державі політика спрямовується на створення умов, які забезпечують достатній життєвий рівень, вільний і всебічний розвиток людини як найвищої соціальної цінності, її життя і здоров'я, честь і гідність. Утвердження та дотримання закріплених у нормативно-правових актах соціальних стандартів є конституційним обов'язком держави. Діяльність її правотворчих і правозастосовних органів має здійснюватися за принципами справедливості, гуманізму, верховенства і прямої дії норм Конституції України, а повноваження – у встановлених Основним Законом України межах і відповідно до законів.

Зазначені конституційні принципи, на яких базується здійснення прав і свобод людини і громадянина в Україні, включаючи і право на пенсійне забезпечення, передбачають за зміс-

том статей 1, 3, 6 (частина друга), 8, 19 (частина друга), 22, 23, 24 (частина перша) Основного Закону України правові гарантії, правову визначеність і пов'язану з ними передбачуваність законодавчої політики у сфері пенсійного забезпечення, необхідні для того, щоб учасники відповідних правовідносин мали можливість завбачати наслідки своїх дій і бути впевненими у своїх законних очікуваннях, що набуте ними на підставі чинного законодавства право, його зміст та обсяг буде ними реалізовано, тобто набуте право не може бути скасоване, звужене» (абзаци 2 і 3 пункту 4 мотивувальної частини Рішення від 11 жовтня 2005 року № 8-рп/2005)<sup>9</sup>.

«Зміст та обсяг права громадян на пенсійне забезпечення полягає у їх матеріальному забезпеченні шляхом надання трудових і соціальних пенсій, тобто щомісячних пенсійних виплат відповідного розміру, в разі досягнення особою передбаченого законом віку чи визнання її інвалідом або отримання членами її сім'ї цих виплат у визначених законом випадках.

Встановивши в законі правові підстави призначення пенсій, їх розміри, порядок обчислення і виплати, законодавець може визначати як загальні умови їх призначення, так і особливості набуття права на пенсію, включаючи для окремих категорій громадян пільгові умови призначення пенсії залежно від ряду об'єктивно значущих обставин, що характеризують трудову діяльність (особливості умов праці, професія, виконувані функції, кваліфікаційні вимоги, обмеження, ступінь відповідальності тощо). Законодавець повинен робити це з дотриманням вимог Конституції України, в тому числі принципів рівності та справедливості» (абзаци 2, 3 пункту 5 мотивувальної частини Рішення від 11 жовтня 2005 року № 8-рп/2005)<sup>10</sup>.

«Конституція України виокремлює певні категорії громадян України, що потребують додаткових гарантій соціального захисту з боку держави. До них, зокрема, належать громадяни, яким пенсія призначається за спеціальними законами і які відповідно до статті 17 Конституції України перебувають на службі у військових формуваннях та правоохоронних органах держави, у тому числі органів прокуратури, забезпечуючи сувере-

нітет і територіальну цілісність України, її економічну та інформаційну безпеку. Визначений законами України відповідно до положень статті 17 Конституції України комплекс організаційно-правових та економічних заходів, спрямованих на забезпечення їх соціального захисту, зумовлений не їх непрацездатністю або відсутністю достатніх засобів для існування (стаття 46 Конституції України), а особливістю професійних обов'язків, пов'язаних з ризиком для життя та здоров'я, жорсткими вимогами до дисципліни, професійної придатності, фахових, фізичних, вольових та інших якостей, певним обмеженням конституційних прав і свобод, у тому числі права заробляти матеріальні блага для забезпечення собі і своїй сім'ї рівня життя, вищого за прожитковий мінімум. Тобто соціальні гарантії військовослужбовців та працівників правоохоронних органів випливають з характеру покладених на них службових обов'язків у зв'язку з виконанням ними державних функцій» (від 6 липня 1999 року № 8-рп/99, від 20 березня 2002 року № 5-рп/2002, від 17 березня 2004 року № 7-рп/2004, від 1 грудня 2004 року № 20-рп/2004, від 11 жовтня 2005 року № 8-рп/2005). «...багато «пільг», встановлених Законами України «Про міліцію», «Про прокуратуру» тощо, є не пільгами, а гарантіями та іншими засобами забезпечення професійної діяльності окремих категорій громадян, ефективного функціонування відповідних органів (абзац 3 пункту 3 мотивувальної частини Рішення від 20 березня 2002 року № 5-рп/2002)<sup>11</sup>.

Здійснення зазначеного комплексу заходів «не залежить від розміру доходів військовослужбовців та працівників правоохоронних органів чи наявності фінансування з бюджету, а має безумовний характер (абзац 5 пункту 6 мотивувальної частини Рішення від 11 жовтня 2005 року № 8-рп/2005)<sup>12</sup>.

За правовою позицією Конституційного Суду України саме «з урахуванням особливостей умов праці, характеру виконуваної роботи, її складності і значущості, ступеня відповідальності, певних обмежень конституційних прав і свобод» «для окремих категорій громадян пенсійне забезпечення встановлюється іншими нормативно-правовими актами» (абзац 5 пункту 5

мотивувальної частини Рішення від 11 жовтня 2005 року № 8-рп/2005)<sup>13</sup>.

Відповідно до правових позицій Конституційного Суду України «за змістом положень частин другої, третьої статті 22 Основного Закону України конституційні права і свободи гарантуються, а держава повинна утримуватись від прийняття будь-яких актів, які призводили б до скасування чи звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод» (абзац 4 підпункт 3.5 пункту 3 мотивувальної частини Рішення від 18 червня 2007 року № 4-рп/2007); «однією з конституційних гарантій прав і свобод людини і громадянина є недопущення їх скасування (частина друга статті 22 Конституції України) чи звуження їх змісту та обсягу при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів (частина третя статті 22 Конституції України)» (абзац 1 підпункт 7.1 пункту 7 мотивувальної частини Рішення від 22 травня 2008 року № 10-рп/2008)<sup>14</sup>.

Тлумачення словосполучення «скасування конституційних прав і свобод», «звуження змісту та обсягу прав і свобод людини і громадянина», що міститься в частинах 2 і 3 статті 22 Конституції України, Конституційний Суд України дав у Рішенні від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005: «Скасування конституційних прав і свобод – це їх офіційна (юридична або фактична) ліквідація. Звуження змісту та обсягу прав і свобод є їх обмеженням. У традиційному розумінні діяльності визначальними поняття змісту прав людини є умови і засоби, які становлять можливості людини, необхідні для задоволення потреб її існування та розвитку. Обсяг прав людини – це їх сутнісна властивість, виражена кількісними показниками можливостей людини, які відображені відповідними правами, що не є однорідними і загальними» (абзац четвертий підпункту 5.2 пункту 5 мотивувальної частини)<sup>15</sup>.

Конституційний Суд України в абзацах 5 і 6 пункту 4 мотивувальної частини Рішення від 11 жовтня 2005 року № 8-рп/2005 зазначив: «Зміст прав і свобод людини – це умови і засоби, які визначають матеріальні та духовні можливості людини, необхідні для задоволення потреб її існування і розвитку. Обсяг

прав людини — це кількісні показники відповідних можливостей, які характеризують його множинність, величину, інтенсивність і ступінь прояву та виражені у певних одиницях виміру<sup>16</sup>.

Звуження змісту прав і свобод означає зменшення ознак, змістовних характеристик можливостей людини, які відображаються відповідними правами та свободами, тобто якісних характеристик права. Звуження обсягу прав і свобод — це зменшення кола суб'єктів, розміру території, часу, розміру або кількості благ чи будь-яких інших кількісно вимірюваних показників використання прав і свобод, тобто їх кількісної характеристики».

Виходячи із зазначеного тлумачення, Конституційний Суд України дійшов правового висновку, що визнання Законом правових актів такими, що втратили чинність, зупинення їх дії, внесення до них змін і доповнень стосовно закріплених в них прав і свобод людини і громадянина є скасуванням або обмеженням цих прав і свобод (абзац 4 підпункту 7.1 пункту 7 мотивувальної частини Рішення від 22 травня 2008 року № 10-рп/2008)<sup>17</sup>.

Згідно з правовою позицією Конституційного Суду України невиконання державою своїх соціальних зобов'язань щодо окремих осіб ставить громадян у нерівні умови, підриває принцип довіри особи до держави, що закономірно призводить до порушення принципів соціальної, правової держави (абзац 1 підпункту 3.2 пункту 3 мотивувальної частини Рішення від 9 липня 2007 року № 6-рп/2007).

Отже, Конституційний Суд України, який відповідно до статті 147 Конституції України, є єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні, завданням якого згідно зі статтею 2 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 16.10.1996 № 422/96-ВР є гарантування верховенства Конституції України як Основного Закону держави на всій території України, у своїх рішеннях неодноразово зазначив, що:

— набуте право на отримання пенсії гарантуються, утвердження і забезпечення цього прав є конституційним обов'яз-

ком держави, яка повинна утримуватись від прийняття будь-яких актів, які призводили б до скасування чи звуження змісту та обсягу існуючого права;

– конституційне право на отримання пенсії не може бути обмежено чи скасовано при реалізації інших конституційних прав, зокрема права на працю;

– будь-яке обмеження права на отримання пенсії, у тому числі у зв'язку з реалізацією інших конституційних прав, не відповідає статтям 1, 3, 6 (частина 2), 8, 19 (частина 2), 21, 22, 23, 24 (частини 1, 2), 42, 43, 46, 48 Основного Закону України (Така правова позиція викладена і у пункті 5 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 9 липня 2007 року № 6-рп/2007);

– «У частині другій статті 8 Конституції України встановлено вимогу щодо законів України – усі вони приймаються виключно на основі Конституції України і повинні відповідати їй» (абзац 1 у пункті 5 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 9 липня 2007 року № 6-рп/2007).

Згідно зі статтею 65 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 16.10.1996 № 422/96-ВР мотивувальна частина рішення є складовою частиною рішення Конституційного Суду і тому за приписами частини 2 статті 150 Конституції України є обов'язковою до виконання на території України. Сам Конституційний Суд України, вирішуючи порушені в конституційних поданнях питання, не тільки виходить з положень норм Конституції України, також враховує правові позиції, сформульовані у мотивувальних частинах своїх рішень.

Проблеми, пов'язані з реалізацією прокурорами права на пенсію, неодноразово вирішувались Верховним Судом України і Вищим адміністративним судом України під час розгляду конкретних адміністративних справ.

Верховний Суд України у справах за позовами прокурорів щодо перерахунку пенсії (постанови від 10 грудня 2013 року у справі № 21-420a13 та у справі №21-348a13, від 17 грудня 2013 року у справі № 21-445a13, від 6 жовтня 2015 року

№ 21-2432a15) дійшов до висновку, що внесені Законом № 3668-VI зміни до статті 50-1 Закону № 1789-XII щодо розміру пенсії у відсотках стосуються порядку призначення пенсії прокурорам і слідчим у разі реалізації ними права на пенсійне забезпечення, а не перерахунку вже призначеної пенсії; процедури призначення та перерахунку пенсії різні за змістом і механізмом їх проведення; при перерахунку пенсії працівникам прокуратури має застосовуватися норма, що визначає розмір пенсії у відсотках, яка діяла на момент призначення пенсії<sup>18</sup>.

Аналогічна правова позиція викладена і в ухвалах Вишого адміністративного суду України від 20 червня 2013 року № К/800/11225/13, від 10 вересня 2015 року № К/800/33730/13, від 13 жовтня 2015 року № К/800/36235/13, від 11 листопада 2015 року № К/800/56255/13 та № К/800/57343/13, від 19 січня 2016 року № К/800/32287/15, від 21 січня 2016 року № К/800/6054/15, від 28 січня 2016 року № К/800/32220/15 та К/800/31554/15.

В ухвалах Вищий адміністративний суд України свої рішення обґрунтовував також нормами Конституції України. Зокрема в ухвалі від 19 січня 2016 року № К/800/32287/15 касаційний суд посилається на частину 1 статті 58 Основного Закону, відповідно до якої закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи.

Верховний Суд України у зазначених постановках і Вищий адміністративний суд України в ухвалах від 18 червня 2015 року № К/800/34026/13, від 13 жовтня 2015 року № К/800/36235/13, від 21 січня 2016 року № К/800/6054/15, від 28 січня 2016 року № К/800/32220/15 та К/800/31554/15, вирішуючи питання про застосування Закону в часі, прийшли до висновку, що згідно зі статтею 22 Конституції України закріплені нею права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані. При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законодавчих актів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод; відповідно до статей 22 та 64 Конституції України, право на пенсійне забезпечення, встановлене Законом № 1789-XII, є



таким, що не підлягає звуженню та обмеженню; обмеження під час перерахунку розміру пенсії прокурорам за вислугу років не допустимо<sup>19</sup>.

В ухвалі від 28 січня 2016 року № К/800/32220/15 Вищий адміністративного суду України зазначив, що, виходячи із загальних засад пріоритету законів над підзаконними актами при розрахунку пенсії позивача застосуванню підлягає розмір, встановлений згідно з частиною 1 статті 50-1 Закону № 1789-ХІІ, відповідно до якого розмір пенсії позивача повинен становити 90 % від суми місячного заробітку<sup>20</sup>.

Висновки Верховного Суду України, викладені у зазначених постановках, відповідно до приписів статті 244-2 КАС України є обов'язковими для судів України.

Пленум Верховного Суду України неодноразово звертав увагу судів на необхідність застосування норм Конституції України при розгляді конкретних справ. Зокрема, у постанові від 1 листопада 1996 року № 9 «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» зазначив:

«Відповідно до ст. 8 Конституції в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Конституційні права та свободи людини і громадянина є безпосередньо діючими. Вони визначають цілі і зміст законів та інших нормативно-правових актів, зміст і спрямованість діяльності органів законодавчої та виконавчої влади, органів місцевого самоврядування і забезпечуються захистом.

Виходячи із зазначеного принципу та гарантування Конституцією судового захисту конституційних прав і свобод, судова діяльність має бути спрямована на захист цих прав і свобод від будь-яких посягань шляхом забезпечення своєчасного та якісного розгляду конкретних справ. При цьому слід мати на увазі, що згідно зі ст. 22 Конституції закріплені в ній права і свободи людини й громадянина не є вичерпними (пункт 1)<sup>21</sup>.

Оскільки Конституція України, як зазначено в її статті 8, має найвищу юридичну силу, а її норми є нормами прямої дії, суди при розгляді конкретних справ мають оцінювати зміст будь-якого закону чи іншого нормативно-правового акту з

точки зору його відповідності Конституції і в усіх необхідних випадках застосовувати Конституцію як акт прямої дії. Судові рішення мають ґрунтуватись на Конституції, а також на чинному законодавстві, яке не суперечить їй (абзац 1 пункту 2)<sup>22</sup>.

Суд безпосередньо застосовує Конституцію у разі:

1) коли зі змісту норм Конституції не випливає необхідність додаткової регламентації її положень законом;

2) коли закон, який був чинним до введення в дію Конституції чи прийнятий після цього, суперечить їй;

3) коли правовідносини, що розглядаються судом, законом України не врегульовано, а нормативно-правовий акт, прийнятий Верховною Радою або Радою міністрів Автономної Республіки Крим, суперечить Конституції України (абзац 3 пункту 2).

Якщо зі змісту конституційної норми випливає необхідність додаткової регламентації її положень законом, суд при розгляді справи повинен застосувати тільки той закон, який ґрунтується на Конституції і не суперечить їй (абзац 4 пункту 2)».

Таким чином, аналізуючи вказані норми закону та виходячи з принципу незворотності дії законів у часі, положення пункту 5 Прикінцевих положень Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо пенсійного забезпечення» стосується порядку призначення пенсії прокурорам у разі реалізації ними права на пенсійне забезпечення, а не перерахунку вже призначеної пенсії, оскільки процедури призначення та перерахунку пенсії різні за змістом і механізмом їх проведення. У зв'язку з чим, скасування порядку нарахування пенсій за спеціальними законами з 1 червня 2015 року та подальше призначення таких пенсій на загальних підставах, не впливає на можливість проведення перерахунку пенсій, призначених раніше, у відповідності до діючих на час їх призначення норм Закону України «Про прокуратуру».

1. *Постанова* Верховного Суду України від 10 грудня 2013 року у справі № 21-420a13 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/>; *Постанова* Верховного Суду України від

10 грудня 2013 року у справі № 21-348а13 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/> 2. *Кодекс* адміністративного судочинства України Закон України від 06 липня 2005 р. № 2747-IV // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2747-15> 3. *Ухвала* Київського апеляційного адміністративного суду від 03 лютого 2016 року у справі № 753/20917/15-а // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/> 4. *Конституція* України: редакція від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // ВВР України. 1996. № 30. Ст. 141. 5. *Рішення* Конституційного Суду України від 06 липня 1999 р. №8-рп/99 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/main> 6. *Рішення* Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 р. №5-рп/2005 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/main> 7. *Конституція* України: редакція від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // ВВР України. 1996. № 30. 8. *Рішення* Конституційного Суду України від 07 жовтня 2009 р. № 25-рп/2009 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/main> 9. *Рішення* Конституційного Суду України від 18 червня 2005 р. № 8-рп/2005 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/main> 10. Там само. 11. *Рішення* Конституційного Суду України від 20 березня 2002 р. № 5-рп/2002 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/main>; *Рішення* Конституційного Суду України від 17 березня 2004 р. № 7-рп/2004 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/main>; *Рішення* Конституційного Суду України від 01 грудня 2004 р. № 20-рп/2004 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/main>; *Рішення* Конституційного Суду України від 18 червня 2005 р. № 8-рп/2005 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/main> 12. *Рішення* Конституційного Суду України від 18 червня 2005 р. № 8-рп/2005 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/main> 13. *Рішення* Конституційного Суду України від 11 жовтня 2007 р. № 4-рп/2007 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/main> 14. *Рішення* Конституційного Суду України від 22 травня 2008 р. № 10-рп/2008 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/main> 15. *Конституція* України: редакція від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30; *Рішення* Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 р. №5-рп/2005 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/main> 16. *Рішення* Конституційного

Суду України від 18 червня 2005 р. № 8-рп/2005 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/main> 17. Рішення Конституційного Суду України від 07 жовтня 2009 р. № 25-рп/2009 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/main> 18. Постанова Верховного Суду України від 10 грудня 2013 року у справі № 21-420а13 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/>; Постанова Верховного Суду України від 17 грудня 2013 року. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/> 19. Конституція України: редакція від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. 20. Ухвала Вишого адміністративного Суду України від 10 березня 2016 року у справі № 636/5086/15-а // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/> 21. Конституція України: редакція від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // ВВР України. 1996. № 30. 22. Там само.

***Golovkin Alehandr, Stadnyk Valentyna. About the pension personnel employees of Ukraine prosecutors***

In the article proved on the basis of the current legislation of Ukraine and the generalization of the practice of its law enforcement the wrongfulness of the actions of the authorities of the authorities territorial departments of the Pension Fund of Ukraine regarding the refusal to carry out the recalculation of pensions for seniority with the increase in wages to employees of the prosecutor's office.

The right to recalculate the pension of a person released from the prosecutor's office in connection with the retirement for seniority in accordance with Article 50-1 of the Law of Ukraine «On Prosecutor's Office» of November 5, 1991 (as amended by the Law of July 12, 2001) (Article 38 Labor Code of Ukraine) acquire in connection with the increase of official salaries in accordance with the decisions of the Cabinet of Ministers of Ukraine.

The territorial directorates of the Pension Fund of Ukraine refuse to recalculate the pension, referring to paragraph 5 of the Final Provisions of the Law of Ukraine dated March 2, 2015, No. 213-VIII «On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine regarding Pensions» (hereinafter referred to as Law No. 213-VIII), according to with whom: «In the event of the rejection by 1 June 2015 of the law on the appointment of all pensions, including special, on the general grounds, from June 1, 2015, the provisions on pension provision for persons who receive pensions / monthly life-time maintenance in accordance with the laws of Ukraine «On the Civil Service», «On the Prosecutor's Office», «On the Judicial System and Status of Judges», «On the Status of People's Deputies of Ukraine», «On the Cabinet of Ministers of Ukraine», «On Judicial Expertise», «On the National Bank of Ukraine», «On Service in Local Self-

Government Bodies», «On Diplomatic Service», Tax and Customs Codes of Ukraine, Regulations on Assistant-Consultant of People's Deputy of Ukraine».

By analyzing the norms of the law and proceeding from the principle of irreversibility of the laws in time, the said provisions of clause 5 of the Final Provisions of the Law of Ukraine «On Amendments to Certain Legislative Acts on Pensions» refer to the procedure for the appointment of a pension to prosecutors in the event of the exercise of their right to pension provision, rather than a recalculation already assigned pension, since the procedures for appointment and recalculation of pensions are different in terms of content and mechanism of their conduct. In connection with this, the abolition of the procedure for calculating pensions under special laws as of June 1, 2015, and the further appointment of such pensions on general grounds, does not affect the possibility of recalculating pensions previously allocated in accordance with the provisions of the Law of Ukraine in force at the time of their appointment «On the prosecutor's office.

The right to a pension is enshrined in Article 46 of the Constitution of Ukraine, which states that citizens have the right to social protection, taking into account the right to provide them in case of full, partial or temporary loss of disability, loss of breadwinner, unemployment due to circumstances beyond their control, and also in old age and in other cases stipulated by law. This is a constitutional right, which corresponds with the duty of the state to provide it. The implementation of this duty is carried out by the state authorities in accordance with their powers.

By establishing in law the legal grounds for the appointment of pensions, their size, the procedure for calculating and paying, the legislator can determine both the general conditions of their appointment and the particularities of acquiring the right to a pension, including for certain categories of citizens preferential conditions for the appointment of a pension depending on a number of objectively significant circumstances, characterizing labor activity (peculiarities of working conditions, occupation, functions performed, qualification requirements, restrictions, degree of responsibility, etc.). However, the legislator must do so in compliance with the requirements of the Constitution of Ukraine (Paragraphs 2, 3 of clause 5 of the reasoning part of the Decision of October 11, 2005 No. 8-rp / 2005).

On the basis of the current legislation of Ukraine and the generalization of the practice of its law enforcement, it has been proved that the actions of the subjects of power authorities the territorial departments of the Pension Fund of Ukraine concerning the refusal to carry out the recalculation of pensions for senior service with the increase of wages to employees of the prosecutor's offices had proved wrongfulness.

**Keywords:** social security, territorial departments of the Pension Fund, pension provision, narrowing the content and volume of existing rights and freedoms.

# ЗЕМЕЛЬНЕ, АГРАРНЕ ТА ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

УДК 342.922:349.6:502(438)

**Т. І. СУХОРЕБРА**

### **АДМІНІСТРАТИВНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПРАВопорушення у польському природоохоронному законодавстві**

*Розглянуто законодавство Республіки Польщі 1991-2014 рр., а саме закони «Про охорону природи» (1991), «Про ліси» (1991), «Право мисливське» (1995 р.), «Про охорону тварин» (1997 р.), «Право про охорону навколишнього природного середовища» (2001), «Право водне» (2001 р.), «Про охорону природи» (2004), «Про засоби захисту рослин» (2013), що визначає адміністративну відповідальність за правопорушення у природоохоронній сфері. Охарактеризовано види адміністративних стягнень за порушення приписів природоохоронного законодавства. Зроблено висновки, що правотворчість у Польщі в сфері охорони природи мала несистемний характер. Встановлено, що найбільша кількість норм, пов'язаних з адміністративною відповідальністю, міститься у Законі «Про охорону тварин».*

**Ключові слова:** адміністративна відповідальність, природоохоронне законодавство, види адміністративних стягнень, штрафні санкції.

#### **Сухоребра Т. И. Административная ответственность за правонарушения в польском природоохранном законодательстве**

*Рассмотрено законодательство Республики Польши 1991-2014 гг., а именно законы «Об охране природы» (1991), «О лесах» (1991), «Об охотничьем промысле» (1995 г.), «Об охране животных» (1997), «Право об охране окружающей природной среды» (2001), «Право водное» (2001 г.), «Об охране природы» (2004), «О средствах защиты растений» (2013), что опре-*

---

© СУХОРЕБРА Тетяна Іванівна – кандидат юридичних наук, завідувач кафедри права Вінницького торговельно-економічного інституту Київського національного торговельно-економічного університету

деляет административную ответственность за правонарушения в природоохранной сфере. Охарактеризованы виды административных взысканий за нарушение предписаний природоохранного законодательства. Сделаны выводы, что правотворчество в Польше в сфере охраны природы в разные периоды носило несистемный характер. Установлено, что наибольшее количество норм, связанных с административной ответственностью, содержится в Законе «Об охране животных».

**Ключевые слова:** административная ответственность, природоохранное законодательство, виды административных взысканий, штрафные санкции.

### **Suxorebra Tetyana. Administrative responsibility for offenses in Polish environmental legislation**

*The legislation of the Republic of Poland for 1991-2014 is considered, namely, the Law on the Protection of Nature (1991), On Forests (1991), On Hunting (1995), On the Protection of Animals (1997), On the Environmental Protection (2001), On Water (2001), On the Protection of Nature (2004), On Plant Protection Products [pesticides] (2013), which defines administrative liability for violations in environmental sphere. Types of administrative penalties for violation of the requirements of environmental legislation are described. Functions of state bodies authorized to monitor compliance with environmental legislation of the Republic of Poland are characterized. It is concluded that the largest amount of material related to administrative liability is contained in the Law on the Protection of Animals.*

**Keywords:** administrative responsibility, environmental legislation, types of administrative penalties, penal sanctions.

Актуальність дослідження даної проблеми пов'язана з двома причинами. По-перше, різке збільшення правопорушень у сфері охорони природи, які включають захоплення земельних ділянок, незаконне вилучення землі із сільськогосподарського обігу, об'єктів природно-заповідного фонду, браконьєрство, знищення цінних видів флори і фауни та масові, несанкціоновані рубки лісів. По-друге, юридична відповідальність є однією з найважливіших гарантій конституційності, правопорядку та реалізації прав і свобод людини і громадянина, у тому числі й у сфері охорони природи. Дослідження питань щодо сутності правопорушень у сфері охорони природи та юридичної відповідальності за їх учинення є важливим і суттєвим не лише для юридичної науки, законотворення, а й практики правозастосу-

вання. Юридична відповідальність за порушення екологічного законодавства є складовою механізму забезпечення раціонального природокористування, відновлення екологічних об'єктів і охорони навколишнього природного середовища. Її суть полягає в тому, що особа, яка порушила законодавство про охорону навколишнього природного середовища, зобов'язана відповідати, що забезпечується примусом держави. На сьогодні у сфері охорони природи існує низка не вирішених проблем, серед яких питання, пов'язані з удосконаленням діяльності спеціально уповноважених органів виконавчої влади, визначенням форм і методів охорони та використання надр, удосконаленням інституту адміністративної відповідальності. У зв'язку з необхідністю вдосконалення законодавства необхідно використати досвід Республіки Польщі, яка досягла значних успіхів у цій сфері.

Аналіз публікацій показує, що питання, пов'язані з охороною природи в Польщі, розглядалися в працях Марека Гурського, Малгожати Кавалець, Мирослава Карпюка, Данути Лебової, Анджея Ружковського, Каміли Соберай, А. Яровича-Рудольфа. Важливу роль у практичному використанні норм адміністративного права відіграв коментар до Закону «Про охорону природи», підготовлений К. Грушецьким у 2005 р., у якому розглядалися питання стосовно ознак правопорушень та видів адміністративних стягнень за їх скоєння. При цьому в сучасній науковій літературі дослідження, пов'язані з адміністративною відповідальністю, не проводилися, тому це питання потребує подальшої розробки.

Викладення матеріалу дослідження необхідно розпочати з розгляду законодавчих актів, прийнятих у Республіці Польщі з 1991-го по 2014 р., які регламентують притягнення до адміністративної відповідальності за правопорушення у природоохоронній сфері. Правотворчість цієї держави мала несистемний характер з причини того, що природоохоронна політика держави в 90-х роках минулого століття не мала концепції, у рамках якої приймалися нормативно-правові акти. Норми адміністративної відповідальності за правопорушення у сфері охоро-



ни природи регламентувались Законом «Про охорону природи» (Ustawa «O ochronie przyrody») від 16 листопад 1991 р., який приймався в період переходу від командно-адміністративної до ринкової системи. На підставі цього Закону були прийняті такі нормативно-правові акти: «Про ліси» («O lasach») від 28 вересня 1991 р., «Право мисливське» («Prawo łowieckie») від 13 листопада 1995 р., «Про охорону тварин» («O ochronie zwierząt») від 21 серпня 1997 р., «Право про охорону навколишнього природного середовища» («Prawo ochrony środowiska») від 27 квітня 2001 р., «Право водне» («Prawo wodne») від 18 липня 2001 р., «Про охорону природи» («O ochronie przyrody») від 16 квітня 2004 р. та «Про засоби захисту рослин» («O środkach ochrony roślin») від 8 березня 2013 р. (рис. 1).

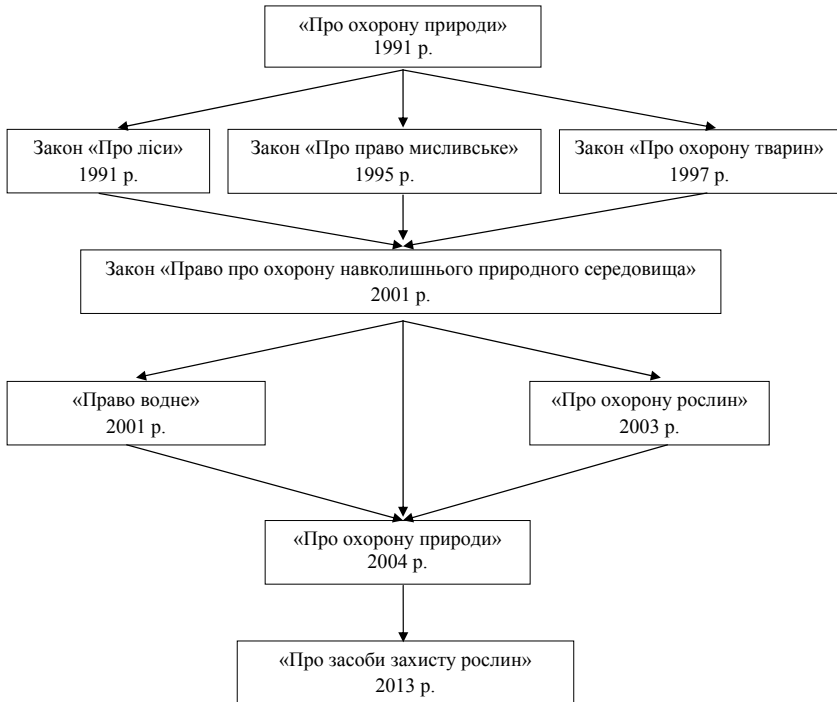


Рисунок 1

Блок-схема динаміки прийняття природоохоронних актів

Причина прийняття Закону «Про ліси» 1991 р. пов'язана з виключним значенням цього природного ресурсу, який займає дев'ять мільйонів гектарів, чи 31 % площі Польщі, найбільш залісненим є Любуське воєводство – 52 %, а найменш Лудзьке – 22 %. Згідно з цим законодавчим актом, охорону державних лісів покладено на Лісову службу, яка має право складати адміністративні протоколи за правопорушення. Як вказує М. Горський, особливістю цього Закону є введення посади Генерального директора державних лісів, який своїми наказами визначає порядок діяльності кожного з об'єктів, призначає директорів регіональної дирекції і погоджує плани використання лісів та їх відновлення<sup>1</sup>. Повноваження цієї структури регламентує ст. 45, відповідно до якої до її компетенції віднесено: питання управління лісовим господарством; охорону лісів; боротьбу зі злочинами та правопорушеннями; визначення розмірів збитку, заподіяного лісовому господарству. Згідно із ст. 46, працівники Лісової служби при виконанні посадових повноважень мають однакові права з працівниками державних служб, які займаються правоохоронною діяльністю. Як вказується у ст. 47.1, працівники лісової охорони: проводять ідентифікацію осіб, що підозрюються у скоєнні злочину або правопорушення; знаходять свідків незаконних дій; мають право накладення і стягнення штрафів; зупиняють і оглядають транспортні засоби в лісових районах; проводять розслідування за фактами порушення законів і передають у поліцію зібрані матеріали для продовження розслідування. Згідно із ст. 66, адміністративні штрафи накладаються в разі виявлення імпорту деревної продукції, на яку поширюється ліцензія FLEGT, а розмір штрафу становить подвоєну митну вартість цих лісоматеріалів. Програма FLEGT є планом дій Європейського Союзу у сфері охорони лісів, управління і торгівлі лісовими матеріалами та в боротьбі з незаконними рубками, а також включає в себе перелік видів дерев, на які встановлюються заборони на торгівлю. До адміністративної відповідальності притягуються фізичні та юридичні особи в разі продажу ними деревини, яка підпадає під дію регламенту ЄС № 995/2010. У таких випадках

розмір штрафу складає від 200 до 20 тис. злотих. При поставках на ринок виробів з деревини, яка підпадає під регламент ЄС 995/2010, на порушників накладається штраф розміром від 20 тис. до 500 тис. злотих.

При роботі з лісовою продукцією, на яку діють заборони, встановлені правилами ЄС, компанії часто використовують процедуру зниження ризику, до якої належать: нормативний метод, створення страхових (резервних) фондів, страхування ризику, страхування процентного ризику, хеджування, яке становить собою метод зниження ризику при цінових коливаннях на лісопродукцію, та диверсифікація. З метою притягнення таких компаній до адміністративної відповідальності Закон «Про ліси» дозволяє Лісовій службі накладати на такі підприємства штраф у розмірі від 500 до 200 тис. злотих. Згідно із ст. 66 «f», право накладання адміністративних штрафів мають керівник митної служби, інспектори з охорони навколишнього середовища, посадові особи державних служб, на території яких скоїлося правопорушення. Як вказується у ст. 66 «g», адміністративний штраф стягується протягом 14 днів з дня винесення постанови, а строк позовної давності встановлюється три роки. З метою протидії правопорушенням, національна податкова адміністрація разом з головним інспектором з охорони природи постійно збирають та подають інформацію про імпорт деревини та наявність заборон Європейського парламенту на деякі її види згідно з резолюцією 995/2010 від 20 жовтня 2010 р. Проведені розрахунки показали, що Закон «Про ліси» складається з 87 745 зн., з яких нормам адміністративної відповідальності присвячено 5 974 зн., чи 6,8 % від загальної кількості знаків у акті.

У Польщі існують багатотисячолітні традиції полювання та мисливської етики, а з 1923 р. функціонує Польський союз мисливців, на який покладено контроль за дотриманням установлених правил. З метою регулювання правовідносин у цій сфері, 13 листопада 1995 р. був прийнятий Закон «Право мисливське», до якого ввійшли норми адміністративної відповідальності за правопорушення в цій сфері. Стаття 51 встанов-

лює заборону на: полювання без необхідних документів; знищення нір і лігвищ тварин; збирання яєць, пташенят; знищення гнізд птахів; а також утримання тварин без отримання відповідного дозволу. За такі правопорушення передбачається адміністративна відповідальність у вигляді штрафу, який накладають працівники Державної мисливської служби. Як вказувалось у ст. 54, за наявності судового вироку працівники мисливської служби мають право на конфіскацію зброї, транспортних засобів, приладів, собак, які використовувались при правопорушенні, а також конфіскацію трофеїв. Згідно з ч. 2 ст. 54, право конфіскації знярядь надавалося працівникам мисливської служби за наявності правопорушень незалежно від того, кому вони належали. Проведені розрахунки показали, що Закон складається з 59 883 зн., з яких нормам адміністративної відповідальності присвячено 2 277 зн., чи 3,8 % від загальної кількості знаків у акті.

У Польщі велику увагу приділяють охороні тваринного світу, який характеризується значним різноманіттям, до якого належать: лосі, бурі ведмеді, кабани, зайці, дикі кішки, рисі, вовки, борсуки, олені, косулі, а також зубри, популяцію яких вдалося зберегти. З метою впорядкування відносин у цій сфері був прийнятий Закон «Про охорону тварин» від 21 серпня 1997 р., що встановлював права й обов'язки органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері охорони тварин, забороняв знущання над тваринами, а також установлював необхідність співпраці з громадськими та міжнародними організаціями. До змісту акта ввійшов Розділ 11 «Кримінальні положення», до якого входили норми кримінальної та адміністративної відповідальності за правопорушення у сфері охорони тварин. Згідно із ст. 35, як адміністративні засоби дозволялось застосовувати конфіскацію тварин і знярядь, які використовувались при скоєнні правопорушень, а за такі дії Закон передбачав накладення штрафу в розмірі від 1 000 до 100 000 злотих. Як вказувалось у ст. 37 «д», встановлювалась адміністративна відповідальність у вигляді штрафу в разі відсутності догляду за молодими тваринами, відсутності документації на

них та за порушення умов їх утримання. Цей акт передбачав, що після рішення суду про конфіскацію тварин їх необхідно передати громадській організації, яка має притулок для них, чи сільськогосподарському холдингу або зоопарку. При цьому така громадська організація зобов'язується укласти угоду з представниками державної або місцевої влади щодо нормального утримання тварин та готувати щорічні звіти про стан здоров'я кожної тварини. Витрати на виконання таких судових рішень з транспортування тварин, огляду їх ветеринаром, проведення лікування, передачі громадській організації несуть особи, які порушили положення цього Закону. Вибір громадської організації, яка займається прийомом тварин на утримання, здійснюють місцеві органи влади, які виносять рішення з цього питання і проводять контроль за їх виконанням.

Наступним нормативно-правовим актом, який регламентував притягнення до адміністративної відповідальності за правопорушення у сфері охорони природи, став Закон «Право про охорону навколишнього природного середовища» від 27 квітня 2001 р. Особливістю цього нормативно-правового акта є встановлення адміністративної відповідальності за правопорушення у сфері охорони повітря, вод, поверхні землі, надр, тваринного та рослинного світу, а також захист від шуму та електромагнітного впливу. Особливістю органів державного управління Польщі є наявність Служби національних парків, на яку покладено обов'язок їх охорони, складання каталогів таких об'єктів, планів охорони та право затримувати порушників природоохоронного законодавства на території таких об'єктів. Артикул 88 регламентує критерії якості повітря, допустимі обсяги забруднення та вказує про заборону погіршення стану повітря в національних парках, об'єктах ПЗФ та зелених зон міст і населених пунктів, селищ. Згідно з арт. 99, Закон покладає на органи державної влади обов'язок вживати заходів стосовно охорони вод, а також розробку планів її використання на основі раціонального водокористування. Як вказується в арт. 101, охорона поверхні землі має базуватися на раціональному збереженні родючості ґрунтів, якості ґрунтів та збере-

женні культурних і археологічних пам'яток. У випадках забруднення землі арт. 102 покладає на винних осіб обов'язок з рекультивациі земель та повернення їх до природного стану. Охорона від шуму проводиться шляхом введення заборон на розташування небезпечних підприємств на певній відстані від населених пунктів, лікарень, санаторіїв, домів відпочинку та рекреаційних зон. Як вказується в арт. 118, у випадках заподіяння збитків здоров'ю людей останнім дається право звертатися до суду стосовно відшкодування та сплати коштів, витрачених на лікування. Питання охорони тварин та рослин знайшли відображення в арт. 127, який вказує на необхідність збереження цілісних екосистем, охорону видів тварин та рослин від негативних впливів, а також ужиття заходів з посадки лісів, створення зелених зон навколо населених пунктів, санаторіїв, домів відпочинку, рекреаційних зон. Цей Закон складається з 300 512 зн., з яких на адміністративну відповідальність припадає 39 801 зн., чи 13,2 %.

Питання, пов'язані з водопостачанням, мають для Польщі особливе значення з причини того, що населення цієї країни складає 37 млн осіб, які мешкають у містах, містечках та населених пунктах країни. Водні ресурси республіки складаються з двох основних річок — Одра та Вісли, значної кількості невеликих водотоків, а також чотирьох тис. озер, значна частина яких розташована в регіоні Мазури. З метою правового регулювання питань, пов'язаних з використанням водних ресурсів, Сейм Польщі 18 липня 2001 р. ухвалив Закон «Право водне», який установлював засади їх раціонального та бережливого використання й охорони. До змісту Закону ввійшов Розділ 8 «Відповідальність за шкоду», який установлював адміністративну відповідальність за правопорушення в цій сфері та за збитки, заподіяні водним об'єктам. Стаття 186 регламентує необхідність компенсації збитків, заподіяних водним об'єктам, розмір яких встановлюють інспектори з охорони вод та затверджує воевода цього регіону. У випадках незгоди з розміром установленної компенсації будь-яка сторона має право подати до суду позов для прийняття остаточного рішення.

Згідно із ст. 187, підприємці мають можливість отримання компенсації від державних органів влади за збитки, заподіяні їхньому виробництву в разі невиконання захисних заходів з охорони вод. У свою чергу ст. 188 вказує на необхідність відновлення природного стану водних об'єктів, постраждалих від негативних впливів у результаті порушення пунктів цього Закону. Цей Закон складається із 180 715 зн., з них на адміністративну відповідальність припадає 1 828 зн., чи 1,01 %.

Територія Польщі відзначається наявністю значної кількості об'єктів рослинного світу, які включають у себе 5 330 видів насінневих рослин, мохів, лишайників і грибів. З метою збереження рослинного світу 18 грудня 2003 р. був прийнятий Закон «Про охорону рослин». Питання адміністративної відповідальності знайшли своє відображення в Розділі 6 «Відповідальність за порушення положення закону», який включає в себе арт. 107–108, присвячені викладу видів і форм правопорушень. Згідно з арт. 107, встановлюється адміністративна відповідальність за транспортування, переміщення, збереження шкідливих видів флори без відповідного дозволу; за перешкоду діяльності інспекції з охорони рослинного світу (п. 2); недотримання карантинних правил (п. 4); несвоєчасне надання регіональному інспекторові інформації (п. 5а) про діяльність у сфері промислової обробки рослин, рослинних продуктів чи об'єктів, заражених або підозрюваних в інвазії карантинного шкідника; неповідомлення регіональному інспекторові про факт переносу рослин, що перебувають на карантинному контролі, у навколишнє середовище; відсутність паспорта рослин. Ця стаття Закону передбачає право регіональної природоохоронної інспекції передати матеріали, що мають ознаки цих правопорушень, до прокуратури та суду з метою притягнення винних осіб до відповідальності. Наступний арт. 108 регламентує розмір штрафів у залежності від видів правопорушень, пов'язаних з порушенням цього Закону. Згідно з п. 3, встановлюється штраф 2 270 злотих за ввіз або переміщення на території Республіки Польщі рослин, рослинних продуктів, які заражені інфекцією та не пройшли карантин. Артикул 108 регламентує

нарахування відсотків на суму штрафу за затримання у сплаті штрафних санкцій. З метою отримання штрафів та процентів за прострочення платежу, Закон дозволяє органам державної природоохоронної інспекції та місцевим органам влади звертатися до органів виконавчої служби, які мусять стягнути суми заборгованості.

З метою систематизації та впорядкування нормативно-правових актів, розпоряджень міністра охорони навколишнього середовища, 16 квітня 2004 р. Сейм затвердив Закон «Про охорону природи». Як вказує польська дослідниця К. Соберай, Закон регламентує форми охорони природи, основні засади органів, які реалізують таке завдання, діяльність органів державної влади та місцевого самоврядування у воєводствах та містить перелік форм охорони природи з урахуванням об'єктів програми «Natura 2000»<sup>2</sup>. До змісту Закону входить Глава 11 «Кримінальні положення», яка регламентує кримінальну та адміністративну відповідальність за злочини та правопорушення, пов'язані з об'єктами природи. До змісту цієї глави входить ст. 127, яка включає перелік правопорушень, пов'язаних з цими природними об'єктами, до числа яких належать заборони на використання пам'яток природи, об'єктів ПЗФ, національних парків, заповідників. Наступна стаття, ст. 128, установлює відповідальність за порушення законів ЄС про захист деяких видів диких тварин і рослин, а також порушення правил перевезення через кордони ЄС. До змісту цих правил входить захист видів, які належать до категорій рідких або зникаючих, а також відповідальність осіб, які купують і продають такі види флори і фауни. У таких випадках ст. 129 передбачає їх конфіскацію, штраф у сумі 10 тис. злотих, які передаються до Фонду охорони навколишнього середовища того воєводства, в якому було скоєно злочин. Польське законодавство відповідно до ст. 131 установлює покарання за ведення бізнесу з торгівлі тваринами, які підлягають охороні, і за захоплення чи вбивство охоронюваних законом диких тварин, за перевезення рослин і тварин, що належать до категорії рідкісних, вимираючих видів, з об'єктів природно-заповідного фонду в природне сере-



довище, за підпали лугів, пасовищ, придорожніх рослин, очеретів, зелених зон міст. Характерною рисою польського Закону є наявність положень, спрямованих на захист прав працівників природоохоронної сфери, статус яких змінюється після набрання чинності цим актом. Стаття 160 регламентує обов'язок адміністрації протягом двох місяців з дня набрання Законом чинності запропонувати працівникам нові умови праці й оплати на наступний період. Роботодавець зобов'язаний письмово повідомити співробітника і про наслідки відмови від нової роботи і умов оплати. Важливе практичне значення має додаток до Закону, що включає в себе список 22 національних парків, території яких підлягають охороні, а держава зобов'язується виділяти кошти на працю з ними. Загальна кількість знаків цього Закону за станом на 2014 р. складає 191 228 зн., з них на питання адміністративної відповідальності припадає 5 898, чи 3 %.

Рух Польщі до європейської спільноти поставив завдання щодо гармонізації законодавства цієї країни із законодавством ЄС. Важливим кроком у цьому напрямі є питання правового регулювання охорони рослин, які знайшли своє відображення в Законі «Про способи охорони рослин» від 8 березня 2013 р. Норми адміністративної відповідальності передбачені ст. 75, згідно з якою юридичні та фізичні особи, які проводять рекламу захисту рослин, що не відповідає встановленим правилам, виплачують штраф розміром від 5 тис. до 500 тис. злотих у залежності від вартості такої продукції та ступеня розповсюдження реклами. За продаж продукту із захисту рослин без державного дозволу, розміщення інформації про нього в торгівельній мережі встановлюється штраф у розмірі 200% від вартості проданих засобів захисту рослин. У таких випадках, коли відсутня можливість отримати документацію на продукцію для захисту рослин при встановленні розміру штрафу, передбачається, що вартість одного кілограма чи літра таких матеріалів складає 1 000 злотих. Гроші, отримані за допомогою штрафних санкцій, становлять собою доход державного бюджету та зарховуються на рахунок воєводської інспекції із захисту рослин

та виробництва насіння. У випадках прострочення виплати штрафних санкцій на них накладається пеня, яка стягується Державною виконавчою службою, що їх зараховує на рахунки воєvodських рослинних інспекцій. Згідно із ст. 76, штрафні санкції встановлюються за такі дії у сфері охорони рослин: здійснення діяльності в цій сфері без відповідного дозволу; проведення випробувань насіння без використання сертифікованого технічного обладнання; використання сільськогосподарської авіації без повідомлення про цей факт Державній рослинній інспекції. На додаток до цього Закон установлює штрафи за: використання недійсного чи простроченого сертифіката на продукцію; недотримання санітарних норм, пов'язаних із забороною використання засобів захисту рослин без дотримання установлених законом відстаней захисних зон поблизу населених пунктів, шкіл, лікарень, санаторіїв, дитячих майданчиків, дитячих садків.

Загальна кількість знаків цього акта складає 165 539 зн., з них на питання адміністративної відповідальності припадає 9 995 зн., чи 6 %. З метою проведення компаративного аналізу польських природоохоронних актів були зібрані матеріали стосовно кількості знаків, з яких складаються ці закони, та відносних величин, присвячених адміністративній відповідальності (табл. 1).

Таблиця 1

### Кількісні показники природоохоронних актів Республіки Польща

Нормативно-правовий акт	Загальна кількість знаків	Адміністративна відповідальність	
		зн.	%
Закон «Про ліси» – 1991 р.	87 745	5 974	6,8
Закон «Право мисливське» – 1995 р.	59 883	2 277	3,8
Закон «Про охорону тварин» – 1997 р.	54 359	8 644	15,9
Закон «Право про охорону навколишнього природного середовища» – 2001 р.	300 512	39 801	13,2
Закон «Право водне» – 2001 р.	180 715	1 828	1,0

Закон «Про охорону рослин» – 2003 р.	144 076	4 258	2,9
Закон «Про охорону природи» – 2004 р.	191 228	5 898	3,0
Закон «Про засоби захисту рослин» – 2013 р.	165 539	9 995	6,0

Згідно з отриманими даними, найбільша кількість знаків припадає на Закон «Право про охорону навколишнього природного середовища» 2001 р. – 300 512 зн. в якому питанням адміністративної відповідальності присвячувалась 39 801 зн. чи 13,2 %. Найменша кількість знаків, серед розглянутих актів, припадала на Закон «Про охорону тварин» 1997 р. – 54359 зн., а нормам адміністративної відповідальності відводилось 8 644 зн. чи 15,9%. Таким чином у 8 нормативно-правових актах нормам адміністративної відповідальності відводилась кількість знаків від 15,9 % до 1 % в Законі «Право водне», що свідчить про недостатню увагу проєктантів даного акту до питань адміністративної відповідальності в сфері охорони водних об'єктів.

Отже, правотворчість у Польщі в сфері охорони природи носила несистемний характер, нормативно-правові акти, прийняті у різні історичні періоди, не охоплювали багатьох елементів природного середовища.

До змісту прийнятих нормативно-правових актів входили норми адміністративної відповідальності, які коливались від 1 % до 15,9 % та встановлювали ознаки правопорушень у сфері охорони природи. В якості покарань польські закони передбачають накладання штрафів, заборону на вивезення та ввіз до країни видів дерев, які входять до регламенту ЄС 995/2010, конфіскацію тварин та знарядь, які використовувались при скоєні правопорушень та необхідність відновлення об'єктів природи, які постраждали від негативного впливу.

1. *Górski Marek*. Prawna ochrona powierzchni ziemi i odpowiedzialność za szkody wyrządzone w powierzchni ziemi. *Geologia*. 2009. T. 35. Zeszyt 1. S. 15.
2. *Sobieraj Kamila*. Administrowanie formami ochrony przyrody. *Roczniki Nauk Prawnych*. 2013. T. XXIII, n. 4. S. 146.

***Suxorebra Tetyana. Administrative responsibility for offenses in Polish environmental legislation***

The article considers the content of the rules of administrative responsibility in legislative acts adopted in the Republic of Poland from 1991 to 2014, among which are the Laws «On the Protection of Nature» (1991), «On Forests» (1991), «On Hunting» (1995), «On the Protection of Animals» (1997), «On the Environmental Protection» (2001), «On Water» (2001), «On the Protection of Nature» (2004), «On Plant Protection Products [pesticides]» (2013). The content of these norms includes penal sanctions, the confiscation of instruments of offenses, the need for compensation for damage caused to natural objects and public health, and the bringing of objects that have suffered from adverse effects, to the natural state. The factors that led to the adoption of these legislative acts were identified and considered.

Functions of state bodies authorized to monitor compliance with environmental legislation of the Republic of Poland are characterized. Thus, according to the Law «On Forests», the protection of state forests was entrusted to the Forest Service, which had the right to draw up administrative protocols for offenses. The powers of this structure are regulated by Art. 45, according to which in its competence: includes: forestry management; protection of forests; the fight against crime and offenses; determining the size of the damage caused to the forestry. It has been established that the employees of the Forestry Service, while exercising their official authority, have the same rights with the employees of public services engaged in law enforcement activities.

Control over compliance with hunting rules, in accordance with the Law «On Hunting», is entrusted to the State Hunting Service. This law prohibits: hunting without the necessary documents; destruction of nests and animal slopes; collection of eggs, chicks; destruction of nesting birds; as well as the keeping of animals without obtaining appropriate permission. For such offenses, administrative liability is imposed in the form of a fine imposed by the employees of the State Hunting Service, as well as in the presence of a judicial sentence, the confiscation of weapons, vehicles, devices, dogs used during the offense, and the seizure of trophies.

According to the Law on the Protection of the Environment, the peculiarity of the public administration of Poland is the availability of the National Park Service, which is entrusted with the duty of their protection, the compilation of catalogs of such objects, plans of protection and the right to detain violators of environmental legislation in the territory of such objects According to Art. 99, the state authorities are obliged to take measures regarding the protection of waters, as well as the development of plans for its use on the basis of rational water use. As indicated in the art. 101, the protection of the surface of the earth should be based on the rational conservation of soil fertility, soil quality and the preservation of cultural and archaeological sites. In cases of land pollution art.

102 puts on the guilty parties the obligation to reclaim land and return them to a natural state. Noise protection is carried out by imposing prohibitions on the location of hazardous enterprises at a certain distance from settlements, hospitals, sanatoriums, recreation areas and recreation areas. Questions on the protection of animals and plants are reflected in the art. 127, which indicates the need to preserve integral ecosystems, protection of species of animals and plants from negative impacts, as well as taking measures for the planting of forests, creating green areas around settlements, sanatoriums, recreation centers, recreation areas.

The «Law on Water» defines the principles of rational and lean use and protection of water resources of the country. Its content includes Section 8, «Responsibility for Damages», which regulates administrative responsibility for offenses in this area and for losses caused to water objects. Issues of administrative responsibility for the elimination of damage to the plant world were reflected in Section 6 «Responsibility for violation of the law» of the Law «On the Protection of Plants», which includes art. 107-108, devoted to the presentation of types and forms of offenses. The provisions of the Law «On Nature Protection», which regulates the forms of nature protection, the basic principles of bodies that implement such a task, the activities of state authorities and local governments in voivodeships, are described, and contains a list of forms of nature conservation, taking into account the objects of the program «Natura 2000» determines the grounds for bringing administrative liability.

A characteristic feature of Polish legislation is the harmonization of its provisions with EU law by enacting the provisions related to the Natura 2000 program, FLEGT, EU Regulation 995/2010. The calculations made showed that the largest amount of material related to administrative liability was included in the content of the Law «On the Protection of Animals» in 1997.

**Keywords:** administrative responsibility, environmental legislation, types of administrative penalties, penal sanctions.

## ЮРИДИЧНІ ДЕФЕКТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЕКСПОРТУ ЗЕРНА З УКРАЇНИ

*Аналізується ефективність приписів аграрного законодавства України, спрямованого на регулювання експорту зерна з України, виявлено юридичні дефекти правового регулювання укладення та виконання зовнішньоекономічних контрактів із зерном суб'єктами агробізнесу та обґрунтовано пропозиції щодо мінімізації виявлених дефектів для забезпечення зростання експортного потенціалу держави.*

**Ключові слова:** державна аграрна політика, зерно, зовнішньоекономічні операції, продовольча безпека, ринок зерна, сільськогосподарська продукція, суб'єкти агробізнесу, фітосанітарний сертифікат, фітосанітарна експертиза.

### **Якубович І. І. Юридические дефекты регулирования экспорта зерна из Украины**

*Анализируются эффективность предписаний аграрного законодательства Украины, направленного на регулирование экспорта зерна из Украины, обнаружены юридические дефекты правового регулирования заключения и исполнения внешнеэкономических контрактов с зерном субъектами агробизнеса и обоснованы предложения по минимизации выявленных дефектов для обеспечения роста экспортного потенциала государства.*

**Ключевые слова:** государственная аграрная политика, зерно, внешнеэкономические операции, продовольственная безопасность, рынок зерна, сельскохозяйственная продукция, субъекты агробизнеса, фитосанитарный сертификат, фитосанитарная экспертиза.

### **Iakubovych Igor. Legal defects of legal regulation of grain exports from Ukraine**

*The article analyzes the effectiveness of Ukrainian agrarian legislation in the sphere of grain export from Ukraine, identifies defects of legal regulation of conclusion and implementation of foreign economic contracts with grain and proposes necessary measures to minimize such defects to ensure the growth of the export potential of the state.*

**Keywords:** *agricultural products, food safety, foreign economic operations, grain, grain market, phytosanitary expertise, phytosanitary certificate, state agrarian policy, subjects of agribusiness.*

Одним із основних напрямів державної аграрної політики України є перетворення аграрного сектору на високоефективний, конкурентоспроможний на внутрішньому та зовнішньому ринках сектор економіки держави. Важлива роль у забезпеченні експортного потенціалу нашої держави належить ринку зерна, оскільки світовий ринок зерна є одним із пріоритетних для забезпечення експорту зернової продукції з України. За даними Продовольчої і сільськогосподарської організації ООН (FAO), пропозиція зернових культур на світовому аграрному ринку в маркетинговому періоді 2017-2018 років становитиме близько 3330,8 млн т, досягнувши нового рекордного рівня, так як порівняно з 2013-2014 роками маркетингового періоду приріст виробництва зерна у 2017-2018 роках сягатиме 106,2 млн т<sup>1</sup>. За даними Міністерства аграрної політики та продовольства України станом на початок листопада 2018 року суб'єкти агробізнесу зібрали 62,9 млн тон зерна з площі 13,9 млн га (94 %)². За таких умов виняткове значення для забезпечення розвитку експортного потенціалу аграрної економіки України має існування прозорих та ефективних правових механізмів забезпечення експортних операцій із зерном та продуктами його переробки.

В аграрно-правовій науці України спеціальне дослідження правового регулювання виробництва зерна провів С. М. Садовой³. Розвитку законодавства щодо вирощування зернових культур присвячені роботи В. П. Станіславського⁴. Специфіку укладення договорів складського зберігання зерна аналізували А. С. Євстігнєєв⁵ та І. В. Паракуда⁶. Особливості укладення угод державної заставної закупівлі зерна розкриті в статтях Г. І. Савченко⁷ та І. П. Сафонова⁸. Правові аспекти виробництва зерна в Україні порівняно з вимогами законодавства Європейського Союзу були предметом наукових пошуків А. Й. Богдана⁹. Водночас в аграрно-правовій науці

України не проведено спеціальних досліджень правових аспектів експорту зерна, що обумовлює актуальність теми даної статті.

Основним нормативно-правовим актом, який регулює відносини щодо виробництва та реалізації зерна, є Закон України «Про зерно та ринок зерна в Україні» від 4 липня 2002 р., який спрямований на створення правових, економічних та організаційних умов конкурентоспроможного виробництва і формування ринку зерна для забезпечення внутрішніх потреб держави у продовольчому, насінневому та фуражному зерні та нарощування його експортного потенціалу. Відповідно до ст. 3 зазначеного вище Закону його дія поширюється на всіх суб'єктів ринку зерна, зокрема й суб'єктів господарювання, які діють на ринку зерна (ст. 5). Він закріплює правову основу здійснення експорту зерна за міжнародними договорами України та передбачає можливість суб'єктів господарської діяльності здійснювати експортні операції, як суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності за укладеними контрактами.

Правовідносини у сфері експорту та імпорту зерна і продуктів його переробки за міжнародними договорами України врегульовані спеціальним Розділом X згаданого вище Закону. Здійснення експортних операцій із зерном за міжнародними договорами України покладається на спеціально уповноваженого суб'єкта господарювання – Державного агента із забезпечення експорту та імпорту зерна і продуктів його переробки, яким може бути державне підприємство або господарське товариство, частка держави в статутному фонді якого становить не менше 75 відсотків, що визначене на конкурсних засадах Кабінетом Міністрів України. Діяльність Державного агента пов'язана із здійсненням експорту та імпорту зерна і продуктів його переробки за міжнародними договорами та здійснюється за рахунок коштів державного бюджету.

Право суб'єктів агробізнесу на здійснення зовнішньоекономічної діяльності на ринку зерна закріплено у ст. 18 Закону України «Про зерно та ринок зерна в Україні», відповідно до якої суб'єктам ринку зерна гарантується право вільно розпоря-



джатися власними ресурсами зерна та продуктами його переробки, укладати угоди щодо їх продажу, у тому числі на експорт, брати участь у формуванні зернових ресурсів України. Водночас, при укладенні зовнішньоекономічних договорів із сільськогосподарською продукцією взагалі, та зерном зокрема, важливе значення має забезпечення належної якості продукції, яка експортується з України. Це має істотне значення як при класифікації товару у різних позиціях товарної номенклатури при митному оформленні, що є невід'ємною та необхідною операцією при здійсненні зовнішньоекономічної діяльності суб'єктами господарювання, так і основною для реалізації покладених завдань на Державного агента із забезпечення експорту та імпорту зерна і продуктів його переробки.

Відповідно до Закону України «Про зерно та ринок зерна в Україні» якість зерна та продуктів його переробки – це сукупність споживчих властивостей зерна та продуктів його переробки, які відповідають вимогам державних стандартів, технічних умов, фітосанітарних і ветеринарно-санітарних норм та інших нормативних документів. Спеціальним Законом України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів» від 22 липня 2014 р. встановлено, що харчові продукти, які експортуються з України, повинні відповідати вимогам законодавства України про безпечність та окремі показники якості харчових продуктів, за винятком випадків, коли: 1) такі вимоги до харчових продуктів встановлені країною, до якої експортуються харчові продукти; або 2) такі вимоги до харчових продуктів встановлені у двосторонніх угодах України з країною, до якої експортуються харчові продукти. У ст. 21 Закону України «Про зерно та ринок зерна в Україні» передбачено, що якість експортного зерна та продуктів його переробки може відповідати вимогам, що зафіксовані сторонами в експортному контракті. Фактично визначити такі вимоги можливо лише після проведення фітосанітарного контролю та отримання відповідного фітосанітарного сертифіката. На практиці правове регулювання зазначеної процедури має низку юридичних дефектів, що призводить до фінансових втрат

суб'єктів агробізнесу та зниження зовнішньоекономічної репутції України.

Фітосанітарний контроль безпосередньо поширюється на суб'єктів ринку зерна і є обов'язковим при здійсненні експортних операцій із зерном. Фітосанітарний сертифікат є документом дозвільного характеру, що видається у результаті надання адміністративної послуги Державною службою України з питань безпеки харчових продуктів та захисту споживачів (далі – Держпродспоживслужбою). Водночас, при значних обсягах експорту зерна процедура здійснення фітосанітарного контролю може затягуватись, при цьому законодавчо не передбачено юридичної відповідальності уповноважених посадових осіб Держпродспоживслужби за несвоєчасне проведення контролю. Крім цього, чинне законодавство не передбачає можливості делегувати повноваження на проведення фітосанітарного контролю приватним суб'єктам проведення експертиз. На відміну від України, у Регламенті Європейського Парламенту та Європейської ради № 2016/2031 який, зокрема, регулює питання фітосанітарного контролю у Євросоюзі, передбачена можливість залучення приватних суб'єктів для надання послуг із фітосанітарного інспектування та експертизи.

Зазначені вище юридичні дефекти правового регулювання експорту зерна обмежують суб'єктів агробізнесу у виборі часу та місця проведення фітосанітарної експертизи зерна. Крім цього, у випадку незгоди з результатами зазначеної експертизи вони не мають можливості для захисту своїх інтересів через механізм арбітражу.

З метою створення належних правових механізмів внутрішнього та зовнішнього фітосанітарного контролю в Україні необхідним є запозичення міжнародної практики залучення приватних суб'єктів до надання послуг із відбору зразків сільськогосподарської продукції та проведення фітосанітарної експертизи. Такий крок дозволить інкорпорувати фітосанітарний контроль в логістичні та виробничі процеси сільгоспвиробників та експортерів продукції, уникнути дублювання опе-

рацій (наприклад, із визначенням якості продукції) та підвищити якість фітосанітарної експертизи. Ще у 2016 році до Верховної Ради України було подано проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо порядку проведення фітосанітарної експертизи та приведення законів у відповідність з міжнародними фітосанітарними стандартами» (№ 4009а від 15.07.2016)<sup>10</sup>. Зазначеним законопроектом пропонується внести до Закону України «Про карантин рослин» та Кодексу України про адміністративні правопорушення низку змін, зокрема, надати допуск недержавним, відповідним чином акредитованим та уповноваженим відповідно до законодавства лабораторіям до проведення фітосанітарної експертизи у сфері карантину рослин, у тому числі огляду, а також більш чітко визначити вимоги до проведення первинної та вторинної (арбітражної) фітосанітарних експертиз. Проте до цього часу зазначений проект закону знаходиться на розгляді у Парламенті України.

Основним документом оформлення експорту зерна є вантажна митна декларація, форми бланків якої затверджено наказом Міністерства фінансів України № 246 від 22 лютого 2012 р.<sup>11</sup> Враховуючи, що зернові культури є предметом особливого контролю зі сторони митних органів, при заповненні вантажної митної декларації суб'єктам господарювання потрібно неухильно дотримуватись Порядку заповнення митних декларацій на бланку єдиного митного документа, затвердженого наказом Міністерства фінансів України № 651 від 30 травня 2012. При цьому при поданні митної декларації до неї необхідно додати значний пакет супровідних документів, таких як: Зовнішньоекономічний контракт, Invoice, сертифікат якості товару, сертифікат походження товару, документи, які підтверджують вартість товару, транспортні документи.

Необхідно зазначити, що існує можливість подачі супровідних документів у електронному вигляді, але на практиці митні органи вважають документи подані належним чином лише за умови їх подання у паперовому вигляді. Це породжує значну кількість судових спорів між суб'єктами господарювання і

митними органами та накладення штрафних санкцій на суб'єктів господарювання.

Говорячи про фітосанітарні заходи, необхідно згадати також про Угоду Світової Організації Торгівлі «Про застосування санітарних та фітосанітарних заходів»<sup>12</sup>. За цією Угодою держави-члени беруть на себе зобов'язання забезпечувати належний фітосанітарний контроль у міжнародній торгівлі. Аналізуючи негативну тенденцію збільшення кількості попереджень з боку держав-членів Світової Організації Торгівлі відносно якості експортованого зерна з України, можна стверджувати, що законодавство України у сфері фітосанітарних заходів потребує модернізації та приведення у відповідність до міжнародних стандартів. Так, відповідно до ст. 39 Закону України «Про карантин рослин» в редакції від 19 січня 2006 р. стандартний фітосанітарний контроль, який здійснюється шляхом інспектування, включає в тому числі процедуру встановлення відсутності у вантажі карантинних організмів та ознак зараження ними, при цьому при визначенні наявності або відсутності зазначених організмів фітосанітарний інспектор керується нормативно-правовими актами України.

При дослідженні цього питання необхідно звернути увагу, що кожна країна, яка є учасником Міжнародної конвенції про захист рослин від 6 грудня 1951 р. (новий переглянутий текст затверджено Конференцією ФАО на її 29-й сесії у листопаді 1997 року)<sup>13</sup>, має суверенне право регулювати ввезення рослин і рослинних продуктів та вимагати і приймати фітосанітарні заходи щодо ввезення рослин, рослинних продуктів й інших регульованих об'єктів, у тому числі, наприклад, огляд, заборону на імпорт і обробку. Як свідчить практика, досить часто такі вимоги іноземних держав кардинально відрізняються від вітчизняних. Так, вимоги країн Азії передбачають відсутність низки шкідливих організмів, зокрема збудників грибкових хвороб рослин, наприклад, сажки, які для України є некарантинними. За даними Фітосанітарної асоціації України результати досліджень експортних партій пшениці показують значний рівень зараженості: *Tilletia*

controversa – 21,2 %, *Tilletia leavis* – 68,7 %, *Tilletia tritici* – 76,2 %, *Fusarium* – 36,5 %<sup>14</sup>.

Крім приписів міжнародного та національного законодавства, необхідно також зазначити про внутрішні правила та механізми регулювання, що склались на міжнародному ринку зерна. Вказані вимоги не є законодавчо закріпленими, проте вони використовуються як стандарти для ведення експортної та імпоротної діяльності на ринку зерна і відображаються у контрактах. Такими прикладами можуть бути типові форми контрактів GAFTA. У Міжнародну Асоціацію Торгівлі Зерном і Кормами (GAFTA) входить понад 1700 компаній у 90 країнах світу<sup>15</sup>.

GAFTA є основною міжнародною торгівельною асоціацією на ринку зерна. Не зважаючи на те, що асоціація має недержавний статус, на міжнародному рівні, вона наділена значними можливостями лобювання інтересів своїх учасників у Світовій Організації Торгівлі, Організації з питань продовольства та сільського господарства при ООН, Всесвітній організації охорони здоров'я. Для захисту прав та інтересів усіх учасників торгових операцій, зазначеною асоціацією були розроблені правила та принципи міжнародної торгівлі зерном. Розроблена 128 років тому система стандартів міжнародної торгівлі успішно функціонує протягом всіх цих років і є базовою як для трейдерів, так і для суперінтендантів, логістів, брокерів, лабораторій та інших учасників ринку. В даний час 80 % торгівлі зерном і кормами в світі відбувається з використанням стандартних форм контрактів GAFTA.

Основою GAFTA контрактів є міжнародно-визнана система врегулювання суперечок шляхом арбітражу. Правила розроблені відповідно до сучасної торговельної практики. У випадку, якщо сторони контракту не можуть самостійно врегулювати спір, то альтернативою судовому процесу є розгляд спору в арбітражі. Арбітраж має ряд переваг, а саме: а) слухання відбуваються приватно, тобто лише за участю сторін, та конфіденційно; б) уникаючи тривалих спорів виникає можливість зберегти сторонам як час так і гроші; в) даний

процес носить менш формальний характер, ніж судове вирішення спору<sup>16</sup>.

Зважаючи на вищевикладене, для забезпечення ефективного функціонування ринку зерна в Україні та зростання експортного потенціалу держави існує нагальна необхідність врахування також стандартів міжнародної торгівлі зерном, які розроблені GAFTA, при укладенні зовнішньо-економічних контрактів суб'єктами агробізнесу.

Проведений аналіз ефективності правового регулювання експорту зерна з України дозволив виявити істотні юридичні дефекти в зазначеній сфері, зокрема надмірне правове регулювання процедур контролю за якістю та безпечністю зерна, дублювання правових приписів у сфері визначення якості сільськогосподарської продукції, колізії національного законодавства у сфері фітосанітарних заходів із міжнародними стандартами. Зазначені юридичні дефекти правового регулювання експорту зерна обмежують суб'єктів агробізнесу у виборі часу та місця проведення фітосанітарної експертизи зерна, заважають ефективному захисту їх порушених прав, знижують імідж України як експортера зерна на міжнародній арені. З метою створення належних правових механізмів експорту зерна з України необхідним є: а) гармонізувати національне аграрне законодавство України у сфері фітосанітарних заходів із міжнародними стандартами; б) передбачити у Законі України «Про карантин рослин» можливість залучення приватних суб'єктів (відповідним чином акредитованих та уповноважених лабораторій) до надання послуг із відбору зразків сільськогосподарської продукції та проведення фітосанітарної експертизи зерна та продуктів його переробки; в) забезпечити можливість подачі супровідних документів до вантажної митної декларації у електронному вигляді.

1. *Світовий ринок зерна: попит і пропозиція* // Агробізнес сьогодні. 2018. 5 лютого.
2. *Урожай зерновых достиг 63 миллионов тонн – Минагрополитики* // УкрАгроКонсалт. URL.: <http://www.ukragroconsult.com/news/urozhai-zernovyh-dostig-63-millionov-tonn-2013-minagropolitiki>
3. *Садовой С. М.* Поняття та види правовідносин в сфері виробництва

зерна в Україні // Університетські наукові записки. Часопис Хмельницького ун-ту управління та права. 2009. № 2. С. 143-148; *Садовой С. М.* Особливості об'єктного складу правовідносин в сфері виробництва зерна в Україні // Вісник Запорізького національного ун-ту. 2010. № 1. С. 124-129. **4.** *Станіславський В.* Розвиток законодавства щодо вирощування зернових культур // Право України. 2004. № 4. С. 138-141. **5.** *Євстігнєєв А.* Складське зберігання зерна: договірний аспект // Юридична Україна. 2006. № 6. С. 98-104. **6.** *Паракуда І.* Особливості правового статусу зернових складів // Вісник Київського національного ун-ту ім. Тараса Шевченка. Юридичні науки. 2015. Вип. 1. С. 87-94. **7.** *Савченко Г. І.* Державні заставні закупівлі зерна, важлива міра державної підтримки аграрних товаровиробників в сучасних умовах // Держава і право. 2009. Вип. 44. С. 164-179. **8.** *Сафонов І. П.* Державна застава закупівля зерна – важливий захід підтримки аграрних товаровиробників // Право України. 2005. № 5. С. 77-81. **9.** *Богдан А. Й.* Щодо правових аспектів виробництв зерна в Україні порівняно з вимогами законодавства Європейського Союзу // Право України. 2009. № 11. С. 201-206. **10.** *Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо порядку проведення фіто санітарної експертизи та проведення законів у відповідність з міжнародними фіто санітарними стандартами: проект Закону України № 4009а від 15.07.2016* // Верховна Рада України. Офіційний веб-портал. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?id=&pf3511=59779](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=59779). **11.** *Про затвердження зразків бланків єдиного адміністративного документа, додаткових аркушів, доповнень і специфікації та їх Технічного опису: наказ Міністерства фінансів України від 22 лютого 2012 р. № 246.* URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0374-12>. **12.** *Угода Світової Організації Торгівлі «Про застосування санітарних і фітосанітарних заходів* // Верховна Рада України. Офіційний веб-портал. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981\\_006](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_006). **13.** *Про приєднання України до Міжнародної конвенції про захист рослин: Указ Президента України від 31 січня 2006 р.* // Офіційний вісник України. 2006 р. № 5. Ст. 213. **14.** *Зелена книга «Регулювання ринку зерна» / І. Грузькіна, А. Смагіна, М. Айрепов, В. Жигадло* // Офіс ефективного регулювання BRDO. Серпень 2017. С. 47. **15.** *GAFTA* // Офіційний веб-портал. URL: <http://gaftakyiv.com>. **16.** Там само.

### ***Iakubovych Igor. Legal defects of legal regulation of grain exports from Ukraine***

One of the main directions of the state agrarian policy of Ukraine is the transformation of the agrarian sector into a highly efficient, competitive domestic and foreign markets sector of the state's economy. An important role in the ensuring of the export potential of our state belongs to the grain market,

because the world grain market is one of the priorities for ensuring the export of grain products from Ukraine. According to the information of the Ministry of Agrarian Policy and Food of Ukraine on the beginning of November 2018 agribusiness entities collected 62.9 million tons of grain from an area of 13.9 million hectares.

Ukraine adopted special laws to regulate production and sale of grain, ensuring its quality and safety, and concluding foreign economic agreements – the Law of Ukraine «On Grain and Grain Market in Ukraine» of July 4, 2002, the Law of Ukraine «On Basic Principles and Requirements for Safety and Quality of Food Products» of July 22, 2014, the Law of Ukraine «On Plants' Quarantine» of January 19, 2006, other laws and subordinate normative acts.

According to the requirements of Ukrainian legislation, exported from Ukraine food products must meet the requirements of Ukrainian legislation on safety and separate food quality indicators, except when: 1) such food requirements are set by the country to which the foodstuffs are exported; or 2) such food requirements are established in the bilateral agreements of Ukraine with the country to which the foodstuffs are exported. In addition, the Law of Ukraine «On Grain and Grain Market in Ukraine» stipulates that the quality of export grain and products of its processing may meet the requirements, set forth by the parties in the export contract. In fact, to determine such requirements is possible only after phytosanitary control and obtaining corresponding phytosanitary certificate. In practice, legal regulation of this procedure has a number of legal defects, which leads to financial losses of agribusiness subjects and decrease Ukraine's foreign economic reputation. So, with significant volumes of grain exports, the procedure of phytosanitary controls may be delayed, while the law does not provide any legal liability for such delays of authorized officials of the State Service of Ukraine for Food Safety and Consumer Protection. In addition, Ukrainian legislation does not provide the possibility of delegating authority to conduct phytosanitary control to private subjects of conducting expert assessments.

The main document of the export of grain is the cargo customs declaration, the forms of which are approved by the order of the Ministry of Finance of Ukraine No. 246 of February 22, 2012. Legislation provides the possibility of filing of accompanying documents in electronic form, but in practice the customs authorities consider documents to be properly filed only if they are submitted in paper form. This generates a significant number of litigation between economic entities and customs authorities.

Analyzing the negative tendency of increasing the number of warnings by member states of the World Trade Organization regarding the quality of exported grain from Ukraine, it is obvious that Ukraine's legislation in the field of phytosanitary measures needs to be modernized and brought into line with international standards.



The analysis of the effectiveness of legal regulation of grain exports from Ukraine allowed to identify significant legal defects in this sphere, in particular excessive legal regulation of the procedures for monitoring the quality and safety of grain, duplication of legal requirements in the field of determining the quality of agricultural products, conflicts of national legislation in the field of phytosanitary measures with international standards. These legal defects in the legal regulation of grain exports restrict the subjects of agribusiness in choosing the time and place of phytosanitary examination of grain, impeding the effective protection of their violated rights, reducing the image of Ukraine as an exporter of grain in the international arena.

In order to create the proper legal mechanisms for export of grain from Ukraine, it is necessary: a) to harmonize Ukrainian agricultural legislation in the field of phytosanitary measures with international standards; b) to provide in the Law of Ukraine «On Plants' Quarantine» the possibility of attracting private entities (appropriately accredited and authorized laboratories) to provide services for the selection of agricultural products and conduct phytosanitary examination of grain and products of its processing; c) to provide the possibility of submission in electronic form of accompanying documents to the cargo customs declaration.

**Keywords:** agricultural products, food safety, foreign economic operations, grain, grain market, phytosanitary expertise, phytosanitary certificate, state agrarian policy, subjects of agribusiness.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО,  
КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС  
ТА КРИМІНАЛІСТИКА

УДК 343.985

**Г. М. АНДРУСЯК**

**ДОСТОВІРНІСТЬ ЕКСПЕРТНОЇ МЕТОДИКИ  
ЯК ВЛАСТИВІСТЬ ВИСНОВКУ ЕКСПЕРТА  
У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ**

*Висвітлюються проблеми оцінки слідчим, прокуратором достовірності експертної методики як властивості висновку експерта у кримінальному провадженні. Розглянуто окремі механізми оцінки такої достовірності, до яких, зокрема, віднесено рецензування висновків експертів. Запропоновано критерії, які доцільно враховувати слідчому, прокурору під час оцінки достовірності експертної методики.*

**Ключові слова:** експертна методика, методика, висновок експерта, достовірність, оцінка, рецензування, кримінальне провадження.

**Андрусак А. Н. Достоверность экспертной методики как свойства заключения эксперта в уголовном производстве**

*Освещаются проблемы оценки эксперта, прокуратором достоверности экспертной методики как свойства заключения эксперта в уголовном производстве. Рассмотрены отдельные механизмы оценки такой достоверности, к которым, в частности, отнесены рецензирование заключений экспертов. Предложены критерии, которые целесообразно учитывать следователю, прокурору при оценке достоверности экспертной методики.*

---

© АНДРУСЯК Ганна Миколаївна – кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права і процесу Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки

**Ключевые слова:** *экспертная методика, методика, заключение эксперта, достоверность, оценка, рецензирование, уголовное производство.*

**Andrusiak Hanna. Reliability of the expert methodology as the property of the expert's conclusion in the criminal proceedings**

*The article deals with the problems of assessing the investigator, the procurator of the reliability of the expert methodology as the property of the expert's conclusion in the criminal proceedings. Some mechanisms of estimation of such reliability are considered, including, in particular, reviews of conclusions of experts. The criteria are suggested that it is expedient to take into account the investigator, the prosecutor when assessing the reliability of the expert methodology.*

**Keywords:** *expert methodology, methodology, expert's conclusion, reliability, evaluation, review, criminal proceedings.*

Важливим аспектом удосконалення слідчої діяльності є застосування спеціальних знань у кримінальному провадженні, що дозволяє впроваджувати у правозастосовну практику новітні досягнення науки та техніки. Проведення експертизи покликане заповнювати прогалини у кримінальних провадженнях у зв'язку з об'єктивною відсутністю у слідчого та прокурора як процесуального керівника спеціальних знань, що мають доказове значення. Функція експертизи якраз і полягає у тому, щоб на основі спеціальних знань, що входять до компетенції експерта, вирішувати питання, що виникають у ході досудового розслідування. Результатом проведення експертизи є висновок експерта, який згідно з ч. 2 ст. 84 Кримінального процесуального кодексу України (КПК) є процесуальним джерелом доказів. Істотною ознакою будь-якої експертизи є методика експертного дослідження. А тому оцінка слідчим, прокурором достовірності експертних методик є невід'ємною складовою оцінки достовірності висновку експерта.

Проблемі використання експертної методики під час проведення експертних досліджень у кримінальному провадженні у науковій літературі приділяється достатньо уваги. Це питання висвітлювалося у працях таких науковців, як Т. В. Аверьянова, Р. С. Белкін, А. І. Вінберг, Г. Л. Грановський, В. П. Колмаков, В. О. Комаха, В. К. Лисиченко, В. С. Мітричев, Д. Я. Мірський,

Ю. К. Орлов, І. В. Пиріг, М. Г. Щербаковський, та інших. Проте у них приділяється недостатня увага висвітленню проблеми достовірності експертної методики, яка має виступати властивістю висновку експерта та слугувати досягненню завдань кримінального провадження.

В українській мові поняття «методика» означає «сукупність взаємопов'язаних способів та прийомів доцільного проведення будь-якої роботи», а також «документ, який описує послідовність методів, правил і засобів виконання роботи» та «вчення про методи викладання певної науки, предмета»<sup>1</sup>. Саме у такому значенні відповідне загальнонавчальне слово використовується у словосполученні «експертна методика». Науковці під цим сукупним поняттям розуміють програму вирішення експертного завдання, що складається з послідовних практичних і розумових операцій, які спрямовані на пізнання властивостей і зв'язків досліджуваних об'єктів та припускають застосування для цього системи методів і засобів дослідження<sup>2</sup>, систему приписів (категоричних чи альтернативних) на вибір і застосування в певній послідовності й у певних існуючих або створюваних умовах методів і засобів вирішення експертного завдання<sup>3</sup>. Експерта методика, як зазначає Т. В. Авер'янова, апробація та впровадження методик в експертну діяльність повинні бути гарантією їх науковості, обґрунтованості, надійності<sup>4</sup>. Так, згідно з п. 1.4 Правил проведення судово-медичних експертиз (обстежень) з приводу статевих станів в бюро судово-медичної експертизи, «для досягнення мети використовують знання у галузі судової медицини та інших медичних спеціальностей, застосовують спеціальні лабораторні методи дослідження (судово-імунологічні, судово-цитологічні, клінічні тощо) і, у разі необхідності, вивчають медичну документацію, матеріали кримінальних і цивільних справ»<sup>5</sup>.

На сьогодні залишається дискусійним питання стосовно невідповідності назви «методика експертного дослідження» Державному стандарту України 3017–95 «Видання. Основні види. Терміни та визначення»<sup>6</sup>. У цьому стандарті передбачено лише такий вид видавничої продукції, як методичні рекомен-

дації та методичні вказівки. Відповідні види видавничої продукції є близькими за змістом до поняття «методика». Однак ці поняття не є взаємозамінними. На цьому також неодноразово наголошували в своїх публікаціях учені і практичні працівники експертних установ України<sup>7</sup>. На нашу думку, поняття «методики» повинно бути включено у вказаний вище Державний стандарт та має відображати основні риси, які відрізняють її від інших видів виробничо-практичних видань. «Таке поняття повинно розкривати сутність і призначення методики, вказувати на її структуру та зміст, а також на застосування системи методів при проведенні дослідження. При цьому можна вказати, що ступінь регламентації всього процесу дослідження може бути різним. Методика завжди містить як рекомендації, так і обов'язкові правила для експерта з вузлових моментів, які визначають схему дослідження, його стратегію»<sup>8</sup>.

Зазвичай судові методики поділяються на родові (видові), типові, конкретні (окремі). На думку Р. С. Белкіна, рівень методики визначається рівнем експертного завдання: а) загальні методики – завдання класу, роду, виду експертизи; окремі методики – типове завдання (підзавдання) виду, підвиду експертизи; конкретна методика – завдання (підзавдання) конкретної експертизи<sup>9</sup>. Згідно з ч. 3 ст. 8 Закону України «Про судову експертизу» «методики проведення судових експертиз (крім судово-медичних та судово-психіатричних) підлягають атестації та державній реєстрації в порядку, що визначається Кабінетом Міністрів України». Метою атестації судового експерта згідно зі ст. 16 цього закону є, з-поміж іншого, знання методичної бази судової експертизи<sup>10</sup>.

Експертна методика, як вказувалося вище, є основою оцінки достовірності висновку експерта. Як вважає В. К. Лисиченко, при перевірці методичної сторони висновку слідчий повинен виявити: а) чи правильно обрана методика дослідження, чи повно вона описана у висновку, чи правильно були застосовані методи дослідження; б) чи забезпечує проведене дослідження вирішення поставлених питань, чи описані прийоми і технічні засоби (пробірки, реактиви тощо), які застосовувалися, які

результати були отримані, їх мотивованість; в) які положення спеціальних знань використовували експерти для обґрунтування результатів дослідження; г) чи достатньо було надано матеріалів для дослідження та висновку експерта; д) чи відповідають проведені дослідження рівню спеціальних знань та можливості відповідного виду експертизи<sup>11</sup>.

Окремі науковці стверджують, що слідчий та прокурор, які не володіють спеціальними знаннями, не можуть повною мірою оцінити змістовний бік його висновку. Так, на думку Р. С. Белкіна, суб'єкт оцінки в змозі оцінити лише повноту відповідей на поставлені перед експертом запитання, але не правильність вибору експертом методів дослідження, його застосування, отриманих результатів<sup>12</sup>.

Не можемо повністю погодитися з таким підходом. Безумовно, для учасників кримінального провадження, які вперше знайомляться з висновком експерта, незрозумілими можуть бути формулювання та терміни, що використовуються у висновках експерта. Окрім того, існує проблема оцінки достовірності наукової обґрунтованості, правильності застосування експертної методики, її надійності. Особливо йдеться про рідкісні, нетрадиційні види експертиз, які можуть призначатися у кримінальному провадженні. Складні розрахунки, спеціальна термінологія, що використовується у таких висновках експертів викликає складності й у загальному сприйнятті поданої інформації, не кажучи вже про оцінку його достовірності. Проте варто було б рекомендувати слідчому та прокурору цікавитися сучасними досягненнями тих видів експертиз, які найчастіше призначаються у кримінальному провадженні.

В Україні на виконання ст. 8 Закону України «Про судову експертизу»<sup>13</sup>. У Міністерстві юстиції України створено Реєстр методик судових експертиз<sup>14</sup>, який на сьогодні об'єднує 15 класів методик: почеркознавчу та авторознавчу, інженерно-технічну, економічну, товарознавчу, експертизу інтелектуальної власності, психологічну, мистецтвознавчу, технічну експертизу документів, балістичну, трасологічну, вибухово-технічну, фототехнічну і портретну, відеозвукозапису, матеріалів,

речовин і виробів, біологічну, комплексну експертизу. Побудований реєстр наступним чином: кожній методиці присвоюється реєстраційний код, в графі «вид експертизи» зазначаються клас (рід) та вид експертної методики, в графі «назва методики» – назва окремої методики. Серед інших реквізитів найменування розробника (спеціалізована установа, інші), рік створення методики та дата прийняття рішення про державну реєстрацію<sup>15</sup>.

Згідно з ч. 1 ст. 102 КПК експерт у своєму висновку повинен зазначити докладний опис проведених досліджень, у тому числі методи, застосовані у дослідженні. Тому слідчий або прокурор, насамперед, у ході оцінки достовірності методики, що застосовувалася експертом, повинен встановити, чи є вона типовою. Експертна методика є типовою у випадку, якщо вона пройшла етапи апробації та впровадження. Структура типової методики складається з таких елементів: вказівка на об'єкти, типові для даного види експертизи (зазвичай така вказівка міститься у назві методики); вказівка на методи та засоби дослідження, приписи, що належать до умов та процедур застосування методів та засобів; описання можливих результатів застосування методів і засобів та характеристика цих результатів в аспекті експертного завдання<sup>16</sup>.

Зауважимо, що на сьогодні законодавство України допускає таку форму перевірки достовірності висновку експерта загалом та достовірності експертної методики зокрема, як рецензування висновків експертів. В Україні чинним є Порядок проведення рецензування висновків судових експертів та висновків експертних досліджень<sup>17</sup>.

Метою рецензування висновків судових експертів, згідно з п. 2 розділу I Порядку, є «вдосконалення професійної майстерності експертів, поліпшення якості та обґрунтованості їх висновків». При цьому, відповідно до пункту 5 Розділу II Порядку, «рецензія містить розгорнуту характеристику висновку з точки зору його відповідності вимогам законодавства про судову експертизу та застосування методів і методик проведення судових експертиз»<sup>18</sup>. Доволі очевидно, що процедура

рецензування висновків експертів та висновків експертних досліджень є, насамперед, організаційно-методичною формою контролю за якістю та обґрунтованістю таких висновків, їх відповідністю законодавству про судову експертизу та вимогам застосування методів і методик проведення експертиз, з боку досвідчених судових експертів.

Згідно з п. 3 Розділу I Порядку передбачено вичерпні підстави для рецензування висновків судових експертів та висновків експертних досліджень: 1) план рецензування висновків судових експертів науково-дослідних установ судових експертиз Міністерства юстиції України; 2) графік проведення планових перевірок організації діяльності судових експертів, що не є працівниками державних спеціалізованих установ; 3) договір або План щодо підготовки (стажування) фахівця, який має намір отримати (підтвердити) кваліфікацію судового експерта; 4) доручення Міністерства юстиції України щодо висновків, складених судовими експертами, що не є працівниками державних спеціалізованих установ»<sup>19</sup>. При цьому, рецензування висновків, складених судовими експертами науково-дослідних установ судової експертизи (НДУСЕ), проводиться за ініціативою керівника НДУСЕ під час здійснення ним організаційно-контрольних функцій.

Важливою властивістю рецензій на висновки експерта або висновки експертних досліджень є обмеженість лише таким висновком. Так, згідно з п. 7 Розділу II Порядку аналізу рецензента підлягають вступна, дослідницька та заключна частини висновку. Тому й предметом рецензії є уже існуючий висновок експерта або висновок експертного дослідження<sup>20</sup>. Рецензент не має права знайомитися із матеріали кримінального провадження, які досліджувалися експертом. Рецензія на висновок експерта не може виступати альтернативним висновком до вже існуючого висновку експерта.

Порядок висуває й вимоги до тих експертів, які будуть здійснювати рецензування висновку експерта. Рецензент повинен мати як спеціальні знання у сфері конкретного виду експертизи, так і знання відповідних методів і методик, а



також досвід судово-експертної діяльності. Рецензування висновків судових експертів та висновків експертних досліджень іншими особами, які не відповідають зазначеним вище критеріям, є неправомірним і позбавленим сенсу. Так, рецензія на висновки судових експертів та висновки експертних досліджень надається спеціально уповноваженим суб'єктом: працівником НДУСЕ, який має кваліфікацію судового експерта з тієї експертної спеціальності, за якою складено поданий на рецензування висновок, та не менше ніж трирічний стаж експертної роботи (п. 1 Розділу II Порядку)<sup>21</sup>.

Водночас слід зауважити, що в жодному процесуальному Кодексі (у тому числі у КПК) відсутні положення відносно рецензування висновків експертів або висновки експертних досліджень. Відповідні положення не закріплено і в регулятивному законодавстві, зокрема, і в Законі України «Про судову експертизу». Тому на сьогодні існує думка, відповідно до якої «практика розгляду судами «рецензій на висновки судових експертів», проведених судовими експертами, які не є працівниками державних спеціалізованих установ, або іншими фізичними особами, і прийняття на їх основі рішень про проведення додаткової чи повторної експертизи суперечить Конституції та законам України»<sup>22</sup>. На думку О. В. Крутя, «виявлені під час рецензування недоліки експерт може врахувати та не допустити тільки у висновках судових експертиз, які він виконуватиме в майбутньому»<sup>23</sup>. На думку цього дослідника, «рецензія на висновки судових експертиз та висновки експертного дослідження не є процесуальним документом; рецензія — це особиста думка рецензента з приводу висновку судових експертиз та висновку експертного дослідження; рецензент не несе ніякої, крім моральної, відповідальності за складену ним рецензію»<sup>24</sup>.

Проте окремі науковці вбачають у рецензіях на висновки експертів та висновки наукових досліджень «важливий напрям для забезпечення державного управління судово-експертною діяльністю, диференціацію науково-організаційного аспекту з алгоритму вдосконалення та полегшення процесу рецензування експертних висновків — процесу обґрунтованості дослі-

дження для визначення їх відповідності чинному законодавству, а також фактичним матеріалам справи з точки зору наукової обґрунтованості, наявності експертних помилок і відповідності вимогам законодавства»<sup>25</sup>.

Незважаючи на протилежне ставлення науковців до проблеми рецензування висновків експертів, на доказове значення у кримінальному провадженні, все ж відзначимо наступне. Така рецензія на висновок експерта, на наш погляд, повинна враховуватися слідчим, прокурором при оцінці достовірності висновку експерта. У ході рецензування відповідний фахівець може дати професійну оцінку і методиці експертного дослідження, а також доцільності та правильності її застосування у конкретному випадку. Проте слідчому та прокурору слід критично вивчати та досліджувати й саму рецензію на висновок експерта. Особливо враховуючи те, що рецензія на висновок експерта згідно з КПК доказового значення немає. Тому, як вбачається, слідчий та прокурор, знову ж таки, повинні підвищувати свій фаховий рівень, цікавитися останніми досягненнями у сфері експертології для того, щоб на відповідному рівні компетенції мати змогу оцінити методологію експертного дослідження.

Таким чином, під час оцінки достовірності експертних методик вважаємо за доцільне запропонувати слідчому, прокурору враховувати наступні критерії: чи є обрана експертом методика затвердженою та апробованою; чи правильно вона обрана у зв'язку з конкретним експертним завданням; чи не було підстав для застосування експертом іншої (інших) експертної (експертних) методики (методик); якщо використано кілька експертних методик, то чи не суперечать вони одна одній; чи відповідає виконане експертом дослідження тій методиці, яка ними використовувалася.

1. *Великий* тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. Київ; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2003. С. 226.
2. *Бондарь М. Е.* О понятии «экспертная методика» // Криминалистика и судебная экспертиза: сборн. науч. трудов. Киев, 1990. Вып. 40. С. 17.
3. *Аверьянова Т. В.* Судебная экспертиза. Курс общей теории. Москва:

Норма, 2007. С. 290. **4.** Там само. **5.** *Правила проведення судово-медичних експертиз (обстежень) з приводу статевих станів в бюро судово-медичної експертизи, затв. наказом Міністерства охорони здоров'я України від 17.01.1991 № 6.* URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0253-95>

**6.** *Державний стандарт України 3017–95 «Видання. Основні види. Терміни та визначення».* URL: <http://archive.chytomo.com/standards/vydannya-osnovni-vyduy-terminy-ta-vyznachenennya-dstu-301795>.

**7.** *Щенко А. В., Палеха Ю. І., Ярослав Ю. Ю., Полтавський А. О.* Задokumentовані методики експертного дослідження: нові погляди на сталі положення // Криміналістика XXI століття: мат-ли міжн. наук.-практ. конф. (25–26.11.2010). Харків: Право, 2010. С. 639–644.

**8.** *Слободян Я. О.* Методики проведення судових експертиз: методико-орієнтувальний аналіз // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). 2013. № 1 (29). С. 267. **9.** *Белкин Р. С.* Курс криміналістики: учеб. пособие для вузов. Москва: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2001. С. 461. **10.** *Про судову експертизу:* Закон України від 25.02.1994 № 4038-XII URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4038-12>.

**11.** *Лисиченко В. К.* Особенности проверки и оценки заключений экспертизы на предварительном следствии и в суде // Криміналістика и судебная экспертиза. Киев, 1982. Вып. 24. С. 28–35. **12.** *Белкин Р. С.* Об оценке заключения судебного эксперта // Актуальные проблемы судебной экспертизы и криміналістики: мат-лы науч.-практ. конф. Киев, 1993. С. 10–13. **13.** *Про судову експертизу:* Закон України від 25.02.1994 № 4038-XII URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4038-12>. **14.** *Ресепт* методик проведення судових експертиз Міністерства юстиції України, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 02.10.2008 № 1666/5. URL: <http://rmpse.minjust.gov.ua/> **15.** *Пиріг І. В.* Поняття та класифікація експертних методик і проблеми їх використання в експертній практиці // Криміналістика и судебная экспертиза. 2013. Вып. 58 (1). С. 94. **16.** *Россинская Е. Р.* Законодательное регулирование назначения и производства судебной экспертизы // Закон. 2003. № 3. С. 6. **17.** *Порядок* проведення рецензування висновків судових експертів та висновків експертних досліджень, затв. наказом Міністерства юстиції України 25.05.2015 р. № 775/5 URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0605-15>.

**18.** Там само. **19.** Там само. **20.** Там само. **21.** Там само. **22.** *Рецензії* на висновки судових експертів – поза законом. URL: <http://pakharenko.ua/recenzi%D1%97-na-visnovki-sudovix-ekspertiv-poza-zakonom/>

**23.** *Круть О. В.* Щодо рецензії на висновок судового експерта та правомірності її використання в судочинстві // Адвокат. 2013. № 2 (149). С. 37. **24.** Там само. **25.** *Федишина В. В.* Рецензування висновків судових експертів – метод внутрівідомчого контролю управління експертного забезпечення правосуддя України // Економіка та держава. 2014. № 9. С. 112.

***Andrusiak Hanna. Reliability of the expert methodology as the property of the expert's conclusion in the criminal proceedings***

The article deals with the problems of assessing the investigator, the procurator of the reliability of the expert methodology as the property of the expert's conclusion in the criminal proceedings.

It is important to assess the expert's methodology used by the expert during the investigation when establishing the accuracy of the expert's conclusion. Those participants in the criminal proceedings, who for the first time have the opportunity to get acquainted with the expert's conclusion, face difficulties in relation to the obscurity of the scientific formulations and the terms used in the expert's conclusions. At the same time, on the part of the investigator and the prosecutor, there are difficulties in assessing the correctness of the application of the expert methodology, its logical reasonableness and reliability. This is especially true for relatively rare, non-traditional types of expertise that can be used in criminal proceedings that use methods of applied sciences. The expert's conclusion in the research unit usually causes difficulties not only in terms of reliability assessment, but also in many cases – in terms of perception of the relevant information contained in the expert's conclusion.

It is recommended to the investigator and the prosecutor, to be interested in the current advances in the examination of those types which are usually appointed by them in specific criminal proceedings. Today, individual methods of expert research are widely available and published or placed in open sources. Therefore, the investigator and the prosecutor have the opportunity to familiarize themselves with the methodology of expert research and, accordingly, evaluate the expert's conclusion in terms of the reliability of the expert methodology.

When evaluating the reliability of expert methods, we consider it expedient to propose to the investigator, prosecutor to take into account the following criteria: is the method chosen by an expert approved and approved; Whether it is selected correctly in connection with specific expert tasks; whether there was no basis for expert application of another (other) expert (expert) methodology (methodology); if several expert methods are used, they do not contradict each other; Whether the expert who conducted the study meets the methodology used by them.

It is proposed to envisage in the State Standard of Ukraine 3017-95 «Edition. The main types. Terms and definitions «is a kind of publishing product, as a methodology to reflect the main features that distinguish techniques from other types of production and practical publications.

Some mechanisms of estimation of such reliability are considered, including, in particular, reviews of conclusions of experts. The criteria are suggested that it is expedient to take into account the investigator, the prosecutor when assessing the reliability of the expert methodology. Regardless

of the fact that such a review in accordance with the CPC is not probative, nevertheless an investigator, an expert must take into account a review of the expert's conclusion as indicative of the authenticity of the expert methods used.

**Keywords:** expert methodology, methodology, expert's conclusion, reliability, evaluation, review, criminal proceedings.

УДК 343.1

**В. Н. КУБАЛЬСЬКИЙ**  
**О. О. БОЙКО**

## **КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ У СИСТЕМІ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ**

*Досліджено проблему протидії корупції в системі органів місцевого самоврядування. Визначено сутність корупції як терміну, а також особливості корупції в Україні. Проаналізовано статистичні дані, причини корупції, а також можливі шляхи їх вирішення в контексті розгляду проблеми в реаліях системи органів місцевого самоуправління в Україні. Викладено наукові позиції деяких українських учених щодо поняття «корупція».*

**Ключові слова:** корупція; корупція в органах місцевого самоврядування; протидія корупції.

**Кубальський В. Н., Бойко А. О. Уголовно-правовые проблемы противодействия коррупции в системе органов местного самоуправления**

*Исследовано проблему противодействия коррупции в органах местного самоуправления. Определена суть коррупции как термина, а также особенности коррупции в Украине. Проанализированы статистические данные, причины коррупции, а также возможные пути их решения в контексте рассмотрения проблемы в реалиях системы органов местного самоуправления Украины. Изложены научные позиции некоторых украинских ученых касательно понятия «коррупция».*

---

© КУБАЛЬСЬКИЙ Владислав Нарцизович – кандидат юридичних наук, доцент

© БОЙКО Олексій Олегович – студент 3-го курсу Навчально-науково-го юридичного інституту Національного авіаційного університету

*Ключевые слова:* корупція; корупція в органах місцевого самоуправления; противодействие коррупции.

**Kubalskiy Vladyslav, Boiuko Oleksiy. Criminal issues of opposition to corruption in the system of bodies of the local government**

*The article investigates issues of opposition to corruption in the system of bodies of the local government. Definition of the substance of corruption as a notion, as well as features of corruption in Ukraine. To this end, the statistical information, the causes of corruption and possible ways to address this issue were analyzed to address the issue of corruption in the system of bodies of the local government. Position on the «corruption» formulated by Ukrainian academic persons.*

**Keywords:** corruption, corruption in local government, combating corruption.

Корупція, на сьогоднішній день, є актуальною соціально-правовою проблемою сучасності України. Прояви корупції являють собою загрозливий та небезпечний механізм, який підпорядковує собі всі сфери життя суспільства. Боротьба з цим явищем вже вийшла за формальні межі й стала предметом пильної уваги інститутів держави, громадських організацій, засобів масової інформації і, на жаль, пересічних громадян. Демократизація, відкритість влади, прозорість і зрозумілість для населення державних рішень, діяльності управлінського апарату, розвиток громадянського суспільства – найважливіші важелі подолання корупції<sup>1</sup>.

Дослідженню проблем протидії корупції в органах місцевого самоврядування присвятили свої праці такі вчені, як: Д. Михайленко, О. Захарчук, Т. Кравченко, М. Мельник та ін.

Щоб розглянути цю проблему, треба зрозуміти сутність корупції. Корупційна злочинність, за дослідженнями вчених<sup>2</sup>, є складовою ширшого суспільного явища – корупції. Отже, розгляд цього виду злочинності доцільно розпочати зі з'ясування сутності корупції. Існує багато різних підходів до визначення поняття «корупція», яку можна розглядати в декількох аспектах – соціальному, кримінологічному, правовому тощо. При цьому неможливо дати загальне визначення протидії корупції для усіх галузей науки, тому що у термін «протидія корупції» вчені вкладають різний зміст. Різноманітність підходів учених до визначення поняття «протидія корупції» є однією

з проблем, пов'язаних із дослідженням явища<sup>3</sup>. Найчастіше термін «корупція», як зазначають дослідники, вживається відносно бюрократичного апарату і політичної еліти. С. І. Ожегов у словнику тлумачить поняття «корупція» як підкуп через хабарі, продажність посадових осіб, політичних діячів<sup>4</sup>. Інші енциклопедичні видання теж дають визначення корупції як процесу, пов'язаного з безпосереднім використанням посадовою особою своїх повноважень з метою особистого збагачення, включаючи підкуп чиновників і громадсько-політичних діячів, дачу хабарів тощо. Термін «корупція» походить від сполучення латинських слів *corrupti* (кілька учасників, що вступають у відносини з приводу одного предмета) і *impetere* (ламати, пошкоджувати, порушувати, скасовувати). У результаті утворився самостійний термін *corruptio*, який передбачає участь у діяльності кількох осіб, метою яких є «гальмування» нормального ходу судового процесу або процесу управління справами суспільства. Таким чином, корупція розглядається ще й як елемент (ознака) організованої злочинності.

Корупція згадується ще в архівних документах Стародавнього Вавилону. У римському праві *corruptio* трактувалося як «пошкоджувати, ламати, порушувати, фальсифікувати». З найдавніших часів корупція була об'єктом вивчення відомих учених: Аристотеля, М. Вебера, Г. Гегеля, Т. Гоббса, Р. Дарендорфа, Дж. Локка, Н. Макіавеллі, Ш. Монтеск'є, Платона, Ж.-Ж. Руссо, Цицерона та ін.<sup>5</sup> Томас Гоббс, англійський філософ XVII ст., зазначав у своїх творах, що «корупція є корінь, з якого витікає в усі часи і при всяких спокусах презирство до всіх законів». Слід вказати, що на той час корупція розглядалася більше як етична проблема. Зокрема, у книзі «Корупція. Етика і влада у Флоренції в 1600-1770 рр.» Ж.-К. Ваке писав, що в цей період дискурс про корупцію був дискурсом не про державу, а про людську природу<sup>6</sup>, що також розвиває у своїх працях відомий кримінолог О. М. Костенко, а саме: натуралістичний світогляд, відповідно до якого «усе суще – це прояв сутності, яка називається Природою». Саме тому боротьба з корупцією є боротьбою з природою людини.

Згідно ст. 19 Конституції України, органи державної влади й органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, передбачені Конституцією та законами України. Зазначене стосується всіх без винятку службових осіб, незалежно від їхнього службового становища (звання, рангу, чину, кваліфікаційного класу), відомчої приналежності органу, характеру та сфери його діяльності, обсягу повноважень або форми власності, на підставі якої створені та функціонують підприємства, установи й організації. Так, наприклад, відповідно до даних НАБУ станом на 30.06.2018 року було розпочато 683 провадження у справах про корупційні злочини, з них 143 скеровано до суду. Підозру повідомили 163 особам, 227 обвинувачених, 19 осіб, стосовно яких набув законної сили обвинувальний вирок. 196,6 млрд грн збитків, з яких відшкодовано тільки 360,3 млн грн. Це тільки те, що стало відомо НАБУ.

Аналізуючи звіт роботи НАБУ за перше півріччя 2018 року, стає зрозуміло, що скарги на діяльність органів місцевого самоврядування займають одні із перших позицій. Так, до Львівського теруправління надійшла 101 скарга на дії органів місцевого самоврядування, до Одеського теруправління надійшло 65 скарг, а на дії Харківського теруправління 130 скарг. Станом на 30.06.2018 року кількість осіб, уповноважених на виконання функцій місцевого самоврядування, яким повідомлено про підозру становить 16 осіб, а також 1 особа, стосовно якої складено обвинувальний акт<sup>7</sup>.

Існує ряд притаманних органам місцевого самоврядування причин виникнення корупції: 1) політичні. Вони перш за все пов'язані з владними повноваженнями посадових осіб органів місцевого самоврядування, замкнутістю системи управління, недосконалість антикорупційної політики, безініціативністю та малоефективністю громадських формувань; 2) економічні. Перш за все проявляються в неправомірному використанні державних ресурсів в особистих інтересах та у відсутності прозорості багатьох економічних процесів. Вони зумовлені невідповідністю заробітної плати життєвим потребам, коли посадові особи



органів місцевого самоврядування намагаються поповнити свої статки з інших джерел; 3) соціально-психологічні. Полягають у невисокій активності громадськості, корисливості державних службовців, професійній та моральній деформації поведінки частини керівників, що виявляється у поблажливому ставленні до фактів корупції; 4) правові. В основі даних причин недосконалість антикорупційного законодавства та наявність законодавчих прогалин, у зв'язку з чим у посадових осіб органів місцевого самоврядування є можливість «оминути» закон; 5) організаційно-управлінські, які проявляються у неналежній регламентації діяльності посадових осіб, так зване «кумівство», та відсутність механізмів запобігання проникненню в органи влади лідерів і членів злочинних угруповань<sup>8</sup>.

Доволі сильно ускладнює функціонування чинного механізму кримінально-правового регулювання високий рівень латентності корупційних злочинів. Зокрема, питома вага врахованої корупції в системі реальної корупційної злочинності коливається в межах 1-5 %<sup>9</sup>. За оцінками інших досліджень, корупційні злочини виявляються в межах 0,1-2 %, отже реальна кількість цих злочинів вища за зареєстровану у 50-1000 разів<sup>10</sup>. Українськими дослідниками встановлено, що ступінь латентності корупційних злочинів становить від 90 % до 99 %<sup>11</sup>.

Різні вчені розглядають різні підходи протидії корупційним злочинам. Зокрема, В. Борков пропонує модель ешелонування кримінально-правової протидії корупції. Зазначається, що Кримінальний закон повинен урахувати наслідки корупційної діяльності. Окрема криміналізація незаконного збагачення сприяла б формуванню трьох етапів кримінально-правової протидії корупції, тобто її ешелонуванню. Перша лінія протидії передбачає недопущення виникнення корупційних відносин. Вона може бути виражена в кримінальній забороні шляхом окремої криміналізації корупційної змови чиновника з іншою особою. У необхідних випадках законодавець формує усічені склади злочинів, визначаючи закінченим злочином посягання на об'єкт кримінально-правової охорони. Другу лінію протидії корупції утворюють норми про корупційні зло-

чини. Третю – забезпечує встановлення кримінальної відповідальності за незаконне (корупційне) збагачення, тобто перевищення службовою особою своїх активів, а так само активів близьких родичів над законними доходами в значному розмірі. Подібну норму необхідно розглядати як вимушену реакцію держави на підвищену латентність і небезпеку корупційних службових злочинів<sup>12</sup>.

Корупційні відносини не можна нейтралізувати тільки державними або тільки ринковими методами, а ефективний контроль над корупцією не можна забезпечити лише за рахунок удосконалення законодавчої бази. У зв'язку з цим доцільно розвивати й удосконалювати кадрово-організаційні, техніко-аналітичні (застосування новітніх технологій під час запобігання корупційним виявам, моніторингу та виявлення корупційних виявів, а також організації бар'єрів для реалізації корупційних об'єктів) й адміністративно-економічні (відстеження фінансових ресурсів, що знаходяться в тіньовому обороті, посилення регламентації процедури відкриття рахунків суб'єктів господарювання в банках, скорочення кількості позапланових перевірок суб'єктів господарювання з боку контролюючих органів, запровадження адміністративних штрафів за недотримання антикорупційних законів) механізми протидії корупції. Отже, звертається увага, що концентруватися лише на кримінальному законі в антикорупційній діяльності не варто<sup>13</sup>.

Хоча деякі вчені високо оцінюють антикорупційний потенціал саме правових засобів у загальнотеоретичній юриспруденції. Так, за висновком О. М. Литвинова, подолання чи суттєве обмеження корупції має свідчити про перевагу раціонального й гуманістичного, тобто культурного, людяного над ірраціональним та антигуманним, тобто суто біологічним, тваринним. І право, завдяки своїй культурно-раціональній основі й можливості легітимного примусу, має відіграти в цьому процесі вирішальну роль<sup>14</sup>. Із наведеного вбачається, що автор у сучасні антикорупційній діяльності вирішальну роль надає саме легітимному примусу, що в цьому випадку значною частиною знаходиться на полі дії кримінального права.

Право є лише одним із елементів антикорупційного механізму країни. Такий елемент (право) має свої складники, які досить чітко можна вивести зі структури Конвенції ООН проти корупції. Так, складовими елементами всеосяжної й полідисциплінарної стратегії протидії корупції є чотири стовпи зазначеної Конвенції: 1) запобігання, 2) криміналізація і правоохоронна діяльність, 3) міжнародне співробітництво, 4) повернення активів<sup>15</sup>. На підставі вказаного можна дійти висновку, що кримінальне право – це лише один із як мінімум чотирьох складників такого елемента антикорупційного механізму країни, як право. У зв'язку із цим варто адекватно оцінювати здатність кримінально-правових механізмів у довготривалій перспективі успішно протидіяти корупційним злочинам, які не можуть показати значних результатів у цьому напрямі без відповідних реформ в інших сферах.

Тут варто погодитися, що кримінальне право займає в системі права будь-якої країни завідомо підпорядковане становище; не тільки виконує конституційні директиви, а й забезпечує своїми примусовими можливостями так звані «створювальні» галузі права, є остаточним інструментом впливу в системі заходів державного контролю, а засоби кримінального права мають виступати виключно як *ultima ratio* в протидії лише найбільш суспільно небезпечним діянням, які спричиняють істотну шкоду охоронюваним законом суспільним відносинам.

Проте не варто недооцінювати засоби кримінального права, оскільки в разі їх неефективності будуть, зокрема, нівелюватися несприятливі наслідки вчинення корупційного діяння, що значно знижуватиме ризик значних особистих втрат за допущену не добросесність. За таких умов не підкріплена каральною силою кримінального права антикорупційна трансформація інших сфер і регуляторів поведінки людини не буде показувати значних результатів в обмеженні корупційних практик<sup>16</sup>.

Отже, запобігання корупції в органах місцевого самоврядування – довготривала та копітка робота, яка потребує ініціативності з боку самих посадових осіб та, мабуть найголовніше, громадськості й потребує тривалих соціальних, економічних,

політичних і правових перетворень. Перші кроки на цьому шляху уже зроблені, зокрема прийнято нове законодавство, в основі якого превентивна функція. Зокрема, вважаємо за необхідне внести зміни до діючого Закону України «Про запобігання корупції», а саме доповнити його нормами, які б регулювали протидію корупції в органах місцевого самоврядування з урахуванням особливостей в нашій країні та вже існуючої практики в країнах Європи. Органи місцевого самоврядування з метою забезпечення умов для надання громадських послуг на належному рівні можуть продавати, купувати, резервувати земельні ділянки, здавати їх в оренду, використовувати як заставу, передавати їх як внески до статутних фондів (капіталів) акціонерних товариств, товариств з обмеженою відповідальністю, кооперативів, фінансово-кредитних установ та Інших підприємств і організацій. Саме тому необхідно доповнити Закон розділом «запобігання корупції в органах місцевого самоврядування», в якому містився би механізм запобігання і протидії корупції і передбачав комплекс правил, стандартів і процедур, який враховує зазначену особливість.

1. *Кравченко Т. А.* Особливості формування комплексного механізму протидії корупції в органах місцевого самоврядування в Україні // Держава та регіони. Сер. Держ. упр. 2012. № 2. С. 164-168. 2. *Іванов Ю. Ф., Джу́жа О. М.* Кримінологія. Київ: Паливода А. В., 2006. С. 264. 3. *Бусол О. Ю.* Поняття та категорії юридичної науки: матеріали V Міжнар. наук.-практ. конф. до 145-річчя академіка Всеукраїнської академії наук Миколи Івановича Палієнка (1869-1937) (м. Київ, 18 листопада 2014 р.). Київ: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2014. С. 181-185. 4. *Ожегов С.* Словарь русского языка / ред. Н. Ю. Шведова. Москва, 1990. С. 921. 5. *Пиголенко І. В.* Хабарництво як соціальний феномен сучасного суспільства. URL: [http://nbuv.gov.ua/portal/soc\\_gum/VKPI\\_soc/2009\\_4/](http://nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/VKPI_soc/2009_4/) 6. *Андреанов В. Д.* Определение коррупции, формы и виды проявления коррупции. URL: <http://viperson.ru/wind.php?ID=631762>. 7. *Національне антикорупційне бюро.* URL: [https://nabu.gov.ua/sites/default/files/reports/zvit\\_10.08.2018\\_sayt.pdf](https://nabu.gov.ua/sites/default/files/reports/zvit_10.08.2018_sayt.pdf) 8. *Захарчук О. З.* Запобігання корупції в органах місцевого самоврядування // Актуальні проблеми політики. 2015. № 55. С. 254. 9. *Лунеев В. В.* Настоящей борьбы с коррупцией в России нет // Уголовное право. 2007. № 5. С. 106. 10. *Гончарова М. В.* Преступность в России: аспекты латент-

ности // Российский следователь. 2005. С. 35. **11. Шевченко О. В.** Кримінологічна характеристика та запобігання корупційній злочинності: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / МВС України, Нац. Акад. внутр. Справ. Київ, 2012. С. 9. **12. Борков В. Н.** Предпосылки формирования трех рубежей уголовно-правового предупреждения коррупции // Научный вестник Омской академии МВД России. 2009. С. 18-19. **13. Доценко И. А.** Возможности применения в России зарубежных международных антикоррупционных механизмов: автореф. дисс. ... канд. экон. наук: 08.00.14. Москва, 2011. С. 11, 16, 19-20. **14. Невмережицький Є. В.** Корупція як соціально-політичний феномен: автореф. дис. ... докт. політ. наук: 23.00.02 / НАН України. Ін-т політ. і етнонац. дослідж. ім. І. Ф. Кураса. Київ, 2009. С. 34. **15. Техническое** руководство по осуществлению Конвенции Организации Объединённых Наций против коррупции. Нью-Йорк: ООН, 2010. С. 18. **16. Тацій В.** Проблеми стабільності й динамізму кримінального законодавства України на сучасному етапі // Вісник Національної академії правових наук України. 2015. С. 56.

### ***Kubalskiy Vladyslav, Boiyo Oleksiy. Criminal issues of opposition to corruption in the system of bodies of the local government***

Today corruption is topical social and legal issue in Ukraine. Manifestations of corruption is pernicious system which subordinates all areas of society. The struggle with this phenomenon has already gone beyond the formal boundaries and has become the subject of close attention of state institutions, public organizations, the media and ordinary citizens.

Corruption is mentioned in archival documents of Ancient Babylon. In Roman law, «corrumpere» was interpreted as «damaging, breaking, falsifying.» Since ancient times, corruption has been the subject of study by renowned scholars: Aristotle, M. Weber, G. Hegel, T. Hobbes, R. Darendorf, J. Locke, N. Machiavelli, S. Montesquieu, Plato, J.-J . Russo, Cicero and others. Thomas Hobbes, English philosopher of the XVII century. (1588-1679 biennium), noted in his writings that «corruption is the root from which the contempt for all laws flows at all times and with all sorts of temptations.»

Analyzing the NABU report for the first half of 2018, it becomes clear that complaints about the activities of local government bodies are among the first positions.

There are a number of peculiarities as bodies of local self-government: 1) political. 2) economic. 3) socio-psychological. 4) legal. 5) organizational and managerial.

The high level of latency of corruption crimes is quite complicated by the functioning of the current mechanism of criminal law regulation. Ukrainian researchers found that the degree of latency of corruption crimes ranged from 90 % to 99 %.

Various scientists are considering different approaches to counteracting corruption. In particular, V. Borkov offers a model for the separation of criminal-legal counteraction to corruption. It is noted that the Criminal Law should take into account the consequences of corruption. Separate criminalization of illegal enrichment would contribute to the formation of three phases of the criminal legal response to corruption. The first line of counteraction involves preventing the emergence of corruption relations. It can be expressed in a criminal prohibition by means of a separate criminalization of a corruption conspiracy of an official with another person. In necessary cases, the legislator forms truncated crimes, defining an end to the crime of encroachment on the object of criminal law protection. The second line of combating corruption forms the norms of corruption crimes. The third one – ensures the establishment of criminal liability for illegal (corrupt) enrichment, that is, the excess of an official by his assets, as well as the assets of close relatives over legitimate income to a significant extent. A similar norm should be considered as the forced response of the state to increased latency and the danger of corrupt official crimes.

Therefore, the prevention of corruption in local government bodies is a long-term and hard work that requires initiative from the officials and, perhaps most importantly, the public and requires lengthy social, economic, political and legal reforms. The first steps on this path have already been made, in particular, new legislation was adopted, based on a preventive function. In particular, we consider it necessary to amend the current Law of Ukraine «On Prevention of Corruption», namely, to complete its norms, which would regulate the opposition against corruption in local government bodies taking into account the peculiarities in our country and the existing practice in European countries. Further actions should be directed towards the formation of an active public position on the prevention of corruption; enhancement of the legal culture of citizens and the formation of moral intolerance against them in any corruption manifestations; increase of wages for officials of local government bodies in the context of the state reform; ensuring the openness and transparency of the activities of local government bodies; development of anti-corruption programs at the local level.

**Keywords:** corruption, corruption in local government, combating corruption.

## ДЕТЕРМІНАЦІЯ ДОМАШНЬОГО НАСИЛЬСТВА

*Досліджено причини та умови, що сприяють вчиненню домашнього насильства. Розглянуто макро- та мікрофактори, що сприяють вчиненню домашнього насильства. Проаналізовано погляди науковців щодо детермінації домашнього насильства. Визначено основні детермінанти домашнього насильства.*

**Ключові слова:** детермінанта, детермінація, домашнє насильство, конфлікт, сім'я.

### **Митник У. Н. Детерминация домашнего насилия**

*Исследованы причины и условия, способствующие совершению домашнего насилия. Рассмотрены макро- и микрофакторы, способствующие совершению домашнего насилия. Проанализированы взгляды ученых по детерминации домашнего насилия. Определены основные детерминанты домашнего насилия.*

**Ключевые слова:** детерминанта, детерминация, домашнее насилие, конфликт, семья.

### **Мутук Уляна. Determination of domestic violence**

*The causes and conditions which are conducive to domestic violence are researched. Macro- and micro factors which are conducive to domestic violence are considered. It was analyzed the views of scientists on determination of domestic violence. The main determinants of domestic violence are identified.*

**Keywords:** determinant, determination, domestic violence, conflict, family.

Домашнє насильство має особливу специфіку. Воно належить до соціальної сфери, тому що пов'язане з особливостями сімейно-побутових відносин. Проблема домашнього насильства широко обговорюється на загальнодержавному рівні та в засобах масової інформації, а її вивченням займаються представники різних галузей знань.

Питання детермінації домашнього насильства було досліджено у працях таких вчених як Б. М. Головкін, Н. І. Гончарова, Л. Берковець, Ю. О. Павленко, І. М. Ткаченко, Д. А. Шестаков. Проте у зв'язку з прийняттям Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству»<sup>1</sup>, з'явилися нові можливості для додаткового вивчення детермінант цього явища.

До загальнокримінологічних чинників, що сприяють вчиненню домашнього насильства, можна віднести такі:

1. Погіршення і нестабільність соціально-економічного життя, що викликає протиріччя між природнім бажанням мати дитину і економічним становищем сім'ї;

2. Немоżliвість розвивати свої таланти, реалізувати культурні потреби;

3. Скорочення кількості робочих місць та пов'язане з цим безробіття;

4. Пропаганда у засобах масової інформації насильства та жорстокості, деструктивний вплив відеопродукції;

5. Поширення алкоголізму та наркоманії;

6. Укорінення в суспільній свідомості настанови на індивідуальне виживання, відсутність соціальних ідеалів, ідеологічний вакуум у суспільстві, криза моралі;

7. Поширення офіційно незареєстрованих шлюбів, менший рівень солідарності сім'ї, збільшення кількості розлучень і частки неповних сімей;

8. Слабка дієвість системи матеріальної допомоги сім'ям, які її потребують, матеріальна залежність жінок від чоловіків;

9. Недоліки роботи державних органів, зобов'язаних здійснювати профілактичний вплив на дисгармонійні сім'ї;

10. Негативні тенденції у демографічній сфері.

Крім цього, на сьогодні виділяють і такі чинники, що призводять до прояву домашнього насильства:

1. Соціальні (напруження, конфлікти, насильство в суспільстві, пропагування в засобах масової інформації насильства як моделі поведінки);



економічні (матеріальні нестатки, відсутність гідних умов життя поряд із відсутністю умов для працевлаштування, заробляння грошей, економічна залежність, безробіття);

2. Психологічні (стереотипи поведінки);

3. Педагогічні (відсутність культури поведінки – правової, моральної, громадянської, естетичної, економічної, трудової);

4. Соціально-педагогічні (відсутність усвідомленого батьківства, сімейних цінностей у суспільстві, позитивної моделі сімейного життя на засадах гендерної рівності, сімейного виховання на основі прав дитини);

5. Правові (ставлення до насильства як до внутрішньосімейної проблеми, а не як до негативного суспільного явища, до членів сім'ї як до власності через відсутність правової свідомості);

6. Політичні (прихильність до гендерних стереотипів, недостатній пріоритет проблем сім'ї та гендерної рівності, увага до материнства і дитинства, а не сім'ї в цілому, брак уваги до батьківства, чоловіків);

7. соціально-медичні (відсутність репродуктивної культури у населення, відповідального батьківства, алкоголізм, наркоманія, агресія тощо);

8. Фізіологічні та медичні (порушення гормонального фону, швидкості реакцій, прийом збуджувальних ліків, хвороби нервової системи тощо)<sup>2</sup>.

Щодо мікрофакторів, які сприяють вчиненню домашнього насильства, то ними є наступні:

1. Демографічні характеристики. За даними різних досліджень, частка потерпілих від домашнього насильства є вищою, ніж відповідна частка чоловіків. Відповідно до опитування British Crime Survey фізичне насильство, насамперед, стосується жінок віком від 16 до 29 років і від 45 до 59 років та чоловіків віком від 45 до 59 років; сексуальних нападів зазнають жінки віком від 16 до 24 років і від 35 до 59 років; психологічного насильства – жінки від 35 до 59 років та чоловіки від 55 до 59 років. Чорношкірі жінки та чоловіки потерпають частіше від насильства, ніж білошкірі.

2. Умови життя, соціальний статус жертви та кривдника. Вивчення кримінальних справ, пов'язаних із домашнім насильством, проведене в сучасній Україні, свідчить, що більшість злочинів було вчинено у квартирах і приватних будинках. Згідно з результатами дослідження В.О. Лобанова 2/3 домашніх насильників мали задовільні житлові умови, а тому домашнє насильство не завжди вчиняється за наявності тяжких житлових умов у злочинців або потерпілих. Виняток складає чверть злочинців, які мешкали у загальних комунальних квартирах, гуртожитках або приватних квартирах<sup>3</sup>.

Згідно з дослідженням Д. А. Шестакова, типовим місцем убивства дружини є окрема квартира, чоловіка – кімната у комунальній квартирі. Чим більшою є загальна площа житла, тим меншою є ймовірність вчинення злочину проти чоловіка, дружини, дитини або батька. Загалом, злочинці, які вчинили подружнє вбивство, мають перевагу над жертвою у зарплаті. У сім'ях, в яких дружини отримували більшу заробітну плату, ніж чоловіки, або заробіток був однаковий, траплялося більше випадків убивства чоловіка. Значну роль у переростанні конфлікту в злочин має і невдоволення розподілом доходів сім'ї<sup>4</sup>.

Крім цього, британські кримінологи виявили, що чим нижчим є прибуток домогосподарства, тим більшою є ймовірність чоловіка стати жертвою фізичного насильства (для жінок з будь-яким доходом домогосподарства існує такий ризик). Якщо партнери-чоловіки жінок отримують низьку або, навпаки, дуже високу зарплату, це сприяє вчиненню фізичного насильства<sup>5</sup>.

Також Д. А. Шестаков зазначає, що вбивцями дружин є переважно працюючі особи, а чоловіків – особи, які не працюють і не навчаються. При цьому освіта злочинців найчастіше обмежується початковим, неповним середнім чи середнім рівнем<sup>6</sup>. На підставі аналізу сучасних емпіричних даних, Б. М. Головін називає такі основні риси злочинця у сфері сімейних відносин, як середній освітній рівень, паразитичний спосіб життя, відсутність роботи.

3. Сімейний статус і структура домогосподарства. Результати British Crime Survey засвідчили, що структура домогосподарства з одним дорослим і дитиною (дітьми) виступає фактором ризику стати жертвою фізичного, психологічного та сексуального насильства, спрямованого проти жінок. Заміжні жінки частіше зазнають фізичного та психологічного домашнього насильства, сексуальних нападів з боку інтимного партнера, одружені чоловіки – фізичного і психологічного домашнього насильства. Д. А. Шестаков зазначає, що проживання подружжя з родичами дружини робить дружину більш віктимною порівняно з проживанням із родичами чоловіка.

4. Стан психічного та фізичного здоров'я. Німецький кримінолог Г.Шнайдер зазначає, що невід'ємними рисами насильницького злочинця є егоїзм, егоцентризм, агресивність, зневага до інтересів і думок інших людей, намагання задовольнити за будь-яку ціну власні бажання, особлива вразливість до такої поведінки оточуючих, яка ставить під сумнів його недоторканність і мужність. Шляхом насильства він прагне досягти поваги. Для жінок, які зазнали насильства, і для чоловіків, які його вчинили, спільними є такі риси: низька самооцінка, дотримання традиційних уявлень про родину, про підпорядковану роль жінки у сім'ї та суспільстві, про «жіноче призначення», обоє поділяють міф про насильницькі стосунки<sup>7</sup>.

Український психолог І. К. Грабська зазначає, що чоловіки, які ображають своїх жінок, як правило, не відрізняються від інших чоловіків із дисгармонічних сімей за шкалою ММРІ, а тому психопатологія є передумовою, а не причиною образливої поведінки<sup>8</sup>.

Певним чином виникнення домашнього насильства пов'язане і з недоліками фізичного стану особи. В результаті опитування, проведеного у Великобританії, виявлено, що поганий, середній або задовільний стан здоров'я є релевантним щодо фізичного та психологічного насильства, спрямованого проти жінок. Варто зазначити, що різниця сексуальних темпераментів партнерів у шлюбі також може слугувати конфліктогенною

детермінантою, про що зокрема, свідчить дослідження, проведене Д. П. Топаловим.

5. рівень соціальної підтримки. British Crime Survey висвітлює такий важливий чинник як соціальний капітал, який виражається у наявності друзів та родичів, які б могли залишитись із жертвою на короткий термін. Так, ризик зазнати фізичного або психологічного насильства збільшується у жінок, в яких немає таких друзів чи родичів. В урбанізованій місцевості, де послаблюється соціальний контроль, ймовірність вчинення домашнього насильства є високою.

6. недоліки соціально-психологічної комунікації кривдника і жертви:

6.1. різниця ціннісних орієнтацій. Результати досліджень Є. М. Потапчука показали, що конфлікти залежать від таких психологічних чинників:

1) підготовленість до шлюбу – наявність знань із психології шлюбу та сім'ї; вміння долати труднощі міжособистісного спілкування; відповідність очікувань подружжя реальній життєвій ситуації; наявність почуття відповідальності за долю сім'ї;

2) здатність до пристосування: орієнтація на взаємне пристосування; співвідношення власних інтересів, звичок, смаків з партнерськими; вміння поступатися, стримувати себе; терпиме ставлення до недоліків партнера по шлюбу; намагання позбавитись власних недоліків;

3) наявність емоційної близькості між подружжям;

4) узгодженість оцінок і самооцінок подружжя.

Дослідження Д. А. Шестакова довело, що центром сімейних суперечностей є боротьба подружжя за верховенство, а основними причинами, що викликають ці суперечності і призводять до домашнього насильства, є: конкуренція за лідерство у сім'ї, авторитарні тенденції; розподіл сімейного бюджету та домашніх обов'язків; одноосібна пріоритетність рішення у важливих питаннях; намагання автономності, відстоювання права на окреме від шлюбного партнера особисте життя, невідповідність поглядів на мораль у сфері сексуальних стосунків,

конфлікти через подружню невірність (зокрема, подружня невірність збільшує віктимність жінок, а не чоловіків).

6.2. рівень емоційності. Як зазначає Д. А. Шестаков, і злочинці-чоловіки, і злочинці-жінки значно емоційніші за потерпілих. У підгрупі дружин, які вбили своїх чоловіків, спостерігається перевищення комунікативних здібностей жінок порівняно з чоловіками. Динаміка емоційної сфери злочинців (як жінок, так і чоловіків) має загалом складну структуру. Для ситуації вчинення злочину характерні високий емоційний зв'язок подружжя, намагання утримати шлюбного партнера. Однак напередодні злочину стосунки чоловіка і дружини є загостреними. Емоції значної частини злочинців, які вбили своїх дружин, мають соціально-статеве забарвлення – любов або ненависть. На момент вчинення злочину їх поведінка була близькою до афективної. У свою чергу, кількість дружин-злочинців, які за обставин вчинення злочину мали емоції соціально-статевого забарвлення, незначна. Переважає ненависть та презирство до чоловіка. Поведінка дружин більш раціональна і холоднокровна.

7. зловживання алкоголем або наркотиками. Ряд вітчизняних та іноземних досліджень засвідчили зв'язок між дією алкоголю та наркотиків та проявами домашнього насильства. Залежність від алкоголю є не лише ситуативною детермінантою конфлікту, а й негативно позначається на господарській сфері життя сім'ї (за даними А. Лопушанського, близько половини правопорушників, які мають гідний заробіток, матеріально не забезпечували сім'ю, витраючи його на алкоголь), впливаючи на морально-психологічний та фізіологічний стан її членів. Чоловіки частіше зловживають спиртним, ніж жінки. Кримінологи з'ясували також, що часто алкоголь вживають і кривдник, і жертва, і співмешканці<sup>9</sup>.

Детермінантою домашнього насильства частково виступають і релігійні норми, які утверджують стереотип про домінування чоловіка над жінкою. Такі норми закріплені, наприклад, в Біблії та Корані.

Детермінує домашнє насильство також терпимість до його проявів в окремих родинах. Як зазначає І. О. Бандурка, осо-

бливо це стосується традицій у сільській місцевості. Так, складалася думка, що застосування фізичних покарань до рідних, особливо дітей, може мати виховну мету і є цілком припустимим у досягненні послуху<sup>10</sup>.

З цією думкою погоджується Л. Берковець, зазначаючи, що на прояв домашнього насильства суттєво впливають соціальні фактори, особливо соціальні норми і цінності, погляди на те, хто з подружжя повинен бути лідером в сім'ї і яким чином він може реалізувати свою владу. Він зазначає, що, в цьому випадку, проблема полягає в підпорядкованості жінок, а її вирішення вбачається в боротьбі з цим явищем<sup>11</sup>.

І. М. Каченко причини застосування насильства в сім'ї поділяє на такі, що викликані особливостями особистості чоловіка та історій його життя; історією життя жінки та її особистісними особливостями; особливостями подружніх відносин<sup>12</sup>.

Б. М. Головкін поділяє систему детермінант сімейно-побутової злочинності на три рівні. Так, на макрорівні (суспільство в цілому) сукупність явищ, що обумовлюють злочинність, він називає факторами сімейно-побутової злочинності, на мікрорівні (окремих соціальних груп) – причинним комплексом, а на індивідуальному (окремих осіб) – безпосередніми причинами й умовами конкретної злочинної поведінки. Між наведеними рівнями детермінант існують різні за змістом причинно-наслідкові зв'язки<sup>13</sup>.

Крім цього, за даними Б. М. Головкіна, причинами сімейних конфліктів є зловживання одним із подружжя алкоголем (34 %), матеріальна скрута (31 %), відсутність самостійного житла (21 %), підозри в зраді (12 %) та ін.<sup>14</sup>

Ю. О. Павленко зазначає такі причини прояву домашнього насильства:

1) психологічні чинники (психічні розлади, високий рівень агресії, власний негативний досвід дитинства, низька самооцінка осіб);

2) соціальні чинники (стереотипи щодо ролі в сім'ї та виховання дітей, високий рівень алкоголізації населення, поширення наркоманії);

3) економічні чинники (зниження рівня життя значної частини населення, безробіття, соціально-побутова невлаштованість)<sup>15</sup>.

Ю. О. Павленко серед причин домашнього насильства зазначає і житлову проблему. Так, відсутність житла не дозволяє багатьом жінкам змінити ситуацію і наражає їх на постійне насильство, змушуючи проживати в одному помешканні з кривдником після розлучення<sup>16</sup>.

Незалежний дослідницький центр ЮНІСЕФ до детермінант домашнього насильства відносить такі:

1) культурні, до яких належать гендерно-специфічна соціалізація, культурні визначення відповідних статевих ролей, очікування від ролей у стосунках, віра в природню перевагу чоловіків, цінності, які дають чоловікам права власності щодо жінок та дівчат, поняття сім'ї як приватної сфери та такої, що знаходиться під контролем чоловіка, шлюбні звичаї (ціна нареченої/придане), прийнятність насильства як засобу вирішення конфлікту;

2) економічні, до яких належать жіноча економічна залежність від чоловіків, обмежений доступ до грошей та кредиту, дискримінаційні закони про спадщину, права власності, використання земель комунальної власності та утримання після розлучення чи овдовіння, обмежений доступ до зайнятості у офіційних та неофіційних секторах, освіти та навчання для жінок;

3) правові, до яких належать гірший правовий статус жінок, що закріплені законодавчо, і / або практикою, закони про розлучення, опіку дітей, утримання та успадкування, юридичні визначення згвалтування та домашнього насильства, низький рівень юридичної грамотності серед жінок, неспівчутливе ставлення до жінок та дівчат з боку поліції та судової системи;

4) політичні, до яких належать недостатнє представництво жінок у владі, політиці, ЗМІ, в юридичних та медичних спеціальностях, несерйозне сприйняття домашнього насильства, переконання, що сім'я є приватною сферою та знаходиться поза контролем держави, ризик виклику статусу-кво,

релігійні закони, обмежена організація жінок у політичні сили, обмежена участь жінок у політичній системі<sup>17</sup>.

На нашу думку, основними детермінантами домашнього насильства на макрорівні є стереотипність поглядів суспільства щодо сімейних стосунків, ролей кожного з подружжя та виховання дітей, відсутність визнання важливості проблеми домашнього насильства на загальнодержавному рівні та серйозного сприйняття суспільством цієї проблеми, недосконалість законодавства у сфері боротьби з домашнім насильством, латентний характер даного явища, економічна криза, безробіття, поширення алкоголізму та наркоманії. Основними детермінантами домашнього насильства на мікрорівні вважаємо батьківський приклад, недоліки виховання, пережиття насильства у дитинстві, різницю у цінностях партнерів, їх соціальному та матеріальному статусі, прихильність до гендерних стереотипів, невідповідність до шлюбу та батьківства, егоїстичність, авторитарність, конфліктність характеру, конкуренцію за лідерство, матеріальну скруту в сім'ї, зловживання алкоголем і наркотиками, низький освітній та культурний рівень, розлади психіки.

1. *Про запобігання та протидію домашньому насильству*: Закон України від 07.12.17 р. № 2229-VIII // ВВР України. 2018. № 5. Ст. 35 URL: <http://zakon.rada.gov.ua>. 2. *Насильство в сім'ї та діяльність органів внутрішніх справ щодо його подолання*: навчально-методичний посібник для курсантів вищих навчальних закладів МВС України / Укладачі: Запорожцев А. В., Лабунь А. В., Заброта Д. Г., Басиста І. В., Дроздова І. В., Брижик В. О., Мусієнко О. М. Київ, 2012. С.25. 3. *Правові засади запобігання насильству в сім'ї*: Гадацьке районне управління юстиції. Гадач, 2011. С. 39-40. 4. *Шестаков Д. А.* Супружеское убийство как общественная проблема. Санкт-Петербург: Санкт-Петерб. госуд. ун-т, 1992. С. 31-33. 5. *Бова А. А.* Модель факторів, що обумовлюють насильство в сім'ї // Український соціум. 2005. № 1 (6). С. 20. 6. *Шестаков Д. А.* Цит. работа. С. 32. 7. *Правові засади запобігання насильству в сім'ї*: Гадацьке районне управління юстиції. С. 42. 8. *Грабська І. К.* Насильство у подружніх стосунках: зарубіжний досвід досліджень та консультування // Практична психологія та соціальна робота. 1998. № 9. С. 21. 9. *Правові засади запобігання насильству в сім'ї*: Гадацьке районне управління юстиції. С.40-45; *Бова А. А.* Цит. праця. С.19-22. 10. *Бандурка І. О.*



Кримінально-правова характеристика насильства в сім'ї // Європейські перспективи. 2013. №8. С. 108. **11. Берковец Л.** Агрессия: причины, последствия, контроль. Санкт-Петербург: прайм – ЕВРОЗНАК, 2001. С. 289. **12. Ткаченко І. М.** Теоретико-кримінологічна характеристика факторів, що обумовлюють насильство в сім'ї // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Юриспруденція. 2013. Вип. 6-1(1). С. 81. **13. Головкін Б. М.** Особливості детермінації тяжких насильницьких злочинів проти особи в сімейно-побутовій сфері // Вісник Луганського інституту внутрішніх справ імені 10-річчя незалежності України. 2001. № 4. С. 146. **14. Ткачова А.** Детермінація насильницької злочинності // Вісник Національної академії правових наук України. 2014. № 2. С.172. **15. Павленко Ю. О.** Завдання у сфері попередження гендерного насильства // Кримінальне право України. № 11. 2006. С. 33. **16.** Там само. С. 49. **17. Domestic violence against women and girls.** Florence, Italy : UNICEF Innocenti Research Centre, 2000. С. 7.

#### ***Мутук Ulyana. Determination of domestic violence***

Domestic violence has a special peculiarity. It belongs to the social sphere, because it is associated with the peculiarities of family relations. The problem of domestic violence is widely discussed at the national level and in the media and representatives of various branches of knowledge study it.

The determination of domestic violence is explored in the works of B. Golovkin, N. Goncharova, L. Berkovets, Y. Pavlenko, I. Tkachenko, D. Shestakov. However, the main determinants of domestic violence are not researched enough.

The purpose of the article is the researching of main determinants of domestic violence.

It was considered macro- and microfactors which are conducive to domestic violence.

It was analyzed the views of B. Golovkin, N. Goncharova, L. Berkovets, Y. Pavlenko, I. Tkachenko, D. Shestakov on determination of domestic violence.

It has been established that most of this scientists divide causes of domestic violence on causes of macro- and microlevels.

The causes of domestic violence on macrolevel include social, psychological, pedagogical, socio-pedagogical, legal, political, socio-medical, physiological and medical.

The causes of domestic violence on microlevel include demographic characteristics, living conditions, social status of the victim and the offender, family status and structure of the household, state of mental and physical health, level of social support, imperfections of the socio-psychological communication between the offender and the victim (differences in value orientations, level of emotionality), alcohol or drugs abuse.

It was considered the causes of domestic violence that are noted by Independent Research Center of UNICEF.

The Independent Research Center of UNICEF identifies the determinants of domestic violence, such as cultural, economical, legal and political.

In our opinion, the main macrofactors which are conducive to domestic violence are the stereotypes of the society's views on family relationships, the roles of each spouse and the upbringing of children, the lack of recognition of the importance of the problem of domestic violence at the national level and the lack of seriousness of the society's perception of this problem, the imperfection of legislation in the field of combating domestic violence, the latent nature of this crime, the economic crisis, unemployment, the spread of alcoholism and drug addiction.

The main microfactors which are conducive to domestic violence are parental example, imperfections of upbringing, the persistence of violence in the childhood, differences in the values of partners, differences of their social and material status, adherence to gender stereotypes, lack of preparation for marriage and parenthood, selfishness, authoritarianism, conflict character, competition for leadership, material difficulty in the family, abuse of alcohol and drugs, low educational and cultural level, mental disorders.

**Keywords:** determinant, determination, domestic violence, conflict, family.

# МІЖНАРОДНЕ ПРАВО І ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО

УДК 340.12:351:91

**В. П. ПЛАВИЧ**

## **СИСТЕМНЕ ЗАСТОСУВАННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА У ВНУТРІШНЬОМУ (НАЦІОНАЛЬНОМУ) ПРАВОПОРЯДКУ УКРАЇНИ**

*Проаналізовано процес узгодження внутрішньодержавного права з міжнародним, який відбувається як на нормотворчій стадії, так і на стадії реалізації права. Автором доведено, що у формуванні та розвитку європейського правового простору обидва механізми (Рада Європи, Європейського Союзу з національними правовими системами) взаємодії є об'єктивно необхідними, так як сприяють гармонізації правових систем Європи.*

*Висвітлюються перспективи розвитку систем застосування міжнародного права, вносяться пропозиції щодо їх вдосконалення, розглянуті принципи застосування міжнародного права у національному праві. З точки зору автора, у процесі провадження нормотворчої діяльності повинні враховуватися основні положення актів законодавства ЄС на стільки, на скільки це доцільно для України.*

*Особливий вектор розгляду – це питання, присвячені трансформації норм міжнародного права у внутрішньодержавне законодавство. Значну увагу зосереджено на тому, що неузгодженість окремих норм, прогалин впливають на рівень ефективності правового регулювання, а зміст норм права, які приймаються в державі, повинен відповідати тим суспільним відносинам, які об'єктивно склалися в суспільстві, а не декларованим.*

---

© ПЛАВИЧ Володимир Петрович – доктор філософських наук, кандидат юридичних наук, професор, академік, Заслужений діяч науки і техніки України, завідувач кафедри загальноправових дисциплін та міжнародного права Одеського національного університету імені І. І. Мечникова

**Ключові слова:** гармонізація законодавства, систематизація нормативно-правових актів, інтеграція українського суспільства до Європейського союзу, траєкторія входження в Європу, сучасний етап цивілізаційного розвитку.

**Плавич В. П. Системное применение международного права во внутреннем (национальном) правовом порядке Украины**

*Рассматриваются вопросы применения международного права во внутреннем правовом порядке Украины. Проанализирован процесс согласования внутригосударственного права с международным, который происходит как на нормотворческой стадии, так и на стадии реализации права. Автором доказано, что в формировании и развитии европейского правового пространства оба механизма (Совет Европы, Европейского Союза с национальными правовыми системами) взаимодействия объективно необходимы, так как способствуют гармонизации правовых систем Европы.*

*Освещаются перспективы развития систем применения международного права, вносятся предложения по их совершенствованию, рассмотрены принципы применения международного права в национальном праве. С точки зрения автора, в процессе производства нормотворческой деятельности должны учитываться основные положения актов законодательства ЕС на столько, на сколько это целесообразно для Украины.*

*Особый вектор рассмотрения — это вопросы, посвященные трансформации норм международного права во внутригосударственное законодательство. Внимание сосредоточено на том, что несогласованность отдельных норм, пробелов влияют на уровень эффективности правового регулирования, а содержание норм права, принимаемых в государстве, должен соответствовать тем общественным отношениям, которые объективно сложились в обществе, а не декларируемым.*

**Ключевые слова:** гармонизация законодательства, систематизация нормативно-правовых актов, интеграция украинского общества в Европейский союз, траектория вхождения в Европу, современный этап цивилизационного развития.

**Plavich Volodymyr. Systemic application of international law in the internal (national) legal order of Ukraine**

*The article deals with the application of international law in the internal legal order of Ukraine. The process of harmonizing the domestic law with the international one, which takes place both at the norm-setting stage and at the stage of the realization of the law, is analyzed. The author proves that in the formation and development of the European legal space, both mechanisms (the Council of Europe, the European Union with national legal systems) are objectively necessary, since they contribute to the harmonization of European legal systems.*

*The perspectives of the development of the systems of application of international law are covered, proposals are made for their improvement, and the principles of the application of international law in national law are examined. From the author's point of view, in the process of producing norm-setting activities, the main provisions of EU legislation should be taken into account as much as is appropriate for Ukraine.*

*A special vector of consideration are issues devoted to the transformation of international law into domestic law. Attention is focused on the fact that the inconsistency of certain norms and gaps affects the level of effectiveness of legal regulation, and the content of the norms of law adopted in the state must correspond to those social relations that have arisen in the society rather than the declared ones.*

**Keywords:** *harmonization of legislation, systematization of normative legal acts, integration of Ukrainian society into the European Union, trajectory of entering Europe, modern stage of civilizational development.*

В сучасних умовах перед міжнародним правом постає ряд нових завдань, розв'язання яких вимагає застосування нових способів і підходів у взаєминах між державами та міжнародними організаціями. Вирішення цих завдань вимагає подальшої правової інтеграції в різних сферах суспільного життя, що обумовлює активізацію системного застосування міжнародного права у внутрішньому (національному) правопорядку.

Науково-теоретичну основу дослідження становлять праці вітчизняних та зарубіжних правознавців, особливо у сферах загальної теорії права і теорії міжнародного права, зокрема: М. І. Абдуллаєва, Є. М. Аметистова, І. П. Бліщенко, І. І. Локашука, А. А. Лунца, Р. А. Мюллерсона, О. М. Талалаєва, Ю. О. Тихомирова, С. В. Черниченко та ін.

Нормативну та емпіричну базу даної статті становлять чинне законодавство України, міжнародно-правові акти та зарубіжне законодавство, які відображають систему застосування міжнародного права у внутрішньому правопорядку України, а також дані офіційної статистики, матеріали преси та юридичної практики.

Ринкова економіка потребує від кожної країни узгодженості свого національного права з міжнародним, як і співробітництво у сфері економіки, науки, техніки. Повноваження

суб'єктів права, що беруть участь у цих процесах, виходять далеко за межі національного права і держави.

За своєю правовою природою узгодження внутрішньодержавного (національного) права з міжнародним правом являє собою упорядкування національно-правових систем, виходячи із сутності права взагалі і загально визначених загальнолюдських цінностей. Зокрема, узгодження внутрішньодержавної правової системи з міжнародною правовою системою передбачає узгодження не тільки норм права національної правової системи, а й узгодження у сферах правовідносин і правосвідомості.

Не викликає вже сумніву той факт, що життєво важливі для людства проблеми успішно вирішуються лише зусиллями багатьох країн і народів. Це свідчить про необхідність перегляду певних традиційних завдань, орієнтирів, цілей, які характеризують шлях розвитку людства. Небажання врахувати це, а також вплив ідей світового панування з позиції імперського розсуду перетворюють тенденцію трансформації глобальних проблем у глобальну кризу.

Важливо усвідомлювати, що ряд факторів життєво важливих для самого існування людського співтовариства, і серед них — пріоритет загальнолюдських цінностей щодо національних і суто місцевих. Звідси, зокрема, випливає і проблема пріоритету загально визначених принципів і норм міжнародного права над національними, внутрішньодержавними правовими системами. Філософське і політичне мислення ХХІ ст., що вимагає в ім'я виживання людства примату загальнолюдських цінностей, природно висуває й ідею примату міжнародного права.

Міжнародне право акумулює досягнення національних систем права. За структурою міжнародне право наближається до їх структури (поділ на дві підсистеми — приватну та публічну, наявність галузей права — міжнародне економічне, космічне, повітряне, морське, гуманітарне тощо), що свідчить про вплив національного права на міжнародне право.

За загальним правилом, у державах, які розглядають міжнародне та внутрішньодержавне право як дві самостійні системи

права, що не можуть одночасно регулювати одні й ті самі відносини, принципи й норми міжнародного права не можуть мати прямої дії. Вважається, що принципи й норми міжнародного права можуть регулювати внутрішньодержавні відносини, тільки отримавши статус принципів і норм внутрішньодержавного права. З цією метою, як правило, використовується метод, який в юридичній літературі не отримав загальноприйнятої назви. Цей метод полягає в тому, що принципи й норми міжнародного права можуть застосовуватись при врегулюванні відносин у межах держави лише після того, як вони будуть закріплені в акті національного законодавства. Питання про те, як розглядати цей процес – як процес правотворчості чи як зміну зовнішньої форми закріплення норми міжнародного права, – залишається невирішеним.

Частина 1 ст. 9 Конституції України передбачає, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою Україною, є частиною національного законодавства. Це положення дозволяє зробити висновок, що Україна дотримується моністичної концепції, оскільки міжнародні договори, відповідно до зазначеного конституційного положення, є частиною національного законодавства.

Положення, відповідно до якого міжнародні договори є частиною національного законодавства, закріплене Цивільним кодексом України (ч. 1 ст. 10), Сімейним кодексом України (ч. 1 ст. 13) та рядом інших законів України.

Отже, в Україні діє принцип автоматичної інкорпорації міжнародних договорів. Тобто, для того, щоб міжнародний договір став частиною національного законодавства, достатньо згоди Верховної Ради на його обов'язковість, і він набуває чинності в установленому законом порядку.

В Україні питання про дію міжнародних договорів регулюється Законом України «Про міжнародні договори» від 29 червня 2004 року, згідно ч. 2 ст. 19 якщо міжнародним договором, що набрав чинності, встановлені інші правила, ніж передбачені у відповідному акті законодавства України, застосовуються правила міжнародного договору. Порівнюючи пра-

вові механізми взаємодії правових систем Ради Європи, Європейського Союзу з національними правовими системами, можна зробити висновок, що на поточному етапі формування та розвитку європейського правового простору обидва механізми взаємодії є об'єктивно необхідними через те, що вони сприяють гармонізації різних правових систем Європи та їх здатності між собою.

Правовий механізм взаємодії права Європейського Союзу з національними правовими системами, з моєї точки зору, є ефективним, оскільки він не просто сприяє зближенню, а й забезпечує інтернаціоналізацію правового регулювання, гармонізацію правових систем, їх збалансованість у межах відповідного правового простору.

Беручи до уваги положення статей 9, 18, 151 Конституції України, можна стверджувати, що в Україні здійснюється якісний перехід від доктрини «діалектичного дуалізму», що панувала в адміністративно-командній системі, до принципової відкритості стосовно міжнародного права на основі моністичної доктрини, характерної більшості Ради Європи.

На мій погляд, питання запозичення слід вирішувати таким чином: 1) не дублювати у законах норми, що містяться у міжнародних нормативних актах, які набули статусу частини національної правової системи у встановленому порядку, а відсилати до них, як до норм прямої дії, що вищі за юридичною силою, ніж будь-які, окрім конституційних; 2) проводити своєчасну нормативізацію положень загального характеру, що містяться в імплементованих міжнародних нормативно-правових актах на рівні загальних і спеціальних законів внутрішнього законодавства, з метою уникнень прогалин та колізій у національній правовій системі, що можуть виникнути внаслідок зазначеної вище рецепції норм міжнародного права.

Міжнародні зобов'язання України вимагають розробки нових або оновлення чинних законодавчих актів, орієнтованих на міжнародні правові стандарти, встановлені програмними нормативно-правовими документами Ради Європи та законодавством Європейського Союзу. Найбільш фундаментальні



засади механізму правової інтеграції держав закладені в універсальних і регіональних міжнародних договорах, положення яких імплементовані у відповідні конституції й відтворені в національному законодавстві. Це впливає, насамперед, з основних властивостей конституції як основного базового нормативно-правового акта держави та загальних доктрин конституційної теорії й практики. Конституційні норми віддзеркалюють ставлення держави до міжнародного правопорядку й формулюють її міжнародно-правові позиції та перспективи.

На сьогоднішній день в Україні, як і в минулому, робота з упорядкування законів і нормативно-правових актів є слабкою і недостатньо ефективною. Це пояснюється тим, що правотворча практика носить нестабільний характер. Нормативно-правова база є одним із основних засобів для вдалого управління державними справами, і від ефективності законодавства залежить соціально-економічний розвиток та добробут громадян. Закон є ефективним та якісним, якщо він відповідає суспільним потребам і реально регулює суспільні відносини відповідно до поставленої при його прийнятті мети<sup>1</sup>.

В умовах глобалізації на зміну примату національного права фактично прийшов примат міжнародного права. Якщо раніше участь національних держав у формуванні міжнародного права була більш визначною, то в сучасних умовах державам частіше доводиться зважати на норми міжнародного права, що вже прийняті.

Процес взаємодії міжнародного права з національним правом має істотний потенціал нормотворчого й інституціонального характеру для обох правових систем. Саме право вдосконалюється з появою та розширенням сфер його спільного регулювання. Система національного права на сучасному етапі зазнає впливу міжнародного публічного права та міждержавних інтерпретаційних утворень.

Україною, зокрема, затверджена Концепція адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, згідно з якою адаптація проводиться з метою забезпечення від-

повідності законодавства України зобов'язанням, що впливають з Угоди про партнерство та співробітництво між ЄС та Україною, інших міжнародних договорів, які стосуються співробітництва нашої держави з Європейським Союзом. Зазначеною концепцією адаптація законодавства визначається як складова, інтегральна частина нормотворчої діяльності органів виконавчої влади.

Комплекс нормативного забезпечення процесу адаптації українського законодавства до європейського права спрямований на здійснення подальшої правотворчої, правозастосовчої діяльності органів державної законодавчої, виконавчої та судової влади. Однак це тільки частина цієї правової роботи щодо ефективного забезпечення загальнонаціональної програми з адаптації.

Узгодження внутрішньодержавного права з міжнародним відбувається як на нормотворчій стадії, так і на стадії реалізації права.

На стадії нормотворчості внутрішньодержавні правові акти узгоджуються як з нормативними приписами системи міжнародного права в цілому, так і з конкретною нормою або групою норм міжнародного права. Національно-правові акти узгоджуються з міжнародними договорами, з міжнародними порядками, а також з актами міжнародних організацій. У свою чергу, внутрішньодержавні акти (джерела права) повинні узгоджуватися з рішеннями Міжнародного Суду та його судовою практикою.

На сучасному етапі цивілізаційного розвитку людства, якому властиві тенденції до його глобалізації, при визначенні змісту оптимального механізму правотворчості слід виходити з того, що остання може бути ефективною тільки тоді, коли сучасна країна буде брати активну участь у процесі створення міжнародного/міждержавного права безпосередньо, а не буде його пасивним реципієнтом.

Порівнюючи правові механізми взаємодії правових систем Ради Європи, Європейського Союзу з національними правовими системами, можна зробити висновок, що на поточному

етапі формування та розвитку європейського правового простору обидва механізми взаємодії є об'єктивно необхідними через те, що вони сприяють гармонізації різних правових систем Європи та їх здатності взаємодіяти між собою.

Правовий механізм взаємодії права Європейського Союзу з національними правовими системами, з моєї точки зору, є ефективним, оскільки він не просто сприяє зближенню, а й забезпечує інтернаціоналізацію правового регулювання, гармонізацію правових систем, їх збалансованність у межах відповідного правового простору.

Система застосування міжнародного права у внутрішньому правопорядку України може засновуватися на таких принципах. По-перше, норми міжнародних договорів, введені в законодавство України ратифікаційним законом, отримують статус норм національного права та підлягають відповідному застосуванню. Однак не виключається пряме їх застосування, якщо не здійснена трансформація. По-друге, у разі колізії норм ратифікованого договору і норм національного права перші мають вищу юридичну силу. І, по-третє, забороняється вводити і застосовувати в українському праві договори, що суперечать Конституції України.

За своєю правовою природою узгодження внутрішньодержавного (національного) права з міжнародним правом являє собою упорядкування національно-правових систем, виходячи із сутності права взагалі і загальновизнаних загальнолюдських цінностей. Зокрема, узгодження внутрішньодержавної правової системи з міжнародною правовою системою передбачає узгодження не тільки норм права національної правової системи, а й узгодження у сферах правовідносин і правосвідомості.

Не викликає вже сумніву той факт, що життєво важливі для людства проблеми успішно вирішуються лише зусиллями багатьох країн і народів. Це свідчить про необхідність перегляду певних традиційних завдань, орієнтирів, цілей, які характеризують шлях розвитку людства. Небажання врахувати це, а також вплив ідей світового панування з позиції імперського

розсуду перетворюють тенденцію трансформації глобальних проблем у глобальну кризу.

В кожній державі має бути створений досить чіткий механізм узгодження національного права з міжнародно-правовою системою. Річ у тім, що примат міжнародного права не може тлумачитися вельми прямолінійно в тому сенсі, що всі внутрішньодержавні норми знаходяться в «підкоренні» у норм міжнародного права. У цьому сенсі слід наголосити, що Конституція держави, яка втілює її суверенітет, не може автоматично бути «підкореною чи підпорядкованою» нормам міжнародного права, міжнародним договорам, що укладені державою з іншими членами світової спільноти. Зрозуміло, що означені проблеми вимагають сьогодні від наукового осередку ретельного вивчення, обговорення, толерантного дискутування, з метою збереження людської цивілізації та утвердження ідеалів світового порядку.

Механізм імплементації норм міжнародного права в державі має бути визначений максимально чітко й повно. Дуже важливо, щоб він не ускладнював і не обмежував досягнення цілей, закладених у нормах міжнародного права. Цей механізм повинен охоплювати міжнародно-правові зобов'язання держави, які виходять із основних принципів та норм міжнародного права. Відсутність належної чіткості й визначеності в цьому питанні призводить до небажаних наслідків, зокрема таких, як інфляція права<sup>2</sup>.

Імплементація передбачає дотримання міжнародно-правових норм на міжнародному рівні та забезпечення виконання міжнародно-правових зобов'язань на рівні національному. В Україні ще не створено (на конституційному рівні) належної правової основи для забезпечення виконання її міжнародно-правових зобов'язань. До основних недоліків правового регулювання можна віднести незакріплення на конституційному рівні примату міжнародного права над внутрішнім. Саме це має бути правовою передумовою для забезпечення дотримання Україною принципу *pacta sunt servanda*.

Відсутність чітко визначеної ієрархії норм міжнародного та внутрішнього права, невизначеність місця міжнародних дого-

ворів, а також звичаєвих міжнародно-правових норм і рішень міжнародних судів у системі національного законодавства України є основними недоліками.

За останні роки захищено ряд дисертацій, які містять науковий аналіз окремих аспектів співвідношення міжнародного права та національного. Проте майже не досліджено проблематику співвідношення і взаємозв'язку міжнародного та національного (внутрішньодержавного) права у сучасних умовах.

Дослідники державно-правових систем звертають увагу на їх велику кількість в історичних координатах, на їх різновиди, на те, що в різних правових системах є більше відмінного, ніж спільного<sup>3</sup>.

Наразі система міжнародних відносин перебуває у стані глибокої трансформації, що призводить до поступової зміни таких ключових понять, як суб'єкт міжнародного права, держава, суверенітет, міжнародні органи та організації, джерела міжнародного права тощо. На жаль, далеко не всі види відносин, що виникають між державами та іншими суб'єктами міжнародного права, однозначно та вичерпно регулюються нормами міжнародного права. Інтеграція України у європейський правовий простір супроводжується широкомасштабним реформуванням правової системи України. Міжнародні зобов'язання країни вимагають розробки нових або оновлених національних законодавчих актів, орієнтованих на європейські правові стандарти, встановлені програмними нормативно-правовими документами Ради Європи та законодавством Європейського Союзу.

У процесі провадження нормотворчої діяльності, з нашої точки зору, повинні враховуватися основні положення актів законодавства ЄС настільки, наскільки це доцільно для України, з огляду на можливі економічні, політичні та соціальні наслідки прийняття відповідних правових норм, адаптованих до вимог законодавства ЄС.

Для забезпечення цього процесу доцільним було б проведення великого порівняльно-правового дослідження з метою створення ґрунтового документа, який детально визначав би

стан сучасної відповідності законодавства України законодавству ЄС, а також містив би конкретні рекомендації щодо внесення змін до законодавства України на основі так званої «Білої книги», розробленої Європейським Союзом (1995 рік).

Такий документ мав би містити перелік нормативно-правових актів ЄС, з якими належало б гармонізувати законодавство України у кожній галузі права, визначеній ст. 51 Угоди про партнерство та співробітництво між Україною та ЄС. Цей перелік має бути поділений у відповідності до нормативно-правових актів ЄС, до яких законодавство України повинно бути належним чином наближене протягом гармонізації законодавства.

Зміст норм права, які приймаються в державі, повинен відповідати тим спільним відносинам, які об'єктивно склалися в суспільстві, а не декларованим. Для цього саме законодавство повинно бути досконалішим, тому що неузгодженість окремих норм, прогалини, впливають на рівень ефективності правового регулювання.

Гармонізацію законодавства України до законодавства ЄС доцільно проводити глибинно, що дозволить уникнути розрізненого, неузгодженого внесення змін до актів законодавства України. Застосування системного підходу дозволить, по-перше, уникнути колізій актів національного законодавства при проведенні гармонізації, а по-друге, забезпечити повну та належну імплементацію до законодавства України норм-директив ЄС.

Створення сучасної ефективної правової системи, що покликана забезпечити розвиток України як демократичної, соціально-правової держави, потребує подальшої розробки відповідної теоретичної моделі. Така модель має ґрунтуватися на найновіших досягненнях світової та вітчизняної правової думки, враховувати всю сукупність передумов і орієнтирів, шляхів та механізмів реформування суспільства.

Упорядкування самої правової системи держави спонукає науковців приділити увагу питанням системи та систематизації нормативно-правових актів України, їх співвідношенню, визначенню регулятивного потенціалу.

Варто зауважити, що внаслідок невизначеності поелементного складу системи «національного законодавства» між її окремими елементами виникають відношення суперечливості<sup>4</sup>, що не сприяє ефективності функціонування системи. Питання про те, які саме відносини притаманні елементам системи «національного законодавства», ще чекає на своє рішення.

Лише завдяки виваженим, науково обґрунтованим законам, які відображають інтереси людей, на ефективному механізмі запровадження їх у життя можна досягти динамічного розвитку держави й суспільства. Необхідно також, щоб законотворча робота здійснювалася системно й комплексно, аби правове регулювання тих чи інших відносин мало завершений вигляд, враховувало різноманітні соціальні чинники та інтереси. Прийняття кодексів і законів, нехай на перший погляд і досконаліх, але не забезпечених механізмами їх реалізації, не погоджених з усією системою законодавства або чинними законами, не тільки робить неможливою ефективну реалізацію законів на практиці, а й підриває віру в них<sup>5</sup>.

З наведеного випливає, що кожна буква закону повинна відповідати духу справедливості, тобто духу права. Тоді у нашому суспільстві буде створено умови, що дадуть можливість людині здійснити її природні права, сприятимуть формуванню суспільної правосвідомості гуманістичного характеру, що слугуватиме інтеграції українського суспільства до Європейського Союзу.

Українській державі необхідно вибрати і побудувати вірну траєкторію входження в Європу. Точка перетину цих траєкторій – української і європейської – повинна бути оптимальна для швидкості і шляху розвитку України. Необхідно враховувати, що національні інтереси нашої країни в перспективі зосереджені не в площині експорту усіх видів ресурсів, у тому числі й інтелектуальних, а в передовій економіці і технологіях.

1. Плавич С. В. Удосконалення і розвиток законодавства України в умовах трансформації суспільства // Проблеми державотворення і пра-

вотворення в умовах модернізації України: зб. матеріалів Всеукраїнської наук. конф. молодих вчених, присвяченої 20-й річниці незалежності України / відп. ред. д-р політ. наук В. П. Горбатенко. Київ: Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України, 2011. С. 150-151. 2. *Плавич В. П.* Теоретико-методологічний та філософсько-правовий аналіз правотворчості: наукові реалії сучасності: монографія. Одеса: Астропринт, 2017. С. 347. 3. *Максимов С. І.* Універсальне і національне в ціннісному вимірі права // Філософія права: сучасні інтерпретації: Вибрані праці, статті, аналітичні огляди, переклад (2003-2010). Харків, 2010. С. 109-110. 4. *Плавич В. П.* Правове регулювання трансформаційної економіки України і розвиток національного законодавства. Київ: Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України, 2002. С. 74-77. 5. *Плавич В. П.* Систематизація законодавства України: проблеми теорії і методології // Вісник Одеського інституту внутрішніх справ. 2001. № 4. С. 10-17.

***Plavich Volodymyr. Systemic application of international law in the internal (national) legal order of Ukraine***

In the context of globalization, the primacy of international law has actually replaced the primacy of national law. In modern conditions, states more often have to take into account the norms of international law that have already been adopted. The author shows that there is a close relationship and interaction between national law and international law. International law accumulates the achievements of national systems of law, when the letter of the law corresponds to the spirit of justice, that is, the spirit of law. Then, conditions are created in society that allow a person to exercise his natural rights, which contribute to the formation of a humanistic social consciousness, and contribute to the integration of Ukrainian society into the European Union.

It is argued that the process of interaction of international law with national law has a significant potential of legislative and institutional nature for both legal systems. Ukraine approved the Concept of Adaptation of the Legislation of Ukraine to the Legislation of the European Union, according to which the adaptation is carried out in order to ensure compliance of the legislation of Ukraine with the obligations arising from the Partnership and Cooperation Agreement between the EU and Ukraine, other international agreements relating to the cooperation of our state with the European Union. The system of regulatory support for the process of adaptation of Ukrainian legislation to European law is aimed at the implementation of further lawmaking, law enforcement and judicial power. In particular, at the stage of rule-making, domestic legal acts are consistent with both the regulatory prescriptions of the international law system as a whole and with a specific rule or group of norms of international law. National legal acts are consistent with international



treaties, with international orders, as well as with the act of international organizations. Ukraine adheres to a monistic concept, since international treaties, the consent to which must be granted by the Verkhovna Rada of Ukraine, are part of national legislation.

**Keywords:** systemic application of law, the primacy of international law, integration into the European Union, the concept of adaptation, a nationwide program of adaptation of legislation, a complex of regulatory support, international treaties.

УДК 347.91

**Г. С. ФЕДИНЯК**

## **РЕГУЛЮВАННЯ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ**

*Розглядаються джерела правового регулювання права інтелектуальної власності у міжнародному приватному праві. Стаття містить короткий огляд багатосторонніх та двосторонніх міжнародних договорів, національного законодавства України з питань інтелектуальної власності. Звернено увагу на матеріально-правові та колізійні норми.*

**Ключові слова:** право інтелектуальної власності, колізійні норми, принцип *lex loci protectionis*, особисті немайнові права, майнові права.

### **Фединяк Г. С. Регулирование права интеллектуальной собственности в международном частном праве**

*Рассматриваются источники правового регулирования права интеллектуальной собственности в международном частном праве. Статья содержит краткий обзор многосторонних и двусторонних международных договоров, национального законодательства Украины по вопросам интеллектуальной собственности. Обращено внимание на материально-правовые и коллизионные нормы.*

**Ключевые слова:** право интеллектуальной собственности, коллизионные нормы, принцип *lex loci protectionis*, личные неимущественные права, имущественные права.

---

© ФЕДИНЯК Галина Степанівна – кандидат юридичних наук, доцент кафедри міжнародного права Львівського національного університету імені Івана Франка

**Phedinyak Galyna. Regulation of Intellectual Property Law in Private International Law**

*The article considers sources of legal regulation of intellectual property law in private international law. The article contains a brief overview of multilateral and bilateral international treaties, the national legislation of Ukraine on intellectual property. Attention is paid to substantive and conflict norms.*

**Keywords:** *intellectual property law, conflict norms, the principle of lex loci protectionis, personal non-property rights, property rights.*

Інтелектуальна власність у будь-якій державі потребує надійного правового захисту. Сьогодні термін та поняття «інтелектуальна власність» набуває значного поширення, все частіше переходячи з міжнародних договорів у національне законодавство держав та об'єднуючи традиційні об'єкти авторського і патентного права. Термін «інтелектуальна власність» набув поширення після укладення Стокгольмської конвенції 1967 р., якою було засновано Всесвітню організацію інтелектуальної власності (ВОІВ). Її членами є 166 держав, у тому числі й Україна. В ст. 2 Конвенції вказано, що інтелектуальна власність охоплює права, які відносяться до літературних, художніх та наукових творів; виконавчої діяльності артистів, звукозапису, радіо- і телевізійних передач; винаходів у всіх сферах людської діяльності, наукових відкриттів; промислових зразків; товарних знаків; фірмових найменувань; комерційних позначень; захисту від недобросовісної конкуренції, а також всі інші права, що відносяться до інтелектуальної діяльності у виробничій, науковій, літературній та художніх сферах.

Відповідно до ч. 1 ст. 418 Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р. право інтелектуальної власності – це право особи на результат інтелектуальної, творчої діяльності або на інший об'єкт права інтелектуальної власності, визначений Цивільним кодексом та іншим законом<sup>1</sup>. Об'єктами права інтелектуальної власності є, зокрема: літературні та художні твори; комп'ютерні програми; компіляції даних (бази даних); виконання; фонограми; відеограми; передачі (програми) організації мовлення; наукові відкриття; винаходи, корисні моделі, промислові зразки, компонування (топографії) інтегральних

мікросхем; раціоналізаторські пропозиції; сорти рослин; породи тварин; комерційні (фірмові) найменування, торговельні марки (знаки для товарів і послуг), географічні зазначення; комерційні таємниці (ст. 420 Цивільного кодексу України).

Питання права інтелектуальної власності досліджуються вченими багатьох держав. Серед праць українських вчених важливе місце посідають роботи Ю. Г. Матвеева<sup>2</sup>, О. А. Підпригори, О. О. Підпригори<sup>3</sup>. Однак сьогодні чимало питань, пов'язаних з правом інтелектуальної власності, особливо у міжнародному приватному праві, потребують дослідження.

Серед найважливіших положень, які характеризують інтелектуальну власність та право інтелектуальної власності, є наступні. По-перше, поняття «інтелектуальна власність» є збірним. Порівняно з пропонованим ВОІВ воно охоплює значно ширше коло результатів інтелектуальної діяльності. До нині залишається актуальним твердження О. О. Підпригори про те, що коло об'єктів інтелектуальної власності можна поділити на три основні групи. Одну групу складають результати наукової, літературної і художньої творчості, які охороняються авторським правом і суміжними правами; іншу — результати науково-технічної творчості, що охороняються патентним правом, а точніше — правом промислової власності. Останню групу складають засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг, які прирівняні до результатів інтелектуальної власності<sup>4</sup>.

По-друге, поняття «інтелектуальна власність» є умовним. Його умовність полягає у тому, що право інтелектуальної власності та право власності на річ не залежать одне від одного.

По-третє, для інтелектуальної власності характерна територіальність, викликана прагненням держав забезпечити свою незалежність у регулюванні відносин інтелектуальної власності та підтримати вітчизняних правоволодільців і користувачів інтелектуальних досягнень.

Є. Б. Леанович (Росія) зауважує, що очевидною тенденцією сьогодення є пристосування механізмів міжнародного приват-

ного права до інтелектуальної власності. Територіальність значно обмежує застосування колізійних норм, а також правил міжнародного цивільного процесу та міжнародного комерційного арбітражу до відносин інтелектуальної власності з іноземним елементом. Але, відзначає вчений, прикладів звернення до міжнародного приватного права у цій сфері стає все більше. Спеціальні колізійні та юрисдикційні правила для інтелектуальної власності ще тільки починають складатися<sup>5</sup>. Покищо невдалими є спроби розробити та прийняти міжнародні договори з питань міжнародного приватного права у сфері інтелектуальної власності на універсальному рівні. У 2001 р. в рамках ВОІВ було розроблено проект Конвенції про юрисдикції та визнання судових рішень з питань інтелектуальної власності, проте єдиного підходу до положень проекту Конвенції державами-членами ВОІВ так і не було знайдено. Робота над цим міжнародним договором призупинилася<sup>6</sup>.

Для права інтелектуальної власності характерна подвійна природа. Тобто право інтелектуальної власності охоплює особисті немайнові права (право на ім'я, право слідування, інші) та майнові права. Немайнові права невідчужувані. Майнові — передаються та беруть участь в економічному обігу. З огляду на вказане вважається, що немайнові права мають виключний характер та підлягають абсолютному захисту. Майнові права відносні, а їх захист може обмежуватися. Сьогодні, коли інтелектуальна власність все частіше включається в економічний обіг і в зв'язку з виникненням такого явища як недобросовісна конкуренція, відбуваються зміни у правовому регулюванні інтелектуальної власності. У законодавстві різних держав та міжнародних актах почали з'являтися норми про межі захисту прав інтелектуальної власності, які отримали назву «вичерпання інтелектуальних прав».

Правовими джерелами, що містять норми, спрямовані на регулювання права інтелектуальної власності, є переважно міжнародні договори та національне законодавство. Міжнародні договори у сфері права інтелектуальної власності відрізняються від міжнародних договорів стосовно інших правових інститутів

високим рівнем уніфікації правових норм. Тобто діє низка міжнародних договорів універсального та регіонального характеру. Вони містять здебільшого матеріально-правові норми та передбачають значну кількість універсальних правових механізмів реалізації права інтелектуальної власності. Універсальні акти – міжнародні багатосторонні угоди можна розділити на різні групи за предметом врегульовуваних ними правовідносин – ті, що укладаються у сфері авторського права, і ті, що регулюють питання у сфері патентного права, права на товарний знак, знак обслуговування, найменування походження товарів.

В Україні діє чимало міжнародних багатосторонніх договорів, які регулюють питання, пов'язані з правом інтелектуальної власності. Деякі з них діють в силу Угоди про співробітництво в галузі охорони авторського права і суміжних прав від 24 вересня 1993 р., укладеної в рамках СНД та ратифікованої Законом 27 січня 1995 р. Україна зобов'язалася забезпечувати на своїй території виконання міжнародних зобов'язань, що впливають з участі колишнього Союзу РСР у них. У сфері авторського права і суміжних прав це, наприклад, Всесвітня конвенція про авторське право (у редакції 1952 р.). Конвенція чинна для України з 27 травня 1973 р., тобто з дати набуття її чинності для колишнього Союзу РСР.

Серед численних конвенцій, чинних для України, можна назвати, наприклад, Бернську конвенцію про охорону літературних і художніх творів 1889 р. (підписану 24 липня 1971 р., із змінами від 2 жовтня 1979 р. – Паризький акт). Конвенція чинна для України з 25 жовтня 1995 р. Щодо промислової власності для України чинними є: Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1983 р. Вона була переглянута у Брюсселі 12 грудня 1900 р., Вашингтоні 2 червня 1911 р., Гаазі 6 листопада 1925 р., Лондоні 2 червня 1934 р., Лісабоні 31 жовтня 1958 р., Стокгольмі 14 липня 1967 р., та змінена 2 жовтня 1979 р. Для України чинна з 25 грудня 1991 р.; Договір про патентне право від 1 червня 2000 р. та Інструкція до Договору про патентне право від 1 червня 2000 р. Чинний для України з 28 квітня 2005 р.

Дати перегляду та змін до конвенцій мають юридичне значення, оскільки приєднання держави до тієї чи іншої редакції міжнародного договору не зумовлює їх примусового приєднання до наступних редакцій.

Одним із міжнародних договорів, що регулює відносини у сфері інтелектуальної власності і застосування якого є обов'язковим на території України, є укладена в рамках СОТ Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (ТРИПС) від 15 квітня 1994 р. Україна приєдналася до цієї Угоди 16 травня 2008 р. Предметом цієї Угоди є авторські і суміжні права, права на товарні знаки, з'ясування місця походження товарів, право на промислові зразки та моделі, винаходи, топології інтегральних мікросхем, захист виробничих секретів. Угода містить положення про контроль стосовно умов ліцензійних договорів, що порушують правила антимонопольного законодавства. Вперше в багатосторонній договірній практиці держав Угода передбачила зобов'язання держав-учасників дотримуватися міжнародних стандартів охорони, захисту прав інтелектуальної власності від різних порушень; правила про вирішення спорів.

Головною метою ТРИПС є підвищення відповідальності за порушення виключних прав та запобігання контрафактної та піратської продукції, створення сприятливого правового режиму для міжнародного технологічного обміну. В Угоді ТРИПС сформульовані загальні принципи, зокрема, принцип створення сприятливих умов для розвитку технологічного обміну між державами-учасницями СОТ на умовах рівного доступу до цих технологій; принцип найбільшого сприяння; принцип надання державам можливості вносити зміни в національне законодавство за певних умов, керуючись суспільними інтересами.

Угода ТРИПС має свої особливості порівняно з іншими угодами. Одна із них – стосовно товарних знаків. Угодою встановлено додаткову охорону географічних вказівок для вин та міцних спиртних напоїв (ст. 23).

Серед міжнародних багатосторонніх договорів у межах СНД за участю України підписана Угода про співробітництво у сфері

правової охорони й захисту інтелектуальної власності та створення Міждержавної ради з питань правової охорони й захисту інтелектуальної власності (Санкт-Петербург, 19 листопада 2010 р.). Угода ратифікована Законом України 21 грудня 2011 р. Її норми сприяють координації спільної діяльності з удосконалення міждержавної системи охорони й захисту інтелектуальної власності, протидії правопорушенням у сфері інтелектуальної власності.

Від імені України підписано Угоду про співробітництво у сфері кінематографії від 10 лютого 1995 р. (Алмати). Для України Угода застосовується з моменту її підписання.

Двостороннє співробітництво у сфері інтелектуальної власності відбувається шляхом укладення міжнародних двосторонніх договорів та шляхом складення документів з названих питань. Одним із таких договорів є Угода між Україною та Японією про сприяння й захист інвестицій від 5 лютого 2015 р. Відповідно до неї інвестування є можливим у формі інтелектуальної власності. Згідно з Угодою інвестицією вважаються права інтелектуальної власності, включаючи авторські і суміжні права, патентні права і права, які стосуються корисних моделей, товарних знаків, промислових зразків, топографій, інтегральних мікросхем, нових сортів рослин, фірмових найменувань, зазначень походження чи географічних позначень і нерозкритої інформації (п. «f» ч. 1 ст. 1).

Прикладом інших актів, що приймають держави з питань інтелектуальної власності, є Меморандум про взаєморозуміння між Державною службою інтелектуальної власності України та Відомством Данії з патентів і торговельних марок від 11 жовтня 2011 р.

Національне законодавство України представлене більш ніж двома десятками нормативно-правових актів, які регулюють питання, пов'язані з охороною авторського права та суміжних прав, а також більш як тридцятьма нормативно-правовими актами, пов'язаними з охороною прав на об'єкти промислової власності, які застосовуються у сфері приватноправових відносин з іноземним елементом. Так, у Законі України

«Про авторське право і суміжні права» від 23 грудня 1993 р. (у редакції Закону від 11 липня 2001 р.) суб'єктами авторського права названо іноземних осіб та осіб без громадянства, визначено їх права (статті 6, 7), вказано об'єкти авторського права (ст. 8), врегульовано діяльність організацій колективного управління, що беруть участь у реалізації прав інтелектуальної власності вказаними особами (ст. 48).

У Законі України «Про охорону прав на промислові зразки» від 15 грудня 1993 р. врегульовано права та обов'язки іноземців і осіб без громадянства (ст. 4), патентування промислового зразка в іноземних державах (ст. 29), право заявника на пріоритет попередньої заявки (ст. 13), вказано дії, які не визнаються порушенням прав інтелектуальної власності (ст. 22). В іншому нормативно-правовому акті України — у Законі «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15 грудня 1993 р. також зазначені права та обов'язки іноземців і осіб без громадянства (ст. 4), містяться про реєстрацію знака в іноземних державах (ст. 24).

Національне законодавство України містить матеріально-правові норми.

Аналіз міжнародних договорів України, що містять норми про інтелектуальну власність, та національних нормативно-правових актів свідчить про те, що переважна більшість їх норм також є матеріально-правовими. Застосовуючи ці норми необхідно мати на увазі декілька основних положень. По-перше, завжди слід вирішувати питання про співвідношення норм міжнародних договорів, як багатосторонніх, так і двосторонніх, з нормами національного законодавства. По-друге, слід приймати до уваги суб'єктний склад міжнародних договорів, які переважно неодноразово змінювалися чи переглядалися, та брати до уваги прийняття нових міжнародних угод з одного й того ж самого питання. Адже прийняття змін, нової редакції міжнародного договору чи нового міжнародного договору з тих же питань не завжди зобов'язує держави приєднуватися до них.

У міжнародних договорах наявні колізійні норми. Колізійні норми національного законодавства містяться у розділі IV



Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. Відповідно до ст. 37 Закону до правовідносин у сфері захисту прав інтелектуальної власності застосовується право держави, у якій вимагається захист цих прав. Тобто застосовується прийнятий у міжнародній практиці принцип *lex loci protectionis*.

Згідно зі ст. 36 вказаного Закону до правочинів, предметом яких є право інтелектуальної власності, застосовується право, що визначається згідно з відповідними правилами цього ж Закону. Ця бланкетна норма відсилає до ст. 32 Закону, яка встановлює право щодо змісту правочину, якщо воно не було обрано, застосовується право, яке має найбільш тісний зв'язок з правочином. Правочин вважається таким, що більш тісно пов'язаний з правом держави, у якій сторона, що повинна здійснити виконання, має вирішальне значення для змісту правочину, має своє місце проживання або місцезнаходження, якщо інше не передбачено або не впливає з умов, суті правочину або сукупності обставин справи. Тобто до ліцензійного договору буде застосовуватися право ліцензіара (п. 20 ч. 1 ст. 44).

До питань спадкування майнових прав інтелектуальної власності застосовуються норми розділу X, назва якого «Колізійні норми щодо спадкування» Закону України «Про міжнародне приватне право».

До питань підсудності справ у сфері захисту права інтелектуальної власності застосовуються норми розділу XII, назва якого «Підсудність та визнання іноземних судових доручень» Закону України «Про міжнародне приватне право». Стосовно спорів, пов'язаних з оформленням права інтелектуальної власності, яке потребує реєстрації чи видачі свідоцтва (патенту) в Україні, діє виключна підсудність судам України (п. 4) ч. 1 ст. 77 Закону).

Таким чином, в Україні діє низка міжнародних договорів та національних нормативно-правових актів, норми яких створюють правовий захист суб'єктів права інтелектуальної власності. В одній з наступних публікацій буде досліджено модифі-

кацію захисту права інтелектуальної власності у зв'язку з розвитком комп'ютерних технологій.

1. *Цивільний кодекс України* від 16 січня 2003 р. Київ: Атіка, 2013.
2. *Матвеев Ю. Г.* Международная охрана авторских прав. Москва: Юрид. лит., 1987.
3. *Матвеев Ю. Г.* Международные конвенции по авторскому праву. Москва, 1978.
4. *Підпригора О. А., Підпригора О. О.* Право інтелектуальної власності України: навч. посібник для студентів юрид. вузів і фак. ун-тів. Київ: Юрінком Інтер, 1998. С. 9.
5. *Леанович Е. Б.* Международная охрана интеллектуальной собственности: парадоксы XXI века // Журнал международного частного права. 2011. № 2 (72). С. 9.
6. Там само. С. 10.

### ***Phedinyak Galyna. Regulation of Intellectual Property Law in Private International Law***

The article states that there exists voluminous academic and monographic literature on international protection of intellectual property. This problem was addressed by the following authors: Yu. G. Matveev, A. A. Podoprigora, O. A. Podoprigora and other scientists. But these and other studies are not enough.

Intellectual property is always a result of creative activity, of the free development of ideas, progress. The law of intellectual property promotes the public interests by encouraging the creation and dissemination of works by authors and inventors. Free movement between national and regional markets of intellectual works that have been placed on the market with the consent of the holder of intellectual property rights is in the public interest. These and other issues require legal regulation.

The article states that intellectual property is characterized by the dual nature of intellectual property rights. These rights include so-called personal non-property rights (right to name, right of succession, etc.) and property rights. Personal non-property rights are unalienable. Property rights participate in commercial turnover and may be transferred. Property rights have always been recognized as exclusive and absolute.

The article draws attention to the international principle of the exhaustion of trademark rights. The article considers sources of legal regulation of intellectual property law in private international law. The article contains a brief overview of multilateral and bilateral international treaties, the national legislation of Ukraine on intellectual property.

At present, several levels of protection of copyright, related rights, trademarks, service marks and others, appellations of origin have developed.

Among international agreements the most important place is occupied by the Stockholm Convention of 1967, which founded the World Intellectual

Property Organization (WIPO), defined the notion of «intellectual property».

Many states became parties to the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) 1994. Intellectual products are the subject of regulation of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. Nothing in the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights shall be used to address the issue of the exhaustion of intellectual property rights.

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) has closed a certain chapter on unification process. This Agreement deals with all range of possible intellectual property problems and emanates from rather high standards of protection that are to be observed by all member-countries of the World Trade Organization (WTO).

The main purpose of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) is toughening of liability for violation of exclusive rights and questions of prevention of counterfeited and pirated goods, is creation of a favorable legal regime for the international technological exchange.

The general principles formulated in the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights of 1994, in particular, are: the creation of favorable conditions for the development of technological exchange between the member states of the WTO on the terms of equal access to these technologies. The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights recognizes the most favored nation treatment. The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights establishes possibility for each country to make changes to the national legislation under certain conditions, being guided by the public interests.

The article draws attention to substantive and conflict norms. Starting from beginning of XXI century, private international law rules were addressed quite often in this field. There is no vast body of legal regulation in the relevant at the present. The conflict-of-law and jurisdictional rules in the sphere of intellectual property are still being shaped. However, the principle of *lex loci protectionis* is an important principle in the intellectual property rights.

**Keywords:** intellectual property law, conflict norms, the principle of *lex loci protectionis*, personal non-property rights, property rights.

## **МІСЦЕВЕ САМОВРЯДУВАННЯ ЯК ОБ'ЄКТ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТА ПРЕДМЕТ БАГАТОСТОРОННІХ МІЖНАРОДНИХ МІЖДЕРЖАВНИХ УГОД**

*Досліджуються онтологічні та аксіологічні проблеми правової регламентації та регулювання інституту місцевого самоврядування як об'єкта міжнародно-правового регулювання та предмету багатосторонніх міжнародних міждержавних угод. Розглядаються питання правильності перекладу основоположних термінів, що характеризують місцеве самоврядування, в міжнародних договорах та пропонуються відповідні тлумачення зазначених термінів, що більш точно демонструють сутність локальної демократії.*

**Ключові слова:** *місьцеве самоврядування, об'єкт міжнародно-правового регулювання, предмет міжнародно-правових угод, міжнародно-правові зобов'язання держав.*

**Могилевский В. С. Местное самоуправление как объект международно-правового регулирования и предмет многосторонних международных межгосударственных соглашений**

*Исследуются онтологические и аксиологические проблемы правовой регламентации и регулирования института местного самоуправления как объекта международно-правового регулирования и предмета многосторонних международных межгосударственных соглашений. Рассматриваются вопросы правильности перевода основных терминов, характеризующих местное самоуправление, в международных договорах и предлагаются соответствующие толкования указанных терминов, которые более точно демонстрируют сущность локальной демократии.*

**Ключевые слова:** *местное самоуправление, объект международно-правового регулирования, предмет международно-правовых соглашений, международно-правовые обязательства государств.*

**Mogilevsky Vsevolod. Local government as an object of international legal regulation and the subject of multilateral international treaties**

*The ontological and axiological problems of the legal regulation and regulation of the institution of local self-government as an object of international legal regulation and the subject of multilateral international interstate agreements are investigated. The argument in favor of confirming the international legal regulation of local self-government is considered and investigated, including the questions of the correctness of the translation of the basic terms characterizing local self-government in international treaties and suggests appropriate interpretations of these terms that more accurately demonstrate the essence of local democracy.*

**Keywords:** local government, object of international legal regulation, subject of international legal agreements, international legal obligations of states.

Місцеве самоврядування є новим феноменологічним інститутом для сучасної української державності. Його наріжною особливістю є те, що в умовах глобалізації та могутніх інтеграційних процесів у світі воно виступає не тільки суб'єктом національного права та внутрішньодержавного правопорядку, а і об'єктом міжнародного права, тобто його правовий статус, а також статус його суб'єктів та органів виступають як об'єкти міжнародно-правового регулювання і регламентуються міжнародними багатосторонніми договорами (Європейська хартія місцевого самоврядування 1985 року). Звідси, об'єктивується і актуалізується проблематика дослідження місцевого самоврядування в такій новій площині та якості.

На жаль, у вітчизняній юридичній літературі дослідження такого зовнішньополітичного та зовнішньоекономічного напрямку існування та функціонування інституту місцевого самоврядування (далі – МСВ) носять поодинокий характер. На це вказують наукові праці М. О. Баймуратова, І. В. Балабанової, О. В. Батанова, Є. О. Васильєва, Н. В. Камінської, Б. Я. Кофмана та ін, що досить ґрунтовно аналізують зовнішні аспекти діяльності МСВ та значення цього інституту для існування та стабільного функціонування як сучасної демократичної правової державності, так й міжнародного співтовариства держав.

Досліджуючи суто внутрішньодержавний інститут МСВ, як об'єкт міжнародно-правового регулювання та предмет багато-

сторонніх міжнародних міждержавних угод, необхідно зробити декілька зауважень методологічного характеру, що свідчать про глибинні регулюючі та регламентаційні процеси, що тривають в рамках сучасного міжнародного публічного права та скеровані на побудову нової моделі взаємовідносин держав як основних суб'єктів такого права та основоположних акторів міжнародних відносин.

По-перше, внутрішньодержавний інститут МСВ проходить процес інтернаціоналізації, тобто наділення відповідною міжнародною правосуб'єктністю, завдяки декільком факторам: а) насамперед особливої значущості для стабільного та належного існування та функціонування демократичної правової державності – в результаті чого саме місцеве самоврядування, його стан, наявність та функціонування системи його суб'єктів та органів, їх правовий статус, реальна можливість та спроможність здійснювати локальну демократію – виступає як оціночний критерій демократичності та ефективності держави як суб'єкта міжнародного права і члена міжнародної спільноти держав в сфері прав людини; б) МСВ як об'єкт міжнародно-правового регулювання та предмет багатосторонніх міжнародних міждержавних угод стає лише після його включення в перелік об'єктів такого міжнародно-правового регулювання нарівні з правами людини в усіх їх іпостасях (права дитини, права жінок, релігійні права, права ув'язнених, виборчі права, функціонування демократичних інститутів в суспільстві тощо), тобто міжнародна спільнота держав дає згоду на те, що відповідна сфера внутрішньодержавної діяльності стає не тільки об'єктом розгляду такої спільноти, але й об'єктом її регулювання, регламентації та контролю за допомогою спеціальних норм міжнародного права, що включені в спеціальні міжнародно-правові акти договірної природи, що містять в собі міжнародно-правові зобов'язання держав-підписантів.

По-друге, наведені процеси з інтернаціоналізації МСВ є проявом складних нормотворчих процесів, що виникають у світовому правопорядку та носять найменування правової глобалізації – це нова форма світової глобалізація, яка виникає

після економічної і політичної глобалізації, але на їх базі, з метою організаційного вдосконалення і нормативного оформлення останніх, та яка скерована на закріплення нової якості співробітництва світових держав, але вже на рівні юридизованих та взаємно-обов'язкових зобов'язань щодо стандартизації їх поведінки в загальних сферах співробітництва, що представляють для них інтерес. Дійсно, на думку С. О. Щетиніна, правову глобалізацію можна визначити як процес формування нової, загальносвітової системи правових норм, які організують і забезпечують глобальну міждержавну взаємодію в різних сферах життя сучасного суспільства, в процесі якого міжнародне право, національне право, а також право міжнародних господарських об'єднань опиняються в стані тісної взаємозалежності. При цьому характер правової інтеграції та інтернаціоналізації визначається, з одного боку, участю держав у справах світового співтовариства, а з іншого – ступенем сприйняття країнами тих чи інших аспектів права інших держав<sup>1</sup>. Отже, міжнародні правові стандарти є матеріально-нормативним елементом правової інтеграції та інтернаціоналізації, вони є обов'язковим елементом нормативного супроводження і нормативно-правового забезпечення міжнародного співробітництва держав-членів міжнародної спільноти, що здійснюється в умовах глобалізації.

По-третє, слід враховувати, що наведені процеси правової глобалізації насамперед здійснюють вплив на національний рівень нормопроекування та нормотворчості та розширюють можливості використання в його межах міжнародно-правових методів та форм правової конвергенції, за допомогою яких сучасне міжнародне публічне право зближує національні правові системи<sup>2</sup>. Так, згідно з дослідженнями В. В. Богатирьова вплив правової глобалізації на право, відбувається в трьох основних напрямках: на стадії правотворчості (звідси й на стадії нормопроекування. – *Авт.*); в законодавстві (прийняття національних нормативно-правових актів в «дусі та на основі букви» міжнародно-правових договорів, тобто з метою закріплення та виконання міжнародно-правових зобов'язань, що

взяла на себе держава-підписант як його сторона. — *Авт.*), і відбивається в джерелах права<sup>3</sup> (розширення національного переліку джерел права за рахунок включення в нього міжнародного (іноземного) судового прецеденту, міжнародного договору тощо. — *Авт.*).

При цьому трансформація права в контексті глобалізації на думку М. В. Захарової повинна слідувати відповідним критеріям, (що, на нашу думку, виступають методами та формами правової конвергенції. — *Авт.*), а саме: а) підвищення рівня конвергенції та інтернаціоналізації правових систем; б) зростання ефектів «доповнення» і «заміщення» національного права з боку зовнішніх регуляторів суспільних відносин; в) зміна інститутів «громадянства» і «території» під впливом різного роду інтеграційних процесів; г) зворотна рецепція між правовими системами різної групової спрямованості; г') звільнення юридичної професії від суто національних пут; д) трансформація інституційного сегмента правових систем сучасності під впливом поступального розвитку інформаційного суспільства; е) поява унікальних в своїй основі юридичних інститутів під впливом процесу зрощування глобалізацій різних якісних спрямувань (економічної, соціальної, правової)<sup>4</sup>.

Вважаємо, що тільки попередній аналіз зазначених критеріальних ознак, що закріплюють якісно нові тенденції у світовому, універсальному сприйнятті нормотворчої діяльності в широкому розумінні її суб'єктно-об'єктного складу, та які володіють досить високим організаційним та діяльнісним потенціалом і досить високою технологічною змістовністю, свідчать про трансформацію феноменології нормотворчості, що здійснюється на національному рівні та про нові підходи до розуміння нормотворчості міжнародної — одним з елементів якої й є міжнародні правові стандарти.

По-четверте, звідси, міжнародні правові стандарти якраз й виступають одним з таких унікальних в своїй основі юридичних інститутів, що з'явилися під впливом процесу зрощування глобалізацій різних якісних спрямувань — бо, як наводилось вище, феноменологія прав людини, як й МСВ, напряму тор-



кається й економічної, соціальної, правової та інших сторін життя та функціонування локальної спільноти. Більш того, такі стандарти є процесом універсалізації міжнародно-правового регулювання, що, на думку Ю. С. Безбородова, розуміється як процес територіального і функціонального розширення дії міжнародно-правових регуляторів на засадах принципів і методів уніфікації, гармонізації і інтеграції, що має за мету правову конвергенцію (зближення) з створенням єдиного (інтегрованого) правового простору<sup>5</sup>. Крім того, необхідно зазначити, що міжнародні правові стандарти в своєму праксеологічному розумінні виступають одночасно як відповідний метод міжнародної уніфікації та форма правової конвергенції.

По-п'яте, міжнародні правові стандарти у своїй онтологічній сутності є проявом глобального конституціоналізму. Такий висновок обґрунтовується тим, що в розумінні глобального демократичного управління міжнародні правові стандарти стали сполучною ланкою між національним і глобальним конституціоналізмом. Вони, на думку болгарського конституціоналіста Е. Танчева, забезпечують взаємну відповідність різних правових принципів в умовах сучасного конституційного плюралізму. У даний час правові ієрархічні структури найбільш розвинені на рівні національного конституціоналізму. Вони також вельми зримо присутні у сфері федералізму і затверджуються у сфері взаємодії Конституції Європейського Союзу (далі: ЄС) і конституцій його держав-членів. У глобальному конституціоналізмі існує певна сумісність та синергічна взаємодія демократичних стандартів, але про повністю побудовану ієрархію конституційних принципів поки не йдеться, оскільки сама глобалізація поки перебуває в пошуку свого власного конституційного порядку. Тому влада закону і взаємодія глобальних стандартів із національними конституційними порядками дедалі ще ґрунтуються на принципі *pacta sunt servanda* (договори повинні дотримуватися. – *Авт.*). У цих умовах зростає значення міжнародних правових стандартів, компенсуючих юридичну слабкість наднаціонального глобального конституціоналізму, що формується<sup>6</sup>. Більш того, німецький

дослідник М. Мадуро в досліджуваному контексті йде далі й висуває ідею трьох ключових опор конституційного розвитку в національному і глобальному масштабі<sup>7</sup>. На думку цього дослідника, глобальний конституціоналізм, що ще формується, вже справляє вплив на конституції національних держав, ставлячи під питання їхній статус носіїв вищого суверенітету і безумовність легальності їхніх правових систем. Глобальний конституціоналізм впливає на національне конституційне самовизначення в частині *ідеї самоврядування, форм демократичної участі* (виділено нами. – *Авт.*), розподілу владних компетенцій і демократичного представництва. Правові стандарти, закріплені в міжнародних договорах, і «рекомендаційне право» («м'яке право». – *Авт.*) (soft law) також можуть відігравати роль опори, за допомогою якої виникаючі обмежувачі застосування влади проникають на рівень національного конституціоналізму як універсальний критерій конституційного порядку. Отже, міжнародні правові стандарти виступають не тільки провісником наступного більш розвиненого міжнародного правопорядку, а й могутнім засобом трансформації національного правопорядку та укріплення національного конституціоналізму.

По-шосте, якщо враховувати процес зростання ролі міжнародних правових стандартів, що як відмічалось раніше, базуються насамперед на правах людини, то такі стандарти є могутнім проявом неоконституціоналізму – нового доктринального підходу до розуміння національного та глобального конституціоналізму, що заснований на гуманітарних телеологічних домінантах та пріоритетах. На думку вчених-теоретиків і апологетів неоконституціоналізму (Рональд Дворкін, Роберт Алексі, Карло Ніно, Луїджі Ферражолі, Норберто Боббіо, Б. ди Соуза Сантуш та ін. представників Генуезької та латиноамериканської шкіл права<sup>8</sup>, утвердження прав людини в правових системах різних країн після Другої світової війни настільки глибоко торкнулося права у всіх його аспектах, що викликало необхідність його нового розуміння, створення нового тлумачення його онтологічного, феноменологічного та епістемоло-

гічного виміру (іншими словами, його форми, ідентифікації, застосування і пізнання). Оскільки твердження і захист фундаментальних прав людини стали головними завданнями права, що визначають розвиток національного законодавства і міжнародного права, конституціоналізм стає основним принципом сучасного права в цілому. Більш того, юридичне визнання основних прав людини на національному та міжнародному рівні, разом з інститутами процедур і механізмів їх правової реалізації і надання судового захисту, поклало початок радикального перегляду ролі і завдань права в цілому і конституційного права, зокрема. Тому неоконституціоналізм докорінно переглядає статус і значення конституції в суспільстві і державі. Вважається, що з виключно політичного програмного документа конституція стає фундаментальним структурним правовим документом правопорядку (що аж ніяк не виключає його програмний характер). На основі конституції відбувається конституціоналізація права, а процес перетворення законодавства, як вважає один з дослідників неоконституціоналізму Рікардо Гуастіні, «зводиться до того, що в результаті законодавство повністю просочується конституційними нормами»<sup>9</sup>. Отже, віддзеркалюючи нагальні права людини та закріплюючи і легалізуючи їх на міжнародному рівні, а потім «проникаючи» в національний конституціоналізм у вигляді міжнародно-правових зобов'язань держав-підписантів міжнародних договорів, – міжнародні правові стандарти фактично «запускають» процес конституціоналізації права, стимулюючи та вдосконалюючи його.

По-сьоме, міжнародні правові стандарти є нормами міжнародного права та мають договірну природу. Визначаючи правову природу міжнародних правових стандартів, М. О. Баймуратов зазначає, що це норми міжнародного права (тобто у гносеологічному розумінні вони сформульовані у вигляді міжнародно-правових зобов'язань. – *Авт.*), які містяться в міжнародних договорах (у структурному вигляді таке розміщення здійснюється за рахунок групування норм міжнародного права у відповідні статті, підрозділи, розділи міжнародно-правових угод. – *Авт.*), що розробляються державами в рамках міжна-

родних міжурядових організацій (далі – ММУО) (такі організації є органами міжнародної спільноти держав, що організують, здійснюють та курирують відповідні напрямки міжнародного співробітництва. – *Авт.*). На процеси розроблення таких норм впливають глобальні тенденції інтернаціоналізації міжнародного життя (як вже зазначалось напряму впливають тенденції правової глобалізації. – *Авт.*). Вони опосередковано впливають на внутрішньодержавні й міждержавні відносини (тобто скеровані на побудову єдиного правового простору, причому як універсального /глобального/, так й міждержавного та внутрішньодержавного – *Авт.*), в результаті чого суб'єкти міжнародного права розробляють стандартизовані правила поведінки (за рахунок використання методів і форм правової конвергенції. – *Авт.*) і визнають їх юридично обов'язковими<sup>10</sup> (за рахунок визнання обов'язкової сили дії та виконання норм міжнародних договорів. – *Авт.*).

По-восьме, з позицій політичної ідеології міжнародні правові стандарти в сфері МСВ є проявом та формалізацією ідеології комунітаризму, як змістовно нового підходу до розуміння формування і існування людської спільноти в рамках територіальної громади, однак вже в умовах глобалізації. Дійсно, пошуки нового типу соціально-політичного устрою суспільства, здатного задовольнити потреби особистості в самоідентичності і нейтралізувати наслідки дезінтеграційних процесів, призвели до розуміння того, що такі пошуки нових шляхів альтернативної взаємодії між демократичними інститутами, активно розвиваються в умовах інформаційної революції, і соціальними акторами сучасного суспільства, до яких належать територіальні громади. Тому в процесі свого розвитку ідеологія комунітаризму представила наступні теоретичні постулати: а) відхід від ідеології лібералізму, яка ратувала за індивідуалізм шляхом відродження моральних цінностей, таких як сім'я, дружба, співробітництво в співтоваристві, що дозволить зміцнити і відновити традиційні основи суспільного устрою; б) увібравши в себе ідеї, розроблені в рамках інших ідеологій, комунітарії використовують ідею консерватизму про органічне співтова-

риство, в якому суспільне благополуччя забезпечується за рахунок благополуччя його «частин» – індивідів – так, у теорії лібералізму вони запозичили ідею про часткове визначення ідентичності «Я» стосовно співтовариства; а від марксизму успадкували ідею рівноправності всередині спільноти, як трудового, так і творчого. Отже, на слушну думку В. П. Червоного, комунітарна ідеологія є якимось субстратом ідей класичних політичних теорій, на основі яких розробляються нові форми існування індивідів у соціумі. Розглядаючи ідеологію громадянського суспільства і вплив на неї комунітарної теорії, він зазначає, що даний взаємний вплив здатен надати сучасному соціуму найбільш адекватну форму спільного гуртожитку особистості і державної влади, з урахуванням прагнення першої до громадянського самовизначення, що сприятиме становленню зрілого і гуманістичного суспільства. Він стверджує, що в історії людства теорія громадянського суспільства зазнала сильну еволюцію: від стадії, в якій воно мислилося як все, що вільно від ієрархічності принципів держави, як сфера реалізації автономії індивіда, вільного від політичних, загальних зобов'язань, до стадії, що розвилася в ХХ столітті, для якої характерно знеособлена, бюрократизована держава, що орієнтує суспільство переважно на економічні пріоритети<sup>11</sup>.

Звідси можна стверджувати, що міжнародні стандарти МСВ виконують скоріше роль технологічного регулятора, який не стільки спрощує, скільки оптимізує та вдосконалює вимоги до функціонування інституту локальної демократії в нових умовах глобального управління, особливо в контексті вдосконалення її економічних характеристик і параметрів.

По-девяте, міжнародні правові стандарти є могутнім стимулом нарощення людського вимірювання глобалізації, в тому числі й глобалізації правової. Згідно доктринальних підходів Е. М. Вольфсон, людина в муніципальному управлінні виступає в трьох ролях: як мета, об'єкт і джерело влади-суб'єкт управління. У зв'язку з цим використовуються профільні терміни «людський потенціал» (іноді говорять «людський капітал») і «людський ресурс». Людський потенціал – це сукуп-

ність фізичних, духовних, культурних та інших якостей людини і населення в цілому. Розвиток людського потенціалу, збільшення людського капіталу як раз і означає підвищення якості життя, яке є метою муніципальної діяльності. Своєю чергою, людський ресурс — це сукупність властивостей людей, необхідних для відтворення життя на території муніципального утворення (тобто власне територіальної громади та території на якій воно існує і функціонує. — *Авт.*) і забезпечення самоврядування населення, тобто, для реалізації ролі людини як суб'єкта управління<sup>12</sup>.

Інакше кажучи, людський потенціал — це те, що ми вкладаємо в людину, а людський ресурс — це те, що ми можемо отримати від неї. Отже, поняття людського потенціалу і людського ресурсу є тісно взаємопов'язаними. Розвиваючи і нарощуючи людський потенціал, вкладаючи кошти та інші ресурси в зміцнення фізичного здоров'я, освіту, культурний розвиток населення, соціальну підтримку окремих категорій громадян, ми одночасно нарощуємо і людський ресурс територіальної (місцевої) громади. У той же час збільшення людського потенціалу не означає автоматичного та пропорційного збільшення людського ресурсу, оскільки для цього потрібно ще готовність і бажання людини брати участь у вирішенні питань місцевого життя. Тому завдання перетворення людського потенціалу в ресурс муніципального управління є одним із найскладніших завдань органів МСВ<sup>13</sup>.

Отже, міжнародні правові стандарти МСВ в архітектонічному контексті, як міжнародні норми, сформульовано та побудовано таким чином, що вони виступають у вигляді стратегічних завдань-умов, вирішення яких сприяє розвитку та вдосконаленню самоврядних структур, в тому числі територіальної громади та органи МСВ, на території конкретної національної держави в умовах глобалізації. Саме за рахунок та за допомогою міжнародних угод профільного характеру, в яких закріплені норми міжнародного права щодо організації правового простору самоврядної діяльності, й відбувається вирішення складних завдань перетворення людського потенціалу в ресурс муні-

ципального управління. Цьому сприяє роль і значення договірних норм міжнародного права не тільки в стимулюванні міжнародного міждержавного співробітництва, а й в закріпленні системи міжнародно-правових зобов'язань держав, що ведуть до їх відтворення в національному законодавстві держав-підписантів за допомогою національного механізму імплементації — тобто введення норм міжнародного права в національну систему законодавства — в нову якість і сутність — згідно з положеннями ч. 1 ст. 9 Конституції України, вони: а) отримують статус норм національного законодавства; б) підлягають застосуванню та реалізації в режимі використання національних норм, що суттєво полегшує їх «переробку» в процесі правозастосування національними суб'єктами права; в) міжнародно-правові зобов'язання, якими вони були в міжнародному договорі трансформуються в компетенційні повноваження відповідних органів держави; г) разом з тим, в рамках міжнародного права — права міжнародних договорів — за державами-підписантами та ММУО залишається право конвенційного контролю за їх виконанням як міжнародно-правовими зобов'язання конкретної держави-підписанта — з використанням всього переліку міжнародних засобів здійснення такого індивідуального або колективного контролю.

По-десяте, в контексті історичної ретроспективи міжнародні правові стандарти МСВ були розроблені в рамках Ради Європи (далі — РЄ) — однієї з впливовіших та великих міжнародних міждержавних регіональних організацій континенту, яка здійснює систематичне та різнопланове міжнародне гуманітарне співробітництво, членами якої на сьогодні є 47 держав, в яких мешкають більш ніж 800 млн людей<sup>14</sup>. Згідно зі ст. 1 Статуту РЄ, що був прийнятий 5 травня 1949 р., метою Ради Європи є: а) досягнення більшого єднання між її членами для збереження та втілення в життя ідеалів і принципів, які є їхнім спільним надбанням, а також сприяння їхньому економічному та соціальному прогресу; б) ця мета досягається за допомогою органів Ради шляхом розгляду питань, що становлять спільний інтерес, *шляхом укладання угод та здійснення спільних заходів в*

економічній, соціальній, культурній, науковій, юридичній та адміністративній галузях, а також в галузі захисту та подальшого здійснення прав і основних свобод людини (виділено нами. — Авт.)<sup>15</sup>. Саме в таких міжнародних міждержавних угодах й містяться міжнародні правові стандарти.

Основним правовим актом, що регулює проблемні питання інституціоналізації та функціонування інституту МСВ в державах-членах РЄ та закріплює їх на міжнародному рівні, є Європейська хартія місцевого самоврядування<sup>16</sup>. Цей документ називають найважливішим джерелом муніципального права не тільки держав-членів РЄ, але й всіх країн Європи, «квінтенсенцією» загальноєвропейських принципів МСВ. Європейська Хартія місцевого самоврядування була розроблена і прийнята Радою Європи з ініціативи Постійної конференції місцевих і регіональних органів влади в Європі 15 жовтня 1985 року.

Україна ратифікувала не тільки Європейську Хартію місцевого самоврядування 15 липня 1997 р.<sup>17</sup>, але й Додатковий протокол до Хартії про право участі у справах органу місцевого самоврядування, вчинений 16 листопада 2009 р. у м. Утрехті, 2 вересня 2014 р.<sup>18</sup> Це означає, що ці міжнародно-правові акти увійшли до національного законодавства як чинні закони, що мають силу ординарних законодавчих актів.

В Преамбулі Європейської Хартії закріплюється, що держави-члени Ради Європи, які підписали цю Хартію, враховують, що ОМСВ є однією з головних підвалин будь-якого демократичного режиму, а право громадян на участь в управлінні державними справами є одним з демократичних принципів, які поділяються всіма державами-членами Ради Європи; переконані в тому, що це право найбільш безпосередньо може здійснюватися саме на місцевому рівні, що існування ОМСВ, наділених реальними функціями, може забезпечити ефективно і близьке до громадянина управління; усвідомлюють, що охорона і посилення МСВ в різних країнах Європи є важливим внеском у розбудову Європи на принципах демократії і децентралізації влади та стверджують, що з цього випливає необхідність існування ОМСВ, які мають створені на демократичній основі



директивні органи і широку автономію щодо своїх функцій, шляхи і засоби здійснення цих функцій, а також ресурси, необхідні для їхнього виконання<sup>19</sup>. Далі в Європейській Хартії місцевого самоврядування міститься низка основоположних принципів, що мають силу конституюючих положень, які скеровані на легалізацію та втілення структурної, компетенційної, кадрової, організаційної, фінансової, ресурсної побудови системи локальної демократії європейського зразку.

Разом з тим, слід відмітити, що тлумачення таких принципів МСВ в різних державах-членах РЄ є різним, в залежності від офіційного перекладу тексту Хартії. На цей факт слушно звертає увагу вітчизняний дослідник В. А. Панасюк – він відмічає, що різний підхід до тлумачення положень Хартії торкається насамперед основоположних термінів та терміносистем, таких як «місцеве самоврядування», «місцева влада», «територіальна громада» тощо<sup>20</sup>. Причому, він наголошує, що на проблему некоректного перекладу звертають увагу автори колективної монографії «Актуальні проблеми становлення та розвитку місцевого самоврядування в Україні»<sup>21</sup>. На існування проблеми різночитання тексту Хартії звертається увага і в експертному висновку щодо відповідності національного законодавства України положенням Європейської хартії місцевого самоврядування<sup>22</sup>, що був підготовлений експертами Програми РЄ «Посилення місцевої демократії та підтримка реформ місцевого самоврядування в Україні», є першим документом, розробленим з метою здійснення системного огляду українського законодавства на предмет відповідності положенням Європейської хартії місцевого самоврядування. Про наявність проблеми різночитання тексту Хартії (щодо різних термінів і понять) зауважували у своїх працях Н. В. Камінська<sup>23</sup>, В. В. Маклаков<sup>24</sup> та ін.

Вважаємо, що на це є об'єктивні причини, що пояснюються саме феноменологією глобального конституціоналізму – бо проводити уніфікацію норм національних законодавств, що торкаються найважливіших питань державного життя, в умовах великої кількості національних моделей того ж МСВ, через

розробку в рамках міжнародного нормопроекування та нормотворчості норм міжнародного права, є справою досить складною та потенційно конфліктогенною. Тому міжнародна спільнота в особі відповідних органів міжнародних організацій або міжнародних конференцій, де розробляються багатосторонні міжнародні договори, завжди обирає т. зв. «середній шлях», надаючи можливість національним державам в процесі перекладу відповідних договірних текстів робити термінологічні тлумачення.

На думку С. А. Панасюка, лише всебічний та самостійний переклад і аналіз текстів Хартії українською, англійською та французькою мовами, з аналізом вже існуючих наукових праць з даної проблематики, дасть можливість сформувати нові погляди на проблему та на шляхи її вирішення. На жаль, у сучасній науковій літературі, на думку цього автора, і з цим слід погодитись, проблема некоректності (неточності) перекладу тексту Хартії не отримала належної оцінки у працях науковців, які зазначають про наявність різночитання тексту Хартії, не поглиблюючись у суть та витoki проблеми<sup>25</sup>.

Дійсно, аналіз перекладу лише декількох термінів, що використовуються у Хартії, дає можливість зрозуміти не тільки всю нагальність та важливість подальшого розвитку наукових пошуків та аналізу оригінальних текстів Хартії, а й є свідомством виявлення, визначення та формування уніфікованих підходів до міжнародно-правового розуміння основоположних термінів МСВ, що сприяють процесам правової конвергенції. Необхідно наголосити на тому, що різночитання в текстах міжнародних договорів, що мають місце, виявляються під час їх буквального та системного тлумачення, з метою їх якісного тлумачення, і які детерміновані особливостями моделей локальної демократії, що застосовуються в державах-членах РЄ, є не поодинокі.

Наочним прикладом важливості якісного перекладу можна привести офіційний переклад Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, що був затверджений Міністерством закордонних справ України 27 січня 2006 р. Нагадаємо, що

до 2006 р. існував інший офіційний переклад, що звужував коло суб'єктів на звернення до Європейського суду з прав людини.

Разом з тим, проблема нечіткого перекладу на українську мову тексту Хартії, на нашу думку, полягає, по-перше, не тільки в нерозумінні суті, що закладалась в її зміст; по-друге, в нерозумінні європейського бачення структури та природи місцевого самоврядування; по-третє, в боязні фахівців-перекладачів, відійти від радянських стереотипів нормопроекування та парадигми управління.

Наведені висновки мають під собою серйозне підґрунтя, бо фактично володіють прогностичними характеристиками, що безпосередньо впливають на пошук та вибір національної моделі МСВ. Тому, вважаємо, що проблема якості перекладу тексту Хартії може бути вирішена шляхом створення спеціальних комісій та робочих груп щодо коректності перекладу та розуміння тексту Хартії. Причому, створення, фінансування та нормативне закріплення діяльності таких органів є запорукою не тільки якісної імплементації та реалізації імplementованих положень Хартії, а й свідомим посилення тенденцій глобального конституціоналізму.

В досліджуваному міжнародно-правовому документі договірному характеру міститься ще низка принципів, що мають прямий вихід на глобальний конституціоналізм, але в процесі перекладу були невірно інтерпретованими. Так, наприклад, п. 8 ст. 9 Хартії, що передбачає питання регламентації Фінансових ресурсів органів МСВ, в українському перекладі звучить так – «Для цілей здійснення позик інвестиційного капіталу органи місцевого самоврядування мають доступ до національного ринку капіталу в межах закону». В англійському тексті Хартії закріплюється право органів МСВ на доступ до міжнародного ринку капіталу в межах закону. І це, вважаємо, є особливо важливим в умовах муніципальної реформи, тим більше, що доступ органів МСВ до національного ринку капіталу для них є автоматично забезпеченим, бо вони є ординарними суб'єктами банківської діяльності, що діють в якості юридичної особи та володіють її всіма ознаками.

Такими ж недоліками в контексті невдалого або скоріше неякісного перекладу характеризується ст. 10 Хартії «Право органів місцевого самоврядування на свободу асоціації», що фактично повинна носити революційний характер, бо виходячи з англійського тексту Хартії, вона присвячена формуванню у органів МСВ міжнародної правосуб'єктності. В українському перекладі вона характеризується відсутністю повноти, алогічністю та внутрішньою суперечливістю. Так, її ч. 1 закріплює, що «Органи місцевого самоврядування мають право, здійснюючи свої повноваження, співробітничати та в межах закону створювати консорціуми з іншими органами місцевого самоврядування для виконання завдань, що становлять спільний інтерес». Системний аналіз цього положення свідчить, що таке право органи МСВ можуть реалізувати тільки усередині держави, хоча на практиці вже понад 60 років вони в явочному порядку приймають участь в діяльності міжнародних неурядових організацій місцевих влад<sup>26</sup>.

Разом з тим, ч. 2 ст. 9 в перекладі на українську мову дозволяє реалізуватися міжнародній правосуб'єктності органів МСВ, бо передбачає, що «Право органів місцевого самоврядування бути членом асоціації з метою захисту і заохочення їхніх спільних інтересів, а також бути членом міжнародної асоціації органів місцевого самоврядування визнається кожною державою». Тобто, саме це положення запускає механізм визнання державою міжнародної правосуб'єктності МСВ та його органів, в контексті колективного захисту і заохочення спільних інтересів – держава: а) бере зобов'язання щодо допуску виходу органів МСВ на міжнародну арену як суб'єкта міжнародних відносин; б) визнає наявність у таких органів спільних інтересів; в) визнає право таких органів на захист та заохочення таких спільних інтересів; г) визнає право таких органів на членство в міжнародних асоціаціях органів МСВ.

В ч. 3 ст. 10 Хартії фактично закріплюється право органів МСВ на системне багаторівневе, поліоб'єктне і полісуб'єктне співробітництво з аналогічними органами інших держав. В цій частині статті 10 закріплюється, що «Органи місцевого само-

врядування мають право на умовах, які можуть бути передбачені законом, співробітничати з органами місцевого самоврядування інших держав».

Хартія містить низку принципів, що мають суто управлінський потенціал, але його міжнародно-правова фіксація, надає цим принципам характер управлінської парадигми та узгодженого алгоритму локального управління. Так, в окремих статтях Хартії закріплюється, що надана органам МСВ влада, як правило, має бути повною та виключною. І навіть тоді, коли центральним або регіональним органам державної влади надано конституцією або статутом право втручатися у справи, відповідальність за які вони поділяють з органами МСВ, останні мають залишати за собою право на вияв ініціативи та прийняття рішень. У тих випадках, коли центральні або регіональні державні структури делегують певні повноваження органам МСВ, вони мають на власний розсуд пристосовувати виконання законів до місцевих умов. Місцеві органи влади мають розумно та ефективно поділяти право на прийняття рішень із іншими рівнями управління, що діють на місцях. Зміни меж повноважень місцевих органів влади мають відбуватися у відповідності із законом і після консультацій з зацікавленою місцевою громадою або кількома громадами, а за необхідності — за допомогою референдуму, якщо таке передбачено статутом. Місцеві органи влади повинні мати право на відповідні фінансові ресурси, відокремлені від коштів інших рівнів управління, та вільно розпоряджатися грошовими надходженнями в межах своїх повноважень. Розподіл коштів між місцевими органами влади має в розумних пропорціях узгоджуватися з тими завданнями, що виконуються ними. Ці кошти мають надходити регулярно та періодично, з тим, щоб вони забезпечували безперервну роботу служб та відповідне фінансове планування. У разі делегування будь-яких нових повноважень здійснюється перерозподіл фінансових коштів, необхідних для виконання цих повноважень. Певна частина фінансових ресурсів місцевих органів влади повинна формуватися за рахунок місцевих податків, платежів і внесків, розміри яких встановлюють ці

органи. Податки, які місцеві органи влади повинні мати право збільшувати або від яких вони отримують гарантовану частку, мають носити достатньо загальний та гнучкий характер, щоб забезпечувати для місцевої влади змогу йти врівень із її зобов'язаннями. Автономія слабкіших у фінансовому відношенні місцевих органів управління потребує заходів фінансового вирівнювання. Право місцевих органів влади брати належним чином участь у розробці правил, що регулюватимуть загальний пропорційний розподіл перерозподілених коштів, має бути чітко визначене. Надання одноразових субсидій, що призначені для фінансування спеціальних проектів або служб, має також бути визначене. Надання субсидій не може спричинити невинуватене втручання в політику, що здійснюється місцевими органами самоврядування в межах їх компетенції.

Необхідно зазначити, що досить широке поняття місцевого самоврядування, що подається у Хартії, у свою чергу, не є остаточним — воно й до сьогодні залишається недостатньо інформативним та деталізованим, таким, що надає лише узагальнюючі поняття, закріплює основи. Разом з тим, ефективне використання положень Хартії є можливим лише за співіснування трьох факторів:

- 1) необхідного теоретико-правового забезпечення та його розвитку;
- 2) постійного втілення теоретичних здобутків на практиці;
- 3) взаємодії перших двох факторів за рахунок здійснення ефективного правового регулювання<sup>27</sup>.

Крім того, принципи, що закріплені в Хартії, мають в перспективі стати фундаментом для побудови унікальної національної системи ефективного та спроможного місцевого самоврядування, оскільки саме на їх основі функціонують найбільш розвинуті системи місцевого самоврядування у світі. А це, своєю чергою, впроваджує засади глобального конституціоналізму на національний рівень, особливо в контексті взаємодії та синергізації міжнародного права з національним конституційним правом. Отже, Хартію слід розуміти не як документ, що має за мету скерувати якісь обмеження чи коригуван-

ня курсу розвитку МСВ будь-якої держави, а як розроблену та продуману на міжнародному рівні в рамках міжнародного нормопроекування і договірної нормотворчості систему принципів, концептів, засад та рекомендацій, що складають відповідний кадастр локальної демократії у її міжнародно-правовому розумінні, сприятимуть реалізації планів держави щодо побудови свого власного, ефективного, сучасного та такого, що відповідає національним традиціям, МСВ, що здійснюється за допомогою міжнародних договірних норм.

Резюмуючи, слід ще раз зазначити, що наведені положення статей Хартії мають силу принципів, що закріплені в міжнародному договорі у вигляді міжнародно-правових зобов'язань держав-підписантів – результатом чого є: а) взаємний вплив міжнародного права на національне конституційне право як основоположну та профільну галузь національного права, а через нього на всю правову систему держави; б) сприйняття національним конституційним правом міжнародних договірних норм та введення їх в національне законодавство через застосування національного механізму імплементації; в) створення єдиного європейського правового простору; г) прояв і посилення тенденцій глобального конституціоналізму, а через нього й правової глобалізації<sup>28</sup>.

Необхідно наголосити, що в рамках РЄ розроблено та прийнято велику кількість міжнародних регіональних конвенцій та інших угод, що торкаються становлення та розвитку системи МСВ в різних сферах – отже, можна стверджувати, що в результаті цього: а) само МСВ стає вже ординарним об'єктом міжнародно-правового регулювання, нарівні з загальними і спеціальними правами людини; б) міжнародна регламентація різних сторін діяльності цього інституту свідчить про його особливу важливість для функціонування демократичної правової державності саме в умовах глобального конституціоналізму; в) глобальний конституціоналізм укріплюється як концептуально, так й методологічно, органічно та інтенсивно розвиваючись в умовах міжнародної міждержавної інтеграції, посилюючи і стимулюючи процеси правової глобалізації.

До числа таких міжнародних угод відносяться:

– Європейська рамкова конвенція про транскордонне співробітництво між територіальними общинами або властями 1980 р.<sup>29</sup> Конвенція заохочує і сприяє укладанню угод про транскордонне співробітництво між місцевими та регіональними органами влади в рамках їх юрисдикції. Такі угоди можуть стосуватися регіонального розвитку, захисту навколишнього середовища, поліпшення громадських служб тощо, і можуть передбачати створення асоціацій транскордонного співробітництва або об'єднань місцевої влади.

З тим щоб врахувати відмінності у правовій і конституційних системах держав-членів Ради Європи, Конвенція, з метою уніфікації для її реалізації, передбачає низку типових угод, що дозволяють як місцевим, так і регіональним владам, а також державам скерувати транскордонне співробітництво в такі рамки і застосовувати такі його форми, які є найбільш оптимальними та застосованими для них. Крім того, відповідно до Конвенції, Договірні Сторони зобов'язуються усувати перешкоди для транскордонного співробітництва та надавати належним суб'єктам, що беруть участь в такому міжнародному співробітництві, такі ж можливості, які передбачені на національному рівні;

– Конвенція про участь іноземців у суспільному житті на місцевому рівні 1992 р.<sup>30</sup> Метою цієї Конвенції є сприяння інтеграції іноземців в життя локального суспільства. Вона відноситься та фактично створює, регламентує та регулює правовий стан всіх фізичних осіб, які не є громадянами Договірної Сторони, але постійно проживають на її території на законних підставах.

Відповідно до Конвенції, Договірні Сторони зобов'язуються гарантувати фізичним особам з іншим правовим станом (іноземцям), що проживають на їхній території «класичні права» свободи слова, об'єднання і асоціації, включаючи право на створення професійних спілок, на тих же умовах, що і власним громадянам. Крім того, Договірні Сторони повинні вживати зусилля для залучення іноземців в процес консультацій щодо місцевих справ.



Найважливішим правом, що передбачає ця Конвенція є можливість надання іноземцям, в залежності від строку проживання (не менше п'яти років), активного і пасивного виборчого права на місцевих виборах, що може фактично змінити всю національну концепцію як самих виборів, так й впливати на систему конституційних політичних прав громадян у бік її модернізації. При деяких передбачених законом умовах право іноземців на свободу слова і об'єднань може бути обмежено.

Конвенція відкриває можливість створення на місцевому рівні консультативних органів, що обираються іноземцями на території місцевого органу влади (органу МСВ) або призначаються окремими асоціаціями іноземців. Договірна Сторона повинна інформувати іноземців про їхні права та обов'язки стосовно життя суспільства на локальному рівні. Вони повинні також інформувати Генерального Секретаря Ради Європи про розвиток процесу участі іноземців в житті суспільства на локальному рівні;

– Переглянута Європейська хартія про участь молоді в місцевому та регіональному житті 2003 р.<sup>31</sup>, що не має статусу міжнародної конвенції, але яка ухвалена Конгресом місцевих і регіональних органів влади Європи – одним з двох основних органів РЄ. Дана Хартія скерована на стимулювання активної участі молодих людей в ухваленні рішень і діяльності на місцевому і регіональному рівнях, що має важливе значення для побудови більш демократичного, солідарного і процвітаючого суспільства.

Для цього Хартія передбачає участь молоді та формування у неї активної громадянської позиції за рахунок надання прав, засобів, простору і можливостей, а де необхідно – підтримки, щоб молоді люди приймали участь у соціальних процесах і впливали на прийняття рішень, а також брали участь в акціях і заходах з тим, щоб сприяти побудові кращого суспільства.

З цією метою встановлюються 14 основних напрямків молодіжної політики, що повинна здійснювати як держава, так й місцеві та регіональні влади, а саме: політика з питань спорту, відпочинку та асоціативного життя; щодо сприяння зайнятості

молоді та боротьби з безробіттям; в сфері міського середовища і житлових умов, житлова політика і транспорт; освіти та навчання, яка заохочує участь молоді; мобільності та обмінів; в галузі охорони здоров'я; гендерної рівності; конкретна політика для сільської місцевості; доступу до культури; сталого розвитку та охорони навколишнього середовища; боротьби з насильством і злочинністю; щодо боротьби з дискримінацією; щодо сексуальності; політика доступу до прав і права.

Крім того, Хартія встановлює засоби і методи залучення молоді до соціалізації молоді, включаючи її навчання; інформування; використання інформаційних і комунікаційних технологій; ЗМІ; заохочення молодих людей для проведення добровільної роботи і присвячення себе службі суспільству; підтримки молодіжних проєктів і ініціатив; популяризація молодіжних організацій; участь молоді в неурядових організаціях (НУО) та політичних партіях; інституційна участь молодих людей в місцевих і регіональних справах; формування і участь у роботі молодіжних рад, молодіжних парламентах, молодіжних форумах; підтримка структур, що забезпечують участь молоді.

Системний аналіз спеціальних політик, а також технології їх реалізації свідчить про наявність великої кількості комунікативних зв'язків, що мають наскрізний горизонтально-вертикальний характер, виходячи за межі держави, що також свідчить про вплив глобального конституціоналізму на їх формування, розвиток і вдосконалення;

— Європейська ландшафтна конвенція 2000 р.<sup>32</sup> Конвенція спрямована на те, щоб сприяти прийняттю публічними органами влади політики і заходів на місцевому, регіональному, національному та міжнародному рівнях для захисту, регулювання і планування ландшафтів в Європі. Вона охоплює всі ландшафти, як видатні, так і звичайні, які визначають якість того навколишнього середовища, в якому живуть люди. У тексті передбачається гнучкий підхід до ландшафтів, конкретні риси яких вимагають різного типу дій — від просто збереження до захисту, управління і вдосконалення і до створення.

У Конвенції пропонуються юридичні та фінансові заходи на національному та міжнародному рівнях, спрямовані на розробку «політики в сфері ландшафтів» і заохочення взаємодії між місцевими і центральними органами влади, а також транскордонного співробітництва щодо захисту ландшафтів. У Конвенції пропонується цілий спектр різних рішень, які можуть використовувати держави з урахуванням своїх конкретних потреб.

За виконанням Конвенції стежитимуть неурядові комітети Ради Європи. У тексті також передбачається нагородження премією Ради Європи в області ландшафтів, яка буде вручатися місцевим або регіональним властям або НУО, які здійснюють зразкову і довгострокову політику або заходи щодо захисту, регулювання та планування ландшафтів.

Ще одним важливим фактором, що підтверджує процеси конституювання МСВ в якості об'єкту, елементу глобального конституціоналізму та предмету регламентації та регулювання міжнародних документів договірної характеру є розробка в рамках ООН проекту Всесвітньої хартії місцевого самоврядування<sup>33</sup>, що в своїй нормативній основі заснована на принципах Європейської Хартії місцевого самоврядування 1985 р.

Цей документ був розроблений з ініціативи Координаційного органу всесвітніх асоціацій міст і місцевих органів влади (ВАКЛАК), що виступає в ролі координуючого органу в процесі роботи над пропонованою Всесвітньою хартією місцевого самоврядування. З ініціативою щодо розробки всесвітньої хартії місцевого самоврядування ВАКЛАК виступила спільно з Центром Організації Об'єднаних Націй по населених пунктах (Хабітат); її мета — реалізувати через розробку міжнародної угоди зобов'язання щодо децентралізації і місцевого управління прийняті, що були прийняті в червні 1996 р. і зафіксовані в Стамбульській декларації з проблем поселень людей, в якості головних умов успішного здійснення Порядку денного Хабітат<sup>34</sup>. Всесвітня хартія місцевого самоврядування покликана служити орієнтиром для національного законодавства в галузі децентралізації та місцевих органів влади.

Звідси, можна стверджувати, що МСВ, виступаючи як об'єкт міжнародно-правового регулювання та предмет багатосторонніх міжнародних міждержавних угод, фактично виступає іманентним елементом та наочним прикладом глобального конституціоналізму, бо в ньому тісно переплелися національні та міжнародні засади, що у підсумку реалізують права людини і громадянина у їх широкому розумінні на локальному рівні функціонування соціуму, забезпечуючи стабільне снування та функціонування людських поселень.

1. *Щетинин С. А.* Правовая глобализация: понятие и основные формы (Теоретико-методологические аспекты): дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2009. С. 8. 2. *Безбородов Ю. С.* Международно-правовые методы и формы правовой конвергенции: монография. Москва: Проспект, 2018. 240 с. 3. *Богатырев В. В.* Глобализация позитивного права // Российский следователь. 2008. № 19. С. 32. 4. *Захарова М. В.* Развитие правовых систем в условиях глобализации // Актуальные проблемы теории и истории правовой системы общества. 2015. №14. С. 20-25. 5. *Безбородов Ю. С.* Универсализация и локализация международно-правового регулирования в условиях глобализации // Российский юридический журнал. 2013. № 1. С. 26-30. 6. *Танчев Е.* Верховенство конституции в контексте конституционного плюрализма // Сравнительное конституционное право. 2005. № 4. С. 109. 7. *Maduro M.* From Constitutions to Constitutionalism: A Constitutional Approach for Global Governance, Lead Paper to the Workshop Changing Patterns of Rights Politics: A Challenge to a Stateness? – Hamnse Institute for Advanced Studies. Delmenhorst, Germany, 2003. P. 9–12. 8. *Васильева Т. А.* Проблема конституционализма в итальянской политико-правовой доктрине // Конституционализм: идеал и/или реальность: Сб. матер. дискуссии за круглым столом 4 февраля 2011 года. Москва: Институт права и публичной политики, 2012. С. 84–85; *Arona, Enrico.* Beyond the Concept of Law. Neo-constitutionalism: Towards an Innovating Theory of Legal Reasoning, Crossing Constitutional Interpretation and Analytical Jurisprudence. URL: <https://blszk.sze.hu/images/Dokumentumok/kiadv%C3%A1nyok/tanulm%C3%A1nyk%C3%B6tet/ny%C3%A1ri%20egyetem%202014/arona.pdf> 9. *Барпера Т. Р. У., Сидорова Н. В.* О мере разумности в конституционном праве // Государственная власть и местное самоуправление. 2016. № 8. С. 59–63. 10. *Баймуратов М. О.* Правова природа міжнародних (європейських) стандартів локальної демократії та їх роль у становленні місцевого самоврядування в Україні: питання сприйняття та імплементації // Наукові читання. Присвячені пам'яті

В. М. Корецького: Зб. наук. праць / Київський університет права НАН України. Київ: Вид-во Європ. ун-ту, 2008. С. 13–14. **11.** *Червонний В. П., Милошунас А. В.* Идеология коммунитаризма: путь к новой социальности. URL: <http://cyberleninka.ru/article/n/ideologiya-kommunitarizma-put-k-novoy-sotsialnosti#ixzz4SYKpgKOD> **12.** *Вольфсон Э. Н.* Курс лекцій по системе муниципального управления. URL: [http://nashaucheba.ru/v62397/вольфсон\\_э.н.\\_курс\\_лекций\\_по\\_системе\\_муниципального\\_управления.\\_кузгту?page=3](http://nashaucheba.ru/v62397/вольфсон_э.н._курс_лекций_по_системе_муниципального_управления._кузгту?page=3) **13.** Там же. **14.** *Рада Європи* // Вікіпедія. Вільна енциклопедія. URL: [[https://ru.wikipedia.org/wiki/Совет\\_Европы](https://ru.wikipedia.org/wiki/Совет_Европы)] **15.** *Статут* Ради Європи від 5 травня 1949 року. РЄ, 2010. 12 с. **16.** *Європейська хартія місцевого самоврядування* 1985 року. РЄ, 2010. 16 с. **17.** *Про ратифікацію* Європейської хартії місцевого самоврядування: Закон України від 15 липня 1997 року // ВВР України. 1997. № 38. Ст. 249. **18.** *Про ратифікацію* Додаткового протоколу до Європейської хартії місцевого самоврядування про право участі у справах органу місцевого самоврядування: Закон України від 2 вересня 2014 року // ВВР України. 2014. № 43. Ст. 2033. **19.** *Європейська хартія місцевого самоврядування* 1985 року. РЄ, 2010. 16 с. **20.** *Панасюк С. А.* Проблеми перекладу тексту Європейської Хартії місцевого самоврядування в контексті якісної імплементації її положень // Вісник Маріупольського державного університету. Серія: Право, 2012, Вип. 3–4. С. 220–225. **21.** *Актуальні проблеми становлення та розвитку місцевого самоврядування в Україні:* кол. монографія / за ред. В. В. Кравченка, М. О. Баймуратова, О. В. Батанова. Київ: Атіка, 2007. 864 с. **22.** *Експертний висновок щодо відповідності національного законодавства України положенням Європейської хартії місцевого самоврядування*// Інститут громадянського суспільства. URL: <http://www.csi.org.ua/www/?p=2364> **23.** *Камінська Н. В.* Місцеве самоврядування: теоретико-історичний і порівняльно-правовий аналіз навч. посіб. Київ: КНТ, 2010. 229 с. **24.** *Маклаков В. В.* Европейская Хартия местного самоуправления // Реформы местного управления в странах Западной Европы. Москва, 1993. С. 111–124. **25.** *Панасюк С. А.* Цит. праця. С. 222. **26.** *Баймуратов М. А.* Международные связи местных Советов. Одеса: Печатный двор, 1995. 140 с.; *Баймуратов М. А.* Проблема международной правосубъектности органов местного самоуправления Украины. Одесса: Бахва, 1996. 128 с. **27.** *Петришин О. В., Петришин О. О.* Міжнародні стандарти місцевого самоврядування в контексті євроінтеграційних процесів в Україні // Вісник Національної академії правових наук України. 2016. № 1 (84). С. 86. **28.** *Абдалказим Мутана Аббас.* Онтологічні засади впливу правової глобалізації на взаємодію конституційного права держав і міжнародного права // Актуальні проблеми держави і права. URL: <http://www.apdr.in.ua/v71/32.pdf> **29.** *Європейська рамкова конвенція про транскордонне*

співробітництво між територіальними громадами або властями 1980 року. РЄ, 2000. 24 с. **30.** Конвенція про участь іноземців у суспільному житті на місцевому рівні 1992 року. РЄ, 2000. 18 с. **31.** *Переглянута* Європейська хартія про участь молоді в місцевому та регіональному житті: ухвалена Конгресом місцевих і регіональних органів влади Європи (10-е засідання – 21 травня 2003 – Додаток до Рекомендації 128). URL: <https://rm.coe.int/168071b58f> **32.** *Європейська* ландшафтна конвенція 2000 року. РЄ, 2005. 14 с. **33.** *Всемирная* хартія місцевого самоуправління: Проект. – ООН, 2015. – 8 с. **34.** *Стамбульська* декларація з проблем поселень людей 1996 року (Хабітат ООН). URL: <http://osvita-plaza.in.ua/publ/132-1-0-6661>

### ***Mogilevsky Vsevolod. Local government as an object of international legal regulation and the subject of multilateral international treaties***

It is established that the internal state institution of local self-government is undergoing the process of internationalization, that is, the provision of the corresponding international legal personality, due to several factors: a) above all, of special importance for the stable and proper existence and functioning of democratic legal statehood – as a result, it is local self-government, its state, and functioning of the system of its subjects and bodies, their legal status, real possibility and ability to carry out local democracy – acts as an evaluation criterion of democracy and efficiency of the state as a subject of international law and a member of the international community of states in the field of human rights; b) local self-government as an object of international legal regulation and the subject of multilateral international intergovernmental agreements becomes only after its inclusion in the list of objects of such international legal regulation on a par with human rights in all their hypostases (children's rights, women's rights, religious rights, prisoners' rights, electoral rights, the functioning of democratic institutions in society, etc.), that is, the international community of states agrees that the relevant sphere of domestic activity becomes not only the subject of consideration and which community, but also the object of its regulation, regulation and control with the help of special norms of international law, included in the special international legal acts of a contractual nature, which contain the international legal obligations of the signatory states.

The questions of the correctness of the translation of the basic terms describing local self-government in the international treaties are discussed, and the relevant interpretations of these terms are proposed, which more accurately demonstrate the essence of local democracy.

**Keywords:** local self-government, object of international legal regulation, subject of international legal agreements, international legal obligations of states.

## **«ІНТЕРНЕТ РЕЧЕЙ» В СИСТЕМІ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОЇ ПРОТИДІЇ КІБЕРЗЛОЧИННОСТІ**

*Досліджується проблема міжнародно-правового співробітництва держав у боротьбі з кіберзлочинністю в контексті впровадження новітніх технологій. Аналіз здійснюється на прикладі Інтернету речей (Internet of Things), що уже отримав значне поширення у світі. Автор відзначає відсутність загальновизнаного понятійно-категоріального апарату, а також універсального міжнародного договору у сфері боротьби з кіберзлочинністю. Встановлено, що інновації можуть використовуватись злочинцями як засоби вчинення протиправних діянь або об'єкти злочинних посягань. В результаті дослідження чинних регіональних актів автор приходить до висновку, що сфера їх дії в цілому охоплює нові технічні досягнення, однак спеціальне нормативне регулювання відсутнє. Автор пропонує з метою підвищення ефективності міжнародно-правового співробітництва у боротьбі з кіберзлочинністю включення до міжнародних угод положень про «емерджентні технології».*

**Ключові слова:** кіберзлочинність, кібербезпека, Інтернет речей, міжнародне право, емерджентна технологія.

### **Яцишин М. Ю. «Интернет вещей» в системе международно-правового противодействия киберпреступности**

*Исследуется проблема международно-правового сотрудничества государств в борьбе с киберпреступностью в контексте внедрения новых технологий. Анализ осуществляется на примере Интернета вещей (Internet of Things), который уже достаточно распространён в мире. Автор отмечает отсутствие общепринятого понятийно-категориального аппарата, а также универсального международного договора в сфере борьбы с киберпреступностью. Установлено, что инновации могут использоваться преступниками в качестве средств для совершения преступных деяний или объекта преступного посягательства. На основании исследования действующих региональных актов автор приходит к выводу, что сфера их действия в целом охватывает новые технические достижения, но специальное право-*

вое регулирование отсутствует. Автор предлагает с целью повышения эффективности международно-правового сотрудничества в борьбе с киберпреступностью дополнить международные соглашения положениями об «эмерджентных технологиях».

**Ключевые слова:** киберпреступность, кибербезопасность, Интернет вещей, международное право, эмерджентная технология.

### **Yatsyshyn Marta. «Internet of Things» in the International Legal System against Cybercrime**

*This article deals with the problem of international legal cooperation in fight cybercrime in the context of new technologies introduction. The analysis is carried out on an example of the Internet of things that has already spread in the world. The author notes the absence of a general terminology, as well as a universal international agreement in the field of cybercrime resistance. It has been established that criminals can use innovations as means of unlawful actions or objects of criminal encroachment. Because of the study, the author concludes that regional acts generally covers new technical achievements, but there is no specific regulation. The author proposes the inclusion of provisions on «emerging technologies» in the international agreements, with the aim of increasing the effectiveness of international legal cooperation against cybercrime.*

**Keywords:** cybercrime, cybersecurity, Internet of things, International Law, Emerging Technology.

Кіберзлочинність є явищем динамічним, що змінюється, удосконалюється та отримує все більше поширення. Як зазначив на спільній конференції Інтерполу та Європолу Стівен Вільсон (Steven Wilson), голова Європейського центру з кіберзлочинності (European Cybercrime Centre): «2018 рік визначний щодо успішності правозастосування у боротьбі з кіберзлочинністю на глобальному рівні, він також підвищив публічне усвідомлення ризиків, однак кіберзлочинці стають розумнішими і більш цілеспрямованими у своїй діяльності, представляючи собою постійно зростаючу загрозу»<sup>1</sup>. Тому міжнародне співробітництво держав у боротьбі з кіберзлочинністю також повинно динамічно реагувати на такі зміни.

У процесі вдосконалення матеріально-правової протидії кіберзлочинності важливо враховувати тенденції розвитку останньої. Так, багато дослідників відзначають, що високотехнологічна злочинність у майбутньому буде пов'язана з такими



новаціями, як штучний інтелект (Artificial intelligence), хмарні технології (Cloud Technology), Датагрід (Data grid), технології розподілених баз даних (Distributed Ledger Technology, далі – DLT), Блокчейн (Block chain) та Інтернет речей (Internet of Things, далі – IoT). Впровадження і широке використання цих технічних досягнень здійснює значний вплив на суспільні відносини, а тому потребує додаткового правового регулювання<sup>2</sup>. З іншої сторони, виникають нові можливості, що можуть бути використані правопорушниками для здійснення кіберзлочинів, негативні наслідки яких постійно масштабуються.

Крім цього, слід врахувати, що інформаційні технології розвиваються дуже стрімкими темпами. Тому постає важлива наукова проблема, як теоретичного, так і практичного спрямування, щодо визначення можливостей сучасних норм міжнародного права виконувати прогностичну функцію, засуджувати і попереджувати майбутні види і схеми кіберзлочинності. З цією метою важливим є дослідження місця новітніх технологій в існуючій системі міжнародно-правового регулювання боротьби з кібернетичними злочинами, яке ми проведемо на прикладі «Інтернету речей».

Міжнародно-правова протидія кіберзлочинності є достатньо новим напрямком наукових досліджень. Серед вітчизняних та зарубіжних авторів, що здійснювали аналіз цієї проблематики слід виділити А. В. Пазюка, І. М. Забару, О. О. Мережку, а також Дж. Блумбекера (J. Bloombecker), Ш. Шольберга (S. Schjolberg), У. Зібера (U. Sieber), Д. Вол (D. Wall) та М. Яр (M. Yar). Однак, у своїх дослідженнях автори не розглядали сучасні тенденції удосконалення техніки, зокрема Інтернету речей, в рамках системи міжнародно-правового співробітництва держав щодо боротьби з кіберзлочинністю.

Особливо важливими у визначеній сфері є напрацювання Науково-дослідного інституту інформатики і права Національної академії правових наук України, зокрема монографії О. Д. Довгань та І. М. Доронін «Ескалація кіберзагроз національним інтересам України та правові аспекти кіберзахисту»<sup>3</sup>, а також О. А. Баранова «Інтернет речей: теоретико

методологічні основи правового регулювання»<sup>4</sup>. В своїх працях автори здійснили ґрунтовний аналіз правового регулювання Інтернету речей згідно чинного законодавства України. Проте, дослідження регулювання новітніх технологій в рамках інституту міжнародно-правової протидії кіберзлочинності залишаються актуальними.

Отже, метою цієї статті є визначення та комплексний аналіз місця інноваційних технологій в системі міжнародно-правової боротьби з кіберзлочинністю на прикладі Інтернету речей. Її новизна полягає у новому підході до розуміння сфери дії міжнародних договорів про високотехнологічну злочинність, що повинен бути врахованим при формуванні універсальної концепції кіберзлочинності та розробці Конвенції ООН у визначеній сфері. Завдання статті полягають визначенні основних понять (кіберзлочинності та Інтернету речей) та їх взаємозв'язків, дослідження сфери дії чинних міжнародно-правових актів про кібернетичну злочинність в контексті використання технології Інтернету речей, а також формування на основі проведеного аналізу узагальненого підходу щодо удосконалення матеріальних норм інституту міжнародної протидії кіберзлочинності.

Перш за все, необхідно зазначити, що єдине загальноприйняте юридичне визначення поняття «Інтернет речей» відсутнє. Повністю підтримуємо підхід, запропонований професором О. Барановим, що надає наступну дефініцію: «Інтернет речей — це сукупність взаємодіючих технічних систем і комплексів, призначених для реалізації суспільних відносин, у тому числі, пов'язаних з наданням послуг або проведенням робіт, на основі використання різноманітних даних і мережі Інтернет за безпосередньої участі або без участі суб'єктів цих відносин (юридичних чи фізичних осіб)»<sup>5</sup>. В рекомендації ІТУ надано наступне визначення Інтернету речей — глобальна інфраструктура для інформаційного суспільства, яка дозволяє отримувати (надавати) сучасні послуги за допомогою з'єднання (фізичного і віртуального) речей, заснованих на існуючих і тих, які будуть розробляться, сумісних інформаційних і комунікаційних технологіях<sup>6</sup>.

У дослідженні Інституту Інтернету речей (Internet of Things Institute, США) серед потенційних загроз використання комерційних безпілотних літальних апаратів (БПЛА) визначається їх використання з протиправною метою (зокрема, для контрабанди, постачання наркотиків, передачі заборонених об'єктів тощо)<sup>7</sup>. Під загрозами негативного неправомірного впливу перебувають й інші об'єкти, серед яких безпілотні пристрої наземного транспорту та об'єкти критичної інфраструктури<sup>8</sup>. Як стверджує Д. Вест (D. West), проектування сучасних об'єктів Інтернету речей, зокрема безпілотних автомобілів, відбувалось з урахуванням можливостей перехоплення управління ними та вимог кібербезпеки<sup>9</sup>.

За прогнозами Gartner до 2020 року загальна кількість засобів, підключених до мережі Інтернет, не враховуючи персональні комп'ютери, планшети та смартфони буде нараховувати 26 млн одиниць<sup>10</sup>. Відповідно до інформації, оприлюдненої дослідниками компанії Proofpoint, у 2014 році протягом 2 тижнів більше 100 тис. смарт-телевізорів, холодильників та інших споживчих приладів використовувались хакерами для пересилання шкідливих електронних листів<sup>11</sup>. Важливо зазначити, що пристрої IoT застосовуються не лише для побутових цілей, а й для обслуговування виробничих процесів, населених пунктів, житла і будівель (smart міста та квартири), а також об'єктів критичної інфраструктури. Професор Кріс Хенкін (Chris Hankin), відзначає серед іншого такі проблеми приладів IoT, як їхнє створення на основі дешевого чи неякісного апаратного і програмного забезпечення, а як результат – наявність вразливостей<sup>12</sup>. Отже пристрої, які складають в загальному поняття «Інтернету речей», можуть потенційно бути, з однієї сторони, засобами, за допомогою яких здійснюються кіберзлочини, а з іншої – матеріальними об'єктами такого протиправного посягання.

Виклики для кібербезпеки пов'язані із впровадженням IoT розглядалися в рамках третьої (10-13.04.2017 р.) та четвертої наради (03-05.04.2018 р.) міжурядової групи експертів відкритого складу, створеної на підставі Резолюції 65/230 ГА ООН у

2010 році відповідно до пункту 42 Сальвадорської декларації про комплексні стратегії для відповіді на глобальні виклики: системи попередження злочинності та кримінального правосуддя і їхній розвиток в світі, що змінюється. Рішення групи експертів ООН представляють собою компіляції думок і підходів, не відображають міждержавного консенсусу і не мають обов'язкової юридичної сили. Однак, вони є корисним довідковим матеріалом, що носить рекомендаційний характер. Так, експертами було відзначено необхідність активізувати співпрацю держав, зокрема, в сфері використання Інтернету речей<sup>13</sup>.

Характеризуючи сучасний стан боротьби з кібернетичними злочинами правомірним буде ствердження, що ця система уже вийшла за рамки національних правових засобів, однак ще не інтегрована до системи міжнародного кримінального права. Ст. 5 Статуту Міжнародного суду ООН не передбачає відповідальності за кіберзлочинність, а отже такого злочину за міжнародним правом не існує. Універсальний міжнародний договір про кіберзлочинність також відсутній, регіональні договори неузгоджені між собою, що призводить до значної фрагментації та неоднорідності міжнародно-правового регулювання визначеної сфери.

Проте, сьогодні об'єктивно існує сукупність міжнародно-правових норм різного рівня та спрямування, що складає нормативну основу інституту міжнародно-правової протидії кіберзлочинності, який перебуває на стадії формального становлення. Так, міжнародна співпраця держав у боротьбі з кібернетичними злочинами відбувається на наступних рівнях: 1) В рамках ООН та її спеціалізованих установ (МСЕ, Інтерпол та ін.); 2) На основі регіональних угод, зокрема (РЄ, ЛАД, ШОС, АС, СНД та ін.); 3) Відповідно до двосторонніх договорів про надання правової допомоги з кримінальних питань, видачі злочинців, професійно-технічну допомогу, розслідування кіберінцидентів, збирання і передачу доказів тощо; 4) За допомогою неформальних каналів (співпраця правоохоронних органів, служб, агентств, відомств).

Основними міжнародними договорами, що мають обов'язкову силу для держав учасниць в сфері протидії кіберзлочинності є: Конвенція Ради Європи про кіберзлочинність від 21.11.2001 р.; Конвенція про боротьбу із злочинами у сфері інформаційних технологій Ліги арабських держав від 21.12.2010 р.; Угода про співробітництво держав – членів Співдружності Незалежних Держав у боротьбі із злочинністю в сфері комп'ютерної інформації від 01.06.2001 р.; Угода про співробітництво в сфері забезпечення міжнародної інформаційної безпеки Шанхайської організації співробітництва від 16.06.2009 р. та Конвенція про кібербезпеку і захист персональних даних Африканського Союзу 27.06.2014 р. Положення ст. 1 Конвенції про кіберзлочинність Ради Європи міститься поняття «комп'ютерної системи», що відповідно до офіційного тлумаченням Комітету (Cybercrime Convention Committee – T-CY) наданого у 2012 році, включає різного роду гаджети, які здійснюють обробку «комп'ютерних даних», а також створюють «дані про рух інформації»<sup>14</sup>. Фактично, подібні підходи закріплені в Конвенції Ліги арабських держав, що застосовує поняття «інформаційної технології»<sup>15</sup>, Угоді Шанхайської організації співробітництва, яка містить термін «інформаційна інфраструктура»<sup>16</sup> та Конвенція Африканського союзу, в якій використовується поняття «комп'ютерна система»<sup>17</sup>. Що стосується Угоди Співдружності незалежних держав, то в чинній редакції 2001 р. закріплено поняття «комп'ютерної інформації» як інформації, що знаходиться в пам'яті комп'ютера, на машинних чи інших носіях в формі, доступній сприйняттю ЕОМ, або передається каналами зв'язку<sup>18</sup>. Редакцією 2017 р., яка вже відкрита для підписання, але не набула чинності, змінено термінологію і використовується також поняття «інформаційних технологій», що повністю відповідає іншим регіональним актам.

Як зазначається Глобальною комісією з управління Інтернету, для IoT притаманні три ознаки: по-перше, підключення до Інтернету (незалежно чи окремого пристрою, чи базової станції); по-друге, наявність цифрового сенсору, що

збирає вхідні дані; і по-третє, наявність процесору<sup>19</sup>. Загалом, існують два види даних в рамках IoT: 1) дані, створені кінцевими вузлами інфраструктури, як наприклад датчиками, що збирають інформацію із оточуючого середовища; 2) дані, що передаються через IoT. Елементи систем IoT можуть збирати чи синтезувати мільярди бітів даних, створюючи при цьому цінні відомості. Отже, таким чином усі пристрої Інтернету речей підпадають під дію чинних регіональних угод в сфері боротьби з кіберзлочинністю (за виключенням Конвенції СНД 2001 р.).

Таким чином, саме завдяки принципу технічної нейтральності (Technological Neutrality Principle) сфера дії норм міжнародного права в сфері протидії високотехнологічній злочинності може постійно розширюватись і включати новостворені технології. Цей принцип вперше був застосований в США<sup>20</sup> у 1997 році, а потім в Директиві Єврокомісії (Directive 2009/140/EC) у 1999 році щодо електронних комунікацій<sup>21</sup>. Згодом підтверджувався в Окінавській хартії глобального інформаційного суспільства та Всесвітньому Саміті ООН з Інформаційного суспільства (WSIS). У сфері регулювання ІКТ цей принцип забезпечує еквівалентну оцінку технологій, оскільки забороняє надавати будь-якій з них пріоритет над іншим. Як результат, це допомагає уникати обмежень застосування законодавства, які виникають у зв'язку з використанням конкретних термінів, пов'язаних із технологіями.

Існує думка, що даний принцип не відповідає вимогам повноти, точності і чіткості визначення злочину<sup>22</sup>. Однак, ми повністю підтримуємо точку зору В. Максвелла (W. Maxwell), що в сфері кібербезпеки відступ від принципу технологічної нейтральності призведе до більшої шкоди, аніж користі, оскільки у такому випадку регулювання буде структуровано в залежності від конкретних технологій<sup>23</sup>. Тому, законодавство має абстрагуватися від технологій у тій мірі, в якій воно забезпечує достатню правову визначеність. Достатній рівень конкретизації при загальній нейтральності технічної термінології, зокрема може досягатись за допомогою прийняття додаткових пояснень, що періодично оцінюються і переглядаються. Це також

означає, що для регулювання сфери протидії кіберзлочинності прийняття лише конвенційних без паралельних інституційних механізмів не є достатнім. Позитивне значення технічної нейтральності, а як наслідок і достатня гнучкість норм Конвенції РЄ, відзначалась в оді третьої та четвертої наради групи експертів ООН.

Слід зазначити, що на основі принципу технічної нейтральності формується важливе положення про взаємне визнання злочину при відсутності необхідності дотримуватись єдиної термінології за умов, що відповідне діяння визнається злочинним у всіх правових системах. Саме завдяки такому підходу відбувається зближення і гармонізація національних кримінальних законодавств. З іншої сторони, завдяки взаємному визнанню кіберзлочинів, міжнародне співтовариство обмежує можливість створення «цифрових притулків» для правопорушників (тобто таких правопорядків, де злочинці б уникали відповідальності).

Автори монографії «Ескалація кіберзагроз національним інтересам України та правові аспекти кіберзахисту», О. Д. Довгань, І. М. Доронін, пропонують впровадження терміну «емерджентної технології», що означає технологію, яка є радикально новою, швидкозростаючою, узгодженою з існуючими технологіями, яка при цьому здійснює значний вплив на суспільне життя у різноманітних сферах, які неможливо передбачити наперед<sup>24</sup>. Включення до міжнародно-правових актів положень щодо протидії кіберзлочинності в рамках «емерджентних технологій» значно посилює би регулювання визначеної сфери.

Отже, в процесі проведеного дослідження приходимо до наступних висновків. В системі міжнародно-правової протидії кіберзлочинності не передбачено спеціального регулювання для Інтернету речей. IoT разом із іншими ІКТ виступає в якості засобу здійснення високотехнологічної злочинності, або об'єкту злочинних посягань. Вирішення проблеми фрагментарності і неоднорідності досліджуваного інституту, на нашу думку, полягає в створенні та прийнятті в рамках ООН міжнародного

договору про кіберзлочинність. В його основу повинна бути покладена універсальна концепція кіберзлочинності, розроблена відповідно до чинних принципів і норм міжнародного права, а також чинних регіональних актів, що набули поширення, в першу чергу Конвенції Ради Європи, а також найкращої світової практики.

Запропонована універсальна концепція кіберзлочинності повинна поширювати свою дію не лише на існуючі технології, а й здійснюючи прогностичну функцію, попереджати використання інноваційних технологій у здійсненні злочинних діянь. Тому положення майбутньої Конвенції ООН про кіберзлочинність повинні відповідати принципів технічної нейтральності, з однієї сторони, а з іншої – включати положення про розширення сфери дії на «емерджентні технології». Це твердження повинно бути формалізованим у загальну норму, що додатково буде тлумачитись спеціально визначеним органом, на кшталт Комітету Т-СУ відповідно до Конвенції про кіберзлочинність Ради Європи.

1. *Interpol-Europol conference calls for global response to cybercrime* // Interpol.int. URL: <https://www.interpol.int/News-and-media/News/2018/N2018-096> 2. *Довгань О. Д., Доронін І. М.* Ескалація кіберзагроз національним інтересам України та правові аспекти кіберзахисту. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2017. С. 45. 3. Там само. 4. *Баранов О. А.* Інтернет речей: теоретико-методологічні основи правового регулювання. Т. 1: Сфери застосування, ризики і бар'єри, проблеми правового регулювання: монографія. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2018. 344 с. 5. *Баранов О.* «Інтернет речей» як правовий термін // Юридична Україна. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/urykr\\_2016\\_5-6\\_16](http://nbuv.gov.ua/UJRN/urykr_2016_5-6_16) 6. *Recommendation Y.4000/Y.2060 (06/12)* // Information and Telecommunication Union. URL: <https://www.itu.int/rec/T-REC-Y.2060-201206-I> 7. *Buntz B.* 10 of the Top Drone Security Worries // IOT Institute Revue. URL: <http://www.ioti.com/security/10-top-drone-security-worries> 8. *Simon T.* Critical Infrastructure and the Internet Of Things // Global Commission on Internet Governance. URL: [https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/GCIG%20no.46\\_0.pdf](https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/GCIG%20no.46_0.pdf) 9. *West D.* Moving Forward: Self-Driving vehicles in China, Europe, Japan, Korea and the United States // Center for Technology Innovation at Brookings Institute. URL: <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/09/driverless-cars-2.pdf> 10. *Gartner Says the*



Internet of Things Installed Base Will Grow to 26 Billion Units By 2020 // Gartner. URL: <https://www.gartner.com/newsroom/id/2636073> **11.** *IoT – Discovered first Internet of Things cyberattack on large-scale.* URL: <https://securityaffairs.co/wordpress/21397/cyber-crime/iot-cyberattack-large-scale.html> **12.** *The Internet of Things: opportunities and threats.* Conference report URL: <https://royalsociety.org/~media/events/2017/10/tof-iot/iot-conference%20report-final.pdf> **13.** *Доклад о работе совещания Группы экспертов для проведения всестороннего исследования проблемы киберпреступности, проведенного в Вене 3-5 апреля 2018 года.* URL: <http://www.unodc.org/documents/organized-crime/cybercrime/cybercrime-april-2018/V1802317.pdf> **14.** *T-CY Guidance Note #1. On the notion of computer system Article 1.a Budapest Convention on Cybercrime.* URL: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802e79e6> **15.** *Arab Convention on Combating Technology Offences of 21.12.2010.* URL: <https://cms.unov.org/DocumentRepositoryIndexer/GetDocInOriginalFormat.drsx?DocID=3dbe778b-7b3a-4af0-95ce-a8bbd1ecd6dd> **16.** *Соглашение между правительствами государств-членов Шанхайской организации сотрудничества о сотрудничестве в области обеспечения международной информационной безопасности от 16.06.2009.* URL: <https://ccdcoc.org/sites/default/files/documents/SCO-090616-IIISAgreement-Russian.pdf> **17.** *African Union Convention on Cyber Security and Personal Data Protection of 27.06.2014.* URL: [https://au.int/sites/default/files/treaties/29560-treaty-0048\\_-\\_african\\_union\\_convention\\_on\\_cyber\\_security\\_and\\_personal\\_data\\_protection\\_e.pdf](https://au.int/sites/default/files/treaties/29560-treaty-0048_-_african_union_convention_on_cyber_security_and_personal_data_protection_e.pdf) **18.** *Соглашение о сотрудничестве государств-участников Содружества Независимых Государств в борьбе с преступлениями в сфере компьютерной информации от 01.06.2001.* URL: <http://base.garant.ru/12123778/> **19.** *Critical Infrastructure and the Internet of Things.* URL: <https://www.cigionline.org/publications/critical-infrastructure-and-internet-things-0> **20.** *Chris Reed Taking Sides on Technology Neutrality.* URL: [https://www.researchgate.net/publication/265280565\\_Taking\\_Sides\\_on\\_Technology\\_Neutrality](https://www.researchgate.net/publication/265280565_Taking_Sides_on_Technology_Neutrality) **21.** *Directive 2009/140/EC of the European Parliament and of the Council of 25.11.2009.* URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:0037:0069:EN:PDF> **22.** *The Technological Neutrality Principle and Its Significance in Formulating and Explaining the Offences Against the Security of Electronic Data and Information Systems.* URL: <https://www3.mruni.eu/ojs/societal-studies/article/view/249> **23.** *W. Maxwell. Technology neutrality in Internet, telecoms and data protection regulation.* URL: <https://www.hlmediacomms.com/2014/11/17/technology-neutrality-in-internet-telecoms-and-data-protection-regulation/> **24.** *Довгань О. Д., Доронін І. М.* Цит. праця. С. 66.

***Yatsyshyn Marta.* «Internet of Things» in the International Legal System on Combating Cybercrime**

Cybercrime is a very dynamic phenomenon, which become more complicated and dangerous. That is why International cooperation in fight cybercrime have to take dynamic reaction. High-tech crime in the future will be associated with Artificial Intelligence, Cloud Technology, Data Grid, Distributed Ledger Technology, Block Chain and Internet of Things, New opportunities provided with these technologies can be widely used by criminals. This article outlines issues of prohibition innovations application to cybercrime under international law. The author use as an example Internet of things. The goal of this article is to identify and analyze the place of innovation technologies in international law system to combat cybercrime.

The author mentioned the term of Internet of Things and its main characteristics. There is no unified legal terminology in this field. The article established various international legal acts that mentioned Internet of Thing as an element of cybercrime. Internet of Things or other innovations could be used as a means of high-tech crime, or an object of criminal encroachment. In case of a universal convention of cybercrime absence, the author analyze main regional agreements adopted by the Council of Europe, League of Arab States, Commonwealth of Independent States, Shanghai Organization of Cooperation and African Union. Because of the study, it was established that all Internet of Things devises are under valid regional agreements regulation. Technological Neutrality Principle can extend the scope of international rules against cybercrime. In spite of this, there is no special regulatory rules for innovations in field of cybercrime counteraction.

In our opinion, solving the problem of fragmentation of the International legal system on Combating Cybercrime is the creation and adoption international agreement on cybercrime within the United Nations framework. It should be based on the universal concept of cybercrime, developed in accordance with the current principles and norms of international law, as well as the existing regional acts that have become widespread. The provisions of the future UN Convention on Cybercrime must comply with the principles of technical neutrality, on the one hand, and on the other – include provisions on extending the scope of «emerging technologies». This statement must be formalized into a general rule, which will additionally be interpreted by a specially designated body, such as the T-CY Committee, in accordance with the Council of Europe's Convention on Cybercrime.

**Keywords:** cybercrime, cybersecurity, Internet of things, International Law, Emerging Technology.

## **РОЗВИТОК МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ТРАНСНАЦІОНАЛЬНИХ КОРПОРАЦІЙ У КОНТЕКСТІ ПРАВ ЛЮДИНИ**

*Проаналізовано джерела міжнародного «м'якого» права, що спрямовані на регулювання діяльності транснаціональних корпорацій в контексті прав людини. Виокремлено основні досягнення кожного окремого документу та охарактеризовано проект міжнародного договору щодо регулювання діяльності транснаціональних корпорацій у міжнародному праві прав людини.*

**Ключові слова:** права людини, транснаціональні корпорації, багатонаціональні корпорації, м'яке право.

**Миркеев Я. Ю.** Развитие международно-правового регулирования деятельности транснациональных корпораций в контексте прав человека

*Проанализировано источники международного «мягкого» права, которые направлены на регулирование деятельности транснациональных корпораций в контексте прав человека. Определены основные достижения каждого документа и охарактеризовано проект международного договора о регулировании деятельности транснациональных корпораций в международном праве прав человека.*

**Ключевые слова:** права человека, транснациональные корпорации, многонациональные корпорации, мягкое право.

**Yaroslav Myrkieiev.** Development of international legal regulation of the activities of transnational corporations in the context of human rights

*In this paper, the sources of international soft law, aimed at regulation of the activities of transnational corporations in connection with human rights, are considered. Identified the main achievements of each document and characterised draft international treaty on regulation of the activities of transnational corporations in international law of human rights.*

**Keywords:** human rights, transnational corporations, multinational corporations, soft law.

Тенденції сучасного глобалізованого світу призводять до пришвидшеного розвитку міжнародного права й стимулюють

еволюцію правової думки щодо актуальних питань міжнародно-правового життя. Здавалось би, донедавна питання захисту прав людини стосувались саме держав, як основних порушників прав людини. Проте, реалії кінця ХХ ст. – початку ХХІ ст. продемонстрували, що значна частина порушень прав людини відбувається й зі сторони приватного сектору. В умовах стрімкого економічного розвитку, накопичення капіталу й відсутності складного бюрократичного апарату транснаціональні корпорації (далі – ТНК) отримали суттєві важелі впливу на держави та формування їх політики. І якщо держави зобов'язані захищати та поважати права людини в межах існуючих міжнародних договорів, то ТНК, зазначених вище юридичних обов'язків не мають. Відповідно й дієвий механізм захисту прав людини від порушень зі сторони ТНК відсутній у міжнародному праві.

Дослідженням окремих питань, пов'язаних з проблемами прав людини в контексті діяльності ТНК, займались такі зарубіжні вчені, як С. Ратнер, Д. Вайсбротт, Л. Хенкін, К. Вайлерт, Дж. Раггі, Е. Клапхам, Д. Барбер, Н. Ягерс, С. Джозеф, Д. Кінлі, Р. Чамберс. У межах вітчизняної науки міжнародного права дослідження захисту прав людини в контексті діяльності ТНК у міжнародному праві залишаються майже без уваги, що зумовлює відповідну наукову прогалину й необхідність подальших досліджень в цій сфері. Водночас, питання правового статусу ТНК у міжнародному праві тією чи іншою мірою розкривають у власних працях А. Асосков, Н. Болгарова, М. Зайченко, Х. Кметик, І. Кохан, Л. Радченко, Г. Фединак.

Характеризуючи питання прав людини в контексті діяльності ТНК слід зазначити, що порушення прав людини залишаються без відповідної реакції саме внаслідок прогалин у національних та міжнародних правових режимах. Доцільною є думка К. Вайлерт, яка зазначала, що діяльність ТНК зорієнтована виключно на економічний інтерес та раціоналізацію виробництва, а завдяки можливостям вибору місця діяльності власних компаній, ТНК досягають економічних переваг, у порівнянні з іншими учасниками ринку<sup>1</sup>. Дійсно, ефективно

використовуючи можливості вибору права, застосовного до дочірніх підприємств, досягаючи домовленостей з приймаючою державою й отримуючи відповідні переваги від держави, ТНК можуть нехтувати правами людини, соціально-правовими й екологічними стандартами.

Інша сторона цієї проблематики полягає у тому, що на рівні універсального міжнародного права прямо не закріплений обов'язок ТНК, на відміну від держави, поважати права людини та нести відповідальність за їх порушення. Проте, у Зауваженні загального порядку № 81 до Міжнародного пакту про громадянські та політичні права Комітету з прав людини було зазначено, що позитивні зобов'язання держав-членів будуть виконані в повному обсязі виключно у випадку захисту прав людей не тільки від дій представників держави, а й від діяльності приватних осіб та недержавних установ<sup>2</sup>. Таким чином, на державу покладається обов'язок захищати права людини в межах власної юрисдикції або території й від порушень зі сторони ТНК. У цьому контексті, слід зазначити, що держави отримали значну свободу в реалізації прав людини в аспектах діяльності ТНК і досить часто ігнорують власні міжнародно-правові зобов'язання.

Як ми бачимо, це питання вимагає комплексного підходу й застосування як міжнародного публічного, так і міжнародного приватного права до регулювання зобов'язань ТНК щодо прав людини.

Слід зазначити, що факти порушення прав людини зі сторони приватного сектору призвели до розробки так званих актів «м'якого права», що мають рекомендаційний характер. Слушною є думка В. Мицика, щодо концепції «м'якого права» у міжнародному праві. Вчений зазначає, що норми «м'якого права» можуть мати обов'язковий політичний характер й виконують важливу допоміжну роль при розробці юридично обов'язкових норм міжнародного права<sup>3</sup>.

Серед норм «м'якого права», що стосуються проблематики статті, можна виокремити наступні: Керівні принципи ОЕСР для багатонаціональних підприємств 1976 р., Трьохстороння

декларація принципів, що стосуються багатонаціональних корпорацій і соціальної політики 1977 р., Норми, що стосуються зобов'язань транснаціональних корпорацій та інших підприємств у сфері прав людини 2003 р. та Керівні принципи ООН щодо бізнесу та прав людини 2011 р.

Керівні принципи ОЕСР (далі – Принципи ОЕСР) для багатонаціональних підприємств було прийнято 1976 р. та переглянуто в 2011 р. Згадані принципи являють собою рекомендації, що підготовлені державами для багатонаціональних підприємств та включають в себе принципи та стандарти ведення підприємницької діяльності, які визнані на міжнародному рівні. Відповідно до ст. 1, дотримання цих принципів є добровільним для підприємств та не підлягає примусу зі сторони держав<sup>4</sup>. Принципи ОЕСР не надають точного визначення багатонаціональних підприємств, проте загальні ознаки компаній співпадають з ознаками ТНК. Документ складається з 11 глав, що охоплюють питання спільної політики, надання підприємствами актуальної та достовірної інформації щодо власної діяльності, боротьби з корупцією та неправомірною вигодою, питання справедливого ведення бізнесу, безпеки товарів та послуг, конкуренції, нових технологій, оподаткування та ін.

У контексті тематики нашої роботи, особливо цікавими є глави IV «Права людини» та V «Трудові та виробничі відносини». Главу IV було оновлено у 2011 р. для узгодження з Керівними принципами ООН щодо бізнесу та прав людини. Принципи ОЕСР виражають спільну позицію держав, що саме держави зобов'язані захищати права людини, а підприємства повинні, в межах міжнародно-визнаних стандартів, зобов'язань приймаючих держав щодо прав людини та національного законодавства, дотримуватись прав людини, не допускати порушень прав людини, усувати, законними шляхами, та виправляти негативні наслідки, спричинені підприємствами, щодо порушень прав людини. У главі V визначено обов'язки підприємства щодо поваги прав робітників, профспілок, сприяння забороні дитячої праці, недопущенні насильної праці та дискримінації серед працівників<sup>5</sup>.

Трьохстороння декларація принципів, що стосуються багатонаціональних корпорацій і соціальної політики (далі – Декларація МОТ) була прийнята 1977 р. Адміністративною радою Міжнародного бюро праці Міжнародної організації праці. У Декларації МОТ визначено, що усі сторони, до яких вона має відношення, повинні поважати суверенні права держав та підпорядковуватись національному законодавству, враховувати місцеву практику та дотримуватись відповідних міжнародних норм<sup>6</sup>. Слід зазначити, що Загальна декларація прав людини визначена у Декларації МОТ як обов'язкова до усіх сторін, до яких вона застосовна. Таким чином, покладаючи на ТНК обов'язок дотримуватись положень Загальної декларації прав людини, вкотре було підтверджено наявність правової прогалини у регулюванні діяльності ТНК в контексті прав людини. Серед іншого, Декларація МОТ закликає ТНК враховувати загальну мету політики держав, на території яких вони здійснюють власну діяльність.

Основну увагу у Декларації МОТ надано саме правам та мінімальним стандартам, серед яких сприяння зайнятості та вирішення проблем безробіття, що має безпосереднє відношення до держав, що розвиваються, у яких особливо гостро виражені проблеми неповної зайнятості населення, рівності можливостей з метою подолання будь-якої дискримінації. Питання дотримання гарантій зайнятості також висвітлено в контексті діяльності корпорацій, зокрема ТНК слід уникати процедур довільного звільнення, а урядам слід більш детально досліджувати вплив корпорацій на зайнятість серед населення<sup>7</sup>. Як і Принципи ОЕСР, Декларація МОТ підтверджує зобов'язання держав та ТНК щодо заборони дитячої праці.

Норми, що стосуються зобов'язань транснаціональних корпорацій та інших підприємств у сфері прав людини (далі – Норми) було ухвалено у 2003 р. на 22 засіданні Підкомісії щодо заохочення та захисту прав людини Комісії ООН з прав людини<sup>8</sup>. Цей документ містить положення щодо питань поваги принципу рівних можливостей, недискримінації, особистої

безпеки, прав робітників, захисту інтересів споживачів та захисту навколишнього середовища.

Цікавим є обґрунтування зобов'язань ТНК щодо прав людини. У преамбулі Норм зазначено, що ТНК як «інші органи суспільства» несуть самостійну відповідальність за забезпечення прав людини, зокрема визначених у Загальній декларації прав людини<sup>9</sup>. Схожої думки дотримується й Люїс Хенкін, який обґрунтовує обов'язок ТНК поважати права людини крізь преамбулу Загальної декларації прав людини, у якій зазначено, щоб «кожна особа та кожен орган суспільства» сприяли повазі прав людини<sup>10</sup>.

Також, у Нормах визначено рівень відповідальності ТНК, зокрема встановлено, що ТНК, в межах сфер діяльності та впливу, зобов'язані заохочувати, поважати, гарантувати та захищати права людини, які визнані на міжнародному та національному рівнях, включно з правами корінних народів та інших з групи ризику<sup>11</sup>. Таким чином, ТНК повинні поважати права людини, утримуватись у своїй діяльності від порушень цих прав, запобігати порушенню прав людини зі сторони третіх осіб та вживати заходів щодо реалізації людьми своїх прав, а також утримуватись від будь-якої діяльності, яка має на меті, підтримує або заохочує держав, або третіх осіб, до порушень прав людини. Більше того, ТНК повинні також гарантувати, що їх товари та послуги не будуть використані з метою порушень прав людини.

Окрема стаття Норм присвячена забороні ТНК вести діяльність пов'язану з воєнними злочинами, геноцидом, тортурами, насиллям, примусовою працею, іншими порушеннями міжнародного гуманітарного права або іншими злочинами проти людства<sup>12</sup>.

Не зважаючи на те, що Норми, у першу чергу, спрямовані до ТНК, вони містять положення, яке вкотре підкреслює, що саме держави мають першочергове зобов'язання захищати, заохочувати, поважати, гарантувати права людини. В контексті чого, Норми мають застереження, що жодне з цих положень не може вважатись як таке, що зменшує, обмежує або негативно



впливає на зобов'язання держав щодо прав людини на рівні міжнародного та національного права.

Керівні принципи ООН щодо бізнесу та прав людини (далі – Принципи ООН) були розроблені Спеціальним представником Генерального секретаря ООН з питань прав людини та ТНК, та інших підприємств, а вже Рада з прав людини ООН резолюцією 17/6 від 2011 р. схвалила зазначені вище принципи<sup>13</sup>.

Документ складається з 3 розділів та 31 принципу з детальними коментарями автора. Принципи ООН можуть бути застосовні до всіх держав та ТНК незалежно від їх розміру, сфер діяльності, місця розташування, форм власності та структури<sup>14</sup>.

Перший розділ Принципів ООН присвячено зобов'язанням держав захищати права людини, забезпечувати дотримання підприємствами прав людини, здійснювати ефективний контроль за дотриманням власних зобов'язань у сфері прав людини при укладанні договорів з підприємствами. Okремо зазначено загальні принципи держав у сфері нормативного регулювання та політики, зокрема слід забезпечувати, щоб норми та політика регулювання щодо підприємств не становили перешкод, а навпаки – сприяли у дотриманні прав людини ТНК<sup>15</sup>.

У другому розділі висвітлено особливості корпоративної відповідальності за дотримання прав людини. Відповідальність за дотримання прав людини є необхідною умовою поведінки усіх підприємств, незалежно від форми чи місця діяльності підприємства. Слід відзначити, що у Принципах ООН визначені права людини, яких ТНК повинні дотримуватись у своїй діяльності, відповідно до принципу № 12, це міжнародно визнані права людини, зокрема права закріплені у Міжнародному біллі про права людини<sup>16</sup>.

Останній розділ містить принципи, що стосуються доступу до засобів правового захисту порушених прав. В межах чого, держави, шляхом законодавчих, судових, адміністративних або інших засобів, повинні вживати заходів, коли порушення відбуваються на їх території, або в межах їх юрисдикції, з

метою доступу усіх залучених сторін до ефективних засобів правового захисту<sup>17</sup>.

Аналізуючи зазначені вище документи, слід відзначити, що не зважаючи на їх рекомендаційний характер та відсутність юридичних зобов'язань для держав та ТНК, з кожним новим актом «м'якого права» питання міжнародно-правового регулювання діяльності ТНК в контексті прав людини отримували все більшої деталізації щодо переліку прав та підтвердження прогресу на шляху притягнення ТНК до відповідальності за порушення прав людини. М. Шоу зазначав, що норми «м'якого» права можуть, врешті-решт, шляхом формалізації в якості міжнародного договору або міжнародного звичаю, набути юридично обов'язкової сили<sup>18</sup>. Ступінь розробленості Принципів ООН та Норм свідчить про готовність світової спільноти приступити до обговорення юридичного закріплення зобов'язань ТНК дотримуватись прав людини на рівні міжнародного права.

Знаковою подією стала резолюція Ради з прав людини 26/9 від 26 червня 2014 р., якою засновано міжурядову групу відкритого складу щодо міжнародного юридично зобов'язуючого договору про транснаціональні корпорації та інші підприємства в аспекті прав людини<sup>19</sup>. В межах мандату, міжурядовій групі надано повноваження з розробки міжнародного юридично зобов'язуючого договору з цієї проблематики.

У 2018 році відбулась четверта сесія засідань міжурядової групи, в ході якої обговорювали проект Міжнародного юридично зобов'язуючого договору щодо регулювання у міжнародному праві прав людини діяльності ТНК та інших підприємств (далі – Проект). Проект складається з 3 розділів та 15 статей. Автори вирішили не давати визначення ТНК, проте використовують визначення «підприємницька діяльність транснаціонального характеру», чим значно спростили сферу поширення зобов'язань. Також, проект містить положення, у яких розробники визначають особливості визначення юрисдикції компетентного суду для розгляду порушень прав людини відповідно до Проекту – це або суд місця вчинення правопорушення, або суд держави,

у якій компанія порушниця доміцільована. Додатково автори передбачили й критерії визначення доміцилю, усунувши, таким чином, проблеми визначення держави доміцилю юридичної особи<sup>20</sup>. Серед інших новацій Проекту – закріплення аспектів взаємної правової допомоги задля досягнення мети Проекту, виокремлення прав постраждалих та способів відшкодування. Слід також звернути увагу на закріплення у Проекті як цивільної, так і кримінальної відповідальності за порушення прав людини внаслідок підприємницької діяльності транснаціонального характеру<sup>21</sup>, що може спричинити значні перешкоди для держав, правові системи яких не мають поняття кримінальної відповідальності юридичних осіб. Загальновідомо, що процес створення міжнародного договору достатньо кропіткий та потребує узгодження позицій усіх зацікавлених сторін, що цілком можливо зробити в рамках сучасних міжнародних відносин.

Отже, підсумовуючи викладене, слід зазначити, що сучасне міжнародне право не регулює діяльність ТНК та не містить прямих юридичних зобов'язань ТНК в контексті прав людини. При цьому, напрацювання у міжнародному «м'якому праві» щодо діяльності ТНК в контексті прав людини вже зараз може бути використано для розробки міжнародного договору з цього питання. Норми 2003 р., Принципи ООН 2011 р., Проект договору міжурядової групи відкритого складу щодо міжнародного юридично зобов'язуючого договору про ТНК та інші підприємства в аспекті прав людини свідчать про готовність до комплексного вирішення цієї проблеми. Проте, відмінності в інтересах держав реєстрації ТНК, які прагнуть підвищення доходів корпорацій, та приймаючих держав, які прагнуть залучити інвестиції, й надалі будуть ставити перешкоди для ухвалення, на рівні міжнародного права, юридично обов'язкового договору щодо регулювання діяльності ТНК в контексті прав людини.

1. *Weilert K.* Transnationale Unternehmen im rechtsfreien Raum? Geltung und Reichweite völkerrechtlicher Standards. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. URL: <http://www.zaoerv>.

de/69\_2009/69\_2009\_4\_a\_883\_918.pdf. **2.** *Замечание* общего порядка № 31, ССРР/С/21/Rev.1/Add.13. URL: <https://undocs.org/ru/ССРР/С/21/Rev.1/Add.13>. **3.** *Буткевич В. Г., Мицик В. В., Задорожній О. В.* Міжнародне право. Основи теорії: підручник. Київ: Либідь, 2002. С. 182. **4.** *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, OECD, 2011. URL: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>. **5.** *Ibid.* **6.** *Tripartite declaration of principles concerning multinational enterprises and social policy*. International Labor Organization, 1977. URL: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed\\_emp/---emp\\_ent/---multi/documents/publication/wcms\\_094386.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf). **7.** *Ibid.* **8.** *Responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights*. Sub-Commission resolution 2003/16, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/L.11 at 52, 2003. URL: <http://hrlibrary.umn.edu/links/res2003-16.html>. **9.** *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 2003. URL: <http://hrlibrary.umn.edu/links/norms-Aug2003.html>. **10.** *Henkin L.* The Universal Declaration at 50 and the Challenge of Global Markets. Brooklyn Journal of International Law, Vol. 25, Issue 1 (1999), pp. 17–26. URL: <https://bit.ly/2PU49Yq>. **11.** *Ibid.* **9.** **12.** *Ibid.* **9.** **13.** *Human rights and transnational corporations and other business enterprises*, Human Rights Council resolution A/HRC/RES/17/4 of 16 June 2011. URL: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/un-human-rights-council-resolution-re-human-rights-transnational-corps-eng-6-jul-2011.pdf>. **14.** *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, John Ruggie. Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations «Protect, Respect and Remedy» Framework, 2011. URL: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/ruggie/ruggie-guiding-principles-21-mar-2011.pdf>. **15.** *Ibid.* **16.** *Ibid.* **17.** *Ibid.* **18.** *Shaw M. N.* International law. Cambridge University Press, 2008. P. 118. **19.** *Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*, Human Rights Council resolution A/HRC/RES/26/9 of 14 July 2014. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/52/PDF/G1408252.pdf>. **20.** *Zero draft of legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*. Human Rights Council, 2018. URL: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>. **21.** *Ibid.*

**Yaroslav Myrkieiev. Development of international legal regulation of the activities of transnational corporations in the context of human rights**

The article is focused on the issues that in international law there are no legally binding norms which regulate the activities of transnational corporations in the context of human rights, so called hard law. According to the current international law of human rights the states are obliged to ensure, protect, promote, respect and guaranty human rights not only from the representatives of state, but from third party actors, operating within the territory or under the state jurisdiction. But, states have no strictly defined measures or abilities to impose liability on transnational corporations. Other aspects, which impede the imposition of liability on transnational corporations are legal gaps in international and national legal regimes.

But, international law has such notion as soft law, which reflects the political will and may in future become a legally binding hard law, or become a base for future developments upon the issues arised.

In this paper the main provisions of soft law documents on the issues of the transnational corporations' activities in the context of human rights are considered. The special attention is paid to OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Tripartite declaration of principles concerning multinational enterprises and social policy, Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights and Guiding Principles on Business and Human Rights.

Also, considered the Zero draft of legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises, which may become a vivid example of hard law in international law.

**Keywords:** human rights, transnational corporations, multinational corporations, soft law.

## НАУКОВЕ ЖИТТЯ

**О. В. СКРИПНЮК**

### **КОНТРОЛЬ ТА ПРОБЛЕМИ ЙОГО РЕАЛІЗАЦІЇ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ В УКРАЇНІ**

11 грудня 2018 року в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України відбулася науково-практична конференція «Конституційно-правове забезпечення та європейські стандарти контролю у сфері діяльності органів державної влади і місцевого самоврядування». У конференції взяли участь провідні вчені наукових юридичних закладів та науковці вищих навчальних юридичних закладів України, державні службовці, представники інститутів громадянського суспільства. Учасники конференції представляли провідні регіони України.

Відкрив конференцію директор Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, керівник великого академічного наукового проекту з правових проблем організації та реалізації контролю в Україні на сучасному етапі, академік Ю. С. Шемшученко. Конференція відбулася в особливі дні для держави та вітчизняної науки – відзначення сторіччя заснування Національної академії наук України. З цієї нагоди на початку роботи конференції відбулася презентація фундаментальних монографічних видань, підготовлених науковцями

---

© СКРИПНЮК Олександр Васильович – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, Заслужений юрист України, заступник директора з наукової роботи Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

Інституту: «Національна академія наук України: правові засади організації та діяльності. До 100-річчя утворення Національної академії наук України» / відп. ред. академік НАН України Ю. С. Шемшученко. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2018. 574 с. та «Громадянське суспільство в Україні: сучасний стан, виклики, стратегія модернізації: У 2 т. Т. 1: Загальнотеоретичні та конституційно-правові аспекти розвитку громадянського суспільства в Україні» / за заг. ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка та акад. НАПрН України О. В. Скрипнюка. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2018. 676 с.

Далі у своєму вступному слові академік *Юрій Шемшученко* зазначив, що розвиток демократії в Україні, чітке визначення її євроінтеграційних перспектив обумовлює актуалізацію проблем контролю, оскільки демократична конституційна система передбачає, що влада в ній має бути поділена, обмежена, доступна, передбачувана, ефективна і підконтрольна.

Контроль в умовах демократії — явище багатогранне за своєю природою, змістом, формою, механізмом реалізації, призначенням. Контроль є однією з найважливіших функцій державного управління. За об'єктами, суб'єктами і сферами поділяється на державний, відомчий, надвідомчий, виробничий та інші види контролю.

Найважливішими формами державного контролю є парламентський контроль та президентський контроль (які є первинними) та контроль органів виконавчої влади та судовий контроль (вторинні види контролю). Контроль парламентський — одна із функцій парламенту: його органів і посадових осіб, а також інших державних органів та посадових осіб, з відповідною метою функціонально поєднаних з парламентом, у здійсненні повноважень контролю за виконавчою владою, насамперед урядом. В науці конституційного права існує також підхід, за яким до змісту контрольної функції парламенту віднесено його участь у різних формах та обсязі у заміщенні державних посад.

Наявність контрольної функції парламенту щодо виконавчої влади не суперечить принципів поділу влади (влад). Такий контроль є одним з елементів системи стримувань і противаг у

взаємодії законодавчої і виконавчої влади. Сенс цієї системи значною мірою визначає природу теорії і практики поділу влади. У п. 13 ст. 85 Конституції України сказано, що до повноважень Верховної Ради України віднесено «здійснення контролю за діяльністю Кабінету Міністрів України». Відповідно до п. 4 згадуваної статті, за яким парламент здійснює «контроль за виконанням Державного бюджету України». Загалом обсяг і зміст помножень парламенту щодо контролю за виконавчою владою залежить від прийнятої в країні форми державного правління.

Законом «Про статус народного депутата України» встановлено інститут депутатського звернення (ст. 19). Цей інститут принципово відмінний від традиційного депутатського запитання за своєю природою. Коло адресатів відповідних звернень не обмежується членами уряду і є набагато ширшим. Конституція України не встановлює інституту депутатського запиту (ст. 86), що є формою парламентського контролю. Народний депутат України має право на сесії Верховної Ради України звернутися із запитом до органів Верховної Ради, до Кабінету Міністрів України, керівників інших органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а також до керівників підприємств, установ і організацій, незалежно від їх підпорядкування і форм власності.

До традиційних форм парламентського контролю за виконавчою владою віднесена діяльність постійних і тимчасових (спеціальних і слідчих) комітетів (комісій) парламенту. Наслідком такого контролю може бути постановка за ініціативою комітету або депутатів питання про колективну або індивідуальну політичну відповідальність уряду з метою відставки уряду в цілому або його окремого члена. У Конституції України визначено основи статусу комітетів Верховної Ради України (ст. 89). І хоча комітети прямо не наділені повноваженнями контролю за виконавчою владою, до їх компетенції віднесено підготовку і попередній розгляд питань, що належать до повноважень Верховної Ради. Комітети наділені відповідними контрольними повноваженнями. Конституція передбачає



можливість утворення Верховною Радою України тимчасових спеціальних і тимчасових слідчих комісій. Призначення цих комісій об'єктивно зумовлено здійсненням ними дій контрольного характеру.

Ще однією формою парламентського контролю за виконавчою владою є діяльність омбудсмана — спеціальної посадової особи, до компетенції якої входить розгляд скарг громадян на порушення прав людини з боку певного кола державних органів та посадових осіб. У Конституції України зазначено, що парламентський контроль за додержанням прав і свобод людини здійснює Уповноважений Верховної Ради України з прав людини (ст. 101). Статус омбудсмана прямо пов'язаний з парламентом. Цей інститут є своєрідним механізмом посередництва між особою і державними органами. Його діяльність за своєю природою є швидше наглядовою, ніж контрольною. Ця діяльність може сполучатися з іншими формами парламентського контролю і спричиняти відповідні дії з боку представницького органу державної влади.

Застосовуються й інші форми парламентського контролю за виконавчою владою. Зокрема, Рахункова палата здійснює контроль за відповідною діяльністю уряду. За будь-яких умов сенс парламентського контролю за виконавчою владою полягає, як правило, в тому, що парламент уповноважений реагувати на дії підконтрольного органу або посадової особи і застосовувати до них конституційно-правові санкції. Такою санкцією є відставка як наслідок застосування механізмів політичної (колективної або індивідуальної) відповідальності уряду перед парламентом. Такий контроль іноді визначають як політичний. Наслідками здійснення парламентського можуть бути інші види юридичної відповідальності, зокрема, кримінальна. У таких випадках цей контроль спричинить відповідні дії інших, окрім парламенту, органів державної влади.

Достатньо значною в умовах парламентсько-президентської форми правління є контрольна діяльність Президента України, здійснення якої пов'язане з його правами. Це право Глави держави пов'язане з реалізацією його статусу очільника

держави, гаранта державного суверенітету, територіальної цілісності України, прав і свобод людини і громадянина, хоч Конституція України не містить прямої вказівки щодо президентського контролю Президентський контроль має конституційно-правове підґрунтя і відповідне закріплення в нормативно-правових актах. Президентський контроль, що здійснюється в межах конституційних повноважень Президента, з правового погляду має достатні підстави для дійового впливу на стан функціонування держави.

Однією з найважливіших форм державного контролю є судовий контроль. Його можна визначити як використання судом своїх повноважень у випадку встановлення факту, що державний орган здійснив незаконну, необґрунтовану або несправедливу дію чи прийняв подібне рішення (акт).

В умовах євроінтеграційних процесів важливим є доповнення судового традиційного контролю позасудовими альтернативними механізмами забезпечення виконання законів, дотримання прав людини. Істотним доповненням судового механізму виступає інститут несудового державного контролю, який формують органи, наділені спеціальними контрольними повноваженнями (прокуратура, національні комісії регулювання природних монополій та ін.). Завданням судового контролю у сфері публічної влади: з одного боку є забезпечення охорони прав і законних інтересів фізичних і юридичних осіб, тобто захист приватного інтересу, з другого недопущення свавілля з боку органів державної влади та місцевого самоврядування. Тобто захист публічного інтересу.

В умовах демократії застосовують широку концепцію контролю, яка передбачає крім державного контролю здійснення громадського та міжнародного контролю як засобу забезпечення внутрішньодержавної демократії. Застосування широкого комплексного контролю має забезпечити рівновагу державних та суспільних інститутів, запобігти перевищенню і зловживанню повноваженнями, не завдаючи шкоди їх ефективній роботі і врешті-решт утвердженню демократії.

Широке, комплексне розуміння контролю висуває нові завдання перед правовою наукою.

Сьогоднішня наша конференція та обговорювані на ній проблеми покликана наблизити нас до системного розуміння проблем контролю, його місця і ролі в демократичній конституційній системі. Зокрема, мова йде про визначення природи контролю як елементу соціального управління, суб'єктів і об'єктів контрольної діяльності, його функцій і принципів, механізмів і форм здійснення, взаємозв'язку і впливів видів контролю один на одного, специфіки міжнародного контролю тощо.

У доповіді «Контроль в демократичній державі: теоретико та конституційно-правові аспекти», виголошеній доктором юридичних наук, професором, академіком НАПрН України, заступником директора з наукової роботи Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України *Олександром Скрипнюком*, наголошено, що поглиблення демократичних процесів у розбудові держави, розвитку суспільства та закріплення євроінтеграційного курсу України об'єктивно загострюють інтерес до феномена контролю, особливо здійснення його за державною владою. В умовах демократії організація контролю та його рівень виступає визначальним чинником характеристики держави, напрямів її діяльності та її соціальності. Сучасні теорія держави і права, конституційно-правова та адміністративно-правова наука зосереджуються на дослідженні феномена контролю в основному на проблемах демократії, влади, громадянського суспільства, відсторонюючись від його широкого дослідження.

Нагальним завданням сьогодні є міжсекторальне, міжгалузеве дослідження юридичних проблем контролю в юридичній площині. Мова йде про поєднання та комплексний аналіз державного, громадського контролю з врахуванням при цьому механізмів міжнародного контролю як засобу забезпечення розвитку демократії в державі та суспільних процесах. Разом з тим при застосуванні комплексного підходу до дослідження контролю має бути забезпечена паритетність державних інсти-

тутів та інститутів громадянського суспільства, яка має сприяти утвердженню демократії. Контроль разом з поділом, обмеженням, доступністю, ефективністю є основою організації та здійснення влади в демократичній конституційній системі. Він є об'єктивним соціальним явищем, яке сформувалося в процесі демократичної еволюції суспільства. Взаємозв'язок демократії і контролю, їх співіснування і взаємовпливи сприяли формуванню після Другої світової війни третьої епохи після епохи демократії зібрань та представницької демократії — епохи контролюючої демократії, покликаної послідовно трансформувати динаміку духу, мови та інституцій демократії.

Саме контролююча демократія в сучасних умовах покликана розв'язати нагальні проблеми і сприяти подальшому динамічному суспільному розвитку та стати засобом від утвердження тиранії більшості. Контролююча демократія має демократизувати представницьку демократію і в сучасних умовах набуває потужного розвитку.

Контролююча демократія покликана насамперед контролювати публічну владу з метою запобігання та зупинення проявів негативів, які здатна породжувати безвідповідальна влада. Окремі форми контролю над публічною владою виступають елементами принципу верховенства прав. На думку окремих вчених конституціоналістів, конституційні принципи ліберального верховенства права поряд з такими складовими як народний суверенітет, поділ влади, представницьке правління та ін., включають в себе контроль за конституційністю парламентського законодавства та юрисдикційний контроль за адміністративними діями і підзаконним регулюванням.

Контроль у демократичному суспільстві є соціальним, він набуває виразу демократичного процесу, якому притаманне переживання гнучких, «непрямих» методів контролю; наявність реальної можливості контрольних санкцій громадськості за діяльністю владних структур і примат самоконтролю над «зовнішньою» соціальною регуляцією; реалізація принципу відповідальності всіх суб'єктів соціальної взаємодії та наявність високої громадської активності, тощо. Серед важливих

складових процесу реалізації соціального контролю в демократичній державі є вибори, референдуми, громадські рухи та організації, політичні партії, ЗМІ, громадська думка, реалізація соціальних протестних настроїв. У всеосяжному аспекті соціальний контроль в сучасних умовах може виступати як контроль із боку всіх суб'єктів сучасного соціального процесу, тобто це контроль як з боку правової держави і громадянського суспільства, так і громадянського суспільства з боку влади, держави над її громадянами, так і з боку громадян та громадськості над діяльністю влади і держави.

Завдяки існуванню надійного і ефективного механізму контролю над владою, демократія здатна забезпечити реалізацію проголошених цінностей: свободи, рівноправ'я, справедливості, тощо. Контроль над владою гарантує недопущення виникнення негативних наслідків для життєво важливих інтересів громадян і суспільства в цілому.

Крім контролю над владою, він має здійснюватись і над діяльністю структур приватного характеру, які виконують функції публічної влади, як наприклад, третейські суди наділені правом здійснювати правосуддя, приватні нотаріуси та ін. Зазначені структури наділяються достатньою владою, а тому їх діяльність має бути підконтрольною не тільки державному, громадському контролю, але й контролю міжнародному як складової демократії. Демократія стала засобом обмеження влади держави, контролю за нею суспільства, що легітимує органи публічної влади та забезпечує права і свободи людини і громадянина.

В свою чергу відсутність контролю може спричинити переродження, деградацію системи державного управління, згорання демократичних процесів. Державний контроль в умовах демократії розглядається в теорії держави і права як форма юридичної діяльності, форма складна, високоорганізована, динамічна. Будь яка ефективна держава здійснює контроль і впливає на формування та розвиток суспільних відносин. В умовах демократії характер контролю, його заходи і механізми свідчать про характер державної влади, її спрямованість і мету діяльності.

Сьогодні контрольна діяльність з боку держави часто характеризується окремими дослідниками як існування самостійної контрольної влади.

Прибічники визнання контролю як окремої гілки влади зазначають, що сьогодні традиційне уявлення про три класичні гілки влади не відповідає реальній правовій практиці та конституційній нормотворчості. Вони мотивують це тим, що існуючі органи державної влади часто не вписуються в жодну з існуючих трьох гілок державної влади, а тому наполягають на необхідності створення відповідних незалежних органів, що спеціалізуються на здійсненні контрольних повноважень.

Водночас комплексний аналіз контрольної функції державної влади засвідчує, що контрольна функція властива всім органам державної влади, хоча форми і методи її здійснення у різних органів різні, що пов'язано зі специфікою функціонування кожного з органів. А тому підстав для визнання існування окремої контрольної гілки влади не існує. Державний контроль – це один із різновидів державної влади, це форма діяльності всіх гілок державної влади та елемент механізму стримувань і противаг у їх взаємодії. Існуючі конституційні засоби і заходи стримувань в організаційному та функціональному визначенні законодавчої, виконавчої та судової влади не дають жодній з гілок законодавчої, виконавчої та судової влади зайняти домінуюче місце та спрямовують їх на діяльність у чітко визначених Конституцією межах. Кожна з трьох гілок державної влади наділена контрольними повноваженнями, оскільки влада здійснюється включаючи і контроль, і органи держави в межах кожної гілки влади реалізують певні контрольні або наглядові повноваження. В умовах демократії за допомогою механізмів взаємного контролю та нагляду взаємозабезпечується залежність гілок влади, функціонування системи стримувань і противаг, що забезпечує єдність влади. Державний контроль – специфічний вид державної діяльності, органічна функція усіх гілок державної влади, особливий засіб забезпечення їх взаємодії в державі. При цьому слід пам'ятати, що функціональний розподіл повноважень між органами дер-

жави не можна ототожнювати з реалізацією принципу поділу влади.

Загальнотеоретичне осмислення категорії «контроль», співвідношення терміно-понять «контроль» і «нагляд» здійснила у своїй доповіді «Права людини: державний, громадський та міжнародний контроль» **Наталія Оніщенко**, завідувач відділу теорії держави і права Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України.

Вона наголосила, що категорія «контроль» може розглядатися як: державний контроль, громадський контроль і механізми міжнародного контролю. Практичний зріз всіх трьох видів контролю в демократичних правових системах охоплює функціональну здатність забезпечення прав, свобод і законних інтересів особистості, а отже: легітимність влади, що дієво захищає честь, гідність і права людини.

Доповідачка особливу увагу приділила громадському контролю. В першу чергу це контроль за перерозподілом соціального простору між державою та громадянським суспільством, висвітлення проблем, що виникають між державою і громадянами, а головне — контроль за відповідальністю правової держави перед громадянським суспільством. Отже, до деякої міри — це «контроль за контролюючими». Таким чином, існує відповідна єдність між контролем державним і громадським щодо виконання соціальних завдань, ефективністю соціальної політики, а отже — дієвим захистом прав, свобод і законних інтересів громадян.

Щодо третього виду контролю (міжнародний контроль) насамперед слід зупинитися на системі міжнародних контрольних гарантій, їх наднаціональному рівні, що здійснюються наднаціональними інститутами. Особливе місце міжнародний контроль відіграє у галузі прав людини (міжнародна система захисту прав людини, європейські правозахисні механізми). Одним з суттєвих спрямувань такого контролю є контроль у сфері охорони здоров'я.

«Про соціолого-правову та теоретико-методологічну складову інституційного забезпечення державного контролю» —

таку назву має доповідь *Василя Костицького*, доктора юридичних наук, професора, академіка НАПрН України, Президента Асоціації українських правників. В ній зазначено, що сучасна ліберальна держава будується на верховенстві права, приматі прав і свобод людини, яка проголошена найвищою соціальною цінністю, а тому обмежена правом: зміст і спрямованість діяльності держави визначають права і свободи людини (ст. 3 Конституції України), органи державної влади і органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами (ст. 19 Конституції України).

Ці ліберальні цінності сьогодні вступили у протиріччя, зумовлені викликами, які у традиційних рамках ліберальної держави реалізувати майже нереально (питання охорони довкілля, забезпечення права людини на сприятливе довкілля та уникнення глобальної екологічної катастрофи, подолання бідності, протидія тероризму тощо).

Одним із першорядних завдань моделювання сучасної держави вважаємо повернення влади народу і здійснення державної та самоврядної влади в інтересах народу, про що мріяв у свій час Ж.-Ж. Руссо. Зрештою відповідно до статті 5 Конституції України народ є носієм суверенітету та єдиним джерелом влади. Влада народу здійснюється ним через канали прямої демократії (вибори, референдум, право законодавчої ініціативи), а також державою через законодавчу, судову, контрольно-наглядову, атестаційну та виконавчу гілки влади. Місцеве самоврядування реалізує владу народу через місцеві референдуми, територіальні ради, їх органи виконавчої влади та інститут сільських, селищних та міських голів, а також через органи громадської самодіяльності — домові, вуличні, квартальні комітети, батьківські комітети у школах, громадські ради.

Сьогодні актуальною проблемою є оптимізація влади. Оптимальним для людини і нормального суспільного життя є стан рівноваги та дотримання балансів між гілками влади, між секторами громадянського суспільства та між громадянським



суспільством і державою. Такий ідеальний на нашу думку стан досягається із настанням ери правової держави, яка виявляється свого роду компромісом між етатичною державою минулого, яка вивищувалася над суспільством та контролювала його аж до втручання у приватне і сімейне життя, а також крайнім лібералізмом, що супроводжується проявами анархізму, військової секторів економіки, охлократичних способів здійснення влади та навіть зловживання правом.

Доповідач зазначив, що ним обґрунтована концепція нового підходу до поділу влади на засадах народного суверенітету та врахування того, що народ є не тільки носієм суверенітету і єдиним джерелом влади, але й суб'єктом влади, який здійснює владу безпосередньо, через органи представницької влади, а також через органи функціональної влади, до якої окрім виконавчої влади (державної і самоврядної) віднесено також і контрольно-наглядові і атестаційні органи влади.

Такий підхід гарантує розширення демократії та появу у народу ще одного каналу для здійснення влади народом. Доповідачем запропоновано конституювати формування органів контрольно-наглядової влади виключно із представників професійних громадських організацій. Важливим тут є можливість такого способу формування органів контрольно-наглядової ради за допомогою органів атестаційної влади, які також мають створюватися на позапартійній основі.

У своїй доповіді «Правове регулювання громадського контролю в Україні: сучасний стан та перспективи удосконалення» **Наталія Пархоменко**, доктор юридичних наук, професор, вчений секретар Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, наголосила, що ефективність проведення реформ в Україні, приведення законодавства у відповідність до європейських принципів та міжнародних стандартів залежать від багатьох чинників, серед яких легітимність, що може бути забезпечена шляхом налагодження діалогу та зворотного зв'язку між органами влади та громадянами. Одним із засобів такого зв'язку є громадський контроль за діяльністю органів влади, проведення якого передбачає право-

ве, організаційне та інституційне забезпечення. Важливе значення при цьому мають як акти національного законодавства, так і міжнародні правові акти.

Аналіз стану правового забезпечення здійснення громадського контролю в Україні дає змогу стверджувати про недостатність та недосконалість чинного законодавства у цій сфері. Наразі законодавство України лише у двох правових актах містить поняття громадського контролю. Йдеться про ч. 2 статті 17 «Контроль за забезпеченням доступу до публічної інформації» Закону України «Про доступ до публічної інформації» 2011 року. Саме в цьому законі вперше було використано термін «громадський контроль» та прямо зазначено: «Громадський контроль за забезпеченням розпорядниками інформації доступу до публічної інформації здійснюється депутатами місцевих рад, громадськими організаціями, громадськими радами, громадянами особисто шляхом проведення відповідних громадських слухань, громадської експертизи тощо».

У п. 4. Типового положення про громадську раду при міністерстві, іншому центральному органі виконавчої влади, Раді міністрів Автономної Республіки Крим, обласній, Київській та Севастопольській міській, районній, районній у м. Києві та Севастополі державній адміністрації, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 3 листопада 2010 р. № 996, зазначено: громадська рада відповідно до покладених на неї завдань: 5) здійснює громадський контроль за врахуванням органом пропозицій та зауважень громадськості, забезпечення ним прозорості та відкритості своєї діяльності, доступу до публічної інформації, яка знаходиться у його володінні, а також дотриманням ним нормативно-правових актів, спрямованих на запобігання та протидію корупції.

В Україні відсутній окремий закон, спрямований на запровадження в Україні інституту громадського контролю за діяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, який би системно та комплексно регулював відповідні суспільні відносини. І протягом останніх

двадцяти років, такий закон не вдалося прийняти. Йдеться про низку проектів законів «Про громадський контроль». Зокрема, спроби врегулювати ці питання відбувались у 2001, 2004, 2014, 2015 роках. У зазначених проектах визначалось поняття, завдання, суб'єкти та об'єкти, напрями, заходи та способи громадського контролю. Загалом пропонувався механізм громадського контролю за діяльністю органів виконавчої влади.

Крім визначення поняття громадського контролю, зазначені законопроекти містять механізм його проведення.

Визначені проектом завдання та способи здійснення громадського контролю, по суті, мають ознаки, властиві державному контролю; не мають при цьому процедури їх реалізації, або ця процедура є суперечливою, незавершеною, що зумовить труднощі при правозастосуванні відповідних норм закону.

Наразі в Україні тривають процеси, пов'язані із створенням нормативно-правової бази організації та проведення громадського контролю. Востаннє дане питання ініціювалось у 2018 році народним депутатом України С. М. Капліним. Зокрема, він підготував проект Закону України «Про громадянський контроль за діяльністю органів влади, їх посадових і службових осіб», який передано на опрацювання до Комітету з питань правової політики та правосуддя Верховної Ради України. Тобто замість поняття «громадський», вводиться поняття «громадянський контроль», змістом якого є *громадянський контроль* за діяльністю органів влади, їх посадових і службових осіб.

Законопроектом змінюється концептуальний підхід до громадського контролю, його завдань, способів, механізмів проведення. Зокрема, потребує аналізу заміна терміна «громадський» на «громадянський».

Слово «громадський» утворене від іменника громада і означає не державний, не службовий, добровільний; такий, що стосується всього населення або окремого колективу. Або який виникає, відбувається в суспільстві або стосується суспільства, зв'язаний з ним; суспільний. Належний усій громаді, усьому суспільству; колективний.

Окремі положення проекту є дискусійними. Зокрема, чи повною мірою відповідає демократичним європейським принципам презумпції невинуватості, належного урядування та дорадчої демократії положення щодо можливості суб'єктів громадянського контролю складати списки посадових і службових осіб органів влади, які систематично порушують вимоги актів законодавства, етику державного службовця, посадової особи місцевого самоврядування, права та законні інтереси громадян з їх розміщенням на відповідних веб-сайтах суб'єктів громадянського контролю та в засобах масової інформації.

Аналіз зазначених нормативно-правових актів та проектів законів у сфері запровадження громадського контролю дає змогу стверджувати, що наразі правове регулювання громадського контролю в Україні має такі особливості: відсутність достатньої та досконалої правової бази для ефективних механізмів проведення громадського контролю, низька ефективність відповідних законодавству форм громадського контролю, що у підсумку загострює питання можливості впливу громадськості на діяльність органів влади, налагодження діалогу влади і громадянського суспільства.

Питанням контролю завжди приділялася значна увага як у теоретичному осмисленні, так і практичній реалізації здійснення та правового забезпечення контролю як однієї із функцій державних органів, способу забезпечення законності і дисципліни в державному управлінні, – зазначила у своїй доповіді «Контроль в системі органів виконавчої влади: пошуки ефективних рішень» *Ольга Андрійко*, доктор юридичних наук, завідувач відділом проблем державного управління та адміністративного права Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України.

Сьогодні в нових економічних, політичних, соціальних реаліях проблеми функціонування контролю потребують нових підходів, переосмислення та ефективних рішень. Контроль є складовою управлінської діяльності і важливою функцією діяльності органів виконавчої влади. Чим складніше вибудована система органів виконавчої влади, зв'язки з іншими дер-

жавними і недержавними структурами, громадянами, тим більша має бути увага до функції контролю, яка спрямована на перевірку виконання поставлених завдань, виявлення факторів, що негативно впливають на їх виконання та відповідне реагування на виявлені правопорушення.

Дієвий та результативний контроль над владою, зазначається в літературі, «можливий в межах демократичної конституційної держави, де має місце розподіл влади, де вона належним чином урегульована, обмежена, доступна, передбачувана, ефективна і підконтрольна».

Основними проблемами і сьогодні залишаються низька ефективність контрольної діяльності та недостатнє організаційно-правове забезпечення контролю, а застосування нових форм громадського контролю супроводжується і значними його ризиками, що мають місце при формуванні нових відносин в державі. Дієвість і ефективність контролю проявляється при досягненні цілей і завдань, на виконання яких він спрямований. Ефективність контролю має безпосередній зв'язок із забезпеченням незалежності його здійснення. Відповідний правовий статус контролюючих органів дає їм можливість попереджувати неправомірні дії, оперативно їх виявляти, а в разі неналежного виконання обов'язків посадовими особами, застосовувати заходи впливу.

В українському законодавстві відсутня чіткість визначення функціонального призначення контролю і нагляду. Недостатня увага до термінології, чіткості понять, що використовуються в нормативних актах, веде до неоднозначності їх розуміння та застосування на практиці.

Терміни «контроль» і «нагляд» мають самостійне призначення і зміст, а крім того органи, що їх здійснюють наділені різними повноваженнями відносно суб'єктів, діяльність яких контролюється. До специфічних ознак контролю відносять: це одна із функцій управління; контроль є багатоаспектною діяльністю, при його здійсненні проводиться аналіз ситуації, виявлення можливих порушень та їх причини; його спрямованість переважно на попередження неправомірних наслідків.

У процесі контролю перевіряється не лише дотримання правових норм та спеціальних правил, як при здійсненні нагляду, а й діяльність відповідних органів, посадових осіб у межах їх компетенції, доцільність та ефективність такої діяльності.

Нагляд розглядається як окремий вид контролю, певна його форма, застосування якої при виявленні порушень супроводжується заходами впливу державно-владного характеру. Нагляд в основному спрямований на дотримання правової форми діяльності суб'єктом. Органи, що здійснюють нагляд, не наділені владними повноваженнями. Вони фіксують правопорушення і передають матеріали до органу, наділеному правом застосовувати заходи впливу.

Стратегія реформування державного управління України на 2016-2020 роки передбачає здійснення моніторингу, аналізу і регулярного звітування щодо реалізації стратегій реформування державного управління, а забезпечення контролю за станом проведення пріоритетних реформ і зокрема реформи державного управління здійснюється Кабінетом Міністрів України, як вищим органом в системі органів виконавчої влади.

Водночас усі види державного контролю тісно пов'язані між собою, можуть перетинатися, доповнювати один одного, здійснюються в різному обсязі, з різних позицій та в різних формах.

При внутрішньому і зовнішньому контролі за діяльністю органів виконавчої влади здійснюється перевірка як доцільності здійснення діяльності, так і здійснення її в межах визначених повноважень, вибору форм і методів, що є найбільш оптимальними для вирішення поставлених завдань.

Закономірності розвитку та взаємодія державного і громадського контролю у сфері діяльності органів виконавчої влади викликають потребу пошуку і використання багатоаспектного підходу для їх всебічного розгляду у галузевих юридичних науках. Особливо це стосується контролю діяльності органів виконавчої влади та науки адміністративного права.

Недостатньої ефективності контролю залишається і полягає не стільки в недостатній кількості контролюючих інстанцій чи навпаки в їх значній кількості, скільки в недостатній упоряд-

кованості контрольної діяльності та її мотивації та правовому забезпеченні.

Існує потреба у нових підходах до визначення завдань контролю, принципах, формах та методах, правовому забезпеченні здійснення державного контролю діяльності органів виконавчої влади та методики його проведення, зрозумілої контролюючим і контрольованим. Необхідно формувати ефективну систему попереднього контролю, йдеться про законодавче закріплення превентивної функції контролю, його можливостей як засобу зворотного зв'язку належного виконання органами та посадовими особами своїх повноважень та виконання покладених обов'язків. Вважаємо доцільною і актуальною сьогодні підготовку Концепції державного контролю в системі органів виконавчої влади.

Проблемам президентського контролю була присвячена доповідь «До питання про контроль Президента України за актами уряду: проблеми і перспективи» *Володимира Кампо*, судді Конституційного Суду України у відставці, кандидата юридичних наук. Зокрема, він наголосив, що відповідно до Конституції України глава держави наділений правом контролю за актами уряду (пункт 15 частини першої статті 106) шляхом зупинення їх дії з мотивів невідповідності Основному Закону держави з одночасним зверненням до Конституційного Суду України (далі – КСУ) щодо їх конституційності. Цей контроль відповідає парламентсько-президентській формі правління, що діяла у 2006-2010 роках та була відновлена в Україні у 2014 році.

У 2006-2010 роках, коли вперше була апробована парламентсько-президентська форма правління в Україні, парламент підтримував Прем'єр-міністра України. А у 2014-2018 роках парламентська більшість підтримує Президента України. Тобто в межах однієї форми правління можливі два різні механізми здійснення державної влади: через главу уряду або – главу держави.

У своєму щорічному посланні до Верховної Ради України «Про внутрішнє та зовнішнє становище України в 2018 році»,

з яким Президент України П. Порошенко виступив у парламенті 20 вересня 2018 року, він заявив, що жодного разу за всі роки президентства (з 2014 року) «не скористався своїм законним правом **призупиняти рішення Кабінету Міністрів України із одночасним зверненням до Конституційного Суду України**». Зрозуміло, що ці слова глави держави були адресовані уряду та депутатам від парламентської більшості.

Своєю позицією щодо невикористання права зупиняти рішення КМУ із одночасним зверненням до КСУ Президент П. Порошенко фактично запевнив український політичний клас, що він залишається вірним загальнокласовим інтересам і не збирається застосовувати це право для інших цілей. Зрозуміло, що в таких умовах народ має право захищати свої права та інтереси, що ігноруються урядом, через різні форми демократії, доказуючи, що саме він є джерелом влади у державі.

Якщо народ буде боротися, тоді Президент України змушений буде задуматись над тим, як гармонізувати його інтереси та інтереси українського політичного класу. Це очевидним є сьогодні, коли, як вважають експерти, в Україні встановлюється маркетингова демократія, заснована на конкуренції суспільних запитів і владних пропозицій.

З формального боку інститут зупинення Президентом України рішень КМУ із одночасним зверненням до КСУ мав би бути засобом забезпечення виконання і дотримання Конституції України урядом, інструментом захисту гідності та прав людини від урядового свавілля тощо. Проте сьогодні даний інститут фактично не виконує своєї ролі, залишаючись номінальним.

Глава держави не може бути байдужий до діяльності уряду, так як саме виконавча влада є основним механізмом реалізації його передвиборної програми, а відтак – внутрішньої та зовнішньої політики. Однак основним засобом коригування та контролю за діяльністю уряду нині є не зазначений інститут, а парламентська більшість, через яку Президент П. Порошенко проводить свою політику, зокрема щодо уряду.



Суспільна практика вказує на те, що підстав для застосування конституційної норми про призупинення Президентом України рішень КМУ із одночасним зверненням до КСУ, існує більш ніж достатньо. Причому главі держави важливо звертати увагу на порушення цими рішеннями не тільки матеріальних, але й процедуральних (процесуальних) конституційних норм.

Підстави для конституційних подань Президента України на рішення КМУ фактично базуються на текстуальному розумінні Конституції України. Але ще є доктринальне розуміння Конституції, застосування якого може суттєво збільшити кількість таких підстав. Однак спочатку слід владнати справи хоча б з тими підставами, що засновані на її текстуальному розумінні.

Ігнорування фактів порушення чинної Конституції України рішеннями КМУ загрожує деконституціоналізацією, тобто «омертвінням» інституту звернення Президента України до КСУ щодо цих рішень. Це у свою чергу може мати різні негативні наслідки аж до тих, що породили Революцію гідності.

На практиці поки уряд співпрацює з главою держави та його парламентською більшістю інститут звернення до КСУ щодо конституційності урядових актів залишається лише запасною президентською зброєю. Ця зброя може бути, а може і не бути застосована – у залежності від політичної ситуації. Проте у будь-якому випадку тут потрібна гнучка і далекоглядна політика.

Наведене вказує на те, що громадянському суспільству та особливо конституційно-паравовій науці слід більше уваги приділяти інституту звернення Президента України до КСУ щодо конституційності актів уряду, незалежно від політичної ситуації.

Очевидно, що Президент України повинен реально виконувати пункт 15 частини першої статті 106 Конституції України. Проте до цього його має «надихати» не тільки Основний Закон, але й громадянське суспільство, що повинно звільнятися від конституційного нігілізму та патерналізму, зокрема за допомогою системної конституційної просвіти.

Проблемі конституювання контрольної гілки влади приділив увагу у своїй доповіді «Контрольна гілка влади: інституціональний контекст функціональної парадигми» **Володимир Сухонос**, завідувач кафедри конституційного права, теорії та історії держави і права Сумського державного університету, доктор юридичних наук, професор.

Згідно з Конституцією (ст. 6) державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову.

При цьому Конституція України закріпила: «Єдиним органом законодавчої влади в Україні є парламент – Верховна Рада України» (ст. 75), а «Кабінет Міністрів України є вищим органом у системі органів виконавчої влади» (ч. I ст. 113). Проте майже одразу виникла проблема віднесення до тієї чи іншої гілки влади Президента України, адже без його підпису законопроект за звичайних обставин ніколи не стане законом, тобто глава держави безпосередньо бере участь у законотворчості. Водночас він це може робити й опосередковано – через референдум, яким може бути змінено Основний Закон держави – Конституцію (п. 6 ст. 106 Конституції). З іншого боку, віднесення Президента України до виконавчої гілки влади одразу піднімає питання про його право зупиняти дію актів Кабінету Міністрів (п. 15 ст. 106), незважаючи на те, що саме останній є найвищим органом виконавчої влади. І хоча, на нашу думку, Президент України, як глава держави, не може бути віднесений до жодної з гілок влади: він стоїть над поділом влади, проте сама проблема із визначенням його місця в системі вищих органів державної влади постає винятково через існування в Україні інституціонального поділу влади на додаток до функціонального: парламент оголошується єдиним органом законодавчої влади, а уряд – вищим органом виконавчої влади. При цьому судова влада немовби «залишається у повітрі»: конституційно судам не надається судова влада (це надолужується через спеціальний закон «Про судоустрій і статус суддів»), ними лише «здійснюється правосуддя в Україні». Щодо Конституційного Суду, то він, згідно із ст. 147, є «єдиним

органом конституційної юрисдикції в Україні». При цьому знову ж таки не закріплюється, що Конституційному Суду належить вища судова влада.

Крім того, існує низка органів, місце яких на сьогодні не визначене. Зокрема, Національний Банк України формально реалізує окремі повноваження в сфері виконавчої влади, не підпорядковується Кабінету Міністрів. Великі проблеми також постають при визначенні місця Прокуратури України в системі органів державної влади.

Їх віднесення до судової або до виконавчої влади піднімає досить багато питань щодо підпорядкування. Більше того, фактично питання судової влади залишається невирішеним внаслідок відсутності в Україні розвиненого прецедентного права, а тому не можна врешті-решт погодитися з основоположником теорії поділу влади Монтеस्क'є, який вважав судову владу лише тією частиною виконавчої влади, діяльність якої спрямована всередину країни. Поряд з існуванням трьох основних класичних гілок влади: законодавчої, виконавчої та судової, – сьогодні дедалі частіше постає питання про запровадження четвертої гілки влади – контрольної або контрольно-наглядової.

Сьогодні в Україні не існує органу, який би однозначно отожднювався із контрольною владою, хоча здійснення контролю означає можливість державного втручання у випадку порушення правових норм, що, безсумнівно, сприятиме нормальному функціонуванню системи органів державної влади.

Функціональний поділ державної влади в Україні повинен спиратися на три гілки: *законодавча влада*, яка встановлює загальні правила функціонування суспільства та державного апарату, *виконавча влада*, яка організовує виконання означених правил, та *контрольна влада*, яка організовує покарання за порушення означених правил і наглядає за тим, щоб законодавча та виконавча гілки не виходили за встановлені законодавством межі.

Контрольні повноваження може також здійснювати й глава держави. Проблема ефективності президентського контролю

винятково важливого значення набула для діяльності органів виконавчої влади. Ефективний президентський контроль дозволяє не лише своєчасно викривати вади й недоліки, але й робити необхідні висновки щодо усунення різного роду негативних явищ в управлінській діяльності, а також визначати причини, які їх породжують і уживати заходів з попередження та недопущення відхилень у майбутньому. Це істотно впливає на хід ефективного функціонування органів виконавчої влади. Результатом ефективного президентського контролю повинно стати раціональне, грамотне, диференційоване використання наявних у країні ресурсів: матеріальних, трудових, правових, інформаційних тощо.

Сьогодні президентський контроль може бути як безпосереднім (в рамках реалізації повноважень глави держави як гаранта додержання Конституції України), так і опосередкованим – через діяльність його консультативно-дорадчого апарату та інституціональних підрозділів, які здійснюють нагляд за виконанням усіма державними органами відповідних нормативно-правових актів, а також тих державних програм, що спрямовані на виявлення різноманітних недоліків у організації державного управління та, на цій основі, прийняття необхідних рішень з усунення та попередження порушень у майбутньому.

Крім того, в останні роки за кордоном відбувається пошук нових шляхів досягнення більш високого рівня контролю. Зокрема, контрольні інституції, що пов'язані з діяльністю глави держави, існують в низці країн. Наприклад, у США є органи, що поєднують функції фінансово-економічного та адміністративного контролю. Зокрема, Президентська рада з питань чесності й ефективності, яка згодом трансформувалася в Адміністративно-бюджетне управління (АБУ) Президента США і на сьогодні, окрім функцій фінансового контролю, здійснює оцінку ефективності усіх організаційних та управлінських інституцій виконавчої влади.

Закріплення на конституційному рівні функціонального поділу влади на законодавчу, виконавчу та контрольну надовго

унеможливить пошук четвертої, п'ятої та інших гілок влади. З іншого боку, функціональний поділ влади на інституціональному рівні втілюватиметься у відповідних органах державної влади – парламенті, уряді, судових та правоохоронних органах, НБУ і, звісно, главі держави.

Вищезазначені органи, будуть не лише врівноважувати один одного, а й взаємодіяти, забезпечуючи принцип єдності державної влади. Саме тому редакція ч. першої ст. 6 Конституції України державна влада в Україні здійснюється на засадах її функціонального поділу на законодавчу, виконавчу і судову матиме право на існування і в майбутньому.

Історичному досвіду здійснення контрольної діяльності в Україні присвячено доповідь «Дискусійні питання організації контролю за державним апаратом в перші роки радянської влади в Україні» *Георгія Усенка*, професора, завідувача відділу історико-правових досліджень Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Він наголосив, що досвід розбудови контрольних органів у Радянській Україні є доволі неоднозначним і, всупереч деяким сучасним необґрунтованим міфам, далеко не завжди лише негативним. Особливий інтерес викликають різні моделі організації контрольних органів, які пропонувалися в той час.

Так, історія контрольних органів Радянської України починається із створення відділу контролю, який спочатку існував на правах відділу ЦВК Рад України, а потім реорганізувався в Народне секретарство державного контролю.

У січні 1919 р. у складі уряду УСРР утворили відділ контролю, згодом у березні 1919 р. перетворений у Народний комісаріат державного контролю (НКДК) УСРР. До структури наркомату на правах автономного підрозділу входила Верховна соціалістична інспекція (ВСІ). Якщо органи НКДК загалом здійснювали фінансово-господарчий контроль, то на органи ВСІ покладалася інспекційно-контрольна діяльність, спрямована на поліпшення змісту державних установ. 5 травня 1919 р. ВСІ була перетворена в самостійний наркомат Радянської соціалістичної інспекції. Новостворений орган мав об'єднати роботу

всіх відомчих контрольно-інспекційних органів для проведення боротьби з порушеннями законів, зловживаннями тощо у державному апараті. На відміну від держконтролю органи РСІ перевіряли відповідність діяльності ревізованих установ загальній політиці радянської влади, дбали про усунення міжвідомчих чвар, укріплення зв'язку між центром і периферією. Одночасне існування наркоматів державного контролю і радянської соціалістичної інспекції було особливістю України, оскільки в РСФРР існувало єдине контрольне відомство.

З черговим відновленням радянської влади восени 1919 р. розбудова контрольних органів УСРР стала здійснюватися за російським зразком.

На територію УСРР була поширена дія Положення про Робітничо-селянську інспекцію ВЦВК РСФРР від 7 лютого 1920 р. Усі установи колишніх наркоматів держконтролю та радянської соціалістичної інспекції РСІ УССР були перетворені на єдиний орган соціалістичного контролю – Всеукраїнську РСІ.

У середині травня 1920 р. IV Всеукраїнський з'їзд Рад уточнив, що Робітничо-селянська інспекція не входить до об'єднаних наркоматів, вона була перетворена на Народний комісаріат робітничо-селянської інспекції України в травні 1920 р.

З переходом до нової економічної політики 26 липня 1922 р. було створено Народний комісаріат робітничо-селянського контролю УСРР.

Чергова реорганізація контрольних органів уже після створення СРСР була ініційована відомими статтями В. І. Леніна «Як нам реорганізувати Робселын» та «Краще менше та краще», які після тривалої внутрішньопартійної боротьби знайшли відображення у постанові XII з'їзду РКП(б) «Про завдання РСІ та ЦКК» (25 квітня 1923 р.), а ще раніше у резолюції VII конференції КП(б)У (10 квітня 1923 р.). На засадах, визначених у згаданих партійних постановах, 29 серпня 1923 р. ВУЦВК реорганізував Народний комісаріат державного контролю УСРР у Народний комісаріат робітничо-селянської інспекції з одночасним затвердженням положення про новоутворений

наркомат. У квітні-травні 1923 р. відбулося й організаційне оформлення НК РСІ СРСР. А 12 листопада 1923 р. ЦВК СРСР затвердив положення про НК РСІ СРСР.

Унаслідок зазначених перетворень пріоритетним напрямом діяльності контрольних органів стало «розв'язання завдання реорганізації державного апарату на нових началах, розроблення і формулювання її конкретного змісту, проведення у життя необхідних практичних заходів і погодження заходів, вживаних радянськими і партійними установами, а також окремими організаціями».

Інтегровані органи партійно-державного контролю проіснували до 1934 року, коли за постановою XVII з'їзду ВКП(б) функції і апарат РСІ був переданий комісіям радянського контролю при РНК, а Центральної контрольної комісії – комісії партійного контролю при ЦК ВКП(б). Аналогічну реорганізацію було проведено і в УСРР.

З часом було знищено і своєрідне розділення владних партійних повноважень між ЦК і ЦКК. Ця загальна тенденція не перекреслює того, що в певні історичні моменти участь «демократичного елемента» в державному контролі була цілком реальною і вагомою.

Відповідно, напрошуються і певні історичні паралелі. Сьогодні реальністю стало певне протистояння між службовцями державного апарату і новими «громадськими контролерами» від різних антикорупційних (за назвою) та інших недержавних організацій. Проте згадані «представники громадськості» непогано фінансуються і до певної міри є «професійними революціонерами» нашого часу чи навіть неприкритими виразниками інтересів певних політичних сил. Звідси впливає завдання творчого використання як сучасної практики волонтерського руху, так і всього попереднього історичного досвіду для створення організаційно-правових передумов розбудови дійсно демократичної системи публічного контролю в Україні.

Досвід минулого, на нашу думку, також свідчить, що немає єдиних для всіх часів завдань і напрямів діяльності органів

контролю. Зокрема, у перехідний (транзитивний) період державотворення роль таких органів може помітно зростати, особливо коли йдеться про подолання кризових явищ у роботі державного апарату.

Видається, загалом і політично, і практично доцільніше, якщо контрольні установи у центрі та на місцях підпорядковуються представницьким органам. Нині в Україні співіснують парламентський контроль і урядовий контроль, кожний зі своїми уповноваженими структурами, а проблема полягає у знаходженні належного балансу між цими двома видами контролю.

Незважаючи на певні варті уваги аспекти своєї діяльності, загалом радянські контрольні органи не лише не змогли перешкодити створенню адміністративно-командної системи управління, але й стали з часом вагомим елементом цієї системи. В умовах формування режиму особистої влади Й. В. Сталіна вони нерідко використовувалися з репресивною метою проти опозиції, дійсної чи уявної. Головними методами діяльності РСІ були адміністративні та репресивні заходи: адміністративні покарання, політичні чистки, скорочення штатів тощо.

У доповіді «Окремі питання взаємодії громадянського суспільства та органів державної влади» кандидата юридичних наук, директора Інституту права ім. О. О. Малиновського Національного університету «Острозька академія» **Сергія Іщука** наголошувалося, що питання конституційно-правового регулювання відносин у сфері взаємодії громадянського суспільства із державою є однією із найбільш актуальних проблем сучасного процесу оновлення Конституції України, оскільки для ефективного суспільного розвитку недостатньо врегулювати питання участі держави у процесах реформування, важливо гарантувати умови активної участі інститутів громадянського суспільства у таких процесах. Як показав досвід багатьох країн, які успішно провели реформи, вирішення складних суспільних проблем пов'язано не лише з розбудовою національної державності, а й зі становленням громадянського суспільства, створенням ефективних механізмів саморегуляції соціальних



процесів. Доповідач особливо наголосив на значенні взаємного контролю громадянського суспільства і держави. Особливо в умовах становлення та зміцнення інститутів громадянського суспільства та реалізації спільної стратегії модернізації українського суспільства і входження в співдружність європейських націй.

Починаючи із 2014 року в Україні на законодавчому рівні було забезпечено можливості участі інститутів громадянського суспільства у здійсненні контролю, особливо при процедурі публічних закупівель та у процесах боротьби із корупцією. Так, відповідно до статті 9 Закону України «Про публічні закупівлі» громадський контроль під час здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб держави та територіальної громади забезпечується через вільний доступ до всієї інформації щодо публічних закупівель, яка підлягає оприлюдненню, до аналізу та моніторингу інформації, розміщеної в електронній системі закупівель, а також шляхом інформування через електронну систему закупівель або письмово органів, уповноважених на здійснення контролю, про виявлені порушення законодавства у сфері публічних закупівель та недоліки роботи електронної системи закупівель.

У системі правових та організаційних засад запобігання корупції в Україні представники громадських об'єднань та фізичні особи наділені також можуть бути залучені до діяльності щодо запобігання корупції. Статтею 21 Закону України «Про запобігання корупції» передбачено низку прав представників громадянського суспільства під час здійснення такої діяльності, серед яких право повідомляти про виявлені факти вчинення корупційних правопорушень, конфлікт інтересів спеціально уповноваженим суб'єктам у сфері протидії корупції; право проводити, замовляти проведення громадської антикорупційної експертизи нормативно-правових актів та проєктів нормативно-правових актів, подавати за результатами експертизи пропозиції до відповідних органів, отримувати від відповідних органів інформацію про врахування поданих пропозицій; здійснювати громадський контроль за виконанням

законів у сфері запобігання корупції з використанням при цьому таких форм контролю, які не суперечать законодавству.

Завершилася конференція прийняттям рекомендацій, які передбачають здійснення комплексних досліджень проблем державного, громадського та міжнародного контролю на між-дисциплінарному, кроссекторальному рівні з врахуванням європейського досвіду та європейських стандартів; посилення системної співпраці вчених правознавців та фахівців в галузі державного управління в дослідження проблем контролю; ініціювання розробки та прийняття Закону «Про контроль в Україні», підготовка аналітичної наукової доповіді для центральних органів державної влади «Контроль за діяльністю органів публічної влади: національний досвід та міжнародні стандарти»; підготовку та видання монографії в 2019 році «Конституційно-правове забезпечення контролю в сфері діяльності органів державної влади і місцевого самоврядування у світлі сучасних європейських стандартів»; проведення наукових заходів з проблем конституційної просвіти; видання матеріалів науково-практичної конференції «Конституційно-правове забезпечення та європейські стандарти контролю у сфері діяльності органів державної влади і місцевого самоврядування» окремою збіркою.

**О. В. СКРИПНЮК**

**СУДОВА ВЛАДА:  
ДОКТРИНАЛЬНИЙ ВИМІР**

У монографії М. С. Булкат викладено результати дослідження теоретико-правових питань судової влади\*. Узагальнено наявні положення, а також встановлено ті, що потребують певного доопрацювання, уточнення або концептуального перегляду.

Серед переваг цього видання можна відзначити авторський підхід до формування історіографії. Так, у дослідженні враховано здобутки понад чотирьохсот вітчизняних монографічних робіт, які присвячені питанням судової влади, а також окремі статейні виклади та довідкові матеріали – всього понад сімсот наукових джерел. Це вагомий пласт вітчизняної доктрини судової влади.

Крім того, проведеним дослідженням, результати якого викладено у цьому виданні, достатньо достовірно узагальнено «псевдометодологічний» алгоритм, використання якого, на жаль, є надзвичайно розповсюдженим у вітчизняній науці. А саме: 1) констатація існування окремих складових у структу-

---

© СКРИПНЮК Олександр Васильович – доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України, Заслужений юрист України, заступник директора з наукової роботи Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

\* Булкат М. С. Теоретико-правові засади розвитку та функціонування судової влади. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2018. 504 с.

рі судової влади (при цьому до уваги переважно взято аспект законодавчого регулювання). Наприклад, констатація існування тих чи інших судових органів, посадових осіб або процесуальних складових, які передбачені чинним законодавчим урегулюванням; 2) «наукова легітимізація» норм чинного законодавства з питань судової влади — їх опис та пояснення засобами юридичної науки, порівняння із законодавчим урегулюванням відповідних аспектів у зарубіжних країнах тощо.

Автор слушно відмітила, що унормування тих чи інших сфер діяльності у державах, які перебувають на етапі становлення, зазнає постійної апробації практикою і перманентного коригування, вдосконалення, часткової або повної зміни згідно із потребами розвитку конкретного суспільства і держави. У зв'язку з цим дослідження, які у своїй основі «спираються» на законодавчі норми, швидко втрачають актуальність.

Таке зосередження вітчизняної правничої науки на виконанні «псевдометодологічного» алгоритму призводить до існування численних наукових праць, у яких з періодичністю 3-5 років пропонуються та описуються суперечливі розуміння судової влади, три-, чотири-, п'ятиланкові структури судової системи, періодично обґрунтовується необхідність або недоцільність одних і тих самих спеціалізованих елементів у системі органів судової влади та багато іншого.

Як результат, у випадках переважної залежності правової науки від законодавчої практики втрачається значення її прогностичної функції. Про це неодноразово зазначали відомі науковці та практики.

У цьому контексті надзвичайно влучним видається твердження, що нинішній стан розвитку науки відзначено численними галузевими дослідженнями, які стосуються окремих практичних питань функціонування держави і права. Однак їх аналіз засвідчує нагальну потребу в необхідності саме теоретичних наукових праць, які є основою, «дорогоказом» вивчення практичних аспектів, повинні їм передувати.

Теоретико-правові положення за своєю суттю мають надважливе призначення. Вони покликані «пояснити» приро-

ду того чи іншого наукового поняття, його суть і зміст, уніфікувати термінологію та обґрунтувати відповідні положення.

З огляду на зазначене варто відзначити, що М. С. Булкат, безперечно, впоралась із поставленими завданнями. **У монографії поетапно обґрунтовано та запропоновано до наукового вжитку дев'ятнадцять теоретико-правових визначень, які становлять комплексний підхід до розуміння теоретико-правових засад судової влади.**

У першому розділі висвітлено питання генези розвитку судочинства, судової влади на теренах України та її періодизації. Досліджено аспект співвідношення історичного розвитку судочинства, судової влади та доктрини судової влади. Запропоновано авторські визначення таких процесів, як «історичний розвиток (генеза) судочинства, судової влади» та «розвиток доктрини судової влади», дефініції «концепція судової влади» і «теорія судової влади».

У другому розділі книги узагальнено наявні наукові положення щодо правової природи судової влади. Запропоновано авторські визначення понять «ознака судової влади», «властивість судової влади». Сформовано підхід до розуміння системи ознак судової влади та її структури. З урахуванням зазначених положень обґрунтовано розуміння теоретико-правового поняття судової влади.

У третьому розділі монографії викладено результати аналізу наявних теоретичних положень про функції та принципи судової влади. Сформовано авторські дефініції «функція судової влади», «система функцій судової влади», «принцип судової влади», «система принципів судової влади».

У четвертому розділі запропоновано визначення понять «орган судової влади», «система органів судової влади». Обґрунтовано підхід до розуміння системи органів судової влади держави (на прикладі України). А також визначено нові напрями подальшого розвитку доктринальних положень про судову владу. При цьому кожен розділ монографії доповнено графічними схемами, таблицями, діаграмами.

Рецензована монографія, безперечно, заслуговує високої оцінки і займе достойне місце не лише серед досліджень у галузі теорії держави і права, а й у практичній площині. Написана доступною мовою, вона знайде свого читача не лише в особі фахівців, але й у всіх, хто цікавиться питаннями розвитку та функціонування судової влади у демократичній, правовій державі.

# ЗМІСТ

---

## *Розділ 1. Теорія держави і права*

<i>Свириденко Г. В.</i> Правомірна поведінка: необхідність системного осмислення .....	3
---	---

## *Розділ 2. Конституційне право*

<i>Батанов О. В., Миколаєнко О. О.</i> Актуальні проблеми конституційно-правового забезпечення соціальної інклюзії в Україні .....	18
--	----

<i>Бучковські Лукаш.</i> Концептуальні проблеми реформування окремих інститутів польського виборчого законодавства .....	31
--	----

<i>Рудик П. А.</i> Модернізація конституційно-правового регулювання конкурсного добору суддів судів загальної юрисдикції України в контексті європейських стандартів на сучасному етапі.....	50
---	----

<i>Сметана В. В.</i> Методологія дослідження правозахисної діяльності у сфері місцевого самоврядування .....	62
---	----

<i>Рагимов К. А.</i> Конституційно-правовий механізм обеспечення права человека на жизнь в Украине и в Азербайджанской Республике .....	75
---	----

## *Розділ 3. Адміністративне право*

<i>Співак М. В.</i> Законодавче забезпечення державної політики у сфері місцевого самоврядування .....	88
---	----

<i>Нефедова А. В.</i> Визначальні ознаки кваліфікації адміністративних проступків.....	99
---	----

**Розділ 4. Цивільне, підприємницьке  
та господарське право**

<i>Короєд С. О.</i> Тягар доведення в цивільному процесі: особливості розподілу обов'язків по доказуванню в договірних спорах.....	111
<i>Горбань Н. С.</i> Про переваги медіації та мирової угоди у виконавчому провадженні .....	121
<i>Бережняк Н. В.</i> Правова сутність поняття зобов'язань із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави.....	134
<i>Гулик А. Г.</i> До питання про понятійно-категоріальний апарат дослідження проблем оптимізації цивільного судочинства .....	146

**Розділ 5. Трудове право**

<i>Головкін О. В., Стадник В. П.</i> Правові особливості перерахунку пенсії працівникам органів прокуратури України .....	158
---	-----

**Розділ 6. Земельне, аграрне та екологічне право**

<i>Сухоребра Т. І.</i> Адміністративна відповідальність за правопорушення у польському природоохоронному законодавстві.....	174
<i>Якубович І. І.</i> Юридичні дефекти правового регулювання експорту зерна з України.....	190

**Розділ 7. Кримінальне право, кримінальний процес  
та криміналістика**

<i>Андрусяк Г. М.</i> Достовірність експертної методики як властивість висновку експерта у кримінальному провадженні .....	202
--	-----



*Кубальський В. Н., Бойко О. О.* Кримінально-правові проблеми протидії корупції у системі органів місцевого самоврядування..... 213

*Митник У. М.* Детермінація домашнього насильства.... 223

### **Розділ 8. Міжнародне право і порівняльне правознавство**

*Плавич В. П.* Системне застосування міжнародного права у внутрішньому (національному) правопорядку України ..... 235

*Фединяк Г. С.* Регулювання права інтелектуальної власності у міжнародному приватному праві ..... 249

*Могілевський В. С.* Місцеве самоврядування як об'єкт міжнародно-правового регулювання та предмет багатосторонніх міжнародних міждержавних угод..... 260

*Яцишин М. Ю.* «Інтернет речей» в системі міжнародно-правової протидії кіберзлочинності..... 287

*Миркеев Я. Ю.* Розвиток міжнародно-правового регулювання діяльності транснаціональних корпорацій у контексті прав людини..... 299

### **Розділ 9. Наукове життя**

*Скрипнюк О. В.* Контроль та проблеми його реалізації на сучасному етапі в Україні (про науково-практичну конференцію «Конституційно-правове забезпечення та європейські стандарти контролю у сфері діяльності органів державної влади і місцевого самоврядування»)..... 310

### **Розділ 10. Рецензії**

*Скрипнюк О. В.* Судова влада: доктринальний вимір..... 339

### До уваги авторів

Захищаючи права авторів, редакція стежить за плагіатом або некоректним використанням статей, опублікованих у журналі. Надіслані статті можуть бути перевірені щодо наявності повторів з текстів, що були опубліковані раніше. Якщо буде встановлено, що стаття містить плагіат або частини чужих текстів без належного посилання, чи виникнуть сумніви щодо авторства статті, редакція залишає за собою право:

- відмовити у публікації;
- опублікувати спростування.

Редакція проводить відбір статей, виходячи виключно з їх наукової цінності. Якщо стаття прийнята до друку, вона розміщується у відкритому доступі, а авторські права належать авторам. Редакція передає отримані матеріали на рецензування членам редакційної колегії.

### Вимоги до оформлення статей збірника «Держава і право»

1. УДК.
2. Прізвище, ім'я та по батькові повністю, науковий ступінь, вчене звання, посада і місце роботи – трьома мовами: укр., рос., англ.
3. Заголовок – трьома мовами: укр., рос., англ.
4. Три анотації: українська + ключові слова, російська + ключові слова, англійська + ключові слова.
5. Обсяг статті – 20 000 знаків (10 сторінок з переліком літератури).
6. Після тексту статті треба зробити розширену англійську анотацію на 2 сторінки, або 4000 знаків.
7. 14 шрифт, полуторний інтервал.
8. Рецензія наукового керівника.
9. Роздрукований текст; електронний варіант.
10. Формат RTF; Windows 98-2003.
11. Бібліографічні посилання оформляти і нумерувати в порядку надходження (1, 2, 3...). Список посилань слід наводити в кінці тексту в такому ж порядку із зазначенням цитованих сторінок.
12. Текст статті має бути особисто підписаний автором до друку з датою підписання.

Наукове видання

**ДЕРЖАВА І ПРАВО**

**ЗБІРНИК НАУКОВИХ ПРАЦЬ**

Серія Юридичні науки

*Випуск 82*

Науковий редактор *І. О. Кресіна*  
Художнє оформлення *В. С. Жиборовського*

Підп. до друку 18.12.2018. Формат 60 x 84 <sup>1</sup>/<sub>16</sub>.  
Ум. друк. арк. 20,23. Наклад 200 прим.

ТОВ «Видавництво «Юридична думка»  
01103, м. Київ, вул. Кіквідзе, 18-а  
Свідоцтво ДК № 1742 від 06.04.2004  
Тел./факс (044) 278-02-23  
E-mail: yurdumka@ukr.net  
www.yurdumka.com

Віддруковано у ТОВ «Талком»  
03115, м. Київ, вул. Львівська, 23  
Свідоцтво ДК № 4538 від 07.05.2013  
Тел./факс (044) 424-40-69

