

ISSN 2224-9281 (Print)  
ISSN 2414-990X (Online)

**Міністерство освіти і науки України**

**Національний юридичний університет  
імені Ярослава Мудрого**

**ПРОБЛЕМИ  
ЗАКОННОСТІ**

**PROBLEMS  
OF LEGALITY**

**ПРОБЛЕМЫ  
ЗАКОННОСТИ**

**Збірник наукових праць**

**Випуск 145**

**Харків  
2019**

*Засновник і видавець: Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого*

*Заснований у 1976 р. Виходить 4 рази на рік*

*Мови видання: українська, англійська, російська*

*Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації:  
серія КВ № 21387-11187 ПР від 17.06.2015 р.*

*Збірник наукових праць включено до категорії «Б»  
Переліку наукових фахових видань України з юридичних наук (спеціальності 081, 082) –  
наказ Міністерства освіти і науки України № 612 від 07.05.2019 р.*

*Рекомендовано до друку та поширення через мережу Інтернет вченою радою  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, протокол № 12 від 24.05.2019 р.*

**Редакційна колегія:** д-р юрид. наук, проф. В. Я. Тацій (відп. ред.); д-р юрид. наук, проф. А. П. Гетьман (заст. відп. ред.); д-р юрид. наук, проф. К. В. Гусаров (відп. секретар); д-р юрид. наук, проф. Ю. Г. Барабаш; д-р юрид. наук, проф. Ю. П. Битяк; канд. юрид. наук, проф. В. В. Комаров; д-р юрид. наук, проф. О. О. Грінченко; д-р юрид. наук, проф. М. І. Інишин; канд. юрид. наук, доц. А. М. Ісаєв; д-р юрид. наук, проф. Я. В. Лазур; канд. юрид. наук, доц. Л. В. Лейба; д-р юрид. наук, проф. В. Я. Настюк; д-р юрид. наук, проф. В. Л. Ортинський; д-р юрид. наук, доц. І. А. Тітко; д-р юрид. наук, проф. В. М. Шевчук; д-р юрид. наук, проф. І. В. Яковюк; д-р юрид. наук, проф. О. М. Ярошенко.

**Іноземні члени редакційної колегії:** д-р юрид. наук, проф. С. О. Балащенко (Білорусь); д-р права, проф. В. Е. Батлер (США); д-р філософії, проф. Л. Груциньський (Польща); д-р юрид. наук, проф. Т. Давуліс (Литва); д-р права, проф. К.-Г. Кестнер (Німеччина); проф. Р. Дж. Лерена (Аргентина); д-р юрид. наук, проф. С. Матюльєне (Литва); д-р права, проф. М. Ф. Монте (Португалія); д-р права, проф. Д. Родрігес-Пінзон (США); д-р права, проф. Р. П. Хуртас-дель Пілар (Колумбія).

**Проблеми законності** : зб. наук. праць / відп. ред. В. Я. Тацій. – Харків : Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого, 2019. – Вип. 145. – 272 с.

У збірнику вміщено наукові статті, присвячені актуальним проблемам правознавства: теорії й історії держави і права, державного будівництва, конституційного, цивільного, трудового, фінансового, господарського, адміністративного, митного, екологічного, кримінального права, кримінального й цивільного процесів, криміналістики, питанням боротьби зі злочинністю.

Для науковців, викладачів, аспірантів, студентів та всіх, хто цікавиться правовою тематикою.

*Збірник наукових праць індексується в Google Scholar, у міжнародних реферативних базах даних «EBSCO Publisher» (США), «WorldCat» (США), «Directory of Open Access Scholarly Resources» (США), «Directory of Open Access Journals» (DOAJ) (Швеція), «Information Matrix for the Analysis of Journals» (Іспанія), «Index Copernicus International» (Польща), «Bielefeld Academic Search Engine» (Німеччина); має повнотекстові мережеві версії в Інтернеті на платформах Національної бібліотеки України імені В. І. Вернадського, «Наукова періодика України», «Central and Eastern European Online Library» (Німеччина), «Worldwide Scientific and Educational Library» (США), Республіканської Міжвузівської Електронної Бібліотеки (Казахстан) та ін. Наразі редколегія провадить роботу щодо входження збірника у Scopus та Web of Science.*

**Адреса редакційної колегії:** Україна, 61024, Харків, вул. Пушкінська, 77,  
e-mail: problzakon@ukr.net

Використання опублікованих у збірнику матеріалів дозволяється за умови обов'язкового посилання на джерело інформації.

При посиланні на матеріали збірника наукових праць «Проблеми законності» слід використовувати транслітеровану назву «Problemy zakonnosti» або «Problems of legality».

*Founder and publisher: Yaroslav Mudryi National Law University*

*Founded in 1976. Published 4 times per year*

*Language of edition: Ukrainian, English, Russian*

*Certificate of the printed mass medium state registration:  
KB № 21387-11187 IIP, 17.06.2015.*

*The collection of scientific papers is included to the category "B"  
of the List of Refereed Scientific Editions of Ukraine in the legal sciences (specialties 081, 082) –  
Order of the Ministry of Education and Science of Ukraine dated May 7, 2019, No. 612.*

*Recommended for publishing and distribution in Internet by the Academic Council  
of Yaroslav Mudryi National Law University, Protocol № 12, 24.05.2019.*

**Editorial team:** *Vasyl Tatsii* – Editor-in-chief, Dr. of Law, Prof.; *Anatolii Getman* – Deputy Editor-in-chief, Dr. of Law, Prof.; *Kostiantyn Gusarov* – Executive Editor, Dr. of Law, Prof.; *Yurii Barabash* – Dr. of Law, Prof.; *Yurii Bytiak* – Dr. of Law, Prof.; *Viacheslav Komarov* – PhD in Law, Prof.; *Olena Hrinenko* – Dr. of Law, Prof.; *Mykola Inshyn* – Dr. of Law, Prof.; *Arsen Isaiev* – PhD in Law, Associate Prof.; *Yaroslav Lazur* – Dr. of Law, Prof.; *Liudmyla Leiba* – PhD in Law, Associate Prof.; *Vasyl Nastiuk* – Dr. of Law, Prof.; *Volodymyr Ortynskyi* – Dr. of Law, Prof.; *Ivan Titko* – Dr. of Law, Associate Prof.; *Viktor Shevchuk* – Dr. of Law, Prof.; *Ivan Yakoviuk* – Dr. of Law, Prof.; *Oleh Yaroshenko* – Dr. of Law, Prof.

**Foreign Members of the Editorial team:** *Serhei Balashenko* – Dr. of Law, Prof. (Belarus); *William E. Butler* – Dr. of Law, Prof. (USA); *Łukasz Gruszczyński* – PhD, Prof. (Poland); *Thomas Davulis* – Dr. of Law, Prof. (Lithuania); *Karl-Hermann Kestner* – Dr. of Law, Prof. (Germany); *Roberto Giordano Lerena* – Prof. (Argentina); *Sniehole Matiuliene* – Dr. of Law, Prof. (Lithuania); *Mario Ferreira Monte* – Dr. of Law, Prof. (Portugal); *Diego Rodriguez-Pinzon* – Dr. of Law, Prof. (USA); *Rocío Peña Huertas del Pilar* – Dr. of Law, Prof. (Colombia).

**Problems of legality :** Collection of Scientific Works / executive editor Vasyl Tatsiy. – Kharkiv : Yaroslav Mudryi National Law University, 2019. – Issue 145. – 272 p.

The collection contains research papers on topical issues of law: the theory and history of law, constitutional and state-building, civil, labor, fiscal, economic, administrative, customs, environmental, criminal law, criminal and civil procedure, criminology, the struggle with crime.

For scientists, professors, students and practitioners interested in issues of law.

*Collection of the scientific works is indexed in Google Scholar, international review databases «EBSCO Publisher» (USA), «WorldCat» (USA), «Directory of Open Access Scholarly Resources» (USA), «Directory of Open Access Journals» (DOAJ) (Sweden), «Information Matrix for the Analysis of Journals» (Spain), «Index Copernicus International» (Poland), «Bielefeld Academic Search Engine» (Germany), has a full text net copy in the Internet on the platforms of V. I. Vernadsky National Library of Ukraine, «Scientific Periodicals of Ukraine», «Central and Eastern European Online Library» (Germany), Republican Interuniversity Electronic Library (Kazakhstan) et al. Currently, the Editorial team is working on the entry of the collection in Scopos and Web of Science.*

**Address of the Editorial team:** 77, Pushkinska Str., 61024, Kharkiv, Ukraine,  
e-mail: [problzakon@ukr.net](mailto:problzakon@ukr.net)

*The use of materials indicated in the collection is allowed provided that the source of information is obligatory referred to.*

*When referring to the materials of the collection of scientific papers «Problems of Legality», the transliterated title «Problemy zakonnosti» or «Problems of Legality» should be used.*

**УДК 340(06)**

*Основатель и издатель: Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого*

*Основан в 1976 г. Выходит 4 раза в год*

*Языки издания: украинский, английский, русский*

*Свидетельство о государственной регистрации печатного средства массовой информации:  
серия КВ № 21387-11187 ПР от 17.06.2015 г.*

*Сборник научных трудов включен в категорию «Б»*

*Перечня научных рецензируемых изданий Украины по юридическим наукам (специальности 081, 082) –  
приказ Министерства образования и науки Украины № 612 от 07.05.2019 г.*

*Рекомендован к печати и распространению через Интернет ученым советом*

*Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого, протокол № 12 от 24.05.2019 г.*

**Редакционная коллегия:** д-р юрид. наук, проф. *В. Я. Тацій* (отв. ред.); д-р юрид. наук, проф. *А. П. Гетьман* (зам. отв. ред.); д-р юрид. наук, проф. *К. В. Гусаров* (отв. секретарь); д-р юрид. наук, проф. *Ю. Г. Барабаш*; д-р юрид. наук, проф. *Ю. П. Битяк*; канд. юрид. наук, проф. *В. В. Комаров*; д-р юрид. наук, проф. *Е. А. Гриненко*; д-р юрид. наук, проф. *Н. И. Инишин*; канд. юрид. наук, доц. *А. Н. Исаев*; д-р юрид. наук, проф. *Я. В. Лазур*; канд. юрид. наук, доц. *Л. В. Лейба*; д-р юрид. наук, проф. *В. Я. Настюк*; д-р юрид. наук, проф. *В. Л. Ортинский*; д-р юрид. наук, доц. *И. А. Титко*; д-р юрид. наук, проф. *В. М. Шевчук*; д-р юрид. наук, проф. *И. В. Яковюк*; д-р юрид. наук, проф. *О. Н. Ярошенко*.

**Иностранные члены редакционной коллегии:** д-р юрид. наук, проф. *С. А. Балашенко* (Беларусь); д-р права, проф. *В. Е. Батлер* (США); д-р философии, проф. *Л. Грущинский* (Польша); д-р юрид. наук, проф. *Т. Давулис* (Литва); д-р права, проф. *К.-Г. Кестнер* (Германия); проф. *Р. Дж. Лерена* (Аргентина); д-р юрид. наук, проф. *С. Матюльене* (Литва); д-р права, проф. *М. Ф. Монте* (Португалия); д-р права, проф. *Д. Родригес-Пинзон* (США); д-р юрид. наук, проф. *Р. П. Хуэртас-дель Пилар* (Колумбия).

**Проблемы законности** : сб. науч. трудов / отв. ред. В. Я. Тацій. – Харьков : Нац. юрид. ун-т имени Ярослава Мудрого, 2019. – Вып. 145. – 272 с.

В сборнике помещены научные статьи, посвященные актуальным проблемам правоведения: теории и истории государства и права, государственного строительства, конституционного, гражданского, трудового, финансового, хозяйственного, административного, таможенного, экологического, уголовного права, уголовного и гражданского процессов, криминалистики, вопросам борьбы с преступностью.

Для научных сотрудников, преподавателей, аспирантов, студентов и всех, кто интересуется правовой тематикой.

*Сборник научных трудов индексируется в Google Scholar, в международных реферативных базах данных «EBSCO Publisher» (США), «WorldCat» (США), «Directory of Open Access Scholarly Resources» (США), «Directory of Open Access Journals» (DOAJ) (Швеция), «Information Matrix for the Analysis of Journals» (MIAR) (Испания), «Index Copernicus International» (Польша), «Bielefeld Academic Search Engine» (Германия), имеет полнотекстовые сетевые версии в Интернете на платформах Национальной библиотеки Украины имени В. И. Вернадского, «Научная периодика Украины», «Central and Eastern European Online Library» (Германия), «Worldwide Scientific and Educational Library» (США), Республиканской Межвузовской Электронной Библиотеки (Казахстан) и др. В настоящее время редколлегия ведет работу по вхождению сборника у Scopus и Web of Science.*

**Адрес редакционной коллегии:** Украина, 61024, г. Харьков, ул. Пушкинская, 77,  
e-mail: problzakon@ukr.net

*Использование опубликованных в сборнике материалов допускается при условии обязательной ссылки на источник информации.*

*При ссылке на материалы сборника научных трудов «Проблемы законности» следует использовать транслитерированное название «Problemy zakonnosti» или «Problems of legality».*

© Национальный юридический университет  
имени Ярослава Мудрого, 2019

# ЗМІСТ

## ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>Бойко І. Й.</i> Історико-правова оцінка інкорпорації західноукраїнських земель до складу Австрійської імперії у другій половині XVIII століття.....	8
<i>Кіндюк Б. В.</i> Нормативно-правовий акт як джерело природоохоронного права.....	23
<i>Семеніхін І. В.</i> Теоретичні аспекти розуміння правової доктрини.....	36

## ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

<i>Ізарова І. О., Прутика Ю. Д.</i> Спрощене позовне провадження цивільного судочинства України: виклики першого року застосування в судовій практиці.....	51
<i>Карнаух Б. П.</i> Причинний зв'язок як умова деліктної відповідальності в практиці Європейського суду з прав людини: справи про порушення процедурних гарантій.....	68
<i>Яценко С. С.</i> Націоналізація ПрАТ «КБ Приватбанк»: правова оцінка крізь призму Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини.....	80

## ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

<i>Шимко А. Р.</i> Порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом: проблеми кримінальної відповідальності.....	92
---	----

## ТРУДОВЕ ПРАВО

<i>Ярошенко О. М.</i> Проблеми забезпечення конституційного права громадян на достатній життєвий рівень.....	106
<i>Яригіна Є. П.</i> Право сімей із дітьми на соціальний захист як складова соціальних прав людини і громадянина: вітчизняний і європейський контекст.....	118
<i>Швець Н. М.</i> Роль профспілкової організації в реалізації працівниками права на страйк.....	129
<i>Луценко О. Є.</i> Правове регулювання проходження конкурсу на зайняття посад державної служби із застосуванням поліграфа.....	140

## АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

<i>Шаповал Р. В., Солнцева Х. В.</i> Особливості цивільної служби у секторі національної оборони (англійською мовою).....	152
<i>Нестерова І. А., Шелевер Н. В.</i> Медіація як альтернативний спосіб вирішення публічно-правових спорів (англійською мовою).....	169

## КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ

<i>Пономаренко Ю. А.</i> Кримінально-правові наслідки запровадження в Україні воєнного стану.....	179
<i>Данько І. В.</i> Заочне провадження у кримінальних справах у контексті правосуддя в Республіці Білорусь (російською мовою).....	193

## СУДОУСТРІЙ. ПРОКУРАТУРА ТА АДВОКАТУРА

<i>Барабаш Т. О.</i> Актуальні питання адвокатської етики та відповідальності за її порушення.....	205
<i>Розсоха К. О.</i> Нормативне забезпечення функціонування антикорупційних органів України.....	215

## МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

<i>Саулюс Катуюка, Скриманте Клумбите.</i> Інцидент у Керченській протоці у світлі Конвенції ООН з морського права 1982 року (англійською мовою).....	225
<i>Трагнюк О. Я., Голік Ю. О.</i> Притягнення держав до відповідальності за авіаційний тероризм (англійською мовою).....	244
<i>Шкурко В. І.</i> Історія становлення та розвитку правового регулювання співробітництва держав-членів ЄС з протидії легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом.....	256

## НАШІ ЮВІЛЯРИ

Ювілей видатного науковця, талановитого керівника та педагога Юрія Прокоповича Битяка.....	268
--	-----

# CONTENTS

## THEORY AND HISTORY OF STATE AND LAW

<i>Boyko I. Y.</i> Historical and legal assessment of incorporation of Western Ukrainian lands to the composition of Austrian Empire in the second half of the XVIII century.....	8
<i>Kindiuk B. V.</i> Legal act as a source of environmental law.....	23
<i>Semenikhin I. V.</i> Theoretical aspects of understanding of legal doctrine .....	36

## CIVIL LAW AND CIVIL PROCEDURE

<i>Izarova I. O., Prytyka Y. D.</i> Simplified lawsuit of civil proceedings in Ukraine: the challenges of the first year of application in judicial practice.....	51
<i>Karnaikh B. P.</i> Causation as a precondition of tort liability in case-law of European court of human rights: cases concerning violation of procedural guaranties .....	68
<i>Yatsenko S. S.</i> Nationalisation of the «Privatbank»: a look through the convention on human rights and fundamental freedoms .....	80

## ECONOMIC LAW

<i>Shymko A. R.</i> Violation of the order of operations with scrap metal: problems of criminal liability .....	92
---	----

## LABOR LAW

<i>Yaroshenko O. M.</i> Problems of provision of the citizens' constitutional right to sufficient standard of living.....	106
<i>Yarygina E. P.</i> The family rights of children on social protection as a composition of social human rights and citizenship: domestic and european context.....	118
<i>Shvets N. M.</i> The role of the trade union organization in the implementation of the right of workers to strike.....	129
<i>Lutsenko O. E.</i> Legal regulation of the purpose of the competition on the position of the state service with the application of the polygraph .....	140

## ADMINISTRATIVE LAW AND PROCEDURE

<i>Shapoval R. V., Solntseva K. V.</i> Peculiarities of the civil service in the national defense sector.....	152
<i>Nesterova I. A., Shelever N. V.</i> Mediation as an alternative method of public legal disputes solving.....	169

## CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY

<i>Ponomarenko Yu. A.</i> Criminal consequences of the introduction of martial law in Ukraine.....	179
<i>Danko I. V.</i> Part-time criminal proceedings in the context of justice in the Republic of Belarus (in Russian).....	193

## JUDICIARY. PROSECUTOR'S OFFICE. LAWYERS

<i>Barabash T. O.</i> Topical issues of legal ethics and responsibility for its violation .....	205
<i>Rozsokha K. O.</i> Normative regulations to provide functions of anti-corruption bodies of Ukraine .....	215

## INTERNATIONAL LAW

<i>Saulius Katuoka, Skirmante Klumbyte.</i> Kerch strait incident in the light of UNCLOS.....	225
<i>Tragniuk O. Y., Holik Y. O.</i> Bringing states to justice for aviation terrorism.....	244
<i>Shkurko V. I.</i> History of the formation and development of legal regulation of the EU member states cooperation on combating legalization of illegally obtained incomes.....	256

## JUBILEES

Jubilee of the outstanding scientist, talented leader and teacher Yuri Prokofievich Bytyak .....	268
--	-----

# СОДЕРЖАНИЕ

## ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

<i>Бойко И. И.</i> Историко-правовая оценка инкорпорации западноукраинских земель в состав Австрийской империи во второй половине XVIII века.....	8
<i>Киндюк Б. В.</i> Нормативно-правовой акт как источник природоохранного права.....	23
<i>Семенухин И. В.</i> Теоретические аспекты понимания правовой доктрины.....	36

## ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

<i>Изарова И. А., Притыка Ю. Д.</i> Упрощенное исковое производство гражданского судопроизводства Украины: вызовы первого года применения в судебной практике.....	51
<i>Карнаух Б. П.</i> Причинная связь как условие деликтной ответственности в практике Европейского суда по правам человека: дела о нарушении процедурных гарантий.....	68
<i>Яценко С. С.</i> Национализация ЧАО «КБ Приватбанк»: правовая оценка через призму Конвенции о защите прав и основоположных свобод человека.....	80

## ХОЗЯЙСТВЕННОЕ ПРАВО

<i>Шимко А. Р.</i> Нарушение порядка осуществления операций с металлоломом: проблемы уголовной ответственности.....	92
---	----

## ТРУДОВОЕ ПРАВО

<i>Ярошенко О. Н.</i> Проблемы обеспечения конституционного права граждан на достаточный жизненный уровень.....	106
<i>Ярыгина Е. П.</i> Право семей с детьми на социальную защиту как составляющая социальных прав человека и гражданина: отечественный и европейский контекст.....	118
<i>Швец Н. Н.</i> Роль профсоюзной организации в реализации работниками права на забастовку.....	129
<i>Луценко Е. Е.</i> Правовое регулирование прохождения конкурса на занятие должностей государственной службы с применением полиграфа.....	140

## АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

<i>Шаповал Р. В., Солнцева К. В.</i> Особенности гражданской службы в секторе национальной обороны (на английском языке).....	152
<i>Нестерова И. А., Шелевер Н. В.</i> Медиация как альтернативный способ решения публично-правовых споров (на английском языке).....	169

## УГОЛОВНОЕ ПРАВО И КРИМИНОЛОГИЯ

<i>Пonomаренко Ю. А.</i> Уголовно-правовые последствия введения в Украине военного положения.....	179
<i>Данько И. В.</i> Заочное производство по уголовным делам в контексте правосудия в Республике Беларусь.....	193

## СУДОУСТРОЙСТВО. ПРОКУРАТУРА И АДВОКАТУРА

<i>Барабаш Т. О.</i> Актуальные вопросы адвокатской этики и ответственности за ее нарушение.....	205
<i>Розсоха К. О.</i> Нормативное обеспечение функционирования антикоррупционных органов Украины.....	215

## МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

<i>Саулюс Катуюка, Скриманте Клумбите.</i> Инцидент в Керченском проливе в свете Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. (на английском языке).....	225
<i>Трагнюк О. Я., Голик Ю. О.</i> Привлечение государств к ответственности за авиационный терроризм (на английском языке).....	244
<i>Шкурко В. И.</i> История становления и развития правового регулирования сотрудничества государств-членов ЕС по противодействию легализации доходов, полученных преступным путем.....	256

## НАШИ ЮБИЛЯРЫ

Юбилей выдающегося ученого, талантливого руководителя и педагога Юрия Прокофьевича Битяка.....	268
--	-----

# ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА



**Бойко Ігор Йосипович,**  
доктор юридичних наук,  
професор, завідувач кафедри історії держави,  
права та політико-правових учень  
юридичного факультету,  
Львівський національний університет  
імені Івана Франка, Україна, м. Львів  
e-mail: boyko.ist@ukr.net  
ORCID 0000-0002-6841-0271

doi: 10.21564/2414–990x.145.162212

УДК 343.241

## ІСТОРИКО–ПРАВОВА ОЦІНКА ІНКОРПОРАЦІЇ ЗАХІДНОУКРАЇНСЬКИХ ЗЕМЕЛЬ ДО СКЛАДУ АВСТРІЙСЬКОЇ ІМПЕРІЇ У ДРУГІЙ ПОЛОВИНІ XVIII СТОЛІТТЯ

*Проаналізовано передумови інкорпорації західноукраїнських земель до складу Австрійської монархії в другій половині XVIII ст. та дано історико-правову оцінку. Зазначено, що приєднання західноукраїнських земель до складу Австрійської імперії було типовим для епохи європейського абсолютизму актом інкорпорації, який переслідував визначену стратегічну мету австрійського уряду: розширення і зміцнення австрійських кордонів та покращення сполучення між австрійськими провінціями. Акцентовано на тому, що західноукраїнські землі у складі Австрії та Австро-Угорщини були роз'єднані з українськими землями, які перебували у складі Російської імперії. Захоплення й утримання Австрійською монархією західноукраїнських земель унеможливило створення української державності, розвиток українського права, культури тощо.*

**Ключові слова:** інкорпорація; західноукраїнські землі; Австрійська імперія; Австро-Угорщина; історико-правова оцінка.

**Бойко І. І.,** доктор юридических наук, професор, заведуючий кафедрой истории государства, права и политико-правовых учений юридического факультета, Львовский национальный университет имени Ивана Франко, Украина, г. Львов.

e-mail : boyko.ist@ukr.net ; ORCID 0000-0002-6841-0271



**Історико-правова оцінка інкорпорації западноукраїнських земель в состав Австрійської імперії во второй половині XVIII століття**

*Проанализированы предпосылки инкорпорации западноукраинских земель в состав Австрийской монархии во второй половине XVIII века и дано историко-правовую оценку. Отмечено, что присоединение западноукраинских земель в состав Австрийской империи было типичным для эпохи европейского абсолютизма актом инкорпорации, который преследовал определенную стратегическую цель австрийского правительства: расширение и укрепление австрийских границ и улучшения сообщения между австрийскими провинциям. Акцентировано на том, что западноукраинские земли в составе Австрии и Австро-Венгрии были разобщены с украинскими землями, которые находились в составе Российской империи. Захват и удержание Австрийской монархией западноукраинских земель делало невозможным создание украинской государственности, развитие украинского права, культуры и тому подобное.*

**Ключевые слова:** інкорпорація; западноукраїнські землі; Австрійська імперія; Австро-Венгрія; історико-правова оцінка.

**Постановка проблеми.** Однією з умов успішного розвитку України, її європейської інтеграції та утвердження як демократичної і правової держави є вивчення й урахування історичних уроків національного державотворення. Узагальнення та використання історичного досвіду становлення та розвитку держави і права України є основою формування свідомого патріотизму, активної громадянської й державної позиції. Успішне державотворення в сучасній Україні можливе завдяки розуміння українським народом цінності національної держави, важливості єдності народу і зростання національної свідомості задля її розвитку, усвідомлення кожним громадянином України відповідальності за долю своєї Вітчизни. Ця теза є ключем для розуміння соціально-політичної ситуації в сучасній Україні у зв'язку з агресивною антиукраїнською політикою і бойовими діями на Сході України.

У сучасних умовах важливо уважно вивчити державно-правову спадщину різних регіонів України, які впродовж тривалого часу, з одного боку, не розвивалися в єдності, не мали спільної правової системи, а з іншого – відстоювали свою самобутність, етнічну та правову ідентичність і прагнули до об'єднання. Перебування українських земель у складі іноземних держав в різні історичні періоди значною мірою негативно позначилося на менталітеті українського народу: динамізм, мінливість, суперечливість політичних орієнтацій суб'єктів влади та різних соціальних груп, нерозуміння глибини подій, що відбуваються в державі та суспільстві, індивідуалізм, тенденція до взаємної боротьби, популізм, надмірна емоційність, уразливість тощо. Сьогодні необхідне сучасне національне відродження, сутність якого полягає у відмові від почуття меншовартості та національної неповноцінності, яке прищеплювалось нашими ворогами віками і призвело до втрати історичної пам'яті, національної гідності та гордості, що сьогодні загрожує не тільки нашій культурі, але й взагалі нашому майбутньому [10, с. 400].

Значний інтерес викликає історико-правовий аналіз і оцінка інкорпорації західноукраїнських земель (Галичини, Буковини і Закарпаття) до складу Австрійської монархії в другій половині XVIII ст. Специфікою західноукраїн-

ських земель була довготривала відірваність від основної частини українських земель – Наддніпрянської України і перебування у складі іноземних держав. Для історичного обґрунтування анексії українських земель окупаційні держави поширювали всілякі псевдонаукові концепції про «неукраїнський характер» західних земель України, «незрілість українського народу до самостійного державного життя», навіть заперечували саме існування української нації. Ці концепції стосувалися всіх частин західноукраїнських земель (Галичини, Буковини та Закарпаття).

**Метою статті** є історико-правовий аналіз і оцінка інкорпорації західноукраїнських земель у склад Австрійської монархії в другій половині XVIII ст.

**Аналіз останніх досліджень та публікацій.** У науковій літературі деякі аспекти історико-правового аналізу інкорпорації західноукраїнських земель до складу Австрійської монархії в другій половині XVIII ст. проаналізовано у наукових працях українських вчених-правознавців, зокрема, В. Гончаренка (V. Honcharenko), Б. Тишика (B. Tyshchuk), М. Никифорака (M. Nykyforak), В. Кульчицького (V. Kulchytskyi), О. Сухого (O. Sukhyi), І. Настасяк (I. Nastasiak), Н. Панича (N. Panych), Х. Моряк-Протопопової (Kh. Moriak-Protoporova) та ін. Необхідно також відзначити наукові праці австрійських вчених К. Войцелки (K. Voitselka), У. Цольнера (U. Tzolner), Х. Швендейденвейна (Kh. Shvendeidenvein), Р. Марка (R. Mark) та ін., польських – А. Бонусяка (A. Bonusiak), М. Столярчука (M. Stoliarchuk), А. Дзядзя (A. Dziadzia), А. Каменського (A. Kamenskyi), С. Гродзіцького (S. Hrodzitskyi), Т. Ольховського (T. Olkhovskyi) та ін. Однак питання визначення історико-правової оцінки інкорпорації західноукраїнських земель до складу Австрійської монархії в другій половині XVIII ст. продовжують залишатися недостатньо вивченими.

**Виклад основного матеріалу.** Як відомо, на межі XVIII–XIX ст. на українських землях відбулися значні соціально-політичні зміни, спричинені, насамперед, новою геополітичною ситуацією у тогочасній Центральній та Східній Європі. Політична анархія в Речі Посполитій, де конфедерати скинули з престолу свого короля, прискорила її поділи. Ослаблена війнами, внутрішніми суперечностями і шляхетською анархією, Річ Посполита була поділена між трьома монархічними державами – Австрійською монархією, Пруським королівством і Російською імперією. У 1771 р. відбувалися переговори Росії, Пруссії й Австрії щодо поділу Речі Посполитої, що закінчилися підписанням окремої декларації, яка забезпечувала трьом названим державам однакову участь у її розподілі. Її підписала 19 лютого 1772 р. австрійська імператриця Марія Терезія, 28 лютого – прусський король Фрідріх II, 5 березня – російська імператриця Катерина II. У 1793 р. відбувся другий поділ, а у 1795 р. – третій поділ Речі Посполитої, за яким вона припинила своє існування [3, с. 40].

У другій половині XVIII ст. до складу володінь Габсбургів Священної Римської імперії (з 1804 р. Австрійська імперія, з 1867 р. Австро-Угорщина) було анексовано 20 % українських земель.

Першим українським придбанням Австрійської імперії було Закарпаття (українські етнічні землі, розташовані на південних схилах Карпатських гір та в басейні річки Тиса, історична назва території сучасної Закарпатської області України), яке у другій половині X ст. перейшло до сфери впливів Київської держави – «Русі». Літопис відзначав участь білих хорватів у війнах київських князів проти Візантії та похід Володимира Великого на білих хорватів у 992 р. З того часу на Закарпатті закріплюється назва «Русь». Упродовж 1280–1320 рр. східна частина Закарпаття перебувала у складі Галицько-Волинської держави. Після припинення існування Галицько-Волинської держави Закарпаття відійшло до складу Угорського королівства. У період з 1526 р. до кінця XVII ст. відбувалися війни між Туреччиною і Австрією за територію Угорщини. У битві під Мохачем 29 серпня 1526 р. Османська імперія завдала нищівної поразки об'єднаному угорсько-чесько-хорватському війську. У 1526 р. східну частину Угорщини захопила Туреччина, західну і північну – Австрія, інша частина угорських земель увійшла до складу Трансільванії. Відповідно, у тому ж 1526 р. східна частина Закарпаття відійшла до Семиградського або Трансільванського князівства, західна – стала володінням австрійських Габсбургів. Основними адміністративно-територіальними одиницями Закарпаття у складі Габсбургської монархії були жупа і комітат. Існувало чотири жупи: Бережанська, Мармарошська, Ужгородська та Ужанська, керівниками яких були жупани, котрі призначалися угорським королем з вищої аристократії. У 40-х роках XIX ст. канцелярії, що здійснювали політичне керівництво, очолювали наджупани, а виконавчі функції перейшли до піджупанів, які підпорядковувалися наджупану, а також міністерству внутрішніх справ. Жупи підрозділялися на комітати, до яких входило 30–40 осіб (окружні начальники, секретарі, касири, землеміри, збирач податків та ін.). Найнижчою посадовою особою був староста села, який призначався землевласником. Після реформи (1764–1772 рр.) старости обиралися на один рік. Крім адміністративно-територіального поділу, в Закарпатті існував і територіально-економічний поділ на домінії. Останні об'єднували землі з містами і селами, які належали землевласнику, церкві та державі. До складу домінії входила система «ключів», які склалися з кількох фільварків. Відомими були такі домінії, як Ужгородська, Великобичківсько-Мармарошська (державна), Мукачево-Чинадіївська домінія графа Шенборна та ін. Місцевими органами самоврядування з обмеженими повноваженнями були так звані представництва, але наприкінці XVIII ст. вони практично перестали існувати. Замість них створювалося комітатське зібрання як нарадчий орган при жупані. Воно складалося переважно із представників заможних верств населення. Станом на 1848 р. більшість населення Закарпаття становили українці – 235 тис., угорці – 120 тис., словаки – 14, румуни – 65, німці – 10, євреї – 25 тисяч [1, с. 26].

Після першого поділу Речі Посполитої до складу Австрійської імперії було інкорпоровано й інші українські землі: Галичину – Руське воєводство (без Холмської землі), Белзьке воєводство (до Західного Бугу на півночі) та

частину Волині – західна частина Подільського воєводства (між лівими при-токами Дністра – Збручем і Стрипою) і південно-західна частина Волинського воєводства. Під поняттям «Галичина» до 1772 р. розуміли українські землі Руського і Белзького воєводств, поділених Австрією на 12 округів: Коломийський, Чортківський, Тернопільський, Бережанський, Перемишльський, Львівський, Станіславський, Золочівський, Жовківський, Самбірський, Стрийський, частина Сяноцького. Галичина була найбільшим надбанням з усіх західноукраїнських земель. Крім українських земель, до Австрії було приєднано і польські землі, зокрема, південна частина Краківського (з Освенцимським і Заторським князівствами) і Сандомирського воєводств. Станом на другу половину XVIII ст. дві третини (66 %) населення українських земель (Східної Галичини) становили українці, майже 20 % – поляки й приблизно 10 % – євреї [3, с. 41].

Після інкорпорації Галичини Габсбурги почали претендувати і на Буковину (назва походить від слов'янського слова бук) – українські етнічні землі, розташовані між середньою течією Дністра та головним Карпатським хребтом у долинах верхньої течії Пруту і Серету. У більш широкому розумінні цей історичний регіон охоплює все Буковинське Прикарпаття, Сучавське плато й прилеглу територію між Дністром і Прутом. Сьогодні на цій території розташовані: Чернівецька область України, частково Сучавський та Ботошанський жудці Румунії. Буковина упродовж X–XI ст. перебувала у складі Києво-Руської держави – «Русі», а після її занепаду в XII–XIV ст. була складовою Галицько-Волинської держави. Після припинення існування Галицько-Волинської держави Буковина з 1359 р. перебувала у складі Молдавського князівства. З середини XVI ст. (1564 р.) Північна Буковина разом з Молдавією опинилася під владою Туреччини. У результаті укладення Кючук-Кайнарджійського мирного договору 1774 р. (поблизу м. Сілістри у Болгарії) між Росією і Туреччиною Буковина була інкорпорована до складу Габсбургської монархії. На час приєднання Буковини до Австрії більшість населення становили автохтонні жителі краю – українці, а майже чверть частини – румуни [9, с. 44]. У 1774–1786 рр. Буковиною управляла військова адміністрація, яка підпорядковувалася командуванню у Львові та Надвірній військовій раді у Відні, а в 1786 р. Буковина була приєднана до Галичини як 19 округ. У 1849 р. Буковина була визнана окремим коронним краєм – герцогством. Станом на 1774 р. три чверті (75 %) населення Північної Буковини становили українці. Національні меншини представляли румуни, євреї та німці. У Південній Буковині українців проживало майже 40 % від загальної кількості жителів [3, с. 41].

Унаслідок третього поділу Речі Посполитої (1795 р.) до Габсбурзької монархії було приєднано північні частини Краківського і Сандомирського воєводств, Люблінське воєводство, частини Холмської землі й Мазовії. Їх назвали «ноювою», «пізнішою», «молодшою» чи Західною Галичиною. У 1803 р. вони ввійшли до складу Королівства Галичини та Володимирії під назвою земель Західної Галичини. Збільшення чисельності поляків у новоутвореному Королівстві спричинило міжнаціональні українсько-польські суперечності у Галичині [2, с. 48–49].

У 1772 р. австрійська влада створила новий коронний край – Королівство Галичини та Володимирії з Великим князівством Краківським і князівствами Освенцима і Затору (нім. Kцnigreich Galizien und Lodomerien mit dem GroЯherzogtum Krakau und den Herzogtymern Auschwitz und Zator, пол. Krynlestwo Galicji i Lodomerii wraz z Wielkim Księstwem Krakowskim i Księstwem Oświęcimia i Zatoru) як нову адміністративно-територіальну Габсбургської монархії, а відтак Австрійської імперії та Австро-Угорщини у 1772–1918 рр. Загальна площа приєднаних земель до Габсбургської монархії складала 83 тис. кв. км з населенням понад 2 млн. 340 тис. осіб. Новостворений коронний край «Галичини і Володимирії...» належав до найбільш густозаселених провінцій. Австрія застала Галичину у величезному занедбанні, без шкіл ... доріг ... великих міст ... промислу, торгівлі, з бідним цілковито закріпощеним польською шляхтою сільським населенням ... тому українське населення Галичини радо привітало окупацію Австрії, вірячи, що гірше ніяк не може бути [4, с. 137]. Українці мешкали в основному в селах. Поляки жили в кількох компактних сільських поселеннях Східної Галичини, а також у містах і містечках. Як і поляки, євреї мешкали і в містах, і в селах. За соціальною належністю більшість українського населення Східної Галичини були селянами. Найактивнішою верствою українського населення Східної Галичини було греко-католицьке духовенство. Привілейований прошарок Коронного краю (магнати і шляхта) складався винятково з поляків. За конфесійною належністю українці Галичини були здебільшого греко-католиками, а поляки – римо-католиками. У Східній Галичині українське населення складало 72 %, отже, переважну більшість [6, с. 21].

Коронний край «Королівство Галичини і Володимирії...» скорочено називали Галичиною. Територіального розмежування між Галичиною і Володимирією ніколи не було. Столицею провінції став Львів, хоча спочатку австрійська влада розглядала як варіанти Перемишль або Ярослав, які розташовані ближче до Відня. Адміністративні посади обіймала польська шляхта, хоча більшість населення краю становили українці. Окрім них на території Королівства існували чисельні єврейські та вірменські громади. Згодом українську частину почали називати Східною Галичиною з центром у Львові, а польську частину – Західною Галичиною з центром у Кракові. Поділ на Східну і Західну Галичину, який виник за часів Австрії, треба вважати умовним. За історичною традицією насправді називатися Галичиною могли тільки українські землі, оскільки назва «Галичина» походить від міста Галич – важливого політичного, економічного та культурного центру на західноукраїнських землях. Тому назва Галіція, Східна Галичина повинні поступатися місцем перед назвою, вживаною ще в першій половині ХІХ ст., – Галичина. Об'єднання польських і українських земель в одну адміністративну одиницю польська шляхта використала для здійснення своїх загарбницьких планів. Галичину вона розглядала тепер уже як частину єдиної польської території, як законний «польський стан посідання». Певна частина шовіністичної польської шляхти також не визнавала українців за окремий народ, а вважала їх частиною польського народу, заявляючи, що «Руси»

нема, що українці і поляки творять одну польську націю, керівники польського політичного проводу переконували в цьому австрійський уряд і місцеву адміністрацію. У такому шовіністичному дусі розглядалося питання про українську мову, яку деякі польські шовіністи вважали одним з діалектів польської мови. Шовіністично налаштовані польські політичні діячі доводили, що Галичина є територією змішаного населення, а тому належить до Польщі [5, с. 9–14]. Ці шовіністичні твердження тогочасної польської шляхти, на нашу думку, не відповідають історичній правді, оскільки Галичина від IX ст. була складовою частиною українських земель. Етнічний кордон між українським та польським населенням у той час умовно проходив по р. Сян.

У австрійській термінології захоплення Галичини отримало назву «ревіндикації», що означало повернення втраченого. Австрійська імператриця Марія Терезія 11 вересня 1772 р. підписала патент, за яким землі колишнього Галицького князівства проголошувалися частиною Австрії – як «поверненої землі з відновленими правами». У ньому зазначалося: «Ми, Марія Терезія, королева Угорщини, Чехії, Далмації, Хорватії, Славонії, Галичини і Лодомерії..., розглянувши нинішній стан Польщі, разом з двором російської цариці і прусського короля, прийшли до думки, що деякі провінції цього королівства, на які кожному з нас окремо належать здавна права, слід відокремити та відібрати край цей як частину належної віддавна нам території...». У «Інструкції у справі перейняття влади» (1772) вказувалося стосовно розповсюдження дії імператорського патенту так: § 6. Патент повинен бути розвішаний на усіх міських брамах...; § 11. У всіх місцевостях зняти герби Польської держави і вивісити імператорсько-королівські...; § 25. Староства і війтівства, належні колишній державі забрати...; § 26. При виконанні інструкції потрібно враховувати локальні особливості...» [7, с. 87].

Водночас австрійський уряд подумав і про створення свого обґрунтування так званої «правомірності» інкорпорації цієї території. Керуючись рекомендаціями прусського короля Фрідріха II і керівника російської зовнішньої політики графа М. Паніна, австрійський канцлер А. Кауніц доручив розшукати в австрійських архівах матеріали, які могли б «виправдати акт поділу Речі Посполитої та участі в ньому Австрії». Це завдання виконали придворний радник Т. Розенталь, чеський архіваріус А. Коллар і угорський історик Й. Бенчур. Автори названого документа отримали нелегке завдання. Це, зрештою, визнавав і сам А. Кауніц, доповідаючи 8 жовтня 1772 р. Марії-Терезії про наслідки їхньої роботи. «Важкі мусили бути спроби, – зазначав він, – щоб таку складну, упродовж століть занедбану і майже цілком забуту справу знову з'ясувати, детально висвітлити і підкріпити такими доказами, на підставі яких ясною була б тепер, на нашу думку, обґрунтованість наших претензій». Однак він не наголошував, що головна проблема полягала, власне, у відсутності таких «доказів». Австрійські чи угорські претензії були звичайною фікцією, а підготовлений документ повинен був створити видимість правомірності несправедливого акту поділу Речі Посполитої й участі в ньому Австрії.

На підставі зібраних матеріалів наприкінці 1772 р. було опубліковане латинською і німецькою, а також, у скороченні, французькою і польською мовами так зване «історичне обґрунтування» окупації під назвою «Вивід прав королівства Угорщини до Малої або Червоної Русі і Поділля та Чехії до князівств Освенцім і Затор». До «Виводу прав королівства» додавалися також документи, які повинні були довести права Угорщини стосовно Галичини, а Чехії щодо князівств Освенцім і Затор. Так званою юридичною її «оснотою» став історичний факт короткотривалого захоплення Галичини угорським королем Андрієм II. Коли у війні з Польщею в битві під Завихвостом над Віслою у 1205 р. загинув правитель Галицько-Волинської держави князь Роман Мстиславович, його союзник Андрій II, скориставшись правом опіки над вдовою і дітьми (Данилом і Василем) Романа, заволодів значною частиною Галицько-Волинської держави і офіційно оголосив себе королем «Галичини і Володимирії...». Цей титул вживали в офіційних документах і його наступники.

Як докази цього факту наводилися витяги з польських, українських й угорських хронік та літописів, лист угорського короля Андрія II до папи Інокентія III, лист папи Григорія III до Андрія II, печатки і документи давніх угорських королів, які містили титули і герби Галича та Володимира тощо. Для того, щоб довести «законність» прав Австрії на галицькі землі, автори «Виводу прав королівства...» посилалися на деякі історичні факти, зокрема на: 1) договір між угорським королем Робертом і польським Казимиром III від 1352 р. (за іншими відомостями 1350 р.), згідно з яким син угорського короля Роберта – Людовік визнавався спадкоємцем Польської корони (на випадок, якщо його дядько помре, не залишивши спадкоємця чоловічої статі). Проте Людовік, ставши угорським королем, віддав Галичину (частину Галицько-Волинської держави) Казимирові із застереженням, що коли б у Казимира народився син, то згадана територія мала б повернутися до Угорщини зі сплатою ста тисяч угорських золотих. У випадку, якщо той не залишить спадкоємця, польська і руські корони повинні перейти до Людовіка; 2) двостороннє зречення прав у 1394 р. – Сигізмунда на користь польської корони, з одного боку, і Ядвіги та Ягайла на користь угорської – з іншого; 3) приєднання до угорського королівського титулу додатку *rex Galiciae et Lodomeriae*, який використовувався аж до Марії Терезії. До «Виводу прав...» додавалося також 17 оригінальних документів, 12 з яких повинні були довести «права» Угорщини стосовно Галичини, 5 – «права» Чехії щодо князівства Освенцім і Затор [8, с. 28–29].

Насправді в цих документах не було справедливих аргументів на користь «правомірності» інкорпорації Галичини до Австрії. Ці документи демонстрували наміри угорських і польських королів незаконно приєднати українські землі, на яких існувала Галицько-Волинська держава і яка була спадкоємницею і наступницею Київської держави – України-Руси. Фактично у XIII ст. мали місце лише невдалі спроби угорських королів незаконно заволодіти галицьким престолом або посадити на нього своїх ставлеників. Пам'ять про це відобразилася в таких елементах угорських королівських титулів, як «король Галича» або «Король

Галичини і Лодомерії». Угорське панування тривало 14 років, і лише в 1219 р. за підтримки дрібних землевласників і міського населення вісімнадцятирічному синові галицько-волинського князя Романа Даниловича вдалося повернути батьківський престол. Спираючись на волинське боярство, 1219 р. Данило Романович звільнив від поляків Берестейщину і Забужжя, а 1225 р. – Луцьк і Пересопницю з округами. Кілька разів він визволяв і вимушено залишав Галич, а 1238 р. утвердився в ньому, остаточно подолавши боярську опозицію. У 1239 р. Данило Романович знову приєднав до своїх володінь Київські землі.

Австрійська імператриця Марія Терезія, не маючи законних підстав для виправдання приєднання західноукраїнських земель, вдалася до таких сумнівних доказів як посилення на мнимі історичні права на західноукраїнські землі на тій підставі, що угорський король Андрій II та інші, спадкоємницею яких вона себе вважала, з XIII ст. називали себе rex Galiciae et Lodomeriae – королями «Галичини і Володимирії...». Обґрунтування австрійських прав стосовно західноукраїнських земель були фікцією, оскільки не мали під собою жодних об'єктивних історичних та правових підстав.

В українському варіанті правильною була б назва «Володимирія» замість «Лодомерія», яка означала латинізоване найменування Волині (від назви Володимира-Волинського – «Володимирія»). Проте назва Володимирія не прижилася, оскільки офіційно українська мова, а відповідно і українська термінологія не застосовувалися. Крім того, місто Володимир-Волинський, від якого вона походила, залишався поза межами Австрії. Цією назвою, а також проголошенням Львова (чи Лемберга, як найменували його на німецький лад австрійці) адміністративним центром нового коронного краю, австрійська влада намагалася підкреслити спадкоємність із володінням українського князя Данила, удостоєного у 1253 р. королівської корони [3, с. 45].

Австрійська монархія була багатонаціональною державою, яка складалася з одинадцяти великих народів і низки менших етнічних груп, що населяли більшу частину Східної Європи і становила близько 1/7 населення всього континенту. Ці народи мали різні історичні, культурні та релігійні традиції і над якими не було однакової системи державного управління. Зовсім не випадково Австрійську імперію називали «клаптиковою імперією». Оскільки жодна нація чи народність не мала в Австрійській імперії абсолютної більшості, то й жодна національна культура не була визначальною до такої міри, як російська культура в Російській імперії. Поширюючи свій суверенітет на нових підданих, династія Габсбургів не змінювала, принаймні спочатку, традиційних форм влади в тих королівствах, герцогствах, провінціях і містах, які вона приєднувала. І так відбувалося не лише тому, що Габсбурги не хотіли провокувати опір, а й тому, що їм бракувало сильних централізованих державних установ, необхідних для уніфікації державного управління. Відтак аж до середини XVIII ст. Австрійська імперія була хиткою, слабо скоординованим конгломератом, який часто охоплювали кризи, породжувані внутрішніми чварами та втручаннями ззовні [12, с. 192].



Багатонаціональний склад населення Австрійської монархії призводив до того, що національне питання стало стрижнем усього політичного життя країни, а національна боротьба фактично ототожнювалась із соціальною боротьбою народних мас проти дворян і буржуазії. Тривалий час Австрії вдавалось стримувати національно-визвольні рухи, в усякому разі тримати їх під контролем. Сутність цієї політики висловив австрійський імператор Франц II у розмові з французьким посланцем: «Мої народи чужі один одному: тим краще. Вони не хворіють одночасно одними і тими ж хворобами. Коли у Франції з'являється лихоманка, вона охоплює усіх вас у той же день. Я посилаю угорців в Італію, італійців – в Угорщину. Кожен пильнує свого сусіда. Вони не розуміють і ненавидять себе взаємно. З їх антипатії народжується порядок, з їх ворожечі – загальний мир» [14, с. 474]. Проте політика Австрійської імперії на західноукраїнських землях була відмінною від попередньої польської. Під час перебування українських земель, зокрема Галичини у складі Речі Посполитої, польська влада не визнавала українців за окремий народ, а вважала його частиною польської території, як законний «польський стан посідання», польська знать зневажала національні почуття українського народу, у той час як австрійська влада відносилася до українців толерантно, визнавала їх за окремий народ.

Порівняно з Російською імперією, Австрійська імперія мала ліберальніший політичний режим. Перебування Галичини від останньої чверті XVIII ст. у складі Австрії зробило помітний вплив на духовне життя галицьких українців, внесло в суспільну свідомість і практику чимало елементів, властивих для культури німців, чехів, хорватів та інших європейських народів. Реформаторська політика австрійської імператриці Марії-Терезії та Йосифа II дещо обмежила всевладдя польської панівної верхівки на західноукраїнських землях, забезпечила умови для підвищення матеріального й освітнього рівня українського греко-католицького та православного духовенства й селянства [3, с. 45]. Українцям надавалося право займати урядові посади, відкривались однокласні (парохіальні), трикласні (тривіальні) та чотирикласні (нормальні) школи з українською, польською та німецькою мовами навчання. У 1774 р. при церкві Варвари у Відні було відкрито духовну семінарію, т. зв. «Барбареум», а в 1784 р. її перенесено до Львова. У 1784 р. у Львові було відновлено діяльність Львівського університету із чотирма факультетами з німецькою і латинською мовами навчання. У 1787 р. при Львівському університеті австрійський імператор Йосиф II заснував «Студіум Рутенум» – філософсько-богословський навчальний заклад, призначений для українців, які не опанували німецької та латинської мови. Ця установа проіснувала до 1809 р. і підготувала 470 високоосвічених греко-католицьких священників, які відіграли важливу роль у національному відродженні галицьких українців. У 1808 р. після 400-літньої перерви була відновлена Галицька митрополія [5, с. 14]. Через часткову лібералізацію національної політики після «Весни народів» 1848 р. Східна Галичина стала осередком розвитку української культури, літератури та науки, в той час як на українських землях у складі Російської імперії здійснювалася політика

жорсткої русифікації та дискримінація української культури. Російська імперія не визнавала українського народу, його мови, історії, традицій тощо, що в свою чергу загрожувало самому існуванню українського народу, роз'єданого австрійсько-російським кордоном. Його порятуюнок лежав на шляху активізації соціального та політичного руху на українських землях у складі Російської та Австрійської (Австро-Угорської) імперій, що виступав за національне відродження, тобто за відновлення національних, політичних і культурних прав етносу, який перебував у залежності від панівної імперської народності. Український національний рух супроводжувався зростанням наукового інтересу до свого минулого, дослідженнями етнографії, фольклору й історії, розвитком літератури на народній (українській) мові, заснуванням освітніх і культурних закладів для розвитку рідної культури, утворенням політичних партій, які виступали за здобуття окремішності від імперських державних органів влади [11, с. 44].

На західноукраїнських землях, приєднаних до Австрійської імперії, проживало чимало поляків, євреїв, угорців, німців, румунів тощо. На соціальній структурі західноукраїнського населення українці, які склали більшість населення, посідали нижче соціально-правове становище. Української шляхти у Галичині не існувало, а інтелігенція була малочисельною. Тому українцями здебільшого управляли іноземці: в Галичині – польська шляхта, на Буковині – румунські бояри, у Закарпатті – угорські пани. Першочергове завдання австрійського уряду полягало у тому, щоб організувати державне управління приєднаними територіями на зразок коронних земель монархії Габсбургів та поширити там чинність загально-австрійського права.

Після трьох поділів Речі Посполитої та перемоги над наполеонівською Францією Австрія набула небаченої до того військово-економічної могутності й політичного авторитету в Європі. Австрійська монархія зуміла збільшити свою територію за рахунок поділів Речі Посполитої (1772 і 1795) та приєднання Буковини у 1774 р. Назагал імперія Габсбургів була другою за територією (576 тис. кв. км) у Європі і третьою за населенням (після Росії і Франції) – 20 млн осіб. До складу Австрії було приєднано значну частину предковічних західноукраїнських земель площею понад 83 тис. кв. км з населенням 3,5 млн осіб, з яких 2,4 млн були українцями. У той час інша частина предковічних східноукраїнських земель перебувала у складі Російської імперії з українським населенням 8,2 млн осіб. Однак у процесі геополітичних змін (значне збільшення території і чисельності населення, передусім за рахунок слов'янських народів) в саму основу держави закладалися серйозні соціальні суперечності, які в майбутньому призвели до її розпаду. Інкорпорація під однією австрійською короною численних народів, різних за мовою, культурою, віросповіданням, за рівнем економічного, соціального і політичного розвитку, різним ступенем правової свідомості та правової культури, різними бажаннями, прагненнями і національними характерами не сприяло довговічності Австрійської імперії та привело до її розпаду в 1918 р. [3, с. 50].

**Висновки.** Приєднання західноукраїнських земель до складу Австрійської імперії було типовим для епохи європейського абсолютизму актом інкорпорації, який переслідував визначену стратегічну мету австрійського уряду: розширення і зміцнення австрійських кордонів та покращення сполучення між австрійськими провінціями.

У сучасному міжнародному праві під інкорпорацією розуміють насильницьке приєднання однією державою території іншої держави чи іншого народу без врахування його волевиявлення. Виходячи з цього, дії австрійської влади в другій половині XVIII ст. щодо інкорпорації західноукраїнських земель можна кваліфікувати як протиправне насильницьке приєднання, оскільки це приєднання відбулося без згоди та бажання західноукраїнського населення.

Політико-правові наслідки інкорпорації західноукраїнських земель до складу Австрійської монархії – неоднозначні й суперечливі. Негативним стало те, що західноукраїнські землі у складі Австрії та Австро-Угорщини були роз'єднані з українськими землями, які перебували у складі Російської імперії. Захоплення й утримання Австрійською монархією західноукраїнських земель унеможливило створення української державності, розвиток українського права, культури тощо. Обґрунтування австрійських прав стосовно західноукраїнських земель були фікцією, оскільки не мали під собою жодних об'єктивних історичних та правових підстав. Адміністративно-територіальний устрій на західноукраїнських землях був організований на зразок існуючого у землях Австрійської монархії, що давало австрійському урядові змогу здійснювати централізоване державне управління володіннями віддаленими від Відня.

Особливість організації державного управління на західноукраїнських землях у складі Австрії та Австро-Угорщини полягала в тому, що формування і функціонування адміністративного апарату у коронному краї – Королівстві «Галичини і Володимирії...» упродовж 1772–1918 рр. здійснювалося виключно силами австрійської влади. Західноукраїнське населення змушене було підпорядковуватися введенню чужого австрійського та угорського права. Це сприяло асиміляції західноукраїнського населення, сповільненому розвитку української духовності та культури в XVIII–XIX ст. До негативних наслідків інкорпорації західноукраїнських земель Австрією та Австро-Угорщиною відносимо також неможливість розвитку процесів українського державотворення, збереження власної національної держави, розвитку права, культури.

Водночас Австрійська (Австро-Угорщина) імперія була посередником у культурних зв'язках українського народу з народами західноєвропейських країн, їй належала роль моста між Україною і «справжнім Заходом» – територією, через яку в Україну проникали прогресивні європейські правові та культурні традиції. Вплив цих зв'язків на розвиток української культури був зумовлений тими прогресивними гуманістичними й освітніми тенденціями, які знаменували розквіт європейської культури у XIX ст. Це привело до того, що Україна через західноукраїнські землі перебувала у європейському векторі розвитку.

Позитивним було те, що західноукраїнське населення в умовах відсутності національної державності зберігало свою мову, звичаї, гідність, почуття єдності з усім українським народом. Західноукраїнські землі залишалися невід'ємною складовою частиною етнічної території Українського народу. Галичина як центр західноукраїнських земель завжди була «Українським П'ємонтом», де активно розвивалися давні традиції власної державності й політичної незалежності. У Галичині послідовно обґрунтовувалося історичне право українського народу на самостійне державне існування та культурно-політичний розвиток. Упродовж історичного розвитку в Галичині також спостерігаємо розвинуте відчуття коренів етнонаціонального буття, належності до української традиції.

**Список літератури:**

1. Кульчицький В. С., Бойко І. Й., Настасяк І. Ю. та ін. Апарат управління Галичиною у складі Австро-Угорщини : навч. посібник / Львів. нац. ун-т ім. І. Франка. Львів : Тріада плюс, 2002. 88 с.
2. Аркуша О. Г., Кондратюк К. К., Мудрий М. М. та ін. Час народів. Історія України XIX століття : навч. посібник / за ред. М. М. Мудрого. Львів : ЛНУ імені Івана Франка, 2016. 408 с.
3. Бойко І. Й. Галичина у державно-правовій системі Австрії та Австро-Угорщини (1772 – 1918) : навч. посібник. Львів : ЛНУ імені Івана Франка, 2017. 312 с.
4. Верига В. Нариси з історії України (кінець XVIII – початок XIX ст.). Львів : Світ, 1996. 448 с.
5. Кугутяк М. Галичина: сторінки історії. Нариси суспільно-політичного руху (XIX ст. – 1939 р.). Івано-Франківськ, 1993. 200 с.
6. Нагаєвський І. Історія української держави двадцятого століття. Київ : Український письменник, 1993. 413 с.
7. Настасяк І. Історико-правовий аналіз входження Галичини до складу Австрійської імперії. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2003. № 38. С. 87–89.
8. Настасяк І. Ю. Організація управління Галичиною і Буковиною в складі Австрії (1772–1848 рр.) : монографія. Київ : Атіка, 2006. 160 с.
9. Никифорак М. В. Буковина в державно-правовій системі Австрії (1774–1918 рр.). Чернівці : Рута, 2004. 384 с.
10. Ряшко О. В., Ряшко В. І. Формування національної свідомості як важливого чинника патріотизму у майбутніх працівників правоохоронних органів України. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки*. 2015. № 824. С. 398–404.
11. Україна крізь віки : у 15-ти т. Т. 9 : Сарбей В. Г. Національне відродження України / за заг. ред. В. Смолія. Київ : Видавничий Дім «Альтернативи», 1999. 336 с.
12. Субтельний О. Україна: історія. Київ : Либідь, 1991. 510 с.
13. Тищик Б. Й., Бойко І. Й. Історія держави і права України: акад. курс : підручник. Київ : Ін Юре, 2015. 808 с.
14. Тищик Б. Й. Історія держави і права зарубіжних країн. Новий час (XVII ст. – 1918 р.) : навч. посіб. Львів : Світ, 2013. 752 с.

**References:**

1. Kulchytskyi, V.S., Boiko, I.Y., Nastasiak, I.Yu. et al. (2002). Aparat upravlinnia Halychynoiu u skladi Avstro-Uhorshchyny. Lviv: Triada plus [in Ukrainian].
2. Arkusha, O.H., Kondratiuk, K.K., Mudryi, M.M. et al. (2016). Chas narodiv. Istoriia Ukrainy XIX stolittia. M.M. Mudryi (Ed). Lviv: LNU imeni Ivana Franka [in Ukrainian].
3. Boiko, I.Y. (2017). Halychyna u derzhavno-pravovii systemi Avstrii ta Avstro-Uhorshchyny (1772–1918). Lviv: LNU imeni Ivana Franka [in Ukrainian].

4. Veryha, V. (1996). *Narysy z istorii Ukrainy (kinets XVIII – pochatok XIX)*. Lviv: Svit [in Ukrainian].
5. Kuhutiak, M. (1993). *Halychyna: storinky istorii. Narysy suspilno-politychnoho rukhu (XIX–1939)*. Ivano-Frankivsk [in Ukrainian].
6. Nahaievskiy, I. (1993). *Istoriia ukrainskoi derzhavy dvadtsiatoho stolittia*. Kyiv: Ukrainskyi pismennyk [in Ukrainian].
7. Nastasiak, I. (2003). *Istoryko-pravovy analiz vkhodzhennia Halychyny do skladu Avstriiskoi imperii. Visnyk Lvivskoho universytetu. Seria yurydychna*, 38, 87–89 [in Ukrainian].
8. Nastasiak, I.Iu. (2006). *Orhanizatsiia upravlinnia Halychynoiu i Bukovynoiu v skladi Avstrii (1772–1848 rr.)*. Kyiv: Atika [in Ukrainian].
9. Nykyforak, M.V. (2004). *Bukovyna v derzhavno-pravovii systemi Avstrii (1774–1918 rr.)*. Chernivtsi: Ruta [in Ukrainian].
10. Riashko, O.V., Riashko, V.I. (2015). *Formuvannia natsionalnoi svidomosti yak vazhlyvoho chynnyka patriotyzmu u maibutnikh pratsivnykiv pravookhoronnykh orhaniv Ukrainy. Visnyk Natsionalnoho universytetu «Lvivska politekhnik»*. *Yurydychni nauky*, 824, 398–404 [in Ukrainian].
11. *Ukraina kriz viky*. (1999). (Vols. 1–15); Vol. 9: Sarbei V. H. *Natsionalne vidrozhennia Ukrainy*. V. Smoliiy (Ed.). Kyiv: Vydavnychi Dim «Alternatyvy» [in Ukrainian].
12. Subtelnyi, O. (1991). *Ukraina: istoriia*. Kyiv: Lybid [in Ukrainian].
13. Tyshchuk, B.Y., Boiko, I.Y. (2015). *Istoriia derzhavy i prava Ukrainy*. Kyiv: In Yure [in Ukrainian].
14. Tyshchuk, B.Y. (2013). *Istoriia derzhavy i prava zarubizhnykh krain. Novyi chas (XVII st. – 1918 r.)*. Lviv: Svit [in Ukrainian].

**Boiko I. Y.**, Doctor of Law, Professor, Head of the Department of History of State, Law and political and legal doctrine of the Faculty of Law, Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine, Lviv.

e-mail : boyko.ist@ukr.net ; ORCID 0000-0002-6841-0271

### **Historical and legal assessment of incorporation of Western Ukrainian lands to the composition of Austrian Empire in the second half of the XVIII century**

*The preconditions of incorporation of Western Ukrainian lands into the structure of the Austrian monarchy in the second half of the XVIII century are analyzed. and given a historical legal assessment. It is noted that the accession of the West Ukrainian lands to the Austrian Empire was typical of the era of European absolutism by the act of incorporation, which pursued a certain strategic goal of the Austrian government: the expansion and strengthening of the Austrian borders and the improvement of the connection between the Austrian provinces, first of all, between Semigorod and newly joined in 1772 Galicia.*

*It was shown that the peculiarity of the organization of public administration in the western territories of Austria and Austria-Hungary consisted in the fact that the formation and functioning of the administrative apparatus during 1772–1918 was carried out exclusively by the Austrian authorities. The western Ukrainian population, in violation of social, national, religious rights, was forced to submit to the introduction of a foreign Austrian and Hungarian law. This contributed to the assimilation of the Western Ukrainian population, the deepening of the crisis of Ukrainian spirituality and culture in the seventeenth and nineteenth centuries. To the negative consequences of the incorporation of Western lands Austria and Austria-Hungary also include the impossibility of developing processes of Ukrainian state-building, preserving its own national state, law, culture.*

*It was emphasized that Western Ukrainian lands, in spite of the assimilation measures of Austria and Austria-Hungary, remained an integral part of the ethnic territory of the Ukrainian people. During the Austrian and Austro-Hungarian period, the Western Ukrainian population maintained its language, customs, dignity, and a sense of unity with the entire Ukrainian nation. Halychyna as the center of the West Ukrainian lands has always been the «Ukrainian Pyomon», where the old traditions of its own*

*statehood and political independence were actively developing. It was in Galicia that the historical right of the Ukrainian people to independent existence and cultural and political development was consistently grounded. During the historical development in Galicia, we also experience a developed sense of the roots of ethnonational life, belonging to the Ukrainian tradition.*

**Keywords:** incorporation; Western Ukrainian lands; Austrian empire; Austro-Hungarian; historical and legal assessment.

**Рекомендоване цитування:** Бойко І. Й. Історико-правова оцінка інкорпорації західноукраїнських земель до складу Австрійської імперії у другій половині XVIII століття. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 145. С. 8–22. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.162212>.

**Suggested Citation:** Boyko, I.Y. (2019). Istoryko-pravova otsinka inkorporatsii zakhidnoukrainskykh zemel do skladu Avstriiskoi imperii u druhii polovyni XVIII stolittia [Historical and legal assessment of incorporation of Western Ukrainian lands to the composition of Austrian Empire in the second half of the XVIII century]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 145*, 8–22. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.162212> [in Ukrainian].

*Надійшла до редколегії 03.04.2019 р.*



**Кіндюк Борис Володимирович,**  
доктор юридичних наук, професор,  
головний науковий співробітник Інституту  
законодавства Верховної Ради України,  
Україна, м. Київ  
e-mail: kxenon7@mail.ru  
ORCID 0000-0001-8519-4649

doi: 10.21564/2414–990x.145.165961  
УДК 340.134:340.114:349.6(477)

## НОРМАТИВНО–ПРАВОВИЙ АКТ ЯК ДЖЕРЕЛО ПРИРОДООХОРОННОГО ПРАВА

*У статті розглянуто роль і місце нормативно-правових актів у системі джерел природоохоронного права за допомогою розгляду їхніх функцій та ознак. Показано, що в законах, прийнятих у Радянській та незалежній Україні, значний обсяг матеріалу присвячено охоронній та управлінській функціям, доведено тенденцію поступового ускладнення структури нормативно-правових актів, яка змінилася з часом на більш простішу та доступну для практичного використання.*

**Ключові слова:** нормативно-правовий акт; природоохоронне право; функції нормативно-правових актів; кількісні показники; розподіл текстового матеріалу; ознаки нормативно-правових актів; джерела права.

**Кіндюк Б. В.,** доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник Института законодательства Верховной Рады Украины, Украина, г. Киев.  
e-mail : kxenon7@mail.ru ; ORCID 0000-0001-8519-4649

### **Нормативно-правовой акт как источник природоохранного права**

*В статье рассмотрены роль и место нормативно-правовых актов в системе источников природоохранного права при помощи исследования их функций и признаков. Показано, что в законах, принятых в Советской и независимой Украине, значительный объем материала посвящен охранный и управленческой функциям, доказана тенденция постепенного усложнения структуры нормативно-правовых актов, которая изменилась со временем на более простую и доступную для практического использования.*

**Ключевые слова:** природоохранное право; функции нормативно-правовых актов; количественные показатели; распределение текстового материала; признаки нормативно-правовых актов; источники права.

**Актуальність теми** дослідження пов'язана з двома причинами. По-перше, нормативно-правовий акт становить собою основну форму джерел природоохоронного права, а як засіб правової регламентації використовується в цій сфері з часів Київської Русі до сьогодні. Необхідність проведення таких досліджень

пов'язана з наявністю суперечностей, дублювання, прогалин, які заважають правовому регулюванню природоохоронної справи. Особливістю цієї сфери є наявність значного числа нормативно-правових актів, які чітко не встановлюють обов'язків посадових осіб органів державної влади та не в повному обсязі визначають норми відповідальності за порушення, зафіксовані в його змісті.

По-друге, в Україні немає закону про нормативно-правові акти (далі – НПА), що значно ускладнює процес використання та охорони природних об'єктів. Дослідження ознак, функцій нормативно-правових актів дозволить оптимізувати правотворчу діяльність, підвищити ефективність прийнятих актів та уникнути помилок, які існували в минулому.

**Постановка проблеми.** Створення ефективного механізму правового регулювання є актуальною потребою сучасного природоохоронного законодавства. У вирішенні цього завдання зростає роль нормативно-правових актів, з'ясування їх юридичної природи, функції та місця в системі джерел права. Тому дослідження історії розвитку динаміки змісту, векторів розвитку та їх характеристик є нагальною проблемою юридичної науки.

**Аналіз публікацій** показує, що проблеми, пов'язані з нормативно-правовими актами та їх місцем у системі джерел права, розглядалися на всіх етапах розвитку юридичної науки. У дореволюційний період такими дослідженнями займалися: М. Ф. Владимирський-Буданов (M. F. Vladymyrskiy-Budanov), М. Л. Дювернуа (M. L. Diuvernua), М. П. Загоскін (M. P. Zahoskin), І. О. Ільїн (I. O. Ilin), М. М. Коркунов (M. M. Korkunov), Л. І. Петражицький (L. I. Petrazhytskyi), О.М.Ф. фон Рейц (O.M.F. fon Reits), Ф. В. Тарановський (F. V. Taranovskyi), Г. Ф. Шершеневич (H. F. Shershenevych) та ін. У часи існування СРСР зазначені проблеми розробляли: С.С. Алексєєв (S. S. Aleksieiev), М. Т. Баймаханов (M. T. Baimakhanov), С. Л. Зівс (S. L. Zivs), Д. А. Керімов (D. A. Kerimov), О. А. Лук'янова (O. A. Luk'ianova), А. С. Піголкін (A. S. Piholkin), Ю. О. Тихомиров (Yu. O. Tykhomyrov), О. П. Шебанов (O. P. Shebanov), Л. С. Явіч (L. S. Yavich) та ін. А ось зміст нормативно-правових актів у системі джерел природоохоронного права розглядають у незалежній Україні: А. П. Гетьман (A. P. Hetman), М. В. Краснова (M. V. Krasnova), В. В. Петров (V. V. Petrov), В. К. Попов (V. K. Popov), А. К. Соколова (A. K. Sokolova), Ю. С. Шемшученко (Yu. S. Shemshuchenko).

**Метою статті** є дослідження нормативно-правового акта як джерела природоохоронного права.

**Виклад основного матеріалу** варто розпочати з того, що однією з форм права та засобом правової регламентації в природоохоронній сфері є нормативно-правові акти. За їх допомогою здійснюється зв'язок між різними моделями використання природи і конкретними суб'єктами права в процесі використання об'єктів навколишнього середовища. Як вказує Л. Андрусів, існує значна кількість підходів до класифікації нормативно-правових актів за такими критеріями: 1) юридична сила; 2) суб'єкти правотворчості; 3) галузева належність; 4) зовнішня форма [1, с. 128]. У свою чергу П. М. Рабінович розглядає систему



нормативно-правових актів крізь призму ієрархії нормативно-правових актів, галузі правового регулювання та устрою держави [2, с. 125–126].

Поява НПА як джерел права у цій сфері пов'язана зі змінами політичної і соціально-економічної ситуації та з процесом становлення державності. Загальновідомо, що така пам'ятка права, як «Руська Правда», становила собою збірку звичаїв, зокрема й тих, що встановлювали охорону деяких природних об'єктів.

У радянські часи нормативно-правові акти становили собою основну форму джерел права і за їх допомогою регламентувалися практично всі питання, пов'язані з використанням, охороною та відтворенням природних об'єктів. У незалежній Україні нормативно-правові акти також відіграють основну роль серед джерел права, але до них поступово приєднуються інші джерела, насамперед положення міжнародних договорів у природоохоронній сфері. Як вказує А. П. Гетьман, сьогодні екологічне законодавство становить собою багатогалузеву систему НПА, що ускладнює їх використання з причини неузгодженості, наявності суперечностей і дублювання [3, с. 13].

Дослідження місця і ролі НПА в системі джерел права потребує розгляду функцій, оскільки в них знаходять своє вираження сутність та соціальне значення цієї категорії. Як стверджує В. В. Корольова, до їх числа належать: 1) політична; 2) правоустановна; 3) регулятивна; 4) охоронна; 5) управлінська; 6) інформаційна; 7) історико-культурна; 8) ідеологічна; 9) виховна [4]. На підставі такої класифікації доцільно розглянути зміст кожної з цих функцій (рис. 1).

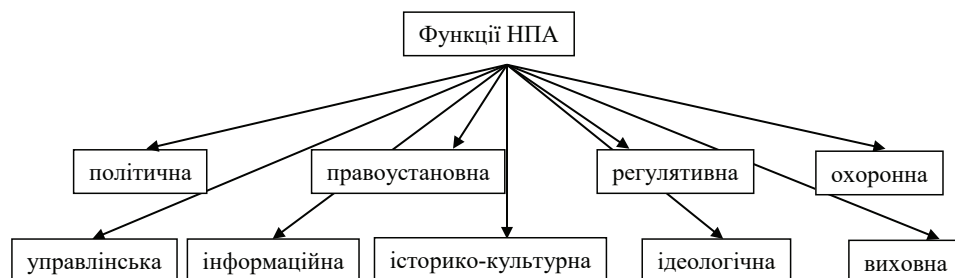


Рис. 1. Функції природоохоронних нормативно-правових актів

I. Політична функція полягає в тому, що за допомогою прийняття нормативно-правових актів закріплюються доктринальні підходи до вирішення природоохоронних завдань. Як приклад, можна розглянути загальні положення Земельного кодексу УСРР 1922 р., в яких вказувалось, що всі землі в межах УСРР становлять власність робітничо-селянської держави. На підставі цих положень у п. 7 передбачається обов'язок усіх землекористувачів у веденні «правильного» використання відведених їм земель, що означає необхідність збереження землі, шляхом додержання сівозмін, агротехнічної техніки, строків виконання сільгоспробіт. Політична функція природоохоронного законодавства

знайшла своє вираження в преамбулі Закону «Про охорону природи Української РСР» 1960 р., в якій вказувалось, що охорона природних багатств є важливим завданням радянської соціалістичної держави та всієї громадськості.

II. Правоустановна функція нормативно-правового акта становить собою форму діяльності держави, яка реалізується шляхом закріплення норм права у вигляді законодавчих та підзаконних актів. З цим поняттям пов'язана реалізація конкретних завдань у природоохоронній сфері на основі створення нових правових норм, яка отримала назву первинного правоутворення. Як вказує О. В. Богатова, кожний НПА як джерело права має власний предмет, специфічні характеристики за змістом, формою, походженням, спрямованістю і способом регулювання [5, с. 11]. За допомогою цієї функції реалізується процес підготовки нормативних інтерпретаційних і локальних актів, їх види та порядок прийняття. Отже, на підставі Закону «Про охорону природи Української РСР» 1960 р. були прийняті: Земельний кодекс УРСР 1970 р., Водний кодекс УРСР 1972 р., Кодекс УРСР про надра 1974 р., Лісовий кодекс УРСР 1979 р., а також інші законодавчі та підзаконні нормативно-правові акти. Аналогічний підхід, пов'язаний з правоустановною функцією нормативно-правового акта, був використаний в незалежній Україні, коли на основі Закону «Про охорону навколишнього природного середовища» 1991 р. було прийнято низку кодифікованих актів, законодавчих актів, указів Президента України, постанов Кабінету Міністрів України та достатньо велике за обсягом значне число відомчих підзаконних актів.

III. Регулятивну функцію можна визнати як обумовлений її соціальним призначенням напрям правового впливу, що виражається у встановленні позитивних правил поведінки, наданні прав і покладанні юридичних обов'язків на суб'єктів права. Цю функцію можна дослідити на прикладі Постанови Ради Міністрів УРСР «Про поліпшення охорони природи, раціональне використання і відтворення природних багатств Української РСР» від 8 травня 1964 р. У ній ставиться завдання взяти під контроль міністерств, відомств, виконкомів обласних, міських, районних Рад депутатів трудящих хід виконання Закону «Про охорону природи Української РСР» 1960 р. Ця Постанова встановлює необхідність правового регулювання охорони природи шляхом передбачення в річних планах обсягів робіт та матеріальних засобів із захисту ґрунтів, відновлення рослинного покриву, створення захисних зон річок.

IV. Охоронна функція завжди посідала значне місце в природоохоронних нормативно-правових актах у часи Київської Русі, Великого князівства Литовського, Козацько-Гетьманської держави, УНР, УСРР/УРСР та в незалежній Україні. Стаття 34 Короткої редакції (далі: КР) «Руської Правди» передбачала досить значну суму штрафу в 12 гривень за переорювання межі або знищення дерев із межовими знаками. У свою чергу ст. 37 запроваджувала штраф розміром 3 гривні за крадіжку мисливських птахів, яструбів або соколів. Значно меншу суму штрафу (60 резан) запроваджувала ст. 36 за крадіжку журавля або лебедя та передбачала грошову компенсацію власникові птахів у розмірі

30 резан. У Статуті ВКЛ 1529 р. чотири статті (арт.арт. 8, 9, 11, 12) були присвячені питанням, пов'язаним з регулюванням полювання. Отже, в арт. 8 за знищення соколиного або лебединого гнізда і крадіжки з них пташенят установлювався штраф у 12 карбованців. У часи існування Радянської України охоронна функція знайшла своє відображення в більшості нормативно-правових актів, пов'язаних з природоохоронною справою, а з 1984 р. була проведена їх систематизація, яка увійшла до змісту Кодексу Української РСР про адміністративні правопорушення. У незалежній Україні відповідальність за протиправні дії у сфері охорони природи регламентується статтями 52–92 Глави VII «Адміністративні правопорушення у сфері охорони природи, використання природних ресурсів, охорони культурної спадщини» КУпАП за станом на 2019 р.

V. Управлінська функція знайшла своє відображення у створенні системи органів, пов'язаних з охороною природних ресурсів, до числа яких належало Положення про Народний комісаріат земельних справ 1923 р., Положення про Всеукраїнське управління лісами, затверджене Постановою Всеукраїнського Центрального Виконавчого Комітету 1927 р., гірничча інспекція, створена на підставі Гірничого кодексу УСРР 1928 р. У незалежній Україні створена система органів управління, які займаються природоохоронною справою, до числа яких належать: Міністерство охорони навколишнього середовища, Державне агентство водних ресурсів, Державний комітет земельних ресурсів, Державне агентство лісових ресурсів, Державна служба геології та надр України та ін. Згідно з чинним в Україні законодавством, значну роль у реалізації управлінської функції та підготовки НПА відіграють державні цільові програми, порядок розробки яких визначає Кабінет Міністрів України. Центральні та місцеві органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування під час їх розробки залучають громадськість до їх підготовки шляхом оприлюднення проектів екологічних програм для вивчення громадянами, підготовки громадськістю зауважень та пропозицій щодо запропонованих проектів, проведення публічних слухань стосовно екологічних програм.

VI. Інформаційна функція нормативно-правових актів установлює основні напрями діяльності з розвитку інформаційної сфери стосовно відносин, пов'язаних з охороною, використанням та відтворенням природних об'єктів. До її складу входять дані, які доцільно внести до змісту законів стосовно природних об'єкт, державних структур, на які покладено проведення контролю за їх станом. Важливе значення в реалізації цієї функції мають положення Орхуської конвенції, що її Україна ратифікувала 1999 р., яка встановлює порядок доступу до інформації, участі громадськості в процесі прийняття рішень та доступу до правосуддя з питань, що стосуються довкілля. Ця міжнародна угода передбачає надання інформації в максимально стислі строки, але не пізніше одного місяця після подання заяви, з можливістю продовження терміну до двох місяців після подання заяви.

VII. Історико-культурна функція нормативно-правових актів пов'язана з необхідністю підвищення рівня культури суспільства, знань історії та ролі

природних об'єктів у збереженні природи. Прикладом реалізації цієї функції є Постанова Колегії Наркомзема УСРР «Про створення Канівського природного заповідника» від 30 липня 1923 р., який розташований у межах Черкаської області та є місцем поховання Т. Г. Шевченка. Іншим прикладом реалізації цієї ознаки є Постанова Ради Міністрів УРСР «Про увічнення пам'ятних місць, пов'язаних з історією запорозького козацтва» від 18 вересня 1965 р. № 911, на підставі якої був створений Національний заповідник «Хортиця», на території якого відбувалися численні історичні події, пов'язані з українським козацтвом.

VIII. Ідеологічна функція знайшла свій прояв у радянські часи шляхом закріплення Конституції УРСР 1978 р. У цьому акті вказується, що природні об'єкти становлять собою народну власність, знаходяться лише у власності соціалістичної держави та не можуть бути передані для приватного користування. У свою чергу нормативно-правові акти, прийняті в незалежній Україні, передбачають можливість передачі природних об'єктів у приватну власність, але при цьому має бути забезпечено збереження довкілля, раціональне використання природних об'єктів, безпека та охорона навколишнього природного середовища.

IX. Виховна функція пов'язана з удосконаленням у населення, особливо молоді, поглядів стосовно охорони природи, що знайшло відображення в різних положеннях нормативно-правових актів. Наприклад, у Постанові Ради Міністрів УРСР 1964 р. «Про поліпшення охорони природи, раціональне використання і відтворення природних багатств Української РСР» п. 13 установлював, що Міністерство вищої і середньої спеціальної освіти УРСР, Міністерство освіти УРСР, ректори вищих і директори середніх навчальних закладів мусять посилити роботу серед студентів та учнівської молоді для виховання в них почуття любові до природи нашої Батьківщини, широко залучати їх до участі в лісопосадках, вирощуванні садів, виноградників, пов'язуючи їхню практичну роботу з навчальними планами. У ст. 7 ЗУ «Про охорону навколишнього природного середовища» 1991 р. вказується, що підвищення екологічної культури суспільства і професійна підготовка фахівців забезпечуються загальною обов'язковою комплексною освітою та вихованням у сфері охорони навколишнього природного середовища, у тому числі в дошкільних дитячих закладах, у системі загальної середньої, професійної та вищої освіти, підвищення кваліфікації та перепідготовки кадрів.

Значний інтерес становить проведення розрахунків стосовно розподілення текстового матеріалу згідно з функціями природоохоронних актів (табл. 1).

Проведені розрахунки за методикою О. Л. Копиленка, Б. В. Кіндюка, показали, що найбільша кількість знаків, яка виражена у відсотках, у Законі 1960 р. – 67,3 % припадає на охоронну функцію, а в Законі 1991 р. – 38,5 % – на управлінську [6].

Важливою характеристикою нормативно-правових актів є їхні ознаки, які дозволяють детально охарактеризувати сутність цього явища. Як зазначає Н. М. Пархоменко, до числа ознак належать такі: 1) відображення державних інтересів; 2) структура, документальна форма закріплення; 3) прийняття

державним органом у визначеному порядку; 4) обов'язковість для виконання; 5) забезпечення системою державних гарантій; 6) опублікування у спеціальних виданнях, діє в часі, просторі та щодо кола осіб; 7) наявність юридичної сили [7, с. 161]. Виходячи з цих ознак, доцільно розглянути кожну з них детально.

Таблиця 1

Розподіл текстового матеріалу за функціями законодавчих актів

№ з/п	Назва законодавчого акта	Функції (%) від загальної кількості знаків							
		Політична	Регулятивна	Охоронна	Управлінська	Інформаційна	Історико-культурна	Ідеологічна	Виховна
1.	Закон «Про охорону природи Української РСР» 1960 р.	4,8	3,7	67,3	4,6	1,8	12,7	1,6	3,5
2.	Закон «Про охорону навколишнього середовища» 1991 р.	0,9	2,8	27,9	38,5	6,1	4,8	0,8	18,2

I. Ознаки, пов'язані з відображенням державних інтересів у сфері охорони природи, знаходять своє відображення за допомогою прийняття нормативно-правових актів, які присвячувалися загальним питанням цієї діяльності та регламентації використання окремих об'єктів. До цих ознак входить необхідність регулювання широкого кола найважливіших сфер суспільних відносин, пов'язаних з природоохоронною справою, та врахування економічних і соціальних інтересів суспільства. Наприклад, у перші часи радянської влади основним державним інтересом було врегулювання земельних, гірничих та лісових питань, у зміст яких входила така складова, як охорона цього природного ресурсу. Тому одним із перших нормативно-правових актів став Декрет «Про землю» від 26 жовтня 1917 р., прийнятий на II З'їзді робочих та солдатських депутатів, та Декрет Всеросійського Центрального Виконавчого Комітету «Про соціалізацію землі» від 19 лютого 1918 р., у зміст яких входив пункт стосовно необхідності збереження цього ресурсу. Реалізація державної політики стосовно цих природних ресурсів знайшла відображення в Земельному кодексі УСРР 1922 р., Законі «Про ліси» 1923 р. та Гірничому кодексі УСРР 1927 р., в яких закріплено основи правового регулювання у сфері їх охорони, використання та збереження. У Земельному кодексі УСРР 1922 р. державним інтересам був присвячений п. 29, який дозволяв у разі порушення

в цій сфері відібрати землю та перевести її в державний фонд. У Законі «Про ліси» встановлювалася відповідальність за порушення державних інтересів при проведенні рубок, другорядних лісокористувань, знищення лісів та не проведення робіт з їх відновлення.

Прикладом реалізації цієї ознаки є прийняття Постанови Ради Міністрів СРСР та ЦК ВКП(б) «О плане полезащитных лесонасаждений, внедрения травопольных севооборотов, строительства прудов и водоемов для обеспечения высоких и устойчивых урожаев в степных и лесостепных районах европейской части СССР» від 20 жовтня 1948 р., що відома як «сталінський план реконструкції природи».

Основна ідея акта полягала у створенні системи ставків, водойм, насадженні штучних лісів у південних районах СРСР, що мало значно покращити клімат, захистити землі від ерозії, суховіїв та підняти врожай сільгоспкультур. Цей законодавчий акт необхідно вважати наймасштабнішою програмою перетворення природи за всю історію існування людства, адже він передбачав створення захисних смуг, системи заходів для закріплення і заліснення пісків та побудову ставків і водойм на значній території європейської частини СРСР.

У радянські часи приймалися нормативно-правові акти, які були спрямовані на погіршення стану природи. До числа таких належали нормативно-правові акти стосовно закриття заповідників, знищення деяких видів тварин і птахів. Це, наприклад, Постанова Ради Міністрів СРСР «Про тотальну перевірку заповідників СРСР» 1951 р. та Постанова Ради Міністрів УРСР «Про заповідники» 1951 р., у якій передбачалося закриття заповідників місцевого значення, таких як: Біла Гора, Галілея, Золотий Потік та багатьох інших, що негативно вплинуло на стан рослинного і тваринного світу.

II. Нормативно-правові акти у сфері охорони природи мали різну структуру, яка залежала від складності правового регулювання, суспільних відносин, пов'язаних зі сферою охорони природи. З цієї точки зору перший письмовий документ, такий як «Руська Правда», мав просту структуру: складалася з Короткої та Поширеної редакцій, які містили статті Статутів Великого князівства Литовського, що також містили норми з охорони природи та склалися з розділів і артикулів. Значно складнішою структурою відрізнялися НПА з охорони природи, прийняті в перші роки радянської влади. Наприклад, Закон «Про ліси» УСРР 1923 р. складався з частин, відділів, розділів і статей; Земельний кодекс УСРР містив частини, розділи, глави і статті.

За часи існування УРСР були прийняті: Земельний кодекс УРСР 1970 р., Водний кодекс УРСР 1972 р., Кодекс УРСР про надра 1976 р., Лісовий кодекс УРСР 1979 р., які мали однакову структуру, що складалася з розділів, глав і статей.

У незалежній Україні в рамках проведення кодифікації природоохоронного законодавства було прийнято: Водний кодекс України 1992 р., Земельний кодекс України 1992 р., Лісовий кодекс 1994 р., Кодекс України про надра 1994 р., що мали однакову ієрархічну структуру «розділ – глава – стаття».

На додаток до цього в незалежній Україні з метою правового регулювання природоохоронної справи були прийняті закони України «Про рослинний світ», «Про тваринний світ», «Про екологічну мережу», «Про атмосферне повітря», «Про захист тварин від жорсткого поводження» та ін. Всі ці закони мають просту структуру «розділ – стаття»; виняток становить Закон України «Про ПЗФ», який має складну структуру «розділ – глава – стаття».

Нормативно-правові акти в перші роки радянської влади затверджувалися на підставі рішення Всеукраїнського центрального виконавчого комітету, Ради народних комісарів, починаючи з 30-х років – Верховної Ради УСРР/УРСР, Ради Міністрів, а в часи незалежної України – Верховної Ради, Кабінету Міністрів та указів Президента України.

III. Наступна ознака встановлює правила поведінки загального характеру, які складаються із зразків, масштабів, еталонів дій, що їх мусять дотримуватися учасники правовідносин, пов'язаних із сферою використання охорони та відновлення природи. Прикладом такої ознаки є ст. 69 «Руської Правди», яка забороняє полювання на бобрів та встановлює штраф розміром у 12 грн. Ця норма також увійшла у Статути Великого князівства Литовського, а контроль за правилами поведінки покладался на лісничого, який здійснював огляд місць проживання бобрів, суворий контроль за їх поголів'ям та складав річний звіт про їх чисельність. Полювання на цих звірів дозволялося на підставі господарського листа з власноручним підписом великого князя та зазначенням кількості звірів і термінів мисливства. Таке положення цієї пам'ятки права є прикладом, що показує трансформацію норм звичаєвого права, пов'язану із звичаєм, згідно з якою треба було вважати цих тварин княжою власністю у конкретних законодавчих положеннях. Правила поведінки у сфері природоохорони знайшли своє закріплення в спільній Постанові Центрального Комітету Комуністичної партії та Ради Міністрів Радянської України «Про посилення охорони природи й поліпшення використання природних ресурсів республіки» від 8 травня 1973 р., в якій встановлювався систематичний контроль за додержанням чинних правил та норм у цій сфері.

IV. Нормативно-правовий акт приймається чітко визначеним колом правотворчих органів у певному порядку. Такий стан справ не завжди відповідав історичним реаліям, які склалися в різних суспільно-політичних умовах та залежали від форми правління, особистості правителів та державної політики. Наприклад, у часи царювання Петра I широко використовувалась указана форма нормативно-правових актів, присвячених правовій охороні природи. Імператор прийняв такі укази: Статут «Про риболовлю» від 11 грудня 1704 р., відповідно до якого вводилися заборони на ловлю деяких видів риб; «Про заборону полювання на лосів» 1714 р., згідно з яким устанавлювалися значні штрафи за такі дії.

У часи Радянської України законодавчі акти приймалися певним колом державних органів, як-от: Всеукраїнський центральний виконавчий комітет, Рада народних комісарів, народні комісаріати. Особливістю цього періоду було

надання значного обсягу прав Народному комісаріату юстиції, який мав право встановлювати порядок звільнення від покарання, амністії, що підтверджується інструкцією НКЮ «Про порядок застосування постанови ВУЦВК та про амністію за малозначущими справами, передбаченими ст. 99 КК УСРР» від 5 травня 1924 р.

У незалежній Україні міністерствам і відомствам також надано чималий обсяг повноважень, прикладом чого є наказ Мінекобезпеки «Про затвердження Методики визначення розмірів шкоди, зумовленої забрудненням і засміченням земельних ресурсів через порушення природоохоронного законодавства» від 27 жовтня 1997 р.

Нормативно-правові акти згідно з чинним законодавством мають чітко встановлену ієрархію, вищим рівнем якої є постанови Верховної Ради України, другим рівнем – укази Президента України, третім – постанови Кабінету Міністрів України, четвертим – накази і розпорядження міністерств і відомств, п'ятим – акти органів місцевого самоврядування. Отже, законами України цим органам надано значний обсяг повноважень у сфері охорони природи на підзвітних територіях шляхом прийняття локальних нормативно-правових актів. Як зазначає К. І. Наумова, НПА органів місцевого самоврядування приймаються встановленим колом правотворчих органів, до яких входять обласні, міські, районні, селищні ради депутатів та їх виконкоми, і є обов'язковими для всіх підприємств, установ, організацій, громадян, які проживають на відповідній території [8, с. 64 ].

Прикладом такого документа є рішення міської ради Кропивницького «Про затвердження Програми розвитку та збереження зелених насаджень у місті Кропивницькому на 2018–2021 роки».

V. Наступна ознака означає таку особливість нормативно-правових актів, як базування на державних гарантіях та наявність примусових заходів їх виконання. Наприклад, за рубку дубів ст. 73 «Руської Правди» передбачала штраф 12 грн., згідно із Статутом ВКЛ 1529 р. за вирубування дерев з бджолами було встановлено штраф 1 копа грошей, а за псування без бджіл треба було сплатити 0,5 копи грошей.

У радянському законодавстві широко використовувалася така форма підзаконних нормативно-правових актів, як укази Президії Верховної Ради СРСР. Як приклад, можна навести Указ «Про внесення змін і доповнень до ст. 89 Кримінального кодексу Української РСР» від 25 листопада 1965 р., в якому встановлювалася відповідальність у вигляді позбавлення волі на строк до 10 років за умисне знищення та істотне пошкодження лісових масивів шляхом підпалу. У свою чергу ч. 2 цього Указу встановлює за умисне знищення або пошкодження лісових масивів, учинених шляхом підпалу або іншим загальнонебезпечним способом, якщо це діяння спричинило людські жертви або завдало особливо великої шкоди, – позбавлення волі на строк від восьми до п'ятнадцяти років.

У КУпАП 1984 р. встановлювалася відповідальність за: псування земель, забруднення їх виробничими стоками, відходами (ст. 52); безгосподарне вико-



ристання земель, невиконання заходів щодо їх поліпшення, охорони ґрунтів від вітрової та водної ерозії (ст. 53); несвоєчасне повернення тимчасово зайнятих земель та не приведення їх у первісний стан (ст. 54), а також у кодифікованому акті давались державні гарантії громадянам стосовно відповідальності за правопорушення, пов'язані з водними ресурсами, тваринами, деякими видами рослин, атмосферним повітрям та надрами.

Практично в усіх нормативно-правових актах, прийнятих у незалежній Україні, містяться норми, обов'язкові для виконання, за порушення яких вживаються примусові заходи, які регламентуються у Кримінальному кодексі України, КУпАП, Цивільному кодексі та інших нормативно-правових актах.

VI. Нормативно-правові акти мають статус актів, що їх затверджує держава, тому для них існує особливий порядок публікацій у спеціальних виданнях.

Видання нормативно-правових актів регулює Конституція України та відповідний Указ Президента України «Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності» від 23 листопада 2007 р., в якому вказується, що закони, інші акти Верховної Ради, Президента, Кабміну мають бути опубліковані в офіційних друкованих виданнях не пізніше ніж через 15 днів після їх прийняття. До офіційних видань належать: «Офіційний вісник України», «Урядовий кур'єр», «Голос України», «Відомості Верховної Ради України», «Офіційний вісник Президента України». В інших ЗМІ акти можуть бути надруковані лише після офіційного їх оприлюднення у вказаних вище виданнях.

Існують НПА, що призначені для внутрішнього користування певних органів та установ, тому їх дозволено не оприлюднювати в офіційних виданнях. Чинності вони набирають з моменту надсилання їх тим посадовим особам чи керівникам установ, підрозділів тощо, яких вони стосуються.

VII. Юридична сила нормативно-правових актів базується на принципах підпорядкування та ієрархічної їх побудови. Поділ нормативно-правових актів за юридичною силою визначає місце і значимість кожного нормативно-правового акта в загальній системі державного нормативного регулювання природоохоронної справи. Ієрархія нормативно-правових актів має важливе значення для впорядкування процесів правотворчості, підготовки нових нормативно-правових актів та правозастосування з метою підтримки законності й правопорядку.

Основним кодифікованим актом у природоохоронній сфері є Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища» (1991 р.), на підставі якого були прийняті: Лісовий кодекс України 1994 р., Кодекс України про надра 1994 р., Водний кодекс України 1995 р., Земельний кодекс України 2001 р. На їх основі були прийняті законодавчі акти, які регламентують використання та охорону окремих об'єктів природи: рослинний світ, природно-заповідний фонд, тваринний світ, атмосферне повітря, екологічну мережу та ін.

За результатами проведеного дослідження необхідно зробити наступні **висновки**.

1. Нормативно-правовий акт як джерело природоохоронного права займає основне місце в загальній системі права та регулює однорідні, типові, суспільні відносини, які пов'язані з охороною, використанням та відтворенням природних об'єктів.

2. Сутність та соціальне значення нормативно-правових актів у цій сфері знаходить своє вираження у конкретних функціях, на основі яких здійснюється регулювання природоохоронної сфери.

3. Відбиття державних інтересів, структура, зміст, обов'язковість, наявність юридичної сили, забезпечення соціальних гарантій становить зміст ознак нормативно-правових актів. Спостерігається тенденція наступності їх історичного розвитку.

#### **Список літератури:**

1. Андрусів Л. Теоретико-правові засади системи нормативно-правових актів. *Теорія держави і права*. 2017. № 4. С. 128–131.
2. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. Львів : Край, 2007. 192 с.
3. Гетьман А. П. Методологічні засади становлення правових основ охорони довкілля. *Право України*. 2011. № 2. С. 11–19.
4. Ковалева В. В. Нормативные правовые акты в механизме правового регулирования : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2009. 19 с.
5. Богатова О. В. Нормативный правовой акт как источник права (Теоретический аспект) : дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2004. 185 с.
6. Копиленко О. Л., Кіндюк Б. В. Теоретичні засади використання кількісних показників у дослідженнях пам'яток права. *Юридична Україна*. 2016. № 7–8. С. 4–12.
7. Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології. Київ : Юрид. думка, 2008. 336 с.
8. Наумова К. І. Нормативно-правові акти місцевого самоврядування: поняття та види. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право*. 2014. № 26. С. 63–66.

#### **References:**

1. Andrusiv, L. (2017). Teoretyko-pravovi zasady systemy normatyvno-pravovykh aktiv. *Teoriia derzhavy i prava*, 4, 128–131 [in Ukrainian].
2. Rabinovych, P.M. (2007). *Osnovy zahalnoi teorii prava ta derzhavy*. Lviv: Krai [in Ukrainian].
3. Getman, A.P. (2011). Metodolohichni zasady stanovlennia pravovykh osnov okhorony dovki- lia. *Pravo Ukrainy*, 2, 11–19 [in Ukrainian].
4. Kovaleva, V.V. (2009). Normativnyie pravovyie aktiy v mehanizme pravovogo regulirovaniya. *Extended abstract of candidate's thesis*. Moscow [in Russian].
5. Bogatova, O.V. (2004). Normativnyi pravovoy akt kak istochnik prava (Teoreticheskiy aspekt). *Candidate's thesis*. Moscow [in Russian].
6. Kopylenko, O.L., Kindiuk, B.V. (2016). Teoretychni zasady vykorystannia kilkisnykh pokaznykiv u doslidzhenniakh pam'iatok prava. *Yurydychna Ukraina*, 7–8, 4–12 [in Ukrainian].
7. Parkhomenko, N.M. (2008). *Dzherela prava: problemy teorii ta metodolohii*. Kyiv: Yuryd. Dumka [in Ukrainian].
8. Naumova, K.I. (2014). Normatyvno-pravovi akty mistsevoho samovriaduvannia: poniat- tia ta vydy. *Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnoho universytetu. Serii: Pravo*, 26, 63–66 [in Ukrainian].

**Kindiuk B. V.**, Doctor of Law, Professor Chief Scientist, Institute of legislation of the Supreme Council of Ukraine, Ukraine, Kyiv.

e-mail : kxenon7@mail.ru ; ORCID 0000-0001-8519-4649

### **Legal act as a source of environmental law**

*The article deals with the role and place of legal acts in the system of sources of environmental law, by considering their functions and features. The study of the place and role of normative legal act in the system of sources of law requires consideration of functions because they find their expression of the essence and social significance of this category. These include the following: 1) political, through the adoption of normative legal acts consolidates doctrinal approaches to the decision of environmental tasks; 2) legal establishment is connected with the implementation of specific tasks in the environmental sphere, on the basis of the creation of new legal norms; 3) regulatory is expressed in the establishment of positive rules of conduct, the granting of rights and the assignment of legal obligations to subjects of law; 4) the guard has always occupied a significant place in environmental regulatory acts in times of Kyiv Rus, the Grand Duchy of Lithuania, the Kozatsky-Hetman State, the UNR, the Ukrainian SSR and the independent Ukraine; 5) management was reflected in the creation of a system of organs related to the protection of natural resources, among which was the Regulations on the People's Commissariat of Land Affairs of 1923, the Regulations on All-Ukrainian Forest Management, approved by the Decree of the All-Ukrainian Central Executive Committee in 1927, the Mining Inspection, created on the basis of the Mining Code of the USSR in 1928; 6) informational establishes the main directions of activity on the development of the information sphere in relation to the relations related to the protection, use and reproduction of natural objects; 7) historical and cultural related to the need to raise the level of society's culture, knowledge of history and the role of natural objects in preserving nature; 8) the ideological found in Soviet times by consolidating the Constitution of the Ukrainian SSR in 1978, which stated that natural objects are a national property, are only owned by a socialist state and can not be transferred for private use; 9) educational is related to the improvement of the population, especially young people, views on the protection of nature, reflected in various provisions of legal acts. It is shown that in laws adopted in the Soviet and independent Ukraine a significant amount of material was devoted to security and management functions, the tendency of the gradual complication of the structure of legal acts was proved, which changed with time for simpler and more accessible for practical use.*

*An important characteristic of normative legal acts is their features, which allow to characterize in detail the essence of this phenomenon. Among the features include the following: 1) the reflection of public interests; 2) structure, documentary form of consolidation; 3) content; 4) the adoption by the state body, in the prescribed manner; 5) obligatory to perform, 6) it is provided by the system of state guarantees; 7) publication in special editions, operates in time, space and in relation to the circle of persons; 8) presence of legal force.*

**Keywords:** legal act; legal protection of nature; signs; functions; quantitative indices.

**Рекомендоване цитування:** Кіндюк Б. В. Нормативно-правовий акт як джерело природоохоронного права. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 145. С. 23–35. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.165961>.

**Suggested Citation:** Kindiuk, B.V. (2019). Legal act as a source of environmental law [Normatyvno-pravovyi akt yak dzherelo pryrodookhoronnoho prava]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality*, issue 145, 23–35. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.165961> [in Ukrainian].

*Надійшла до редколегії 04.05.2019 р.*



**Семеніхін Ігор Вікторович,**  
кандидат юридичних наук,  
асистент кафедри теорії і філософії права,  
Національний юридичний університет  
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків  
e-mail: grsemenhin@gmail.com  
ORCID 0000-0001-9692-9276

doi: 10.21564/2414–990x.145.165807  
УДК 340.143

## ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ РОЗУМІННЯ ПРАВОВОЇ ДОКТРИНИ

*Стаття присвячена визначенню природи правової доктрини та з'ясуванню її ознак як герменевтичної, аргументативної, пояснювальної, нормативної дисципліни. Обґрунтовано, що правова доктрина існує та розвивається в системі координат, які задаються правовими традиціями, світоглядними, культурними домінантами соціуму. Зроблено висновок, що правова доктрина має не тільки дескриптивний, а також прескриптивний характер. Окремо розроблено та запропоновано класифікацію правових доктрин.*

**Ключові слова:** правова доктрина; юридична наука; джерело права; правова система; тлумачення права.

*Семенухин И. В.,* кандидат юридических наук, ассистент кафедры теории и философии права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.  
e-mail : grsemenhin@gmail.com ; ORCID 0000-0001-9692-9276

### **Теоретические аспекты понимания правовой доктрины**

*Статья посвящена раскрытию природы правовой доктрины и определению ее признаков как герменевтической, аргументативной, объяснительной, нормативной дисциплины. Обосновано, что правовая доктрина существует и развивается в системе координат, которые задаются правовыми традициями, мировоззренческими, культурными доминантами общества. Сделан вывод, что правовая доктрина имеет не только дескриптивный, но и прескриптивный характер. Отдельно разработана и предложена классификация правовых доктрин.*

**Ключевые слова:** правовая доктрина; юридическая наука; источник права; правовая система; толкование права.

**Постановка проблеми.** Істотні зміни, які відбуваються в Україні, пов'язані з формуванням громадянського суспільства, правової держави, утвердженням верховенства права. У зв'язку з цим виникає об'єктивна потреба у переосмисленні застарілих підходів до розуміння права, правотворчого і правореаліза-

ційного процесів. Як слушно зауважує О. В. Петришин, прийняття закону не означає досягнення правопорядку, а є тільки його нормативною передумовою, початком, а не кінцевим результатом процесу правового регулювання [1, с. 22]. Серед багатьох чинників, які детермінують і супроводжують цей процес, що включає творення, здійснення й застосування правових норм, важливе місце посідає правова доктрина – вона супроводжує і безпосередньо впливає на життя права. Як видається, окремі звернення до правової доктрини в контексті сучасних теоретико-правових і галузевих юридичних наукових досліджень не компенсують недостатність ґрунтовних і системних розвідок у цій предметній сфері. Адже, по-перше, сьогодні у вітчизняній літературі правова доктрина як явище розглядається насамперед у формальній (позитивно-емпіричній) площині, як наслідок, певною мірою нехтуються її природа, сутнісні якості [2–4]. По-друге, досі немає підстав говорити про належне використання наукового доробку зарубіжних авторів.

У юридичній літературі правова доктрина часто визначається як діяльність учених-юристів і продукт цієї діяльності, тобто зміст книг та наукових розвідок, у яких право є основним предметом дослідження. Р. В. Пузиков вважає, що доктрина є категорією наукової творчості, продуктом професійної наукової діяльності [5, с. 137]. У такому гранично широкому смисловому контексті правова доктрина фактично ототожнюється з юридичною наукою, і нерідко під термінами «наука», «доктрина» розуміють ідентичні, однакові за змістом поняття. На наш погляд, їх ототожнення є неприпустимим. Правова доктрина дійсно має наукове походження, але не вся наука є доктриною. Адже юридична наука в її широкому розумінні включає ідеї, концепції, які пропонують різні підходи до вирішення тих чи інших проблем правового регулювання суспільних відносин, юридичної практики. До того ж, у сфері наукового знання існують непереконаливі, нежиттєздатні чи застарілі ідеї, теоретичні моделі – принаймні так вони оцінюються відповідно до існуючої наукової картини правового світу<sup>1</sup>. Правова доктрина не може охоплювати все наявне знання про державно-правову дійсність – тоді вона б мала вигляд неосяжного масиву неузгоджених, суперечливих положень. За цих умов виконання доктриною регулятивної функції як вторинного (додаткового, допоміжного) джерела права, що визнається багатьма юристами, було б фактично неможливим. З огляду на це вітчизняна юриспруденція ще далека від того, щоб можна було стверджувати про наявність уже сформованої, стрункої, завершеної системи поглядів на цей складний юридичний феномен, адже поза сферою широкого наукового обговорення й досі залишається чимало питань.

**Метою статті** є розкриття природи правової доктрини, визначення сутнісних ознак, встановлення основних форм її об'єктивації та впливу на розвиток права.

<sup>1</sup> Західні автори (Ден-Коен, Фрідмен, Познер, Рубін, Шауер та ін.) використовують таке поняття як «нормальна (стандартна, традиційна) юридична наука» [Див. докл. : 6–9].

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Правова доктрина досліджувалася у працях таких вітчизняних і зарубіжних авторів, як С. В. Батуріна (S. Baturina), М. ван Хук (M. Van Hoeske), Г. Дж. Берман (H. Berman), Р. Давід (R. David), Є. П. Євграфова (Y. Yevgrafova), О. О. Зозуля (O. Zozulia), М. В. Кармаліта (M. Karmalita), С. І. Максимов (S. Maksymov), А. Печеник (Aleksander Peczenik), Т. М. Пряхіна (T. Priakhina), Ф. Чезайро (F. Shecaira) та ін.

**Виклад основного матеріалу.** Базову тезу, що розкриває один із сутнісних аспектів цього правового явища, можна сформулювати таким чином: *правова доктрина «сфокусована» на певній правовій системі – вона описує, систематизує, удосконалює позитивне право, що діє в межах останньої*. Цілком слушною видається позиція В. С. Нерсесянца, який вказує, що та чи інша правова доктрина розробляється стосовно конкретної системи діючого права і відображає її особливості. Звідси й відмінності між різними доктринами, кожна з яких має на увазі певну систему права, яка нею трактується [10, с. 384]. Ураховуючи неоднорідність сучасних правових систем, правові доктрини можна поділити на такі види: національні (правова доктрина України, Німеччини, Франції та ін.); доктрини субнаціональних правових систем (правова доктрина Квебеку); ті, що знаходяться на етапі свого становлення (правові доктрини, які формуються в деяких країнах Африки, Далекого Сходу); правові доктрини наднаціональних правових систем – доктрина мусульманського права, доктрина європейського права.

В умовах глобалізаційних та інтеграційних процесів, зближення і конвергенції сучасних правових систем відбувається взаємозбагачення правових доктрин. Важливо зазначити, що у будь-якій доктрині закладено специфічний «генетичний код», що впродовж тривалого часу формується під дією різних чинників: соціально-економічні умови життя суспільства, науково-технічний прогрес, розвиток духовності та культури, у тому числі правової. У зв'язку з цим механічне копіювання елементів іноземних доктрин, які не вписуються у цей код, часто виявляється не тільки неефективним, а й навіть шкідливим. Б. В. Малишев у зв'язку з цим слушно зауважує, що в умовах швидкої інтеграції України до світового співтовариства різко підвищилася інтенсивність розробок щодо імплементації до національного права юридичних конструкцій, принципів, що належать до найкращих правових надбань провідних західних країн. При цьому автори таких розробок, як і особи, які безпосередньо забезпечують імплементаційні процеси, як правило, не враховують того, що без необхідних модифікацій ці конструкції не можуть ефективно функціонувати в інакших умовах, ніж ті, де вони виникли. Тому навіть вдале їх перенесення на новий ґрунт може не дати очікуваних результатів [11, с. 61].

Є. Євграфова наголошує на тому, що доктрина необов'язково зумовлена характером правової культури суспільства, а є автономним, самодостатнім явищем, дія і вплив якого не обмежені часом і кордонами національних держав. Такими є існуючі з давніх часів доктрини природного права, народного суверенітету, суспільного договору, вчення про державу і право. Фактично ототож-

нюючи доктрину і науку, дослідниця вказує, що остання є одним із важливих соціальних інститутів, якому належить значна роль у життєдіяльності суспільства і держави, зокрема, у державотворенні, удосконаленні сучасної системи національного законодавства, правозастосовній діяльності, формуванні правової культури громадян тощо. Фундаментом загальнодержавних доктрин, концепцій і програм соціально-економічного розвитку України мають виступати обґрунтовані науковцями висновки і пропозиції [12, с. 52, 55]. Але чи можуть відповідні теорії природного права, народного суверенітету, поділу влади стати складовою частиною українського права без творчої їх інтерпретації відповідно до національних історичних, економічних, політичних особливостей, специфіки правової культури українського суспільства? М. В. Цвік справедливо зазначає, що доцільним є саме гнучке розуміння теорії поділу влади й механізмів її реалізації, що випливає з неприпустимості її догматичного трактування як раз і назавжди даної схеми та неврахування її багатоаспектності, а також з можливості доповнення системи поділу влади новими елементами, що відповідають сучасним реаліям [13, с. 13]. Очевидно, що засадничі ідеї і принципи, сформульовані видатними діячами минулого, їх однодумцями та послідовниками, конкретизуються й корегуються сучасними правознавцями. Останні конструюють правову доктрину, яка, на наш погляд, є *культурно-історичним явищем*. Вона втілює перекладені юридичною мовою існуючі у суспільстві певні базові цінності, ідеали, котрі є надбанням його історичного досвіду. Правова доктрина існує та розвивається у системі координат, які складаються під впливом правових традицій, світоглядних та культурно-духовних домінант соціуму. Останні значною мірою визначають змістове наповнення правової доктрини, що імпліцитно має аксіологічне навантаження. Так, більшість авторів погоджуються, що українська культура належить до західного типу, де традиційно у тих чи інших модифікаціях найвищою цінністю визнавалася особистість, її індивідуальна свобода. Індивідуалізм, світоглядна толерантність до ментальних настанов інших націй та їх культурних архетипів, суспільне сприйняття інституту приватної власності як цінності у вітчизняній культурі є суттєвими, мають глибоке історичне коріння, що так чи інакше відображається і у сучасній правовій доктрині України. Запропоноване розуміння дає можливість відмежувати доктрину від філософії права, яка розкриває загальну ідею права, – результати філософсько-правових пошуків у вигляді вчень, філософсько-правових концептів здебільшого є універсальними, інваріантними в історико-культурному відношенні. Зв'язок правової доктрини та філософії права полягає у тому, що будь-яке доктринальне дослідження спирається на уявлення про природу права. По відношенню до правової доктрини філософія права знаходиться на метарівні і визначає її онтологічні та епістемологічні основи. У західній науковій літературі правова доктрина визначається як герменевтична, аргументативна, пояснювальна, нормативна дисципліна (англ. – *hermeneutic, argumentative, explanatory, normative discipline*).

*Правова доктрина як герменевтична та аргументативна дисципліна.*  
В окремі часи робилися спроби зобразити правову доктрину як специфічну

дисципліну (комплекс наукових знань), герменевтичний «вимір» якої мінімальний чи принаймні не є головним. Але насправді доктрина має герменевтичну природу – її буття пов'язане з інтерпретацією (доктринальним тлумаченням) правових текстів та осмисленням змісту закріплених у них приписів. З моменту виникнення у правовому житті суспільства правової доктрини її основною «роботою» було і залишається (хоча й не обмежується ним) тлумачення правових текстів – законодавчих актів, прецедентних судових рішень, міжнародно-правових актів тощо. Їх наявність є необхідною передумовою існування доктрини (немає спеціальних правових текстів – немає правової доктрини). Як зазначають зарубіжні автори, функція доктрини, приміром, у французькій правовій традиції (та загалом у європейській) так чи інакше пов'язана з *тлумаченням писаного права*. Маючи справу з різними його джерелами, узгоджуючи та систематизуючи їх, доктрина сприяла створенню когерентної, логічно узгодженої нормативної системи і таким чином торувала шлях до майбутніх кодифікацій [14, с. 16]. Навіть коли у наукових розвідках пропонуються інноваційні підходи до врегулювання суспільних відносин, обґрунтовується необхідність закріплення нових юридичних норм, не можуть залишитися поза увагою чинні нормативні правові акти. Дослідники не можуть вибудовувати свою аргументацію, посиляючись суто на екстралегальні (позаправові) явища і процеси (суспільні погляди, настрої й очікування, мораль, традиції, зміни в економіці тощо). Чинне позитивне право, його опис та критична оцінка є невід'ємною і важливою складовою фактично будь-яких доктринальних правових досліджень.

У законодавстві є «відкриті» і «приховані» частини, письмово не зафіксовані підтексти. Як слушно зазначає І. П. Малинова, правовим текстам властива змістова подвійність: певна система значень артикульована у текстах первісно й з огляду на це – очевидна, але за цією очевидністю приховується вторинна система значень [15, с. 82]. Такий підхід є плідним і вкрай важливим, адже застерігає проти поверхового сприйняття текстів (форми, букви закону), особливо коли результати буквального тлумачення призводять до нерозумних чи несумісних із принципами справедливості, рівності, гуманізму результатів. О. В. Капліна для позначення такої інтелектуальної діяльності правознавців пропонує використовувати саме термін «інтерпретація», а не «тлумачення». Останнє, на думку авторки, розкриває первинний зміст шляхом уточнення, поглиблення, розширення того первісно закладеного законодавцем у нормі права смислу, який з тієї або іншої причини не вдається виявити (одержати) за допомогою простого прочитання тексту. Проте тлумачення не повинно виходити за межі вказаного смислу. Інтерпретація ж, з одного боку, – це виявлення (одержання) смислу норми права, з іншого – це привнесення в процес з'ясування власного бачення. Інтерпретація не може обмежитися простим виявленням смислу, у ході її можуть розкриватися глибинні проблеми норми, що виникають у процесі її осмислення [16, с. 21–22].

В окремі періоди розвитку юридичної думки право розглядалося як цілком завершена, повністю автономна система, де будь-яке правове питання



можна вирішити суто за допомогою формально-логічного опрацювання різних її складових. Авторський погляд у сучасних доктринальних дослідженнях не фокусується суто на букві закону і не зводиться до буквального тлумачення правових норм, а часто націлений на висвітлення та вирішення актуальних проблем у царині права з урахуванням неписаних принципів права, міжнародних стандартів у галузі прав людини, існуючих соціокультурних умов функціонування правової системи тощо. Марк ван Хук підкреслює, що конкретний зміст правової системи не є чимось даним раз і назавжди, а є таким, що за допомогою інтерпретації права судовою практикою і правовою доктриною постійно змінюється. Завдяки цій інтерпретації неюридичні погляди, цінності і норми неминуче проникають у саме право [17, с. 56]. Отже, описуючи, здійснюючи логічний, економічний тощо аналіз чинного права, вчені виявляють прогалини і колізії у законодавстві, застарілість нормативних приписів, їх невідповідність принципам права, наявним соціокультурним, економічним реаліям тощо і доводять необхідність встановлення/зміни/скасування правових норм, формування нових галузей та інститутів права, їх удосконалення.

Професор Харківського університету М. А. Гредескул (1865–1941) свого часу зазначав, що діяльність суддів та вчених-юристів у логічній площині є дуже схожою, позаяк вони виконують фактично одну й ту ж роботу стосовно права, що полягає у його тлумаченні. Якщо у законодавстві зустрічаються прогалини, неточності, колізії, то вони усувають їх своєю творчістю [18, с. 233]. Відмінності у цій діяльності полягають у тому, що вчені-юристи як творці правової доктрини, по-перше, не можуть приймати формально обов'язкові для інших (суддів, науковців, законодавця, пересічних громадян) рішення, результати наукового тлумачення законодавчих приписів мають рекомендаційний характер; а по-друге, можуть вільно формулювати висновки й пропозиції *de lege ferenda*. Судді ж, як свого часу цілком справедливо зауважував О. Коні, можуть легко й простимо захопитися уявленнями про те нове, якому б мало поступитися існуюче старе, – і в рамки дійсного прагнути помістити передбачувані веління бажаного майбутнього. Цей прийом застосування закону з точки зору *de lege ferenda* замість *de lege lata*, однак загрожує правосуддю небезпекою граничної нестійкості і випадковості, адже кожен суддя буде схильний мимоволі вносити в тлумачення закону свої особисті смаки, симпатії і антипатії – і рівномірність застосування закону замінювати свавіллям і нерівністю розсуду [19, с. 14–15]. По-третє, вчені вільні в обранні предмета своїх досліджень, тоді як судді у своїй діяльності так чи інакше обмежені з'ясуванням питань, що стосуються конкретної справи. Метою здійснення судами тлумачення правових актів є встановлення їх змісту та втілення вимог останніх у суспільні відносини шляхом застосування до цих відносин відповідних актів при здійсненні правосуддя.

Доктринальне тлумачення правових текстів та його результати органічно пов'язані з аргументативними практиками. Вчені-юристи *повинні наводити детальну аргументацію своїх тверджень і висновків*, що є важливою і визнаною вимогою до проведення наукових досліджень та їх результатів. Судові ж

рішення не завжди є транспарентними з точки зору наведення аргументів, які фактично використовуються судом при формуванні правової позиції у справі. Так, континентальний суддя при вирішенні справ та підготовці рішень використовує не тільки чинні законодавчі акти, а також джерела наукової інформації, винесені його колегами рішення з аналогічних справ, результати різних соціологічних досліджень, певні історичні документи тощо. Однак на відміну від своїх американських колег континентальні судді не так часто вичерпно наводять справжні джерела своєї правової позиції. Континентальна традиція не зобов'язує суддів це робити, на що слушно звертає увагу Л. В. Головка. «На континенті, як відомо, суддя зв'язаний законом, а основним способом легітимації рішень є принцип законності, якого цілком достатньо», – резюмує автор [20]. Ось чому аргументаційна техніка, стиль написання судових рішень у країнах романо-германського права вирізняється стислістю та лаконізмом. Натомість рішення американських судів у цьому плані, як правило, є дуже розлогими і включають детальний аналіз доказів, чітку аргументовану позицію суддів щодо спірних фактів, мотиви, якими вони керувалися при винесенні рішення. Умотивовуючи свою позицію, судді активно використовують літературно-публіцистичну, історико-правову, порівняльно-правову, міжнародно-правову аргументацію [21, с. 110–129; 22, с. 142, 143].

*Правова доктрина як описова і пояснювальна дисципліна.* Початковий рівень фактично будь-яких доктринальних правових досліджень полягає в описуванні об'єкта, що вивчається. Як зазначає професор Гентського університету (Бельгія) Марк ван Хук, опис права, його галузей та інститутів ніколи не буде повністю нейтральним і об'єктивним. Будь-яке знання про право є інтерпретованим знанням, структурованою і опрацьованою певним вченим(и) теорією (теоретичною моделлю). Це знання не є абсолютним – насправді воно формується з гіпотез, істинність яких не може бути доведена емпіричним шляхом<sup>1</sup>. Судження про позитивне право, які у сукупності формують правову доктрину, є лише гіпотезами про існування, юридичну чинність та зміст правових норм. Гіпотези про існування правових норм ґрунтуються на теорії джерел права. «Які інститути мають владу створювати нормативні приписи? Яким саме чином?» – ось головні питання цієї теорії, що безумовно має практично значимий характер. Марк ван Хук вважає помилковим припущенням, що владні повноваження створювати базові юридичні правила повністю визначаються самим позитив-

---

<sup>1</sup> Судження щодо чинності законів можна перевірити «емпірично», але правова доктрина пердовсім має справу з їх тлумаченням, формулюванням відповідних оціночних та прескриптивних тверджень. Останні є частиною відповіді на важливе питання: як можна або потрібно усувати нечіткість, невизначеність, прогалини або несправедливість у позитивному праві? Тлумачення завжди ґрунтується на певних аргументах, що можуть посилатися на об'єктивну реальність (існуючі соціально-економічні умови, традиції, мораль та ін.). У цьому сенсі правильність, або, точніше, коректність аргументів може бути перевірена емпірично. Але більшість з них не є істинними або хибними, адже не відповідають вимогам емпіричної верифікації, – насправді вони можуть мати лише більш-менш переконливий характер. Якщо в рамках існуючої академічної традиції наукового дискурсу певні положення, наукові висновки поділяються більшістю його акторів, то вони можуть претендувати на статус істинних.

ним правом. Так, питання щодо прийняття конституції не завжди може бути вирішене суто за допомогою внутрішніх ресурсів позитивного права. Подібною є ситуація, коли судді та/або вчені-юристи запроваджують нові джерела права або змінюють ієрархію цих джерел. Гіпотези щодо змісту правових норм ґрунтуються на теорії інтерпретації. Найбільш розвинута юридична методологія у всіх правових культурах – методологія інтерпретації. Описування правових норм так чи інакше передбачає їх інтерпретацію – як усвідомлену, так і неусвідомлену, інтуїтивну або методологічну. Інтерпретація в контексті доктринальних правових досліджень окреслює смисли правових текстів [17, с. 180–181]. На думку відомого фінського юриста Ауліса Аарніо, правова доктрина є «наукою про смисли» [23, с. 49].

Правова доктрина певним чином *описує* за допомогою дескриптивних тверджень норми, галузі, інститути права і *пояснює*, чому вони існують у суспільстві, або, точніше кажучи, чому певні правила є валідними правовими нормами у даному соціумі. Це пояснення: 1) може бути історичне, соціологічне, економічне та ін. (норма існує, тому що відповідає традиціям, соціально-економічним реаліям, моральним засадам суспільства та ін.); 2) або спиратися на внутрішню логіку будови системи права. У першому випадку під час проведення доктринальних правових досліджень залучається масив знань, що належать до сфери інших наук, насамперед суспільно-гуманітарних. У другому чинність правової норми пояснюється існуванням іншого юридичного правила або правового принципу, з яких вона виводиться. На «пояснювальний» аспект доктрини звертає увагу А. Печеник. На його думку, правова доктрина являє собою певний вид юридичного дослідження та його результатів (об'єктивованих у монографіях, підручниках, коментарях законів), котрий полягає в *систематичному, аналітико-оціночному поясненні* істотного змісту права: приватного, публічного, кримінального та ін. Такий вид дослідження, який іноді визначається як доктринальне або аналітичне вивчення права, зводиться головним чином до інтерпретації і систематизації діючого права, хоча може містити філософські, історичні, соціологічні посилання. Якщо точніше, то він полягає у визначенні буквального значення положень законів, судових прецедентів, поєднаного з певними моральними, філософськими та іншими міркуваннями [24, с. 2].

Правову доктрину можна визначити як *нормативну дисципліну*, яка не тільки описує, а також формує певні нормативні позиції, несе в собі як фактичний (онтологічний), так і контрфактичний зміст. Описування, пояснення та оцінка права тісно пов'язані між собою. Як зауважує А. Печеник, вчені проводять опис та оцінку; вони говорять переважно про опис норм права і майже уникають робити їх оцінку. Безумовно, юристи розрізняють когнітивні дослідження права, яким воно є (*de lege lata*) і обґрунтування рекомендацій суб'єктам правотворчості (*de lege ferenda*). Але водночас кожний вчений знає, що різниця між *de lege lata* і *de lege ferenda* не є чіткою і очевидною. На думку автора, слово «пояснення» в контексті характеристики функціональних можливостей правової доктрини приховує нормативний аспект цього правового явища [24, с. 4]. Цей

аспект доктрини, як і належне, що вона виражає, є результатом оцінки діючого права. Зв'язок нормативної складової правової доктрини та сфери належного пролягає насамперед через цінності, до яких апелюють науковці, формулюючи свої оціночні (нормативні) судження. Правова доктрина робить аргументований вибір<sup>1</sup> між цінностями або визначає розумний баланс між ними. Цей вибір є, фактично, неминучим, коли, наприклад, існують альтернативні інтерпретації норми, кожна з яких надає перевагу різним конкуруючим цінностям або інтересам. Деякі автори називають цю роботу доктрини пошуком «кращого» права [25, с. 141]. Такий нормативний (у значенні визначення належного в праві) підхід містить ризик небажаного суб'єктивізму, коли вчені презентують свої особисті погляди, оцінки, висновки як «краще» право. Як зазначає Марк ван Хук, останні можуть претендувати на статус доктринальних, якщо ґрунтуються на *пошуку інтерсуб'єктивного консенсусу* між юристами [26, с. 10]. Таким чином, тлумачення, яке виступає спочатку як індивідуальне уявлення, може в процесі поступального пізнання й понятійно-термінологічного мовного оформлення стати загальнопоширеною нормою [16, с. 9], певним взірцем, стандартом розуміння юридичних приписів. Використовуючи термінологію Л. Лон Фуллера [27, с. 54], правову доктрину можна визначити як зразок *мовчазного права*. Як відомо, кожний закон (*установлене право*) запроваджується конкретним рішенням законодавця, який визначає межі його дії у часі, просторі, за колом осіб. Правова доктрина не проголошується і не запроваджується, а поширюється і розвивається з плином часу. На відміну від закону, визначити момент, коли правова доктрина набуває «чинності», можна, як правило, лише дуже приблизно.

У результаті опису, пояснення, оцінки права формулюються різні види тверджень (положень), що утворюють «тіло» правової доктрини, її змістовий каркас. Їх можна класифікувати за різними критеріями: за авторською належністю – персоніфіковані (наприклад, формула Радбруха, методика визначення розміру відшкодування моральної шкоди проф. Ерделевського) і колективні, що являють собою *communis opinio doctorum*; за поширенням у різних правових порядках – визнані на рівні окремих правових систем або правових сімей; за офіційним визнанням – санкціоновані публічною владою і втілені у позитивному праві та офіційно невизнані; за предметною належністю – загальноправові, міжгалузеві, галузеві, а також матеріально-правові і процесуальні. Положення правової доктрини також можна поділити на: 1) умовно оригінальні, котрі безпосередньо не виводяться із діючих правових норм; 2) похідні, що уточнюють юридичні приписи, є результатом їх наукового тлумачення.

У західній юридичній літературі вони визначаються як норми-оцінки, норми-рекомендації, норми-описи [28, с. 184–188; 29, с. 51–53]. Схематично їх можна зобразити таким чином: *норма-опис*: X є валідним нормативним приписом українського права, змістом X є Y; *норма-оцінка*: це добре (або погано), що X є нормою українського права, було б краще, якби змістом X було Z; *нор-*

1 Слід уточнити, що такий вибір робить, власне, не правова доктрина, котра є логічно узгодженою сукупністю певним чином формалізованих ідей і поглядів на право, а їх автори.

ма-рекомендація: X1 має стати чинним приписом українського права, Z повинно стати змістом X. Останній різновид норм (тверджень) адресований насамперед суб'єктам нормотворчості для зміни права, тобто зміни чинності або змісту правових норм. Нідерландська дослідниця Енн-Рут Макор вказує, що справжні норми-оцінки оцінюють правову систему за допомогою екстра-легальних (моральних, політичних, релігійних, економічних) критеріїв [30, с. 24]. Слід мати на увазі, що запропонована видова класифікація є доволі умовною. Так, доктринальні норми-описи (norm-descriptions) також передбачають оцінювання діючих норм права. Але на відміну від справжніх норм-оцінок (англ. – truly evaluative type of norm-contentions) такі оцінювання: а) здійснюються на основі інтролегальних критеріїв; б) не містять тверджень щодо необхідності зміни чи скасування правових норм та не описують систему права у її взаємодії з іншими соціальними системами (елементи позитивного права оцінюються як валідні; результат дії норм та інститутів права, соціальні критерії їх ефективності свідомо залишаються поза увагою); в) у сукупності утворюють більш-менш когерентне ціле, і таким чином можуть бути сформульовані у вигляді цілісних учень – основи подальшої раціональної реконструкції діючого правопорядку. Хоча ці доктринальні норми-описи (твердження) умовно можна назвати оціночними, але вони суттєво відрізняються від екстра легального типу оцінок. На думку Енн-Рут Макор, вони більш схожі на математичні або логічні твердження, які є внутрішньотеоретичними, іноді неочікуваними, результатами опрацювання (без відповідного емпіричного підтвердження) певної наукової концепції, теоретичної моделі [30, с. 25]. Коли вчені певним чином інтерпретують законодавчий припис, виявляється, що саме ця інтерпретація найбільш узгоджується з іншими елементами правової системи і, як наслідок, отримує визнання і підтримку юристів.

Отже, правова доктрина не є «фотографічним зображенням» діючого права, адже включає положення *de lege lata* і *de lege ferenda*, містить елемент як належного, так і суцього. У зв'язку з цим дещо односторонніми видається запропоноване Д. Ю. Любитенко визначення, що відображає суто прескриптивний аспект цього правового явища: «Доктрина – це система авторитетних уявлень про належний образ права, які відображають існуючі у соціумі культурні, і насамперед наукові погляди на необхідний характер правового регулювання» [31, с. 140]. С. І. Максимов справедливо зауважує, що правова доктрина є такою частиною юридичної науки, яка з певної прескриптивної позиції систематизує й «описує» позитивне право, що застосовується у певному суспільстві в певний час. Причому вона описує не стільки те, як можна тлумачити (інтерпретувати) право, скільки як воно повинно тлумачитися. *Правова доктрина водночас є і описовою, і нормативною* (а не тим чи тим окремо), тобто вона має пізнавальні та нормативні функції, якщо під нормативністю розуміти створення ідеальних моделей для дійсності та її зміни [32, с. 39]. Останні здатні суттєво впливати на розвиток права, за певних умов визначати зміст та ідейну спрямованість встановленого (позитивного) права. Так, впровадження в Україні інституту конституційної

скарги стало можливим завдяки його належному концептуальному аналізу та обґрунтуванню на рівні конституційно-правової доктрини. Тож не можна зводити доктрину до законознавства та розглядати її як суто коментаторську дисципліну. Ототожнення правової доктрини виключно із науково-практичними коментарями правових актів викликає серйозні критичні зауваження, позаяк такий підхід розкриває лише одну із сторін цього складного багатогранного юридичного явища.

У складному процесі правотворення правова доктрина виконує роль вагомого *правотвірної чинника, ідейного джерела права*. Наукові доробки, сформульовані юристами концептуальні положення є впливовими не тільки на стадії правозакріплення. Правова доктрина може позначатися на розвитку самих відносин, соціально-правового життя суспільства. В основі нормативних установок, які складаються внаслідок схвалення суспільством повторюваних відносин, лежать певні ідеї, ідеали, правові цінності, що стають предметом наукової рефлексії й отримують належне теоретичне осмислення. У рамках раціонального, аргументативного дискурсу на рівні правової доктрини їх розуміння, змістовна характеристика можуть змінюватись. Загальне визнання і схвалення результатів наукових дискусій може сприяти змінам у системі суспільних цінностей, появи нових протоправових норм. Останні, уточнені й конкретизовані за допомогою доктринальних понять і термінів, на етапі юридизації (формалізації) отримують законодавче оформлення або закріплення в інших формальних джерелах права. Так, прогресивні для Нового часу ідеї видатних представників кримінально-правової доктрини Ч. Беккарія та А. Фейєрбаха, отримавши суспільне визнання та підтримку з боку державної влади, стали ідейно-теоретичною базою ліберальних реформ правосуддя і кримінального права у багатьох європейських країнах.

**Висновки.** Отже, правова доктрина виступає важливою сполучною ланкою між юридичними нормами та юристами-практиками. Результати нормотворчої діяльності доходять до останніх через «сито» інтерпретаційної діяльності науковців, які не тільки мовою доступних і зрозумілих термінів з'ясовують і доводять до читача зміст юридичних приписів. У разі необхідності вони доповнюють, удосконалюють, «очищують» їх від різноманітних дефектів – суперечностей, двозначності чи розпливчатості формулювань у юридичних актах тощо. Ч. Варга слушно зазначає: «Усвідомлюючи помилковий характер будь-якої текстової форми, правознавці намагаються робити мовно-логічні проєкції (разом із системною інтерпретацією) на законодавчі тексти, і тим самим вони неминуче також проводять їх критичний аналіз, підвищують чіткість внутрішніх передумов, вирішують приховані суперечності, заповнюють очевидні прогалини і розшифровують значення (або у вузькому сенсі дають професійне тлумачення) їхніх термінів і понять разом з єдиною логікою, а потім створюють когерентну логічну систему на основі, і як кінцевий результат усіх зазначених вище процесів, вони відіграють роль у розвитку права, у його своєчасному завершенні» [33, с. 100]. Тож творці правової доктрини є не просто «переповідачами» правових

текстів, вони роблять значний і важливий внесок у розвиток права, а сама доктрина була й залишається одним з найвпливовіших джерел права у багатьох правових системах сучасності.

#### Список літератури:

1. Петришин О. В. Верховенство права в системі дії права. *Проблеми законності*. 2009. Вип. 100. С. 18–30.
2. Гловюк І. В. Щодо питання про використання правової доктрини у правозастосовній практиці. *Актуальні проблеми теорії та історії прав людини, права і держави* : матеріали наук. конф. (м. Одеса, 5-6 груд. 2003 р.). Одеса : Юридична література, 2004. С. 96–99.
3. Попов О. І. Правова доктрина та її застосування Верховним судом України при перегляді судових рішень у цивільних справах. *Проблеми законності*. 2016. Вип. 132. С. 83–90.
4. Бехруз Х. Доктрина як джерело права в основних правових системах сучасності. *Актуальні проблеми держави і права*. 2001. Вип. 11. С. 48–51.
5. Пузиков Р. В. Сущность юридической доктрины как источника права. *Правовая политика и правовая жизнь*. 2003. № 4. С. 134–138.
6. Dan-Cohen M. Listeners and Eavesdroppers: Substantive Legal Theory and Its Audience. *University Colorado Law Review*. 1992. No. 64. P. 569–594.
7. Friedman L. Law Reviews and Legal Scholarship: Some Comments. *Denver University Law Review*. 1998. Vol. 75. P. 661–668.
8. Posner R. Legal Scholarship Today. *Harvard Law Review*. 2002. Vol. 115. P. 1314–1326.
9. Rubin E. L. The Practice and Discourse of Legal Scholarship. *Michigan Law Review*. 1988. Vol. 86. P. 1835–1905.
10. Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства : учебник. Москва : ИНФРА-М, 1999. 309 с.
11. Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект) : дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2002. 229 с.
12. Євграфова Є. Доктрина у правовій науці і юридичній практиці. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2013. № 2. С. 52– 62.
13. Цвик М. В., Дашковская Е. Р. О современной трактовке теории разделения властей. *Проблеми законності*. 1993. Вип. 28. С. 10–16.
14. Poirmeur Y. La doctrine juridique. Paris : Presses Universitaires de France, 1993. 287 p.
15. Малинова І. П. Філософія права (от метафізики к герменевтике). Екатеринбург : Урал. гос. юрид. акад., 1995. 128 с.
16. Капліна О. В. Правозастосовне тлумачення норм кримінально-процесуального права : монографія. Харків : Право, 2008. 296 с.
17. Van Hoescke M. Law as Communication. (European Academy of Legal Theory Series). Oxford : Hart Publishing, 2002. 224 p.
18. Гредескул Н. Общая теория права. Санкт-Петербург : Типо-Литография И. Трофимова, 1909. 317 с.
19. Кони А. Ф. Нравственные начала в уголовном процессе. Избранные работы. Москва : Юрайт, 2019. 152 с.
20. Головкин Л. В. Судебный прецедент как ненормативный способ легитимации судебных решений. *Вестник гражданского права*. 2010. № 6. URL: <https://center-bereg.ru/11581.html> (дата звернення: 01.05.2019).
21. Евсеев А. П. Верховный Суд Соединенного Королевства: становление : монография. Харьков : Юрайт, 2014. 184 с.
22. Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. Київ : Україна, 1999. 542 с.
23. Aarnio A. Denkweisen der Rechtswissenschaft. Wien; New York : Springer, 1979. 242 p.
24. Peczenik A. Scientia Juris: Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law. Dordrecht : Springer, 2005. 200 p.

25. Wendt J. A. I. De methode der rechtswetenschap vanuit kritisch-rationeel perspectief. Zutphen : Uitgeverij Paris, 2008. 163 p.

26. Van Hoecke M. Which Method(s) for What Kind of Discipline? *European Academy of Legal Theory Series*. 2001. Vol. 9. P. 1–18.

27. Фуллер Лон Л. Анатомія права. Київ : Сфера, 1999. 232 с.

28. Niiniluoto I. Truth and Legal Norms. Conditions of Validity and Cognition in Modern Legal Thought. D. N. MacCormick et al. (Ed.). Stuttgart : Franz Steiner Verlag, 1985. P. 168–190.

29. Aarnio A. The Rational as Reasonable: a Treatise on Legal Justification. Dordrecht ; Boston : Reidel, 1987. 276 p.

30. Mackor A. R. Legal doctrine as a non-normative discipline: a refinement of Niiniluoto's and Aarnio's distinction between norm-descriptions, norm-contentions and norm-recommendations. *Recht & Methode*. 2012. Vol. 2. P. 22–45.

31. Любитенко Д. Системные свойства правовых доктрин. *Вестник Владимирского юридического института*. 2011. № 1. С. 140–145.

32. Максимов С. І. Правова доктрина: філософсько-правовий підхід. *Право України*. 2013. № 9. С. 43–54.

33. Варга Ч. Правова доктрина: методологія та онтологія. *Право України*. 2011. № 8. С. 99–108.

#### **References:**

1. Petryshyn, O.V (2009). Verkhovenstvo prava v systemi dii prava. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 100, 18–30* [in Ukrainian].

2. Glovuk, I.V. (2004). Shchodo pytannia pro vykorystannia pravovoi doktryny u pravozastosovnii praktytsi. *Aktualni problemy teorii ta istorii prav liudyny, prava i derzhavy: materialy II Vseukr. nauk. konf. (m. Odesa, 5–6 hrud. 2003 r.) – Actual problems of the theory and history of human rights, law and state: Proceedings of the Scientific Conference*. Odessa: Yurydychna literatura, 96–99 [in Ukrainian].

3. Popov, O.I (2016). Pravova doktryna ta yii zastosuvannia Verkhovnym sudom Ukrainy pry perehliadi sudovykh rishen u tsyvilnykh spravakh. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 132, 83–90* [in Ukrainian].

4. Behruz, H. (2001). Doktryna yak dzherelo prava v osnovnykh pravovykh systemakh suchasnosti. *Aktualni problemy derzhavy i prava – Current Problems of State and Law, issue 11, 48–51* [in Ukrainian].

5. Puzikov, R.V. (2003). Suschnost yuridicheskoy doktryny kak istochnika prava. *Pravovaya politika i pravovaya jizn – Legal Policy and Legal Life, 4, 134–138* [in Russian].

6. Dan-Cohen, M. (1992). Listeners and Eavesdroppers: Substantive Legal Theory and Its Audience. *University Colorado Law Review*. 64, 569–594.

7. Friedman, L. (1998). Law Reviews and Legal Scholarship: Some Comments. *Denver University Law Review*, Vol. 75, 661–668.

8. Posner, R. (2002). Legal Scholarship Today. *Harvard Law Review*, Vol. 115, 1314–1326.

9. Rubin, E.L. (1988). The Practice and Discourse of Legal Scholarship. *Michigan Law Review*, Vol. 86, 1835–1905.

10. Nersesyants, V.S. (1999). Obschaya teoriya prava i gosudarstva. Moscow: INFRA-M [in Russian].

11. Malyshev, B.V. (2002). Sudovi pretsedent u pravovii systemi Anhlii (teoretyko-pravovyi aspekt). *Candidate's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].

12. Yevgrafova, Y. (2013). Doktryna u pravovii nautsi i yurydychnii praktytsi. *Visnyk Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy – Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, 2, 52–63* [in Ukrainian].

13. Tsvyk, M.V., Dashkovskaia, E.R. (1993). O sovremennoy traktovke teorii razdeleniya vlastey. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 28, 10–16* [in Ukrainian].

14. Poirmeur, Y. (1993). *La doctrine juridique*. Paris: Presses Universitaires de France.



15. Malinova, I.P. (1995). *Filosofiya prava (ot metafiziki k germeneyvtike)*. Ekaterinburg: Ural. gos. jurid. akad. [in Russian].
16. Kaplina, O.V. (2008). *Pravozastosovne tлумachennia norm kryminalno-protseusualnoho prava*. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
17. Van Hoecke, M. (2002). *Law as Communication*. (European Academy of Legal Theory Series). Oxford: Hart Publishing.
18. Gredeskul, N. (1909). *Obshhaja teoriya prava*. St. Petersburg: Tipo-Litografija I. Trofimova [in Russian].
19. Koni, A.F. (2019). *Nravstvennyie nachala v ugovnom protsesse*. Izbrannyye raboty. Moscow: Yurayt [in Russian].
20. Golovko, L.V. (2010). *Sudebnyiy pretsedent kak nenormativnyiy sposob legitimatsii sudebnyih resheniy*. *Vestnik grajdanskogo prava – Civil Law Review*, 6. URL: <https://center-bereg.ru/11581.html> [in Russian].
21. Evseev, A.P. (2014). *Verhovnyiy Sud Soedinennogo Korolevstva: stanovlenie*. Kharkiv: Yurayt [in Russian].
22. Burnham, W. (1999). *Vstup do prava ta pravovoi systemy SShA*. Kyiv: Ukraina [in Ukrainian].
23. Aarnio, A. (1979). *Denkweisen der Rechtswissenschaft*. Wien; New York: Springer.
24. Peczenik, A. (2005). *Scientia Juris: Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law*. Dordrecht: Springer.
25. Wendt, J.A.I. (2008). *De methode der rechtswetenschap vanuit kritisch-rationeel perspectief*. *Zutphen*. Uitgeverij Paris.
26. Van Hoecke, M. (2001). *Which Method(s) for What Kind of Discipline? European Academy of Legal Theory Series, Vol. 9, 1–18*.
27. Fuller, Lon L. (1999). *Anatomiia prava*. Kyiv: Sfera [in Ukrainian].
28. Niiniluoto, I. (1985). *Truth and Legal Norms. Conditions of Validity and Cognition in Modern Legal Thought*. D. N. MacCormick et al. (Ed.). Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 168–190.
29. Aarnio, A. (1987). *The Rational as Reasonable: a Treatise on Legal Justification*. Dordrecht; Boston: Reidel.
30. Mackor, A.R. (2012). *Legal doctrine as a non-normative discipline: a refinement of Niiniluoto's and Aarnio's distinction between norm-descriptions, norm-contentions and norm-recommendations*. *Recht & Methode, Vol. 2, 22–45*.
31. Lyubitenko, D. (2011). *Sistemnyie svoystva pravovyih doktrin*. *Vestnik Vladimirskogo yuridicheskogo instituta – Bulletin of Vladimir Law Institute, 1, 140–145* [in Russian].
32. Maksymov, S.I. (2013). *Pravova doktryna: filosofsko-pravovyi pidkhid*. *Pravo Ukrainy – Law of Ukraine, 9, 43–54* [in Ukrainian].
33. Varha, Ch. (2011). *Pravova doktryna: metodolohiia ta ontolohiia*. *Pravo Ukrainy – Law of Ukraine, 8, 99–108* [in Ukrainian].

**Semenikhin I. V.**, PhD in Law, Teaching Assistant of The Department of Theory and Philosophy of Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.  
e-mail : grsemenhin@gmail.com ; ORCID 0000-0001-9692-9276

### **Theoretical aspects of understanding of legal doctrine**

*The conception of a «legal doctrine» is commonly used in Ukrainian jurisprudence. At the same time, in legal science there are significant differences on awareness of the legal nature of a legal doctrine, determination of its concept and characteristics, the disclosure of its relationship and interaction with legal science, which predetermines the importance and timeliness of this research. Actuality of the working out of the legal doctrine is closely connected with the problem of determination of its place and role in the development of domestic law, legal institutions.*

*So, the objectives of the study are to determine the role and significance of legal doctrine in the development of law. The article reveals the close links of legal doctrine with legal science, legal traditions*

and values. Separately, the classification of legal doctrines is developed and suggested in the paper. It is grounded, that legal doctrine is created, reproduced and developed primarily thanks to the intellectual and creative efforts of legal scholars, who focus on the study of law on the basis of formal dogmatic, historical and other methods, the development of techniques and methods for its interpretation and systematization, understanding of the accumulated legal experience and creation of «scientific picture» of the legal world on these grounds. This refers to legal knowledge represented in the generalized form: legal constructions, notions and categories, principles, legal ideas, concepts, etc. that shape the base of the legal doctrine, which in its turn has an objective form in terms of scientific works – monographs, scientific articles, reports, commentaries on legislation, etc. The provisions of the legal doctrine can be classified according to different criteria: by the source of its origin – personified (such as the «Radbruch Formula») and collective, which is *communis opinio doctorum*; according to the distribution in different legal order – recognized at the level of the national / supranational legal systems, legal families; by official recognition – sanctioned by public authorities and embodied in positive law and officially unrecognized. The legal doctrine in some way describes legal concepts, rules, principles and explains why they exist in society. This explanation can be historical, sociological, psychological, economic, etc. [the rule exists because it complies with traditions, social economic realities, moral principles of society] or it can rely on the internal logic of the law system structure. In the latter case, the validity of the legal norm is explained by the existence of another legal rule or legal principle, which brought it forth. At the same time, the legal doctrine is not a «photographic representation» of the current law. Describing law, carrying out its logical or economic analysis, lawyers find gaps in legislation, desuetude of the legal norms, their non-compliance with the principles of law, etc., and prove the need to establish / change / abolish legal rules.

**Keywords:** legal doctrine; legal science; source of law; legal system; interpretation of the law.

**Рекомендоване цитування:** Семеніхін І. В. Теоретичні аспекти розуміння правової доктрини. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 145. С. 36–50. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.165807>.

**Suggested Citation:** Semenikhin, I.V. (2019). Teoretychni aspekty rozuminnia pravovoi doktryny [Theoretical aspects of understanding of legal doctrine]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 145*, 36–50. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.165807> [in Ukrainian].

*Надійшла до редколегії 01.05.2019 р.*

# ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС



**Ізарова Ірина Олександрівна,**  
доктор юридичних наук, доцент,  
Київський національний університет  
імені Тараса Шевченка, Україна, м. Київ  
e-mail: [irina.izarova@gmail.com](mailto:irina.izarova@gmail.com)  
ORCID 0000-0002-1909-7020



**Притика Юрій Дмитрович,**  
доктор юридичних наук, професор,  
Київський національний університет  
імені Тараса Шевченка, Україна, м. Київ  
e-mail: [prytykau@gmail.com](mailto:prytykau@gmail.com)  
ORCID 0000-0001-5992-1144

doi: 10.21564/2414–990x.145.160567  
УДК 347.91/95

## СПРОЩЕНЕ ПОЗОВНЕ ПРОВАДЖЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА УКРАЇНИ: ВИКЛИКИ ПЕРШОГО РОКУ ЗАСТОСУВАННЯ В СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ

Унаслідок реформи українського цивільного процесуального законодавства 2017 р. цивільне судочинство зазнало значних змін – суди першої інстанції можуть розглядати цивільні справи в загальному позовному порядку або в спрощеному порядку. При цьому спрощений порядок передбачає два варіанти: звичайне провадження із судовим засіданням з розгляду справи або письмове провадження, в якому розгляд справи відбувається без виклику сторін і без проведення судового засідання. Узагальнення судової практики судів першої інстанції на підставі аналізу 258 судових

*рішень судів першої інстанції, ухвалених упродовж 2018 р. і доступних для дослідження на сайті Єдиного державного реєстру судових рішень, дає можливість виділити найбільш актуальні проблеми, що виникають у судовій практиці, та запропонувати шляхи їх вирішення. Отже, об'єктом уваги авторів статті є проблеми диференціації й визначення судами підстав для розгляду цивільних справ у порядку спрощеного позовного провадження.*

**Ключові слова:** цивільне судочинство; спрощене провадження; малозначні справи; справи незначної складності; диференціація цивільного судочинства; письмове провадження.

**Изарова И. А.**, доктор юридических наук, доцент, Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Україна, г. Київ.  
e-mail : irina.izarova@gmail.com ; ORCID 0000-0002-1909-7020

**Прытька Ю. Д.**, доктор юридических наук, професор, Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Україна, г. Київ.  
e-mail : prytykau@gmail.com ; ORCID 0000-0001-5992-1144

**Упрощенное исковое производство гражданского судопроизводства Украины: вызовы первого года применения в судебной практике**

*Вследствие реформы украинского гражданского процессуального законодательства 2017 г. гражданское судопроизводство претерпело значительные изменения – суды первой инстанции могут рассматривать гражданские дела в общем порядке или в упрощенном порядке. При этом упрощенный порядок предусматривает два варианта: обычное производство с судебным заседанием по рассмотрению дела или письменное производство, в котором рассмотрение дела происходит без вызова сторон и без судебного заседания. Обобщение судебной практики судов первой инстанции по результатам анализа 258 судебных решений судов первой инстанции, принятых в течение 2018 г. и доступных для исследования на сайте Единого государственного реестра судебных решений, позволяет выделить наиболее актуальные проблемы, возникающие в судебной практике, и предложить пути их решения. Таким образом, объектом нашего внимания являются проблемы дифференциации и определения судами оснований для рассмотрения гражданских дел.*

**Ключевые слова:** гражданское судопроизводство; упрощенное производство; незначительные дела; дела незначительной сложности; дифференциация гражданского судопроизводства; письменное производство.

**Вступ.** Грандіозна реформа системи правосуддя України була покликана забезпечити ефективну реалізацію права осіб на справедливий суд і повернути довіру суспільства до судових органів. Зміна процесуального порядку розгляду справ судами є невід'ємною складовою реформи. У грудні 2018 р. минув перший рік роботи нового Верховного Суду, а також застосування процесуальних кодексів у новій редакції від 3 жовтня 2017 р.

Законопроект про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів № 6232 від 23 березня 2017 р. (далі – ЦПК 2017) [1] був ухвалений 3 жовтня 2017 р. в другому читанні, під час якого було опрацьовано більше чотирьох тисяч поправок. Він набрав чинності 15 грудня 2017 р., і з цього моменту в Україні розпочав діяти оновлений цивільний процес, спрямований передусім на ефективний захист прав особи.

Серед надзвичайно важливих новел варто назвати запровадження загального та спрощеного позовного провадження цивільного судочинства, що свідчить про наближення України до європейських стандартів правосуддя. Спрощені

процедури розгляду цивільних справ або small claims procedure діють у багатьох державах Ради Європи [2]; на загальноєвропейському рівні існує єдина для всіх держав-членів ЄС процедура вирішення дрібних спорів [3]. В Україні це є першою спробою диференціації цивільного судочинства і запровадження особливого спрощеного порядку розгляду позовів.

Спрощене позовне провадження або small claims procedure – надзвичайно цікава тема, що останнім часом набула знову актуальності. У своєму дослідженні Е. Стіл (E. H. Steele) писав, що ці прості, доступні процедури, що не потребують участі представника, економлять час і кошти сторін, зачарували американців ще з колоніальних часів і зумовили навіть появу спеціальних судів для їх вирішення [4, с. 293]. Водночас, як зазначали в цей же час Б. Юнгессон (B. Yngvesson) та П. Геннессі (P. Hennessey), наприкінці 70-х та у 80-х роках хвиля access to justice заповонила світ і вилилися в запозичення інституту small claims законодавством тих правових систем, які до цього не сприймали його як традиційний [5, с. 2019]. Сучасні реформи цивільного судочинства в багатьох державах-членах ЄС удосконалили порядок вирішення дрібних позовів [6, с. 6].

В Україні в ЦПК 2017 серед загальних засад здійснення судочинства було визначено принцип пропорційності, а в главі 1 «Основні положення» розділу I. «Загальні положення» – положення про *ефективний* захист прав, свобод та інтересів осіб. Це зумовило необхідність запровадження конкретних механізмів реалізації такого завдання в цивільному судочинстві – спрощений порядок розгляду справ.

Таку ідею варто вітати, тим більше, що у багатьох державах діють схожі правила (у 35 країнах Ради Європи вони закріплені в національному законодавстві, а в межах ЄС діє процедура вирішення дрібних спорів). Під час здійснення цивільного судочинства суд керується вимогами раціональності та пропорційності (зокрема, див.: Civil Procedure Rules 1998, регламент № 861/2007 [3]; рекомендації Комітету Міністрів РЄ № R (84) 5 про принципи цивільного процесу, спрямовані на поліпшення здійснення правосуддя 1984 р. [7] та щодо шляхів спрощення доступу до правосуддя 1981 р. [8] та ін.).

Разом з цим проведений аналіз судової практики застосування інституту спрощеного позовного провадження виявив низку важливих питань, пов'язаних з визначенням критеріїв диференціації справ, які можуть або повинні розглядатися в такому провадженні, процедурним порядком розгляду таких справ, переходом до загального позовного провадження. Тож метою нашої статті є пошук науково обгрунтованої відповіді на ці практичні питання, що, на наш погляд, сприятиме забезпеченню єдності підходів у судовій практиці.

### ***Виклад основного матеріалу.***

**Основні категорії справ, що розглядаються судами першої інстанції у спрощеному провадженні.**

Відповідно до ч. 4 ст. 19, а також п. 1 ч. 1 ст. 274 ЦПК 2017 у спрощеному позовному провадженні цивільного судочинства можуть розглядатися такі справи:

1) малозначні справи, до яких належать відповідно до ч. 6 ст. 19 ЦПК 2017:  
– справи, у яких ціна позову не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб;

– справи незначної складності, визнані судом малозначними, крім справ, які підлягають розгляду лише за правилами загального позовного провадження, та справ, ціна позову в яких перевищує п'ятсот розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб;

2) справи, що виникають з трудових відносин;

3) справи про надання судом дозволу на тимчасовий виїзд дитини за межі України тому з батьків, хто проживає окремо від дитини, у якого відсутня заборгованість зі сплати аліментів та якому відмовлено другим із батьків у наданні нотаріально посвідченої згоди на такий виїзд;

4) справи незначної складності та інші справи, для яких пріоритетним є швидке вирішення справи.

Виходячи з положення ч. 2 ст. 274 ЦПК 2017 коло справ, що можуть бути розглянуті судом у порядку спрощеного провадження, необмежене – у порядку спрощеного позовного провадження може бути розглянута будь-яка інша справа, віднесена до юрисдикції суду, за винятком справ, зазначених у ч. 4 ст. 274 ЦПК 2017.

*Отже, основними критеріями диференціації малозначних справ, що можуть бути розглянуті у спрощеному позовному провадженні, є ціна позову та категорія справи. Про справи незначної складності йдеться у п. 4 ч. 4 ст. 19 та п. 2 ч. 6 ст. 19 ЦПК 2017, і критерієм їх диференціації є відповідність обставин справи вимогам ст. 11, ч. 3 ст. 274 ЦПК 2017, а також положенню абз. 2 ч. 4 ст. 19 ЦПК 2017 – загальне позовне провадження призначене для розгляду справ, які через складність або інші обставини недоцільно розглядати у спрощеному позовному провадженні.*

Відповідно до ч. 4 ст. 274 ЦПК 2017 у спрощеному позовному провадженні не можуть бути розглянуті такі категорії справ і вимоги, об'єднані з ними: що виникають з сімейних відносин, крім спорів про стягнення аліментів та поділ майна подружжя; щодо спадкування; щодо приватизації державного житлового фонду; щодо визнання необґрунтованими активів та їх витребування; в яких ціна позову перевищує п'ятсот розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб.

Дослідження судової практики, проведене за результатами роботи і застосування положень нового ЦПК упродовж першого року, показує, що суди розглядають цивільні справи в спрощеному позовному провадженні, але єдиних підходів до визначення порядку розгляду справи ще немає. Зокрема, лівова частина справ з досліджених 258 судових рішень, що були розглянуті у спрощеному позовному провадженні, це справи про стягнення заборгованості за кредитними договорами (155 з 258 проаналізованих рішень, отже, 60 % від загальної кількості); а також трудові справи, справи щодо оплати заборгованості за комунальні послуги, визнання договорів недійсними, стягнення заборгованості в порядку регресу тощо.

Видається, що у судовій практиці вже виникли та будуть виникати в подальшому проблеми, пов'язані з диференціацією категорій справ, які можуть розглядатися в спрощеному позовному провадженні. Наочним прикладом, який ілюструє зазначене, є справи щодо спадкування, які за загальним правилом відповідно до ч. 4 ст. 274 ЦПК 2017 не підлягають розгляду в порядку спрощеного позовного провадження.

Натомість серед досліджених судових рішень, на жаль, трапилися ухвалені з порушенням вимог ч. 4 ст. 274 ЦПК 2017, зокрема, в порядку спрощеного провадження розглядаються справи **про визнання права власності на спадкове майно**. Так, наприклад, у справі Камінь-Каширського районного суду Волинської області позовні вимоги були обґрунтовані тим, що батькові заявниці ОСОБИ\_3 на праві приватної власності належав житловий будинок з господарськими та побутовими будівлями і спорудами; за заповітом усе своє майно заповів дочці ОСОБИ\_1, але крім неї спадкоємцем першої черги за законом після смерті ОСОБИ\_3 є також його син ОСОБА\_2, який на спадщину не претендує. До складу спадкового майна входить указаний вище житловий будинок, на який позивач не може отримати свідоцтво про право на спадщину через відсутність на будинковолодіння правовстановлюючих документів і позасудовим порядком вирішити це питання неможливо. *Суд, розглянувши матеріали справи по суті у порядку спрощеного провадження вирішив* (курсив автора), визнав за ОСОБОЮ\_1, право власності на житловий будинок з господарськими та побутовими будівлями і спорудами<sup>1</sup>.

У рішенні Голосіївського районного суду м. Києва зазначено, що Ухвалою судді від 01.06.2018 р. у справі за позовом ОСОБА\_1 до ОСОБИ\_2 Комунального підприємства «Київське міське бюро технічної інвентаризації та реєстрації права власності на об'єкти нерухомого майна» про визнання права власності в порядку спадкування було відкрито провадження у справі та призначено до розгляду по суті за правилами спрощеного провадження, а також призначено судові засідання. Але в порядку підготовки справи до розгляду від сторони відповідача надійшло клопотання, в якому відповідач заперечував проти розгляду справи в порядку спрощеного позовного провадження і просив суд розглядати справу по суті за правилами загального позовного провадження, оскільки відповідач повністю заперечує визнання за позивачем права власності в порядку спадкування. Суд за результатами розгляду клопотання дійшов висновку про розгляд цієї справи за правилами загального позовного провадження<sup>2</sup>.

Ці два рішення, на наше переконання, свідчать про порушення положень ч. 4 ст. 274 ЦПК 2017, яке не варто допускати в судовій практиці.

<sup>1</sup> Див.: Рішення Камінь-Каширського районного суду Волинської області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75221796>; рішення Камінь-Каширського районного суду Волинської області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75585422>; рішення Камінь-Каширського районного суду Волинської області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75585426>.

<sup>2</sup> Див.: Рішення Голосіївського районного суду м. Києва. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77135299>.

Водночас деякі справи, пов'язані зі спадкуванням, доцільніше розглядати в спрощеному позовному порядку як виняток із загального правила, передбаченого ч. 4 ст. 274 ЦПК 2017, зокрема справи про визначення додаткового строку для прийняття спадщини. Така позиція може бути обґрунтована тим, що такі справи, як правило, є нескладними, потребують швидкого пріоритетного вирішення, мають невеликий обсяг доказів у справі тощо. До речі, позитивна судова практика вже почала формуватися в цьому напрямку. Так, справи **про визначення додаткового строку для прийняття спадщини** суди розглядали в спрощеному провадженні. Зокрема, ОСОБА\_1 звернулась до Луцького міськрайонного суду Волинської області з позовною заявою до ОСОБИ\_2 про визначення додаткового строку для прийняття спадщини. Позов обґрунтовує тим, що вона бажає прийняти спадщину по смерті сестри ОСОБИ\_3, яка померла 18 квітня 2017 р., але оскільки є спадкоємцем другої черги як рідна сестра, заяву про прийняття спадщини в держнотконтору у встановлений законом шестимісячний строк не подала, зі спадкодавцем спільно не проживала, а тому є такою, що пропустила строк для прийняття спадщини. Неприйняття спадщини обумовлено поважними обставинами, адже їй 83 роки і на час смерті сестри вона хворіла. Суд, розглянувши матеріали справи по суті у порядку спрощеного провадження, вирішив визначити ОСОБИ\_1 додатковий строк для подання нею заяви про прийняття спадщини<sup>1</sup>.

З огляду на те, що у даній категорії справ вирішується питання про надання строку на реалізацію права, але не вирішується по суті спір, що виникає з спадкових відносин, вважаємо, що така практика є правильною, а такі справи доцільно розглядати в спрощеному позовному провадженні.

У спрощеному порядку доцільно, на наше переконання, також розглядати **справи про виключення з арешту майна для реалізації прав спадкоємців**, оскільки вони пов'язані зі спадковими, але не є такими за своєю суттю. Це можна проілюструвати на прикладі рішення Вінницького міського суду Вінницької області у справі за позовом до ОСОБИ\_2 про зняття арешту з майна, що входить до складу спадщини після смерті ОСОБА\_3. Позивач, як спадкоємиця даного майна, звернулася до приватного нотаріуса з заявою про прийняття спадщини за заповітом, тоді стало відомо про наявність арешту на вказану квартиру, що перешкоджає заявнику реалізувати її права спадкоємця та оформити спадкові права і вільно розпоряджатися спадковим майном. Суд розглянувши справу в порядку спрощеного провадження вирішив скасувати арешт на квартиру, який зареєстрований в Єдиному реєстрі заборон відчуження нерухомого майна<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Див.: Рішення Луцького міськрайонного суду Волинської області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74100655>; Рішення Луцького міськрайонного суду Волинської області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73195873>; Рішення Чечельничького районного суду Вінницької області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72325507>.

<sup>2</sup> Див.: Рішення Вінницького міського суду Вінницької області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72245829>.



Ще одним цікавим рішенням, що демонструє відхід від загального правила, передбаченого ст. 274 ЦПК 2017, є рішення Печерського районного суду м. Києва у справі про стягнення заборгованості за кредитом, ціна позову якої сягала більше встановленої межі для справ, що можуть розглядатися в порядку спрощеного позовного провадження відповідно до ч. 4 ст. 274. У цій справі ухвалою від 27 грудня 2017 р. було відкрито провадження у справі та призначено до розгляду по суті за правилами спрощеного провадження, а 25 січня 2018 р. на підставі клопотання представника відповідача із запереченнями проти розгляду в порядку спрощеного позовного провадження враховуючи те, що ціна позову у вказаній справі **перевищує п'ятсот прожиткових мінімумів** для працездатних осіб та що є рішення суду, яким відмовлено в позові з аналогічними вимогами і вказана справа наразі знаходиться на розгляді в суді апеляційної інстанції, суд вирішив перейти до розгляду справи за правилами загального позовного провадження<sup>1</sup>.

Повертаючись до питання щодо категорії справ, які розглядаються судами першої інстанції у спрощеному провадженні, слід зазначити, що серед досліджених судових рішень не було жодного, постановленого у справі **про надання судом дозволу на тимчасовий виїзд дитини** за межі України тому з батьків, хто проживає окремо від дитини, у якого відсутня заборгованість зі сплати аліментів та якому відмовлено другим із батьків у наданні нотаріально посвідченої згоди на такий виїзд, що була додана до ЦПК відповідно до положень Закону № 2475-VIII від 03.07.2018 р.

Натомість чимала кількість **справ, що виникають з трудових відносин**, розглядаються в спрощеному позовному провадженні. У даному разі законодавством чітко встановлено порядок їх розгляду, а наділення суду правом вирішити питання про розгляд таких справ у загальному порядку є дискусійним. Зокрема, у разі перевищення розміру позовних вимог граничних меж, установлених ч. 4 ст. 274 ЦПК 2017.

Дослідження судової практики показало, що більшість справ цієї категорії, що розглядаються судами першої інстанції, становлять такі: 1) стягнення несплаченої заробітної плати; 2) затримка розрахунку при звільненні; 3) скасування наказу про звільнення, поновлення на роботі та виплата заробітної плати за час вимушеного прогулу; 4) стягнення середнього заробітку за затримку розрахунку при звільненні, відшкодування моральної шкоди тощо<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Рішення Печерського районного суду м. Києва. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72174681>.

<sup>2</sup> Див.: Рішення Козятинського міськрайонного суду м. Вінниця. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74692203>; Рішення Хмельницького міськрайонного суду Вінницької області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78136536>; Рішення Тиврівського районного суду Вінницької області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74161467>; Рішення Вінницького міського суду Вінницької області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78249207>; Рішення Вінницького міського суду Вінницької області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75454702>; Рішення Солом'янського районного суду м. Києва. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79304945>.

Однак достатньо й таких справ, що впливають з трудових відносин, також було розглянуто в загальному позовному провадженні, до якого суд постановив перейти на підставі ч. 6 ст. 277 ЦПК 2017. Зокрема, найбільш розповсюдженою є практика, яку демонструє такий приклад. ОСОБА\_11 звернулась до суду до ПрАТ АТ про поновлення на роботі та виплату заробітної плати за час вимушеного прогулу. Ухвалою судді відкрито спрощене позовне провадження в справі, але на підставі звернення представника позивача із клопотанням про призначення розгляду справи в порядку загального позовного провадження суд вирішив перейти до розгляду справи за правилами загального позовного провадження<sup>1</sup>.

Доволі цікавим є рішення Вінницького міського суду Вінницької області у справі за позовною заявою до Вінницької фабрики про визнання дій незаконними, стягнення недоплаченої заробітної плати та вихідної допомоги<sup>2</sup>. До початку розгляду цієї справи по суті до суду надійшла заява, клопотання та відповідь на відзив відповідача, в яких заявник просив вирішити питання про розгляд даної справи за правилами спрощеного позовного провадження, які мотивовані тим, що позовну заяву у справі було подано до набрання чинності новим ЦПК України, в зв'язку з цим позивачем не було заявлено клопотання про розгляд справи в порядку спрощеного провадження протягом розумного строку. Суд у результаті прийшов до висновку змінити порядок розгляду справи шляхом заміни судового розгляду на розгляд справи за правилами спрощеного позовного провадження без повідомлення сторін, хоча такого не передбачено чинним законодавством.

Проведений аналіз судової практики показав, що лівова частка справ, що розглядаються судами в порядку спрощеного провадження – це **справи про стягнення заборгованості за кредитними договорами та справи про стягнення заборгованості за оплату житлово-комунальних послуг**. Остання категорія справ може бути розглянута в порядку наказного або спрощеного позовного провадження, але в жодному з досліджених рішень не було зазначено підстав для обрання спрощеного провадження для звернення.

Надзвичайно велика кількість справ, що розглядалися впродовж 2018 р. в судах, зокрема, в порядку спрощеного провадження, це справи, що виникали з договірних відносин, а саме – з договорів кредиту фізичних осіб споживчих кредитів. У таких справах банківська установа, зокрема ПАТ КБ «Приватбанк», звертається до суду з позовною заявою до ОСОБИ\_1 про стягнення заборгованості за кредитним договором. Позовні вимоги мотивує тим, що 06.08.2015 р. між ПАТ КБ «Приватбанк» та відповідачем ОСОБОЮ\_1 був укладений кредитний договір, відповідно до якого відповідачу надано кредит в розмірі

---

<sup>1</sup> Див.: Рішення Дніпровського районного суду м. Києва. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73274366>; Рішення Голосіївського районного суду м. Києва. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77311005>.

<sup>2</sup> Див.: Рішення Вінницького міського суду Вінницької області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72152865>.

500 грн у вигляді встановленого кредитного ліміту на платіжну картку. Відповідач ОСОБА\_1 свої зобов'язання щодо погашення кредитної заборгованості не виконала і станом на 04.03.2018 р. загальна сума заборгованості становить 15400,57 грн, в тому числі заборгованість за кредитом 1277,87 грн; заборгованість за відсотками 1695,84 грн; нарахована пеня 11217,34; заборгованість за судовими штрафами 1209,55 грн, які просить стягнути з відповідача на користь ПАТ КБ «Приватбанк» та витрати по сплаті судового збору в сумі 1762 грн. Суд, розглянувши матеріали справи по суті у порядку спрощеного провадження, вирішив стягнути з ОСОБИ\_1 на користь ПАТ КБ «Приватбанк» заборгованість за кредитним договором *у розмірі 15400 (п'ятнадцять тисяч чотириста) грн 57 коп. та 1762 (одна тисяча сімсот шістдесят дві) грн судового збору*<sup>1</sup>.

Обраний приклад ілюструє істотну невідповідність суми боргу та заборгованості, нарахованої банківською установою – більше, ніж в 30 разів, що свідчить про необхідність більш детального порядку розгляду такої категорії справ, враховуючи необхідність забезпечення розумного балансу між приватними й публічними інтересами, а також значний суспільний інтерес, зважаючи на поширення таких відносин. Варто також додати, що рішення в даних справах, зокрема, в зазначеному вище прикладі, не оскаржувалися в апеляційному порядку. Слід враховувати те, що судові рішення у малозначних справах відповідно до п. 2 ч. 3 ст. 389 ЦПК 2017 не підлягають касаційному оскарженню, але застосування цього критерію передбачено законодавством і не може розглядатися як перешкода доступу до правосуддя (див. Рішення ЄСПЛ від 9 жовтня 2018 р. щодо неприйнятності у справі «Азюковська проти України» (*Azyukovska v. Ukraine*, заява № 26293/18)).

### **Вирішення питання про порядок розгляду справи: актуальні проблеми судової практики.**

Відповідно до положення ч. 6 ст. 279 ЦПК 2017 розгляд справи може відбуватися *в письмовому провадженні без виклику сторін і без судового засідання: на розсуд суду*, так може розглядатися справа, в якій предметом позову є стягнення грошової суми, розмір якої не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб та в якій характер спірних правовідносин та предмет доказування не вимагають проведення судового засідання з повідомленням сторін для повного та всебічного встановлення обставин справи.

Можемо одразу зауважити, що з 258 проаналізованих судових рішень жодне не було постановлене в результаті розгляду справи в порядку письмового провадження. З 82 проаналізованих судових рішень про зміну спрощеного провадження без виклику сторін жодне рішення не було постановлено без

<sup>1</sup> Див.: Рішення Ківерцівського районного суду Волинської області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73903210>; Рішення Ковельського міськрайонного суду Волинської області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77690486>; Рішення Ковельського міськрайонного суду Волинської області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77398468>; Рішення Ковельського міськрайонного суду Волинської області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77882214>.

проведення судового засідання. Суди, відкриваючи провадження у справі без виклику сторін, в основному на підставі заперечення відповідача, постановляли ухвалу про розгляд такої справи в порядку загального позовного провадження у подальшому відповідно до ч. 6 ст. 277 ЦПК 2017.

Під час постановлення ухвали суду про розгляду справи в порядку загального позовного провадження відповідно до ч. 6 ст. 277 ЦПК 2017 суди здебільшого спирались узагалі на немотивовані заяви відповідачів про необхідність розгляду даної справи в порядку загального провадження<sup>1</sup>, або на такі: справа потребує детального розгляду спору по суті та з'ясування всіх обставин справи; відповідач не погоджується розглядати дану справу за правилами спрощеного провадження, так як позов потребує обґрунтованого дослідження, відповідачу необхідний час для надання необхідних доказів на заперечення на позов, а також подачі зустрічного позову, також підлягає з'ясуванню вартість спірного майна; подано зустрічну заяву; під час розгляду справи підлягають обов'язковому встановленню причини та місце виникнення поломки прихованого внутрішньобудинкового мережевого трубопроводу гарячого водопостачання (стоякових труб), способи усунення пошкодженої ділянки трубопроводу, умови виконання ремонтних робіт, що потребує проведення судової будівельно-технічної експертизи, а також допиту свідків; оскільки у відповідача виникають сумніви щодо ряду документів, які надані позивачем, тому просить суд оглянути оригінали в судовому засіданні; з метою правильного врегулювання спору; оскільки відповідачем повністю заперечується наявність у нього перед позивачем заборгованості, а також законність підстав для стягнення заборгованості не є доведеною та потребує ретельного дослідження доказів у рамках загального позовного провадження<sup>2</sup> тощо.

Варто зауважити, що питання про порядок розгляду справи і проведення судового засідання не може вирішуватися тільки на підставі заяви позивача або відповідача у справі. Суд повинен вирішувати питання про призначення судового засідання, враховуючи об'єктивні обставини справ, наприклад, відповідно до вимог ч. 3 ст. 274 такою підставою може бути – складність справи

<sup>1</sup> Див.: Рішення Святошинського районного суду м. Києва. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77458138>; Рішення Шевченківського районного суду м. Києва. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77876557>; Рішення Шевченківського районного суду м. Києва. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78012565>; Рішення Печерського районного суду м. Києва. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78104332> та ін.

<sup>2</sup> Див.: Рішення Святошинського районного суду м. Києва. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78373718>; Рішення Дніпровського районного суду м. Києва. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75215164>; Рішення Шевченківського районного суду м. Києва. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77317620>; Рішення Дніпровського районного суду м. Києва. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78142027>; Рішення Вінницького міського суду Вінницької області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72152865>; Рішення Оболонського районного суду м. Києва. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75318570>; Рішення Дніпровського районного суду м. Києва. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76049026>; Рішення Голосіївського районного суду м. Києва. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77311005>.

і необхідність допиту свідків, які повинні повідомити суду обставини справи, якими обґрунтовує свої вимоги позивач або заперечує відповідач.

Отже, найбільш проблемним, на наш погляд, є застосування у судовій практиці положень про справи незначної складності та інші справи, для яких пріоритетним є швидке вирішення справи, а, отже, розгляд у спрощеному позовному провадженні можливий без виклику сторін. У такому разі суд має вирішити, чи є доцільним розгляд справи в порядку спрощеному або загальному позовному провадженні, враховуючи положення ч. 3 ст. 274 ЦПК 2017 на момент відкриття провадження у справі, а також виходячи з того, що перехід від розгляду справи в загальному позовному провадженні до розгляду в порядку спрощеного провадження не передбачений законодавством.

Умови, за яких розгляд справи може відбуватися в спрощеному порядку, і процедура вирішення питання про порядок розгляду справи визначені ЦПК 2017, але однозначно не передбачено, що особа зобов'язана звернутися до суду з клопотанням про розгляд у порядку спрощеного провадження справи, що є малозначною, навіть на підставі п. 1 ч. 6 ст. 19 (справи, в яких ціна позову не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб). Водночас у ЦПК немає відповідних підстав для відмови у відкритті провадження, повернення, залишення без розгляду або навіть залишення без руху заяви, якщо особа звертається не в передбаченому законом порядку розгляду малозначної справи, тому можна зробити висновок, що спрощений порядок є обов'язковим у разі наявності сукупності обставин і може розглядатися як альтернатива до загального позовного провадження. Суд вирішує це питання, застосовуючи ч. 1 ст. 277 ЦПК 2017.

На наш погляд, алгоритм вирішення питання про розгляд справи в загальному або спрощеному позовному провадженні є таким: ініціатива розпочати спрощене позовне провадження все ж таки належить позивачеві, адже відповідно до ч. 2 ст. 184 ЦПК 2017 саме позивач має право в позовній заяві заявити клопотання про розгляд справи за правилами спрощеного позовного провадження, якщо такий розгляд допускається цим Кодексом. Ця теза підтверджується також тим, що відповідно до ч. 1 ст. 276 ЦПК 2017 клопотання позивача про розгляд справи в порядку спрощеного позовного провадження подається у письмовій формі одночасно з поданням позовної заяви або може міститись у ній. Подальшу долю цієї справи належить вирішити суду, який під час відкриття провадження має врахувати умови, визначені в ч. 1 ст. 11 (пропорційність у цивільному судочинстві), а також у ч. 3 ст. 274, а також вимоги частин 1 та 2 ст. 277 ЦПК 2017. Виходячи з цих положень, суд при вирішенні питання про розгляд справи в порядку спрощеного або загального позовного провадження враховує такі обставини: завдання цивільного судочинства; чи становить розгляд справи значний суспільний інтерес; забезпечення розумного балансу між приватними й публічними інтересами; складність справи та категорію; особливості предмета спору; обраний позивачем спосіб захисту; ціну позову; значення розгляду справи для сторін, кількість сторін та інших учасників справи; час, необхідний для вчинення

тих чи інших дій, розмір судових витрат, пов'язаних із відповідними процесуальними діями, обсяг та характер доказів у справі, в тому числі чи потрібно у справі призначити експертизу, викликати свідків тощо; а також думку сторін щодо необхідності розгляду справи за правилами спрощеного позовного провадження. Зараз варто також порівняти зазначені положення з Civil Procedure Rules 1998, в яких вимоги щодо пропорційності розгляду справи більш лаконічні – це розмір позовних вимог, важливість справи, її складність, а також фінансового становища сторін (Part 1, 1.1 (2) (c)) [9].

Одразу зауважимо, що в жодному з досліджених рішень при вирішенні питання про розгляд справи в порядку спрощеного провадження не згадувалися положення зазначених вище статей ЦПК України. Суди виходили в основному з наявності клопотання заявника щодо розгляду справи в спрощеному провадженні; у деяких випадках у справі надходили заперечення відповідача, які будуть проаналізовані більш детально. Принагідно слід звернути увагу на те, що навіть у разі застосування положень ч. 6 ст. 277 ЦПК 2017 і постановлення судом ухвали про розгляд справи за правилами загального позовного провадження в подальшому, суди не зауважували підстави та умови такого рішення.

Серед справ, які розглядалися в порядку спрощеного позовного провадження, але судом було постановлено ухвалу про розгляд справи в порядку загального позовного провадження, можна виділити такі: стягнення аліментів, а також зміна способу стягнення аліментів; визнання права користування жилим приміщенням; втрата права користування жилим приміщенням; позбавлення права користування жилим приміщенням та інші.

Аналіз судових рішень свідчить про те, що серед обставин, які визначалися як підстава для переходу до розгляду справи в порядку загального позовного провадження, були такі: необхідність проведення експертизи, множинність сторін, значний суспільний інтерес тощо. У деяких справах суд не вдавався до детального аналізу обставин, що потянули за собою перехід розгляду справи від спрощеного до загального позовного провадження.

Зокрема, одна з досліджених справ була віднесена судом до **таких, що мають значний суспільний інтерес**, для розгляду в загальному позовному провадженні. Це справа за позовом до відповідача ДП «Парламентський телеканал «РАДА» про захист честі, гідності, ділової репутації, визнання поширеної інформації недостовірною та спростування такої інформації, рішення у якій було ухвалено Печерським районним судом м. Києва. Ухвалою суду було відкрито провадження у справі та призначено до розгляду по суті за правилами спрощеного провадження, без повідомлення сторін за наявними у справі матеріалами, але на підставі клопотання представника відповідача із запереченнями проти розгляду в порядку спрощеного позовного провадження та проханням розглянути справу по суті за правилами загального позовного провадження у зв'язку з тим, що розгляд даної справи становить значний суспільний інтерес. Адже і позивач, і відповідач є народними депутатами України, поширена відповідачем інформація ґрунтувалась на журналістському розслідуванні. Тож суд прийшов

до висновку розглянути справу за правилами загального позовного провадження та замінити засідання для розгляду справи по суті підготовчим засіданням<sup>1</sup>.

Ще однією такою підставою для розгляду справи в порядку загального позовного провадження судом була визнана **необхідність залучення третіх осіб** у рішенні Іллінецького районного суду Вінницької області у справі за позовом до Липовецького районного відділу державної виконавчої служби Головного територіального управління юстиції у Вінницькій області про зобов'язання вчинити певні дії. Ухвалою суду було відкрито провадження у справі та призначено розгляд справи за правилами спрощеного позовного провадження, але враховуючи, що питання про залучення третіх осіб до участі у справі вирішується лише в підготовчому провадженні, суд зазначив, що доцільно здійснити перехід з розгляду даної цивільної справи в порядку спрощеного провадження в розгляд справи за правилами загального позовного провадження<sup>2</sup>.

Варто зауважити, що згадані вище обставини справи можуть стати обґрунтованими підставами для її розгляду в порядку загального позовного провадження, але при цьому важливо не допустити зловживання процесуальними правами, тому основною метою все ж таки варто визначити розгляд справи відповідно до абз. 2 ч. 4 ст. 19 ЦПК 2017 – виходячи з того, що розгляд даної справи через складність та інші обставини недоцільний у спрощеному позовному провадженні.

Більшість з проаналізованих судових рішень містили в собі підстави для призначення судового засідання в спрощеному позовному провадженні відповідно до ч. 5 ст. 279, не вдаючись до переходу до загального позовного провадження.

Ще одна розповсюджена категорія справ – це **відшкодування збитків у порядку регресу за позовами страхових компаній** до винуватців ДТП, які здебільшого розглядаються в спрощеному порядку, але в деяких з них суди доходили висновку про необхідність їх подальшого розгляду в порядку загального позовного провадження (з огляду на предмет спору, що виник між сторонами, характер спірних правовідносин, предмет доказування, з урахуванням клопотання відповідача; оскільки справа є складною та у відзиві відповідача наводяться відомості, які потребують дослідження і з якими позивач не згоден; оскільки до суду надійшов зустрічний позов; часто без зазначення підстав<sup>3</sup>).

На наш погляд, не досить виваженою є судова практика, коли суди постановляли ухвали про подальший розгляд справи в порядку загального позовного провадження, не зазначаючи достатніх на це підстав, у таких категоріях **справ,**

<sup>1</sup> Див.: Рішення Печерського районного суду в м. Києві. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72558050>.

<sup>2</sup> Див.: Рішення Іллінецького районного суду Вінницької області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77257238>.

<sup>3</sup> Див.: Рішення Солом'янського районного суду м. Києва. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79304908>; Рішення Голосіївського районного суду м. Києва. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78171039>; Рішення Дніпровського районного суду м. Києва. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74533711>.

для яких пріоритетним є швидке вирішення справи, зокрема, справи про визначення місця проживання малолітніх дітей, а також стягнення аліментів на утримання дітей<sup>1</sup>. Наприклад, у справі про визначення місця проживання малолітніх дітей, в якій ухвалою судді Солом'янського районного суду м. Києва від 19 квітня 2018 р. було відкрито спрощене позовне провадження, а за клопотанням представника позивача про призначення розгляду справи в порядку загального позовного провадження, суд прийшов до висновку перейти до розгляду справи за правилами загального позовного провадження.

Так само в справі за позовом про збільшення розміру аліментів та стягнення заборгованості по аліментах, в якій ухвалою від 27 грудня 2017 р. відкрито провадження у справі та призначено до розгляду по суті за правилами спрощеного провадження, а 26 січня 2018 р. суд прийшов до висновку розглянути справу за позовом за правилами загального позовного провадження та замінити засідання для розгляду справи по суті підготовчим засіданням на підставі клопотання представника відповідача із запереченнями проти розгляду в порядку спрощеного позовного провадження, оскільки справа прямо пов'язана з правами дитини та стосується не лише стягнення аліментів, а й збільшення суми аліментів.

Зокрема, особливу категорію справ, що розглядаються в спрощеному порядку, становлять **справи про визнання договорів оренди землі недійсними**, в яких зазначається, що підпис на договорі не належить стороні-заявнику. Наприклад, у справі про визнання договору оренди земельної ділянки недійсним позивач посилався на те, що їй було відомо, що ТОВ «Дністер-Агро», а в подальшому СТОВ «АГРОКРЯЖ» обробляли належну їй земельну ділянку, однак за невідомих підстав у копії договору оренди землі б/н від 28.10.2010 р. та акту передачі землі від 28.10.2010, що укладено між ТОВ «Дністер-АГРО», правонаступником якого є СТОВ «АГРОКРЯЖ» та ОСОБА\_1, від імені позивача підписи в документах проставлено іншою особою, які кардинально різняться із підписом позивача, в тому числі проставленим у паспорті громадянина України. Окрім того, підписи, проставлені від імені орендодавця в договорі та акті прийому-передачі землі, різняться також між собою. Суд, розглянувши матеріали справи в порядку спрощеного провадження, визнав договір оренди земельної ділянки недійсним<sup>2</sup>. Не заперечуючи в цілому можливості визначення судом належності підпису тій чи іншій особі, постає однак питання, чи розглядав суд необхідність або доцільність проведення експертизи у справі.

<sup>1</sup> Див.: Рішення Солом'янського районного суду м. Києва. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73946899>; Рішення Луцького міськрайонного суду Волинської області URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73533600>.

<sup>2</sup> Див.: Рішення Чернівецького районного суду Вінницької області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78510202>; Рішення Чернівецького районного суду Вінницької області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78510210>; Рішення Жмеринського міськрайонного суду Вінницької області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77717149>; Рішення Жмеринського міськрайонного суду Вінницької області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77717477>; Рішення Шаргородського районного суду Вінницької області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76965954>.



Зауважимо також, що в проаналізованих судових рішеннях нечасто згадується про **спроби досудового врегулювання спору**<sup>1</sup>. Це вказує на певні недоліки реформи правосуддя, оскільки більш ефективним для вирішення більшої частини спорів, що розглядаються в спрощеному позовному провадженні, повинно бути позасудове вирішення, яке за допомогою різноманітних способів, що враховують особливості предмета спору, складу сторін, дають можливість дійсно швидко знайти компроміс і врегулювати спір.

**Висновки.** Підсумовуючи, зазначимо, що всім судовим рішенням, згаданим у цій статті, притаманна відсутність посилань на ч. 1 ст. 11 та ч. 3 ст. 274 ЦПК 2017 і, відповідно, жодних пояснень, чому справа розглядається в спрощеному порядку і віднесена до незначних або таких, в яких пріоритетним є швидке вирішення справи. Зокрема, це справи щодо реалізації житлових прав громадян, стягнення аліментів на утримання малолітніх дітей, а також про визначення місця проживання малолітніх дітей.

Принагідно слід зауважити, що в законодавстві інших держав справи, що розглядаються в спрощеному позовному провадженні, диференціюються за критерієм ціни позову, а також конкретної категорії (Civil Procedure Rules 26.6 та 27.1 будь-які позови на суму не більше 10 000 фунтів, з особливими умовами щодо позовів про відшкодування шкоди та позовів орендатора житлового приміщення до орендодавця) [44].

Водночас переконані, що під час вирішення питання про порядок розгляду справи мають застосовуватися положення ч. 1 ст. 11 та ч. 3 ст. 274 ЦПК 2017, виходячи з принципу пропорційності цивільного судочинства, а також абз. 2 ч. 4 ст. 19 ЦПК 2017. З огляду на це, вбачаємо, що суди мають мотивувати свої рішення, а також більш широко застосовувати положення принципів пропорційності цивільного судочинства і співробітництва між сторонами і судом для забезпечення реалізації основного завдання – ефективного захисту порушених прав осіб.

Варто також передбачити можливість переходу від спрощеного позовного провадження без виклику сторін до спрощеного позовного розгляду справи в судовому засіданні. Адже здебільшого серед підстав застосування ч. 6 ст. 277 ЦПК є такі, що пов'язані з реалізацією права особи бути почутою судом, але не обґрунтовують складність справи або інші обставини, через які недоцільно розглядати у спрощеному позовному провадженні.

#### **Список літератури:**

1. Закон про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів від 23.03.2017 р. № 6232. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=61415](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415).

2. European Judicial Sysytems. Efficiency and quality of justice. *CEPEJ Studies*. 2012. No 20.

<sup>1</sup> Див.: Рішення Іллінецького районного суду Вінницької області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78292285>; Рішення Луцького міськрайонного суду Волинської області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73533600>; Рішення Іваничівського районного суду Волинської області. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72245896>.

3. Regulation (EC) No. 861/2007 of the European Parliament and the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure. 2012. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32007R0861>.

4. Eric H. Steele. The Historical Context of Small Claims Courts. *Law and Social Inquiry*. April 1981. Vol. 6, issue 2, pp. 293–376.

5. Barbara Yngvesson and Patricia Hennessey. Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature. *Law & Society Review*. Winter 1975, Vol. 9, No. 2, pp. 219–274.

6. Silvestri E. Small Claims and Procedural Simplification: Evidence from Selected EU Legal Systems. *Access to Justice in Eastern Europe*. 2018. Vol. 1, issue 1, pp. 6–14.

7. Principes de procédure civile propres a améliorer le fonctionnement de la justice R (84) 5, 28.02.1984. URL: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=603541&SecMode=1&DocId=682116&Usage=2>.

8. Рекомендація R (81) 7 Комітету міністрів державам-членам щодо шляхів спрощення доступу до правосуддя, ухвалені Комітетом міністрів РЄ 14 травня 1981 р. URL: [http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994\\_133](http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994_133).

9. Civil Procedure Rules. URL: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil>.

#### **References:**

1. Закон про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Тисячного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів від 23.03.2017 р. № 6232. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=61415](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415).

2. European Judicial Systems. (2012). Efficiency and quality of justice. *CEPEJ Studies*, 20.

3. Regulation (EC) No. 861/2007 of the European Parliament and the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32007R0861>.

4. Eric, H. Steele. (April 1981). The Historical Context of Small Claims Courts. *Law and Social Inquiry*, Vol. 6, issue 2, 293–376.

5. Barbara Yngvesson and Patricia Hennessey. (Winter 1975). Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature. *Law & Society Review*, Vol. 9, 2, 219–274.

6. Silvestri, E. Small Claims and Procedural Simplification: Evidence from Selected EU Legal Systems. (2018). *Access to Justice in Eastern Europe*, Vol. 1, issue 1, 6–14.

7. Principes de procédure civile propres a améliorer le fonctionnement de la justice R (84) 5, 28.02.1984. URL: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=603541&SecMode=1&DocId=682116&Usage=2>.

8. Рекомендації R (81) 7 Комітету міністрів держав-членам щодо шляхів спрощення доступу до правосуддя, ухвалені Комітетом міністрів РЄ 14 травня 1981 р. (1981). URL: [http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994\\_133](http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/994_133).

9. Civil Procedure Rules. URL: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil>.

**Izarova I. O.**, Doctor of Law, Associate Professor, Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine, Kyiv.

e-mail : [irina.izarova@gmail.com](mailto:irina.izarova@gmail.com) ; ORCID 0000-0002-1909-7020

**Prytyka Y. D.**, Doctor of Law, Professor, Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine, Kyiv.

e-mail : [prytykau@gmail.com](mailto:prytykau@gmail.com) ; ORCID 0000-0001-5992-1144

#### **Simplified lawsuit of civil proceedings in Ukraine: the challenges of the first year of application in judicial practice**

*As a result of the reform of the Ukrainian civil procedural law in 2017, civil justice has undergone significant changes – in courts of first instance may consider civil cases in a general procedure or in a*

simplified order. At the same time, the simplified procedure provides for two options: ordinary proceedings with court hearings or written proceedings, in which case proceedings are conducted without summoning of parties and without a court hearings. A generalization of the court practice of the courts of first instance, as a result of the analysis of 258 court decisions of first instance courts, approved during 2018 and available for research on the Single court decisions system website, provides an opportunity to highlight the most pressing issues arising in judicial practice and to suggest ways of their solution. Consequently, the problem of differentiation and the determination by courts of grounds for the consideration of civil cases is the subject of our attention in this article.

To summarize, it was noted that court decisions mentioned in this part lack references to Part 1 of Art. 11 and Part 3 of Art. 274 CPC 2017 and, therefore, have no explanation as to why the case is being considered under simplified procedure and is classified as small claim or as a case which priority is a quick resolution of the case. In particular, these are cases concerning housing rights of citizens, recovery of alimony payments for the maintenance of young children, and the determination of the place of residence of young children.

Authors concluded that in the legislation of other states, cases which are considered under simplified procedure are differentiated according to the value of claim, as well as to the specific category (Civil Procedures Rules 26.6 and 27.1, any claims with a value not exceeding 10,000 pounds, with special conditions concerning claims for damages revocation and claims of a tenant of a residential property to a lessor). At the same time, when deciding on the procedure for consideration of a case, the provisions of Part 1 of Art. 11 and part 3 of Article 274 should be used based on the principle of proportionality of civil proceedings and para 2 of Part 4 of Art 19 CPC 2017. In view of this, it is considered appropriate to draw attention to motivating the courts' decisions, as well as wider application of the provisions of the principles of proportionality of civil judicial proceedings and cooperation between the parties and the court to ensure the realization of the main task - effective protection of violated claimant's rights.

**Keywords:** civil procedure; simplified proceedings; small cases; insignificant cases; differentiation of civil proceedings; written proceedings.

**Рекомендоване цитування:** Ізарова І. О., Притика Ю. Д. Спрощене позовне провадження цивільного судочинства України: виклики першого року застосування в судовій практиці. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 145. С. 51–67. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.160567>.

**Suggested Citation:** Izarova, I.O., Prytyka, Y.D., (2019). Sproshchene pozovne provadzhenia tsyvilnoho sudochynstva Ukrainy: vyklyky pershoho roku zastosuvannia v sudovii praktytsi [Simplified lawsuit of civil proceedings in Ukraine: the challenges of the first year of application in judicial practice]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 145, 51–67*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.160567> [in Ukrainian].

*Надійшла до редколегії 22.03.2019 р.*



**Карнаух Богдан Петрович,**  
кандидат юридичних наук,  
асистент кафедри цивільного права № 1,  
Національний юридичний університет  
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків  
e-mail: karnaukh.bogdan@gmail.com  
ORCID 0000-0003-1968-3051

doi: 10.21564/2414–990x.145.161866

УДК 347.5

## ПРИЧИННИЙ ЗВ'ЯЗОК ЯК УМОВА ДЕЛІКТНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ В ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ: СПРАВИ ПРО ПОРУШЕННЯ ПРОЦЕДУРНИХ ГАРАНТІЙ

*Статтю присвячено дослідженню причинного зв'язку у практиці Європейського суду з прав людини. У фокусі уваги – причинний зв'язок між порушенням державою процедурних гарантій, передбачених статтею 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, з одного боку, та шкодою, якої зазнав заявник – з іншого. Зроблено висновок, що слід розмежовувати безпосередні наслідки конкретного процедурного порушення і наслідки провадженнь у цілому.*

**Ключові слова:** причинний зв'язок; шкода; втрата шансу; втрата реальних можливостей; делікт; права людини; процедурні гарантії.

**Карнаух Б. П.,** кандидат юридических наук, ассистент кафедры гражданского права № 1, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.  
e-mail : karnaukh.bogdan@gmail.com ; ORCID 0000-0003-1968-3051

**Причинная связь как условие деликтной ответственности в практике Европейского суда по правам человека: дела о нарушении процедурных гарантий**

*Статья посвящена исследованию причинной связи в практике Европейского суда по правам человека. В фокусе внимания – причинная связь между нарушением государством процедурных гарантий, предусмотренных ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, с одной стороны, и вредом, причиненным заявителю – с другой. Сделан вывод, что следует отличать непосредственные последствия конкретного процедурного нарушения и последствия производства в целом.*

**Ключевые слова:** причинная связь; вред; потеря шанса; потеря реальных возможностей; деликт; права человека; процедурные гарантии.

**Вступ.** Відповідно до ст. 41 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – ЄКПЛ, або Конвенція) «[я]кщо Суд визнає

факт порушення Конвенції або протоколів до неї і якщо внутрішнє право відповідної Високої Договірної Сторони передбачає лише часткове відшкодування, Суд, у разі необхідності, надає потерпілій стороні справедливую сатисфакцію». У своїй прецедентній практиці Європейський суд з прав людини (надалі – ЄСПЛ, або Суд) неодноразово наголошував, що для застосування означеної статті має бути встановлено причинний зв'язок між порушенням Конвенції та шкодою, якої зазнав заявник [1, § 189; 2, § 127; 3, § 40]. Загалом необхідність встановлення причинного зв'язку між поведінкою деліквента і шкодою потерпілого є цілком очевидним і незаперечним постулатом деліктного права. Однак специфіка справ, які розглядаються Судом, позначається, серед іншого, і на проблематиці дослідження значущих для справи причинно-наслідкових зв'язків. Особливо це помітно у справах, де йдеться про порушення Державою процедурних гарантій, передбачених ЄКПЛ.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Нині практиці Європейського суду з прав людини в українській правничій науці приділяється чимало уваги. Позиції Суду досліджуються в контексті конституційного, кримінального, адміністративного права, а також у контексті процесуальних галузей права. Проте вкрай мало розвідок, у яких практику Суду було б аналізовано крізь призму деліктного права, і це в той час, як у зарубіжних публікаціях усю Страсбурзьку систему захисту прав людини називають системою деліктного права [4], позаяк вона гарантує абсолютні (у цивілістичному розумінні цього слова) права індивіда як певний *status quo*, що його не може бути порушено.

Серед зарубіжних публікацій, у яких досліджується проблема причинного зв'язку в контексті практики ЄСПЛ, варто назвати роботи Ф. Будлінські (F. Bydliniski) [5], Б. Жупанчича (Zupančič, B.) [6], І. Дюран (I. C. Durant, I.), М. Кельнер (M. Kellner) [7], К. Сильок (K. Sulyok) [8] та ін. На окрему згадку заслуговує фундаментальна монографія «Деліктне право в юриспруденції Європейського суду з прав людини» за загальною редакцією А. Фенівес (A. Fenyves), Е. Карнер (E. Karner), Г. Козіоль (H. Koziol) та Е. Стейнер (E. Steiner) [9].

**Мета статті** – виявити підходи ЄСПЛ до проблематики причинного зв'язку у справах, пов'язаних із порушенням державою-відповідачем процедурних гарантій, передбачених, зокрема, ст. 6 ЄКПЛ. При цьому за вірець нами взято насамперед справи про порушення права на правову допомогу.

**Вклад основного матеріалу.** У науковій літературі зауважено, що ЄСПЛ рідко коли у своїх рішеннях докладно пояснює застосовану ним методологію встановлення причинного зв'язку [5, с. 72; 7, с. 461, 492]. Разом з тим не підлягає сумніву, що при оцінці зв'язку причина-наслідок Суд послуговується тестом «якби не» (англійською – *«but for» test*, латинський відповідник – *conditio sine qua non*). Згідно з цим тестом слід змоделювати, як би розвивались події, якби держава-відповідач не допустила порушення Конвенції. Якщо навіть у такому разі заявник зазнав би шкоди, то це значить, що допущене Державою порушення не є причиною шкоди, і навпаки. Як це висловлено у ст. 3:101 Принципів європейського деліктного права (надалі – PETL) «[д]іяльність або поведінка

(тут і надалі – діяльність) є причиною шкоди потерпілого, якщо за відсутності діяльності, шкода б не виникла».

Так, у справі *Туквабо-Текл та інші проти Нідерландів* заявниця, пані Туквабо-Текл, яка мешкала разом з чоловіком в Амстердамі, звернулася до Міністерства закордонних справ Нідерландів із проханням надати візу на тимчасове проживання її п'ятнадцятилітній доньці Мегре, яка перебувала в Еритреї. Міністерство відмовило. Після численних процесів щодо оскарження відмови пані Туквабо-Текл звернулася до ЄСПЛ стверджуючи про порушення ст. 8 ЄКПЛ (Право на повагу до приватного і сімейного життя). На її думку, уряд Нідерландів, неправомірно відмовивши в наданні візи її доньці, створив перешкоди для возз'єднання сім'ї, які не можуть бути виправдані цілями забезпечення міграційної політики. З огляду на це, заявниця просила відшкодування заподіяної їй шкоди. До розміру такої шкоди заявниця, серед іншого, віднесла грошові кошти, які вона щотри місяці переказувала родичам в Еритрею на утримання доньки [10, § 55].

Суд визнав, що мало місце порушення статті 8 ЄКПЛ, однак у задоволенні вимоги про відшкодування майнової шкоди відмовив, посилаючись на відсутність причинного зв'язку між констатованим порушенням і витратами заявниці, адже заявниця витратила б кошти на утримання й виховання дитини в будь-якому разі, навіть якби та мешкала разом з нею, в Нідерландах. Суд зауважив, що заявниця «понесла б витрати на догляд за Мегре незалежно від того, проживала остання в Еритреї чи Нідерландах. Ці кошти, отже, не підлягають відшкодуванню як справедлива сатисфакція» [10, § 57].

Таким чином, тест «якби не» передбачає необхідність висловити припущення щодо можливого альтернативного розвитку подій. Звісна річ, таке припущення мусить бути високовірогідним для того, аби воно могло послугувати станівним ґрунтом для судового рішення.

В одних випадках змоделювати альтернативний розвиток подій – нескладно, однак в інших це завдання може викликати чималі труднощі. До випадків другого ґатунку належать справи про порушення процедурних гарантій.

Уявімо, що Держава на порушення ст. 6 § 2 ЄКПЛ не забезпечила участь адвоката у справі про кримінальне правопорушення. Обвинуваченого визнано винуватим у скоєнні злочину й засуджено до позбавлення волі. Після цього засуджений звертається до ЄСПЛ, скаржачись на порушення Конвенції та вимагаючи відшкодування шкоди, завданої незаконним засудженням. Шкода в такому разі включає як моральну шкоду (страждання, яких особа зазнала через позбавлення волі), так і майнову шкоду (заробіток, втрачений за час ув'язнення).

Згідно з принципами деліктного права для того, аби вирішити цю справу, Суд має установити наявність причинного зв'язку між заявленим процедурним порушенням, з одного боку, і результатом судового провадження (яким стало засудження заявника) – з іншого. Інакше кажучи, якщо слідувати тестові «якби не», то Суд повинен установити, чи було б заявника виправдано, якби Держава

забезпечила участь адвоката у справі. І якщо з'ясується що так, то причинний зв'язок є, і шкода підлягає відшкодуванню. Якщо ж Суд установить, що заявника було б усе одно засуджено, то в такому разі причинного зв'язку немає, і шкода не підлягає відшкодуванню. Змоделювати, як би розвивався процес, якби в ньому брав участь адвокат – досить непросто, та існує й інша важлива проблема. Якщо припустити, що механізм працює саме так, як описано, то значить держава може уникнути відповідальності за порушення будь-яких процедурних гарантій за умови, що рішення по суті справи є законним. Подібний стан речей доволі загрозливий, адже ставить під сумнів цінність гарантованих Конвенцією процесуальних прав.

Для того, аби уникнути такої загрози, Суд у своїх рішеннях розмежовує, з одного боку, безпосередні наслідки конкретного процедурного порушення, а з іншого – наслідки судового провадження в цілому. При цьому під безпосередніми наслідками розуміється моральна шкода, а саме – почуття збентеження, тривоги, обурення й безпорадності [11, § 43; 12, § 76], що їх переживає особа, стосовно якої допущено порушення процедурних гарантій. Наявність такого роду моральної шкоди презюмується<sup>1</sup>. Щоправда, доволі поширеною є практика, коли Суд вказує, що визнання ним факту порушення Конвенції саме по собі вже є достатнім для того, аби залагодити вищеозначену моральну шкоду [12, § 76; 15, § 157; 16, § 52]. Відтак вимога про сплату грошової компенсації відхиляється. Разом з тим є справи, у яких Суд доходить висновку, що самої лише констатації порушення замало, і заявникові належить присудити певну суму коштів як справедливу сатисфакцію [17, § 72; 18, § 79; 19, § 143].

Що стосується наслідків судового провадження в цілому, то в численних рішеннях зустрічаємо позицію, за якою Суд вказує, що він «не може будувати здогади» (*cannot speculate*) стосовно того, яким був би результат судового розгляду, якби положень Конвенції було додержано [12, § 76; 15, § 157]. На цій підставі Суд відмовляє в задоволенні вимоги про відшкодування шкоди, завданої через загальний (несприятливий для заявника) результат судового провадження.

Деякі дослідники вважають, що «заборона будувати здогади» означає, що Суд фактично викреслює із предмета доказування питання про те, як би розгорталися події, якби не порушення Конвенції [7, с. 480]. Проте така інтерпретація видається помилковою щонайменше через те, що жодне дослідження причинного зв'язку за визначенням не обходиться без «будування здогадів», адже ключовий тест на причинність – тест «якби не» – заснований на ймовірнісних судженнях про можливий хід подій.

Тому, на наш погляд, «заборону будувати здогади» слід тлумачити радше як указівку на те, що тягар доказування покладається на заявника. Суд фактично вказує, що він не буде гадати («будувати здогадів»), яким би був результат

<sup>1</sup> Найчіткіше цю презумпцію Суд висловлює у справах про порушення розумних строків судового розгляду: «[щ]о стосується немайнової шкоди, то Суд припускає наявність сильної, хоч і спростовної, презумпції, що надмірна тривалість проваджень спричиняє немайнову шкоду» [13, § 95; 14, § 204].

проваджень, якщо заявник сам не наведе належних доказів на користь того, що порушення Конвенції вплинуло на остаточне рішення, ухвалене за підсумками проваджень.

Отож Суд, на наше переконання, таки включає альтернативний правомірний розвиток подій до кола обставин, які мають значення для вирішення справи.

Застосування тесту «якби не» в його традиційній інтерпретації дає у підсумкові підхід «все або нічого» (*'all or nothing'*), адже якщо тест показує, що результат проваджень був би іншим (якби не порушення Конвенції), то заявник отримує повне відшкодування, якщо ж навпаки – заявник не отримує жодного відшкодування.

Практичні наслідки такого підходу значною мірою залежать від стандарту доказування, яким послуговується суд. В англо-американському праві стандартом доказування для цивільних справ є так званий стандарт переважаючої імовірності (*preponderance of probabilities*). Це означає, що для того, аби суд визнав певне твердження доведеним, стороні, на яку покладено тягар доказування, достатньо довести, що ймовірність того, що це твердження істинне, більша, ніж імовірність того, що воно хибне. Застосовно до досліджуваної проблематики це мало б означати, що заявникові достатньо довести, що, якби не процедурні порушення, допущені під час проваджень у національному суді, його шанси отримати сприятливе для нього рішення були б більшими, ніж 1:2.

Проте аналіз практики ЄСПЛ вказує на те, що Суд послуговується стандартом відчутно вимогливішим, аніж стандарт переважаючої імовірності.

Під цим кутом зору на особливу увагу заслуговує справа *Перкс та інші проти Сполученого Королівства*. У цій справі восьмеро заявників були засуджені мировими судами за несплату місцевих податків і як наслідок – ув'язнені. Під час проваджень у мирових судах заявникам, всупереч положенням ст. 6 ЄКПЛ, не було забезпечено право на правову допомогу. Адвокати, однак, були залучені під час проваджень із перегляду вироків у вищих інстанціях, за підсумками яких рішення мирових судів щодо всіх вісьмох заявників були скасовані. На цій підставі заявники звернулися до ЄСПЛ, стверджуючи про порушення ст. 6 ЄКПЛ та вимагаючи відшкодування шкоди, завданої незаконним засудженням. «Приймаючи те, що справедлива сатисфакція не присуджується у випадках, коли немає причинного зв'язку між порушенням ст. 6 і рішеннями національних судів, заявники наполягали, що компенсація є необхідною, коли доведено, що ці рішення були помилковими і призвели до несправедливого позбавлення волі. На думку заявників, від них не може вимагатися, щоб вони напевне довели, що несправедливості не сталося б, якби не порушення ст. 6. Це означало б вимагати неможливого. Що важить натомість, так це те, що не можна сказати, що якби заявники були належним чином представлені, то це б не мало жодного значення» [20, § 78].

Однак Суд відхилив такі аргументи і відмовив у задоволенні вимоги про відшкодування шкоди усім заявникам, окрім одного – пана Перкса, що був особою з інвалідністю і стосовно якого Держава-відповідач визнала, що якби його



представляв адвокат, його б точно не було засуджено до ув'язнення. Відмовляючи решті заявників, Суд покликався на заборону «будувати здогади» [20, § 82].

Застосування стандарту переважаючої імовірності у цій справі, вочевидь, дало б протилежний результат, адже хоча вибірка із восьми справ і не надто багаточисельна, однак той факт, що усі 100 % рішень, ухвалених за відсутності адвокатів, були в подальшому скасовані, виразно свідчить на користь того, що шанси заявників не бути ув'язненими явно перевищили б 50 %, якби їм від самого початку було надано належну правову допомогу.

Таким чином, підхід «все або нічого» у поєднанні із високим стандартом доказування призводить до частих відмов (у вимогах про відшкодування), які важко узгоджуються з інтуїтивним почуттям справедливості.

З огляду на це в науці деліктного права було винайдено концепції, які, на протигагу підходові «все або нічого», передбачають можливість неповної компенсації у разі непевності причинного зв'язку. Однією із них є доктрина втраченого шансу (*loss of chance doctrine*). Згідно з цією доктриною (як її інтерпретовано теорією економічного аналізу права), якщо причинний зв'язок є непевним, то розмір відшкодування визначається як добуток шкоди, якої зазнав позивач, на коефіцієнт імовірності того, що причиною цієї шкоди була поведінка відповідача. Тобто, якщо шкода завдана засудженням заявника дорівнює 10 тис. євро і при цьому буде встановлено, що якби не порушення процедурних гарантій під час процесу, то заявника з ймовірністю 60 % було б виправдано, то в такому разі на користь заявника має бути стягнуто 6 тис. євро<sup>1</sup>.

ЄСПЛ виробив у своїй практиці схожу концепцію – «втрата реальних можливостей» (*loss of real opportunities*) [17, § 72; 21, § 80; 22, § 38]. Вона відрізняється від щойно описаної тим, що Суд достеменно не вираховує коефіцієнт імовірності причинного зв'язку, а натомість визначає розмір відшкодування на око, виключно на основі внутрішнього переконання про справедливість сатисфакції.

Показовою у цьому контексті є справа *Сабех Ель Леїль проти Франції*. Заявник із 1980 р. працював бухгалтером у посольстві Кувейту в Парижі. Після двадцяти років служби його було звільнено у зв'язку з реструктуризацією департаментів посольства. Заявник оскаржив рішення про звільнення до Паризького трудового трибуналу. Трибунал визнав звільнення необґрунтованим і на цій підставі стягнув на користь заявника компенсацію в розмірі 82 тис. євро.

Однак Паризький апеляційний суд скасував рішення трибуналу, вказавши, що оскільки заявник є працівником посольства, за ним має бути визнано дипломатичний імунітет, а, отже, його спір не може розглядатися судами

<sup>1</sup> Якщо послідовно розвивати такий підхід, то отримаємо цікаві результати. Уявімо, що участь адвоката в процесі гіпотетично могла б призвести не до виправдання, а лише до зменшення строку позбавлення волі, і при тому не напевне, а з такою ж імовірністю в 60 %. Припустивши, що заявника було реально засуджено до 10 років позбавлення волі, тоді як за участі адвоката, він би отримав лише 6 років, і припустивши, що шкода, яка завдається кожним роком ув'язнення дорівнює 1 тис. євро, одержимо, що сума компенсації дорівнює  $(10 - 6) \times 1000 \times 0,6 = 2400$  (євро) .

Франції. Заявник звернувся до Касаційного суду Франції. Однак його скарга була визнана неприйнятною.

З огляду на зазначене заявник зрештою подав заяву до ЄСПЛ, стверджуючи про порушення його права на доступ до суду. Посилаючись на ст. 41 ЄКПЛ, заявник просив стягнути на його користь матеріальну шкоду в розмірі 82 тис. євро, очевидно, маючи на увазі, що якби йому не було відмовлено в доступі до правосуддя, то він би отримав компенсацію, яку первісно присудив на його користь Паризький трудовий трибунал. Окрім того, заявник просив стягнути 2 тис. євро моральної шкоди.

ЄСПЛ визнав порушення ст. 6 Конвенції. При цьому щодо відшкодування Суд зазначив таке. «Хоча Суд не може будувати здогадів щодо того, яким був би результат судового розгляду, якби стан речей був іншим, Суду не видається нерозумним розглядати заявника як такого, що зазнав втрати реальних можливостей. Окрім того, заявник зазнав немайнової шкоди, яку не може загладити сама лише констатація факту порушення Конвенції. Спираючись на вимоги справедливості, відповідно до ст. 41, Суд присуджує заявникові 60 тис. євро сумарно за обома видами шкоди» [17, § 72].

Уважається, що ще однією науковою концепцією, застосування якої дає у підсумкові такі ж результати, як і доктрина втраченого шансу, – є вчення про альтернативні причини (*alternative causes*). Так, відповідно до ст. 3:103 PECTL «[я]кщо є декілька діяльностей, кожна з яких окремо могла б бути достатньою для спричинення шкоди, і при цьому залишається непевним, яка із них насправді спричинила шкоду, то кожна діяльність вважається причиною у тій мірі, яка відповідає ймовірності того, що саме ця діяльність насправді спричинила шкоду потерпілого». Будучи інтерпретованою крізь призму вчення про альтернативні причини, досліджувана нами ситуація набуває такого вигляду. Причиною засудження заявника могло бути або порушення Державою процедурних гарантій, або в цілому правомірна діяльність щодо розслідування й розгляду справи. Відповідно, шкода підлягає компенсації лише в тій частині, в якій вона спричинена порушенням процедурних гарантій.

Не можна, однак, не помітити, що вчення про альтернативні причини тлумачиться в такому разі досить вільно, адже за визначенням для застосування концепції альтернативних причин необхідна наявність щонайменше двох діяльностей, тоді як у наведеному прикладі мається насправді лише одна, а саме – діяльність Держави щодо розслідування й розгляду справи, у рамках якої було допущено ті або інші процедурні порушення. Відтак, замість двох окремих діяльностей маємо одну діяльність, яка поглинає собою іншу.

Утім, існує третій спосіб доктринального обґрунтування необхідності часткового відшкодування. Так, описану проблему можна конвертувати, перенісши із площини причинного зв'язку в площину поняття шкоди. Якщо визнати, що втрата шансу (або можливості) як така є шкодою, яка підлягає відшкодуванню, то в такому разі слід було б установлювати причинний зв'язок не між процедурним порушенням і результатом проваджень, а, натомість, між процедурним

порушенням і, власне, втратою шансу. За такої інтерпретації установлення причинного зв'язку не становитиме проблеми, однак нею тепер стане вирахування точного розміру шкоди. За математичними законами ціна шансу дорівнює добутку ціни перемоги на величину шансу, а тому в підсумкові одержимо той же результат, що й попередньо.

Хоч ЄСПЛ не надто багатослівно пояснює застосовувану ним концепцію втрачених можливостей, вона, здається, більше нагадує саме такий, третій варіант інтерпретації проблеми.

Та окрім трьох вищезазначених концепцій, які дають однаковий результат, існує ще один підхід до проблеми причинного зв'язку у справах про порушення процедурних гарантій. Цей підхід називають реверсією тягара доказування. Його суть у тому, щоб покласти тягар доказування на державу-відповідача: держава має довести, що навіть якби вона не порушувала процедурних гарантій, результат проваджень від цього б не змінився.

Цей підхід, по суті, передбачає презумпцію на користь заявника, а саме – презумпцію того, що якби не порушення Конвенції, то рішення національного суду було б сприятливим для заявника. Однак далеко не кожне порушення процедурних гарантій може викликати дію цієї презумпції. Так, наприклад, порушення розумного строку судового розгляду (саме на нього, як відомо, найчастіше скаржаться заявники) зазвичай не повинно вважатися причиною підсумкового результату проваджень.

Таким чином, кардинального значення набуває питання про те, які із процедурних порушень мають визнаватися достатньою підставою для відповідної презумпції, а які – ні.

На наше переконання, вирішити це питання можна за допомогою підходів, які вже дістали розвиток в практиці Суду. Так, у багатьох рішеннях Суд сформував концепцію «справедливість провадження в цілому» (the fairness of the proceedings as a whole) [23, § 103–113; 24, § 144–150; 25, § 251]. Згідно з цією концепцією Суд може дійти висновку, що незважаючи на окремі обмеження процесуальних гарантій, допущені стосовно заявника, провадження щодо нього загалом було справедливим. До прикладу, у справі *Ібрагім та інші проти Сполученого Королівства* Суд зауважив: «Незважаючи на затримку із наданням першим трьом заявникам доступу до правової допомоги і прийняття під час судового розгляду показань, наданих за відсутності правової допомоги, провадження в цілому стосовно кожного із заявників були справедливими» [25, § 294].

Суд, отже, визначає питому вагу процедурних порушень у «загальній масі» провадження щодо заявника. Суд вказує: «[в]ідповідність вимогам справедливого судового розгляду має бути досліджена в кожному випадку з огляду на розвиток проваджень в цілому, а не на основі поодиноких міркувань щодо окремого аспекту або одного окремого інциденту... Суд має дослідити вплив обмеження на загальну справедливість проваджень і вирішити, чи були провадження в цілому справедливі» [25, § 251, 257]. При цьому у справі *Ібрагім*

Суд навів список із десяти критеріїв, які мають бути враховані при визначенні питомої ваги порушень, або, іншими словами, – при визначенні того, чи були провадження справедливими в цілому [25, § 274].

Ми вважаємо, що презумпція, описана вище, підлягає застосуванню тоді, коли Суд доходить висновку, що провадження в цілому були несправедливими.

Однак при цьому не можна виключати того, що одне процедурне порушення може вирішально впливати на увесь подальший хід проваджень і через те призводити до висновку, що провадження в цілому були несправедливими. Це має місце, зокрема, тоді, коли Суд констатує, що порушення «непоправно зашкодило» (*irretrievably prejudiced*) правам заявника на захист.

Так, у справі *Салдуз проти Туреччини* заявникові не було надано доступу до правової допомоги упродовж часу його затримання поліцією. У цей час його було допитано, відповідно, без участі адвоката. У подальшому – під час перебування під вартою і в суді – заявникові надавалася правова допомога.

Тим не менше Суд дійшов висновку, що показання, отримані під час допитів без адвоката, мали вирішальне значення для усього подальшого ходу судового слідства. Суд підкреслив «важливість стадії досудового розслідування для підготовки кримінального процесу, з огляду на те, що докази, отримані під час цієї стадії, визначають загальне бачення, в рамках якого інкримінований злочин буде розглядатися під час судового слідства» [26, § 54].

При цьому Суд додав, що хоча він і не може будувати здогадів щодо того, що сталося б, якби заявникові було надано правову допомогу під час його затримання [26, § 58], однак Суд переконаний, що відсутність адвоката під час затримання завдала непоправної шкоди праву заявника на захист [26, § 62], адже ані допомога, надана в подальшому адвокатом, ані змагальна природа судового процесу не могли виправити порушень, що сталися під час затримання [26, § 58].

Ми вважаємо, що підхід, заснований на реверсії тягаря доказування, заслуговує на підтримку з декількох причин. По-перше, установлювана ним презумпція починає працювати лише за умови, що заявник довів наявність порушень Конвенції і те, що провадження щодо нього було в цілому несправедливим. Таким чином, тягар доказування розподіляється рівномірно: спершу його підважує заявник, а потім – держава. По-друге, видається, що держава знаходиться в кращій позиції для доказування альтернативного розвитку судового провадження. По-третє, означений підхід забезпечує підвищений захист інтересів індивіда як слабшої сторони у відносинах із державою.

Що ж стосується концепцій, заснованих на вирахуванні коефіцієнту ймовірності, то вони цілком виправдовують себе у разі так званих токсичних деліктів, стосовно яких наука епідеміологія має розлогі дані. Натомість у випадку із судовим провадженням достеменно визначення коефіцієнту ймовірності того або іншого результату видається доволі непростим завданням, особливо з огляду на те, що кожна справа відрізняється від інших як за фактичними обставинами, так і за доказовою базою.

**Висновки.** У разі, якщо під час провадження у національних судах стосовно заявника було допущено порушення процедурних гарантій, передбачених ст. 6 ЄКПЛ, то слід чітко розрізняти: а) безпосередні наслідки конкретного процедурного порушення; і б) наслідки провадження у цілому. Безпосереднім наслідком конкретного порушення є моральна шкода, викликана почуттями справедливого обурення, безпорадності та збентеження. Наявність такої шкоди презюмується. Стосовно відшкодовності шкоди, завданої результатом провадження в цілому, ефективним видається такий підхід. Зазначена шкода відповідно до загального правила підлягає відшкодуванню лише за умови, що результат провадження був би інакшим, якби держава не допустила під час цих проваджень порушення Конвенції. При цьому зазначена умова повинна вважатися наявною (презупція на користь заявника), якщо заявник доведе, що а) мало місце порушення Конвенції і б) через це порушення провадження щодо нього було в цілому несправедливим.

#### References:

1. *Musayev and Others v. Russia*, no. 57941/00, 58699/00, 60403/00. ECHR, 26 July 2007. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81908>.
2. *Zakıcı v. Turkey* [GC], no. 23657/94, ECHR 1999IV. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58282>.
3. *Kingsley v. the United Kingdom*, no. 35605/97, ECHR, 28 May 2002. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60487>.
4. Oliphant, K. & Ludwichowska, K. (2011). Damage. *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*. Fenyves, A., Karner, E., Koziol, H., Steiner, E. (Eds.). Berlin: De Gruyter, Vol. 30, 397–447.
5. Bydlinski, F. (2011). Methodological Approaches to the Tort Law of the ECHR. *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*. Fenyves, A., Karner, E., Koziol, H., Steiner, E. (Eds.). Berlin: De Gruyter, Vol. 30, 29–128.
6. Zupančič, B. (2011). Causation in Cases of Environmental Degradation: The Missing Link in Adjudicating Human Rights. *The Yearbook of Polar Law Online*, 3, 113–128.
7. Kellner, M., Durant, I. C. (2011). Causation. *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*. Fenyves, A., Karner, E., Koziol, H., Steiner, E. (Eds.). Berlin: De Gruyter, Vol. 30, 449–500.
8. Sulyok, K. (2017). Managing Uncertain Causation in Toxic Exposure Cases: Lessons for the European Court of Human Rights from U.S. Toxic Tort Litigation. *Vermont Journal of Environmental Law*, 18(4), 519–569.
9. Fenyves, A., Karner, E., Koziol, H., Steiner, E. (Eds.). (2011). *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*. Berlin: De Gruyter.
10. *Tuquabo-Tekle and others v. the Netherlands*, no. 60665/00. ECHR, 1 December 2005. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71439>.
11. *Papamichalopoulos and others v. Greece* (Article 50), no. 14556/89, ECHR, 31 October 1995. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57961>.
12. *Nikolova v. Bulgaria*, no. 31195/96, ECHR, 25 March 1999. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58228>.
13. *Cocchiarella v. Italy* [GC], no. 64886/01, ECHR, 29 March 2006. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72929>.
14. *Scordino v. Italy* (No. 1), [GC], no. 36813/97, ECHR, 29 March 2006. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72925>.
15. *Włoch v. Poland*, no. 27785/95, ECHR, 19 October 2000. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58893>.

16. *Lietzow v. Germany*, no. 24479/94, ECHR, 13 February 2001. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59209>.

17. *Sabeh El Leil v. France* [GC], no. 34869/05, ECHR, 29 June 2011. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105378>.

18. *Cudak v. Lithuania* [GC], no. 15869/02, ECHR, 23 March 2010. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97879>.

19. *Denisov v. Ukraine* [GC], no. 76639/11, ECHR, 25 September 2018. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-186216>.

20. *Perks and others v. the United Kingdom*, nos. 25277/94, 25279/94, 25280/94, 25282/94, 25285/94, 28048/95, 28192/95 and 28456/95, ECHR. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58319>.

21. *Pélissier and Sassi v. France*, no. 25444/94, ECHR, 25 March 1999. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58226>.

22. *Colozza v. Italy*, no. 9024/80, ECHR, 12 February 1985. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57462>.

23. *Dvorski v. Croatia* [GC], no. 25703/11, ECHR, 20 October 2015. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158266>.

24. *Beuze v. Belgium* [GC], no. 71409/10, ECHR, 9 November 2018. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187802>.

25. *Ibrahim and others v. the United Kingdom* [GC], nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, ECHR, 13 September 2016. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-166680>.

26. *Salduz v. Turkey* [GC], no. 36391/02, ECHR, 27 November 2008. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89893>.

**Karnaugh B. P.**, PhD in Law, Teaching Assistant of Department of Civil Law No. 1, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail : [karnaugh.bogdan@gmail.com](mailto:karnaugh.bogdan@gmail.com) ; ORCID 0000-0003-1968-3051

### **Causation as a precondition of tort liability in case-law of European court of human rights: cases concerning violation of procedural guaranties**

*In order to apply Art. 41 of European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter – ECHR, Convention) the European Court of Human Rights (hereinafter – the ECtHR) has to establish the causal connection between the violation of the Convention and the alleged damage. Though the ECtHR does not explain in much detail its considerations on the causation in each particular case, there is no doubt that the ECtHR uses ‘but for’ test. However the application of the ‘but for’ test is quite a complex task when it comes to cases concerning violations of procedural guaranties.*

*In this respect one has to distinguish direct consequences of particular procedural violation, on the one hand, and overall consequences of the proceedings (within which the violation took place), on the other. Non-pecuniary damage (distress, frustration, helplessness) is a direct consequence of the violation. Such a damage is presumed to be suffered in each case. As to the overall consequences of the proceedings several approaches might be followed. First one is ‘all or nothing’ approach, where the burden of proof lies on the applicant: the latter has to prove that but for the violation of ECHR, the overall result of the proceedings would have been different (more favorable to him). Combined with a particularly high standard of proof this approach results in dismissal of claims for damages in vast majority of cases. Second approach may be explained by different theoretical doctrines (alternative causes, loss of chance, reconceptualization of damage). The main idea, however, remains the same: the amount of compensation has to be diminished in accordance with the probability that the outcome of the proceedings would have been different but for the violation of the ECHR.*

*The third approach, that the author advocates, consists in reversing the burden of proof. Whenever the applicant has proven the violation of the ECHR and it is established that the ‘proceedings as a whole’*

*were unfair, it is the respondent State that has to prove that the violation committed made no difference to the general outcome of the proceedings.*

**Keywords:** causation; damage; loss of chance; loss of real opportunities; tort; human rights; procedural guaranties.

**Рекомендоване цитування:** Карнаух Б. П. Причинний зв'язок як умова деліктної відповідальності в практиці Європейського суду з прав людини: справи про порушення процедурних гарантій. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 145. С. 68–79. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.161866>.

**Suggested Citation:** Karnaukh, B.P. (2019). Prychynnyi zviazok yak umova deliktnoi vidpovidalnosti v praktytsi Yevropeiskoho sudu z prav liudyny: spravy pro porushennia protsedurnykh harantii [Causation as a precondition of tort liability in case-law of European court of human rights: cases concerning violation of procedural guaranties]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 145*, 68–79. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.161866> [in Ukrainian].

*Надійшла до редколегії 03.04.2019 р.*



**Яценко Семен Сергійович,**  
провідний юрист відділу економіко-правових  
проблем містознавства,  
Інститут економіко-правових досліджень  
НАН України, Україна, м. Київ  
e-mail: yazenco.s.s@gmail.com  
ORCID 0000-0002-2072-2401

doi: 10.21564/2414–990x.145.161676  
УДК 346.52+347.232+341.64

## НАЦІОНАЛІЗАЦІЯ ПрАТ «КБ ПРИВАТБАНК»: ПРАВОВА ОЦІНКА КРИЗЬ ПРИЗМУ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД ЛЮДИНИ

*Запровадження тимчасової адміністрації надає Фонду гарантування вкладів не лише повне та виключне право управляти банківською установою, але і право розпоряджатися нею. Саме завдяки цьому Фонд продав, а Міністерство фінансів України придбало сто відсотків акцій ПрАТ «КБ Приватбанк». Укладенню цієї угоди передувало визнання банку неплатоспроможним, розгляд питання загроз національній безпеці на засіданні Ради національної безпеки і оборони України та засідання Кабінету Міністрів України про акцептування пропозиції Національного банку здійснити викуп банківської установи. Враховуючи це, варто зазначити, що націоналізація ПрАТ «КБ Приватбанк» розпочалася запровадженням тимчасової адміністрації, а завершилася – державною реєстрацією прав власності на пакет акцій підприємства. Націоналізація становить порушення права на мирне володіння своїм майном та права на повагу до приватного і сімейного життя з огляду на те, що право на здійснення комерційної діяльності належить до сфери приватного життя, бізнес-приміщення відносяться згідно з практикою Європейського суду з прав людини до категорії «житло», а акції товариства – до категорії «власність» з огляду на ст. 1 Протоколу до Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини. Згадані права не є абсолютними за характером, тож постає питання визначення легітимності та пропорційності державного втручання у їх здійснення. Належність ПрАТ «КБ Приватбанк» до системно важливих може непрямо свідчити про наявність інтересу суспільства до втручання в права власників банку з метою запобігання фінансової кризи. Так само розгляд цього питання на засіданні Ради національної безпеки і оборони України також покликаний загострити значення проблеми. Громадськість не може дати цим подіям належну оцінку в силу засекречення всієї значущої інформації: Національний банк України та Рада національної безпеки і оборони України відмовилися надати будь-яку інформацію.*

**Ключові слова:** націоналізація; права людини; Конвенція; Приватбанк; право на мирне володіння своїм майном.

**Яценко С. С.,** ведучий юрист отдела економіко-правових проблем градоуправління, Інститут економіко-правових досліджень НАН України, Україна, г. Київ.  
e-mail : yazenco.s.s@gmail.com ; ORCID 0000-0002-2072-2401



**Национализация ЧАО «КБ Приватбанк»: правовая оценка через призму Конвенции о защите прав и основоположных свобод человека**

*Введение временной администрации предоставляет Фонду гарантирования вкладов не только полное и исключительное право управлять банковским учреждением, но и право им распоряжаться. Именно благодаря этому Фонд продал, а Министерство финансов Украины приобрело сто процентов акций ЧАО «КБ Приватбанк». Заключению этого соглашения предшествовало признание банка неплатежеспособным, рассмотрение вопроса угроз национальной безопасности на заседании Совета национальной безопасности и обороны Украины и заседание Кабинета Министров Украины об акцепте предложения Национального банка осуществить выкуп банковского учреждения. Учитывая это, стоит отметить, что национализация ЧАО «КБ Приватбанк» началась введением временной администрации, а завершилась – государственной регистрацией прав собственности на пакет акций предприятия. Национализация являет собой нарушение права на мирное владение своим имуществом и права на уважение частной и семейной жизни ввиду того, что право на осуществление коммерческой деятельности относится к сфере частной жизни, бизнес-помещения относятся, согласно практике Европейского суда по правам человека, в категории «жилье», а акции общества – к категории «собственность», учитывая статью 1 Протокола к Конвенции о защите прав и основоположных свобод человека. Упомянутые права не являются абсолютными по характеру, поему стоит вопрос определения легитимности и пропорциональности государственного вмешательства в их осуществление. Принадлежность ЧАО «КБ Приватбанк» к системно значимым может косвенно свидетельствовать о наличии интереса общества к вмешательству в права собственников банка с целью предотвращения финансового кризиса. Так же рассмотрение этого вопроса на заседании Совета национальной безопасности и обороны Украины призвано обострить значение проблемы. Общественность не может дать этим событиям надлежащую оценку в силу засекречивания всей значимой информации: Национальный банк Украины и Совет национальной безопасности и обороны Украины отказались предоставить любую информацию.*

**Ключевые слова:** национализация; права человека; Конвенция; Приватбанк; право на мирное владение своим имуществом.

**Вступ.** Становлення ринкової економіки в Україні неможливе без якісного правового регулювання, ключову роль в якому відіграє господарське право, зокрема правові норми щодо майнової основи господарювання. У сучасному складному світі не уникнути ситуацій, в яких держава втручається у діяльність суб'єктів господарювання. Так сталося і з ПрАТ «Приватбанк». Дехто опише цю подію як «державний рекет», інші – як нагальну необхідність для порятунку фінансової системи держави, яка знаходиться у стані гібридної війни. Варто розглянути націоналізацію ПрАТ «КБ Приватбанк» не з політичної чи економічної позиції, а саме з погляду прав людини, які є основою концепції принципу верховенства права.

**Аналіз літературних даних.** При підготовці даної статті опрацьовувалися нормативно-правові акти України, подавалися запити про публічну інформацію до різних відомств (чії відповіді були використані як джерела), публікації у засобах масової інформації (Іb.ua) [1] та книга «Приватна історія» [2].

**Метою статті** є обґрунтування відповідності чи не відповідності заходів з націоналізації ПрАТ «КБ Приватбанк» нормам Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Для досягнення цієї мети необхідно виконати такі завдання: окреслити хронологію розвитку подій навколо ПрАТ «КБ

Приватбанк» та механізм співпраці органів державної влади щодо врятування фінансової системи України; проаналізувати окремі статті Конвенції, які найбільше підходять до даного кейсу, а саме статті 8 та 13 Конвенції, ст. 1 Протоколу до Конвенції.

**Виклад основного матеріалу.** У неділю 18 грудня 2016 р. ПрАТ «КБ Приватбанк» був визнаний неплатоспроможним на підставі рішення Правління Національного банку України № 498-рш/БТ [3]. Того ж дня відповідно до положень Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» [5] Фонд гарантування вкладів фізичних осіб прийняв рішення № 2859 «Про запровадження тимчасової адміністрації у ПрАТ «КБ Приватбанк», яким розпочалося виведення його з ринку [3].

18 грудня 2016 р. виявився вкрай насиченим вихідним днем тижня: було прийнято і введено в дію Указом Президента України № 560 рішення Ради національної безпеки і оборони України «Про невідкладні заходи щодо забезпечення національної безпеки України в економічній сфері та захисту інтересів вкладників» [5]; Міністерство фінансів України розробило проект постанови Кабінету Міністрів України (далі – КМУ) та звернулося до Міністерства юстиції України із проханням про здійснення правової експертизи цього проекту; Міністерство юстиції України провело запитовану правову експертизу, про що в цей же день надіслало Міністерству фінансів України лист № 44710/3691-0-33-16/7 [6] (міністерством встановлено, що проект відповідає Конституції України, актам законодавства, що мають вищу юридичну силу, узгоджується з актами такої ж юридичної сили, не потребує проведення експертизи на відповідність чинним міжнародним договорам України, відповідає нормам нормопроєктувальної техніки, не потребує проведення гендерно-правової експертизи, не стосується Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, з урахуванням практики Європейського суду з прав людини, не містить корупціогенних факторів).

КМУ прийняв запропоновану Постанову № 961 «Деякі питання забезпечення стабільності фінансової системи», якою остаточно ухвалив рішення здійснити націоналізацію ПрАТ «КБ Приватбанк» шляхом купівлі за одну гривню [7]. Три дні по тому, 21 грудня 2016 р., Міністр фінансів України для реалізації вищезгаданих рішень уклав із Фондом гарантування вкладів фізичних осіб договір № БВ-744/16/13010-05/131 про купівлю за одну гривню всіх акцій ПрАТ «КБ Приватбанк» [8]. Після цього була здійснена державна реєстрація змін відомостей, які містяться у Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань, перереєстрація права власності на акції підприємства. На виконання вимог чинного законодавства НБУ здійснив оферту на продаж акцій банку державі, а КМУ здійснив акцепт та погодився їх придбати. Унаслідок докапіталізації банку статутний капітал банку збільшився із 19 млрд 446 млн 385 тис. 840 грн станом на третій квартал 2016 р., тобто перед націоналізацією, до 50 млрд 694 млн 750 тис. 960 грн станом на четвертий квартал 2016 р. після завершення націоналізації [9]. Вливання

державних коштів продовжилося, і станом на перший квартал 2019 р. статутний капітал ПрАТ «КБ Приватбанк» досяг 206 млрд 59 млн 743 тис. 960 грн, тобто збільшився більше ніж у 10 разів [9]. Чи коректно стверджувати, що націоналізація банку була здійснена лише 21.12.2016 р., коли було підписано договір купівлі-продажу? Чи лише коли Міністерство фінансів України зареєструвало права власності на акції в депозитарній системі (дата невідома)? Можливо, доцільно дотримуватися думки, що націоналізація розпочалася із введенням тимчасової адміністрації, і завершилася оформленням права власності держави на сто відсотків акцій банку.

З метою націоналізації ПрАТ «КБ Приватбанк» було розроблено дуже ефективну процедуру. Через те, що Голова Національного банку України не є членом Ради національної безпеки і оборони України відповідно до закону, Президент України ввів цю посадову особу ще у 2014 р. до складу Ради своїм Указом. На засіданні Ради, до складу якої не входять профільні фінансові відомства, але є багато представників силових структур, є керівники Уряду та Парламенту України, Голова центрального банку пояснювала, що фінансове становище ПрАТ «КБ Приватбанк» становить загрозу національній безпеці України. Будучи після цього «погодженим» на найвищому політичному рівні (між Президентом України, Головою Верховної Ради України, Прем'єр-Міністром України, Генеральним прокурором України) «ідея» націоналізації «спустилася» до КМУ «для реагування». Звісно, Голова Національного банку України мала право безпосередньо звернутися одразу до КМУ – але пов'язаність націоналізації із усуненням загроз національній безпеці, яка «констатована» рішенням Ради національної безпеки і оборони України, виглядає як вдалий юридичний «хід» для майбутнього захисту від обвинувачення у зловживаннях та перевищенні влади. Хоча, варто відмітити, що Рада національної безпеки і оборони України не зобов'язувала КМУ придбати банк у Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, вся ця складна процедура звелася до «режиму громадських» обговорень: якщо коли-небудь будуть висунуті претензії до КМУ – контраргументом буде рішення Ради національної безпеки і оборони України; якщо претензії будуть висунуті Голові Національного банку України – контраргументом буде колегіальне обговорення на Раді національної безпеки і оборони України, колегіальне рішення правління Національного банку України та відповідний Указ Президента України. Власне, членство у Раді як Міністра внутрішніх справ України, так і Генерального прокурора України дозволило більш прагматично оцінити наслідки схвалюваного рішення.

Оглянувши коротко послідовність подій, необхідно надати їм правову характеристику з погляду Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [11], яка є складовою частиною національного законодавства. Справді, у даній Конвенції відсутні поняття націоналізації, експропріації, банківської кризи тощо, але понятійний апарат цього міжнародного документа у поєднанні із практикою Європейського суду з прав людини дозволяє достатньо повно розглянути поширене у статті питання.

Попри дискусійність застосування поняття «націоналізація» (що пояснюється відсутністю легального закріплення визначення його змісту) до подій навколо ПрАТ «КБ Приватбанк», очевидним з погляду Конвенції є те, що трапилося, по-перше, втручання держави у право «на мирне володіння своїм майном», а по-друге, порушено право «на повагу до приватного та сімейного життя», які передбачені Конвенцією.

На мою думку, очевидність згаданих порушень прав людини та основоположних свобод полягає у наступному: фізичні особи, які володіли акціями банківської установи, відповідно були повноважними призначати правління банку, втратили можливість «тримати» у себе це майно, тобто не змогли надалі «фізично та господарсько панувати» (тобто, володіти) над цими існуючими у бездокументарній формі акціями та відповідно товариством у цілому.

Порушення ж права на повагу до приватного та сімейного життя проявилось у тому, що органи державної влади, а саме КМУ, Національний банк України, Рада національної безпеки і оборони України, Фонд гарантування вкладів фізичних осіб вирішили, що вони вимушені та мають право «зневажити» приватне життя цих фізичних осіб шляхом втручання у їхню поточну щоденну операційну діяльність, пов'язану зі здійсненням їхньої самостійної господарської підприємницької діяльності.

Таким чином, доводиться констатувати наявність порушення прав людини та основоположних свобод, вчинених державою шляхом втручання у здійснення права на повагу до приватного та сімейного життя, та право на мирне володіння своїм майном. Але заборони, які містяться у Конвенції, не мають абсолютного характеру – попри наявність факту події, який може свідчити про порушення прав людини та основоположних свобод, необхідно надати комплексну оцінку подіям та з'ясувати наскільки таке втручання є протиправним; чи відповідає інтересам суспільства, тобто є легітимним?

У статті 8 Конвенції йдеться не лише про втручання у сімейне та приватне життя у звичному розумінні, але, що більш важливо, окремо згадується житло та кореспонденція, підстави для втручання у здійснення цього важливого права. Саме таке широке розуміння поняття «приватне життя» дозволило Європейському суду з прав людини напрацювати цілу концепцію про приватне життя та відповідну судову практику. Зокрема, Європейський суд з прав людини у (англ.) Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights [12] зазначає наступне: обсяг статті 8 має розумітися надзвичайно широко [12, с. 7], а зобов'язання держави поважати таке «широке» приватне життя може бути як позитивним (забезпечити, щоб дане право дотримувалося іншими особами), так і негативним (утримуватися від свавільного втручання у це право) [12, с. 8]. Якщо ж втручання має місце, то воно не повинно бути свавільним, тобто має засновуватися на законі, який повинен бути якісним, тобто бути зрозумілим, мати передбачувані наслідки, бути досяжним для членів суспільства) – адже лише в такому випадку може бути забезпечено принцип верховенства права [12, с. 9]. Окрім як відповідність якісному законодавчому акту, таке втручання

повинно сприяти досягненню легітимної мети та бути «необхідним у демократичному суспільстві» [12, с. 11], бути обумовленим (англ.) «pressingsocialneed», тобто «тяжучою суспільною потребою». Тож якщо існують передумови для правомірного втручання у право людини на повагу до приватного та сімейного життя, актуальним стає тлумачення інших понять, які містяться у даній статті – житло та кореспонденція.

Відповідно до практики Європейського суду з прав людини до категорії «житло» належить не лише квартира чи будинок, в яких особа мешкає, але й «офіс для роботи та інші бізнес-приміщення» як центрального офісу, так і філій та представництв [12, с. 63]. Таке незвичне розуміння категорії «житло», так само як і відсутність визначення поняття «приватне життя», пов'язане із змінами суспільного життя. Тобто офісні приміщення ПрАТ «КБ Приватбанк», в яких здійснювали діяльність його колишні власники, належать до категорії «житло». Навряд чи доцільно стверджувати, що будь-яке приміщення ПрАТ «КБ Приватбанк» є житлом його власників (а точніше, власників акцій акціонерного товариства), але належність приміщень, в яких працювали акціонери, цілком можна віднести до категорії «житло».

Усунення акціонерів від управління ПрАТ «КБ Приватбанк» шляхом запровадження тимчасової адміністрації, подальший продаж банку державі, спричинили порушення права на «здійснення комерційної діяльності (commercialactivities)», на рівні іншої професійної діяльності (право особи формувати відносини із іншими «людськими істотами» (англ. – human beings), які мають професійну та бізнесову природу [12, с. 28]), яке також належить до сфери саме приватного життя і підлягає захисту відповідно до ст. 8 Конвенції. Так, у посібнику зазначається, що «професійна та бізнесова діяльність» належить до «фізичної, психологічної, моральної цілісності», яка є структурною частиною сфери приватного життя. Якщо згадати факт обов'язкового продажу банку Міністерству фінансів України, то він може містити ознаки «наказу на примусовий викуп» (англ. – compulsorypurchaseorder) [12, с. 64].

Визнання банку неплатоспроможним, поширення інформації про численні зловживання, у поєднанні із неможливістю забезпечення позову шляхом зупинення виконання рішення Правління Національного банку України чи дій Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, може свідчити про порушення права на ефективний засіб юридичного захисту, яке передбачене ст. 13 Конвенції. Проте якщо розглядати проведену інформаційну кампанію як «атаку» на репутацію особи, то захист репутації особи, зокрема проти наклепу, відноситься до категорії «конфіденційність», яка також є складовим елементом приватного життя [12, с. 29, 31]. Уточнимо, що для того, щоб Європейський суд з прав людини визнав порушення ст. 8, «атака на репутацію повинна мати належний рівень серйозності, створювати упередженість щодо особи» [12, с. 31]. Але якщо втрата репутації особи виникла внаслідок дій такої особи, то ст. 8 не застосовується [12, с. 31].

Одним із елементів права на повагу до приватного життя є право на повагу до своєї кореспонденції, до якої, зокрема, відносяться системи комунікації

у бізнес-приміщеннях. Так, накопичення «кореспонденції» у формі банківської таємниці, яке здійснюється органами державної влади, становить порушення права на повагу до приватного життя [12, с. 78].

Через поняття «житло», яке є одночасно і часткою сфери приватного життя відповідно до ст. 8, і об'єктом речового права відповідно до ст. 1 Протоколу до Конвенції, ці дві статті взаємодіють між собою. Така ж позиція міститься і в посібнику [12, с. 16]. Вказано, що досліджується кореляція між поняттям «житло» зі ст. 8 та «власність» із ст. 1 Протоколу: будь-яка власність підлягає захисту, незалежно від того, чи відноситься вона до категорії «житло» [12, с. 16–17]. Але до поняття «житло» належить і офіс для роботи та інші бізнес-приміщення, не лише центрального офісу, але і філій та представництв [12, с. 63]. У зв'язку із цим порушення ст. 8 не обов'язково означає порушення ст. 1. Але порушення ст. 1 Протоколу може означати потенційне порушення ст. 8. Указано, що ст. 8 має застосовуватися у випадках експропріації [12, с. 17]. Тобто націоналізація ПрАТ «КБ Приватбанк» як окремий випадок експропріації певною мірою підпадає під дію ст. 8 Конвенції.

Звісно, акції ПрАТ «КБ Приватбанк», та й сам ПрАТ «КБ Приватбанк» є власністю у розумінні ст. 1 Протоколу. Акціонери мали право захищати свою власність: не тільки право власності, але і саму власність – таке формулювання свідчить про охорону і інших видів речових прав. Гарантоване цією статтею право «мирно володіти» майном, яке вочевидь було порушено щодо власників ПрАТ «Приватбанк», не єдине, яке закріплене у цій статті. У нормі вказано, в проєкції на ситуацію ПрАТ «КБ Приватбанк», що держава уповноважена вводити в дію такі закони, щоб можна було здійснювати контроль за використанням майна (ПрАТ «КБ Приватбанк») відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів. У випадку з ПрАТ «КБ Приватбанк» такої ситуації відповідає запровадження тимчасової адміністрації, а не продаж банку державі. У власників банк можна було відібрати лише «в інтересах суспільства» на «умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права». Чи свідчить широка медіа-кампанія про те, що таке відібрання (націоналізація) відповідало інтересам суспільства? У якому випадку воно не відповідає інтересам суспільства та як це оцінити? Хто уповноважений здійснювати таке дослідження?

Можливо, віднесення на підставі Рішення Правління НБУ № 100-рш від 23.02.2017 р. (а так само і у 2016 р.) ПрАТ «КБ Приватбанк» до системно важливих на підставі власної методики Національного банку України [13] вже само по собі свідчить про те, що націоналізація цього банку потенційно відповідатиме інтересам суспільства, оскільки відповідно до ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» [14] діяльність системно важливого банку «впливає на стабільність банківської системи».

Іншим фактором, який може непрямо свідчити про можливу відповідність націоналізації інтересам суспільства, є залучення Ради національної безпеки і оборони України до процедури. Такий формат розгляду має свідчити про

неможливість утриматися від націоналізації у зв'язку із загрозою національній безпеці України. Але відсутня можливість достовірно визначити відповідність націоналізації інтересам суспільства, оскільки відповідно до листа апарату Ради національної безпеки і оборони України від 16.03.2017 № 178/22-8-2[15], інформація про обґрунтування націоналізації доповідалася на засіданні Ради, а тому має гриф обмеження доступу «для службового користування». У листі Національного банку України від 17.03.2017 р. № 20-0009/20255 [16] дана інформація так само віднесена до банківської таємниці. Тобто відсутня можливість достовірно встановити відповідність такого втручання суспільним інтересам.

Додатково про легітимність націоналізації мала б свідчити її прив'язка до Зasad стратегічного реформування державного банківського сектору, які були погоджені КМУ 11.02.2016 р. [17] та розроблялися із залученням фахівців Міжнародного валютного фонду, Світового банку, Міжнародної фінансової корпорації та Європейського банку реконструкції та розвитку. Але питання залишається відкритим: чи дійсно стабільність банківської системи та інтереси суспільства є одним цілим? Враховуючи, що передбачене Конвенцією поняття «інтереси суспільства» відрізняється від українського «суспільна необхідність», то у разі розгляду цього питання у Європейському суді з прав людини Уряду України доведеться доказувати, що саме у цьому випадку така націоналізація відповідала критерію інтересів суспільства – Європейський суд з прав людини буде оцінювати це через власне переконання у кожному окремому випадку. Так само Уряду України доведеться доводити, що така націоналізація була і необхідною у демократичному суспільстві.

Необхідно наголосити, що таке позиціонування інтересів суспільства відповідає публічно-правовому аспекту господарського права, а тому є цілком звичним – головне дотриматися принципу однакового підпорядкування єдиному правовому господарському порядку. Звісно, положення Конвенції, а не лише Господарського кодексу України та інших законодавчих актів, також обумовлюють відповідність цьому порядку.

Зокрема, порядок та підстави визнання банку неплатоспроможним, виведення його із ринку встановлюється спеціальним законом, а всі необхідні після цього процедури здійснюються Фондом гарантування вкладів фізичних осіб. Запровадження тимчасової адміністрації є реалізацією однієї із функцій Фонду, відповідно до статей 4 та 34 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб». Зокрема, ч. 5 ст. 5 даного Закону визначає, що «під час тимчасової адміністрації Фонд має повне та виняткове право управляти банком відповідно до цього Закону, нормативно-правових актів Фонду та вживати дії, передбачені планом врегулювання».

У тому разі, коли виведення неплатоспроможного банку з ринку здійснюється за участю держави на посадових осіб Фонду та на інших учасників процедури виведення такого банку поширюється дія норми ст. 411 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», в якій зазначено, що рішення про участь держави у процедурі виведення приймає КМУ за про-

позицією Національного банку України, а держава виступає інвестором. У разі якщо «капітал банку за результатами формування резервів та обміну зобов'язань на акції додаткової емісії банку залишається від'ємним чи нульовим...» Фонд зобов'язаний продати всі акції такого банку державі за одну гривню. Оскільки держава взяла участь у виведенні банку з ринку, то дана стаття була застосована.

Відтепер Міністерство фінансів України визначає і майбутнє банку, зокрема затвердивши наказом від 23.02.2018 р. № 316 Стратегію, в якій запропоновано у 2022 р. підготовку до плану приватизації банку [18, с. 28]. Відповідно до цієї Стратегії, очікувана ціна банківської установи становитиме 40–65 млрд гривень [19]. Таким чином, ПрАТ «КБ Приватбанк» перейшов у «повне та виняткове» управління до Фонду, який після чого продав банк Міністерству фінансів України. Підставою для цього став договір купівлі-продажу, який був укладений на виконання рішення КМУ, яке було ухвалене внаслідок розгляду цього питання Радою національної безпеки і оборони України.

З огляду на викладене вище, у разі якщо перед Європейським судом з прав людини постане відповідне питання, держава має доводити, що націоналізація ПрАТ «КБ Приватбанк», порушення права його власників на повагу до їхнього приватного життя, було об'єктивно необхідним у демократичному суспільстві для захисту прав інших осіб (наприклад, вкладників, позичальників, працівників, контрагентів).

**Висновки.** Примусова передача банку ПрАТ «КБ Приватбанк» у повне та виняткове управління Фондові гарантування вкладів фізичних осіб, з наступним його продажем центральному органу виконавчої влади за кошти державного бюджету, яка була здійснена з метою регулятивного впливу на економіку (для стабілізації фінансової системи), є націоналізацією суб'єкта господарювання. Націоналізація банку ПрАТ «КБ Приватбанк» має ознаки втручання держави в особі її органів у право, передбачене ст. 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (право на повагу до приватного і сімейного життя). Також держава втрутилася у право на мирне володіння майном, право на захист якого передбачене ст. 1 Протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Право власників банку ПрАТ «КБ Приватбанк» продовжити здійснювати господарську діяльність, захист професійної репутації від дифамації, на недоторканність кореспонденції (документів та комунікацій) банку, які уособлюють право на повагу до приватного життя, також було порушено. Центральний офіс, приміщення філій та представництв ПрАТ «КБ Приватбанк» належать до категорії «житло» в розумінні ст. 8 Конвенції. Акції є власністю у розумінні ст. 1 Протоколу до Конвенції.

Однак таке втручання держави у зазначені права людини може не бути протиправним, якщо буде встановлено його необхідність та пропорційність, зокрема його спрямованість на легітимну мету та необхідність у демократичному суспільстві. З урахуванням режиму банківської таємниці, терміновості прийняття рішення про націоналізацію банку, зробити обґрунтований висновок



про правомірність чи неправомірність втручання держави в права людини – колишніх власників банку ПрАТ «КБ Приватбанк» – не є можливим. Проте у неможливості забезпечення позову шляхом зупинення дії рішення Правління Національного банку України про визнання банку неплатоспроможним та зупинення дій тимчасової адміністрації вбачається порушення права акціонерів банку на належний захист своїх прав.

#### **Список літератури:**

1. Матеріали по темі «Приватбанк». URL: [https://lb.ua/tag/10805\\_privatbank](https://lb.ua/tag/10805_privatbank) (дата звернення: 01.03.2019).
2. Яніцький А., Стек Г. Приватна історія: злет і падіння найбільшого приватного банку України. Київ : БрайтСтарПаблішинг, 2018. 232 с.
3. Оголошення про запровадження процедури виведення з ринку ПрАТ КБ «Приватбанк» за участі держави, від 20.12.2016 р. URL: <http://www.fg.gov.ua/not-paying/banks-sold-to-state/188-pat-kb-pryvatbank/8350-oholoshennia-pro-zaprovadzhennia-protsedury-vyvedennia-z-rynku-pat-kb-pryvatbank-za-uchasti-derzhavy> (дата звернення: 20.12.2019).
4. Про систему гарантування вкладів фізичних осіб: Закон України від 23.02.2012 р. № 4452-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 50. С. 2178. Ст. 564.
5. Про невідкладні заходи щодо забезпечення національної безпеки України в економічній сфері та захисту інтересів вкладників»: Рішення Ради національної безпеки і оборони України від 18 грудня 2016 року № 560/2016. *Офіційний вісник Президента України*. 2016. № 36. Ст. 809.
6. Висновок Міністерства юстиції України за результатами правової експертизи до проекту постанови Кабінету Міністрів України «Деякі питання забезпечення стабільності фінансової системи»: лист Міністерства юстиції України № 44710/39691-0-33-16/7 від 18.12.2016 р.
7. Деякі питання забезпечення стабільності фінансової системи : Постанова Кабінету Міністрів України від 18.12.2016 р. № 961. *Урядовий кур'єр*. 2016. № 239.
8. Оголошення про підписання договору про продаж 100 відсотків акцій ПрАТ КБ «Приватбанк» державі, від 21.12.2016 р. URL: <http://www.fg.gov.ua/not-paying/banks-sold-to-state/188-pat-kb-pryvatbank/8404-pidpysano-dohovir-pro-prodazh-100-vidsotkiv-aktsii-pat-kb-pryvatbank-derzhavi> (дата звернення: 26.02.2019).
9. Власники крупних пакетів акцій. URL: <https://smida.gov.ua/db/owners/14360570/2016/3> (дата звернення: 26.02.2019).
10. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004) (дата звернення: 26.02.2019).
11. Протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 20.03.1952 р. Дата оновлення: 25.02.2019 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_535](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_535) (дата звернення: 26.02.2019).
12. Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights (Right to respect for private and family life, home and correspondence). *Council of Europe / European Court of Human Rights*. 31 August 2018.
13. Національний банк залишив незмінним перелік системно важливих банків, прес-реліз від 24.02.2017. URL: [https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art\\_id=44475382](https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=44475382) (дата звернення: 21.02.2019).
14. Про банки і банківську діяльність : Закон України від 07.12.2000 р. № 2121-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 5. Ст. 30.
15. Лист Апарату Ради національної безпеки і оборони до Яценка Семена Сергійовича № 178/22-8-2 від 16.03.2017 р.
16. Лист Національного банку України на звернення Яценка Семена Сергійовича № 20-0009/20255 від 17.03.2017 р.

17. Засади стратегічного реформування державного банківського сектору станом на лютий 2016 р. Дата оновлення: 01.03.2016. URL: [https://www.minfin.gov.ua/uploads/redactor/files/SOB\\_strategy\\_01-15\\_11022016.pdf](https://www.minfin.gov.ua/uploads/redactor/files/SOB_strategy_01-15_11022016.pdf) (дата звернення: 20.02.2019).

18. Стратегія АТ КБ ПриватБанк до 2022 р. Дата оновлення: 20.02.2019. URL: <https://static.privatbank.ua/files/20180117-2.pdf> (дата звернення: 20.02.2019).

19. Кабмін надіється продати ПриватБанк за 62 млрд грн. Дата оновлення: 25.02.2016. URL: <https://finclub.net/projects/vse-o-privatbanke/kabmin-nadeetsya-prodat-privatbank-za-62-mlrd-grn.html> (дата звернення: 26.02.2019).

#### References:

1. Materialy po teme «Privatbank». URL: [https://lb.ua/tag/10805\\_privatbank](https://lb.ua/tag/10805_privatbank) [in Russian].

2. Yanitskyi, A., Stek, H. (2018). Pryvatna istoriia: zlet i padinnia naibilshoho pryvatnoho banku Ukrainy. Kyiv: BraitStarPabliishynh [in Ukrainian].

3. Oholoshennia pro zaprovadzhennia protsedury vyvedennia z rynku PAT KB «Pryvatbank» za uchasti derzhavy, vid 20.12.2016 r. URL: <http://www.fg.gov.ua/not-paying/banks-sold-to-state/188-pat-kb-pryvatbank/8350-oholoshennia-pro-zaprovadzhennia-protsedury-vyvedennia-z-rynku-pat-kb-pryvatbank-za-uchasti-derzhavy> [in Ukrainian].

4. Pro systemu harantuvannia vkladiv fizychnykh osib: Zakon Ukrainy vid 23.02.2012 r. № 4452-VI. (2012). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 50, art. 564 [in Ukrainian].

5. Pro nevidkladni zakhody shchodo zabezpechennia natsionalnoi bezpeky Ukrainy v ekonomichnii sferi ta zakhystu interesiv vkladnykh osib: Rishennia Rady natsionalnoi bezpeky i oborony Ukrainy vid 18 hrudnia 2016 r. № 560/2016. (2016). *Ofitsiynyi visnyk Prezidenta Ukrainy – Official Gazette of President of Ukraine*, 36, art. 809 [in Ukrainian].

6. Vysnovok Ministerstva yustytzii Ukrainy za rezultatamy pravovoi ekspertyzy do proektu postanovy Kabinetu Ministriv Ukrainy «Deiaki pytannia zabezpechennia stabilnosti finansovoi systemy»: lyst Ministerstva yustytzii Ukrainy № 44710/39691-0-33-16/7 vid 18.12.2016 r. (2016) [in Ukrainian].

7. Deiaki pytannia zabezpechennia stabilnosti finansovoi systemy: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 18.12.2016 r. № 961. (2016). *Uriadovyi kur'ier – Government Courier*, 239 [in Ukrainian].

8. Oholoshennia pro pidpysannia dohovoru pro prodazh 100 vidsotkiv aktsii PAT KB «Pryvatbank» derzhavi, vid 21.12.2016 r. URL: <http://www.fg.gov.ua/not-paying/banks-sold-to-state/188-pat-kb-pryvatbank/8404-pidpysano-dohovir-pro-prodazh-100-vidsotkiv-aktsii-pat-kb-pryvatbank-derzhavi> [in Ukrainian].

9. Vlasnyky krupnykh paketiv aktsii. URL: <https://smida.gov.ua/db/owners/14360570/2016/3> [in Ukrainian].

10. Konventsiiia pro zakhys tprav liudyny I osnovopolozhnykh svobod vid 04.11.1950 r. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004) [in Ukrainian].

11. Protokol do Konventsii pro zakhyst prav liudyny I osnovopolozhnykh svobod vid 20.03.1952 r. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_535](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_535) [in Ukrainian].

12. GuideonArticle 8 of the European Convention on Human Rights (Right to respect for private and family life, home and correspondence). *Council of Europe / European Court of Human Rights*. 31 August 2018 [in English].

13. Natsionalnyi bank zalyshyv nezminnym perelik systemnovazhlyvykh bankiv, pres-reliz vid 24.02.2017 r. URL: [https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art\\_id=44475382](https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=44475382) [in Ukrainian].

14. Pro banky i bankivsku diialnist: Zakon Ukrainy vid 07.12.2000 r. № 2121-III (2001). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 5, art. 30 [in Ukrainian].

15. Lyst Aparatu Rady natsionalnoi bezpeky i oborony do Yatsenka Semena Serhiiovycha № 178/22-8-2 vid 16.03.2017 r. [in Ukrainian].

16. Lyst Natsionalnoho banku Ukrainy na zvernennia Yatsenka Semena Serhiiovycha № 20-0009/20255 vid 17.03.2017 r. [in Ukrainian].

17. Zasady stratehichnoho reformuvannia derzhavnoho bankivskoho sektoru stanom na liutyi 2016 r. URL: [https://www.minfin.gov.ua/uploads/redactor/files/SOB\\_strategy\\_01-15\\_11022016.pdf](https://www.minfin.gov.ua/uploads/redactor/files/SOB_strategy_01-15_11022016.pdf) [in Ukrainian].

18. Stratehiii AT KB PryvatBank do 2022 r. URL: <https://static.privatbank.ua/files/20180117-2.pdf> [in Ukrainian].

19. Kabmin nadeetsja prodat' PrivatBankza 62 mlrd grn. URL: <https://finclub.net/projects/vse-o-privatbanke/kabmin-nadeetsya-prodat-privatbank-za-62-mlrd-grn.html> [in Russian].

**Yatsenko S. S.**, heading jurist of the urban economical and legal problems study department at the Institute of Economic and Legal Research by National Academy of Sciences of Ukraine, Ukraine, Kyiv.

e-mail : [yazenco.s.s@gmail.com](mailto:yazenco.s.s@gmail.com) ; ORCID 0000-0002-2072-2401

### **Nationalisation of the «Privatbank»: a look through the convention on human rights and fundamental freedoms**

*The introduction of the temporary administration gives the Deposit Guarantee Fund not only the full and exclusive right to manage a banking institution, but also the right to dispose of them. Due to this, the Fund sold, and the Ministry of Finance of Ukraine acquired one hundred percent of the shares of «Privatbank». The conclusion of this agreement was preceded by recognition of the bank as insolvent, consideration of the issue of threats to national security at a meeting of the National Security and Defense Council of Ukraine, and a meeting of the Cabinet of Ministers of Ukraine about accepting the National Bank's proposal to buy out a banking institution. Given this, it is worth noting that the nationalization of «Privatbank» began with the introduction of a temporary administration, and it ended with the state registration of ownership rights to the company's shares. Nationalization is a violation of the right to peaceful possession of property and the right to respect for private and family life because the right to engage in commercial activity is in the private sphere, business premises are, according to the practice of the European Court of Human Rights, in the category «home» And the shares of the company belong to the category of «property», taking into account Article 1 of the Protocol to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. These rights are not absolute, thus there is the question of determining the legitimacy and proportionality of governmental intervention in their implementation. Affiliation of «Privatbank» to systemically important may indirectly indicate the presence of public interest in interfering with the rights of bank owners for prevention a financial crisis. Also, the consideration of this issue at a meeting of the Council of National Security and Defense of Ukraine is intended to aggravate the significance of the problem. The public cannot provide these events with a proper assessment due to the secrecy of all relevant information: the National Bank of Ukraine and the National Security and Defense Council of Ukraine refused to provide any information.*

**Keywords:** nationalization; human rights; Convention; Privatbank; the right to peaceful possession of their property.

**Рекомендоване цитування:** Яценко С. С. Націоналізація ПрАТ «КБ Приватбанк»: правова оцінка крізь призму Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 145. С. 80–91. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.161676>.

**Suggested Citation:** Yatsenko, S.S. (2019). Natsionalizatsiia PrAT «KB Pryvatbank»: pravova otsinka kriz pryzmu Konventsii pro zakhyst prav i osnovopolozhnykh svobod liudyny [Nationalisation of the «Privatbank»: a look through the convention on human rights and fundamental freedoms]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 145, 80–91*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.161676> [in Ukrainian].

*Надійшла до редколегії 29.03.2019 р.*

# ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО



**Шимко Артем Романович,**  
адвокат, кандидат юридичних наук,  
асистент кафедри цивільного,  
господарського і фінансового права,  
Полтавський юридичний інститут  
Національного юридичного університету  
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Полтава  
e-mail: [advokat.shymko@gmail.com](mailto:advokat.shymko@gmail.com)  
ORCID 0000-0002-7153-4929

doi: 10.21564/2414–990x.145.155301  
УДК 343.37

## ПОРУШЕННЯ ПОРЯДКУ ЗДІЙСНЕННЯ ОПЕРАЦІЙ З МЕТАЛОБРУХТОМ: ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

*Досліджено склад кримінального правопорушення, передбаченого ст. 213 КК України. Виявлено суттєві недоліки чинної редакції ст. 213 КК України. Висвітлено проблему неузгодженості кримінального та господарського законодавства у цій сфері. Досліджено судову практику притягнення до кримінальної відповідальності за порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом. Запропоновано способи модернізації та вдосконалення чинного законодавства у досліджуваній сфері.*

**Ключові слова:** операції з металобрухтом; порушення порядку здійснення операцій; кримінальна відповідальність.

**Шимко А. Р.,** адвокат, кандидат юридических наук, ассистент кафедры гражданского, хозяйственного и финансового права, Полтавский юридический институт Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Полтава.  
e-mail : [advokat.shymko@gmail.com](mailto:advokat.shymko@gmail.com) ; ORCID 0000-0002-7153-4929

### **Нарушение порядка осуществления операций с металлоломом: проблемы уголовной ответственности**

*Исследован состав уголовного преступления, предусмотренного ст. 213 КК Украины. Найдены существенные недостатки действующей редакции ст. 213 КК Украины. Определена проблема несогласованности уголовного и хозяйственного законодательства в этой сфере. Исследована судебная практика привлечения к уголовной ответственности за нарушение осуществления операций с металлоломом. Предложены способы модернизации и усовершенствования действующего законодательства в этой сфере.*

**Ключевые слова:** операции с металлоломом; нарушение порядка осуществления операций; уголовная ответственность.

**Постановка проблеми.** Актуальність проблем притягнення до кримінальної відповідальності за порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом зумовлена тим, що кримінальне законодавство у сфері охорони господарської діяльності суттєво відстає у розвитку від самого господарського законодавства та економічних відносин у цілому. Воно не здатне забезпечувати реалізацію цілей та мети інституту кримінальної відповідальності, а лише створює недоцільне та надмірне державне втручання у сферу підприємництва.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** У науковій літературі проблеми кримінальної відповідальності за порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом висвітлювалися в роботах О. І. Саско (O. I. Sasko) [1], Д. О. Гармаша (D. O. Harmash) [2], П. П. Андрушка (P. P. Andrushko), Ю. В. Александрова (Yu. V. Aleksandrov), М. І. Бажанова (M. I. Bazhanov), Н. О. Гурорової (N. O. Hutorova) та ін. Однак комплексного дослідження ст. 213 КК України крізь призму господарського законодавства та з урахуванням сучасних правових тенденцій – на сьогодні не існує.

**Мета статті** – з'ясувати наслідки законодавчих реформ у досліджуваній сфері та висвітлити проблемні питання притягнення до кримінальної відповідальності за порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом.

**Виклад основного матеріалу.** Стрімке реформування господарського законодавства та реалізація політики дерегуляції в Україні безпосередньо вплинуло й на кримінальне право. Так, Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення умов ведення бізнесу (дерегуляція)» від 12.02.2015 р. № 191-VIII [3] внесено зміни до ст. 213 КК України. У новій редакції ч. 1 ст. 213 КК України порушенням порядку здійснення операцій з металобрухтом є здійснення прийому брухту кольорових і чорних металів фізичними особами, здійснення операцій з брухтом кольорових і чорних металів посадовими особами суб'єктів господарської діяльності, відомості про яких не включено до переліку суб'єктів господарювання, що здійснюють операції з металобрухтом, надання приміщень та споруд для розташування незаконних пунктів прийому, схову та збуту металобрухту, організація незаконних пунктів прийому, схову та збуту металобрухту [4].

Перш ніж дослідити недоліки кримінального законодавства, необхідно розглянути господарсько-правові параметри легального здійснення операцій з металобрухтом. Особливістю ст. 213 КК України є бланкетний характер диспозиції, оскільки сам порядок здійснення операцій з металобрухтом врегульований рядом нормативно-правових актів господарського законодавства.

Радикальною реформою господарського законодавства у сфері обігу металобрухту стало прийняття Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності» [5], внаслідок чого діяльність, пов'язана із заготівлею, переробкою брухту чорних та кольорових металів і його металургійною переробкою, була виключена з переліку видів діяльності, які підлягають ліцензуванню. Як наслідок, Законом України «Про ліцензування видів господарської діяльності» виключено з ч. 1 ст. 213 КК України слово «ліцензії».

Проте у контексті відміни ліцензування підхід законодавця до «легальних гравців» на ринку металобрухту не зазнав змін, оскільки відповідно до Закону України «Про металобрухт» [6] ними є:

- 1) спеціалізовані підприємства;
- 2) спеціалізовані металургійні переробні підприємства;
- 3) приймальний пункт спеціалізованого або спеціалізованого металургійного переробного підприємства.

Розглянемо зміни у державному регулюванні та контролі за здійсненням операцій з металобрухтом.

Відповідно до ст. 12 Закону України «Про металобрухт» державне регулювання операцій з металобрухтом реалізується, зокрема, шляхом складання місцевими державними адміністраціями акта обстеження спеціалізованих або спеціалізованих металургійних переробних підприємств та їх приймальних пунктів на відповідність вимогам цього Закону і контролю за додержанням встановлених ними умов і правил здійснення операцій з металобрухтом.

Відтак єдиним дозвільним документом, на підставі якого можна здійснювати операції з металобрухтом, є акт обстеження місцевою державною адміністрацією суб'єкта господарювання на відповідність вимогам Закону України «Про металобрухт» і контролю за додержанням встановлених ними умов і правил здійснення операцій з металобрухтом.

Крім того, наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 29.03.2016 р. № 524 затверджено Перелік обладнання та устаткування, які необхідно мати спеціалізованому підприємству та його приймальним пунктам або спеціалізованому металургійному переробному підприємству при здійсненні операцій з металобрухтом [7].

Діючим Переліком встановлено лише види обладнання та устаткування, яке необхідно мати кожному приймальному пункту.

Таким чином, під порядком здійснення операцій з металобрухтом у контексті ст. 213 КК України слід розуміти наступні параметри легального підприємництва:

1. Право на здійснення операцій з металобрухтом мають виключно спеціалізовані підприємства, спеціалізовані металургійні переробні підприємства, а також їх приймальні пункти.

2. Правове регулювання здійснюється Законом України «Про металобрухт», а технологічні вимоги для господарюючих суб'єктів встановлено Переліком обладнання та устаткування, які необхідно мати спеціалізованому підприємству та його приймальним пунктам або спеціалізованому металургійному переробному підприємству при здійсненні операцій з металобрухтом.

3. Дозвільна система забезпечується складанням місцевими державними адміністраціями акта обстеження спеціалізованих металургійних переробних підприємств та їх приймальних пунктів на відповідність вимогам Закону України «Про металобрухт» і контролю за додержанням установлених ними умов і правил здійснення операцій з металобрухтом.

4. Єдиним дозвільним документом, передбаченим чинним законодавством, є акт обстеження суб'єкта господарювання місцевими державними адміністраціями, що прийшов на заміну ліцензії.

Отже, порушенням порядку здійснення операцій з металобрухтом у господарсько-правовому розумінні можна вважати, по-перше, здійснення їх неналежним суб'єктом (фізичними особами або юридичними особами, які не мають відповідної правосуб'єктності), по-друге, відсутність акта обстеження суб'єкта господарювання місцевими державними адміністраціями, по-третє, невідповідність суб'єкта господарювання вимогам, що встановлені Законом України «Про металобрухт» та Переліком обладнання та устаткування, які необхідно мати спеціалізованому підприємству та його приймальним пунктам або спеціалізованому металургійному переробному підприємству при здійсненні операцій з металобрухтом.

Повернемося до ст. 213 КК України, диспозиція якої, на нашу думку, мала би бути дзеркальним відображенням порядку, встановленого господарським законодавством. У зв'язку зі змінами дозвільної системи законодавець декілька разів уносив зміни до ст. 213 КК України, маючи на меті приведення норм, що регулюють відповідальність у сфері операцій з металобрухтом, у відповідність до змін у господарському законодавстві.

Розглянемо об'єктивну сторону досліджуваного злочину. Так, з об'єктивної сторони злочин проявляється у таких формах:

а) здійснення прийому брухту кольорових і чорних металів фізичними особами;

б) здійснення операцій з брухтом кольорових і чорних металів посадовими особами суб'єктів господарської діяльності, відомості про яких не включено до переліку суб'єктів господарювання, що здійснюють операції з металобрухтом;

в) надання приміщень та споруд для розташування незаконних пунктів прийому, схову та збуту металобрухту;

г) організація незаконних пунктів прийому, схову та збуту металобрухту.

Почнемо з першої форми. Відразу виникає питання щодо термінологічної недосконалості поняття «прийом брухту». Як відомо, вичерпний перелік операцій, що можна здійснювати з вторинними металами, перелічені у Законі України «Про металобрухт». Не дивно, що такої операції, як «прийом», Законом не передбачено. На нашу думку, словосполучення «прийом брухту» є скоріше побутовим виразом і не узгоджується з мовою законодавства.

Що таке прийом металобрухту у розумінні кримінального законодавства невідомо, адже відсутня конкретизація диспозиції статті. Виникає питання, прийом металобрухту – це його купівля чи фактичний прийом (передача) від третіх осіб? Вважаємо, що це суттєвий недолік законодавства, оскільки немає ніякої конкретики щодо описання форм «прийому металобрухту». Таке формулювання дає підґрунтя правоохоронним органам для зловживання та «підгонки під кваліфікацію» будь-якої дії, пов'язаної з обігом металобрухту між фізичними особами.

Назва ст. 213 «Порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом» відсилає до Закону України «Про металобрухт», яким і встановлено порядок та виключний перелік операцій. Відповідно до ст. 1 Закону «Про металобрухт» операції з металобрухтом – заготівля, переробка, металургійна переробка брухту чорних і кольорових металів. Прийому металобрухту як окремої операції Законом не передбачено, а, отже, маємо невідповідність КК України положенням господарського законодавства.

Далі, згідно зі ст. 1 Закону України «Про металобрухт» купівля та/або реалізація металобрухту – діяльність, пов'язана із передачею права власності на металобрухт іншому власнику в обмін на еквівалентну суму коштів або боргових зобов'язань. Заготівля металобрухту – діяльність, пов'язана із збиранням, купівлею, зберіганням та реалізацією металобрухту юридичними або фізичними особами – суб'єктами господарювання, які здійснюють операції з металобрухтом.

Що мав на увазі законодавець щодо комплексу дій у формі «прийому металобрухту», – невідомо та не передбачено жодним нормативно-правовим актом. Це може бути як звичайна купівля сировини, так і його заготівля. Розмитість диспозиції, на наш погляд, є недопустимою, оскільки у такий спосіб порушується принцип правової визначеності, а державою не забезпечується законність притягнення до кримінальної відповідальності. Як наслідок, можна з впевненістю стверджувати про неякісність кримінального законодавства щодо розглядуваної форми об'єктивної сторони ст. 213 КК України.

У чому ж значення дослідження поняття «прийом металобрухту»? Насамперед, це впливає на предмет доказування наявності складу злочину. Якщо умовно «прийом металобрухту» = «купівля та/або реалізація металобрухту», то предметом доказування стороною обвинувачення буде лише факт передачі права власності на металобрухт іншому власнику в обмін на еквівалентну суму коштів або боргових зобов'язань. Водночас рівняння «прийом металобрухту» = «заготівля металобрухту» сильно ускладнить позицію сторони обвинувачення, оскільки розширюється предмет доказування наявності об'єктивної сторони складу злочину. Стороні обвинувачення доведеться доказати під час судового розгляду не лише факт купівлі металобрухту, а й зберігання та подальшу його реалізацію.

На наше переконання, цю правову невизначеність потрібно тлумачити таким чином, що прийом металобрухту у контексті ст. 213 КК України слід вважати заготівлею. По-перше, металобрухт не є об'єктом, виключеним або обмеженим у цивільному обороті. У будь-якої фізичної чи юридичної особи може утворитися цей об'єкт із різних причин (утворення амортизаційного брухту на виробництві, заміна старих металовиробів на нові, псування сталевих речей тощо). Відповідно, власник металобрухту може розпоряджатися ним на власний розсуд, або реалізувати його спеціалізованому підприємству, або ж будь-якій фізичній особі, котра виявила бажання його придбати. З самої логіки речей, тут аргіогі не може бути правопорушення, не кажучи про злочин. Непотріб у вигляді металобрухту для однієї особи може бути затребуваним для іншої фізичної чи юридичної особи для різних цілей (будівництво, власне



виробництво тощо). Держава не може обмежити фізичних чи юридичних осіб у продажі або купівлі будь-яких об'єктів, котрі не вилучені або не обмежені у цивільному обороті. Принципи свободи договору та вільного волевиявлення сторін це гарантують.

На підтвердження вищезазначених висновків заслуговує уваги виправдувальний вирок Здолбунівського районного суду Рівненської області від 22.01.2018 р. у справі № 562/2259/15-к [8]. Судом виправдано підсудного та зроблено правовий висновок щодо предмета доказування стороною обвинувачення за ч. 1 ст. 213 КК України. Суд дійшов висновку, що відповідно до вимог статей 92, 337 КПК України прокурор у даному випадку зобов'язаний довести винуватість обвинуваченого у здійсненні без державної реєстрації операцій із металобрухтом чорних та кольорових металів шляхом подання належних та допустимих доказів по кожній операції з металобрухтом, яку би здійснив обвинувачений; по кожній особі, в якій останній скупив його; де, кому і за скільки реалізував металобрухт (чорних чи кольорових металів).

Щодо доказування у цій справі, суд вирішив, що не знайшло свого підтвердження та не підтверджено достовірно жодним доказом посилення обвинувачення на здійснення особою прийому брухту чорних та кольорових металів із подальшою його реалізацією з метою отримання фінансової вигоди, що в свою чергу не може, поза розумним сумнівом, свідчити про винуватість обвинуваченого у вчиненні інкримінованого йому злочину, передбаченого ч. 1 ст. 213 КК України. Також стороною обвинувачення не надано достатніх допустимих доказів у підтвердження того, що особою організовано незаконний пункт прийому металобрухту.

По-друге, на підтвердження вищевикладеного слід розглянути попередню редакцію ст. 213 КК України. Так, у попередній редакції порушенням порядку здійснення операцій з металобрухтом було здійснення операцій з брухтом кольорових і чорних металів без державної реєстрації або без спеціального дозволу (ліцензії), одержання якого передбачено законодавством, або надання приміщень та споруд для розташування незаконних пунктів прийому, схову та збуту металобрухту, організація незаконних пунктів прийому, схову та збуту металобрухту. Отже, категорія «прийом металобрухту» у попередній редакції взагалі не використовувалась, що знову підтверджує її недоцільність.

По-третє, купівля або збирання металобрухту для особистих цілей, не пов'язаних із подальшою його реалізацією (перепродажем), не утворює складу злочину. Позаяк із законодавчого визначення купівля-продаж металобрухту не є окремою операцією, а лише початковою формою здійснення заготівлі металобрухту. Навіть якщо закупівлі металобрухту систематичні, але не з метою подальшого продажу, то такі дії не є порушенням порядку здійснення операцій з металобрухтом. Є багато видів виробництва, де використовується вторинна сировина, у тому числі і металобрухт. Якщо підприємець закуповує металобрухт для власного виробництва в інших фізичних чи юридичних осіб, то такі дії не можна вважати порушенням законодавства.

Так, вироком Іванівського районного суду Херсонської області від 12.03.2018 р. у справі № 656/607/17 обвинуваченого визнано невинуватим у пред'явленому обвинуваченні та виправдано за ч. 1 ст. 213 КК України [9]. Судом встановлено, що особа обвинувачується в тому, що в період часу з березня 2017 р. по 25 квітня 2017 р., за місцем свого проживання в порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом, без державної реєстрації фізичних осіб, на території свого домогосподарства, скуповував у населення даного населеного пункту брухт чорних металів по ціні 3 грн 50 коп. за 1 кг. 25 квітня 2017 р. працівниками поліції під час проведення обшуку за місцем проживання було виявлено та вилучено 236 кг чорного металобрухту.

Обвинувачений в судовому засіданні свою вину у вчиненні кримінального правопорушення не визнав і пояснив, що займається збиранням металобрухту з 2013 р., частину якого використовує для домашнього господарства, зокрема будівельних робіт, встановлення арки, частину здає, іншу частину у виді старих монет, дрібних замків, речей із зображенням державної символіки старих режимів – колекціонує. Прийом брухту чорних металів від населення не здійснював, в тому числі від свідків обвинувачення. Чому зазначені свідки його обмовляють, йому не відомо. Під час обшуку був вилучений металобрухт, який є власністю його сім'ї, що утворився в господарстві в зв'язку з неможливістю його використання за призначенням, накопаний ним особисто на покинутих фермах або знайдений там. Частину металобрухту у виді використаних консервованих кришок йому приносили сусіди за його згодою без будь-якої винагороди, який він віддавав своїй тітці на її прохання для створення композицій та проробок в дитячому садку. Збирання металобрухту не є його основним видом доходу чи заняттям. Він працює по найму, виконує будівельні роботи.

Справедливою є мотивувальна частина вироку. Зокрема, судом правильно зроблено висновок, що закон про металобрухт не дає визначення операції з металобрухтом у формі прийому брухту чорних металів фізичними особами. Надані прокурором докази в їх сукупності не доводять те, що обвинувачений здійснював господарську діяльність, яка підлягала обов'язковій державній реєстрації фізичної особи – підприємця, зокрема систематично, постійно, регулярно вчиняв дії, направлені на отримання прибутку. Обвинувачення в скуповуванні у населення населеного пункту за місцем проживання брухту чорних металів по ціні 3 грн 50 коп. за 1 кг в період з березня 2017 р. по 25 квітня 2017 р., реалізація двома особами обвинуваченому металобрухту за цей період є не достатнім для висновку про систематичність господарської діяльності. Обвинувачення є неконкретним, оскільки не містить повного та чіткого опису об'єктивної сторони інкримінованого злочину, не доведено належними, достатніми та допустимими доказами, спростовується показаннями свідків захисту. Оскільки сукупність доказів, що надані стороною обвинувачення, не доводять поза розумним сумнівом наявність в діях обвинуваченого складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 213 КК України, то його необхідно виправдати.

Підтвердженням правомірності закупівлі металобрухту для особистого використання є виправдувальний вирок Путивльського районного суду Сумської області у справі № 574/32/18 від 20.06.2018 р. [10]. Судом встановлено, що згідно з обвинувальним актом особа обвинувачується в тому, що, діючи умисно, в порушення вимог статей 4, 5 Закону України «Про металобрухт», усвідомлюючи, що діяльність, пов'язана з прийманням у населення брухту чорних металів здійснюється лише спеціалізованими металургійними переробними підприємствами, будучи фізичною особою, не уповноваженою здійснювати операції з металобрухтом, на території Буринського району Сумської області 14.12.2017 р. здійснював заготівлю брухту чорних металів, а саме систематично приймав у населення Буринського району Сумської області брухт чорних металів, здійснюючи оплату за прийнятий металобрухт з розрахунку 4 грн 50 коп. за 1 кг брухту чорного металу, попередньо зважуючи власними металевими вагами.

Обвинувачений показав суду, що дійсно у грудні 2017 р. придбавав в с. Успенка, с. Вознесенка та с. Чернеча Слобода металобрухт для особистих потреб. Корпус холодильника для зварювання автомобіля, інший – для будівництва як арматури для фундаменту та інших побутових потреб.

Суд правильно дійшов висновку, що операціями з металобрухтом є заготівля, переробка, металургійна переробка брухту чорних і кольорових металів. Як встановлено судом, будь-яких із зазначених видів операцій з металобрухтом обвинувачений не вчиняв, а лише придбав металеві вироби для власного використання. Його доводи щодо придбання вказаних виробів для власних потреб стороною обвинувачення не спростовані. Суд не знаходить будь-якого підтвердження, що в діях обвинуваченого наявні ознаки здійснення ним підприємницької діяльності, оскільки відсутні будь-які дані про отримання обвинуваченим прибутку. При цьому доводи сторони обвинуваченого про те, що об'єктивна сторона кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 213 КК України, не передбачає такого обов'язкового елементу як мета кримінального правопорушення, є безпідставними та не ґрунтуються на вимогах Закону, оскільки мета – це той уявний результат, якого домагався винний, коли скоював злочин.

Вважаємо, що перелічено достатньо аргументів щодо невинуватості підміни поняття «здійснення операцій з металобрухтом» на «прийом металобрухту». Незважаючи на юридично невдалий вираз, все ж таки дійсний контекст терміна «прийом металобрухту» слід тлумачити як його заготівля і керуватися Законом України «Про металобрухт», де і розкривається зміст цього поняття. Таким чином, стороні обвинувачення під час судового розгляду необхідно доказувати не лише факт прийому (купівлі) фізичною особою металобрухту, але й подальше зберігання та його реалізацію з метою отримання прибутку.

Другою формою є здійснення операцій з брухтом кольорових і чорних металів посадовими особами суб'єктів господарської діяльності, відомості про яких не включено до переліку суб'єктів господарювання, що здійснюють операції з металобрухтом.

Відразу спостерігається правова невизначеність відносно суб'єкта злочину. У зв'язку з чим законодавець суб'єкта злочину (посадових осіб суб'єктів господарювання) визначив у множинній формі? Виходить, що для наявності складу злочину необхідно двоє або більше посадових осіб, тобто вчинення у співучасті. Крім того, простежується різка неузгодженість кримінального законодавства з господарським. Як правильно визначити, хто ж є посадовою особою суб'єкта господарювання? У ст. 18 КК України розкрито лише поняття службової особи, однак щодо посадових осіб суб'єкта господарювання існує прогалина. Викликає подив, що серед усіх злочинів у сфері господарської діяльності лише у ст. 213 використано термін «посадова особа суб'єкта господарювання» і не надано жодних роз'яснень з цього приводу. Спробуємо дослідити сутність цього поняття.

Так, Мін'юст у листі від 18.10.2013 р. № 610-0-2-13/7.2 роз'яснив порядок тлумачення понять «службова особа» та «посадова особа». При цьому в Мін'юсті стверджують, що під час з'ясування підстав для віднесення осіб до категорій посадових або службових осіб слід керуватися відповідним законодавством, що регулює певні відносини. У вказаному Листі зазначено, що посадовими особами в контексті Закону України «Про державну службу» вважаються керівники та заступники керівників державних органів та їх апарату, інші державні службовці, на яких законами або іншими нормативними актами покладено здійснення організаційно-розпорядчих та консультативно-дорадчих функцій (ст. 2 цього Закону).

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» посадовою особою місцевого самоврядування є особа, яка працює в органах місцевого самоврядування, має відповідні посадові повноваження щодо здійснення організаційно-розпорядчих та консультативно-дорадчих функцій і отримує заробітну плату за рахунок місцевого бюджету.

Враховуючи наведене, вбачається, що при з'ясуванні підстав для віднесення осіб до категорій посадових або службових осіб слід керуватися відповідним законодавством, що регулює певні відносини.

Отже, за своєю природою термін «посадова особа» має використовуватися лише для позначення працівників органів державної влади та місцевого самоврядування. Невідомо, чим саме керувався законодавець, визначаючи суб'єкта злочину посадовими особами. Така редакція нівелює з самого початку можливість притягнення засновників або працівників суб'єкта господарювання до відповідальності, оскільки поняття «посадова особа» та «суб'єкт господарювання» змістовно не узгоджуються, враховуючи актуальні тлумачення з цього приводу.

Однак наступна проблема диспозиції ст. 213 КК України більш гостра. Унаслідок непослідовності законодавця з'явилось положення, яке не відповідає чинному законодавству та не може бути реалізоване. Його наявність у чинному Кодексі може призвести до проблем у правозастосуванні та зловживань з боку правоохоронних органів.

У розглядуваній формі вчинення злочину вказано, що порушенням є здійснення операцій з брухтом кольорових і чорних металів посадовими особами

суб'єктів господарської діяльності, відомості про яких не включено до переліку суб'єктів господарювання, що здійснюють операції з металобрухтом.

Вражає те, що ні *de jure*, ні *de facto* цього переліку не існує. Профільними законами України, а саме: «Про ліцензування видів господарської діяльності», «Про Перелік документів дозвільного характеру у сфері господарської діяльності», «Про металобрухт» – не передбачено існування або необхідність створення переліку суб'єктів господарювання, що здійснюють операції з металобрухтом, суб'єктів організаційно-господарських повноважень, які уповноважені його вести, а також процедуру та вимоги для суб'єктів господарської діяльності, необхідних для включення у перелік тощо.

Крім того, відповідно до ч. 3 ст. 1 Закону України «Про Перелік документів дозвільного характеру у сфері господарської діяльності» [11] забороняється вимагати від суб'єктів господарювання отримання документів дозвільного характеру, які не внесені до Переліку, затвердженого цим Законом.

У цьому Переліку відсутні документи дозвільного характеру, що дають право на здійснення господарської діяльності із заготівлі, переробки, металургійної переробки металобрухту кольорових і чорних металів.

Таким чином, склалась парадоксальна ситуація, оскільки КК України встановлено кримінальну відповідальність за недодержання вимог, що взагалі не передбачені чинним законодавством.

Наступними формами об'єктивної сторони ст. 213 КК України є надання приміщень та споруд для розташування незаконних пунктів прийому, схову та збуту металобрухту, організація незаконних пунктів прийому, схову та збуту металобрухту. Загалом указані форми є чіткими для розуміння, оскільки перелічені конкретні альтернативні дії.

На наш погляд, організація незаконних пунктів прийому та надання приміщень та споруд для їх розташування є похідними формами злочину, оскільки тут йде мова про допоміжну роль у здійсненні незаконних операцій з металобрухтом.

У цьому зв'язку особу може бути притягнуто до кримінальної відповідальності лише у формі співучасті з безпосереднім виконавцем. Наприклад, надання іншій особі будь-яких приміщень чи споруд для використання як бази для здійснення незаконного прийому, схову чи збуту металобрухту. Організація незаконних пунктів прийому, схову та збуту металобрухту – це сукупність дій з їх створення, а саме: підшукування приміщень, транспортних та фінансових засобів, співучасників; розробка плану функціонування пункту, конспіративних заходів; об'єднання або узгодження дій співучасників тощо.

Щодо питання судової практики, зрозуміло, що за останні роки переважаюча кількість обвинувальних вироків ухвалено саме за дії у формі прийому брухту кольорових і чорних металів фізичними особами. Для розуміння існуючих проблем у цій сфері слід розглянути «класику жанру» притягнення до кримінальної відповідальності за ч. 1 ст. 213 КК України з прикладами шаблонної роботи правоохоронних органів та формального судового розгляду.

Не дивно, що основою обвинувальних вироків завжди є повне визнання вини обвинуваченим.

Так, вирок Інгалецького районного суду м. Кривого Рогу від 19.06.2018 р. у справі № 197/251/18 особу визнано винуватою у пред'явленому обвинуваченні за ч. 1 ст. 213 Кримінального кодексу України та призначено покарання у виді обмеження волі на строк 1 (один) рік [12]. На підставі ст. 75 Кримінального кодексу України звільнено особу від відбування призначеного покарання з випробуванням, якщо вона протягом іспитового строку 1 (одного) року не вчинить нового злочину.

Судом, зокрема, встановлено, що обвинувачений, відомості про якого не включено до переліку суб'єктів господарювання, що здійснюють операції з металобрухтом, не будучи суб'єктом підприємницької діяльності, порушив п. 3, 5, 8 ст. 1 та п. 8, 9 ст. 4 Закону України «Про металобрухт» від 5 травня 1999 р. № 619-XIV. Обвинувачений, організувавши незаконний пункт прийому, схову та збуту брухту чорних металів, використовуючи підшуканий ним кантер, 30.03.2018 р. в денний час, перебуваючи на території домоволодіння, діючи умисно, з корисливих мотивів, достовірно знаючи, що його дії є протиправними, в порушення Закону України «Про металобрухт», не будучи зареєстрованим як суб'єкт господарювання, особисто здійснив прийом металобрухту, встановивши ціну за 1 кг металобрухту 5 грн 00 коп. визначивши масу вказаного металобрухту на спеціально заготовленому кантеру, яка склала 6 кг брухту чорних металів, за що надав останньому грошові кошти у сумі 30 грн 00 коп.

У судовому засіданні обвинувачений пояснив, що свою вину у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ст. 213 ч. 1 КК України, визнає повністю та підтвердив викладені у обвинувальному акті обставини і їх не оспорював. Пояснив, що все так і було, як зазначено в обвинувальному акті. Кримінальне правопорушення вчинив з корисливих мотивів. У скоєному щиро розкався.

Суд дійшов висновку, що дії обвинуваченого органами досудового розслідування правильно кваліфіковані за ч. 1 ст. 213 КК України за ознаками здійснення прийому брухту чорних металів фізичними особами, відомості про яких не включено до переліку суб'єктів господарювання, що здійснюють операції з металобрухтом, організація незаконних пунктів прийому, схову та збуту металобрухту.

На наш погляд, подібні вирoki, яких, на жаль, велика кількість, – є грубим порушенням чинного законодавства, оскільки фізичну особу засуджено за ознаками здійснення прийому металобрухту без включення до переліку суб'єктів господарювання, що здійснюють операції з металобрухтом, у той час коли такого переліку взагалі не існує.

**Висновки.** Отже, чинна редакція ст. 213 КК України містить суттєві недоліки, котрі унеможливають притягнення до кримінальної відповідальності на законних підставах. Маючи бланкетний характер диспозиції, ст. 213 КК України не тільки неузгоджена з чинним господарським законодавством у сфері обігу

металобрухту, але їй очевидно йому суперечить. Описані проблеми є неприпустимими, оскільки низька якість кримінального законодавства у цій сфері прямо зумовлює порушення прав і свобод людини і громадянина.

Прикро, що у переважній більшості суди формально підходять до з'ясування обставин кримінальної справи. Суди не досліджується природа господарського законодавства у цій сфері та залишається поза увагою відсутність належних та допустимих доказів сторони обвинувачення щодо інкримінованого злочину.

Якщо оцінити склад досліджуваного злочину з точки зору суспільної та державної затребуваності, то, на нашу думку, ст. 213 КК України не виконує завдання Кримінального кодексу України. Зазвичай, наслідки дії досліджуваного складу злочину виражаються у формі зловживань правоохоронними органами, корупційній складовій та ухваленні обвинувальних вироків, що не ґрунтуються на законі.

Вважаємо, що законодавець має переглянути та змінити підхід до кримінальної відповідальності за порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом, враховуючи сучасні тенденції політики дерегуляції у сфері господарювання, а суди мають забезпечувати дотримання загальних засад кримінального провадження та ухвалювати законні, обґрунтовані, вмотивовані рішення.

#### **Список літератури:**

1. Саско О. І. Кримінальна відповідальність за порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом (аналіз складу злочину) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2007. 16 с.
2. Гармаш Д. О. Кримінальна відповідальність за порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2008. 22 с.
3. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення умов ведення бізнесу (дерегуляція) : Закон України від 12.02.2015 р. № 191-VIII. Дата оновлення: 01.10.2018. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/191-19> (дата звернення: 25.01.2019).
4. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III. Дата оновлення: 10.11.2018. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 25.01.2019).
5. Про ліцензування видів господарської діяльності : Закон України від 02.03.2015 р. № 222-VIII. Дата оновлення: 28.09.2017. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/222-viii> (дата звернення: 25.01.2019).
6. Про металобрухт : Закон України від 05.05.1999 р. № 619-XIV. Дата оновлення: 15.09.2016. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/619-14> (дата звернення: 25.01.2019).
7. Про затвердження переліку обладнання та устаткування, які необхідно мати спеціалізованому підприємству та його приймальним пунктам або спеціалізованому металургійному переробному підприємству при здійсненні операцій з металобрухтом: наказ Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 29.03.2016 р. № 524. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z0585-16> (дата звернення: 25.01.2019).
8. Вирок Здолбунівського районного суду Рівненської області від 22 січня 2018 р., судова справа № 562/2259/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71734324> (дата звернення: 25.01.2019).
9. Вирок Іванівського районного суду Херсонської області від 12 квітня 2018 р., судова справа № 656/607/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73361682> (дата звернення: 25.01.2019).

10. Вирок Путивльського районного суду Сумської області від 20 червня 2018 р., судова справа № 574/32/18 URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74829460> (дата звернення: 25.01.2019).

11. Про Перелік документів дозвільного характеру у сфері господарської діяльності : Закон України від 19.05.2011 р. № 3392-VI. Дата оновлення: 18.12.2017. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3392-17> (дата звернення: 25.01.2019).

12. Вирок Інгuleцького районного суду м. Кривого Рогу від 19 червня 2018 р., судова справа № 197/251/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74779320> (дата звернення: 25.01.2019).

#### **References:**

1. Sasko, O.I. (2007). Kriminalna vIdpovidalnist za porushennya poryadku zdiysnennya operatsiy z metalobruhtom (analiz skladu zlochinu). *Extended abstract of candidate's thesis*. Lviv [in Ukrainian].

2. Garmash, D.O. (2008). Kriminalna vidpovidalnist za porushennya poryadku zdiysnennya operatsiy z metalobruhtom. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].

3. Pro vnesennya zmIn do deyakih zakonodavchih aktiv Ukraini schodo sproschennya umov vedennya biznesu (deregulyatsiya): Zakon Ukraini vid 12.02.2015 r. № 191-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/191-19>.

4. Kriminalniy kodeks Ukraini: Zakon Ukraini vId 05.04.2001 r. № 2341-III. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.

5. Pro litsenzuvannya vidiv gospodarskoi diyalnosti: Zakon Ukraini vId 02.03.2015 r. № 222-VIII. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/222-viii>.

6. Pro metalobruht: Zakon Ukraini vid 05.05.1999 r. № 619-XIV. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/619-14>.

7. Pro zatverdzhennya pereliku obladnannya ta ustatkuvannya, yaki neobhidno mati spetsializovanomu pIdpriemstvu ta yogo priymalnim punktam abo spetsializovanomu metalurgiyному pererobnomu pidpriemstvu pri zdiysnenni operatsiy z metalobruhtom: nakaz Ministerstva ekonomichnogo rozvitku i torgivli Ukraini vid 29.03.2016 r. № 524. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z0585-16>.

8. Virok Zdobunivskogo rayonnogo sudu Rivnenskoj oblasti vId 22 sichnya 2018 r., sudova справа № 562/2259/15-k. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71734324>.

9. Virok Ivanivskogo rayonnogo sudu Hersonskoyi oblasti vid 12 kvitnya 2018 r., sudova справа № 656/607/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/73361682>.

10. Virok Putivl'skogo rayonnogo sudu Sumskoyi oblasti vid 20 chervnya 2018 r., sudova справа № 574/32/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74829460>.

11. Pro Perelik dokumentiv dozvilnogo harakteru u sferi gospodarskoi diyalnosti: Zakon Ukraini vid 19.05.2011 r. № 3392-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3392-17>.

12. Virok Inguletskogo rayonnogo sudu m. Krivogo Rogu vid 19 chervnya 2018 r., sudova справа № 197/251/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74779320>.

**Shymko A. R.**, Lawyer, PhD in Law, Teaching Assistant of Department of Civil, Economic and Finance Law, Poltava Law Institute of Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Poltava. e-mail : [advokat.shymko@gmail.com](mailto:advokat.shymko@gmail.com) ; ORCID 0000-0002-7153-4929

#### **Violation of the order of operations with scrap metal: problems of criminal liability**

*The article is focused on finding out the consequences of legislative reforms in the investigated sphere and reviewing the problematic issues of prosecution for violations of the procedure for the implementation of operations with scrap metal. The composition of the criminal offense provided in Article 213 of the Criminal Code of Ukraine was investigated, and significant limitations of the current version of the aforesaid article were identified.*

*The problem of inconsistency of criminal and economic legislation in this area has been highlighted. The article examines the economic and legal parameters of legal transactions with scrap metal. Also, the*



article draws attention to the fact that the distinctive feature of Article 213 of the Criminal Code is a referential nature of the disposition since the very procedure for the execution of scrap transactions is regulated by some normative legal acts of economic legislation.

The judicial practice of prosecution for violation of the procedure for carrying out operations with scrap metal has been investigated, and ways of modernization and improvement of the current legislation in the investigated sphere have been suggested. The article is examining the practice of imposing punishment for violation of the order of operations with scrap metal. The author has proved that in the vast majority of cases, the consequences of the investigated crime are expressed in the form of law abuse by law enforcement agencies, corruption components, and unlawful (non-law-based/not based on law) sentencing.

The article concluded that the legislator has to revise and change the approach to criminal liability for violations of the operation of scrap metal transactions given the current trends of deregulation policy in the field of economic activity, and courts must ensure compliance with the general principles of criminal proceedings and adopt legitimate, substantiated and motivated verdicts. Conclusions and recommendations are based on the study of normative legal acts and the analysis of judicial practice in this area.

**Keywords:** scrap metal; violation of the procedure established for operations; criminal responsibility.

**Рекомендоване цитування:** Шимко А. Р. Порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом: проблеми кримінальної відповідальності. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 145. С. 92–105. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.155301>.

**Suggested Citation:** Shymko, A.R. (2019). Porushennia poriadku zdiisnennia operatsii z metalobrukhtom: problemy kryminalnoi vidpovidalnosti [Violation of the order of operations with scrap metal: problems of criminal liability]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 145, 92–105*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.155301> [in Ukrainian].

*Надійшла до редколегії 15.04.2019 р.*

# ТРУДОВЕ ПРАВО



**Ярошенко Олег Миколайович,**  
доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент Національної академії  
правових наук України,  
завідувач кафедри трудового права,  
Національний юридичний університет  
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків  
e-mail: yaroshenkolex@ukr.net  
ORCID 0000-0001-9022-4726

doi: 10.21564/2414–990x.145.159672

УДК 349.22

## ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ГРОМАДЯН НА ДОСТАТНІЙ ЖИТТЄВИЙ РІВЕНЬ

*Згідно з Конституцією України 1996 р. держава забезпечує соціальну спрямованість економіки (ч. 4 ст. 13). Це у свою чергу є основою для реалізації численних соціальних прав громадян, зокрема на заробітну плату, не нижчу від визначеної законом (ст. 43), соціальний захист (ст. 46), а також достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї (ст. 48). Зазначені норми Основного Закону реалізуються передбаченими чинним законодавством державними соціальними стандартами і державними соціальними гарантіями. У статті доведено, що чинні національні законодавчі акти, що визначають правові засади формування і застосування державних соціальних стандартів і нормативів, спрямованих на реалізацію закріплених Конституцією та законами України основних соціальних гарантій, чіткої та однозначної відповіді на питання, що є достатнім життєвий рівень, який зміст відповідного права та як воно забезпечується, не містять.*

*Аналіз міжнародних документів показав, що для позначення фактично одного і того ж явища використовуються різні терміни: «достатній життєвий рівень»; «гідний життєвий рівень»; «життєвий рівень, який є необхідним для підтримання здоров'я і добробуту»; «адекватний соціальний захист».*

*Зрозуміло, що достатній життєвий рівень не є усталеною величиною, позаяк він змінюється залежно від соціально-економічних та інших чинників. Завдання держави полягає у створенні належних умов для людини, щоб вона могла своєю працею забезпечити гідну матеріальну базу як для себе, так і своєї сім'ї. Обстоюється позиція, що правильніше говорити не про достатній, а про гідний життєвий рівень, адже у першому випадку йдеться про рівень, який фактично відповідає мінімальним потребам людини (тобто той, що дорівнює або є вищим межі бідності людини), значення ж другого полягає у тому, що це рівень, який виходить із того, що для людини є найвищою соціальною цінністю. Саме гідність дає змогу людині відчувати самоповагу й усвідомлювати власну суспільну цінність. Ця позиція має бути зафіксована і у ст. 48 Конституції України.*

**Ключові слова:** соціальні права; соціальний захист; право на достатній життєвий рівень; державні соціальні стандарти; державні соціальні гарантії; прожитковий мінімум; бідність.

**Ярошенко О. Н.**, доктор юридических наук, професор, член-корреспондент Національної академії правових наук України, заведуючий кафедрою трудового права, Національний юридический університет імені Ярослава Мудрого, Україна, г. Харків.  
e-mail : yaroshenkolex@ukr.net ; ORCID 0000-0001-9022-4726

### **Проблеми забезпечення конституційного права громадян на достаточний життєвий рівень**

Согласно Конституции Украины 1996 г. государство обеспечивает социальную направленность экономики (ч. 4 ст. 13). Это в свою очередь является основой для реализации многочисленных социальных прав граждан, в частности на заработную плату, не ниже той, что определена законом (ст. 43), социальную защиту (ст. 46), а также достаточный жизненный уровень для себя и своей семьи (ст. 48). Указанные нормы Основного Закона реализуются предусмотренными действующим законодательством государственными социальными стандартами и государственными социальными гарантиями. Однако действующие национальные законодательные акты, определяющие правовые принципы формирования и применения государственных социальных стандартов и нормативов, направленных на реализацию закрепленных Конституцией и законами Украины основных социальных гарантий, четкого и однозначного ответа на вопрос, чем является достаточный жизненный уровень, какое содержание соответствующего права, и как оно обеспечивается, не содержат.

Анализ международных документов показал, что для обозначения фактически одного и того же явления употребляются разные термины: «достаточный жизненный уровень»; «достойный жизненный уровень»; «жизненный уровень, являющийся необходимым для поддержания здоровья и благосостояния»; «адекватная социальная защита».

Понятно, что достаточный жизненный уровень не является устойчивой величиной, поскольку он изменяется в зависимости от социально-экономических и других факторов. Задача государства заключается в создании надлежащих условий для человека, чтобы он мог своим трудом обеспечить достойную материальную базу как для себя, так и своей семьи. Отстаивается позиция, согласно которой правильнее говорить не о достаточном, а о достойном жизненном уровне, ведь в первом случае речь идет об уровне, фактически отвечающем минимальным потребностям человека (то есть о том, который равняется или является выше границы бедности человека), значение же второго заключается в том, что это уровень, исходящий из того, что человек является наивысшей социальной ценностью. Именно достоинство дает возможность человеку чувствовать самоуважение и осознавать собственную общественную ценность. Эта позиция должна быть зафиксирована и в ст. 48 Конституции Украины.

**Ключевые слова:** социальные права; социальная защита; право на достаточный жизненный уровень; государственные социальные стандарты; государственные социальные гарантии; жилищный минимум; бедность.

**Постановка проблеми.** Згідно з Конституцією України держава забезпечує соціальну спрямованість економіки (ч. 4 ст. 13). Це у свою чергу є основою для реалізації численних соціальних прав громадян, зокрема на заробітну плату, не нижчу від встановленої законом (ст. 43), соціальний захист (ст. 46), а також достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї (ст. 48). Зазначені норми Основного Закону реалізуються шляхом передбачених чинним законодавством державних соціальних стандартів і державних соціальних гарантій, визначених Законом України «Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії» від 5 жовтня 2000 р. [2]. Поряд із законодавчим встановленням найбільш важливих соціальних стандартів і нормативів, диференційованим за соціально-демографічними ознаками підходом до визначення цим нормативів,

гласністю і громадським контролем при їх визначенні та застосуванні, науковою обґрунтованістю норм споживання і забезпечення, соціальним партнерством, урахуванням вимог міжнародних стандартів у сфері соціального захисту і трудових відносин, формування стандартів і нормативів здійснюється за принципом забезпечення конституційно визначених соціальних прав і державних соціальних гарантій достатнього життєвого рівня для кожного. Однак ні у названих, ні в інших чинних національних законодавчих актах, що визначають правові засади формування і застосування державних соціальних стандартів і нормативів, спрямованих на реалізацію закріплених Конституцією і законами України основних соціальних гарантій, чіткої й однозначної відповіді на питання, що є достатній життєвий рівень, який зміст відповідного права, та як воно забезпечується, отримати не можна. Створити надійний фундамент, який правозастосовувачам дозволить уникнути або подолати відповідні проблеми, а законодавців спонукатиме до активного нормотворення в означеній царині, і покликана юридична наука.

**Аналіз останніх джерел і публікацій.** Теоретико-прикладна проблема належної реалізації громадянином конституційного права на достатній життєвий рівень стала об'єктом наукового інтересу вітчизняних учених-правників вже після проголошення незалежності України. Протягом радянського періоду вона замовчувалася. Окремим її аспектам, більшою чи меншою мірою, присвячені наукові праці С. С. Алексєєва (S. S. Aleksieiev), О. С. Арсентєвої (O. S. Arsentieva), Ю. Г. Барабаша (Yu. H. Barabash), О. В. Бермічевої (O. V. Bermicheva), В. М. Вегери (V. M. Vehera), Ю. Ю. Івчук (Yu. Yu. Ivchuk), А. М. Колодія (A. M. Kolodii), В. В. Мацокіна (V. V. Matsokin), О. В. Москаленко (O. V. Moskalenko), С. М. Прилипка (S. M. Prylypko), П. М. Рабіновича (P. M. Rabinovych), Б. І. Сташківа (B. I. Stashkiv), Л. П. Шумної (L. P. Shumna), О. М. Ярошенка (O. M. Yaroshenko) та ін.

**Мета статті** – на підставі міжнародних і національних законодавчих актів у сфері праці та соціального забезпечення, практики їх застосування компетентними державними органами, висновків та ідей фахівців-юристів, з'ясувати сутність і правову природу права на достатній життєвий рівень, його місце в системі конституційних прав людини і громадянина, а також визначити проблеми забезпечення цього права і запропонувати шляхи їх вирішення.

**Виклад основного матеріалу.** Конституція України у ст. 48 проголошує: «Кожен має право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло».

Це конституційне положення – яскравий приклад упровадження в національне українське право загальноновизнаних міжнародних стандартів у царині прав людини. Адже за ст. 25 Загальної декларації прав людини 1948 р. [3] кожна людина має право на такий життєвий рівень, який є необхідним для підтримання здоров'я і добробуту її самої та її сім'ї, і право на забезпечення в разі безробіття, хвороби, інвалідності, вдовства, старості чи іншого випадку втрати засобів до існування через незалежні від неї обставини. Перше із перера-

хованих прав включає їжу, одяг, житло, медичний догляд і необхідне соціальне обслуговування. Наведений постулат розвинено у ст. 11 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права 1966 р. [4], за якою держави, що беруть участь у ньому, визнають право кожного на достатній життєвий рівень для нього і його сім'ї, що передбачає достатнє харчування, одяг і житло, і на неухильне поліпшення умов життя. Держави вживуть належних заходів щодо забезпечення здійснення цього права, визнаючи важливе значення в цьому відношенні міжнародного співробітництва, заснованого на вільній згоді. Держави, визнаючи основне право кожної людини на свободу від голоду, повинні вживати необхідних заходів індивідуально і в порядку міжнародного співробітництва, які б включали проведення конкретних програм для того, щоб:

- поліпшити методи виробництва, зберігання і розподілу продуктів харчування шляхом широкого використання технічних і наукових знань, поширення знань про принципи харчування і вдосконалення або реформи аграрних систем так, щоб досягти найбільш ефективного освоєння і використання природних ресурсів;
- забезпечити справедливий розподіл світових запасів продовольства відповідно до потреб і з урахуванням проблем країн, що імпортують чи експортують продукти.

За статтю 28 «Достатній життєвий рівень та соціальний захист» Конвенції про права осіб з інвалідністю 2006 р. [5] держави визнають право осіб з інвалідністю на достатній життєвий рівень для них самих і їх сімей, що включає достатнє харчування, одяг та житло, і на безперервне поліпшення умов життя й вживають належних заходів для забезпечення і заохочення реалізації цього права без дискримінації за ознакою інвалідності. Розділ II Конвенції МОП № 117 «Про основні цілі та норми соціальної політики» 1962 р. [6] має назву «Підвищення рівня життя» і розглядає таке підвищення як основну мету при плануванні економічного розвитку. При плануванні останнього вживаються всі можливі заходи для узгодження такого розвитку зі здоровою еволюцією відповідних груп населення. Зокрема, докладаються зусилля з метою запобігання руйнуванню сімейного життя і традиційних соціальних одиниць, особливо шляхом: ретельного вивчення причин і наслідків міграції і вжиття в разі потреби відповідних заходів; сприяння міському та сільському плануванню в регіонах, де потреби економічного розвитку призводять до концентрації населення; запобігання й усунення перенаселеності в міських зонах; поліпшення умов життя в сільських місцевостях і створення відповідних галузей промисловості там, де є відповідна робоча сила. Вживаються заходи для забезпечення незалежним виробникам і найманим працівникам умов, які дадуть їм можливість підвищити свій рівень життя власними зусиллями й забезпечать підтримання прожиткового мінімуму, що встановлюється шляхом офіційних досліджень життєвих умов, які проводяться після консультацій з представниками організацій роботодавців і працівників. При встановленні прожиткового мінімуму беруться до уваги такі основні сімейні потреби працівників, як продукти харчування і їх калорійність, забезпечення житлом, одягом, медичне обслуговування та освіта.

До питання забезпечення гідного людини рівня життя неодноразово зверталась і продовжує звертатись європейська наукова спільнота. Так, ч. XI «Норми, яким мають відповідати періодичні грошові виплати» Європейського кодексу соціального забезпечення 1964 р. [7] виходить із того, що розмір допомоги встановлюється відповідно до визначеної шкали чи шкали, запровадженої компетентним органом державної влади. Цей розмір може бути скорочено, тільки якщо інші засоби існування сім'ї бенефіціарія перевищують визначені основні суми чи основні суми, встановлені компетентним органом державної влади. При цьому загальний розмір допомоги та будь-яких інших засобів існування після вирахування зазначених вище сум має бути достатнім для утримання сім'ї у здоровому й гідному стані. Хартія Співтовариства про основні соціальні права працівників 1989 р. [8] у ст. 5 фіксує, що всі види зайнятості підлягають справедливій винагороді. З цією метою працівникам забезпечується справедлива заробітна плата, тобто заробітна плата, достатня для забезпечення їм гідного рівня життя. Стосовно соціального захисту ст. 10 розглядуваного акта закріплює, що кожний працівник Європейського Співтовариства має право на адекватний соціальний захист, і незалежно від статусу і розміру підприємства, на якому працює, користуватися адекватним рівнем допомоги з соціального забезпечення. Відповідно до Європейської соціальної хартії (переглянутої) 1996 р. [9] з метою забезпечення ефективного здійснення права на справедливу винагороду держави зобов'язуються визнати право працівників на таку винагороду, яка забезпечує їм і їх сім'ям достатній життєвий рівень (ст. 4). У свою чергу з метою забезпечення реалізації права на захист від бідності та соціального відчуження Сторони зобов'язуються: а) у рамках загального та узгодженого підходу вживати заходів для надання особам, що живуть або можуть опинитися в ситуації соціального відчуження або бідності, а також членам їх сімей, ефективного доступу, зокрема, до роботи, житла, професійної підготовки, освіти, культури і соціальної та медичної допомоги; б) переглядати ці заходи з метою їх коригування у разі необхідності (ст. 30).

Аналіз наведених та інших міжнародних документів показує, що для позначення фактично одного і того ж явища використовуються різні терміни: «достатній життєвий рівень»; «гідний життєвий рівень»; «життєвий рівень, який є необхідним для підтримання здоров'я і добробуту»; «адекватний соціальний захист».

На думку О. В. Бермічевої, сутність права людини на достатній життєвий рівень складають умови, що їх створює держава для його реалізації, зміст же утворюють заходи, що вживаються нею для забезпечення цього права, а формою виступає передбачення законодавчо встановлених мінімальних соціальних стандартів [10, с. 56–57].

В. В. Мацокін право людини на достатній життєвий рівень називає інтегруючим соціальним правом, що об'єднує собою не лише всі інші соціальні права в одну цілісну систему, але й зумовлює сутність і зміст правового регулювання більшості громадянських і політичних прав. Правознавцем доведено, що розгля-

дуване право є одним з найбільш важливих і соціально значущих для кожної людини. Забезпечення ж цього права є метою діяльності кожної демократичної країни й одним з основоположних конституційних принципів будь-якої сучасної держави. Це право слід розглядати в двох взаємопов'язаних аспектах: з одного боку, держава створює умови, за яких кожна здорова, дієздатна людина має реальні можливості забезпечити такий рівень свого життя, який відповідає її уявленням; з другого – держава зобов'язана використовувати всі свої матеріальні, політичні, організаційні й інші ресурси задля забезпечення достатнього життєвого рівня соціально незахищених верств населення [11, с. 10–11].

Згідно зі ст. 25 Основ законодавства України про охорону здоров'я від 19 листопада 1992 р. [12] з метою досягнення належного життєвого рівня, враховуючи науково обґрунтовані медичні, фізіологічні і санітарно-гігієнічні вимоги, держава: а) встановлює єдині мінімальні норми заробітної плати, пенсій, стипендій, соціальної допомоги й інших доходів населення; б) організує натуральне забезпечення населення продуктами харчування, одягом, ліками та іншими предметами першої необхідності; в) здійснює комплекс заходів щодо задоволення життєвих потреб біженців, безпритульних та інших осіб, які не мають певного місця проживання; г) безплатно надає медичну допомогу й соціальне обслуговування особам, які перебувають у скрутному матеріальному становищі, загрозливому для їх життя і здоров'я.

Рівень життя – багатогранна і складна категорія. Вона характеризує сукупність реальних соціально-економічних умов життєдіяльності людей, а тому є найважливішою характеристикою соціального процесу. Передумови для підвищення рівня життя населення країни створюються відповідним економічним розвитком. Останній є ресурсотворюючим фактором для реалізації соціальних програм. У цьому виявляється тісний взаємозв'язок між економічним зростанням і соціальним прогресом. Аналіз рівня життя населення передбачає вивчення процесів, явищ і факторів, що впливають на життєдіяльність людей, їх матеріальні умови, при цьому розглядаються ключові проблеми соціально-економічного розвитку, які підлягають першочерговому вирішенню. Добре налагоджена система показників рівня життя має велике значення для розробки ефективної соціальної політики; прийняття обґрунтованих рішень щодо надання допомоги малозабезпеченому населенню; оцінки соціально-економічних наслідків проведених у країні реформ; здійснення контролю за ходом реалізації найважливіших державних соціальних програм.

Статистичні характеристики рівня життя ґрунтуються на широкій системі взаємозалежних показників, що забезпечують його комплексну оцінку. Вона містить у собі показники, що характеризують доступність матеріальних благ, ступінь рівності у їх розподілі, купівельну спроможність громадян, їх доходи, гарантований державою мінімальний рівень забезпеченості, тобто беруться до уваги всі економічні ресурси, що має в своєму розпорядженні населення в цілому та його окремі соціально-економічні групи. Інший блок показників включає дані про особисте споживання, і, насамперед, про задоволення основних

фізіологічних потреб. Він відображає реальні споживчі можливості населення.

Така система показників рівня життя загалом відповідає світовим стандартам. Зважаючи на підсумки Всесвітньої зустрічі на вищому рівні в інтересах соціального розвитку (м. Копенгаген, 1995 р.), у 1997 р. 29-та Статистична Комісія ООН [13] затвердила наступний мінімальний набір соціальних індикаторів, рекомендованих для статистичного спостереження:

- а) демографічні показники;
- б) макроекономічні показники матеріального добробуту;
- в) показники економічної активності населення;
- г) показники матеріальної заможності домогосподарств;
- д) рівень і структура особистого споживання;
- е) житлові умови населення.

При цьому демографічні показники включають чисельність населення, очікувану тривалість життя при народженні, рівень смертності немовлят і материнської смертності, рівень освіти населення, а макроекономічні показники матеріального добробуту об'єднують реальні наявні ресурси, витрати на кінцеве споживання домогосподарств, середньомісячну заробітну плату й інші види доходів.

Склад наведених вище показників і ступінь їх використання можуть змінюватися залежно від того, які аспекти рівня життя населення підлягають аналізу, та від пріоритетності розв'язуваних проблем. Перераховані показники характеризують: людський і трудовий потенціал країни; розмір і джерела формування особистих доходів, а також роль кожного з них; розподіл доходів між окремими групами населення; використання доходів для особистого споживання; обсяги і структуру споживання матеріальних благ і послуг.

Самостійним об'єктом статистичного виміру є бідність як неможливість внаслідок нестачі коштів підтримувати спосіб життя, притаманний конкретному суспільству в конкретний період. Виходячи з нагальної потреби в якнайшвидшому подоланні бідності – однієї з найболючіших проблем суспільства, від якої страждає значна частина населення України (сім'ї з дітьми, діти-сироти, діти, позбавлені батьківського піклування, безробітні, особи з інвалідністю, пенсіонери, бездомні громадяни, безпритульні діти) та яка суттєво обмежує можливості людського розвитку, породжує масштабні соціальні конфлікти, становить загрозу єдності суспільства та національній безпеці України, 26 лютого 2010 р. Президентом України був прийнятий Указ № 274/2010 «Про невідкладні заходи з подолання бідності» [14]. Подолання бідності визнано найважливішим пріоритетом у здійсненні реформ в Україні.

Стратегічним напрямом подолання бідності є підвищення зайнятості населення і розвиток ринку праці. Однак бідність не можна подолати лише шляхом підтримки незаможних, потрібні комплексні підходи, орієнтовані як на бідні, так і на відносно забезпечені верстви населення. Необхідною передумовою руху у цьому напрямку є створення працездатному населенню умов для самостійного розв'язання проблем підвищення власного добробуту, що можливо лише в разі



забезпечення продуктивної зайнятості, збалансування попиту і пропозиції на ринку праці, запобігання безробіттю.

Наступним напрямом подолання бідності є збільшення доходів від трудової діяльності, збільшення рівня заробітної плати як основного джерела доходів населення і забезпечення випереджального зростання номінальної заробітної плати порівняно з ростом споживчих цін, посилення мотивації до продуктивної праці, запровадження погодинної системи оплати праці із застосуванням мінімального розміру погодинної заробітної плати; розвитку соціального партнерства і договірної регулювання трудових відносин у сфері оплати праці, вдосконалення процедури укладання колективних договорів і угод та контролю за їх виконанням.

Дуже важливим елементом у подоланні бідності є розвиток соціального страхування як способу захисту особи від втрат доходу і як організаційно-правова форма соціального забезпечення. Соціально-страхова система має бути спрямована на посилення соціального забезпечення конкретних осіб і членів їх сімей від імовірної бідності внаслідок неможливості отримувати дохід у разі втрати роботи або працездатності через хворобу, нещасний випадок, каліцтво, старість чи смерть годувальника.

В. М. Вегера основними пріоритетами соціальної держави в питанні забезпечення достатнього рівня життя називає такі: а) підвищення якості й рівня життя населення; б) чітке розмежування сфер державного і колективно-договірної регулювання оплати праці; в) поступальне зростання мінімального розміру заробітної плати; г) установлення й забезпечення державних гарантій у сфері оплати праці; д) обмеження розмірів утримань із заробітної плати, в тому числі розмірів оподаткування доходів; е) посилення захисту прав працівників на своєчасне й у повному розмірі одержання заробітної плати [15, с. 5–6].

Слушною є думка, що розміри виплат залежать від соціально-економічних можливостей держави, проте повинні забезпечувати конституційне право кожного на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, хоча в зазначеній статті Основного Закону й не закріплюється, що держава його гарантує. Завдання ж держави, яка проголосила себе соціальною, полягає в тому, щоб створити такі умови для людини, аби вона могла своєю працею забезпечити гідну матеріальну базу життєдіяльності для себе і своєї сім'ї. Незважаючи на те, що кожен має піклуватися про власний добробут особисто, держава зобов'язана створювати відповідні умови, щоб людина реально мала змогу забезпечити себе і свою сім'ю. Забезпечення кожного такою можливістю – одне із головних завдань соціальної держави [15, с. 67–68].

З метою забезпечення конституційного права громадян на достатній життєвий рівень виключно законами встановлюються основні державні соціальні гарантії (мінімальні розміри оплати праці, доходів громадян, пенсійного забезпечення, соціальної допомоги, розміри інших видів соціальних виплат, встановлені законами та іншими нормативно-правовими актами, які забезпечують рівень життя не нижчий від прожиткового мінімуму). Вони є обов'язковими для всіх

державних органів, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ і організацій незалежно від форми власності.

Рівні основних державних соціальних гарантій визначаються на базі державних соціальних стандартів – встановлених законами, іншими нормативно-правовими актами соціальних норм і нормативів або їх комплексу.

Стандарти і нормативи формуються, встановлюються і затверджуються у порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України за участю та погодженням з іншими сторонами соціального партнерства. Інший порядок може бути передбачений тільки Конституцією та законами України. Виключно законами України визначаються: мінімальний розмір заробітної плати; мінімальний розмір пенсії за віком; неоподатковуваний мінімум доходів громадян; величина порогу індексації грошових доходів громадян; пільги щодо оплати житлово-комунальних, транспортних послуг і послуг зв'язку та критерії їх надання.

Надання державних соціальних гарантій здійснюється за рахунок бюджетів усіх рівнів, коштів підприємств, установ і організацій та соціальних фондів на засадах адресності та цільового використання. Державні соціальні гарантії та державні соціальні стандарти і нормативи є основою для розрахунку видатків на соціальні цілі та формування на їх основі бюджетів усіх рівнів та соціальних фондів, міжбюджетних відносин, розробки загальнодержавних і місцевих програм економічного і соціального розвитку.

Нормативи фінансування встановлюються під час прийняття Закону України про Державний бюджет України на поточний рік, а також під час формування бюджетів соціальних фондів.

З метою дотримання державних соціальних гарантій, оцінки ефективності державної соціальної політики, її впливу на рівень та якість життя в Україні здійснюється постійний державний моніторинг у сфері застосування та фінансового забезпечення державних соціальних стандартів і нормативів. Основними засобами здійснення такого моніторингу є: щомісячна оцінка вартісної величини основних державних соціальних стандартів; ведення державного статистичного обліку щодо дотримання державних соціальних стандартів і нормативів; поточне коригування вартісних величин державних соціальних нормативів і нормативів витрат (фінансування) залежно від зміни цін та інших умов їх формування. За результатами такого моніторингу здійснюється перегляд розмірів державних соціальних гарантій у порядку, що визначається законами.

**Висновки.** Поняття «достатній життєвий рівень» чинним законодавством України не визначено, не встановлено також, яким є його співвідношення з прожитковим мінімумом. Достатній життєвий рівень не є усталеною величиною, тому що змінюється залежно від соціально-економічних та інших чинників. Завдання держави полягає у створенні належних умов для людини, щоб вона могла своєю працею забезпечити гідну матеріальну базу для себе і своєї сім'ї. Притримуємось позиції, що правильніше говорити не про достатній, а про гідний життєвий рівень, адже у першому випадку йдеться про рівень, який фактично відповідає мінімальним потребам людини (тобто мінімальний – той,

що не є нижчим межі бідності людини), значення ж другого полягає у тому, що це рівень, який виходить із того, що права людини є найвищою соціальною цінністю. Саме гідність дає змогу людині відчувати самоповагу й усвідомлювати власну суспільну цінність. Ця позиція має бути зафіксована й у ст. 48 Конституції України.

#### **Список літератури:**

1. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії : Закон України від 05.10.2000 р. № 2017-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 48. Ст. 409.
3. Загальна декларація прав людини ООН від 10.12.1948 р. Документи ООН А/RES/217А : Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи. 2-ге вид. упоряд. Ю. К. Качуренко. Київ : Юрінформ, 1992. С. 18–24.
4. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права ООН від 16.12.1966 р. *Вісник Конституційного Суду України*. 2006. № 4.
5. . Конвенція про права осіб з інвалідністю ООН від 13.12.2006 р. *Офіційний вісник України*. 2010. № 17. Ст. 799.
6. Про основні цілі та норми соціальної політики : Конв. МОП від 22.06.1962 р., № 117 Конвенції та рекомендації, ухвалені Міжнародною організацією праці : в 2-х т. Т. I (1919–1964). Женева : Міжнар. бюро праці, 1999. С. 688–699.
7. Європейський кодекс соціального забезпечення від 16.04.1964 р. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_329](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_329).
8. Хартія Співтовариства про основні соціальні права працівників від 09.12.1989 р. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_044](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_044).
9. Європейська соціальна хартія (переглянута) від 03.05.1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2007. № 51.
10. Бермічева О. В. Соціальна функція держави в Україні : дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2002. 191 с.
11. Мацюкін В. В. Право громадян України на достатній життєвий рівень : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2008. 20 с.
12. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19.11.1992 р. № 2801-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 4. Ст. 19.
13. Феоктистов Д. В. Методологія оцінки рівня і якості життя населення. *Налогов. Інвестиції. Капітал*. 2002. № 3/4. URL: <http://nic.pirit.info/200211/021.htm> (дата звернення: 22.11.2018).
14. Про невідкладні заходи з подолання бідності : Указ Президента України від 26.02.2010 р. № 274/2010. *Офіційний вісник України*. 2010. № 16. Ст. 731.
15. Вегера В. М. Встановлення розміру мінімальної заробітної плати як спосіб державного регулювання оплати праці в Україні. Харків : Право, 2015. 168 с.

#### **References:**

1. Konstitutsiya Ukrayini vid 28.06.1996 r. № 254k/96-VR. (1996). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, 30, art. 141*.
2. Pro derzhavni sotsialni standarty ta derzhavni sotsialni garantiyi: Zakon Ukrayini vid 05.10.2000 r. № 2017-III. (2000). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, 48, art. 409*.
3. Zagalna deklaratsiya prav lyudini OON vid 10.12.1948 r. (1992). Dokumenti OON A/RES/217A: Prava lyudini. Mizhnarodni dogovori Ukrayini, deklaratsiyi, dokumenti. Yu. K. Kachurenko (Ed.). Kyiv: Yurinform, 18–24 [in Ukrainian].
4. Mizhnarodniy pakt pro ekonomichni, sotsialni i kulturni prava OON vid 16.12.1966 r. (2006). *Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy, 4* [in Ukrainian].

5. Konventsiiya pro prava osib z invalidnistyu OON vid 13.12.2006 r. (2010). *Ofitsijnyj visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 17, art. 799 [in Ukrainian].
6. Pro osnovni tsili ta normi sotsialnoyi politiki: Konv. MOP vid 22.06.1962 r. № 117 Konventsiiyi ta rekomendatsiiyi, uhvaleni Mizhnarodnoyu organizatsieyu pratsi: (Vols. 1–2); Vol. 1 (1919–1964). (1999). Zheneva: Mizhnar. byuro pratsi, 688–699 [in Ukrainian].
7. Evropeyskiy kodeks sotsialnogo zabezpechennya vid 16.04.1964 r. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_329](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_329) [in Ukrainian].
8. Hartiya Spivtovaristva pro osnovni sotsialni prava pratsivnikov vid 09.12.1989 r. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_044](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_044) [in Ukrainian].
9. Evropeyska sotsialna hartiya (pereglyanuta) vid 03.05.1996 r. (2007). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 51 [in Ukrainian].
10. Bermicheva, O.V. (2002). Sotsialna funktsiya derzhavi v Ukrayini. *Candidate's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].
11. Matsokin, V.V. (2008). Pravo gromadyan Ukrayini na dostatniy zhitteviy riven. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].
12. Osnovi zakonodavstva Ukrayini pro ohoronu zdorov'ya: Zakon Ukrayini vid 19.11.1992 r. № 2801-XII. (1993). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 4, art. 19.
13. Feoktistov, D.V. (2002). Metodologiya otsenki urovnya i kachestva zhizni naseleniya. *Nalogi. Investitsii. Kapital*, 3/4. URL: <http://nic.pirit.info/200211/021.htm> [in Russian].
14. Pro nevidkladni zahodi z podolannya bidnosti: Ukaz Prezidenta Ukrayini vid 26.02.2010 r. № 274/2010. (2010). *Ofitsijnyj visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 16, art. 731.
15. Vegeera, V.M. (2015). Vstanovlennya rozmiru minimalnoyi zarobitnoyi plati yak sposib derzhavnogo reguluyuvannya oplati pratsi v Ukrayini. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

**Yaroshenko O. M.**, Doctor of Law, Professor, Corresponding Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Head of the Department of Labor Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail : yaroshenkolex@ukr.net ; ORCID 0000-0001-9022-4726

### **Problems of provision of the citizens' constitutional right to sufficient standard of living**

*In accordance with the Constitution of Ukraine of 1996, the state ensures social orientation of the economy (Part 4, Article 13). This, in its turn, is the basis for the implementation of numerous social rights of citizens, in particular to (1) wages, not lower than that established by law (Article 43), (2) social protection (Article 46), and (3) sufficient standard of living for themselves and their families (Article 48). These norms of the Basic Law are implemented by the state social standards and state social guarantees provided for by the current legislation. However, the current national legislation defining the legal framework for the formation and application of the state social standards and norms aimed at implementing the basic social guarantees enshrined in the Constitution and the laws of Ukraine does not contain a clear and unambiguous answer to the questions of what is a sufficient standard of living, what is the content of the relevant right, and how it is implemented.*

*The analysis of international documents has shown that to designate actually the same phenomenon different terms are used: "sufficient standard of living"; "decent living standard"; "the standard of living necessary for the maintenance of health and well-being"; "adequate social protection".*

*It is clear that a sufficient standard of living is not a stated quantity, since it varies depending on socio-economic and other factors. The task of the state is to create the proper conditions for a person so that he/she can by one's own work provide a decent material base for oneself and for the family. The position is advocated that it is more correct to speak not about sufficient but about decent standard of living, since in the first case we talk about a level that actually corresponds to the minimum human needs (that is, equal to or higher than the human poverty line), the importance of the second is that it is the level that goes out from the fact that a person is the highest social value. It is the dignity that allows a person*

*to feel self-respect and realize one's own social value. This position should be fixed in Article 48 of the Constitution of Ukraine.*

**Keywords:** social rights; social protection; right to adequate standard of living; state social standards; state social guarantees; cost of living; poverty.

**Рекомендоване цитування:** Ярошенко О. М. Проблеми забезпечення конституційного права громадян на достатній життєвий рівень. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 145. С. 106–117. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.159672>.

**Suggested Citation:** Yaroshenko, O.M. (2019). Problemy zabezpechennia konstytutsiinoho prava hromadian na dostatnii zhyttievyi riven [Problems of provision of the citizens' constitutional right to sufficient standard of living]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 145, 106–117*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.159672> [in Ukrainian].

*Надійшла до редколегії 15.03.2019 р.*



**Яригіна Єлизавета Петрівна,**  
кандидат юридичних наук,  
асистент кафедри трудового права,  
Національний юридичний університет  
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків  
e-mail: lizok2805@gmail.com  
ORCID 0000-0001-7741-7419

doi: 10.21564/2414–990x.145.156096  
УДК 349.3:364.4–053.2(477)

## ПРАВО СІМЕЙ ІЗ ДІТЬМИ НА СОЦІАЛЬНИЙ ЗАХИСТ ЯК СКЛАДОВА СОЦІАЛЬНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА: ВІТЧИЗНЯНИЙ І ЄВРОПЕЙСЬКИЙ КОНТЕКСТ

*Розглянуто підходи науковців до виокремлення соціальних прав людини і громадянина в цілому та їх складової – права на соціальний захист, проаналізовано норми міжнародних документів, в яких вони закріплені. Наголошено, що існує необхідність приведення приписів національного права у відповідність до європейських стандартів задля досягнення достатнього життєвого рівня населення, що виступає основою соціального благополуччя країн. Запропоновано застосовувати термін «соціально-правовий захист».*

**Ключові слова:** соціальні права людини і громадянина; соціальний захист; сім'ї з дітьми; конвенція; пакт; соціально-правовий захист.

**Яригіна Е. П.,** кандидат юридических наук, ассистент кафедры трудового права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.  
e-mail : lizok2805@gmail.com ; ORCID 0000-0001-7741-7419

**Право семей с детьми на социальную защиту как составляющая социальных прав человека и гражданина: отечественный и европейский контекст**

*Рассматриваются подходы ученых к выделению социальных прав человека и гражданина и в частности их составляющей – права на социальную защиту, анализируются нормы международных документов, в которых они закреплены. Отмечается, что существует необходимость приведения предписаний национального права в соответствие с европейскими стандартами для достижения достаточного жизненного уровня населения, что выступает основой социального благополучия стран. Предлагается применять термин «социально-правовая защита».*

**Ключевые слова:** социальные права человека и гражданина; социальная защита; семья с детьми; конвенция; пакт; социально-правовая защита.

**Постановка проблеми.** Після підписання у 2014 р. Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Спів-

товариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, нашою країною підтверджено обрання європейського вектору розвитку. Як справедливо зазначають О. Д. Гордей і Б. Д. Пацай, «вказаний концепт зараз має бути покладений в основу державної політики України, оскільки, намагаючись наблизитися і досягти рівня розвинених країн, передусім варто вживати всіх заходів для забезпечення виконання обов'язків із дотримання прав людини». Підтримуючи сказане, додамо, що відповідно до Керівних принципів Організації Об'єднаних Націй одним із головних обов'язків держави є підвищення рівня й якості життя населення, турбота і піклування про тих, хто потребує допомоги, зокрема, сімей із дітьми та дітей. При цьому варто пам'ятати те, що підрастаюче покоління – це майбутнє нації, тож держава має створювати належні умови для їх розвитку і становлення як особистостей, тобто забезпечити отримання освіти, працевлаштування, гідну заробітну плату тощо.

З огляду на євроінтеграцію в Україні йде реформування більшості сфер життєдіяльності, у тому числі й соціального захисту населення (зокрема, сім'ї, дитинства, материнства й батьківства). Проте реформи у сфері соціального захисту неможливі без удосконалення чи внесення коректив до національного законодавства задля приведення його у відповідність до чинних міжнародних актів, оскільки досконалість юридичного механізму означає його здатність забезпечити ці потреби [2, с. 113].

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Слід зазначити, що питання прав людини є одним із найбільш обговорюваних. Воно в порядку денному не лише засідань урядів, парламентів більшості країн, а й зустрічей представників громадянського суспільства, різних організацій і науковців. Підтвердженням цьому може бути чимало статей, монографій, присвячених забезпеченню прав людини, у тому числі й соціальних, авторами яких є представники різних галузей права: конституційного, кримінального, екологічного, трудового тощо. Окреслену проблему ґрунтовно досліджують такі вітчизняні правознавці, як Ю. Г. Барабаш (Yu. H. Barabash), Н. Б. Болотіна (N. B. Bolotina), О. С. Бурлака (O. S. Burlaka), О. В. Зайчук (O. V. Zaichuk), С. І. Запара (S. I. Zapara), Н. І. Карпачова (N. I. Karpachova), М. І. Козюбра (M. I. Koziubra), А. М. Колодій (A. M. Kolodii), О. Г. Кушніренко (O. H. Kushnirenko), В. В. Копейчиков (V. V. Korieichykov), С. Л. Лисенков (S. L. Lysenkov), В. О. Михальов (V. O. Mykhalov), А. Ю. Олійник (A. Yu. Oliinyk), В. Д. Перевалов (V. D. Perevalov), В. Ф. Погорілко (V. F. Pohorilko), П. М. Рабінович (P. M. Rabinovych), О. Ф. Скакун (O. F. Skakun), Т. М. Слінько (T. M. Slinko), О. П. Семітко (O. P. Semitko), Ю. С. Шемшученко (Yu. S. Shemshuchenko), М. М. Шумило (M. M. Shumylo), Л. П. Шумна (L. P. Shumna) та ін. Серед представників зарубіжних країн варто згадати О. А. Лукашову (O. A. Lukashovu), М. М. Марченко (M. M. Marchenko), В. Є. Чіркїна (V. Ye. Chirkina), І. Берліна (I. Berlina), Дж. Ролза (Dzh. Rolza) та ін.

**Метою** даної *статті* є визначення місця соціальних прав у системі прав і свобод людини, а також їх забезпечення в сучасній Українській державі.

**Виклад основного матеріалу.** Соціальні права людини – відносно нове явище у світовому політичному й правовому житті, бо всесвітнє визнання вони отримали на початку ХХІ ст. завдяки закріпленню в міжнародно-правових актах і законодавстві більшості країн. Так, на міжнародному рівні вони зафіксовані у: Загальній декларації прав людини (ООН, 1948 р.), міжнародних пактах ООН, конвенціях Міжнародної організації праці, Європейській соціальній хартії (Рада Європи, Турін, 1961 р.) тощо. Згідно з цими актами до основних соціальних прав належать: право на працю; на відпочинок; на достатній життєвий рівень для себе та своєї сім'ї; на охорону здоров'я, медичну допомогу, медичне страхування; на соціальне забезпечення; на освіту; на житло; на охорону і допомогу сім'ї; на захист материнства; на охорону і допомогу дітям і підліткам. На перший погляд може здатися, що все чітко і зрозуміло. Проте питання їх виокремлення є найбільш дискусійним, зокрема, це стосується в першу чергу їх відмежування і місця серед інших конвенційних прав [3; 4].

Як справедливо наголошує В. І. Ковтун, з огляду на загрози (тероризм, транснаціональна злочинність, поширення ядерної зброї, екологічні проблеми тощо) питання соціальних прав посіло «чи не центральне місце» [4, с. 20].

У той же час відомий вітчизняний учений П. М. Рабінович [5, с. 106] вважає, що класифікація прав людини, запропонована міжнародними пактами, хоча й була свого часу значним кроком уперед, сьогодні вже навряд чи видається взірцевою з точки зору суспільної науки і не завжди здатна задовольнити праворегулятивну практику. На думку науковця, усі права людини є соціальними в тому сенсі, що вони як за змістом, так і за засобами їх реалізації зумовлені соціумом, суспільством. Саме з огляду на це П. М. Рабінович робить висновок, що несоціальних прав людини (особи) взагалі бути не може, і пропонує поділяти на фізичні (вітальні, життєві), до яких відносить ті, завдяки яким можливі фізичне існування людини, задоволення її біологічних, суто матеріальних потреб (право на життя, фізичну недоторканність; вибір місця проживання; безпечне природне середовище; житло; належний рівень матеріального забезпечення; власність на предмети споживання; медичне обслуговування та інші види соціального забезпечення); *особисті; культурні* (гуманітарні); *економічні; політичні* права.

Існує й інша класифікація прав, свобод й обов'язків людини і громадянина. Прихильники її за критерій обрали те, чи стосуються права всіх громадян (право на відпочинок) або тільки певних (окремих) груп громадян (жінок, дітей), і запропонували їх поділяти на загальні й особливі.

Крім того, права й свободи людини і громадянина можуть бути згруповані за сферами життєдіяльності індивіда, а критерієм у цьому разі слугує однорідність матеріального змісту прав, свобод і обов'язків та однотипність норм, що її закріплюють. За цією класифікацією виокремлюють три основні групи прав і свобод: 1) громадські; 2) політичні; 3) економічні, соціальні та культурні.

Як бачимо, науковці обирають різні критерії розмежування прав, саме тому серед них немає однастайності. Як наслідок, на цей час не досягнуто ще згоди й щодо конкретного переліку прав, які належали б до економічних або соціальних.



Наприклад, зарубіжний дослідник Лео Зваак висловив думку, що до економічних слід віднести права, пов'язані зі сферою праці, а до соціальних – права окремої людини поза сферою зайнятості. Довідник з Європейської соціальної хартії усі права класифікує за двома критеріями: «умови праці» і «соціальна єдність». У такий спосіб соціальні права поділяються за певними сферами: сферою праці та поза сферою праці.

Зупинимося на цьому детальніше. Так, на переконання О. А. Лукашевої [6, с. 258], з огляду на сутність потреб, яким, звісно, відповідають права людини, економічні права мають виступати гарантією того, що людина може вільно розпоряджатися основними факторами господарської діяльності. До економічних належать: право на працю, право на власність, право на підприємництво, право на страйк, право на укладення колективних договорів, право на вільне об'єднання в національні або міжнародні організації для задоволення своїх інтересів. Із таким підходом важко погодитися, бо в одному ряду опиняються досить різні за суттю права, а саме право на власність, підприємницьку діяльність і право працівників і роботодавців на об'єднання в організацію для захисту своїх інтересів, на колективні переговори й укладення колективних договорів (останні належать до групи соціальних). Наш висновок ґрунтується на тому, що юридичні механізми їх забезпечення суттєво відрізняються.

Тож вважаємо за доцільне підтримати В. Д. Перевалова, який, беручи за критерій сферу життєдіяльності людини, до соціальних відносить права, котрі виступають показником рівня матеріального розвитку конкретної держави й суспільства, їх здатність забезпечити гідний рівень життя й соціальну захищеність індивіда. Серед них найбільше значення мають право на працю, соціальне забезпечення, право на житло, відпочинок, охорону здоров'я й медичну допомогу.

У свою чергу В. О. Михальов [8, с. 81–82] соціальними називає права, реалізація котрих пов'язана із задоволенням найважливіших соціальних потреб людини: право на працю, на належні, безпечні і здорові умови праці, на заробітну плату не нижче тієї, яка визначена законом; право на своєчасне одержання винагороди за працю; право на страйк; на відпочинок; на житло; на достатній життєвий рівень для себе і членів своєї сім'ї; право на охорону здоров'я, медичну допомогу і медичне страхування; право на соціальний захист, що включає право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом [8, с. 81–82]. Очевидно, до цього переліку необхідно додати також право людини на освіту, у тому числі й вищу, оскільки без володіння цим правом людині неможливо задовольняти свої соціальні потреби.

Як бачимо, найбільш поширеним у науці є визначення соціальних прав як таких, що забезпечують людині гідний рівень життя і соціальну захищеність [8, с. 81–82]. Більш того, вони зайняли таку позицію не випадково, бо сьогодні не потребує доказів проста й незаперечна істина, що для особи, яка не має

мінімального соціального забезпечення і добробуту, більшість політичних прав є порожнім місцем [2, с. 113]. Таким чином, соціальні права – це права, з реалізацією чи захистом яких людина стикається майже кожного дня, тобто йдеться про такі найважливіші права, як право на працю, освіту, відпочинок, нормальні умови праці, медичну допомогу, пенсію тощо. Вони, як уже наголошувалося, визнані світовою спільнотою і проголошені міжнародними актами. Так, у ст. 22 Загальної декларації прав людини зафіксовано, що кожна особа має *право на соціальний захист*, яке включає право на забезпечення в разі тимчасової, часткової або повної втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від людини обставин, у старості та в інших передбачених законом випадках. Додамо, що соціальне забезпечення – це матеріальне забезпечення передбачених законом форм і видів. Воно надається особам, які через незалежні від них життєві обставини не мають достатніх засобів до існування, із спеціально створених для цього фондів на умовах, встановлених законом чи договором. Принагідно слід указати, що й у ст. 9 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права прямо встановлено право на соціальне забезпечення, у тому числі – соціальне страхування, а у ст. 10 проголошується право сім'ї та матері на допомогу, що є елементом соціального забезпечення.

Ті держави, які вважають себе демократичними, правовими, соціальними (до них належить й Україна), політично визнали й юридично захистили ці права, а також закріпили на конституційному рівні. Зокрема, у Конституції України 1996 р. зафіксовано широкий перелік соціальних прав людини і громадянина. До системи цих прав належать:

1) *право на соціальний захист* (ст. 46), тобто держава бере на себе обов'язок (тобто гарантує) надавати достатні кошти чи допомогу громадянам, які через об'єктивні обставини повністю або частково втратили можливість працювати і отримувати винагороду за працю, а також сім'ям у зв'язку із народженням і вихованням дитини. Для цього існують загальнообов'язкове державне соціальне страхування (громадяни, підприємства, установи й організації щомісяця сплачують страхові внески), а також бюджетні та інші джерела соціального забезпечення; створюється мережа державних, комунальних, приватних закладів для догляду за непрацездатними тощо;

2) *право на житло* (ст. 47);

3) *право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї* (ст. 48), що передбачає достатнє харчування, одяг, житло. Звісно, що непрацездатним громадянам (інвалідам, пенсіонерам), сім'ям з дітьми, самотніми матерями та деяким іншим категоріям малозабезпечених громадян задля вирівнювання їх доходів надається державна допомога й пільги;

4) *право на охорону здоров'я, медичну допомогу й медичне страхування* (ст. 49 Конституції України).

Крім того, що держава закріплює, вона також створює фінансову базу й організаційні структури для реалізації громадянами конституційного права на соціальний захист і соціальне забезпечення. Усе вказане вище для грома-

дян України набуває особливої актуальності й значущості з огляду на останні події, через які саме із забезпеченням соціальних права людини й громадянина виникають проблеми. Як відомо, сьогодні мільйони громадян нашої країни вважаються внутрішньо переміщеними, а отже, потребують невідкладного соціально-правового захисту (особливо це стосується сімей з дітьми і дітей), підтримки з боку держави. Звісно, держава повинна вести активну політику щодо захисту окремих категорій населення (верств населення).

До наведеного варто додати, що особливістю соціальних прав є те, що вони мають адресну направленість, на відміну від інших (наприклад, цивільних) реалізуються в індивідуальній і колективній формах, а отже, їх суб'єктом виступає не тільки громадянин, а й колектив – сім'я.

Таким чином, можливість реалізувати право на соціальну допомогу, соціальне забезпечення й соціальний захист хоча й вважається найбільш проблематичним із прав, є однією з найважливіших життєвих потреб для кожної людини. Враховуючи це, воно докладно вивчається і часто стає предметом дослідження. Звісно, у повному обсязі у межах статті розглянути окреслене питання важко, тому зупинимось на такій його складовій, як право сім'ї і дитини на соціальну підтримку, допомогу і захист.

Передусім вкажемо, що воно включає право сім'ї на охорону й допомогу при її утворенні, при народженні й турботі про неповнолітніх дітей, їх вихованні.

Із цим правом тісно пов'язані такі, як: право на охорону материнства, реалізація якого передбачає надання жінці-матері на допомоги до і після пологів, а також оплачуваної відпустки по догляду за дитиною, турботу про її здоров'я і здоров'я дитини; право дітей та підлітків на особливі заходи охорони й допомоги без будь-якої дискримінації; право дітей та підлітків на захист від економічної і соціальної експлуатації; право дітей та підлітків на захист за законом від застосування їх праці в галузі, шкідливій для їх моральності і здоров'я чи небезпечній для життя або що може зашкодити їх нормальному розвитку; право дітей на встановлення вікового цензу, нижче якого використання їх платної праці забороняється і карається законом.

На правах дитини і неповнолітніх варто зупинитися детальніше. Особлива турбота держави про дітей пояснюється у першу чергу тим, що від того, яким буде підростаюче покоління, наскільки цілеспрямованою буде політика держави, чи зуміє вона мобілізувати на її втілення весь потенціал суспільства, залежить її майбутнє. Таким чином, соціально-правовий захист дітей, забезпечення їх повноцінного розвитку – проблема національного значення. Однак в умовах сьогодення забезпечення соціальних прав дитини є глобальною проблемою, у вирішенні якої з огляду на визначальну роль цієї категорії осіб у гарантуванні життєдіяльності суспільства й прогнозуванні його розвитку має бути зацікавлене все людство [9].

Як бачимо, необхідність забезпечення достатнього рівня соціального захисту сімей з дітьми і дітей не викликає сумніву, адже у майбутньому саме останні формуватимуть політику нашої держави і будуть рушійною силою її прогресу.

У контексті сказаного слід додати, що особливої уваги з боку держави завжди вимагають діти, які не в змозі самотійно забезпечити дотримання власних соціальних прав, а також сім'ї з дітьми, оскільки потребують додаткових гарантій соціального захисту внаслідок необхідності утримання дитини [10, с. 105].

Беручи до уваги всі перераховані обставини, світова спільнота прийняла низку актів, норми яких закріплюють як права дитина, так і їх гарантії. Першою треба назвати Конвенцію ООН про права дитини. Відповідно до ст. 26 цієї Конвенції держави-учасниці за кожною дитиною визнають право користуватися благами соціального забезпечення, включаючи соціальне страхування, і вживають необхідних заходів щодо досягнення ефективної реалізації цього права самою дитиною чи від її імені згідно з національним законодавством. Крім того, у ст. 9 Конвенції проголошено, що пріоритет надається вихованню дитини у сім'ї: держави-учасниці повинні забезпечити, щоб дитина не розлучалася з батьками всупереч їх бажанню, за винятком випадків, коли це є необхідним в інтересах дитини.

Своєрідною гарантією дотримання права сімей з дітьми на соціальний захист є встановлення в Угоді про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (ст. 424) [11] зобов'язання України щодо поступового наближення національного законодавства до права, стандартів і практики ЄС у сфері соціальної політики. Зокрема, на виконання даного положення передбачається впровадження протягом трьох років з дати підписання Угоди Директиви Ради ЄС №96/34/ЄС від 3 червня 1996 року про рамкову угоду щодо батьківської відпустки, Директиви Ради ЄС 107 №92/85/ЄЕС від 19 жовтня 1992 р. про вжиття заходів із заохочення покращення безпеки та гігієни праці вагітних працівниць, працівниць, які нещодавно народили, чи годувальниць, Директиви Ради ЄС №79/7/ЄЕС від 19 грудня 1978 р. про поступове запровадження принципу рівного ставлення до чоловіків і жінок у сфері соціального забезпечення та ін. На наше переконання, наведене є підтвердженням висловленої вище тези стосовно того, що варто вести мову не просто про соціальний, а про соціально-правовий захист сімей з дітьми.

Незважаючи на значну кількість актів європейського і світового рівнів, в яких закріплені гарантії забезпечення права дітей і сімей з дітьми на соціальний захист, актуальним залишається питання їх ефективності. Зауважимо, що в даному разі йдеться передусім про необхідність удосконалення саме правових засобів виконання взятих на себе країнами – членами ЄС і Ради Європи зобов'язань, інакше право на соціальний захист набуватиме декларативного характеру. Беручи до уваги наведене, варто додати, що важливою складовою державної політики у сфері соціального захисту населення є юридичне забезпечення прав сімей з дітьми, оскільки саме йому належить пріоритетне значення у регулюванні суспільних відносин, що виникають у процесі реалізації суб'єктами права на соціальний захист. З огляду на це держави намагаються знаходити нові засоби, з одного боку, гарантування і дотримання цього права,

а з другого – безперешкодної його реалізації на практиці. Проте поява нових форм і видів соціального захисту сімей з дітьми, підвищення розмірів соціальних виплат і послуг, а також спрощення порядку їх отримання не завжди приносить позитивні результати.

Так, говорячи про необхідність розширення як самих прав дитини, так і засобів їх належного забезпечення, охорони й захисту, потрібно чітко усвідомлювати, що дана сфера відносин найтісніше пов'язана з такими важливими й дотичними до неї сферами державного управління в цілому, як, наприклад, державна демографічна політика, державна політика щодо сім'ї, державна молодіжна політика, державна політика у сфері освіти, державна політика у сфері суспільної моралі тощо. Іншими словами, необхідно чітко бачити всі інші сфери нормативно-правового регулювання, які так чи інакше стосуються прав дитини. Отже, до вирішення проблеми забезпечення, охорони й захисту прав дитини слід підходити комплексно, а це означає, що передусім варто забезпечити тісну взаємодію (узгодження всіх дій) відповідних суб'єктів, а саме держави в особі відповідних владних органів, сім'ї, в якій виховується дитина, і самої дитини як самостійної особистості, яка поступово формується й соціалізується під впливом багатьох чинників.

У цьому контексті підкреслимо, що з огляду на спірність деяких аспектів і недостатню сформованість, а отже, невичерпність переліку соціальних прав людини в цілому і дитини зокрема, ефективність правового регулювання відносин у сфері забезпечення, охорони й захисту прав дитини в Україні здебільшого залежить від імплементації європейських стандартів.

Запозичення зарубіжного досвіду є важливою справою, оскільки це дозволяє побачити варіативність нормативно-правових моделей забезпечення, охорони й захисту прав дитини, які застосовуються у різних державах, а також конкретну ефективність або неефективність їх упровадження в суспільну практику. При цьому слід пам'ятати, що нині не існує повністю уніфікованих для різних цивілізацій і суспільств шляхів державно-правового розвитку (кожна країна обирає власні способи і механізми). Особливого значення наведена теза набуває у зв'язку із прискоренням глобалізаційних процесів, які якщо не знищують, то принаймні суттєво трансформують національні культури, поступово адаптуючи їх до глобального інформаційного й індивідуалізованого суспільства, наслідки формування якого викликають у широкої громадськості й представників наукової еліти дедалі більше питань, на які ще не знайдено належної та адекватної відповіді. Саме тому науковці небезпідставно акцентують увагу на тому, що в умовах глобалізації слід прагнути посилення демократичного контролю за забезпеченням прав людини з пріоритетом прав дитини, особливо тих дітей, які є найбільш беззахисними (діти-сироти, діти-інваліди тощо) [11].

Визначальною характеристикою соціального права сімей з дітьми і дітей виступає майновий характер, що знаходить свій прояв у можливості отримувати матеріальну допомогу й соціальне обслуговування, якщо виникла певна

складна чи неординарна ситуація, задля її подолання або зниження ступеня негативного впливу.

Проте якщо матеріально-правові норми, що закріплюють права дитини, відповідають міжнародним і значною мірою європейським стандартам, то організаційний «блок» соціального права потребує зміни через недосконалість національної системи соціального забезпечення.

Зупинимося на цьому детальніше. Так, О. С. Бурлака [12, с. 13] пропонує виокремити такі основні ознаки міжнародно-правових стандартів соціального захисту сім'ї, дитинства, материнства й батьківства:

1) є системою критеріїв і вимог до рівня соціального захисту сім'ї, дитинства, материнства й батьківства, соціальних прав, забезпечення їх реалізації;

2) містяться в міжнародно-правових нормах, які визначають основні соціальні права, у тому числі сімей з дітьми, багатодітних, неповних і малозабезпечених сімей, дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, інвалідів із дитинства і дітей-інвалідів, встановлюють види соціальних допомог, послуг і порядок їх надання, а також відповідні соціальні гарантії їх соціального захисту;

3) залежно від суб'єктів прийняття міжнародно-правових стандартів соціального захисту сім'ї, дитинства, материнства й батьківства поділяються на міжнародні, міждержавні, міжурядові;

4) є у більшості випадків обов'язковими для держав-підписантів [12, с. 14].

Підсумовуючи, вважаємо за доцільне підтримати запропоновану класифікацію міжнародно-правових стандартів соціального захисту сім'ї, дитинства, материнства й батьківства:

– залежно від характеру і ступеня обов'язковості документа, в якому вони містяться: а) декларації; б) пакти; в) конвенції; г) рекомендації; д) хартії; е) кодекси; є) міждержавні договори (багатосторонні, двосторонні), міжурядові договори, міжвідомчі договори;

– за суб'єктом прийняття міжнародного документа, в якому містяться стандарти соціального захисту сім'ї, дитинства, материнства й батьківства, на зафіксовані в актах: а) ООН (Організації Об'єднаних Націй); б) МОП (Міжнародної організації праці); в) Ради Європи; г) СНД (Співдружності Незалежних Держав); д) держав, урядів країн, окремих відомств (Болгарія, Естонія, Іспанія, Латвія, Литва, Португалія, Польща, Румунія, Словаччина, Угорщина, Чехія);

– за сферою дії міжнародних документів: а) універсальні (які повинні виконуватися і дотримуватися більшістю країн), наприклад, міжнародні документи ООН, МОП тощо; б) регіональні (ті, які чинні в межах конкретного регіону), наприклад, ЄС, СНД; в) двосторонні (міжнародні норми обов'язкові тільки для країн, які підписали відповідні угоди у сфері соціального захисту) [13, с. 26].

**Висновки.** У сучасних умовах питання підвищення рівня соціального захисту як окремої особи (індивідуальний рівень), так і сімей, у тому числі з дітьми (колективний рівень) є одним із тих, що активно вивчається й дискутується. З огляду на обрання європейського вектору розвитку Україні необхідно привести приписи національного права у відповідність до європейських стандартів.

Вважаємо, що з позиції державного управління при розробленні й прийнятті актів, спрямованих на підвищення ефективності як державної політики щодо дітей в Україні, так і її реалізації, доцільно застосовувати термін «соціально-правовий захист дітей», який має два аспекти: 1) соціальний захист дітей (надання соціальної допомоги, пенсій, соціальних пільг, соціальних послуг тощо); 2) правовий захист дітей.

#### **Список літератури:**

1. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-VR. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Турута О. В. Соціальні права людини в Україні. *Науковий вісник Ужгородського національного університету* : Серія: Право. Ужгород : Видавничий дім «Гельветика», 2014. Вип. 24. Т. 1. С. 112–115. URL: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/handle/lib/7153> (дата звернення: 08.01.2019).
3. Барабаш Ю. Г. Соціальні права громадян та можливості їх захисту Конституційним Судом України: (частина друга). *Публічне право*. 2012. № 1. С. 15–23.
4. Ковтун В. І. Соціальні права в аспекті системи прав людини. *Право і суспільство*. 2016. № 3. URL: [http://www.pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2016/3\\_2016/part\\_1/6.pdf](http://www.pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2016/3_2016/part_1/6.pdf) (дата звернення: 08.01.2019).
5. Рабінович П. М. Соціальне право: деякі питання загальної теорії. *Право України*. 2003. № 1. С. 103–106. URL: <http://www.info-prensa.com/number-2-36.html>. (дата звернення: 09.01.2019).
6. Права человека : учебник [для вузов] / отв. ред. Е. А. Лукашева. Москва : НОРМА-ИНФРАМ, 2001. 573 с.
7. Соціальні права людини та їх державне забезпечення: сучасні тенденції розвитку. URL: <https://readbookz.net/book/173/5548.html> (дата звернення: 09.01.2019).
8. Основы правоведения : учебное пособие / под ред. С. В. Кивалова, М. Ф. Орзиха. Одесса : Астропринт, 2000. С. 81–82.
9. Кривачук Л. Концептуальні основи формування та реалізації державної політики у сфері соціально-правового захисту дітей. URL: [http://www.dridu.dp.ua/vidavnictvo/2012/2012\\_02\(13\)/12klfpzd.pdf](http://www.dridu.dp.ua/vidavnictvo/2012/2012_02(13)/12klfpzd.pdf) (дата звернення: 10.01.2019).
10. Кайтанський О. С., Бориченко К. В. *Право та інновації*. 2016. № 3 (15). С. 104–109.
11. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984\\_011](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011) (дата звернення: 08.01.2019).
12. Оніщенко Н. М., Львова О. Л., Сунегін С. О. Права і свободи дитини: вступ до проблеми. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 2. С. 13–17.
13. Бурлака О. С. Щодо міжнародно-правових стандартів соціального захисту сім'ї, дитинства, материнства та батьківства. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2015. № 3 (9). С. 25–29.

#### **References:**

1. Konstytutsiia Ukrainy vid 28.06.1996 r. №254k/96-VR. (1996). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 30, art. 141.
2. Turuta, O.V. (2014). Sotsialni prava liudyny v Ukraini [Social rights in Ukraine]. *Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnoho universytetu* : Serii: Pravo, issue 24, Vol. 1, 112–115. Uzhhorod: Vydavnychiy dim «Helvetyka». URL: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/handle/lib/7153> [in Ukrainian].
3. Barabash, Yu.H. (2012). Sotsialni prava hromadian ta mozhlyvosti yikh zakhystu Konstytutsiinym Sudom Ukrainy (part two) [Social rights and opportunities by the Constitutional Court of Ukraine (part two)]. *Publichne pravo*, 1 (5), 15–23 [in Ukrainian].
4. Kovtun, V.I. (2016). Sotsialni prava v aspekti systemy prav liudyny. Rozbudova derzhavy i prava: pytannia teorii ta konstytutsiinoi praktyky. *Pravo i suspilstvo*, 3, 17–21. URL: [http://www.pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2016/3\\_2016/part\\_1/6.pdf](http://www.pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2016/3_2016/part_1/6.pdf) [in Ukrainian].

5. Rabinovych, P.M. (2003). Sotsialne pravo: deiaki pytannia zahalnoi teorii. *Pravo Ukrainy – Law of Ukraine*, 1, 103–106. URL: <http://www.info-prensa.com/number-2-36.html> [in Ukrainian].
6. Lukasheva, E.A. (Ed.). (2001). Prava cheloveka. Moscow: NORMA-INFRAM [in Russian].
7. Sotsialni prava liudyny ta yikh derzhavne zabezpechennia: suchasni tendentsii rozvytku. URL: <https://readbookz.net/book/173/5548.html> [in Ukrainian].
8. Kivalov, S.V., Orzih, M.F. (Eds.). (2000). Osnovy pravovedeniia. Odessa: Astroprint [in Russian].
9. Kryvachuk, L. Kontseptualni osnovy formuvannia ta realizatsii derzhavnoi polityky u sferi sotsialno-pravovoho zakhystu ditei. URL: [http://www.dridu.dp.ua/vidavnictvo/2012/2012\\_02\(13\)/12klfpzd.pdf](http://www.dridu.dp.ua/vidavnictvo/2012/2012_02(13)/12klfpzd.pdf) [in Ukrainian].
10. Kaitanskyi, O.S., Borychenko, K.V. (2016). *Pravo ta innovatsii*, 3 (15), 104–109 [in Ukrainian].
11. Uhoda pro asotsiatsiiu mizh Ukrainoiu, z odniiei storony, ta Yevropeiskym Soiuzom, Yevropeiskym spivtovarystvom z atomnoi enerhii i yikhnimy derzhavamy-chlenamy, z inshoi storony. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984\\_011](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011) [in Ukrainian].
12. Onishchenko, N.M., Lvova, O.L., Suniehin, S.O. (2013). Prava i svobody dytyny: vstup do problemy. *Chasopys Kyivskoho universytetu prava*, 2, 13–17 [in Ukrainian].
13. Burlaka, O.S. (2015). Shchodo mizhnarodno-pravovykh standartiv sotsialnoho zakhystu simi, dytynstva, materynstva ta batkivstva. *Prykarpatskyi yurydychnyi visnyk*, 3 (9), 25–29 [in Ukrainian].

**Yarygina E. P.**, PhD in Law, Assistant of Department of Labor Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.  
e-mail : [lizok2805@gmail.com](mailto:lizok2805@gmail.com) ; ORCID 0000-0001-7741-7419

### **The family rights of children on social protection as a composition of social human rights and citizenship: domestic and european context**

*The article deals with the approaches of scholars to the distinction of social rights of man and citizen in general and their constituent right to social protection, and analyzed the norms of the international documents in which they are consolidated. It is stressed that there is a need to bring the requirements of national law in line with European standards in order to achieve a sufficient standard of living for the population, which is the basis of social well-being of the countries. It is proposed to use the term “social and legal protection”.*

*Based on the results of the comparative analysis of international and regional standards of the rights of the child and national legislation in the field of social rights of the child, it was stated that it is possible to speak about the high degree of their correlation. It was emphasized that the material norms, which establish the rights of the child, correspond to international and to a large extent to European standards, and the organizational “block” of social law needs to be changed due to the imperfection of the national social security system.*

**Keywords:** social rights of man and citizen; social protection; families with children; convention; covenant; social and legal protection.

**Рекомендоване цитування:** Яригіна Є. П. Право сімей із дітьми на соціальний захист як складова соціальних прав людини і громадянина: вітчизняний і європейський контекст. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 145. С. 118–128. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.156096>.

**Suggested Citation:** Yarygina, E.P. (2019). Pravo simej iz ditmy na sotsialnyi zakhyst yak skladova sotsialnykh prav liudyny i hromadianyna: vitchyzniani i yevropeiskyi kontekst [The family rights of children on social protection as a composition of social human rights and citizenship: domestic and european context]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality*, issue 145, 118–128. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.156096> [in Ukrainian].

*Надійшла до редколегії 08.02.2019 р.*





**Швець Наталія Миколаївна,**  
кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри трудового права,  
Національний юридичний університет  
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків  
e-mail: Natalyshvets@gmail.com  
ORCID 0000-0002-9899-196X

doi: 10.21564/2414–990x.145.154591  
УДК 349.2

## РОЛЬ ПРОФСПІЛКОВОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ В РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАЦІВНИКАМИ ПРАВА НА СТРАЙК

*Проаналізовано ключову роль профспілки в процедурі реалізації працівниками права на страйк. Запропоновано механізм визначення представницького органу, що очолить страйк, якщо на підприємстві функціонують одночасно декілька професійних спілок. Обґрунтовано доцільність розроблення учасниками страйку Положення про страйковий фонд з метою покриття спричинених роботодавцю незаконним страйком збитків, компенсації втраченої за час страйку заробітної плати страйкарям. Висловлено пропозицію наділити профспілку чи інший орган (особу), що очолює страйк, правом призупиняти страйк.*

**Ключові слова:** професійна спілка; страйк; право на страйк; оголошення і проведення страйку; страйковий фонд.

**Швец Н. Н.,** кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры трудового права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.  
e-mail : Natalyshvets@gmail.com ; ORCID 0000-0002-9899-196X

### **Роль профсоюзной организации в реализации работниками права на забастовку**

*Проанализировано ключевую роль профсоюза в процедуре реализации работниками права на забастовку. Предложен механизм определения представительного органа, который возглавит забастовку, если на предприятии работают одновременно несколько профсоюзов. Рекомендовано участникам забастовки разработать Положение о забастовочном фонде с целью покрытия причиненных работодателю незаконной забастовкой убытков, компенсации утраченной за время забастовки заработной платы бастующим. Высказано предложение наделить профсоюз или иной орган (лицо), возглавляющий забастовку, правом приостанавливать забастовку.*

**Ключевые слова:** профессиональный союз; забастовка; право на забастовку; объявление и проведение забастовки; забастовочный фонд.

**Вступ.** З моменту проголошення незалежності України розроблено низку нормативно-правових актів, що регламентують реалізацію працівниками права на страйк. Інтереси найманих працівників у процесі оголошення та проведення

страйку може відстоювати професійна спілка. Більше того, саме профспілкова організація може очолити страйк. Коло повноважень профспілкової організації у перебігу страйку фрагментарно окреслено у нормах Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» від 03.03.1998 р. № 137/98-ВР (далі – Закон № 137); завдання профспілки як органу, що може очолити страйк, на всіх етапах страйкового руху впливають із комплексного аналізу статей Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» від 15.09.1999 р. № 1045-XIV (далі – Закон № 1045), а також окремих наказів Національної служби посередництва і примирення, зміст яких буде розкрито на сторінках цієї наукової статті. Проблемні аспекти ролі профспілки в організації і проведенні страйку потребують ґрунтовного правового аналізу з огляду на активізацію страйкового руху на теренах України за умов економічної кризи (упродовж 2017 р. НСПП сприяла зменшенню соціального напруження та пошуку взаємоприйнятних рішень між сторонами конфліктів при проведенні найманими працівниками 20 страйків [1]). Актуальність дослідження зумовлена необхідністю привернути увагу працівників підприємств, на яких час від часу відбуваються страйки, до позитивного досвіду профспілкових лідерів у відстоюванні прав та інтересів страйкарів у перебігу страйку, що дозволяє завершити колективний трудовий спір примиренням його сторін, попереджаючи тривале протистояння роботодавця й найманих працівників, а у окремих випадках – попередити страйковий рух.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Правовий статус профспілки став предметом наукових пошуків таких учених: Н. Б. Болотіна (N. B. Bolotina), Г. С. Гончарова (H. S. Honcharova), Ю. М. Гришина (Щотова) (Yu. M. Gryshyna (Shchotova)), В. Л. Костюк (V. L. Kostyuk), С. М. Прилипко (S. M. Prylypko), А. М. Слюсар (A. M. Sliusar), Н. А. Циганчук (N. A. Tsyhanchuk), О. М. Ярошенко (O. M. Yaroshenko) та ін. А от роль профспілок у реалізації права на страйк науковою спільнотою проаналізована фрагментарно лише у роботах П. Х. Лук'янчука (P. Kh. Luk'ianchuka), М. А. Самбора (M. A. Sambora), Ф. А. Цесарського (F. A. Tsesarskoĭho) та ін. Подальше наукове осмислення ключових завдань професійної спілки у процесі оголошення, проведення і припинення страйку на часі.

**Мета і завдання дослідження** – комплексний аналіз ключової ролі професійної спілки як представницького органу найманих працівників у процесі оголошення, проведення і припинення страйку; призначенням дослідження є поглиблений аналіз правових засад захисту профспілковою організацією права працівників на страйк.

**Виклад основного матеріалу.** Конституція України закріпила право працівників на страйк для захисту економічних і соціальних інтересів (ч. 1 ст. 44). Відповідно до ч. 2 ст. 44 Конституції порядок здійснення права на страйк встановлюється законом з урахуванням необхідності забезпечення національної безпеки, охорони здоров'я, прав і свобод інших людей. Механізм реалізації права на страйк деталізований у нормах Закону № 137.

Згідно зі ст. 1 Закону № 1045 професійна спілка – добровільна неприбуткова громадська організація, що об'єднує громадян, пов'язаних спільними інтересами за родом їх професійної (трудової) діяльності (навчання). Профспілка – сторона соціального діалогу за Законом України «Про соціальний діалог в Україні» від 23.12.2010 р. № 2862-VI (далі – Закон № 2862). Відповідно до ч. 2 ст. 243 Кодексу законів про працю України від 10.12.1971 р. № 322-VIII (далі – КЗпП) держава визнає професійні спілки повноважними представниками працівників і захисниками їх трудових, соціально-економічних прав та інтересів в органах державної влади та місцевого самоврядування, у відносинах з власником або уповноваженим ним органом, а також з іншими об'єднаннями громадян. Серед повноважень профспілки – представництво інтересів працівників за їх дорученням під час розгляду індивідуальних трудових спорів та у колективному трудовому спорі (п. 8 ч. 1 ст. 247 КЗпП; п. 8 ч. 1 ст. 38 Закону № 1045; п. 2.16.16. Примірного положення про первинну профспілкову організацію – організаційну ланку членської організації Федерації профспілок України, затвердженого Постановою Президії Ради ФПУ від 15.11.2000 р. № П-30-7). У питаннях колективних інтересів працівників профспілки, їх об'єднання здійснюють представництво та захист інтересів працівників незалежно від членства останніх у профспілках.

Страйком вважається тимчасове, колективне, добровільне припинення роботи працівниками (невихід на роботу, невиконання своїх трудових обов'язків) підприємства, установи, організації (структурного підрозділу) з метою вирішення колективного трудового спору (конфлікту).

Роль профспілки в реалізації права на страйк досить важлива. Так, згідно зі ст. 27 Закону № 1045 профспілки, їх об'єднання мають право на організацію та проведення страйків, зборів, мітингів, походів і демонстрацій на захист трудових і соціально-економічних прав та інтересів працівників відповідно до закону. Згідно з ч. 1 ст. 19 Закону № 137 рішення про оголошення страйку на підприємстві приймається за поданням виборного органу первинної профспілкової організації (профспілкового представника) чи іншої організації найманих працівників, уповноваженої представляти інтереси найманих працівників, загальними зборами.

З огляду на формулювання ч. 1 ст. 20 Закону № 137 «страйк на підприємстві очолює орган (особа), що визначається загальними зборами (конференцією) найманих працівників при прийнятті рішення про оголошення страйку», можна зробити висновок, що очолити страйк може представницький орган (в тому числі об'єднаний представницький орган) найманих працівників, зокрема, професійна спілка, якщо таке рішення приймуть загальні збори (конференція).

Водночас ні у нормах Закону № 137, ні в Законі № 1045 не відображено, як визначити представницький орган, що очолить страйк, якщо на підприємстві, в установі, організації функціонують одночасно декілька професійних спілок. Підтримуємо точку зору Г. С. Гончарової (H. S. Honcharovoi), що профспілковий

плюралізм – нормальний процес, який сприяє змаганню між різними профспілками у захисті трудових прав працюючих [3, с. 31].

Наша позиція, полягає в тому, що якщо на підприємстві, де оголошено страйк, одночасно діють декілька первинних профспілкових організацій, вони мають на засадах пропорційного представництва утворити об'єднаний представницький орган з метою захисту інтересів працівників, які беруть участь у страйку. Таким формулюванням пропонуємо доповнити ч. 1 ст. 20 Закону № 137, передбачивши у цій статті друге речення.

На теренах нашої держави Указом Президента України від 17.11.1998 р. № 1258/98 утворено Національну службу посередництва і примирення (далі – НСПП) для сприяння врегулюванню колективних трудових спорів (конфліктів). Рішення НСПП мають рекомендаційний характер і повинні розглядатися сторонами колективного трудового спору (конфлікту).

Засади взаємодії НСПП із професійними спілками, їх об'єднаннями, роботодавцями та їх об'єднаннями, центральними і місцевими органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування та іншими державними органами в питаннях запобігання виникненню колективних трудових спорів (конфліктів) передбачені у п. 9 Положення про порядок здійснення Національною службою посередництва і примирення заходів щодо запобігання виникненню колективних трудових спорів (конфліктів), затвердженого наказом НСПП від 27.03.2009 р. № 16, із змінами, внесеними наказом НСПП від 28.01.2011 р. № 08. Наказом НСПП від 26.09.2014 р. № 66 затверджено Положення про порядок формування і затвердження вимог найманих працівників, профспілок. Наказом НСПП від 18.11.2008 р. № 131 затверджено Положення про порядок проведення страйку як крайнього засобу вирішення колективного трудового спору (конфлікту) та примирних процедур під час страйку (далі – Положення № 131).

Профспілка з-поміж іншого має забезпечувати під час страйку життєздатність підприємства, збереження майна, додержання законності та громадського порядку, недопущення загрози життю і здоров'ю людей, навколишньому природному середовищу на виконання положень ст. 26 Закону № 137, п. 3.3. Положення № 131.

Роботодавець повинен створювати сприятливе середовище для реалізації профспілками захисної функції у процесі захисту прав працівників, зокрема, й права на страйк. Роботодавець зобов'язаний в тиждневий термін надавати на запити профспілок інформацію, яка є в їх розпорядженні, з питань умов праці та оплати праці працівників, а також соціально-економічного розвитку підприємства, установи, організації та виконання колективних договорів і угод. У разі затримки виплати заробітної плати роботодавець зобов'язаний на вимогу виборних профспілкових органів дати дозвіл на отримання в банківських установах інформації про наявність коштів на рахунках підприємства, установи, організації або отримати таку інформацію в банківських установах і надати її профспілковому органу.

За рішенням найманих працівників чи профспілки може бути утворено страйковий фонд з добровільних внесків і пожертвувань (ч. 2 ст. 27 Закону № 137; п. 3.1. Положення № 131). Збитки, заподіяні роботодавцю страйком, який був визнаний судом незаконним, відшкодовуються органом, уповноваженим найманими працівниками на проведення страйку, у розмірі, визначеному судом (у межах коштів і майна, що йому належать).

Нам імпонує точка зору Ф. А. Цесарського (F. A. Tsesarskoĥo), що основним засобом існування працівників у процесі страйку часто слугують спеціальні страйкові фонди. Ці фонди компенсують працівникам хоча б частину втраченого ними за час страйку заробітку і вельми суттєво посилюють позиції працівників при вирішенні колективних трудових спорів (конфліктів) [2, с. 165].

Таким чином, у разі створення профспілкою страйкового фонду ті кошти, що будуть акумульовані на рахунку такого фонду, потенційно можуть покрити спричинені роботодавцю незаконним страйком збитки; компенсувати втрачену за час страйку заробітну плату учасникам страйку. Профспілка має розробити Положення про страйковий фонд, здійснювати управління фондом; звітувати страйкарям, на що були витрачені кошти, зосереджені у зазначеному фонді. В рамках запропонованого Положення доцільно передбачити функціональні повноваження скарбника страйкового фонду, який буде виконувати обов'язки бухгалтера на громадських засадах.

Цікавий досвід щодо створення, управління та використання страйкового фонду передбачений у ст. 278 Трудового кодексу Азербайджанської Республіки, затвердженого Законом Азербайджанської Республіки від 01.02. 1999 р. № 618-IQ. Так, в Азербайджанській Республіці з метою фінансування страйку трудовий колектив або профспілкова організація на час страйку можуть створювати страйковий фонд, а працівники, профспілкові організації інших підприємств – фонди солідарності, каси взаємодопомоги. Вказані фонди звільняються від податків. Кошти фонду можуть бути витрачені на надання допомоги страйкуючим і на інші цілі, пов'язані зі страйком. Після закінчення страйку невикористані кошти фондів витрачаються на цілі, визначені трудовим колективом або профспілковою організацією. Кошти страйкового фонду рішенням суду можуть бути спрямовані на відшкодування збитків, завданих роботодавцю в результаті продовження незаконних страйків. Відповідно до ч. 6 ст. 278 Трудового кодексу Азербайджанської Республіки забороняється в будь-якій формі пряме або непряме фінансування страйку державними органами, посадовими особами та іншими роботодавцями.

За умов сьогодення актуальності набуває роз'яснювальна робота профспілок серед персоналу підприємства, на якому оголошено страйк. Профспілковим лідерам доцільно розгортати серйозну профілактичну роботу, пропагуючи знання й виконання норм Закону № 137 серед найманих працівників. Профспілка як представницький орган найманих працівників у разі очолювання страйку несе підвищену відповідальність за дотримання законності страйкарями, запобігання негативним протиправним проявам страйкових акцій (порушення громадського

порядку; руйнування майна роботодавця; чинення опору законним діям власника або уповноваженого ним органу щодо забезпечення життєдіяльності та нормального функціонування підприємства; перешкоджання виробничому процесу працівників підприємства, які не беруть участі у страйку; примушування інших найманих працівників до участі у страйку тощо). У цьому контексті доцільно розповсюджувати серед страйкарів буклети, брошури про регламент дій працівників, які беруть участь у страйку (зі змістом цих інформаційних буклетів працівники можуть ознайомитися вдома напередодні оголошення страйку, оскільки потенційні страйкарі мають 7 або 15 днів (на безперервному виробництві) для підготовки до страйку, допоки роботодавець ознайомлюється з рішенням про оголошення страйку та розмірковує над планом своїх дій у відповідь на надіслане попередження про страйк).

Профспілка визначає місцез перебування під час страйку працівників, які беруть у ньому участь, за погодженням із роботодавцем (ч. 8 ст. 19 Закону № 137; п. 2.12. Положення № 131). У цілому слід зазначити, що профспілкова організація у перебігу страйку постійно має координувати дії страйкарів з роботодавцем, якщо страйкуючі з дозволу роботодавця перебувають у межах території підприємства. У цьому разі профспілка не має зловживати «гостинністю» роботодавця. Профспілка має стояти на сторожі дотримання страйкуючими законності і правопорядку, цивілізованого формату проведення страйку у чіткій відповідності з положеннями Закону № 137. Профспілкові лідери не вправі примушувати до участі або неучасті у страйку. Профспілкова дисципліна має бути жорстко регламентована. Участь у страйку – цілком добровільна акція з боку найманих працівників, навіть якщо вони є членами профспілки, що очолила страйк.

За ст. 33 Закону № 137 «особи, які примушують працівників до участі у страйку або перешкоджають участі у страйку шляхом насильства чи погрозою застосування насильства, або шляхом інших незаконних дій, покарання за які передбачено законодавством, притягаються до кримінальної відповідальності згідно із законодавством». Пропонуємо доповнити цю статтю після слів «чи погрозою застосування насильства» таким формулюванням: «чи використовуючи їх матеріальну залежність». Конкуренти роботодавця можуть підбурювати працівників останнього оголосити страйк.

На виконання прописаного у п. 4.7. Положення № 131 профспілка має право від імені страйкуючих проводити переговори, консультації з власником або уповноваженим ним органом (представником), органами виконавчої влади і органами місцевого самоврядування; отримувати інформацію від власника або уповноваженого ним органу (представника) щодо стану виконання вимог найманих працівників; ініціювати створення примирних органів та брати участь в їх роботі; організовувати та проводити збори, мітинги, пікети з метою виконання висунутих найманими працівниками вимог; отримувати необхідні роз'яснення та консультації від НСПП тощо. Значно ширший порівняно з правами комплекс обов'язків профспілки як органу, що очолює страйк, закріплений

у п. 4.8. Положення № 131. Вважаємо доцільним наділити профспілку чи інший орган (особу), що очолює страйк, правом призупиняти страйк. Так, профспілці може знадобитися певна інформація від роботодавця з питань, що стосуються інтересів страйкарів, яку роботодавець оперативним чином не зможе надати, оскільки необхідно буде залучити спеціалістів для підготовки певних звітів тощо. Призупинення страйку корисне тим, що після його відновлення працівникам не доведеться з самого початку проходити всі процедурні моменти оголошення страйку. Більше того, під час цієї паузи роботодавець може знайти компромісне рішення і попередити відновлення та продовження з подвійною силою страйкових потуг працівників.

Слушною видається точка зору Н. А. Циганчук (N. A. Tsyhanchuk) щодо необхідності законодавчого закріплення права професійної спілки чи іншого органу (особи), що очолює страйк, на проведення попереджувального страйку [4, с. 12]. Вважаємо, що попереджувальний страйк може стати превентивним заходом, що стимулюватиме роботодавця піти на поступки страйкарям, дозволить запобігти негативним наслідкам тривалих страйків.

Повноваження профспілки (об'єднаного представницького органу) як органу, що очолює страйк, в частині регламентації та координації страйкових дій припиняються у зв'язку з припиненням страйку, підписанням угоди про врегулювання колективного трудового спору, прийняттям рішення про відміну страйку, визнанням його незаконним чи забороненим.

Особливої актуальності за реалій сьогодення набуває заборона проведення страйків у разі оголошення воєнного стану до моменту його відміни. Заборона проведення страйків під час воєнного стану – тимчасове обмеження права на страйк на період дії особливого правового режиму, що автоматично завершується, коли припиняє діяти особливий режим. Про це положення ч. 3 ст. 24 Закону № 137 мають повсякчас пам'ятати очільники страйку. Таке формулювання зазначеної статті Закону № 137 розвиває передбачену ч. 2 ст. 44 Конституції України норму, за якою порядок здійснення права на страйк встановлюється законом з урахуванням необхідності забезпечення національної безпеки, охорони здоров'я, прав і свобод інших людей. Аналізоване обмеження є виправданим за умов оголошення воєнного стану в порядку, передбаченому ч. 1 ст. 19 Закону України «Про правовий режим воєнного стану» від 12.05.2015 р. № 389-VIII. Таким чином, якщо на підприємстві вже оголошено страйк, а в країні (чи на окремих її територіях) буде оголошено воєнний стан, то розпочатий страйк має бути автоматично припинений до моменту відміни воєнного стану. Якщо у перебігу страйку до моменту його припинення через оголошення воєнного стану роботодавцем не було задоволено вимог страйкарів, то після відміни воєнного стану працівники будуть змушені розпочинати процедуру оголошення страйку з самого початку, оскільки Закон № 137 не передбачає можливості призупинення страйку.

Профспілка – досить потужний представницький орган найманих працівників, наділений значними повноваженнями. Профспілка має майно, може

створити страйковий фонд. Профспілкові представники проходять навчання, беруть участь у заходах, ініційованих НСПП у разі виникнення колективного трудового спору; набувають досвіду юридично грамотного вступу в страйк, контролю за перебігом страйкового руху та виходу з нього з найменшими втратами для працівників. Профспілкові лідери ведуть діалог з роботодавцем, обговорюють поступки у перебігу трудового спору, спрямовують дії страйкарів у правове русло, підписують угоду про вирішення колективного трудового спору тощо.

А. М. Слюсар (А. М. Sliusar) виправдано підкреслює неналежний рівень дотримання прав членів профспілкових організацій, констатуючи переслідування профспілкових лідерів, звільнення й утиски працівників через їх участь у цих об'єднаннях, втручання адміністрації й державних органів у внутрішні справи профспілок тощо [5, с. 171–172].

Неприпустимо не виправдано утискати членів профспілки, якщо остання очолить страйк, незалежно від законності чи незаконності останнього. Навіть у тому разі, якщо через порушення бодай одного чи декількох численних строків, передбачених у нормах Закону № 137, страйк буде визнаний судом незаконним, доцільно зберігати цивілізований формат взаємовідносин між роботодавцем та страйкарями, інтереси яких представляє орган (особа), що очолив страйк. Організація та участь у незаконному страйку – це порушення трудової дисципліни за ч. 1 ст. 28 Закону № 137. І в кожному конкретному випадку роботодавцеві, а у разі прийняття рішення про звільнення працівника – учасника незаконного страйку й профспілці, членом якої може бути страйкуючий, слід зважити всі за та проти, обираючи різновид дисциплінарного стягнення до порушника трудової дисципліни. Не слід забувати, що й організатор, і учасник страйку вже своїм рішенням про оголошення та проведення страйку позбавляють себе на період страйку заробітної плати (як виняток – кошти страйкового фонду, якщо такий буде створено, можуть компенсувати повністю або частково втрату зарплати), час участі у незаконному страйку не зараховується до страхового стажу, тобто й організатор, і учасник страйку вже зазнають негативних наслідків участі у страйку. Гнобити страйкуючих, вдаючись з-поміж іншого до мобінгу, у перебігу й після страйку неприпустимо. Має бути збережено нормальний мікроклімат всередині підприємства, на якому відбувся страйк, доцільно прагнути до оптимального збалансування інтересів роботодавця та найманих працівників. А для цього сторони соціально-трудова відносин мають одна одну чути під час переговорів, проведення примирних процедур з вирішення розбіжностей, які стали причиною прийняття найманими працівниками рішення про оголошення страйку. Слід заручитися підтримкою висококваліфікованих фахівців НСПП, що мають практичний досвід сприяння розв'язанню колективних трудових спорів.

Професійні спілки у своїй діяльності, спрямованій на захист трудових прав та соціально-економічних інтересів працівників, мають прагнути до вре-



гулювання колективного трудового спору з допомогою переговорного процесу, шляхом реалізації соціального діалогу, по можливості запобігати застосуванню радикальних форм захисту колективних прав та інтересів найманих працівників. Профспілка здатна попередити колективний трудовий спір, здатна запобігти страйку.

Який би аспект соціально-трудова відносин між роботодавцем та працівниками, інтереси яких представляє профспілка, ми не розглядали, слід констатувати, що успіх багато в чому визначається вмінням вести дискусії і переговори. Здатність проводити конструктивні перемовини з протилежною стороною, якими б складними вони не були, спроможність примирити сторони, – кращий шлях максимального задоволення інтересів цих сторін.

О. М. Ярошенко (О. М. Yaroshenko) справедливо наголошує на необхідності створення в Україні нового ефективного механізму попередження трудових конфліктів, примирення працівників і роботодавців у спірних питаннях, а також оперативного та правильного їх вирішення [6, с. 212]. Аналіз практики страйкування переконливо доводить, що настав час вжити зусиль для оновлення норм законів № 137, № 1045, № 2862, зміщення акцентів на запобігання виникненню колективних трудових спорів (конфліктів), на попередження страйків, зокрема, й шляхом посилення ролі професійних спілок як у попередженні страйків (ініціювання роз'яснювальної роботи та ін.), так і шляхом активізації захисної функції профспілкової організації під час організації та проведення страйку з метою мінімізації негативних наслідків страйкування.

**Висновки.** Працівники об'єднуються у профспілку для того, щоб остання захищала їх права. Профспілка контактує з роботодавцем, органами влади, прагнучи у правовому полі вирішувати питання трудових відносин та поліпшення становища працівників. Профспілка відіграє значну роль у реалізації права працівників на страйк. Вона має перевагу серед інших органів, що можуть очолити страйк, оскільки володіє можливістю фінансово забезпечувати страйкарів.

З метою посилення ролі профспілок у процесі захисту права працівників на страйк необхідно внести зміни до Закону № 137, закріпивши механізм визначення представницького органу, що очолить страйк, якщо на підприємстві функціонують одночасно декілька професійних спілок; наділивши профспілку чи інший орган (особу), що очолює страйк, правом призупиняти страйк, оголошувати попереджувальний страйк.

Перспективи подальших досліджень проблематики, що була піднята у цій публікації, впливають з потенційної необхідності внесення змін до норм Закону № 1045 у частині деталізації координаційних заходів профспілкової організації та НСПП у перебігу реалізації права на страйк. Поза увагою у цій статті залишилося питання контролю за використанням коштів страйкового фонду у разі створення останнього тощо. Отже, у питаннях вивчення ролі профспілкової організації в реалізації права на страйк зарано ставити крапку.

**Список літератури:**

1. Інформація про результати діяльності Національної служби посередництва і примирення за 2017 рік. URL: <http://www.nspp.gov.ua/home/struktura-nspp-5/8169-informatsiia-pro-rezultaty-diialnosti-natsionalnoi-sluzhby-poserednytstva-i-prumyrennia-za-2017-rik> (дата звернення: 17.12.2018).
2. Цесарський Ф. А. Захисна функція профспілок, форми її реалізації : дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2004. 200 с.
3. Гончарова Г. Плюралізм профспілок і трудові відносини: вирішення питань на практиці. *Право України*. 1999. № 10. С. 30-33.
4. Циганчук Н. А. Професійні спілки як суб'єкти трудового права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2004. 20 с.
5. Слюсар А. М. Правовий статус суб'єктів трудового права України: теоретико-правовий аспект : монографія. Харків : ФІНН, 2011. 336 с.
6. Ярошенко О. М. Проблемні моменти законодавчого регулювання трудових спорів. *Вісник Академії правових наук України*. 2005. № 1. С. 206–214.

**References:**

1. Informatsiia pro rezultaty diialnosti Natsionalnoi sluzhby poserednytstva i prumyrennia za 2017 rik. URL: <http://www.nspp.gov.ua/home/struktura-nspp-5/8169-informatsiia-pro-rezultaty-diialnosti-natsionalnoi-sluzhby-poserednytstva-i-prumyrennia-za-2017-rik> [in Ukrainian].
2. Tsesarskyi, F.A. (2004). Zakhysna funktsiia profspilok, formy yii realizatsii. *Candidate's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].
3. Honcharova, H. (1999). Pliuralizm profspilok i trudovi vidnosyny: vyrishennia pytan na praktytsi. *Pravo Ukrainy – Law of Ukraine, 10, 30–33* [in Ukrainian].
4. Tsyhanchuk, N.A. (2004). Profesini spilky yak sub'ieky trudovoho prava. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].
5. Sliusar, A.M. (2011). Pravovyi status sub'iektiv trudovoho prava Ukrainy: teoretyko-pravovyi aspekt. Kharkiv: FINN [in Ukrainian].
6. Yaroshenko, O.M. (2005). Problemni momenty zakonodavchoho rehuliuвання trudovykh sporiv. *Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy – Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, 1, 206–214* [in Ukrainian].

**Shvets N. M.**, PhD in Law, Associate Professor, Associate Professor of Labour Law Department, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.  
e-mail : Natalyshvets@gmail.com ; ORCID 0000-0002-9899-196X

**The role of the trade union organization in the implementation of the right of workers to strike**

*Analysed the key role of the trade union in the procedure for exercising the right to strike by employees. A mechanism has been proposed for determining the representative body that will lead the strike if several trade unions work at the enterprise at the same time.*

*It was recommended to the participants of the strike to develop the Provision on the strike fund in order to cover the losses caused to the employer by the illegal strike; compensation for wages lost during a strike to strikers. The trade union should manage the fund; reporting to the strikers about the money of this fund. Within the framework of the proposed Provision it is expedient to provide functional powers of the treasurer of the strike fund, which will act as an accountant on a voluntary basis.*

*Has been proposed to give the trade union or other body (person), leading the strike the right, to suspend the strike. Suspending the strike is useful because after its restoration, employees will not have to go through all the procedural moments of the announcement from the very beginning of the strike.*

*We believe that a prevention strike can be a preventive measure, that will encourage an employer to take action for prevent the negative consequences of prolonged strikes.*

*It is unacceptable to unjustifiably squeeze union members if the latter leads the strike, regardless of the lawfulness or illegality of the latter. The normal microclimate within the enterprise where the strike took place must be preserved; it is advisable to seek to optimally balance the interests of the employer and the employees. And for this, the parties to the social-labour relations have to hear each other during negotiations.*

**Keywords:** trade union; strike; right to strike; announcement and carrying out of the strike; strike fund.

**Рекомендоване цитування:** Швець Н. М. Роль профспілкової організації в реалізації працівниками права на страйк. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 145. С. 129–139. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.154591>.

**Suggested Citation:** Shvets, N.M. (2019). Rol profspilkovoi orhanizatsii v realizatsii pratsivnykamy prava na straiak [The role of the trade union organization in the implementation of the right of workers to strike]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 145, 129–139*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.154591> [in Ukrainian].

*Надійшла до редколегії 18.01.2019 р.*



**Луценко Олена Євгенівна,**  
кандидат юридичних наук,  
асистент кафедри трудового права,  
Національний юридичний університет  
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків  
e-mail: lenusikl@i.ua  
ORCID 0000-0001-9357-8546  
Scopus Author ID: 57194875083

doi: 10.21564/2414–990x.145.155428  
УДК 349.22(477)–057.34

## ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРОХОДЖЕННЯ КОНКУРСУ НА ЗАЙНЯТТЯ ПОСАД ДЕРЖАВНОЇ СЛУЖБИ ІЗ ЗАСТОСУВАННЯМ ПОЛІГРАФА

*Розглянуто правове регулювання зайняття посад державної служби через конкурсний відбір із застосуванням поліграфа. У більшості країн поліграф використовують для професійного добору кадрів державної служби. Окрему увагу в статті зосереджено на досвіді США в проведенні дослідження із використанням поліграфа при проходженні конкурсу на зайняття посад федеральних, державних або місцевих органів влади, а також посад у сфері національної оборони.*

*Наголошено, що в Україні немає єдиного законодавчого акта, який регламентував би процедуру застосування поліграфа, але є деякі відомчі акти, якими встановлюється порядок застосування поліграфа під час конкурсного відбору. Основним принципом застосування поліграфа має бути добровільність. Тобто тестування може відбутися лише в разі наявності письмової добровільної згоди особи, яка обстежується. Зроблено висновок, що інформація, отримана під час психологічного дослідження, сприяє формуванню плану проведення співбесіди, допомагає конкурсній комісії визначитися зі змістом запитань, які варто обговорити. Автор наполягає на тому, що комісія, перевіряючи подані претендентом на посаду документи не може відмовити у проходженні конкурсу на тій підставі, що особа не дає згоду на проходження перевірки з використанням поліграфа.*

**Ключові слова:** державна служба; конкурс; прийняття на роботу; вакантна посада; поліграф.

**Луценко Е. Е.,** кандидат юридических наук, ассистент кафедры трудового права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.  
e-mail : lenusikl@i.ua ; ORCID 0000-0001-9357-8546 ; Scopus Author ID: 57194875083

**Правовое регулирование прохождения конкурса на занятие должностей государственной службы с применением полиграфа**

*Статья посвящена вопросам правового регулирования занятия должностей государственной службы по конкурсному отбору с применением полиграфа. В большинстве стран полиграф используют для профессионального отбора кадров государственной службы. Особое внимание в статье сосредоточено на опыте США в проведении исследования с использованием полиграфа*

*при прохождении конкурса на занятие должностей федеральных, государственных или местных органов власти, а также должностей в сфере национальной обороны.*

*В Украине нет единого законодательного акта, регламентирующего процедуру применения полиграфа, но есть некоторые ведомственные акты, устанавливающие порядок применения полиграфа в ходе конкурсного отбора. Основным принципом применения полиграфа должна быть добровольность. То есть тестирование может произойти только в случае наличия письменного добровольного согласия лица, которое обследуется. Автор пришел к выводу, что информация, полученная во время психофизиологического исследования, должна способствовать формированию плана проведения собеседования, помогает конкурсной комиссии определиться с содержанием вопросов, которые стоит обсудить. Автор настаивает на том, что комиссия, проверив предоставленные документы лицами, желающими принять участие в конкурсе, не может отказать в прохождении конкурса на том основании, что лицо не даст согласия на прохождение проверки с использованием полиграфа.*

**Ключевые слова:** государственная служба; конкурс; прием на работу; вакантная должность; полиграф.

**Вступ.** Нині на практиці бракує єдиного підходу щодо проходження конкурсу на зайняття вакантної посади державної служби. По суті, кожен державний орган сам визначає, як саме провадити конкурсний відбір, що не сприяє створенню єдності у формуванні кадрів на державній службі. Так, іспит кандидатів, який є основним при проведенні професійного відбору на державну службу, дозволяє виявити лише знання законодавства України, але зараз вкрай важливо якомога точніше оцінити ділові якості претендента, схильність до управлінської діяльності, його комунікабельність, аналітичні та організаційні здібності, схильність до підвищення своєї кваліфікації, впевненість у собі та ін. У той же час виконання ситуаційних завдань має низку недоліків, зокрема ці завдання прогнозовані і не є проблемними, а відтак не вимагають від претендентів ні креативності, ні особливих аналітичних здібностей, ні налаштованості на зміни. Останній етап конкурсу – співбесіда – теж нерідко носить формальний характер [1].

Такий стан справ ще більше погіршує та ситуація, що на сучасному етапі розвитку нашого суспільства надійність документів, наданих кандидатом на зайняття вакантної посади державної служби, подекуди є низькою. На практиці неодноразово доводиться стикатися з ситуаціями, коли кандидат на зайняття посади надає документи, що характеризують його як сумлінного працівника, тоді як в результаті виявляється, що ця особа неодноразово вчиняла прогули, підроблювала документи, навіть відбувала покарання за певні злочинні дії.

При відборі кандидатів на вакантну посаду державної служби, а також при вирішенні інших кадрових питань більш ефективним і економічним може стати метод спеціальної психофізіологічної діагностики з активним використанням поліграфа. Особливо це важливо при перевірці фактів порушення трудової дисципліни або інших службових розслідуваннях, при з'ясуванні чи перебуває суб'єкт на обліку в психдиспансері, стресостійкості суб'єкта, чи надав він правдиві анкетні дані, чи є в особи схильність до вчинення певних видів злочинів та ін.

Тестування з використанням поліграфа є найбільш ефективним методом для виявлення кандидатів з високим ступенем ризику, тобто зі схильністю до вчинення злочинів та інших правопорушень. При цьому достовірність оцінки надійності персоналу коливається від 80 до 100 %. Досвід використання поліграфа при відборі кандидатів на державну службу чи іншу роботу свідчить про його позитивні результати, високу ефективність та надійність [2].

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Особливості застосування поліграфа в діяльності державних службовців знайшли відображення в наукових працях Р. Белкіна (R. Belkin), В. Бахіна (V. Bahin), О. Белюшиної (O. Belyshina), Н. Карпова (N. Karpova), Г. Кравцової (G. Kravtsova), Ю. Орлова (Y. Orlova). Разом з цим особливості нормативного забезпечення використання поліграфа під час проходження конкурсу на зайняття вакантної посади та під час просування на державній службі залишаються поза увагою вчених-трудоуників.

Тому **метою цієї статті** є встановлення особливостей нормативної регламентації використання поліграфа під час прийняття на роботу в деяких зарубіжних країнах. Завдання, яке ставить перед собою автор, – вивчення практики застосування поліграфа під час проходження конкурсних відборів державних службовців у деяких зарубіжних країнах (приміром, у США) та в Україні.

**Виклад основного матеріалу.** У більшості країн поліграф використовують для професійного добору кадрів поліції, органів державної влади, урядових установ, органів безпеки та установ, пов'язаних із роботою з секретною інформацією, до деяких інших організацій, робота в яких висуває підвищені вимоги до чесності й порядності працівника. Зарубіжні науковці особливо наголошують на важливості запровадження ефективних методів добору, що зводять до мінімуму помилки. Так, переважна частина поліцейських департаментів США застосовують опитування з використанням поліграфа під час перевірки кандидатів на роботу. Причому близько 25 % кандидатів не витримують іспиту із застосуванням поліграфа, хоча успішно пройшли попередні етапи професійного і психологічного відбору [3, с. 153, 157].

Обстеження на поліграфі проводяться не лише під час прийому на роботу, але й на різних етапах кар'єри службовців: під час просування по службі, під час проведення службових розслідувань, під час перевірки чесності й сумлінності виконання функціональних обов'язків, викриття зв'язків із кримінальними угрупованнями. Вагома також профілактична роль тестування за допомогою поліграфа, оскільки регулярні перевірки спонукають особу до самоконтролю і є стримувальним чинником, що перешкоджає можливим порушенням працівником дисципліни або правових норм. Поліграф є психофізіологічним приладом для дослідження емоційного стану людини в певний проміжок часу, найчастіше він використовується як детектор рівня стресу, що виникає в людини в момент відповіді на певне запитання [4].

В Україні бракує належної законодавчої бази, яка регламентувала б застосування поліграфа. Та його використання законодавчо не регламентується

практично в жодній країні, хоча застосовується більш ніж у 68-ми. Винятком є Литва, Молдова та США. У Литві використання поліграфа у психофізіологічних дослідженнях розпочалося з 1992 р., хоча закон про використання поліграфа було ухвалено лише 2000 р. У Молдові діє закон про застосування тестування на детекторі симуляції (поліграфі) з 2009 р. Слід зауважити, що ті закони переважно регламентують використання поліграфа при здійсненні професійного добору персоналу на деякі посади, що висувають до працівників, які їх обіймають, особливі вимоги, а також при проведенні внутрішніх або службових розслідувань [4].

Порядок використання поліграфа у США визначено законом про допустимість застосування поліграфа в усіх випадках можливості витоку секретної інформації 1985 р. та законом про обмеження застосування поліграфа 1988 р., який практично заборонив використання поліграфа під час працевлаштування. Відповідно до цього закону для всіх приватних компаній заборонено: 1) вимагати або примушувати будь-якого працівника або кандидата на зайняття посади пройти тест з використанням поліграфа; 2) використовувати, посилатися або запитувати про результати будь-якого тесту з використанням поліграфа; 3) звільняти, притягати до дисциплінарної відповідальності будь-якого працівника або відмовляти у прийнятті на роботу кандидату на зайняття посади, який відмовляється пройти тест з використанням поліграфа.

Закон США про обмеження застосування поліграфа дозволяє проводити тести з використанням поліграфа при прийнятті на роботу в сфері безпеки та поводження з наркотиками, або при розслідуванні конкретних злочинів, але для цього особі мають принаймні за 48 годин до тестування вручити акт про підозру у вчиненні злочину. Перед проведенням тесту з використанням поліграфа роботодавець повинен попросити кандидата на посаду підписати заяву, яка включає: 1) список тем, про які не можна запитувати, включаючи питання про релігійні переконання, сексуальну орієнтацію, расову та політичну належність; 2) інформацію про право кандидата відмовитися від проходження тесту; 3) підтвердження факту, що від кандидата не вимагається пройти тест як умову з працевлаштування; 4) пояснення того, як можна використовувати результати тесту, та 5) перелік прав кандидата під час його проходження. Зокрема, під час проведення тесту з використанням поліграфа кандидат на посаду має право зупинити його в будь-який час або відмовитися відповідати на запитання, які є принизливими чи безглуздими [5].

Закон США про обмеження застосування поліграфа не поширюється на працівників федеральних, державних або місцевих органів влади, а також на працівників національної оборони, оскільки вони обов'язково проходять такий тест. Крім цього, на відміну від приватних роботодавців, федеральні експерти можуть запитувати про особисте життя, релігійні та політичні переконання, сексуальну належність та профспілкову діяльність [6].

Якщо кандидат на зайняття посади пройшов тест з використанням поліграфа, то результати можуть бути розкриті тільки роботодавцю, який замовив

тест, а також працівнику, який пройшов тест. Закон забороняє потенційним роботодавцям отримувати доступ до старих результатів тестування.

У США вказаний закон виконується Міністерством праці США. Якщо у кандидата на зайняття посади виникли сумніви щодо законності проходження тесту з використанням поліграфу щодо конкретного виду роботи, то слід звертатися до відділу заробітної плати та робочого часу Департаменту праці США. Офіційної форми подання скарги немає. Якщо Департамент праці виявить, що права кандидата на посаду були порушені, він може оштрафувати роботодавця на суму до 10 000 дол. США, а також прийняти наказ про обов'язок роботодавця прийняти такого кандидата на роботу. Якщо результат розгляду скарги Департаментом праці США не задовольнить кандидата на посаду, то він може подати позов до роботодавця, щоб отримати компенсацію [5].

В Україні поліграф на практиці вже доволі часто використовується, зокрема, в трьох випадках: при відборі кандидатів для заміщення вакантних посад (кадрового «скринінгу»), під час спеціальних (внутрішніх) перевірок та службових розслідувань, а також при виконанні завдань у межах досудового та судового провадження щодо вчинених кримінальних правопорушень [7, с. 32]. У 2016 р. у Верховній Раді України було зареєстровано законопроект «Про захист прав осіб, які проходять опитування (дослідження) на поліграфі» від 17.02.2016 р. № 4094 [8]. Аналіз законопроекту дозволяє стверджувати, що він не має на меті виявлення в органах державної влади корупціонерів і злочинців. Питання, що будуть ставитися особам у процесі проведення дослідження, не визначені, а це означає, що спеціаліст-поліграфолог, розробляючи тести, буде виходити з власних міркувань або вказівок керівництва [4].

В Україні існують нормативні акти, які лише опосередковано регламентують застосування поліграфу. Зокрема, ст. 26 КЗпП України [9] передбачає можливість здійснення додаткових перевірок претендентів під час працевлаштування; Постанова Кабінету Міністрів України «Про впорядкування застосування контрактної форми трудового договору» [10] встановлює, що припинення трудових відносин можливе з причин, які трудовим законодавством не передбачені, але прописані в трудовому договорі (п. 21). Тобто якщо роботодавець у контракті передбачив обов'язок працівника проходити тестування на поліграфі і працівник підписав цей договір, то останній зобов'язаний пройти таку перевірку. На нашу думку, основним принципом застосування поліграфу має бути добровільність – тестування може відбутися лише в разі наявності письмової добровільної згоди особи, яка обстежується. Якщо особа не дає згоди на проведення тестування і, відповідно, не підписує заяву про добровільну згоду на процедуру, то перевірка на поліграфі цієї особи не провадиться, а в заяві вказуються причини відмови.

Спробу нормативно легалізувати застосування процедури психофізіологічного інтерв'ю з використанням поліграфу було здійснено в кадровому доборі Державної фіскальної служби України (далі – ДФС). Відповідно до Інструкції щодо застосування комп'ютерних поліграфів у роботі Міністерства доходів



і зборів України [11] результати опитування не тягнуть правових наслідків, не можуть бути підставою для прийняття будь-яких адміністративно-управлінських рішень стосовно особи, а використовуються виключно як відомості ймовірного або орієнтувального характеру для можливого формування у службових (посадових) осіб внутрішнього переконання для здійснення заходів у сфері службової діяльності (висунення оперативно-слідчих версій, визначення найоптимальніших шляхів з їх перевірки тощо). Результати опитування не мають будь-якої доказової сили, а лише орієнтують на здобуття матеріальних та інших доказів у порядку, передбаченому чинним законодавством. При прийнятті на роботу до ДФС тестування з використанням поліграфа не провадиться.

На відміну від цього, особи, які претендують на призначення на посади у Державному бюро розслідувань (далі – Бюро), проходять психофізіологічне дослідження із застосуванням поліграфа перед вступом на службу до Бюро. Працівники Бюро проходять дослідження не рідше ніж один раз на рік під час проходження служби у Бюро, адже відповідно до ч. 2 ст. 14 Закону України «Про Державне бюро розслідувань» [12] служба в Державному бюро розслідувань є державною службою особливого характеру, що полягає у професійній діяльності придатних до неї за станом здоров'я і віком громадян України.

Обговорення результатів. На практиці виникає низка запитань пов'язаних із процедурою проведення такого дослідження. Так, неоднозначними на практиці є позиції щодо того, чи саме Конкурсна комісія шляхом проведення конкурсу, який передбачений в ст. 11 Закону України «Про Державне бюро розслідувань», здійснює оцінку кандидатів на посади за «особистими, діловими та моральними якостями, віком, освітнім і професійним рівнем та станом здоров'я» для відбору найкращого конкурсанта для подання на призначення на певну посаду, а також чи встановлює Закон України «Про Державне бюро розслідувань» право або обов'язок Директора Бюро додатково оцінювати переможців конкурсу, щодо яких підписано подання Конкурсної комісії, за усіма означеними критеріями?

Вважаємо, що згідно зі ч. 3 ст. 14 Закону України «Про Державне бюро розслідувань» на службу до Бюро приймаються на конкурсній основі в добровільному порядку (за контрактом) громадяни України, які спроможні за своїми особистими, діловими та моральними якостями, віком, освітнім і професійним рівнем та станом здоров'я ефективно виконувати відповідні службові обов'язки. Кваліфікаційні вимоги та критерії професійної придатності для зайняття посад у цих підрозділах затверджуються Директором Державного бюро розслідувань. Призначення на посади у Бюро, крім посад, визначених у ч. 1 ст. 10 (Директор Бюро, перший заступник Директора Бюро і заступник Директора Бюро), ч. 1 ст. 13 (Директори територіальних органів, керівники підрозділів центрального апарату Бюро) та ч. 1 ст. 24 (керівники та працівники підрозділів внутрішнього контролю центрального апарату та територіальних органів Державного бюро розслідувань) цього Закону, здійснюється за результатами відкритого конкурсу, що проводиться в порядку, визначеному Директором Державного бюро

розслідувань на основі Типового порядку проведення відкритого конкурсу, затвердженого Кабінетом Міністрів України.

Відповідно до п. 8 ст. 11 Закону України «Про Державне бюро розслідувань» Конкурсна комісія: а) розглядає документи, подані особами для участі в конкурсі; б) відбирає із загального числа кандидатів осіб, з якими проводить на своєму засіданні співбесіду, та осіб, щодо яких проводиться спеціальна перевірка, передбачена Законом України «Про запобігання корупції», і перевірка, передбачена Законом України «Про очищення влади»; в) відбирає шляхом відкритого голосування з числа кандидатів, які пройшли співбесіду, одного кандидата, який відповідає вимогам до Директора Державного бюро розслідувань та згідно з обґрунтованим рішенням Конкурсної комісії має найкращі професійний досвід, знання і якості для виконання службових обов'язків на цій посаді; відбирає шляхом відкритого голосування з числа кандидатів, які пройшли співбесіду, двох кандидатів, які відповідають вимогам до першого заступника і заступника Директора Державного бюро розслідувань, мають найкращі професійний досвід, знання і якості для виконання службових обов'язків на цих посадах.

Відповідно до п. 2 розд. 1 наказу Державного бюро розслідувань «Про затвердження Порядку проведення конкурсу для призначення на посади у Державному бюро розслідувань» [13] на службу до Державного бюро розслідувань приймаються на конкурсній основі в добровільному порядку (за контрактом) громадяни України, які спроможні за своїми особистими, діловими та моральними якостями, віком, освітнім і професійним рівнями та станом здоров'я ефективно виконувати відповідні службові обов'язки.

Для проведення конкурсу на зайняття посад в Бюро Директор Бюро утворює Комісію, затверджує її персональний склад. Комісія на етапі прийняття та розгляду поданих для участі в конкурсі документів перевіряє подані документи особами, які бажають взяти участь у конкурсі, на відповідність їх вимогам, встановленим Законом України «Про Державне бюро розслідувань» та Порядком проведення конкурсу для призначення на посади у Державному бюро розслідувань, а також кваліфікаційним вимогам у триденний строк з дня їх надходження. Кандидати, документи яких не відповідають встановленим вимогам та/або подані не в повному обсязі, до конкурсу не допускаються. Комісія за результатами конкурсу рекомендує Директору Бюро переможця (переможців) конкурсу для призначення на посаду (посади) в Бюро.

Відповідно до п. 9 ст. 12 Закону України «Про Державне бюро розслідувань» до повноважень Директора Бюро серед інших належать, зокрема: призначає на посади та звільняє з посад працівників центрального апарату Державного бюро розслідувань, директорів та заступників директорів територіальних органів Державного бюро розслідувань. Відповідно до п. 7 розділу 7 Порядку проведення конкурсу для призначення на посади у Державному бюро розслідувань Директор Бюро за результатами розгляду рекомендацій Комісії, а саме документів щодо призначення переможця конкурсу на посаду в Бюро, вирішує питання про призначення (відмову у призначенні) особи на посаду.

Директор Бюро відмовляє у призначенні переможця конкурсу на відповідну посаду в Бюро з підстав виявлення (встановлення) обставин, передбачених законодавством України, які унеможливають зайняття кандидатом відповідної посади у Бюро.

Таким чином, з аналізу процедури проведення кожного із етапів конкурсу випливає, що Комісія перевіряє подані документи особами, які бажають взяти участь у конкурсі, на відповідність їх вимогам, що висуваються до пакету цих документів та їх змісту, а також кваліфікаційним вимогам. Кандидати, документи яких не відповідають встановленим вимогам та/або подані не в повному обсязі, до конкурсу не допускаються.

Кваліфікаційний іспит, який складається із двох частин – тестування та завдання практичного характеру, теж проводиться Конкурсною комісією. Так, тестування проходить автоматизовано з використанням комп'ютерної техніки у присутності членів Комісії. Завдання практичного характеру розв'язуються у письмовій формі. За кожен правильно надану відповідь кожний член Комісії виставляє кандидату від 1 до 10 балів залежно від відповідності наданої кандидатом відповіді таким критеріям: повнота викладу відповіді на завдання; професійна компетентність, що полягає у виявленні глибоких знань та умінь, необхідних для ефективного виконання відповідних службових обов'язків; аналітичні здібності; володіння державною мовою.

Співбесіда проводиться з метою оцінки відповідності професійної придатності кандидата встановленим вимогам. Співбесіда проводиться Комісією з кандидатами державною мовою в усній формі згідно із затвердженим Комісією графіком. Співбесіда передбачає вільне обговорення уявних ситуацій відповідно до напрямку діяльності структурного підрозділу, пов'язаних з виконанням посадових обов'язків кандидатом. Комісія може ставити запитання кандидату для з'ясування його освітньо-кваліфікаційного рівня, напрямку підготовки (спеціальності), досвіду роботи, володіння державною мовою та рівня професійної компетентності кандидата, його професійних знань відповідно до кваліфікаційних вимог та інші запитання. Оцінювання професійної придатності кандидатів під час проведення співбесіди здійснюється кожним членом Комісії індивідуально.

Отже, саме Конкурсна комісія здійснює оцінку кандидатів на посади за особистими, діловими та моральними якостями, віком, освітнім і професійним рівнем та станом здоров'я шляхом аналізу поданих конкурсантами на розгляд документів для участі в конкурсі, проведення кваліфікаційного іспиту та співбесіди. Рішення Конкурсної комісії щодо визначеного нею переможця має рекомендаційний характер для Директора Бюро, тому останній має право відступити від цієї рекомендації з підстав виявлення (встановлення) обставин, передбачених законодавством України, які унеможливають зайняття кандидатом відповідної посади у Бюро.

Не менш важливим є на практиці питання – чи є зафіксована Конкурсною комісією інформація про проходження кандидатами психофізіологічного

дослідження із застосуванням поліграфа передумовою розгляду кандидатури конкурсанта та проведення з ним співбесіди?

Відповідно до ч. 2 ст. 26 Закону України «Про Державне бюро розслідувань» результати психофізіологічного дослідження із застосуванням поліграфа не є підставою для прийняття рішення про відмову особі у зайнятті посади, а використовуються під час проведення співбесіди з нею виключно як інформація ймовірного характеру, яка сприяє формуванню оцінки працівника. Відмова кандидата на зайняття посади в Державному бюро розслідувань від участі в психофізіологічному дослідженні із застосуванням поліграфа є підставою для відмови в розгляді його кандидатури.

Відповідно до п. 15 Порядку проведення психофізіологічного дослідження із застосуванням поліграфа у Державному бюро розслідувань [14] особи, які претендують на призначення на посади у Бюро, проходять дослідження для отримання умовної та орієнтувальної інформації про наявність таких обставин, у тому числі у минулому: 1) вчинення суб'єктом дослідження протиправних дій, відкриття стосовно нього кримінального провадження; 2) перебування на агентурному зв'язку в спецслужбі іншої держави; 3) участь у діяльності заборонених законом або судом громадських об'єднань, членство в політичних партіях, участь у створенні чи діяльності політичних партій; 4) наявність громадянства іншої держави або документа, виданого уповноваженими органами іншої держави, про те, що суб'єкт дослідження набуде її громадянства, якщо вийде з громадянства України; 5) розголошення відомостей, які є конфіденційною, таємною або службовою інформацією; 6) правдивість інформації, сумніви щодо якої виникли перед призначенням на посаду в Бюро; 7) зловживання алкоголем, наркотичними та (або) психотропними речовинами без призначення лікаря; 8) приховані мотиви вступу на службу в Бюро.

Відповідно до п. 6 розд. 6 наказу Державного бюро розслідувань «Про затвердження Порядку проведення конкурсу для призначення на посади у Державному бюро розслідувань» співбесіда передбачає вільне обговорення уявних ситуацій відповідно до напрямку діяльності структурного підрозділу, пов'язаних з виконанням посадових обов'язків кандидатом.

Отже, проаналізувавши вищезазначені положення, ми дійшли висновку, що інформація, отримана під час психофізіологічного дослідження, є необхідною передумовою для визначення тих уявних ситуацій, які слід обговорити з кандидатом на посаду. Іншими словами, така інформація сприяє формуванню плану проведення співбесіди, допомагає Конкурсній комісії визначитися зі змістом запитань, які варто обговорити.

**Висновки.** У більшості країн поліграф використовують для професійного добору кадрів поліції, органів державної влади, урядових установ, органів безпеки та установ, пов'язаних із роботою з секретною інформацією.

В Україні немає єдиного законодавчого акта, який регламентував би процедуру застосування поліграфа, однак на практиці цей науково-технічний пристрій уже доволі часто використовується, зокрема, в трьох випадках: при відборі

кандидатів для заміщення вакантних посад (кадрового «скрінінгу»), під час спеціальних (внутрішніх) перевірок та службових розслідувань, а також при виконанні завдань в межах досудового та судового провадження щодо вчинених кримінальних правопорушень.

Спробу нормативно легалізувати застосування процедури психофізіологічного інтерв'ю з використанням поліграфа було здійснено в кадровому доборі Державної фіскальної служби України, але при прийнятті на роботу до ДФС тестування з використанням поліграфа не провадиться. На відміну від цього, особи, які претендують на призначення на посади у Державному бюро розслідувань, проходять психофізіологічне дослідження із застосуванням поліграфа перед вступом на службу до Бюро.

Основним принципом застосування поліграфа має бути добровільність – наявність письмової добровільної згоди особи, яка обстежується.

#### **Список літератури:**

1. Піжук Ю. Реформа державного управління: кадрове забезпечення – проблеми та перспективи. *Держслужбовець*. 2016. № 12. URL: <https://i.factor.ua/ukr/journals/ds/2016/december/issue-12/article-23844.html> (дата звернення: 30.12.2018).

2. Переваги використання поліграфа при прийомі на роботу. URL: <http://hr-security.ua/ua/preimuschestva-ispolzovaniya-poligrafa-pri-prieme-na-rabotu> (дата звернення: 29.12.2018).

3. Барко В. І. Професійний відбір кадрів до органів внутрішніх справ (психологічний аспект) : монографія. Київ : Міністерство внутрішніх справ України; Національна академія внутрішніх справ України, 2011. 457 с.

4. Ковальов В. Г., Брус Т. М. Використання поліграфа як інструмента запобігання та боротьби з корупцією державних службовців. *Теорія та практика державного управління і місцевого самоврядування*. 2016. № 1. URL: [http://el-zbirn-du.at.ua/2016\\_1/6.pdf](http://el-zbirn-du.at.ua/2016_1/6.pdf) (дата звернення: 29.12.2018).

5. State Laws on Polygraphs and Lie Detector Tests. URL: <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/state-laws-polygraphs-lie-detector-tests.html> (дата звернення: 30.12.2018).

6. To tell the truth: What current and hopeful federal employees should know about polygraphs. URL: <https://federalnewsnetwork.com/explainers/2018/08/to-tell-the-truth-how-federal-agencies-use-polygraphs-in-hiring-and-screening/> (дата звернення: 30.12.2018).

7. Мотлях О. І. Правова регламентація діяльності, пов'язаної з використанням поліграфа в Україні. *Актуальні питання теорії та практики використання поліграфа* : зб. статей / за заг. ред. В. О. Шаповалова. Київ : Освіта України, 2016. С. 28–35.

8. Про захист прав осіб, які проходять опитування (дослідження) на поліграфі : проект Закону України від 17.02.2016 р. № 4094. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_2?pf3516=4094&skl=9](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=4094&skl=9) (дата звернення: 30.12.2018).

9. Кодекс законів про працю України : Закон УРСР від 10.12.1971 р. № 322-VIII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1971. Додаток до № 50.

10. Про впорядкування застосування контрактної форми трудового договору : Постанова Кабінету Міністрів України від 19.03.1994 р. № 170. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/170-94-p> (дата звернення: 29.12.2018).

11. Про використання поліграфів у діяльності Міністерства доходів і зборів України та його територіальних органів : наказ Міністерства доходів і зборів України від 02.08.2013 р. № 329. *Офіційний вісник України*. 2013. № 83. Ст. 3092.

12. Про Державне бюро розслідувань : Закон України від 12.11.2015 р. № 794-VIII. *Офіційний вісник України*. 2016. № 6. Ст. 295.

13. Про затвердження Порядку проведення конкурсу для призначення на посади у Державному бюро розслідувань : наказ Державного бюро розслідувань від 14.02.2018 р. № 13. *Офіційний вісник України*. 2018. № 14. Ст. 500.

14. Про затвердження Порядку проведення психофізіологічного дослідження із застосуванням поліграфа у Державному бюро розслідувань : Постанова Кабінету Міністрів України від 11.05.2017 р. № 449. *Офіційний вісник України*. 2017. № 57. Ст. 1679.

#### References:

1. Pizhuk, Yu. (2016). Reforma derzhavnoho upravlinnia: kadrove zabezpechennia – problemy ta perspektyvy. *Derzhsluzhbovets – Civil servant*, 12. URL: <https://i.factor.ua/ukr/journals/ds/2016/december/issue-12/article-23844.html> [in Ukrainian].

2. Perevahy vykorystannia polihrafa pry pryomi na robotu. URL: <http://hr-security.ua/ua/preimuschestva-ispolzovaniya-polihrafa-pri-prieme-na-rabotu> [in Ukrainian].

3. Barko, V.I. (2011). Profesiyni vidbir kadriv do orhaniv vnutrishnikh sprav (psykholohichniy aspekt). Kyiv: Ministerstvo vnutrishnikh sprav Ukrainy; Natsionalna akademiia vnutrishnikh sprav Ukrainy [in Ukrainian].

4. Kovalv, V.H., Brus, T.M. (2016). Vykorystannia polihrafa yak instrumenta zapobihannia ta borotby z koruptsiieiu derzhavnykh sluzhbovtsiv. *Teoriia ta praktyka derzhavnoho upravlinnia i mistsevoho samovriaduvannia – Theory and Practice of Public Administration and Local Self-Government, issue 1*. URL: [http://el-zbirn-du.at.ua/2016\\_1/6.pdf](http://el-zbirn-du.at.ua/2016_1/6.pdf) [in Ukrainian].

5. State Laws on Polygraphs and Lie Detector Tests. URL: <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/state-laws-polygraphs-lie-detector-tests.html>.

6. To tell the truth: What current and hopeful federal employees should know about polygraphs. URL: <https://federalnewsnetwork.com/explainers/2018/08/to-tell-the-truth-how-federal-agencies-use-polygraphs-in-hiring-and-screening/>.

7. Motliakh, O.I. (2016). Pravova rehlementatsiia diialnosti, pov'iazanoi z vykorystanniam polihrafa v Ukraini. *Aktualni pytannia teorii ta praktyky vykorystannia polihrafa: zb. Statei – Topical issues of the theory and practice of using a polygraph: a collection of articles*. V. O. Shapovalov (Ed.). Kyiv: Osvita Ukrainy [in Ukrainian].

8. Pro zakhyst prav osib, yakі prokhodiat opytuvannia (doslidzhennia) na polihrafi: proekt Zakonu Ukrainy vid 17.02.2016 r. № 4094. (2016). URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_2?pf3516=4094&skl=9](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=4094&skl=9).

9. Kodeks zakoniv pro pratsiu Ukrainy: Zakon URSSR vid 10.12.1971 r. № 322-VIII. (1971). *Vidomosti Verkhovnoi Rady URSSR – Information from the Verkhovna Rada of the USSR, Dod. 50*.

10. Pro vporiadkuvannia zastosuvannia kontraktnoi formy trudovoho dohovoru: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 19.03.1994 r. № 170. (1994). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/170-94-n>.

11. Pro vykorystannia polihrafiv u diialnosti Ministerstva dokhodiv i zboriv Ukrainy ta yoho terytorialnykh orhaniv: nakaz Ministerstva dokhodiv i zboriv Ukrainy vid 02.08.2013 r. № 329. (2013). *Ofitsiyni visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 83, art. 3092.

12. Pro Derzhavne biuro rozsliduvan: Zakon Ukrainy vid 12.11.2015 r. № 794-VIII. (2016). *Ofitsiyni visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 6, art. 295.

13. Pro zatverdzhennia Poriadku provedennia konkursu dlia pryznachennia na posady u Derzhavnomu biuro rozsliduvan: nakaz Derzhavnoho biuro rozsliduvan vid 14.02.2018 r. № 13. (2018). *Ofitsiyni visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 14, art. 500.

14. Pro zatverdzhennia Poriadku provedennia psykhozbiologichnoho doslidzhennia iz zastosuvanniam polihrafa u Derzhavnomu biuro rozsliduvan: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 11.05.2017 r. № 449. (2017). *Ofitsiyni visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 57, art. 1679.

**Lutsenko O. E.**, PhD in Law, Assistant Lecturer of the Department of Labor Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail : lenusikl@i.ua ; ORCID 0000-0001-9357-8546 ; Scopus Author ID: 57194875083

**Legal regulation of the purpose of the competition on the position of the state service with the application of the polygraph**

The article has devoted to issues of legal regulation of the employment of civil service positions through competitive selection with the use of a polygraph. The author has found that in most countries polygraph is used for the professional selection of civil service personnel. Particular attention in the article has focused on the USA experience in conducting a polygraph survey in a competition for occupation of federal, state or local government positions, as well as positions in the field of national defense. However, the author focuses on the USA's positive experience in protecting information obtained during polygraph testing, in particular if the candidate for a position has undergone such a polygraph test, the results can only be disclosed to the employer who ordered the test as well as to the employee, who passed the test. Legislation of the USA prohibits potential employers from accessing old test results.

The article states that in Ukraine there is no single legislative act that would regulate the procedure for using the polygraph, but there are some departmental acts regulating the use of the polygraph during the competitive selection. The author argues that the main principle of the use of a polygraph should be voluntary. That is, testing can only take place if there is written voluntary consent of the person being inspected. If the person does not consent to the testing and, accordingly, does not sign the application for voluntary consent to the procedure, then the check on this person's polygraph is not carried out, and the reasons for the refusal are indicated in the application. The author concluded that the information obtained during the psycho-physiological research is a prerequisite for determining the situations that should be discussed with the candidate for a vacancy in the civil service, in other words, this information will contribute to the formation of the interview plan, helps the tender committee to determine the content of the questions that it is worth discussing. The interview should be conducted in order to assess the suitability of the candidate's eligibility. In the article, the author insists that the commission, having checked the submitted documents by persons who wish to take part in the competition, on compliance with their requirements to the package of these documents and their contents, as well as the qualification requirement, can not refuse to pass the competition on the basis the fact that the person will not consent to a polygraph check.

**Keywords:** civil service; competition; hiring; vacancy; polygraph.

**Рекомендоване цитування:** Луценко О. Є. Правове регулювання проходження конкурсу на зайняття посад державної служби із застосуванням поліграфа. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 145. С. 140–151. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.155428>.

**Suggested Citation:** Lutsenko, O.E. (2019). Pravove rehuliuвання prokhodzhennia konkursu na zainiattia posad derzhavnoi sluzhby iz zastosuvanniam polihrafa [Legal regulation of the purpose of the competition on the position of the state service with the application of the polygraph]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 145, 140–151*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.155428> [in Ukrainian].

*Надійшла до редколегії 23.01.2019 р.*

# АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС



**Shapoval Roman Volodymyrovych,**  
*Doctor of Law, Professor,  
Professor of the Department of Administrative Law  
and Administrative Activities,  
Yaroslav Mudryi National Law University,  
Ukraine, Kharkiv  
e-mail: rvshapoval1@gmail.com  
ORCID 0000-0002-5716-9291*



**Solntseva Khrystyna Volodymyrivna,**  
*Candidate of Law, Associate Professor,  
Associate Professor of the Department  
of Administrative Law  
and Administrative Activities,  
Yaroslav Mudryi National Law University,  
Ukraine, Kharkiv  
e-mail: kvsolntseva@gmail.com  
ORCID 0000-0001-9404-8029*

doi: 10.21564/2414–990x.145.164295  
УДК 342.922

## PECULIARITIES OF THE CIVIL SERVICE IN THE NATIONAL DEFENSE SECTOR

*Considering the development of civil society as the driving force of the reform of the civil (public) service as a personalized basis for ensuring public administration in various spheres of social and political activity, in this study, the civil service is characterized by the prism of its implementation in the national defense sector. Analyzing the current domestic and foreign legislation, the following features of the civil service were distinguished: the two levels – the internal (staffing of the service) and the external (tasks and functions in the national defense sector); connection with militarized service; a supporting role in the*



implementation of the main tasks by specially authorized actors (their officials), etc. The legal regulation of the civil service in the national defense sector of Ukraine is characterized by dualism, which consists in regulating the issues of its passage in two directions: the general (Law of Ukraine «On Civil Service») and the special (for example, the Law of Ukraine «On Prosecutor's Office»). Particular attention during the study is given to foreign experience in this field, based on comparison of such service in Ukraine and Lithuania. Such dualism is inherent in the legal regulation of civil service in the system of national defense of Lithuania. In addition, both in Ukraine and in Lithuania, it plays a very important role for the implementation of an effective defense policy of the state. With radical comparative analysis of regulatory and legal bases, the imperfect legal regulation of relations that arise in this area in Ukraine has become apparent. National legislation on civil service in the national defense sector needs improvement by supplementing the Law of Ukraine «On Defense of Ukraine» with the provisions on civil service in the field of defense and, in connection with this change, other normative and legal acts in this area require the bringing in of conformity. Proper legal consolidation in Ukraine also requires the administrative and legal status of civil servants of the defense industry and the status of citizens and public associations that voluntarily participate in the provision of national security and defense. Establishing in Ukraine at the legislative level of a clearly defined notion of «civil service in the field of national defense» will, to a certain extent, help to regulate relations in the course of such service and avoid problems in law enforcement practice.

**Keywords:** civil service; the national defense sector; public professional activity; national security.

**Шановал Р. В.**, доктор юридичних наук, професор, професор кафедри адміністративного права та адміністративної діяльності, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків.

e-mail : rvshapoval1@gmail.com ; ORCID 0000-0002-5716-9291

**Солнцева Х. В.**, кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри адміністративного права та адміністративної діяльності, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків.

e-mail : kvsolntseva@gmail.com ; ORCID 0000-0001-9404-8029

### **Особливості цивільної служби у секторі національної оборони**

Дане дослідження охарактеризовує цивільну службу крізь призму її здійснення у секторі національної оборони, виокремлюючи наступні її особливості з огляду на специфіку відповідної сфери та на основі аналізу вітчизняного та зарубіжного законодавства: цивільна служба у секторі національної оборони як публічна професійна діяльність поєднує два рівні: внутрішній (організаційний) – кадрові питання проходження служби; зовнішній (правозастосовний) – виконання завдань і функцій у секторі національної оборони; вона нерозривно пов'язана з мілітаризованою службою та часто покликана виконувати забезпечувальну роль щодо втілення основних завдань спеціально уповноваженими суб'єктами (їх посадовими особами). Слід враховувати також те, що правове регулювання цивільної служби у секторі національної оборони України характеризується дуалізмом, що полягає у регулюванні питань її проходження у двох напрямках: загальному (Закон України «Про державну службу») та спеціальному (наприклад, Закон України «Про прокуратуру»). Особливу увагу приділено закордонному досвіду в цій сфері (Литва). Як в Україні, так і в Литві цивільна служба відіграє досить важливу роль для здійснення ефективної оборонної політики держави. При докорінному порівняльному аналізі нормативно-правових баз очевидним стало недосконале правове регулювання відносин, що виникають у цій сфері в Україні. Доведено потребу удосконалити вітчизняне законодавство у сфері цивільної служби у секторі національної оборони шляхом доповнення Закону України «Про оборону України» положеннями щодо цивільної служби у сфері оборони і привести у відповідність інші нормативно-правові акти в цій царині. Належного правового закріплення в Україні вимагають і адміністративно-правовий статус державних службовців сфери оборонно-промислового комплексу, статус громадян і громадських об'єднань,

що добровільно беруть участь у забезпеченні національної безпеки та оборони. Закріплення в Україні на законодавчому рівні чітко визначеного поняття «цивільна служба у сфері національної оборони» певною мірою допоможе урегулювати відносини при проходженні такої служби та уникнути проблем у правозастосовній практиці.

**Ключові слова:** цивільна служба; сектор національної оборони; публічна професійна діяльність; національна безпека.

**Introduction.** The objective circumstances and events that have taken place and are still taking place in the life of the Ukrainian community, as it has never happened before, actualize the need to overcome the threats to national security in the field of defense of the country. In turn, the development of the civil society has become the main driving force of the reform of civil service as a personalized basis for ensuring public administration in various spheres of social and political activity, in particular in the national defense sector. Thus, the need to confront armed conflict in the eastern regions of Ukraine was a prerequisite for amending the Laws of Ukraine «On the Defense of Ukraine» [1] (amendments from February 3, 2015, February 12, 2015, December 23, 2015, June 16, 2014, July 7, 2016), «On the Armed Forces of Ukraine» [2] (as from 05.06.2014, 06.10.2015, 16.06.2016, 07.07.2016), «On Mobilization Preparation and Mobilization» [3] (amended from 05.20.2014, 07.03.2014, 25.07.2014, 18.03.2015, 19.03.2015, 07.04.2015, 21.04.2015, 14.05.2015, 01.07.2015, 31.05.2016); adoption of the new Law of Ukraine «On the Legal Regime of Martial Law» [4] and the Military Doctrine of Ukraine [5]. It is important that, along with the significant legislative work on national defense issues, a fundamentally new Law of Ukraine «On Civil Service» [6] was adopted, etc.

**Analysis of recent literary studies.** The field of civil service through the prism of its implementation in the national defense sector of Ukraine is not studied enough. Some aspects were studied by such national scholars as Horbulin V. (problematic issues of defense reform), Rusnak I. (defense reform prospects), Melnyk O., Frolov V., Saganyuk F. (defense reform), Shapoval R., Solntseva K. (civil defense service) as well as international ones – Dertouzou J. (army recruiting), Moskos Ch. (military organization, armed forces, society), Novikovas A., Novikovienė L. (civil defense service) etc.

**Purpose of the study.** The purpose of the study is to explore and highlight the main features of the civil service, taking into account the specifics of the sphere of national defense sector, to analyze domestic and foreign legislation (in particular, the Republic of Lithuania) connected with the civil service. In this case, special attention during the study is paid to foreign experience in this field, and the comparative characteristics of such service in Ukraine and Lithuania are described.

**The main body of the article.** Despite the fact that the current legislation provides for the definition of the term «defense of Ukraine» as a system of political, economic, social, military, scientific, scientific, technical, information, legal, organizational, other measures of the state regarding the preparation for armed defense and its protection in the event of armed Aggression or armed conflict (Article 1 of the Law of Ukraine «On the Defense of Ukraine»), within the limits

of a number of its provisions, the category «national defense» is often used (for example, part 6 of Article 2 of the Law of Ukraine «On the Defense of Ukraine»). As a result, we consider it to be entirely justified to use these terms as identical.

Ukraine's defense is based on the willingness and ability of state authorities, all units of the military organization of Ukraine, local self-government bodies, a unified civil defense system, the national economy to transfer, if necessary, from peaceful to military status and repression of armed aggression, the elimination of armed conflict, and also readiness of the population and territory of the state for defense [1].

National defense as one of the spheres of protection of vital interests of a man and citizen, society and the state, in which sustainable development of society is ensured, timely detection, prevention and neutralization of real and potential threats to national interests as a component of national security is regulated by the Law of Ukraine «On National Security of Ukraine» [7].

In particular, the Law of Ukraine «On National Security of Ukraine» defines fundamental national interests of Ukraine: state sovereignty and territorial integrity, democratic constitutional order, and prevention of interference in the internal affairs of Ukraine; sustainable development of the national economy, civil society and the state in order to ensure the growth of the level and quality of life of the population; integration of Ukraine into European political, economic, security, legal space, membership of the European Union and the North Atlantic Treaty Organization, development of equal, mutually beneficial relations with other states.

Speaking about Lithuanian national defense, the Law «On the system of national defense and organization of military service» is defined as a part of the system of national security of the Republic of Lithuania, consisting of the integrity of state institutions which purpose is to protect state sovereignty, fulfillment of obligations in the international defense and military cooperation of Lithuania and other functions related to national defense, a set of military personnel and workers for other infrastructure, for enterprises and institutions created for the purpose of the national defense [8].

It should also be noted that one of the most important strategic documents of Lithuania in this area, namely *Lietuvos gynybos politikos Baltoji knyga* (the Lithuanian Defense Policy White Paper) stipulates that the priority of Lithuanian defense policy is not to change, namely to ensure Lithuania's reliable independence, territorial integrity and constitutional order. As a member of NATO and the EU, Lithuania, together with its allies, is committed to ensuring the security of the Euro-Atlantic area and the stability of its development. Taking into account the current long-term security problems of Lithuania and international obligations, four main directions of the state defense policy are distinguished: 1) strengthening of national defense capabilities; 2) strengthening of the collective defense and consolidation of NATO; 3) increasing state preparedness and response to armed threats; 4) the development of regional and international security [9].

Both in Ukraine and in Lithuania are the relevant laws that define the list and scope of competence of specific actors for the provision of national defense. In turn,

the definition of the sphere of civil service in the national defense sector lies in the assessment of the relevant subjects through the prism of the content of the category «civil service».

By the way, the special legislation of Lithuania establishes the notion of the civil service of national defense, where the latter is defined as a civil service performed voluntarily by a citizen of the Republic of Lithuania in the system of national defense with the consent and on conditions and in accordance with the procedure established by normative and legal acts [8]. By contrast, the Ukrainian legislation does not clearly define the notion of civil service in the national defense sector, although, as a result of the analysis of the legal framework and practice, it has been proved that such a type of civil service in Ukraine still exists and to some extent governed by current domestic legislation.

According to one of the most widespread views on the classification of the public service, the civil service along with the militarized service is one of the components of the public service. So the definition of the limits of content and belonging to the civil service lies in the plane of the ratio of civilian and militarized service. The militarized service is characterized by special tasks and purpose, a special order of formation and service, special requirements for vocational training. The special characteristics of the militarized service are: the implementation of the security function, which is to protect and defend the rule of law and order, the territorial integrity and defense of the state, the protection of the life and health of citizens; the possibility of coercion; the existence of a clear system of subordination, mandatory orders. In addition, employees of the militarized service have special external attributes (uniforms, external honors), they are given special titles. Civil service is a service of the professional staff of officials, that is, persons providing the functioning of state authorities and local self-government bodies. In Europe, this kind of service is usually called a civilian service, which also allows distinguishing it from the militarized service and fulfilling the main duty of these officials – to serve the community [10, p. 121].

In turn, in accordance with the provisions of the Law of Ukraine «On Civil Service», the public service is a public, professional, politically impartial activity on the practical fulfillment of the tasks and functions of the state, in particular: 1) analysis of the state policy at the national, sectoral and regional levels and preparation of proposals concerning its formation, including the development and conducting of expertise of draft programs, concepts, strategies, draft laws and other legal acts, draft international treaties; 2) ensuring the implementation of the state policy, the implementation of national, sectoral and regional programs, the implementation of laws and other regulatory legal acts; 3) provision of affordable and high-quality administrative services; 4) state supervision and control over observance of the legislation; 5) management of state financial resources, property and control over their use; 6) personnel management of state bodies; 7) realization of other powers of the state body, determined by the legislation.

The Law of Ukraine «On Civil Service» applies to civil servants: 1) the Secretariat of the Cabinet of Ministers of Ukraine; 2) ministries and other central

executive bodies; 3) local state administrations; 4) the organs of the prosecutor's office; 5) military authorities; 6) foreign diplomatic institutions of Ukraine; 7) state bodies, peculiarities of civil service passing which are determined by Article 91 of mentioned Law; 8) other state bodies. At the same time, the Law of Ukraine « On Civil Service» does not apply in particular to: the President of Ukraine; Members of the Cabinet of Ministers of Ukraine, First Deputy and deputy ministers; Secretary of the National Security and Defense Council of Ukraine and its deputies; People's deputies of Ukraine; Judges; Prosecutors; Servicemen of the Armed Forces of Ukraine and other military formations formed in accordance with the law; Persons of ordinary and commanding members of law-enforcement bodies and employees of other bodies assigned special ranks.

The service in local self-government bodies is a professional, on a permanent basis, activity of Ukrainian citizens who hold positions in local self-government bodies, which is focused to implement the right of local self-government to the territorial community and the separate powers of executive power bodies provided by the law [11].

In turn, the main legal documents of Lithuania, where the provisions regulating the civil service in this area are the Constitution of the Republic of Lithuania, the Labor Code of the Republic of Lithuania, the Laws of Lithuania «On the Civil Service of the Republic of Lithuania», «On the Organization of the National Defence System and Military Service», the Statute of the Civil Defence Service of the Republic of Lithuania, etc.

Article 2 of the Lithuanian Law «On the Civil Service of the Republic of Lithuania» stipulates that the civil service is a legal relationship that arises in connection with the acquisition of the status of a civil servant, as well as a result of the administrative activity of a civil servant in a state or municipal institution or establishment in the implementation of policies of a certain sphere of government or coordination of their implementation, distribution of financial resources and control over their use, audit, adoption and application of legislation, execution of decisions of state and municipal bodies in the field of public administration, preparation and approval of drafts of normative acts and provision of conclusions on personnel management [12]. At the same time, Article 4 of this Law states that its scope extends to all civil servants, but other laws and regulatory documents regulating labor relations and social guarantees may be applied to civil servants to the extent that the given law does not regulate their status or social guarantees. We emphasize that in Ukraine, in accordance with Article 3 of the Law «On Civil Service», its action extends to civil servants of ministries, namely, the Ministry of Defense of Ukraine and officials of military administration. At the same time, the peculiarities of passing the civil service in the national defense sector of Ukraine are still regulated by special legal acts.

Summing up the above, based on the special legislation regulating the issue of civil service, the representatives of the civil service in the national defense sector should include:

1. State officials of the Cabinet of Ministers of Ukraine – the powers of the Cabinet of Ministers of Ukraine in the national defense sector are defined by Article 9 of the Law of Ukraine «On the Defense of Ukraine». Secretariat of the Cabinet of Ministers of Ukraine does not have its own powers (tasks, functions) in the national defense sector. However, based on the fact that the main tasks of the Secretariat are organizational, expert-analytical, legal, informational, logistical support for the activities of the Cabinet of Ministers of Ukraine, government committees [13], the first one performs organizational (provisioning) activities in relation to the implementation of specific powers in the national defense sector which is endowed by the Cabinet of Ministers of Ukraine.

2. State officials of the Ministry of Defense of Ukraine – the powers in the national defense sector are defined by Article 10 of the Law of Ukraine «On the Defense of Ukraine».

The Ministry of Defense of Ukraine, in accordance with the Law of Ukraine «On Central Executive Bodies» [14], is the central executive body that ensures the formation and implementation of state policy in one or more of the areas specified by the Cabinet of Ministers of Ukraine, which are entrusted to the Cabinet of Ministers of Ukraine by the Constitution and laws of Ukraine. In turn, the Ministry of Defense of Ukraine defines the provisions of the Law of Ukraine «On Defense of Ukraine», in particular, as the central body of military management under the jurisdiction of the Armed Forces of Ukraine. At the same time, the personnel of the Armed Forces of Ukraine consists of servicemen and employees of the Armed Forces of Ukraine (Article 5 of the Law of Ukraine «On the Armed Forces of Ukraine»).

In such a state of affairs, the Ministry of Defense of Ukraine, without being a separate component of the Armed Forces of Ukraine, is the central executive body (demilitarized structure), to which the above armed forces are subordinated (Article 3 of the Law of Ukraine «On the Armed Forces of Ukraine»), that is, the first one plays the leading organizational and managerial role in the national defense sector. In this case, the personnel of the apparatus of the Ministry of Defense of Ukraine is civil servants [15].

3. Civilians occupying military positions in peacetime (on terms of a fixed-term employment contract).

Article 6 of the Law of Ukraine «On Military Duty and Military Service» [16] stipulates that military positions (staff positions to be replaced by servicemen) and their respective military titles shall be envisaged in states (staffed drawings) of military units, ships, military units management, institutions, organizations, higher military educational institutions and military training units of higher educational institutions. In turn, individual military positions in peacetime may be replaced by civilians in accordance with the procedure established by the Ministry of Defense of Ukraine or by reservists in accordance with the procedure established by the General Staff of the Armed Forces of Ukraine (under terms of a fixed-term employment contract). In particular, the Provisional list of military positions of the Armed Forces of Ukraine, which in peacetime may be replaced by civilians (on terms of a

fixed-term employment contract) to positions which, in peacetime, may be replaced (by the terms of a fixed-term employment contract) by civilians, for example: on-board aircraft technician, on-board engineer, instructor, geodesist, chief engineer, energy engineer, engineer-inspector, inspector, cartographer, helicopter commander, ship commander, ship commander-pilot instructor, pilot, Chief of Officers' House, officer-political scientist, officer-psychologist, assistant flight officer, assistant ship commander, assistant leading engineer, leading engineer, leading test engineer, senior aviation instructor, senior aircraft technician, senior aircraft technician-instructor, senior flight engineer, senior in-flight engineer-instructor, senior technician, deputy head of the commission, doctor, chief of the cabinet, intern, leading surgeon, leading therapist, senior doctor, engineer, chief engineer, chief engineer - deputy chief of unit, deputy chief of the hospital, chief of medical service, head of the faculty, aircraft specialist (total 601 names of military posts) [17].

A fixed-term employment contract, with the help of which the replacement of certain military positions is carried out, is made between the employee and the commander (chief) of military units, institutions, establishments and organizations, which includes posts that may be substituting. In case of necessity to appoint an employee to a military post, which according to the nomenclature of positions for appointment of servicemen is assigned to the authority of another official, replacement of this post is carried out only after obtaining written permission of such official.

In this case, if the corresponding position is subject to replacement on the basis of the conducted competition, the latter shall be announced only after obtaining a written permit of an official, to the nomenclature of positions for the appointment of servicemen which assigned such a post.

The term of a fixed-term employment contract with employees who replace vacant military positions is determined prior to appointment to this position of a serviceman. In the case of the acceptance of employees for positions, staffed by female servicemen, for the period of their pregnancy and childbirth, as well as for posts, staffed by servicemen for the period of their child-care leave, the term of the fixed-term employment contract is determined until the return of servicemen, who hold these positions, from pregnancy and childbirth or childcare leave.

The statement indicates that civilians may substitute military positions and, accordingly, perform the functional duties of servicemen (in the national defense sector), mainly as an exception, and only in peacetime, in accordance with the List of Professional Names of Workers of the Armed Forces of Ukraine [18] developed on the basis of the Classifier Professionals of DK 003:2010, approved by the order of the State Consumer Standard of Ukraine dated 28.07.2010 № 327 [19].

However, according to the general rule, the work, which may be provided by specialists, including civilian professions, in the Armed Forces of Ukraine should carry out by servicemen.

4. State officials of the State Service for Special Communications – major powers in the sphere of national defense are defined by Article 12 of the Law of

Ukraine «On the Defense of Ukraine»; duties – paragraphs 32, 33 Article 14 of the Law of Ukraine «On the State Service for Special Communications and Information Protection» [20].

5. State officials of the Main Management Authority of the National Guard of Ukraine and the military management bodies of the strategically territorial associations of the National Guard of Ukraine – the main powers in the national defense sector are defined *ibid.* One of the functions of the National Guard of Ukraine is to participate in the tasks of territorial defense (paragraph 17, part 1, Article 2 of the Law of Ukraine «On the National Guard» [21]); during the course of the martial law the National Guard of Ukraine fulfills the tasks of defense of the state, subordinated to the Ministry of Defense of Ukraine (Article 6 of the Law of Ukraine «On the National Guard of Ukraine»).

6. State officials of bodies and units of civil protection (State Emergency Service, Emergency and Rescue Service, Strategically Rescue Service of Civil Protection) – the main powers in the sector of national defense are defined in Article 12 of the Law of Ukraine «On the Defense of Ukraine».

7. State officials of the State Border Guard Service of Ukraine – the main powers in the sector of national defense are specified in Article 12 of the Law of Ukraine «On the Defense of Ukraine»; participation in the implementation of territorial defense measures as well as measures aimed at compliance with the legal regime of martial law and state of emergency, is assigned to the responsibilities of the State Border Guard Service of Ukraine in accordance with paragraph 4 of Part 1 of Article 19 of the Law of Ukraine «On the State Border Guard Service of Ukraine» [22].

8. Other central executive authorities (for example, the Ministry of Internal Affairs of Ukraine, Ministry of Finance of Ukraine, Ministry of Infrastructure of Ukraine, etc.) – the main powers in the sector of national defense are defined in Article 13 of the Law of Ukraine «On the Defense of Ukraine».

9. State officials and prosecutors of the public prosecutor's office – the prosecutor's office fulfills powers in the sphere of national security of Ukraine in accordance with the Constitution of Ukraine and the Law of Ukraine «On the Prosecutor's Office of Ukraine» (Article 13 paragraph 13 of the Law of Ukraine «On the Fundamentals of National Security of Ukraine»). The organizational and legal status of prosecutors is established by the Law of Ukraine «On Prosecutor's Office» [23]. At the same time, the legal status of employees working in the apparatus of the Prosecutor's Office is determined in accordance with the General Law «On Civil Service».

10. Judges of courts of general jurisdiction – courts of general jurisdiction carry out legal proceedings in cases of crimes in the area of protection of state secrets, inviolability of the state border of Ukraine, provision of call and mobilization.

11. State officials of local state administrations – the main powers in the sector of national defense are defined in Article 14 of the Law of Ukraine «On the Defense of Ukraine».



12. Officials of local self-government bodies – the main powers in the sector of national defense are defined in Article 15 of the Law of Ukraine «On the Defense of Ukraine».

It should be noted that an important role in the national defense sector of Ukraine is played by civil servants who took direct part in the east of the country in the anti-terrorist operation (from April 2014 to April 2018) and joint operations (from April 2018 and until now). Thus, the Decree of the Cabinet of Ministers of Ukraine «On Approval of the Procedure for the Psychological Rehabilitation of the Participants of the Antiterrorist Operation and the Victims of the Revolution of Attractiveness» clearly defines the definition of the participants in the anti-terrorist operation – these are persons who participated directly in the antiterrorist operation and who have one of the following statuses: a participant in hostilities – in accordance with p. 19 and 20 of part one of Article 6 of the Law of Ukraine «On the Status of Veterans of War, Guarantees of Their Social Protection»; the invalid of war – in accordance with p.11-14 of part two of Article 7 of the above-mentioned Law; participant to the war (war veteran) – in accordance with p. 13 of Article 9 of the mentioned Law [24]. And in the text of the Law of Ukraine «On the Status of War Veterans, Guarantees of Their Social Protection» it is said that the participants of the antiterrorist operation may be civil servants of enterprises, institutions, organizations involved in the anti-terrorist operation, to ensure the implementation of measures to ensure the national security and defense. It is clear that such employees, including civil servants, still refer to civil servants in the national defense sector and, at the same time, they are subject to certain provisions of the civil service legislation of Ukraine.

The above provides grounds for arguing that the civil service in the national defense sector is inextricably linked with passing militarized service. These types of public service are conducted within the framework of one public administration. For example, the personnel of the State Service for Special Communications and Information Protection of Ukraine include servicemen, state officials and other employees [20]. A similar approach to the structuring of personnel is also characteristic for the National Guard of Ukraine, civil protection agencies and the State Border Guard Service of Ukraine.

Moreover, in case of the district, regional state administration's acquisition of the status of a district or regional military administration<sup>1</sup>, the posts of state officials in such administrations may be replaced by servicemen of military formations established in accordance with the laws of Ukraine, by persons of ordinary and commanding members of law enforcement agencies, civil defense services, who are sent there in accordance with the procedure established by law for the performance of tasks in the interests of the state's defense and its security (Article 4 of the Law of Ukraine «On the Legal Regime of Martial Law»).

---

<sup>1</sup> Military administration is a temporary state body that can be formed to ensure the introduction and implementation of measures for the legal regime of martial law, defense, civil protection, public order and security, protection of the rights, freedoms and legitimate interests of citizens.

It is also important to note that, in accordance with Article 12 of the Law of Ukraine «On National Security of Ukraine», the security and defense sector of Ukraine consists of four interrelated components: security forces; the forces of defense; defense industrial complex; citizens and public associations that voluntarily participate in the provision of national security [7]. Undoubtedly, persons performing functions in the field of defense-industrial complex are civil servants working in the national defense sector of Ukraine. However, at the same time their legal status is not regulated by the current domestic legislation, although it is obvious that this status should be clearly defined in the above-mentioned Law, by supplementing it with the relevant provisions. In addition, the legal status of citizens and public associations that voluntarily participate in the provision of national security and defense, in particular, also requires its proper legal consolidation. Thus, for the proper legal regulation of relations arising in the course of civil servants performing functions in the national defense sector, it is also necessary to amend the Law of Ukraine «On National Security of Ukraine» and thus regulate the gaps existing in the domestic legislation to date.

According to our conviction, following the above-mentioned and after a thorough analysis of the Lithuanian legislation regulating the issue of civil service in the national defense sector, the following should be singled out.

NATO plays a special role in the Lithuanian national defense sector. Section II of the Lithuanian Law «On the Basics of National Security of the Republic of Lithuania» dated December 19, 1996, stipulates that Lithuania, in the event of a direct threat to its territorial integrity, political independence or security, urgently requests NATO consultations [25]. Taking into account that the officers of the committees carry out the coordination and organizational functions in the Lithuanian national defense sector, we can say that they are an important part of ensuring the national security of the state.

Public servants of the Office of the Cabinet of Ministers of Lithuania carry out organizational, coordinating, and analytical functions of the highest executive body in the state [26]. But despite the fact that these civil servants are not empowered in the field of defense in accordance with national legislation, we can say that they fulfill the auxiliary functions of the Cabinet of Ministers all the same with officers in the national defense sector. We emphasize that the functions of the Cabinet of Ministers of Lithuania in the system of national defense are defined and enshrined in the Law of Lithuania «On the Fundamentals of National Security of the Republic of Lithuania».

As for the Ministry of National Defense of Lithuania, namely civil servants of this body are considered. The Ministry consists of a sufficiently large number of departments, commissions and working groups that carry out the organizational functions of the body and their main task is to ensure the proper and effective functioning of the Ministry of National Defense of the Republic of Lithuania. The above departments include: Second Division of Operations at the Ministry of National Defense; the department of centralized financial and property services;

Department of Infrastructure Development at the Ministry of National Defense; Department of general affairs; Division of mobilization and civil resistance; and the Information Technology Service at the Ministry of National Defense. Commissions in which civil servants work in the sectors of national defense of Lithuania include: Election Commission and Appraisal of Association Programs and State Institutions (Order of the Minister of National Defense «On Formation of the Election Commission and Appraisal of Association Programs and NGOs»); Commission on Planning of Publishing and Publications of the Ministry of National Defense (Order of the Minister of National Defense «On Approval of the Regulations of the Publishing Commission for the Planning and Approval of the National Defense System»); Public Relations Coordinating Unit of the Ministry of National Defense (Order of the Minister of National Defense «Conclusion of the Group for the Coordination of Public Relations of the Ministry of National Defense and approval of its work regulations»); National Defense Research Coordination Unit (Order of the Minister of National Defense «On the Establishment of the Group for the Coordination of the Research Work of the National Defense System and the Approval of its Rules of Work»); Advisory Board on the Awards and Promotions of the Ministry of National Defense (Order of the Minister of National Defense «On the establishment of the Advisory Commission for the awarding and promotion of the Ministry of National Defense and approval of its provisions»), the Commission on the Selection and Certification of Civil Servants National Defense System (Order of the Minister of National Defense «On Approval of the Regulations and Formation of the Commission»); Commission on the Selection of Civil Servants for Servicing Abroad (Order of the Minister of National Defense «On the Establishment of the Commission for the Selection of Civil Servants of the National Defense System for Service Abroad and approval of its provisions»), the Commission on the Selection of Civil Servants for the Improvement of Qualifications Abroad (Order of the Minister of National Defense «On Approval of the Commission on the Selection of Civil Servants for Diversification of qualifications abroad and its provisions»); Commission for Evaluation of the Civil Service of the Ministry of National Defense (Order of the Minister of National Defense «On the Formation of the Civil Service Evaluation Commission for Civil Servants»); Commission for consideration of applications for material support of the Ministry of National Defense (Order of the Minister of National Defense «On the Formation of the Application for Submission of the Commission on Material Benefits and Approval of its Rules of Work»); Commission on the coordination of communication systems and information systems of the National Defense (Order of the Minister of National Defense «On approval of the Rules of work of the Coordinating Commission on information and communication systems of the National Defense System»); Special Committee of Experts on Personnel (Order of the Minister of National Defense «On the Establishment of the Special Commission of Experts on Personnel of the Ministry of National Defense and Approval of its Provisions») [27].

Despite the fact that the civil servants of the above-mentioned bodies perform functions that are related to the national defense sector, their professional activity is still regulated by the main labor legislation of Lithuania, but it is also regulated by special legal documents, depending on the particulars of professional activity.

By the way, in accordance with the Law of Lithuania «On the Fundamentals of National Security of the Republic of Lithuania» some powers within the scope of its competence in the field of national defense are held by civil servants of such bodies and institutions as: the Ministry of Foreign Affairs of Lithuania, the Ministry of the Interior of Lithuania and its internal Public Security Service, Financial Crime Investigation Service, State Border Guard Service, Department of Public Security, specialized research institutions, Lietuvos šaulių sąjunga, etc.

In general, in accordance with Article 71 of the Lithuanian Law «On the Organization of the National Defence System and Military Service», civil servants of the national defense system of Lithuania are divided into civil servants who carry out civil service of protection under civil service contracts and other civil servants.

Civil service of national defense is carried out according to the established procedure at the institutions of the national defense system, other state or municipal institutions, as well as in international or European educational institutions and foreign institutions, where it is not necessary to involve servicemen for the fulfillment of official functions, but requires special knowledge or experience in the field of the national defense. In order to ensure the high qualifications and stability of the civilian personnel of the national defense system, the government may impose restrictions on which part of the civil servants of the national defense system may fall under the terms of the employment contract. Within these limits, the Minister of National Defense establishes the positions of civil servants of the national defense system. The labor relations of civil servants of the national defense system are regulated by the Law of Ukraine «On Civil Service» [8].

At the same time, with regard to civil servants in the national defense sector, the Law of Lithuania «On the Organization of the National Defence System and Military Service» stipulates that some requirements and conditions of service are regulated by the Statute of the Civil Protection Service and qualification categories for such employees can also be awarded in accordance with the procedure established by the Statute of the Civil Protection Service. And civil servants with whom a civil defense contract has been concluded and which have certain conditions of service and social guarantees applicable to servicemen of professional military service may receive them in accordance with the procedure established by the regulatory enactments of the Cabinet of Ministers of Lithuania. We emphasize that when entering the civil service in the national defense sector, the person takes an oath, as established by the Statute of the Civil Defense Service. Obligatory condition of the civil service contract is the obligation to serve in the civil service of the National Defense Service in accordance with the conditions and procedure established by laws, other legal acts and statutes. In addition, the monetary compensation of civil

servants of the Civil Defense Service is regulated by the Law of Lithuania «On Civil Service» and the Statute of the Civil Defense Service.

Conclusions. Thus, based on a thorough analysis of domestic and foreign legislation, the peculiarities of civil service in the national defense sector are as follows:

1) civil service in the sphere of national defense as a public professional activity combines two levels: internal (organizational) – refers to personnel service and external issues (law enforcement) – concerns the performance of tasks and functions in the national defense sector;

2) civil service in the national defense sector is inextricably linked with a militarized service that manifests itself: a) in the joint service within a single public administration; b) in case of the replacement of the positions of civil servants of military administrations by militarized service representatives; c) when replacing certain military positions in the Armed Forces of Ukraine by civilians (on terms of a fixed-term employment contract);

3) civil service in the national defense sector is often called upon to perform a secure role in the implementation of the main tasks by specially authorized subjects (their officials) in this area;

4) the legal regulation of civil service in the national defense sector is characterized by dualism, which consists in regulating the issues of passing in two directions: general (Law of Ukraine «On Civil Service») and special (for example, the Law of Ukraine «On Prosecutor's Office»). By the way, such dualism is inherent in the legal regulation of civil service in the system of national defense of Lithuania;

5) civil service in the national defense sector, both in Ukraine and in Lithuania, plays a very important role in the implementation of an effective defense policy of the state. But with radical comparative analysis of regulatory and legal bases, the imperfect legal regulation of the relations that arise in this sphere in Ukraine is obvious. Therefore, based on positive international practice and experience, we consider it necessary to improve domestic legislation in the field of civil service in the national defense sector, by supplementing the provisions of the Law of Ukraine «On Defense of Ukraine» according to civil service in the field of defense. And also, in connection with this change, bring other regulatory acts in this area into conformity;

6) proper legal consolidation in Ukraine also requires the administrative and legal status of civil servants in the sphere of the defense industrial complex and the status of citizens and public associations that voluntarily participate in the provision of national security and defense. It is obvious that in order to effectively improve the legal regulation of relations arising from the performance of the functions mentioned above by the above-mentioned employees in the national defense sector, it is also necessary to amend the Law of Ukraine «On National Security of Ukraine» and thus regulate the gaps existing in the domestic legislation to date;

7) it is also important to establish in Ukraine, at the legislative level, a clearly defined notion of «civil service in the field of national defense». This will to a certain

extent help to resolve the relationship in the course of such a service and avoid problems in law enforcement practice.

**References:**

1. Pro oboronu Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 06.12.1991 r. № 1932-XII. (1992). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 9, 106.
2. Pro zbroyni syly Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 06.12.1991 r. № 1934-XII. (1992). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 9, 108.
3. Pro mobilizacijnu pidgotovku ta mobilizatsiyu: Zakon Ukrainy vid 21.10.1993 r. № 3543-XII. (1993). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 44, 416.
4. Pro pravovyi rezhym voiennoho stanu: Zakon Ukrainy vid 12.05.2015 r. № 389-VIII. (2015). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 28, 250.
5. Pro rishennya Rady natsionalnoi bezpeky i oborony Ukrainy vid 2 veresnya 2015 roku «Pro novu redaktsiyu Voyennoi doktryny Ukrainy»: ukaz Prezidenta Ukrainy vid 24.09.2015 r. № 555/2015. (2015). *Ofitsijnyj visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 22, 19.
6. Pro derzhavnu sluzhbu Ukraini : Zakon Ukraini vid 10.12.2015 № 889-VIII. (2016). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 4, 43.
7. Pro natsionalnu bezpeku Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 21.06.2018 № 2469-VIII. (2018). *Ofitsijnyj visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 55, 1903.
8. Lietuvos Respublikos krašto apsaugos sistemos organizavimo ir karo tarnybos įstatymas. URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.56646/aHUyOxCTzk?positionInSearchResults=0&searchModelUUID=d54d1701-05bb-4b91-906c-85a49789c76f>.
9. Lietuvos gynybos politikos Baltoji knyga. URL: [file:///C:/Users/User/Downloads/bk-2017-lt-el%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/bk-2017-lt-el%20(1).pdf).
10. Kuzmenko, O.V. (2012). Kurs administratyvnoho prava Ukrainy. Kyiv: Juryнком Inter [in Ukrainian].
11. Pro sluzhbu v orhanakh mistsevoho samovriaduvannia: Zakon Ukrainy vid 07.06.2001 r. № 2493-III. (2001). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 33, 175.
12. Lietuvos Respublikos valstybės tarnybos įstatymą. URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.84605/aoppEdeodC?positionInSearchResults=1&searchModelUUID=0fa72d39-a992-4e5f-877c-22118e2630ca>.
13. Pro zatverdzhennja Polozennja pro Sekretariat Kabinetu Ministriv Ukrainy: postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 12.08.2009 № 850. (2009). *Ofitsijnyj visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 61, 92.
14. Pro tsentralni orhany vykonavchoi vlady: Zakon Ukrainy vid 17.03.2011 № 3166-VI. (2011). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 38, 385.
15. Derzhavna sluzhba. Diialnist. Ofitsijnyi web-site Ministerstva oborony Ukrainy. URL: <http://www.mil.gov.ua/diialnist/derzhavna-sluzhba/>.
16. Pro vijskovyi oboviazok i vijskovu sluzhbu: Zakon Ukrainy vid 25.03.1992 r. № 2232-XII. (1992). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 27, 385.
17. Pro zamischennia v myrnyi chas okremykh vijskovykh posad u Zbroinyh Sylah Ukrainy tsyvilnymy osobamy: nakaz Ministerstva oborony Ukrainy vid 29.05.2017 r. № 292. (2017). *Ofitsijnyj visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 57, 95.
18. Pro zatverdzhennia Pereliku profesijnykh nazv robit pratsivnykiv Zbroinyh Syl Ukrainy ta Pereliku oblikovykh spetsialnostey pratsivnykiv Zbroinyh Syl Ukrainy: nakaz Ministerstva oborony Ukrainy vid 19.10.2016 r. № 543. (2016). *Ofitsijnyj visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 91, 201.
19. Klasyfikator profesii DK 003:2010 (Dodatok A): nakaz Derzhspozhyvstandartu vid 28.07.2010 r. № 327. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/rada/show/va327609-10>.
20. Pro Derzhavnu sluzhbu spetsialnoho zviazku ta zahystu informacii: Zakon Ukrainy vid 23.02.2006 r. № 3475-IV. (2006). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 30, 258.

21. Pro Natsionalnu hvardiu Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 13.03.2014 r. № 876-VII. (2014). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 17, 594.

22. Pro Derzhavnu prykordonnu sluzhbu Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 03.04.2003 r. № 661-IV. (2003). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 27, 208.

23. Pro prokuraturu: Zakon Ukrainy 14.10.2014 r. № 1697-VII. (2015). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 2–3, 12.

24. Pro zatverdzhennja Poriadku provedennja psiholohichnoi reabilitatsii uchasnykiv antyterorystychnoi operatsii ta postrazhdalych uchasnykiv Revolutsii Hidnosti: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 27.12.2017 r. № 1057. (2018). *Ofitsijnyj visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine*, 4, 167.

25. Lietuvos Respublikos nacionalinio saugumo pagrindų įstatymas. URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.34169/vDAPGooxLN?positionInSearchResults=1&searchModelUID=ad147dfc-a54a-4121-982c-6e44ff6345b8>.

26. Lietuvos Respublikos Vyriausybės kanceliarija. URL: <http://lrkv.lrv.lt/lt/apie-vyriausybes-kanceliarija/veiklos-sritys>.

27. LIETUVOS RESPUBLIKOS KRAŠTO APSAUGOS MINISTERIJA. URL: [http://kam.lt/lt/struktura\\_ir\\_kontaktai\\_563/struktura\\_564.html](http://kam.lt/lt/struktura_ir_kontaktai_563/struktura_564.html).

**Шановал Р. В.**, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры административного права и административной деятельности, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.

e-mail : rvshapoval1@gmail.com ; ORCID 0000-0002-5716-9291

**Солнцева К. В.**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры административного права и административной деятельности, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.

e-mail : kvsoltseva@gmail.com ; ORCID 0000-0001-9404-8029

### **Особенности гражданской службы в секторе национальной обороны**

*Дается характеристика гражданской службы в секторе национальной обороны с учетом её особенностей и специфики соответствующей сферы. На основе анализа отечественного и зарубежного законодательства выделяются следующие особенности: гражданская служба в секторе национальной обороны как публичная профессиональная деятельность двухуровневая (организационный и правоприменительный); она неразрывно связана с милитаризованной службой и часто призвана выполнять обеспечительную роль по воплощению основных задач специально уполномоченными субъектами (их должностными лицами). Следует учитывать также то, что правовое регулирование гражданской службы в секторе национальной обороны Украины характеризуется дуализмом, заключающемся в регулировании вопросов её прохождения в двух направлениях: общем (например, Закон Украины «О государственной службе») и специальном (например, Закон Украины «О прокуратуре»). Особое внимание уделяется зарубежному опыту в этой сфере на основе сравнения такой службы в Украине и Литве. Подобный дуализм присущ и правовому регулированию гражданской службы в системе национальной обороны Литвы. К тому же, как в Украине, так и в Литве, она играет важную роль для осуществления эффективной оборонной политики государства. При сравнительном анализе нормативно-правовых баз установлено несовершенное правовое регулирование отношений, возникающих в этой сфере в Украине. Поэтому необходимо усовершенствовать отечественное законодательство касательно гражданской службы в секторе национальной обороны путем дополнения Закона Украины «Об обороне Украины» положениями о гражданской службе в сфере обороны и привести в соответствие другие нормативно-правовые акты в этой области. Надлежащего правового закрепления в Украине требуют административно-правовой статус государственных служащих сферы оборонно-промышленного комплекса и статус граждан и общественных объединений, добровольно участвующих в обеспечении национальной*

безопасности и обороны. Закрепление в Украине на законодательном уровне четкого определения «гражданская служба в сфере национальной обороны» в определенной степени поможет урегулировать отношения при прохождении такой службы и избежать проблем в правоприменительной практике.

**Ключевые слова:** гражданская служба; сектор национальной обороны; публичная профессиональная деятельность; национальная безопасность.

**Рекомендоване цитування:** *Shapoval R. V., Solntseva K. V.* Peculiarities of the civil service in the national defense sector. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 145. С. 152–168. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.164295>.

**Suggested Citation:** *Shapoval, R.V., Solntseva, K.V.* (2019). Peculiarities of the civil service in the national defense sector. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 145, 152–168*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.164295>.

*Надійшла до редколегії 16.04.2019 р.*





**Nesterova Iryna Anatoliyvna,**  
*PhD in Law, Associate Professor of the  
Criminal Law and Process Department,  
Uzhhorod National University,  
Ukraine, Uzhhorod*  
e-mail: [nesterovaira903@gmail.com](mailto:nesterovaira903@gmail.com)  
ORCID 0000-0003-0481-2965



**Shelever Natalya Vasylivna,**  
*PhD in Law, Associate Professor of the  
Department of Administrative,  
Financial and Information Law Department  
Uzhhorod National University,  
Ukraine, Uzhhorod*  
e-mail: [nataliashelever@gmail.com](mailto:nataliashelever@gmail.com)  
ORCID 0000-0003-3641-4910

doi: 10.21564/2414–990x.145.162219  
UDC 343.1:364–782

## MEDIATION AS AN ALTERNATIVE METHOD OF PUBLIC LEGAL DISPUTES SOLVING

*The article deals with the problems of mediation in administrative legal proceedings. It is alleged that it is an effective alternative way of disputes settling. The authors pay attention on the problems that arise in mediation applying. The authors analyze the positive foreign experience on this issue. Proposals for improving domestic legislation are provided there.*

**Keywords:** mediation; mediator; judge; public legal disputes; court proceedings.

**Нестерова І. А.,** кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права та процесу, Ужгородський національний університет, Україна, м. Ужгород.  
e-mail : [nesterovaira903@gmail.com](mailto:nesterovaira903@gmail.com) ; ORCID 0000-0003-0481-2965

**Шелевер Н. В.,** кандидат юридичних наук, доцент кафедри адміністративного, фінансового та інформаційного права, Ужгородський національний університет, Україна, м. Ужгород.  
e-mail : [nataliashelever@gmail.com](mailto:nataliashelever@gmail.com) ; ORCID 0000-0003-3641-4910

**Медіація як альтернативний спосіб вирішення публічно-правових спорів**

*Стаття присвячена дослідженню інституту медіації в адміністративному судочинстві. У зв'язку з внесенням змін до процесуальних кодексів аналіз новел, які є у Кодексі адміністративного судочинства України, на даний час є актуальним завданням. Однією із таких новел є інститут медіації, який викликає зацікавленість як серед теоретиків, так і практиків.*

*Медіація – це альтернативний спосіб вирішення справ, який широко використовується в провідних країнах-членах Європейського Союзу.*

*У зв'язку з прагненням України стати повноправним членом Європейського Союзу вивчення позитивного досвіду провідних європейських держав є доцільним. Виникає необхідність приведення чинного законодавства до стандартів провідних європейських держав. Такі зміни необхідні і у сфері судочинства, зокрема адміністративного. Першочерговим завданням для демократичної країни є забезпечення справедливого правосуддя. Один зі способів врегулювання спорів – судова медіація, яка забезпечує швидке вирішення спору без судового розгляду.*

*Варто зазначити, що судова медіація є досить дієвим альтернативним способом вирішення спорів. Автори зосередили свою увагу на дослідженні механізму впровадження медіації в адміністративне судочинство, вивченні позитивного європейського досвіду з даного питання з метою усунення прогалин у вітчизняному законодавстві.*

*У статті констатовано, що медіація була відома ще римському та грецькому праву. Першою країною на європейському континенті, яка почала використовувати медіацію, стала Велика Британія. Автори роблять пропозицію щодо створення Національного інституту вирішення спорів.*

*Значення медіації полягає у тому, що, з одного боку, вона розвантажить адміністративні суди, з іншого – даний інститут надасть змогу швидко вирішити справу без участі суду і тим самим зекономити час та кошти. Медіатор шукає компромісне взаємовигідне рішення між сторонами та вживає всі заходи щодо запобігання виникнення конфлікту в майбутньому. Переможця не існує, оскільки рішення у справі має задовольнити обидві сторони.*

*Процесуальне законодавство, а саме глава 4 Кодексу адміністративного судочинства, визначає порядок врегулювання спору за участі судді. Якщо спір не вдалося врегулювати, то повторна медіація не допускається.*

*Автори спростовують думку про те, що часто публічно-правові спори вважають немедіабельними і обґрунтовують свою позицію.*

*Позитивним наслідком медіації є і те, що рішення, яке прийняте за її наслідками, має бути виконане у найкоротші строки, бо воно є компромісним. На практиці рішення суду виконуються тривалий час або взагалі не виконуються, тому перевагою медіації є те, що рішення, прийняті за її наслідками виконуються стовідсотково.*

*Незважаючи на позитивні моменти запровадження даного інституту в Україні, автори вказують і на проблемні питання, які виникають при застосуванні медіації.*

*У статті проаналізовано позитивний іноземний досвід з даного питання. Надаються відповідні пропозиції щодо удосконалення вітчизняного законодавства.*

*Медіація є прогресом в українському правосудді. Її метою є забезпечення доступу громадян до правосуддя, покращення якості судових рішень, розвантаження судів.*

**Ключові слова:** медіація; медіатор; суддя; правосуддя; публічно-правовий спір; судочинство.

“Avoid suing.  
Make your opponent come to a compromise.  
Pay attention to the fact that the nominal  
victory in court is often a real defeat  
in the time and money costing”.  
A. Lincoln

**Problem statement.** In connection with the desire of Ukraine to become a full-fledged member of the European Union, there is a need to bring existing legislation to the standards of the leading European states. Such changes are also needed in the sphere of legal proceedings, in particular administrative ones. The priority task for a democratic country is to ensure fair justice. One of the ways of resolving disputes is the judicial mediation that provides the quick dispute resolving without trial.

Taking into account that today the trust of Ukrainians in the judicial system is rather low, as well as in connection with the international obligations of our state to study and implement new methods of disputes resolving is the topical issue of nowadays.

World practice shows that today mediation is one of the most popular forms of conflict resolution, since practically 90 % of all mediation procedures are successfully completed for conflicting parties [1].

**Recent research and publications analysis.** The procedure of mediation is of great interest to domestic and foreign scholars such as S. Zagainov, G. Goncharov, V. Komarov, Yu. Prytyka, V. Reznikov, S. Fursa, T. Podkovenko and others.

In connection with the adoption by the Verkhovna Rada of Ukraine of the new Code of Administrative Proceedings, the institution of mediation became a novelty. An important issue of the present is the mechanism of the implementation of this alternative-native method of resolving disputes in administrative justice researching, the study of a positive European experience on this issue in order to fill gaps in national legislation.

**The purpose** of the article is to study the institute of mediation in administrative proceedings, to analyze the current legislation on resolving public disputes through mediation, to investigate problems that arise in practice, European experience and provide relevant proposals.

**Presentation of the main material.** The use of mediators to resolve disputes has been recorded since ancient times; the historians pay attention to similar cases in the trade relations of the Phoenicians and in Babylon. In Ancient Greece there was a practice of the use of mediators (proxenetas). Roman law, starting with the Code of Justinian (530-533 AD), recognized the mediation. The Romans used different terms to refer to the “mediator” such as: internuncius, medium, intercessor, philanthropus, interpolator, conciliator, interlocutor interpres, and finally mediator. In some traditional cultures, the figure of a mediator was treated with special respect and revered on a par with priests or tribal leaders. Mediation in its modern sense began to evolve in the second half of the XXth century, first of all, in the countries of Anglo-Saxon law, such as the USA, Australia, Great Britain, and then began to

spread in Europe. As a rule, the first attempts to use mediation were concerned the resolution of disputes in the field of family relations. Subsequently, mediation was recognized in resolving a wide range of conflicts and disputes, beginning from conflicts in local communities and ending with complex multilateral conflicts in the commercial and public spheres [2].

So, as we see, the mediation was known also to the Roman and Greek law. It should be noted that mediation on the European continent was the first to be used by Great Britain. Unfortunately, this procedure has been introduced in Ukraine recently.

The Council of Europe Committee of Ministers in its Recommendations No. R (86) 12 of September, 16, 1986 "On Measures to Prevent and Reduce Excess Workloads of Judges" paid the attention of states to the contribution of national courts to the reconciliation of the parties both outside the judicial system and to (or) in the trial process.

In this regard, it was proposed to place on the judges, as one of the main tasks, the responsibility for achieving reconciliation of the parties and the conclusion of a settlement agreement on all relevant issues, both before and at any stage of the trial process. In connection with this the change of procedural legislation, including the administrative proceeding is due to a number of novels that characterize the modern direction of legal proceedings development.

One of such novels is the dispute settlement with the participation of a judge. A characteristic feature of such a novel is the implementation of judicial mediation in the administrative process, which is a part of the preparatory process. The nature of such a settlement is that the reconciliation initiative, or the settlement of an administrative legal dispute with the participation of a judge, belongs to the parties to the dispute, and not to the judge.

The judge by his own will or his right cannot initiate or independently implement the dispute settlement process, since such a procedure has its own specific, non-procedural form that cannot take place without the consent of the parties. Such agreement (petition) of the parties must have the written form. At this stage, it is difficult to identify the parties as the sides of legal proceedings; they are rather parties of negotiations.

Negotiations are usually not mandatory in legal sequence, as is the case in classical justice. This is a more democratic procedure in which you can express your attitude to the dispute, suggest your way out of the situation, ask the other party to go to a meeting on a matter with an equivalent on this substitute, etc. At the same time, the judge acquires essentially the status of a state mediator, on which, according to his status, all organizational issues lie, as well as the management of the negotiation process, the choice of the form of negotiations, etc. In spite of the democratic nature of this process, negotiations in its entirety are of a procedural nature, since its form is regulated by procedural rules of law. Such a conglomerate has its own procedural principles, which affects both the confidence of the parties in such procedures and the expectations regarding the speed of dispute resolving in

essence without a “deployed litigation”. One of these principles is the principle of confidentiality.

All procedural actions of dispute resolving with the participation of a judge are of confidential character. Confidentiality, in its general sense, is a mandatory rule according to which all information that has received during the judicial and mediation procedures is not subject to disclosure, whether orally and in writing, unless otherwise it is not stipulated by the parties’ agreement. Thus, such information becomes essentially information only for use in the internal judicial-media space. This rule applies not only to parties, their representatives, but also judges, since such a rule is their professional duty [10, p. 249–250].

Unlike the trial, which is strictly regulated, formalized and focused on the essence of the claim, mediation provides a flexible approach to the dispute resolving, taking into account all aspects of the controversy, regardless of its legal significance. That is why mediation refers to alternative methods of disputes resolving [3, p. 94].

But there are essential features when it is possible to distinguish mediation from other methods of disputes resolving (arbitration judge /court, reconciliation, negotiations) that is: the voluntary using of this procedure; flexible nature of the procedure; the desire of the parties to agree and resolve the dispute; lack of mediator judicial powers. For example, an arbitrator judge is obliged to take a decision, the procedure of an executive document issuing is foreseen, and the mediator does not have such rights, but only contributes to the fact that the parties themselves determine the procedure for dispute resolving [3, p. 94].

Mediation refers to so-called alternative dispute resolution methods; the ADR (Alternative Dispute Resolution). The concept of ADR was introduced in practice in the 70’s of the twentieth century in the United States of America and in ten years has become widely used. There is no one serious negotiation process without mediators in the field of economy, politics, and business in this state. The National Institute for Dispute Resolution, which deals with the development of mediation new methods, the private and public services of mediation operate there. The American Arbitration Association has approved its Rules of arbitration and mediation, that are used, including, when considering internal disputes, is very influential [4, p. 18].

When analyzing the American experience in mediation, we come to the conclusion that in Ukraine it would be worthwhile to create the National Institute for Dispute Resolution.

Mediation in administrative proceedings was implemented on December 15, 2017. Public legal disputes, that is, the disputes of individuals and legal entities with the subject of authority are considered in the administrative court proceedings. The introduction of mediation is a positive step forward, since it will unload, first of all, administrative courts. In addition, Ukrainian officials will not mind such a way of disputes resolving, because mediation allows a quick resolution of the dispute without the participation of the court. Such a trial will ensure the procedural economy of time, money. The procedure will be confidential. All efforts of the parties

are aimed at an alternative dispute resolution, as well as all measures to prevent a conflict in the future are taken. The mediation decision is always winning, because there is no winner. The decision is formed in the way to satisfy both sides.

Due to the heavy load of the administrative courts in Ukraine, the need for mediation implementation has come to an end. And the mediation itself will provide a quick dispute resolution without a court. Mediation is a kind of intermediary in a dispute in which the parties resolve the dispute on their own, looking for a mutually beneficial solution.

Chapter 4 of CAP (Code of Administrative Proceedings) determines the procedure for settling the dispute with the judge participation. The consent of the parties is required. Suspension of proceedings is foreseen. An interesting point is that if the parties have not reach a compromise, re-mediation is not allowed.

Mediation is conducted in the form of joint and/or closed meetings. During the settlement of a dispute, the judge carries out actions aimed at the dispute peaceful settlement by the parties. However, the judge can himself offer the parties their own way of resolving the conflict. All information is confidential. The term of mediation is no more than 30 days from the date of the decision to hold a dispute settlement with the participation of a judge.

Settlement of a dispute with the judge participation may take place only “behind a closed door”, which excludes publicity. Despite the closed character of the negotiations’ procedural form, the privacy is not an obstacle to the efficiency of such actions. On the contrary, the simplicity of the negotiations is connected with a scrupulous, but quick analysis of the dispute subject, discussion of each party arguments as to its rightness in the dispute, with the correctness of such evidence confirming, and in this context the judge or the parties themselves offer certain compromises and proposals for the peaceful settlement of the dispute as on joint and individual (closed) meetings. Such an approach is logical, since in such cases, after hearing the arguments of the parties, each of them independently calculates the real possibilities for a particular legal result that is based on one or another judicial practice, pronounced by a judge or representatives of the party.

Certainly, the actions of the parties to meet each other are not limitless, but the possibility of a fair compromise has always been there. Another thing is that the parties either do not try to find such a compromise and, on the basis of it, formulate their capabilities or deliberately not agree on a certain compromise, since it does not give them those or other perspectives on which they hoped. At the same time, all these points are confidential so that any party of the administrative legal dispute has not suffered both material and moral damage. Under the agreement of the parties, such negotiations are followed by their representatives, who can recommend judges a certain form of negotiations with the acceptance of participation in the discussion and possible compromises. The generally recognized fact is that the position of the representatives always has an impact on their trustees. Therefore, the judge must give all possible opportunities to such representatives for their close cooperation in such negotiations [10, p. 250–251].

On a confidentiality basis the parties work out and the terms of various in their content peace agreements concluding. At the same time, the information provided by each of the parties in the closed meetings is included under the confidentiality regime, since such information is often one of the conclusions of a settlement agreement' conditions. Consequently, each party, in closed meetings, gives the judge's consent to a message to the other party of his proposals or certain information. Thus, all the negotiators are related to the principle of confidentiality at all stages of the dispute settlement with the judge participation, since confidentiality is a form of closed information keeping. At the same time, the law should provide the administrative and even criminal liability of the parties, their representatives and interpreters who, if necessary, can take part in the negotiations o with the participation of a judge, since none of them has the right to use this confidential information in their interests or interests of other persons before the end of the trial on the merits. Certainly, oral information that took place during a dispute with the participation of a judge should not be recognized as evidence in a civil case, otherwise it will be impossible to achieve honesty in the positions of the parties [10, p. 251].

Article 188 of the CAP determines the grounds for terminating the settlement of a dispute with the judge participation:

- 1) In the case of submission by the party of an application for the termination of the dispute settlement with the participation of a judge;
- 2) In the case of the dispute settlement term expiration with the participation of a judge;
- 3) On the initiative of a judge in case of the dispute settlement procedure delaying by any of the parties;
- 4) if the parties reach reconciliation and appeal to the court with a statement on reconciliation or petition of the plaintiff in court with a statement on leaving the claim without consideration or in the event of the applicant's refusal from the claim or recognition of the claim by the defendant [5].

Often it's said that the mediation is impossible in public law disputes, since one of the dispute parties is the subject of power necessarily. We do not agree with this position, because we believe that, on the contrary, public legal disputes are subject of mediation. Even the subject of the authorities itself is interested in dispute resolving as soon as possible, reaching an appropriate compromise and not getting involved in legal proceedings, not paying court fees, bearing the burden of proof according to the Code of Administrative Proceedings.

However, the problem is that not all disputes that are subject to administrative legal proceedings are media-related. So, mediation is not allowed in cases, defined by Chapter 11, Section 2, of the CAP, that is, there is a special proceeding of administrative cases separate categories. Exceptions are typical cases and administrative proceedings on claims for expropriation of land, other objects of real estate, which are located on it, for reasons of social necessity.

The German mediation experts identify the following administrative disputes with the characteristics for which mediation is appropriate:

- a) if the relationship between the parties is possible; for example, between the owners of neighboring land;
- b) the presence of communication problems of the conflict parties;
- (c) if the administrative authority has the right to choose alternatives of sanctions;
- d) if the circumstances of the conflict are not the subject to disclosure.

However, there are conflicts that have the relevant characteristics and cannot be resolved with mediation, that is:

- a) the offense may lead to criminal punishment;
- b) the purpose of the trial is directed solely at the resolution of any legal problem;
- c) the conflict can be solved only through the proof procedure [6].

There is often discussion about the subject matter of the dispute parties, as there is procedural inequality of the parties. The question the burden of proof imposing on the subject of power in mediation is not regulated. We believe that the decision taken as a result of mediation will be faster, because both parties have made a voluntary joint decision and they will implement it. The court decision is not always performed voluntarily by the parties and very often remains unenforced or executed in practice. Then, in general, the sense of justice is lost.

Therefore, it is the mediation that will ensure 100 % implementation of the decisions. It should be noted that the mediation can be applied to any category of cases. Nevertheless, the mutual desire of the parties is necessary.

As Hamburg Administrative Court Presiding Judge, the mediator Friedrich-Joachim Memel points out, that mediation proceeding, especially in complex proceedings, is appropriate, first of all, in cases where the parties are actually in a dispute over a solution (often prolonged-time, emotional-personal) conflicts, which, in fact, stand in the legal dispute, when the direct cause of the conflict is not the subject of the dispute itself, or if the court decision gave the participants “not bread, but stones», or parties will still have to “live with each other”, or if communication violations were still hampered by conflict resolution. As already mentioned above, mediation is not limited by the previous subject of the dispute. In this case; it must take into account the hidden conflict, which, after all, are not related to the right of the parties’ aspirations (for example, the desire to obtain apologies or recognition). In addition, third parties who have not yet taken part in the proceedings may also be involved in the mediation procedure. Therefore, mediation can be almost applied in every law sphere, but often, as practice shows, in so-called “triangle constellations” (neighboring law (for example, in the case when issued construction permit affect the rights of third parties), competition cases (for example, state subsidies / grants providing), large industrial and construction projects, etc.). It is precisely the lack of mediation procedure restriction provide the parties more possibilities for mutually beneficial dispute resolving, that would prevent the conflict situations emergence, and, consequently, new lawsuits in the future [7].



A. Kalish and A. Zinkevich distinguish the following main mediation objectives:

- to promote mutual understanding that takes into account the interests of both parties (problem-solving/interest-based paradigm of mediation);

- to formate the positive relationships and the basis of cooperation between the dispute parties, as well as in self-knowledge, self-improvement and the so-called inner moral growth assistance (transformative paradigm of mediation) [8].

**Conclusions and suggestions.** We believe that mediation in administrative proceedings is a positive step forward, as it will provide access to justice, helps to improve the quality of court decisions and unload the courts. However, practice of its application will show if the mediation'll bring positive results.

It is also important to pay attention to the court decisions' enforcement, because the sense of justice is lost at all without it.

We fully agree with O. Pasenyuk that there is an acute problem with enforcement of court decisions in Ukraine. The introduction of a mediation procedure will reduce the flow of appeals to the European Court of Human Rights of court decisions' non-enforcement, which, in turn, will reduce the penalties that are heavy burden of the country's budget. In addition, an open dialogue, and a positive communication conflict solution between the state government and the public will contribute to increase their legal awareness and legal culture [9].

#### References:

1. Adamantys, E. (2011). Medyatsyya v Ukrainy: «za» y «protyv». *Yuryst i Zakon*, 42. URL: [http://search.ligazakon.ua/I\\_doc2.nsf/link1/EA002546.html](http://search.ligazakon.ua/I_doc2.nsf/link1/EA002546.html) [in Ukrainian].
2. Kokhan, H. (2014). Chy potribna mediatsiya Ukrayini? URL: <http://yurradnik.com.ua/stati/d1-87-d0-b8-d0-bf-d0-be-d1-82-d1-80-d1-96-d0-b1-d0-bd-d0-b0-d0-bc-d0-b5-d0-b4-d1-96-d0-b0-d1-86-d1-96-d1-8f-d1-83-d0-ba-d1-80-d0-b0-d1-97-d0-bd-d1-96/> [in Ukrainian].
3. Mazaraki, N. (2016). Mediatsiya v Ukrayini: problemy teorii ta praktyky. *Zovnishnya torhiv-lya: ekonomika, finansy, parvo*, 1, 92–100 [in Ukrainian].
4. Podkovenko, T. (2017). Mediatsiya yak sposib alternatyvnoho rozvyazannya konfliktiv: geneza ta instytutsiyni zasady. *Aktualni problemy pravoznavstva*, 1 (9), 17–22 [in Ukrainian].
5. Kodeks administratyvnoho sudochynstva Ukrainy: vid 06.07.2005 r. № 2747-IV. *Legislation of Ukraine: Database/Verkhovna Rada of Ukraine*. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2747-15> [in Ukrainian].
6. Yer'omenko, H., Zayichenko, A. (2014). Podatkova mediatsiya: dosvid i perspektyvy vprovadzhennya. *Yuryst & zakon*, 25 (27.06–03.07) [in Ukrainian].
7. Memel, F.-Y. (2007). Mediatsiya v administratyvnomu sudochynstvi Ukrayiny. URL: [http://www.voas.gov.ua/upload/337\\_mediac2.pdf](http://www.voas.gov.ua/upload/337_mediac2.pdf) [in Ukrainian].
8. Kalisz, A., Zienkiewicz, A. (2014). Mediacja sądowa i pozasądowa. Zarys wykładu. Warszawa: Wolters Kluwer Polska [in Polish].
9. Pasenyuk, O. Administratyvnyy sud Ukrayiny (zbirnyk naukovykh prats). URL: <http://www.info-library.com.ua/books-book-183.html> [in Ukrainian].
10. Kodeks administratyvnoho sudochynstva Ukrayiny: Naukovo-praktychnyy komentar (2018). M. M. Yasyenko (Ed.). Kyiv: Alerta [in Ukrainian].

**Нестерова И. А.**, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права и процесса, Ужгородский национальный университет, Украина, г. Ужгород.  
e-mail : nesterovaira903@gmail.com ; ORCID 0000-0003-0481-2965

**Шелевер Н. В.**, кандидат юридических наук, доцент кафедры административного, финансового и информационного права, Ужгородский национальный университет, Украина, г. Ужгород.  
e-mail : nataliashelever@gmail.com ; ORCID 0000-0003-3641-4910

**Медиация как альтернативный способ решения публично-правовых споров**

*Статья посвящена исследованию института медиации в административном судопроизводстве. Это действенный альтернативный способ решения споров. Указано на проблемные вопросы, которые возникают в процессе медиации. Авторами проанализирован положительный зарубежный опыт по данному вопросу. Предоставляются соответствующие предложения по совершенствованию отечественного законодательства.*

**Ключевые слова:** медиация; медиатор; судья; публично-правовой спор; судопроизводство.

**Рекомендоване цитування:** *Nesterova I. A., Shelever N. V. Mediation as an alternative method of public legal disputes solving. Проблеми законності. 2019. Вип. 145. С. 169–178. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.162219>.*

**Suggested Citation:** *Nesterova, I.A., Shelever, N.V. (2019). Mediation as an alternative method of public legal disputes solving. Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 145, 169–178. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.162219>.*

*Надійшла до редколегії 03.04.2019 р.*

# КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ



**Пономаренко Юрій Анатолійович**,  
кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри кримінального права № 1,  
Національний юридичний університет  
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків  
e-mail: [ponomarenko\\_yuriy@ukr.net](mailto:ponomarenko_yuriy@ukr.net)  
ORCID 0000-0002-1030-1072

doi: 10.21564/2414–990x.145.156668  
УДК 343.21(477):004.383.8

## КРИМІНАЛЬНО – ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ ВОЄННОГО СТАНУ

*Розглянуто комплекс кримінально-правових наслідків, що мали місце у зв'язку із запровадженням в Україні воєнного стану. За підсумками їх системного аналізу висловлено судження щодо особливостей застосування кримінального закону в умовах воєнного стану.*

**Ключові слова:** воєнний стан; виключення кримінальної відповідальності; кваліфікація злочину; обставини, що обтяжують покарання; триваючий злочин; продовжуваний злочин; звільнення від кримінальної відповідальності.

**Пономаренко Ю. А.**, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедри уголовного права № 1, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.  
e-mail : [ponomarenko\\_yuriy@ukr.net](mailto:ponomarenko_yuriy@ukr.net) ; ORCID 0000-0002-1030-1072

### **Уголовно-правовые последствия введения в Украине военного положения**

*Рассмотрен комплекс уголовно-правовых последствий, имевших место в связи с введением в Украине военного положения. По итогам их системного анализа высказаны суждения об особенностях применения уголовного закона в условиях военного положения.*

**Ключевые слова:** военное положение; исключение уголовной ответственности; квалификация преступления; обстоятельства, отягчающие наказание; длящееся преступление; продолжаемое преступление; освобождение от уголовной ответственности.

**Постановка проблеми.** Наприкінці 2018 року в Україні відбулася політико-правова подія істотної й історичної значимості: на п'ятому році фактич-

ної війни на один місяць було запроваджено воєнний стан. Час показав, що військові та політичні наслідки цього кроку були достатньо позитивними, а соціальні та економічні – не стали негативними. Одночасно запровадження воєнного стану потягло за собою й низку правових наслідків, серед яких і кримінально-правові, адже лише текстуально в чинному КК України 2001 р. поняття «воєнний стан» зустрічається кілька десятків разів. Проте доводиться констатувати, що стосовно деяких із них українська кримінально-правова наука виявилася не готовою дати остаточні й однозначні трактування.

**Аналіз останніх публікацій.** Питання про кримінально-правові наслідки запровадження воєнного стану в Україні досі системно не досліджувалися. Лише окремі аспекти кримінальної відповідальності за вчинення певних злочинів в умовах воєнного стану досліджувалися стосовно державної зради, зокрема Л. М. Демидовою (L. M. Demydova), О. В. Зайцевим (O. V. Zaitsev), Н. С. Кончук (N. S. Konchuk), В. Р. Філіпенко (V. R. Filipenko) та військових злочинів – В. О. Бугаєв (V. O. Buhaiiev), С. І. Дячук (S. I. Diachuk), М. І. Карпенко (M. I. Karpenko), В. І. Касинюк (V. I. Kasyniuk), М. І. Мельник (M. I. Melnyk), М. І. Панов (M. I. Panov), М. М. Сенько (M. M. Senko), М. С. Туркот (M. S. Turkot), М. І. Хавронюк (M. I. Khavroniuk), С. О. Харитонов (S. O. Kharytonov) та ін. Однак здебільшого автори обмежилися відтворенням законодавчих положень про зміст воєнного стану та порядок його введення і припинення. А от істотні для науки кримінального права та практики застосування кримінального закону питання про місце воєнного стану в системі ознак складу злочину, його вплив на кваліфікацію та призначення покарання etc залишаються малодослідженими, а часто – й не поставленими.

Загалом таких актуальних питань я бачу сім, їх вивченню та формулюванню пропозицій щодо їх розв'язання й присвячена ця стаття.

**Виклад основного матеріалу. Про «закони воєнного часу».** Попри укорінену в суспільній свідомості думку, в Україні немає спеціальних кримінальних «законів воєнного часу». Тому і під час воєнного стану є чинним виключно КК України 2001 р. Однак окремі його положення, про які детальніше йтиметься нижче, отримали в умовах воєнного стану певні особливості дії.

Утім, відсутність кримінальних «законів воєнного часу» скоріше не перевага, а один з резервів для майбутнього вдосконалення чинного КК. Адже за змістом Конституції України та законодавства, що регулює відносини у сфері оборони України, поняття «воєнний стан» не можна ототожнювати зі «станом війни» чи з «воєнним часом». Так, згідно з п. 20 ч. 1 ст. 106 Конституції «воєнний стан» вводиться указом Президента, який відповідно до п. 31 ч. 1 ст. 85 Конституції затверджується законом, що приймається Верховною Радою України. Натомість «стан війни» відповідно до п. 9 ч. 1 ст. 85 Конституції оголошується Верховною Радою України на підставі подання Президента України (п. 19 ч. 1 ст. 106 Конституції). «Воєнний стан» вводиться Президентом на визначений час і його правовий режим регулюється спеціальним законом. Водночас «стан

війни» оголошується на невизначений час і в Україні наразі немає спеціального закону, який регулював би його правовий режим.

«Воєнний час», на відміну від «воєнного стану» і «стану війни», не вводиться жодним органом. Відповідно до ч. 3 ст. 4 Закону «Про оборону України» він настає автоматично у двох випадках: 1) з моменту оголошення стану війни; 2) з моменту фактичного початку воєнних дій. За змістом ч. 2 ст. 4 Закону «Про оборону України» воєнні дії можуть (і навіть у встановлених вказаним приписом випадках повинні!) починатися до оголошення стану війни. Таким чином, «воєнний час» може настати в Україні до і без введення «воєнного стану» чи оголошення «стану війни», які вже матимуть місце *post factum*. Припиняється «воєнний час» з моменту припинення стану війни.

Законодавство, що регулює питання оборони України, містить спеціальні приписи, розраховані на мирний і воєнний час. Наприклад, Статут внутрішньої служби Збройних Сил України, затверджений законом України від 29.03.1999 р., а так само Закон «Про військовий обов'язок і військову службу» саме у прив'язці до мирного або воєнного часу визначають обов'язки військовослужбовців. Проте КК України не надає кримінально-правового значення вчиненню злочину у воєнний час, коли воєнний стан ще не введено. Думаю, що *de lege ferenda* слід обговорити можливість заміни в КК України поняття «воєнний стан» поняттям «воєнний час».

**Строк дії воєнного стану, що має кримінально-правове значення.** Цілком очевидно, що для визначення кримінально-правових наслідків уведення воєнного стану принципове значення має встановлення меж його існування, передусім часових. Згідно з п. 1 Указу Президента України № 393/2018 від 26.11.2018 р. воєнний стан в Україні вводився «із 14 години 00 хвилин 26 листопада 2018 року». Чи саме з цього моменту настали всі, у тому числі й кримінально-правові, наслідки введення воєнного стану?

З мого погляду, відповідь на питання про те, з якого моменту настали кримінально-правові наслідки введення воєнного стану, має ґрунтуватися на положеннях з ч. 3 ст. 57 Конституції, згідно з якою закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, не доведені до відома населення у порядку, встановленому законом, є нечинними. Інакше кажучи, чинними вони стають лише після доведення їх до відома населення в установленому законом порядку. Жодних винятків з цього припису, навіть для випадків воєнного чи надзвичайного стану, Конституція не передбачає. Частина 6 ст. 5 Закону «Про правовий режим воєнного стану» передбачає, що «Указ Президента України про введення воєнного стану в Україні або в окремих її місцевостях, затверджений Верховною Радою України, офіційно оприлюднюється разом із законом щодо затвердження такого указу Президента України та набирає чинності одночасно з набранням чинності таким законом».

Закон України від 26.11.2018 р. «Про затвердження Указу Президента України «Про введення воєнного стану в Україні»» разом з названим указом був офіційно опублікований у «Голосі України» 28 листопада 2018 р. У пункті 3

вказаного Закону встановлено, що він набирає чинності з дня його опублікування. Таким чином, названі Закон України та Указ Президента України набули чинності о 24 год. 00 хв. 28 листопада (або, що те ж саме, з 00 год. 00 хв. 29 листопада) 2018 р.

Саме з указанного моменту настали кримінально-правові наслідки введення воєнного стану в Україні. Це, однак, не заперечує того, що для потреб воєнного права і воєнного управління (там, де це не пов'язано з визначенням прав і обов'язків громадян) правові наслідки запровадження воєнного стану розпочалися з часу, визначеного в Указі, а саме – з 14 год. 00 хв. 26 листопада 2018 р. Проте діяння, вчинені в період з 14 год. 00 хв. 26.11.2018 р. по 24 год. 00 хв. 28.11.2018 р., з точки зору кримінального закону не можуть бути визнані вчиненими в умовах воєнного стану.

Закінчилися ж усі правові, в тому числі й кримінально-правові, наслідки уведення воєнного стану з моменту, визначеного в Указі: з 14 год. 00 хв. 26 грудня 2018 р.

**Правомірне діяння в умовах воєнного стану як обставина, що виключає кримінальну відповідальність.** У науці кримінального права вже давно встановлено, що «до обставин, які виключають злочинність діяння, належать правомірні вчинки, що підпадають під ознаки якого-небудь злочину, передбачені не лише кримінальним, але й іншими галузями законодавства» [1, с. 53]. Однією з таких обставин, цілком очевидно, є й правомірне обмеження конституційних прав чи свобод людини відповідно до законодавства про воєнний стан.

Дійсно, під час воєнного стану може поставати об'єктивна потреба у вчиненні діянь, спрямованих, наприклад, на обмеження права на житло (військово-квартирна повинність); права на працю (трудова повинність та інші форми); права власності (примусове відчуження майна та інші форми) права на особисту свободу, в тому числі – свободу пересування (комендантська година та інші форми) тощо. Виникнення такої потреби становить собою фактичну підставу для вчинення діяння, спрямованого на правомірне обмеження прав або свобод людини в умовах воєнного стану.

Юридичною підставою такого правомірного обмеження прав чи свобод людини є Указ Президента України «Про введення воєнного стану в Україні» та закон України про його затвердження, сукупно з відповідним положеннями Конституції України та Закону «Про правовий режим воєнного стану». Саме вони створюють нормативну основу для правомірного вчинення визначеними ними особами діянь, які зовні підпадають під ознаки певних злочинів, і спрямовані на обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина.

Ознаки правомірності таких діянь, у тому числі межі шкоди, яку правомірно можна заподіяти шляхом обмеження прав чи свобод людини в умовах воєнного стану, визначаються двома групами нормативно-правових актів. До першої належать згадані вище акти законодавства, що визначають правовий режим воєнного стану. Другу складають спеціальні нормативно-правові акти, що регулюють порядок здійснення повноважень військовослужбовцями Збройних сил Укра-

їни та інших воєнізованих формувань (закони «Про Збройні сили України», «Про оборону України», статuti Збройних сил України та ін.); працівниками Національної поліції України та інших органів охорони правопорядку (закони «Про Національну поліцію», «Про службу безпеки України» та ін.); іншими органами державної влади (закони «Про місцеві державні адміністрації», «Про військово-цивільні адміністрації» та ін.). При цьому правомірність учинення таких діянь має визначатися з урахуванням визначених названими актами вимог як стосовно підстав для обмеження певного права, так і ознак правомірності самого його обмеження.

У разі якщо обмеження конституційних прав чи свобод людини, хоч зовні й підпадало під ознаки передбаченого КК злочину, проте було вчинене на підставі й відповідно до вимог згаданих нормативних актів, що регулюють режим воєнного стану та повноваження органів військового управління, органів охорони правопорядку та інших органів державної влади, воно має визнаватися правомірним і кримінальна відповідальність за його вчинення виключається. Таким чином, правомірне конституційних прав або свобод людини відповідно до законодавства воєнного стану є не передбаченою КК обставиною, що виключає злочинність діяння. Якщо ж обмеження конституційних прав чи свобод людини, хоч і здійснювалося під час воєнного стану, проте з порушенням вимог названих нормативних актів, кримінальна відповідальність за його вчинення не виключається. Більше того, вчинення злочину, спрямованого на обмеження прав людини з використанням умов воєнного стану, може визнаватися обставиною, що обтяжує покарання (про це нижче).

**Місце «вчинення злочину в умовах воєнного стану» в системі ознак складу злочину.** Запровадження воєнного стану перевело в практичну площину питання про передбачену в дев'ятнадцяти статтях Особливої частини КК України кваліфікуючу ознаку військових злочинів – вчинення їх «в умовах воєнного стану» (ч. 4 ст. 402, ч. 3 ст. 403, ч. 4 ст. 404, ч. 4 ст. 405, ч. 5 ст. 407, ч. 4 ст. 408, ч. 4 ст. 409, ч. 4 ст. 410, ч. 4 ст. 411, ч. 3 ст. 413, ч. 3 ст. 418, ч. 3 ст. 419, ч. 3 ст. 420, ч. 3 ст. 421, ч. 4 ст. 425, ч. 4 ст. 426, ч. 5 ст. 426-1, ч. 3 ст. 428, ч. 2 ст. 435 КК). Окрім того, стало можливим і виконання такої форми об'єктивної сторони державної зради, як перехід на бік ворога «в умовах воєнного стану» (ч. 1 ст. 111 КК). Позаяк у системі ознак складу злочину «умови вчинення злочину» не знаходять собі місця, то постало питання про те, якою ж саме ознакою складу злочину є вчинення його «в умовах воєнного стану»?

Чимало українських криміналістів вважають, що «умови воєнного стану» є обставиною вчинення злочину. Таке судження висловлювали М. І. Карпенко [6, с. 58–59], М. С. Туркот [11, с. 83–84], С. О. Харитонов [12, с. 139–140] та інші автори. А от М. М. Сенько хоч прямо й не називає «воєнний стан» часом вчинення злочину, проте звертає увагу на особливості кваліфікації злочинів «вчинених під час дії воєнного стану» або в бойовій обстановці (курсив мій – Ю. П.) і стверджує, що «для кваліфікації дій (бездіяльності) військовослужбовця як таких, що вчинені в умовах воєнного стану, не має значення, чи винний залишив

військову частину, яка бере участь у воєнних діях, чи перебуває в тилу» [10, с. 52, 53]. Загалом, складається враження, що М. М. Сенько схиляється до визнання «умов воєнного стану» часом вчинення злочину. Подібні міркування висловлює і Н. С. Кончук [7, с. 10–11]. Своєрідною є позиція Л. М. Демидової, яка умови воєнного стану називає комбінованою (складною) ознакою об'єктивної сторони, яка в цілому характеризує місце, час і обстановку вчинення злочину [3, с. 86–87].

Ця дискусія мала б суто теоретичне значення, якби її результати не впливали на кваліфікацію злочинів. Так, якщо стати на позицію М. І. Карпенка, М. С. Туркота, С. О. Харитонова та інших, то це уможливить висновок, що кваліфікуюча ознака «умов воєнного стану» мала місце лише у разі вчинення злочинів на тій частині території України, де вводився воєнний стан (Вінницька, Донецька, Луганська, Запорізька, Миколаївська, Одеська, Сумська, Харківська, Херсонська, Чернігівська області, а також внутрішні води України Азово-Керченської акваторії). Якщо ж пристати до позиції М. М. Сенька, то доведеться констатувати, що вказана кваліфікуюча ознака мала місце і в злочинах, учинених під час дії воєнного стану й на тих частинах території України, де він не вводився.

З мого погляду, «умови воєнного стану» є не обстановкою, а часом вчинення злочину, з огляду на такі аргументи.

По-перше, за змістом ст. 1 Закону «Про правовий режим воєнного стану» цей стан становить собою особливий правовий режим, який має визначені в часі та просторі межі, в яких (межах) відповідні органи державної влади, місцевого самоврядування, військового командування чи військової адміністрації мають спеціальні повноваження, пов'язані із захистом України, і в яких (межах) можливе тимчасове обмеження прав фізичних чи юридичних осіб. При цьому всі правові наслідки введення воєнного стану пов'язані з його часом і можуть мати місце тільки від моменту введення до моменту припинення воєнного стану. Проте лише окремі правові наслідки воєнного стану одночасно пов'язані й з його місцем. Це, наприклад, такі правові наслідки воєнного стану, як створення військових адміністрацій (ст. 4) та здійснення ними своїх повноважень (ст. 15); тимчасове обмеження прав людини та здійснення інших заходів воєнного стану (ст. 8). Вони можуть мати місце лише на тих територіях, де введено воєнний стан, і не можуть мати місця на інших територіях. Натомість деякі інші правові наслідки воєнного стану не пов'язані з територією, на якій його введено, а є загальнодержавними. Наприклад, ст. 10 Закону, яка має назву «Неприпустимість припинення повноважень органів державної влади, інших державних органів *в умовах* воєнного стану (курсив мій – Ю. П.)» встановлює, що «У період (курсив мій – Ю. П.) воєнного стану не можуть бути припинені повноваження Президента України, Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, а також судів, органів прокуратури України, органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, та органів, підрозділи яких здійснюють контррозвідку-



вальну діяльність». За змістом цієї статті слід звернути увагу на два моменти. По-перше, законодавець терміни «в умовах воєнного стану» і «у період воєнного стану» використовує як синоніми. По-друге, цілком очевидно, що закон не пов'язує неприпустимість припинення повноважень органів державної влади з їх знаходженням у тих місцевостях, де введено воєнний стан. Так само і сама Конституція встановлює, що вона «не може бути змінена *в умовах* воєнного ... стану» (ч. 2 ст. 157). Зрозуміло, що тут йдеться не про введення воєнного стану безпосередньо у Києві, де функціонує Верховна Рада України, яка може змінити Конституцію, а про час, коли військовий стан уведено хоча б на мінімальній частині території України.

Отже, Закон «Про правовий режим воєнного стану» принципово допускає два варіанти встановлення його правових наслідків:

а) одні правові наслідки можуть мати місце лише для певних територій, де введено воєнний стан;

б) інші правові наслідки можуть мати місце незалежно від того, чи введений воєнний стан на всій території України чи лише на її частині. Ці правові наслідки пов'язуються лише з часом (умовами) воєнного стану.

По-друге, варто відзначити, що вказаний закон чітко не визначає особливостей правового статусу військовослужбовців під час воєнного стану. Однак окремі положення законів «Про оборону України» (ст. 4), «Про військовий обов'язок і військову службу» (ч. 4 ст. 20, ч. 9 ст. 23, ч. 4 ст. 26, ч.ч. 2 і 3 ст. 39), «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» (ч.ч. 16, 17 і 18 ст. 101) дають підстави для висновку, що всі військовослужбовці під час воєнного стану знаходяться в особливому й однаковому правовому статусі, незалежно від їх знаходження на тих територіях, де його введено, чи на інших територіях. Це підтверджується і приписами низки спеціальних законів, зокрема «Про Державну спеціальну службу транспорту» (ч. 2 ст. 10), «Про Національну гвардію України» (ст. 61), які також визначають особливості правового статусу відповідних військових формувань на час уведення воєнного стану без прив'язки до їх знаходження на певних територіях. Отже, особливий правовий статус військовослужбовців під час воєнного стану не пов'язується вказаними законодавчими приписами із тим, чи знаходяться вони (військовослужбовці) на тих частинах території України, де введено воєнний стан, а виникає з моменту введення такого стану хоча б на частині території України.

Крім того, за змістом абз. 11 ст. 1 Закону «Про оборону України» воєнний стан є частиною особливого періоду, а сам особливий період визначається вказаним приписом як «період, що настає з моменту оголошення рішення про мобілізацію (крім цільової) або доведення його до виконавців стосовно прихованої мобілізації чи з моменту введення воєнного стану в Україні або в окремих її місцевостях та охоплює час мобілізації, воєнний час і частково відбудовний період після закінчення воєнних дій». У багатьох статтях розділу XIX Особливої частини КК вчинення злочину «в умовах особливого періоду, крім воєнного стану» також визнається кваліфікуючою ознакою, але такою, що

менше підвищує суспільну небезпечність злочину, ніж вчинення його «в умовах воєнного стану». Сам же законодавець у двох статтях Особливої частини КК (ст. 1141 і ст. 3361) прямо називає «особливий період» часом учинення злочину. Отож, якщо «особливий період» визначає саме час вчинення злочину, а «воєнний стан» є частиною особливого періоду, то за законами формальної логіки і «воєнний стан» має розумітися як час вчинення злочину.

По-четверте, слід звернути увагу й на історичну наступність кримінальних законів в Україні. Чинний КК прийшов на зміну КК України 1960 р., в якому аналогом нинішніх «умов воєнного стану» була кваліфікуюча ознака вчинення злочину у «воєнний час». Але з 1996 р. в Конституції України, а з 2000 р. – й у відповідному спеціальному законі вживається термін «воєнний стан», а не «воєнний час». У 2001 р. законодавець, приймаючи чинний КК, одночасно приводив його у відповідність до вживаної у т.зв. «регулятивному» законодавстві термінології і в тому числі замінив термін «воєнний час» терміном «умови воєнного стану». Навряд чи хтось тоді реально думав про те, що в Україні колись справа дійде до запровадження воєнного стану. Тому така заміна найімовірніше здійснювалася законодавцем як технічна, без наміру перетворити кваліфікуючу ознаку часу на ознаку обстановки вчинення злочину.

На підставі цього я вважаю, що вчинення державної зради у формі переходу на бік ворога чи військового злочину в «умовах воєнного стану» визначає саме час вчинення злочину. Ця кваліфікуюча ознака має місце у діяннях, вчинених під час воєнного стану (див. вище) і не залежить від того, чи вчинила особа цей злочин у тих регіонах України, де було введено воєнний стан, чи в тих регіонах, де він не вводився, чи навіть за межами України.

**Кваліфікація триваючих і продовжуваних злочинів, що вчиняються під час воєнного стану.** Часова протяжність воєнного стану часто перетинається з часовою протяжністю вчинення двох різновидів ускладнених злочинів – триваючого й продовжуваного. І той, і інший можуть початися до введення воєнного стану, а закінчитися під час нього чи навіть по його завершенні; або ж початися під час воєнного стану, а закінчитися – після його припинення. Якщо закон для таких злочинів передбачає кваліфікуючу ознаку вчинення їх в умовах воєнного стану, то резонно постає питання: як їх кваліфікувати – як учинені в умовах воєнного стану чи ні?

Відповідь на це питання, по-перше, має ґрунтуватися на положеннях чинного законодавства щодо часу вчинення злочину, і, по-друге, враховувати особливості виконання суспільно небезпечного діяння при вчиненні триваючого та продовжуваного злочину.

Відповідно до ч. 3 ст. 4 КК «часом вчинення злочину визнається час вчинення особою передбаченої законом про кримінальну відповідальність дії або бездіяльності». Цей загальний припис закону достатньо однозначно розуміється науковцями стосовно простих одиничних злочинів, але завжди викликав жваву дискусію щодо ускладнених злочинів [9, с. 125–126]. Не вдаючись наразі до огляду й критики висловлених суджень, я продовжую виходити з того, що час

вчинення злочину має визначатися універсально, безвідносно до особливостей виконання ознак його об'єктивної сторони, а відтак часом вчинення будь-якого злочину слід вважати момент, з якого є звершеним передбачене кримінальним законом діяння особи, що у подальшому має призвести до певних негативних змін в об'єктивному світі [9, с. 131]. Позаяк при вчиненні триваючого злочину діяння, з якого починається злочинний стан, є повністю завершеним з самого початку його вчинення, то й часом учинення такого злочину слід вважати момент початку такого злочинного стану. Натомість при вчиненні продовжуваного злочину єдине суспільно небезпечне діяння є завершеним лише при вчиненні останнього із задуманих особою юридично тотожних діянь, що його складають. Тож часом його вчинення слід вважати момент учинення саме цього останнього діяння [9, с. 134].

Викладене дає підстави підтримати М. М. Сенька у тому, що триваючий військовий злочин (наприклад, дезертирство) має бути кваліфікований як учинений в умовах воєнного стану лише тоді, коли його було почато під час військового стану, і незалежно від того, чи припинений цей злочин при військовому стані чи вже по його припиненні. Якщо ж такий злочин розпочався до введення воєнного стану, але тривав і при ньому, його не можна кваліфікувати як учинений в умовах воєнного стану [10, с. 53–54]. Тому не можна погодитися з висновком М. М. Сенька про те, що «якщо хоча б одне із таких діянь (що складають продовжуваний злочин. – Ю. П.) вчиняється під час дії воєнного стану, діяння винного потрібно кваліфікувати як такі, що вчинені в умовах воєнного стану» [10, с. 54]. Видається, що автором тут не враховано той факт, що продовжуваний злочин лише фактично складається з низки діянь. Його ж юридичний склад має єдине суспільно небезпечне діяння, яке є повністю завершеним у момент учинення останнього з фактичних діянь. Тому, наприклад, продовжуване викрадення військового майна (ст. 410 КК) може бути кваліфіковане як вчинене в умовах воєнного стану лише тоді, коли під час воєнного стану було вчинене останнє з юридично тотожних діянь, що його складають. Якщо ж останнє з юридично тотожних діянь у продовжуваному злочині було вчинене вже по закінченню воєнного стану, то попри те, що злочин міг бути початий ще до чи під час воєнного стану, відповідна ознака не повинна враховуватися при його кваліфікації.

Однак у разі коли частина триваючого чи продовжуваного злочину фактично вчинялася під час воєнного стану, але не може бути врахована при його кваліфікації, вона може бути врахована при призначенні покарання як обставина, що обтяжує його (див. нижче).

**Воєнний стан і питання звільнення від кримінальної відповідальності.** Як уже зазначалося, вчинення злочину в умовах воєнного стану визнається законом обставиною, що підвищує суспільну небезпечність відповідного злочину. Цей факт своєю чергою, ускладнює або унеможлиблює звільнення особи від кримінальної відповідальності за більшістю із передбачених КК України підстав. Проте введення воєнного стану актуалізувало питання про можливість

застосування однієї підстави звільнення від кримінальної відповідальності, а його припинення – іншої.

Введення воєнного стану, як зазначалося вище, обумовило можливість вчинення державної зради у формі переходу на бік ворога в умовах воєнного стану. Відповідно постало питання про можливість застосування до осіб, які вчинили державну зраду в цій формі, передбаченої ч. 2 ст. 111 КК спеціальної підстави звільнення від кримінальної відповідальності. Вказаним приписом передбачено, що «звільняється від кримінальної відповідальності громадянин України, якщо він на виконання злочинного завдання іноземної держави, іноземної організації або їх представників ніяких дій не вчинив і добровільно заявив органам державної влади про свій зв'язок з ними та про отримане завдання».

Одні вчені, наприклад, Н. С. Кончук [7, с. 9] та Ю. В. Луценко [8, с. 429], звертаючи увагу на вимогу закону про наявність у особи завдання іноземної держави, іноземної організації чи їх представника, приходять до висновку про неможливість звільнення від кримінальної відповідальності на підставі ч. 2 ст. 111 КК особи, яка діяла за власною ініціативою. Інші, наприклад О. В. Зайцев та В. Р. Філіпенко, зі слів закону «ніяких дій не вчинив» виводять висновок, що «застосування ч. 2 ст. 111 КК України можливе лише на стадії готування» [5, с. 174].

З мого погляду, з такими судженнями складно погодитися. Передусім, визнаючи перехід на бік ворога закінченим з моменту надання згоди громадянином України на співробітництво з ворогом на шкоду інтересам України [2, с. 204], ч. 2 ст. 111 КК не забороняє можливості звільнення від кримінальної відповідальності за вчинення закінченої державної зради у цій формі [детальн. див.: 4, с. 62–69]. Окрім того, слід звернути увагу й на те, закон, встановлюючи вимогу про невиконання отриманого від іноземної держави завдання, не вимагає, щоб таке завдання було отримане до переходу на бік ворога. Тому лише в тих випадках, коли громадянин України перейшов на бік ворога на виконання отриманого від нього завдання, звільнення від кримінальної відповідальності на підставі ч. 2 ст. 111 КК є неможливим. Якщо ж громадянин України за власною ініціативою перейшов на бік ворога (фізично чи інтелектуально) і після цього отримав злочинне завдання іноземної держави, іноземної організації чи їх представників, то він підлягає звільненню від кримінальної відповідальності, якщо на виконання цього завдання ніяких дій не вчинив і добровільно заявив органам державної влади про свій зв'язок з ними та про отримане завдання. Якщо ж після переходу на бік ворога за власною ініціативою громадянин України ще не отримав від іноземної держави злочинного завдання, або вчинив дії, спрямовані на його виконання, це унеможливує звільнення його від кримінальної відповідальності на підставі ч. 2 ст. 111 КК України.

Скасування ж воєнного стану поставило питання про можливість звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку зі зміною обстановки (ст. 48 КК України). За твердженням Ю. В. Бауліна, скасування воєнного стану є одним із проявів зміни обстановки в широкому сенсі, що може потягнути за

собою втрату суспільної небезпечності окремих видів злочинів, учинених під час такого стану [2, с. 150]. З таким судженням слід погодитися з наступними уточненнями.

Утратити суспільну небезпечність після скасування воєнного стану можуть лише ті злочини, які полягали у порушенні чи невиконанні вимог правового режиму воєнного стану. Наприклад, невиконання службовою особою вимоги про використання потужностей та трудових ресурсів підприємства, установи чи організації для потреб оборони (п. 3 ч. 1 ст. 8 Закону «Про правовий режим воєнного стану») підлягає кваліфікації як службова недбалість (ст. 367 КК); приховування приватного майна особи, яке підлягає примусовому відчуженню для потреб держави (п. 4 ч. 1 ст. 8 Закону «Про правовий режим воєнного стану») може бути кваліфіковане як заподіяння майнової шкоди шляхом обману (ст. 192 КК) і т.д. Суспільна небезпечність таких діянь обумовлена лише тим, що вони вчиняються під час воєнного стану; до чи після запровадження воєнного стану аналогічні діяння в принципі не могли б бути вчинені і, тим паче, не визнавалися б суспільно небезпечними. Саме тому після скасування воєнного стану такі злочини можуть втратити свою суспільну небезпечність. І в таких випадках не виключається звільнення осіб, що їх учинили, від кримінальної відповідальності.

Натомість, діяння, наявність суспільної небезпечності в яких не обумовлена введенням воєнного стану, а тим паче діяння, для яких учинення їх в умовах воєнного стану є кваліфікуючою ознакою, після скасування воєнного стану не можуть втратити суспільної небезпечності. Закон вважає такі діяння злочинами навіть і при вчиненні їх у мирний час. Тому припинення воєнного стану, безумовно, свідчитиме про зниження суспільної небезпеки подібних діянь, але вчинюваних уже після закінчення воєнного стану. Однак не свідчитиме про втрату суспільної небезпеки тих, що були вчинені під час нього.

**Учинення злочину з використанням умов воєнного стану як обставина, що обтяжує покарання.** Відповідно до п. 11 ч. 1 ст. 67 КК «вчинення злочину з використанням умов воєнного ... стану» є обставиною, що обтяжує покарання. Звертає на себе увагу той факт, що в цьому разі закон говорить не просто про «вчинення злочину в умовах воєнного стану», а про «вчинення злочину з використанням умов воєнного стану», що, очевидно, не одне й теж.

З огляду на це я вважаю, що дана обставина, яка обтяжує покарання, не може бути встановлена щодо всіх злочинів, учинених під час воєнного стану. Вона має місце лише там і тоді, де й коли особа свідомо використала умови воєнного стану для вчинення злочину. Тому слід установлювати, що вчинення злочину було пов'язане з тими особливостями правового режиму, які мали місце у зв'язку із запровадження військового стану. Це може полягати, наприклад, у використанні умов запровадженої комендантської години (п. 5 ч. 1 ст. 8 Закону «Про правовий режим воєнного стану») для забезпечення таємності вчинення злочину; у незаконному збуті алкогольних напоїв чи напоїв, вироблених на спиртовій основі, якщо прийняте рішення про заборону торгівлі ними (п. 13 ч. 1 ст. 8 Закону «Про правовий режим воєнного стану»); розголошенні

державної таємниці та втраті документів, що її містять, унаслідок невиконання додаткових заходів щодо посилення охорони державної таємниці (п. 22 ч. 1 ст. 8 Закону «Про правовий режим воєнного стану») тощо. Якщо ж особа вчинила злочин (у тому числі, проти основ національної безпеки України, проти громадської безпеки, у сфері охорони державної таємниці, недоторканності державних кордонів, забезпечення призову та мобілізації тощо) хоч і під час воєнного стану, але не використовуючи його умови, врахування цієї обставини як такої, що обтяжує покарання, *de lege lato* не є можливим.

При цьому слід мати на увазі, що відповідно до ч. 2 ст. 67 КК ця обтяжуюча обставина навіть при її фактичному встановленні по справі може бути і не врахована судом з наведенням у вирок належних мотивів. А стосовно злочинів, для яких вчинення їх в умовах воєнного стану впливає на кваліфікацію (державна зрада у формі переходу на бік ворога і 19 військових злочинів), ця обставина не може бути врахована при призначенні покарання як така, що його обтяжує (ч. 4 ст. 67 КК).

\* \* \*

Решта чинних приписів КК України в умовах воєнного стану діють у загальному порядку, без будь-яких винятків чи доповнень, обумовлених введенням такого стану. Проте його запровадження може обумовити зміни до кримінального законодавства, у тому числі й спрямовані на встановлення або посилення кримінальної відповідальності, на скасування певних заохочувальних норм (наприклад, про звільнення від відповідальності або покарання). Однак навіть введення воєнного стану не може бути підставою для застосування тортур, встановлення або застосування жорстоких чи принижуючих людську гідність видів поведінки чи покарання (ст. 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, ст. 28 Конституції, ст. 22 Закону «Про правовий режим воєнного стану»). Особливо слід зауважити, що воєнний стан не може бути підставою для відновлення в Україні смертної кари як виду покарання (Протокол № 13 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод). І, безперечно, встановлення або посилення кримінальної відповідальності під час воєнного стану не може мати зворотної дії в часі (ст. 5 КК).

Загалом же слід констатувати, що перший досвід запровадження воєнного стану в Україні показав, що деякі його кримінально-правові наслідки нами досі розумілися досить неоднозначно. З огляду на це і з урахуваннями судової практики, яка дещо пізніше складеться щодо злочинів, учинених під час воєнного стану, українській кримінально-правовій науці належало б критично переосмислити відповідні положення законодавства та визначити можливості його подальшого удосконалення.

#### **Список літератури:**

1. Баулін Ю. В. Обстоятельства, исключющие преступность деяния : монография. Харьков : Основа, 1991. 360 с.
2. Баулін Ю. В. Звільнення від кримінальної відповідальності : монография. Київ : Атіка, 2004. 296 с.

3. Демидова Л. М. Кримінально-правова оцінка умов воєнного стану та періоду збройного конфлікту при кваліфікації державної зради. *Питання боротьби зі злочинністю*. 2014. Вип. 28. С. 79–88.
4. Загинеї З. Спеціальний вид звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із вчиненням державної зради: проблеми тлумачення та правозастосування. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2017. № 1. С. 62–69
5. Зайцев О. В., Філіпенко В. Р. Звільнення від кримінальної відповідальності за державну зраду: зарубіжний досвід. *Фундаментальні проблеми кримінальної відповідальності* : матеріали наук. полілогу (м. Харків, 7 верес. 2018 р.). Харків : Право, 2018. С. 172–176.
6. Карпенко М. І. Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини) : наук.-метод. посіб. Харків : Право, 2017. 318 с.
7. Кончук Н. С. Кримінальна відповідальність за державну зраду : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2019. 18 с.
8. Луценко Ю. В. Підстави та умови звільнення від кримінальної відповідальності за державну зраду. *Держава і право. Юридичні і політичні науки*. 2012. Вип. 56. С. 427–432.
9. Пономаренко Ю. А. Чинність і дія кримінального закону в часі : монографія. Київ : Атіка, 2005. 288 с.
10. Сенько М. М. «Воєнний стан» та «бойова обстановка» як ознаки об'єктивної сторони військових злочинів. *Кримінальне право України*. 2006. № 3. С. 50–56.
11. Туркот М. С., Богуцький П. П., Дячук С. І. та ін. Кримінально-правові та кримінологічні основи забезпечення воєнної безпеки України : наук.-практ. посіб. / Нац. акад. прокуратури України. Київ : АртЕк, 2014. 246 с.
12. Харитонов С. О. Кримінальна відповідальність за військові злочини за кримінальним правом України : монографія. Харків : Право, 2018. 328 с.

#### References:

1. Baulin, Yu.V. (1991). *Obstoyatelstva, iskluchaushchie prestupnost deyaniya*. Kharkiv: Osnova [in Russian].
2. Baulin, Yu.V. (2004). *Zvlnennya vid kryminalnoii vidpovidalnosti*. Kyiv: Atika [in Ukrainian].
3. Demydova, L.M. (2014). *Kryminalno-pravova otsinka umov voiennoho stanu ta period zbroinoho konfliktu pry kvalifikatsii derzhavnoii zrazy. Pytannia borotby zi zlochynnistiu – The issues of fighting crime, issue 28, 79–88* [in Ukrainian].
4. Zahynei, Z. (2017). *Spetsialnyi vyd zvlnennya vid kryminalnoii vidpovidalnosti u zviazku iz vchynenniam derzhavnoii zrazy: problem tлумachennia ta pravozastosuvannia. Visnyk Natsionalnoii akademii prokuratury Ukrainy – Bulletin of the National Academy of Prosecution of Ukraine, 1, 62–69* [in Ukrainian].
5. Zaitsev, O.V., Filipenko, V.R. (2018). *Zvlnennia vid kryminalnoii vidpovidalnosti za derzhavnu zradu: zarubizhnyi dosvid. Fundamentalni problem kryminalnoii vidpovidalnosti: materialy nauk. polilohu (Kharkiv, 7 veres. 2018 r.) – Fundamental problems of criminal liability: Proceedings of scientific polylogue*. Kharkiv: Pravo, 172–176 [in Ukrainian].
6. Karpenko, M.I. (2017). *Zlochyny proty vstanovlenoho poriadku nesennia viiskovoi sluzhby (viiskovi zlochyny)*. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
7. Konchuk, N.S. (2019). *Kryminalna vidpovidalnist za derzhavnu zradu. Extended abstract of candidate's thesis*. Lviv [in Ukrainian].
8. Lutsenko, Yu.V. (2012). *Pidstavy ta umovy zvlnennia vid kryminalnoii vidpovidalnosti za derzhavnu zradu. Derzhava i pravo. Yurydychni i politychni nauky – State and Law. Juridical and Political Sciences, issue 56, 427–432* [in Ukrainian].
9. Ponomarenko, Yu.A. (2005). *Chynnist i diya kryminalnoho zakonu v chasi*. Kyiv: Atika [in Ukrainian].
10. Senko, M.M. (2006). *“Voiennyi stan” ta “boiova obstanovka” iak oznaky obiektyvnoii storony viiskovyh zlochyniv. Kryminalne pravo Ukrainy – Criminal Law of Ukraine, 3, 50–56* [in Ukrainian].

11. Turkot, M.S., Bohutskyi, P.P., Diachuk, S.I. et al. (2014). Kryminalno-pravovi ta kryminolohichni osnovy zabezpechennia voiennoi bezpeky Ukrainy. Kyiv: ArtEk [in Ukrainian].

12. Kharytonov, S.O. (2018). Kryminalna vidpovidalnist za viiskovi zlochyny za kryminalnym pravom Ukrainy. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

**Пonomarenko Yu. A.**, PhD in Law, Associate Professor, Associate Professor of Criminal Law Department № 1, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail : ponomarenko\_yuriy@ukr.net ; ORCID 0000-0002-1030-1072

### **Criminal consequences of the introduction of martial law in Ukraine**

*The article is devoted to the study of the criminal consequences of the introduction of martial law in Ukraine. Based on a systematic analysis of the provisions of the current criminal law, other laws of Ukraine, and a critical assessment of the achievements of Ukrainian criminal law science, the author identifies and analyzes seven criminal legal consequences.*

*First, attention is drawn to the fact that the Criminal Code of Ukraine establishes criminal-law consequences solely for cases of imposition of martial law and does not determine them for cases of wartime. Secondly, the author has determined the exact time limits for the existence of martial law, certain moments of its introduction and termination. Thirdly, it was concluded that the lawful restriction of human rights or freedoms, committed in accordance with the law on martial law, is a circumstance precluding the criminality of the act. This circumstance is not provided for by the Criminal Code of Ukraine and has its own grounds and characteristics, determined by special laws. Fourthly, the place of such a sign as the commission of a crime "in the conditions of martial law" in the system of signs of corpus delicti is established. In contrast to the judgment expressed in the literature, it has been proved that this feature relates to time, and not to the setting of a crime. Fifth, certain qualifications of continuing and ongoing crimes are partly committed during, and partly not during martial law. It has been established that a continuing crime can be qualified as committed during martial law, when it was started during martial law, and continued as when the last of the acts that constitute it were committed during martial law. Sixth, certain features of exemption from criminal responsibility in connection with the introduction and cancellation of martial law. In particular, the prerequisites and grounds for exemption from criminal liability for transferring to the side of the enemy in martial law conditions (part 2 of article 111 of the Criminal Code) are defined and cases where the termination of martial law may indicate a loss of public danger (article 48 of the Criminal Code). Seventh, rules are formulated to account for the commission of a crime using martial law conditions as an aggravating circumstance. Cases when courts can and cases when it is forbidden to courts to consider this circumstance as such, aggravating punishment are defined.*

*Based on the study, recommendations on the practice of applying certain provisions of the criminal law during martial law were formulated, and it was concluded that considering such practices would give impetus to the continuation of scientific research in this area. Separately set out proposals for the legislator to improve the provisions of the Criminal Code of Ukraine, should be applied during martial law.*

**Keywords:** martial law; exceptions of criminal liability; crime qualification; aggravating punishment; lasting crime; continued crime; exemption from criminal liability.

**Рекомендоване цитування:** Пономаренко Ю. А. Кримінально-правові наслідки запровадження в Україні воєнного стану. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 145. С. 179–192. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.156668>.

**Suggested Citation:** Ponomarenko, Yu.A. (2019). Kryminalno-pravovi naslidky zaprovadzhennia v Ukraini voiennoho stanu [Criminal consequences of the introduction of martial law in Ukraine]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 145, 179–192*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.156668> [in Ukrainian].

*Надійшла до редакції 15.02.2019 р.*





**Данько Игорь Владимирович,**  
кандидат юридических наук,  
доцент, заведующий кафедрой экономического  
и финансового права Частного учреждения  
образования «БИП-Институт правоведения»,  
Беларусь, г. Минск  
e-mail: dan231069@gmail.com

doi: 10.21564/2414–990x.145.156821  
УДК 343.137.2

## ЗАОЧНОЕ ПРОИЗВОДСТВО ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ В КОНТЕКСТЕ ПРАВОСУДИЯ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

*В последние годы в Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь (далее – УПК) вносятся дополнения и изменения, направленные на упрощение и ускорение судебных процедур. Одной из таких новелл стало появление в 2016 году заочного производства. Согласно ч. 1 ст. 459 УПК данный порядок применяется в отношении лица, обвиняемого в совершении преступления, не представляющего большой общественной опасности, когда обвиняемый полностью признает свою вину и гражданский иск, если он предъявлен, сделанное им признание не оспаривается какой-либо из сторон и не вызывает сомнения у судьи, а также не вызывают сомнения виновность обвиняемого, юридическая квалификация деяния и добровольность согласия обвиняемого и потерпевшего на заочное производство в суде, отсутствуют иные препятствия постановлению приговора без судебного разбирательства. В настоящей статье поднимается проблема правовой природы указанного порядка разрешения дел судом и его соответствия конституционному установлению о состязательности правосудия; констатируется, что существующая в законодательстве Беларуси конструкция состязательности как конституционного принципа фактически выводит процедуру постановления приговора без судебного разбирательства за рамки правосудия. При таких обстоятельствах состязательность ограничивает законодателя в создании более гибкой модели правосудия, отвечающей современным тенденциям упрощения обычных судебных процедур. В этой связи делается вывод о целесообразности пересмотра конституционной редакции принципа состязательности путем дополнения ст. 115 Конституции Республики Беларусь нормой, допускающей возможность отступления от него в случаях, предусмотренных законом.*

**Ключевые слова:** уголовный процесс; осуществление правосудия; принцип состязательности и равенства сторон; заочное производство.

*Данько И. В.,* кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой экономического та финансового права Приватного закладу освіти «БІП-Інститут правознавства», Білорусь, м. Мінськ.  
e-mail : dan231069@gmail.com

**Заочне провадження у кримінальних справах у контексті правосуддя в Республіці Білорусь**

*Останніми роками в Кримінально-процесуальний кодекс Республіки Білорусь (далі – КПК) вносяться доповнення і зміни, спрямовані на спрощення та прискорення судових процедур. Однією з таких новел стала поява в 2016 році заочного провадження.*

*Згідно з ч. 1 ст. 459 КПК даний порядок застосовується щодо особи, обвинувачуваної у вчиненні злочину, що не становить значної суспільної небезпеки, коли обвинувачений повністю визнає свою вину і цивільний позов, якщо він пред'явлений, зроблене ним визнання не заперечується жодною зі сторін і не викликає сумніву у судді, а також не викликають сумніву винність обвинуваченого, юридична кваліфікація діяння і добровільність згоди обвинуваченого і потерпілого на заочне провадження в суді, відсутні інші перешкоди для винесення вироку без судового розгляду. У цій статті порушується проблема правової природи зазначеного порядку вирішення справ судом і його відповідності конституційному установленню про змагальність правосуддя; констатується, що існуюча в законодавстві Білорусі конструкція змагальності як конституційного принципу фактично виводить процедуру постановлення вироку без судового розгляду за рамки правосуддя. При таких обставинах змагальність обмежує законодавця в створенні більш гнучкої моделі правосуддя, що відповідає сучасним тенденціям спрощення звичайних судових процедур. З огляду на це робиться висновок про доцільність перегляду конституційної редакції принципу змагальності шляхом доповнення ст. 115 Конституції Республіки Білорусь нормою, що допускає можливість відступу від нього у випадках, передбачених законом.*

**Ключові слова:** кримінальний процес; вчинення правосуддя; принцип змагальності і рівності сторін; заочне провадження.

**Введення.** Правовое регулювання – это элемент системы социального управления, а потому его эффективность находится в прямой зависимости от соответствия действующих норм текущим общественным отношениям. Изменения в социальной среде обуславливают корректировку приемов и способов регулирования. Отставание установленных правил (нормативной системы) от развивающихся отношений снижает эффективность юридического воздействия. Поэтому процессы, происходящие в обществе, требуют адекватного правового регулирования.

Перемены начала 90-х годов прошлого столетия вызвали необходимость совершенствования уголовно-процессуального права, детерминируя нормотворческий процесс в этой области. Именно в это время в Беларуси был принят УПК, концепция которого predetermined Конституцией Республики Беларусь, а также общепризнанными принципами международного права. Реформа в этой сфере продолжается до сих пор. В результате УПК пополняется нормами, направленными на расширение частных начал в уголовном процессе, рационализацию и оптимизацию отдельных процедур, появление институтов апелляции, досудебного соглашения о сотрудничестве и т.д. Все это призвано повысить эффективность уголовно-процессуального права, сделать его более динамичным, отвечающим современному состоянию и тенденциям развития общественных отношений.

В рамках обозначенных тенденций Законом Республики Беларусь от 05.01.2016 г. № 356-З в УПК внесены изменения, допустившие возможность постановления судом приговора по уголовному делу без судебного разби-

рательства и вызова сторон, в ходе так называемого заочного производства. Согласно ч. 1 ст. 459 УПК данный порядок применяется в отношении лица, обвиняемого в совершении преступления, не представляющего большой общественной опасности, когда обвиняемый полностью признает свою вину и гражданский иск, если он предъявлен, сделанное им признание не оспаривается какой-либо из сторон и не вызывает сомнения у судьи, а также не вызывают сомнения виновность обвиняемого, юридическая квалификация деяния и добровольность согласия обвиняемого и потерпевшего на заочное производство в суде, отсутствуют иные препятствия постановлению приговора без судебного разбирательства. В соответствии с ч. 3 ст. 459 № УПК в описательно-мотивировочной части приговора, вынесенного в заочном производстве, судья вправе указать доказательства виновности, не раскрывая их содержания.

Обвиняемый, прокурор, направивший дело в суд, в течение десяти суток с момента получения копии приговора, постановленного без судебного разбирательства, а защитник, участвовавший в деле, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители с момента их уведомления о принятом решении вправе подать в суд свои возражения на приговор, не указывая мотивов несогласия с ним.

В случае подачи таких возражений судья в течение трех суток отменяет постановленный им приговор, а уголовное дело немедленно направляет председателю суда или его заместителю для решения вопроса о его передаче другому судье и назначении судебного разбирательства в общем порядке, предусмотренном для уголовных дел ускоренного производства (ч. 2 ст. 459I УПК).

Приведенные поправки представляют собой иллюстрацию стремления законодателя к упрощению, ускорению и удешевлению судебного процесса по уголовным делам. Как отмечает Конституционный Суд Республики Беларусь в Решении от 29 декабря 2015 г. № Р-1024/2015, «устанавливаемое законодательное регулирование заочного производства в уголовном процессе направлено на обеспечение оперативности и экономичности судопроизводства, что отвечает интересам как государства, так и сторон ...». Несомненно, указанная новелла белорусского уголовно-процессуального законодательства требует глубокого научного осмысления, что обуславливает актуальность оценки заочного производства в контексте правосудия.

***Анализ последних исследований и публикаций.*** Следует отметить, что проблемы уголовно-процессуальной формы правосудия, в том числе сокращенных процедур, затрагивались в работах Е. С. Азаровой (Е. S. Azarovoy), В. Н. Бибило (V. N. Bibilo), Н. В. Ильютченко (N. V. Pyutchenko), А. А. Казакова (A. A. Kazakova), И. Л. Петрухина (I. L. Petruhina), А. В. Пиюка (A. V. Piyuka), В. И. Самарина (V. I. Samarina), Е. В. Трофимовой (E. V. Trofimovoy), Ю. П. Шкаплерова (Yu. P. Shkaplerova), Ж. А. Шилко (J. A. Shilko) и других авторов. В то же время большинство исследователей рассматривали заочное производство в классическом понимании его сути как судебного разбирательства

в отсутствии обвиняемого (подсудимого). Часть 2 ст. 294 УПК предусматривает два случая такого рассмотрения уголовных дел судом:

1) лицо, обвиняемое в совершении не представляющего большой общественной опасности, или менее тяжкого преступления, признает свою вину и ходатайствует о разбирательстве дела в его отсутствие;

2) обвиняемый находится вне пределов Республики Беларусь и уклоняется от явки в судебное заседание.

Отсюда понятен преобладающий в литературе подход, согласно которому отличительной чертой заочного разбирательства является фактическое отсутствие обвиняемого при рассмотрении уголовного дела. При этом речь идет об отсутствии обвиняемого на протяжении всего судебного следствия вплоть до вынесения приговора по делу. Как пишет О. Б. Тимко, этот факт представляется определяющим критерием заочного характера судебного разбирательства, обуславливающим все остальные особенности данного производства [1, с. 172].

Очевидно, что введенный Законом Республики Беларусь от 05.01.2016 г. институт не имеет непосредственного отношения к указанным выше правоотношениям и их теоретическому восприятию, а по своей сущности скорее напоминает вынесение определения о судебном приказе в гражданском судопроизводстве.

В этой связи *целью статьи* выступает анализ заочного производства в уголовном процессе Республики Беларусь с точки зрения его правовой природы и соответствия указанного порядка разрешения дел судом конституционному установлению о состязательности правосудия.

*Изложение основного материала исследования и полученных результатов.* В мировой практике близкие по содержанию процедуры не являются чем-то новым. В государствах с англо-саксонской системой права производство в суде по делам о преступлениях, за которые не может быть назначено наказание в виде лишения свободы, зачастую сводится лишь к уточнению фамилии и имени нарушителя и определению меры наказания, что по времени составляет несколько минут. Достаточно распространена и практика, когда лицу, совершившему преступление, в повестке о вызове в суд сообщают о возможной сумме штрафа в случае осуждения; вместо явки в суд обвиняемый по почте высылает деньги, и дело считается окончанным.

В Германии, Франции также не исключено рассмотрение дела в суде в отсутствие гражданина, совершившего преступление, за которое судья может назначить наказание до 1 года лишения свободы [2, с. 503–504; 3, с. 282–284, 461–462]. Схожие нормы имеются в УПК Украины, статьи 381, 382 которого предписывают суду рассмотреть в пятидневный срок обвинительный акт о совершении уголовного проступка без проведения судебного разбирательства при отсутствии участников судебного производства, если обвиняемый беспрекословно признал свою виновность, не оспаривает установленные во время дознания обстоятельства и согласен с рассмотрением обвинительного акта без проведения судебного разбирательства.

При всей прогрессивности и важности для процессуальной экономии подобного института в Беларуси, анализируемый порядок судопроизводства вызывает некоторые вопросы, как минимум, один из которых носит концептуальный характер: можно ли постановление судом приговора по уголовному делу без судебного разбирательства считать правосудием?

Научные подходы, связанные с исследованием правосудия, разнообразны. В широком философско-феноменологическом понимании правосудие – это исполняемый ритуал (акт, действие), направленный на приобретение законной силы случая применения права при разрешении каких-либо споров, либо как вид правоохранительной и правоприменительной государственной деятельности, в результате которой реализуется (проявляется) судебная власть [4, с. 21].

В юридической науке правосудие рассматривается как самостоятельный вид государственной деятельности, главная и основная функция судебной власти, осуществляемая специальным субъектом – судом [5, с. 40], или как «деятельность суда по рассмотрению дел, отнесенных к его компетенции» [6, с. 42]. При этом значительная часть современных авторов в качестве обязательного элемента понятия правосудия выделяет процессуальную форму, процедуру, в которой должна протекать деятельность суда, именуемая правосудием [7, с. 233; 8, с. 124; 9, с. 114–115]. Осуществление правосудия «в судебных заседаниях с соблюдением требуемой законом формы процесса» Н. В. Мишакова называет сущностным признаком анализируемого феномена [10, с. 67]. Данная форма урегулирована в соответствующих процессуальных кодексах, однако ее база, фундамент заложены в Конституции Республики Беларусь, ст. 115 которой определяет, что правосудие осуществляется на основе состязательности и равенства сторон в процессе. По сути, это означает форму судопроизводства, в которой может существовать правосудие, – только в условиях состязательности. Воспринимая ее как неотъемлемый атрибут правосудия, В. С. Каменков полагает, что состязательность «формирует благоприятную среду для выяснения всех обстоятельств, имеющих значение для дела, и вынесения законного и обоснованного судебного постановления» [11]. Причем Основной закон не содержит каких-либо изъятий из данного установления, как в некоторых других схожих ситуациях. Например, в ст. 21 Конституции Республики Беларусь сказано, что государство гарантирует права и свободы граждан, в то же время сама Конституция Республики Беларусь в ст. 23 разрешает их ограничение «в случаях, предусмотренных законом, в интересах национальной безопасности, общественного порядка, защиты нравственности, здоровья населения, прав и свобод других лиц». Следуя в русле конституционной законности, ч. 2 ст. 10 УПК предписывает, что ограничение прав и свобод лиц, участвующих в уголовном процессе, допускается только по основаниям и в порядке, установленным УПК.

Статья 114 Конституции Республики Беларусь содержит исключение из принципа открытости (гласности) судебного разбирательства, провозглашая, что слушание дел в закрытом судебном заседании возможно лишь в случаях,

определенных законом, с соблюдением всех правил судопроизводства. Учитывая это, УПК в ч. 2 ст. 23 предусматривает, что разбирательство уголовного дела в закрытом судебном заседании допускается только в интересах обеспечения защиты государственных секретов и иной охраняемой законом тайны, а также по делам о преступлениях, совершенных лицами, не достигшими шестнадцатилетнего возраста, по делам о половых преступлениях и другим делам в целях предотвращения разглашения сведений об интимных сторонах жизни участвующих в деле лиц либо сведений, унижающих их достоинство, и в случае, когда этого требуют интересы обеспечения безопасности потерпевшего, свидетеля или иных участников уголовного процесса, а также членов их семей или близких родственников и других лиц, которых они обоснованно считают близкими.

Ничего такого относительно состязательности в Конституции Республики Беларусь нет. Это говорит об обязательности рассматриваемого принципа применительно к правосудию, тем более принимая во внимание неоднократно высказанную в своих решениях позицию Конституционного Суда Республики Беларусь о верховенстве Конституции и непосредственном характере ее действия на территории нашей страны [12]. Проще говоря, есть состязательность есть правосудие, нет состязательности – отсутствует и правосудие.

Состязательность как принцип уголовного процесса на территории современной Беларуси появилась в XIX в. в связи с принятием Судебных уставов Российской империи 1864 г. Согласно ст. 3 Устава уголовного судопроизводства обвинение было отделено от власти судебной, т.е. от рассмотрения уголовных дел и постановления приговоров, принадлежащей судам без всякого участия властей административных [13, с. 10]. Таким образом, уже начиная с этого момента в основу уголовного процесса была заложена состязательная форма [14, с. 7]. Ее суть, по словам известного дореволюционного юриста В. К. Случевского, состояла в наличии в суде обеих сторон – обвинителя и подсудимого, «из взаимного сочетания деятельности которых и слагается вся сущность происходящей в присутствии суда процедуры». Продолжая, он подчеркивал, что «для развития состязательности необходимо, чтобы стороны существовали на суде, т. е. нужно, чтобы был на суде обвинитель и обвиняемый (один или со своим защитником)» [15, с. 79].

По мнению И. Я. Фойницкого, «существенными признаками состязательного порядка являются:

1) наличность в процессе сторон, стоящих отдельно от суда и пользующихся правами участия в деле;

2) равноправность сторон;

3) освобождение суда от процессуальных функций сторон» [16, с. 72].

Подчеркивая важность состязательности, он указывает, что «участие сторон в производстве содействует полнейшему разъяснению дела и дает суду готовый, всесторонне разработанный материал для постановления решения. В этом смысле стороны являются в процессе важными помощниками суда, ибо каждая из них действует в виду не своего частного, а только порученного ей и

представляемого ею публичного интереса» [16, с. 72]. После отсутствия данного принципа в УПК советского периода и несколько деформированного его понимания в литературе того времени, современное законодательство практически вернулось к трактовке состязательности второй половины XIX в. В современном понимании сущность состязательности сводится к тому, что стороны в судебном разбирательстве пользуются равными правами по представлению и исследованию доказательств, заявлению ходатайств, высказыванию мнения по любому вопросу, имеющему значение по уголовному делу, участию в судебных прениях, а суд обязан создать необходимые условия для осуществления предоставленных сторонам прав и выполнения ими процессуальных обязанностей (ч. 4, 5 ст. 24 УПК).

Очевидно, заочное производство не отвечает указанным требованиям и не может обеспечить реализацию состязательности, что приводит к выводу о том, что деятельность суда в этом случае нельзя считать правосудием.

Таким образом, состязательность как конституционный принцип фактически выводит процедуру постановления приговора без судебного разбирательства за рамки правосудия.

На то, что в процессуальных кодексах допускаются отступления от состязательности, уже неоднократно обращалось внимание в специальной литературе. Наиболее отчетливо это проявилось в Законе Республики Беларусь от 15 июля 2009 г. № 42-З «О внесении изменений и дополнений в некоторые законы Республики Беларусь по вопросам уголовной ответственности и оперативно-розыскной деятельности», который позволил суду разрешать уголовные дела ускоренного производства без участия государственного обвинителя. Разумеется, отсутствие в судебном заседании государственного обвинителя и иных лиц стороны обвинения, как зачастую происходит на практике и не запрещено законом, ставит под сомнение реализацию конституционного принципа состязательности при осуществлении правосудия. О том, что содержащиеся в указанном законе изменения УПК «затронули основополагающий принцип уголовного процесса, а именно состязательность», тогда писал судья Верховного Суда Республики Беларусь С. Гуров, объясняя это процессуальной экономией по отдельным относительно несложным категориям дел [17, с. 29]. Фактически согласился с подобной оценкой и Конституционный Суд Республики Беларусь, отмечая в решении № Р-355/2009 от 7 июля 2009 г., что «устанавливаемый законом судебный порядок рассмотрения уголовных дел ускоренного производства не исключает при возникновении объективной необходимости перехода на состязательный процесс с соблюдением общих условий судебного разбирательства». Выходит, без необходимости по делам ускоренного производства судебное разбирательство осуществляется в отсутствие состязательности. «Если же учесть, что в соответствии с ч. 2 ст. 294 УПК разбирательство уголовного дела о не представляющем большой общественной опасности или менее тяжком преступлении по ходатайству обвиняемого может происходить в его отсутствие, то судебный процесс в таком случае превращается в фикцию, т. к. на нем

присутствует только судья и секретарь судебного заседания», – нелицеприятно оценили данное нормотворчество Ю. П. Шкаплеров и Ж. А. Шилко [18, с. 199].

Тем не менее, законодатель продолжает создавать предписания, еще больше усугубляющие противоречия между Конституцией и отраслевыми нормами. В Послании Конституционного Суда «О состоянии конституционной законности в Республике Беларусь в 2015 году» отмечено, что Конституция предоставляет законодателю достаточно широкие дискреционные полномочия, то есть возможность усмотрения, «пространство выбора» в регулировании конкретных общественных отношений, определении особенностей правового регулирования, установлении, изменении и ограничении субъективных прав, условий и механизмов их реализации. Однако при реализации своих полномочий законодатель должен действовать в границах, определенных конституционными принципами и нормами. Но что делать, если эти границы в современных реалиях не всегда оправданны и затрудняют появление новых институтов. Может уже настало время отказаться в определенных случаях от состоятельности как установления, не соответствующего быстро развивающимся общественным отношениям, требующим новых подходов к их правовому регулированию, в том числе и к формулированию юридических принципов? Здесь уместно вспомнить известное высказывание Ф. Энгельса: «Принцип – не исходный пункт исследования, а его заключительный результат; принципы не применяются к природе и к человеческой истории, а абстрагируются из них; не природа и человечество соотнобразуются с принципами, а наоборот, принципы верны лишь постольку, поскольку они соответствуют природе и истории» [19, с. 34]. Смысл приведенного выражения заключается в том, что принципы не могут существовать сами по себе, быть своего рода декларациями и пожеланиями, об их наличии и реальном содержании можно судить только по конкретным процессуальным нормам и механизмам, через которые они реализуются. На развитие правовых принципов оказывает влияние не только действующая система норм, но и складывающаяся юридическая практика, а также правовая идеология. Однажды возникнув, принципы своим существованием начинают активно воздействовать на позитивное право, на процесс правоприменения и правосознание. Важно при этом отдавать себе отчет в том, что принципы не могут оставаться неизменными. Являясь составным элементом уголовно-процессуальной системы, они развивают ее и развиваются вместе с ней. Отрицать сей факт, считать, что процессуальные принципы не могут подвергаться ревизии – значит отвергать основные законы диалектики, противоречить пониманию того, что принципы, как и любая правовая конструкция, есть явление конкретно-историческое, истинность которого ограничена определенным промежутком времени, этапом развития общества и государства.

В этом контексте В. В. Никольский, рассматривая состоятельность как форму правосудия, пишет: «Нельзя форму ставить на первый план, служебная роль формы в том, что она должна способствовать реализации содержания. В противном случае соблюдение внешней формы будет в ущерб существу дела». Продолжая, он отмечает необходимость «первоначально выделять сущность



(содержание) деятельности суда – осуществление правосудия, и лишь после этого форму ее внешнего проявления» [20, с. 215–216].

Действительно, состязательность подразумевает наличие спора между сторонами. По утверждению В. Н. Бибило, «защита в суде своих интересов не может происходить иначе как в условиях спора, полемики, что является необходимым атрибутом познания в любой сфере человеческой деятельности. А это и есть состязательность» [6, с. 54]. Главной движущей силой состязательного уголовного процесса выступает спор сторон, в ходе которого ведется активная борьба посредством представления доказательств, заявления ходатайств, отводов и т. д. Все эти действия необходимы сторонам для подтверждения своей позиции. В частности, обвинение стремится утвердить версию происшедшего, доказать несостоятельность доводов защиты, опровергнуть их доказательствами. Защита, со своей стороны, добивается исключения пунктов обвинения как не получивших подтверждения, либо снятия обвинения в целом, как необоснованного [21].

Из ч. 1 ст. 459 УПК вытекает, что заочное производство не предполагает спор обвинения и защиты в суде, и, как следствие, надобность состязания между ними. Схожая картина, кстати, присуща и гражданскому процессу при вынесении определения о судебном приказе в порядке, регламентированном главой 31 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь. По этому поводу Э. М. Мурадян замечает: «В приказном производстве, которое имеет мало общего с остальными видами судопроизводства, состязательности нет. Состязательность – принцип правосудия ... приказного правосудия не существует» [22, с. 139].

**Выводы.** Подводя итог приведенным выше суждениям, стоит указать, что существующая в законодательстве Беларуси конструкция состязательности как конституционного принципа фактически выводит процедуру постановления приговора без судебного разбирательства за рамки правосудия. Вместе с тем заочное производство не предполагает наличие спора обвинения и защиты в суде, и, как следствие, надобность состязания между ними. При таких обстоятельствах состязательность ограничивает законодателя в создании более гибкой модели правосудия, отвечающей современным тенденциям упрощения обычных судебных процедур. В этой связи, представляется, назрела целесообразность пересмотра конституционной редакции принципа состязательности путем дополнения ст. 115 Конституции Республики Беларусь нормой, допускающей возможность отступления от него в случаях, предусмотренных законом.

#### **Список литературы:**

1. Тимко О. Б. Понятие заочного производства в уголовном процессе. *Правовые проблемы укрепления российской государственности* : сб. статей / отв. ред. М. К. Свиридов, Ю. К. Якимович. 2011. С. 170–175.
2. Уголовный процесс : учебник / В. И. Басков и др. ; под ред. К. Ф. Гуценко. 3-е изд. Москва : ЗЕРЦАЛО, 1999. 584 с.
3. Гуценко К. Ф., Головкин Л. В., Филимонов Б. А. Уголовный процесс западных государств : учеб. пособ. 2-е изд. Москва : Зерцало-М, 2002. 528 с.

4. Авдонкин В. С. и др. Правоохранительные и судебные органы России : учебник / под ред. Н. А. Петухова, А. С. Мамыкина. Москва : Рос.гос. ун-т правосудия, 2015. 232 с.
5. Данилевич А. А. и др. Судостроительство : учебник / под ред. А. А. Данилевича, И. И. Мартинович. 2-е изд. Минск : Амалфея, 2010. 464 с.
6. Бибило В. Н. Судостроительство : учебник. Минск : Право и экономика, 2001. 328 с.
7. Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право России : учебник. 3-е изд., перераб. и доп. Москва : Юрист, 2004. 587 с.
8. Ржевский В. А., Чепурнова Н. М. Судебная власть в Российской Федерации: конституционные основы организации и деятельности. Москва : Юрист, 1998. 216 с.
9. Фурсов Д. А., Харламова И. В. Теория правосудия в кратком трехтомном изложении по гражданским делам: Теория и практика организации правосудия. Т. 1. Москва : Статут, 2009. 524 с.
10. Мишакова Н. В. Организация судебной власти в Российской Федерации (нормативно-правовое исследование) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Москва, 2018. 174 с.
11. Каменков В. С. Принцип состязательности в хозяйственном судопроизводстве Беларуси. *КонсультантПлюс*. URL: <http://www.urspectr.info> (дата доступа: 30.12.2018).
12. О состоянии конституционной законности в Республике Беларусь в 2017 году : Решение Конституционного Суда Республики Беларусь от 23 января 2018 г. № Р-1120/2018. URL: <http://www.kc.gov.by/main.aspx?guid=39043> (дата доступа: 30.12.2018).
13. Джаншиев Г. А. Основы судебной реформы : сб. статей / Г. А. Джаншиев. Москва : Статус; РАП, 2004. 315 с.
14. Каминский Э. С. Принцип состязательности по уголовно-процессуальному законодательству Российской Федерации. *Российский следователь*. 2009. № 9. С. 6–8.
15. Случевский В. К. Учебник русского уголовного процесса. Введение. Часть 1 : Судостроительство ; под ред. и с предисловием В. А. Томсинова. Москва : Зерцало, 2008. 400 с.
16. Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 1. С.-Петербург : Типография т-ва «Общественная польза», 1912. 579 с.
17. Гуров С. О соблюдении процессуального закона при рассмотрении уголовных дел ускоренного производства. *Судебный вестник*. 2010. № 4. С. 29–32.
18. Шкаплеров Ю. П., Шилко Ж. А. Некоторые проблемы осуществления ускоренного производства в уголовном процессе. *Актуальные вопросы права, образования и психологии* : сб. науч. трудов / редкол. : Ю. П. Шкаплеров (отв. ред.) и др. Могилев, 2014. С. 196–200.
19. Маркс К. Сочинения : в 39 т., 2-е изд. Москва : Гос. изд-во полит. лит., 1978. Т. 20. 652 с.
20. Никольский В. В. К вопросу о разумном определении границ реализации принципа состязательности в уголовном судопроизводстве. *eLIBRARY*. URL: [https://elibrary.ru/download/elibrary\\_28514844\\_26160561.pdf](https://elibrary.ru/download/elibrary_28514844_26160561.pdf) (дата доступа: 08.02.2019).
21. Реховский А. Ф., Маргарян Я. А. Реализация принципа состязательности сторон в гражданском и уголовном процессе России. *eLIBRARY*. URL: [https://elibrary.ru/download/elibrary\\_26697082\\_23913857.pdf](https://elibrary.ru/download/elibrary_26697082_23913857.pdf) (дата доступа: 21.12.2018).
22. Мурадян Э. М. К вопросу о составе принципов судебного процесса (в связи со статьей Д. В. Даниленко о состязательности). *Современное право*. 2010. № 9. С. 139–141.

#### References:

1. Timko, O.V. (2011). Ponyatie zaochного proizvodstva v ugovnom protsesse [The concept of absentee production in criminal proceedings]. *Pravovyye problemyi ukrepleniya rossiyskoy gosudarstvennosti – Legal problems of strengthening Russian statehood*, M. K. Sviridov, Yu. K. Yakimovich (Eds.). 170–175 [in Russian].
2. Baskov, V.I. et al. (1999). Ugolovnyiy protsess [criminal process]. K. F. Gutsenko (Ed). Moscow: ZERTZALO [in Russian].
3. Gutsenko, K.F., Golovko, L.V., Filimonov, B.A. (2002). Ugolovnyiy protsess zapadnyih gosudarstv [Criminal procedure of the western states]. Moscow: Zertsalo-M [in Russian].

4. Avdonkin, V.S. et al. (2015). Pravoohranitelnyie i sudebnyie organyi Rossii [Law enforcement and judicial authorities of Russia]. N. A. Petukhov, A. S. Mamykina (Eds.). Moscow: Ros.gos. un-t pravosudiya [in Russian].
5. Danilevich, A.A. et al. (2010). Sudoustroystvo [Judicial system]. A. A. Danilevich, I.I. Martinovic (Eds.). Minsk: Amalfeya [in Russian].
6. Bibilo, V.N. (2001). Sudoustroystvo [Judicial system]. Minsk: Pravo i ekonomika [in Russian].
7. Kozlova, E.I., Kutafin, O.E. (2014). Konstitutsionnoe pravo Rossii [Constitutional law of Russia]. Moscow: Yurist' [in Russian].
8. Rzhhevskij, V.A., Chepurnova, N.M. (1998). Sudebnaya vlast v Rossiyskoy Federatsii: konstitutsionnyie osnovyi organizatsii i deyatelnosti [Judicial power in the Russian Federation: constitutional foundations of organization and activity]. Moscow: Yurist' [in Russian].
9. Fursov, D.A. Harlamova, I.V. (2009). Teoriya pravosudiya v kratkom trehtomnom izlozhenii po grazhdanskim delam: Teoriya i praktika organizatsii pravosudiya [Theory of Justice in a brief three-volume narrative on civil cases: Theory and practice of organizing justice]. Vol. I. Moscow: Statut [in Russian].
10. Mishakova, N.V. (2018). Organizatsiya sudebnoy vlasti v Rossiyskoy Federatsii (normativno-pravovoe issledovanie) [Organization of the judiciary in the Russian Federation (regulatory research)]. *Candidate's thesis*. Moscow [in Russian].
11. Kamenkov, V.S. Printsip sostyazatelnosti v hozyaystvennom sudoproizvodstve Belarusi [The principle of competition in the economic proceedings of Belarus]. URL: <http://www.urspectr.info> [in Russian].
12. O sostoyanii konstitutsionnoy zakonnosti v Respublike Belarus v 2017 godu: Reshenie Konstitucionnogo Suda Respubliki Belarus' ot 23 janvarja 2018 g. [On the state of constitutional legality in the Republic of Belarus in 2017]. URL: <http://www.kc.gov.by/main.aspx?guid=39043> [in Russian].
13. Dzhanshiev, G.A. (2004). Osnovy sudebnoy reformy [Basics of judicial reform]. Moscow: Status; RAP [in Russian].
14. Kaminsky, E.S. (2009). Printsip sostyazatelnosti po ugovolno-protsessualnomu zakonodatelstvu Rossiyskoy Federatsii [The principle of adversary on the criminal procedure legislation of the Russian Federation]. *Rossiyskiy sledovatel – Russian investigator*, 9, 6–8 [in Russian].
15. Sluchevskiy, V.K. (2008). Uchebnik russkogo ugovolnogo protsessa. Vvedenie. Part 1: Sudoustroystvo [Textbook of the Russian criminal process. Introduction Part 1: Judicial System]. V.A. Tomsinov (Ed). Moscow: Zertsalo [in Russian].
16. Foinitskiy, I.J. (1912). Kurs ugovolnogo sudoproizvodstva [Criminal Justice Course]. Vol. I. S.-Petersburg: Tipografiya t-va «Obschestvennaya polza» [in Russian].
17. Gurov, S. (2010). O soblyudenii protsessualnogo zakona pri rassmotrenii ugovolnyih del uskorennoogo proizvodstva [On the observance of the procedural law in the consideration of criminal cases of accelerated production]. *Sudebnyiy vestnik – Judicial Herald*, 4, 29–32 [in Russian].
18. Shkaplerov, Y.P., Shilko, J.A. (2014). Nekotorye problemy osuschestvleniya uskorennoogo proizvodstva v ugovolnom protsesse [Some problems of the implementation of accelerated production in criminal proceedings]. *Aktualnyie voprosyi prava, obrazovaniya i psikhologii – Current issues of law, education and psychology*. Y.P. Shkaplerov (Ed). Mogilev, 196–200 [in Russian].
19. Marks, K. (1978). Sochineniya [Writings]. (Vols. 1–39; Vol. 20). Moscow: Gos. izd-vo polit. lit. [in Russian].
20. Nikolskiy, V.V. K voprosu o razumnom opredelenii granits realizatsii printsiipa sostyazatelnosti v ugovolnom sudoproizvodstve [On the question of a reasonable definition of the boundaries of the implementation of the principle of adversarial proceedings in criminal proceedings]. URL: [https://elibrary.ru/download/elibrary\\_28514844\\_26160561.pdf](https://elibrary.ru/download/elibrary_28514844_26160561.pdf) [in Russian].
21. Rehovskiy, A.F., Margaryan, Ya.A. Realizatsiya printsiipa sostyazatelnosti storon v grazhdanskom i ugovolnom protsesse Rossii [Implementation of the adversarial principle in the civil and criminal proceedings in Russia].: [https://elibrary.ru/download/elibrary\\_26697082\\_23913857.pdf](https://elibrary.ru/download/elibrary_26697082_23913857.pdf) [in Russian].

22. Muradyan, E.M. (2010). K voprosu o sostave printsipov sudebnogo protsessa (v svyazi so statey D. V. Danilenko o sostyazatelnosti) [On the question of the composition of the principles of the judicial process (in connection with the article of D. D. Danylenko on adversarial proceedings)]. *Sovremennoe pravo – Modern law*, 9, 139–141 [in Russian].

**Danko I. V.**, PhD in Law, Associate Professor, Head of the Department of Economic and Financial Law of the Private Educational Institution “BIP-Institute of Law”, Belarus, Minsk.  
e-mail : dan231069@gmail.com

**Part-time criminal proceedings in the context of justice in the Republic of Belarus**

*In recent years, the Criminal Procedure Code of the Republic of Belarus (hereinafter referred to as the Code of Criminal Procedure) has been amended to simplify and speed up judicial procedures. One of these stories was the appearance of absentee production in 2016. According to Part 1 of Art. 459 Code of Criminal Procedure applies to a person accused of committing a crime that does not represent a great public danger, when the accused fully admits his guilt and civil suit, if he is brought, the recognition made by him is not disputed by any of the parties and is not in doubt with the judge and the guilt of the accused, the legal qualification of the act and the consent of the accused and the victim to the trial in absentia in court are not in doubt; there are no other obstacles to sentencing ra without trial. This article raises the problem of the legal nature of the specified procedure for resolving cases by the court and its compliance with the constitutional provision on the adversarial nature of justice; it is stated that the existing in the legislation of Belarus the construction of the contest as a constitutional principle actually takes the procedure of sentencing without a trial beyond the scope of justice. In such circumstances, competition limits the legislator in creating a more flexible model of justice that meets current trends in simplifying ordinary judicial procedures. In this regard, it is concluded that it is advisable to revise the constitutional version of the principle of competition by supplementing Article 115 of the Constitution of the Republic of Belarus with a norm allowing for the possibility of derogation from it in cases provided for by law.*

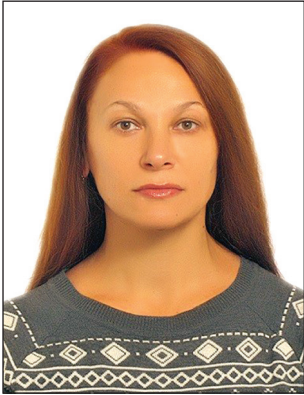
**Keywords:** criminal procedure; administration of justice; the principle of adversarial and equality of the parties; correspondence proceedings.

**Рекомендоване цитування:** Данько І. В. Заочное производство по уголовным делам в контексте правосудия в Республике Беларусь. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 145. С. 193–204. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.156821>.

**Suggested Citation:** Danko, I.V. (2019). Zaochnoe proizvodstvo po ugovolnym delam v kontekste pravosudija v Respublike Belarus' [Part-time criminal proceedings in the context of Justice in the Republic of Belarus]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality*, issue 145, 193–204. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.156821> [in Russian].

*Надійшла до редакції 15.02.2019 р.*

# СУДОУСТРІЙ. ПРОКУРАТУРА ТА АДВОКАТУРА



**Барабаш Тетяна Олегівна,**  
*кандидат юридичних наук, асистент кафедри  
загальноправових дисциплін,  
Інститут управління і права  
Національного юридичного університету  
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Київ  
e-mail: Leodejure@gmail.com  
ORCID 0000-0002-7831-1699*

doi: 10.21564/2414–990x.145.156413  
УДК 347.965:17

## АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ АДВОКАТСЬКОЇ ЕТИКИ ТА ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЇЇ ПОРУШЕННЯ

*Розглянуто діяльність адвокатури як недержавного самоврядного інституту, особливості надання послуг представницького характеру, здійснення захисту фізичних і юридичних осіб. Доведено, що через специфіку діяльності адвокати мають дотримуватися певних правил адвокатської етики, що можна розглядати одним із основних професійних обов'язків. Проаналізовано вітчизняне й зарубіжне законодавство у досліджуваній сфері. Сформульовано пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства, що регламентує адвокатську діяльність.*

**Ключові слова:** адвокат; адвокатська етика; правила адвокатської етики; принципи адвокатської етики; відповідальність за порушення адвокатської етики; деонтологічні стандарти.

**Барабаш Т. О.,** кандидат юридических наук, асистент кафедри общеправовых дисциплин, Институт управления и права Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Киев.  
e-mail : Leodejure@gmail.com ; ORCID 0000-0002-7831-1699

### Актуальные вопросы адвокатской этики и ответственности за ее нарушение

*Рассматривается деятельность адвокатуры как негосударственного самоуправляемого института, особенности предоставления услуг представительского характера, осуществления защиты физических и юридических лиц. Доказано, что в силу специфики деятельности адвокаты должны соблюдать определенные правила адвокатской этики, которые следует рассматривать как одну из основных профессиональных обязанностей. Анализируется отечественное и зарубеж-*

ное законодательство, регулирующее адвокатскую деятельность. Сформулированы предложения по внесению изменений и дополнений в действующее законодательство.

**Ключевые слова:** адвокат; адвокатская этика; правила адвокатской этики; принципы адвокатской этики; ответственность за нарушение адвокатской этики; деонтологические стандарты.

**Вступ.** Адвокат у своїй професійній діяльності щодня стикається з різноманітними проблемами етичного характеру, деякі з них пов'язані з необхідністю виконання основного завдання – захищати інтереси окремого клієнта, не завдаючи при цьому шкоди інтересам суспільства в цілому, що передусім передбачає дотримання принципів законності і верховенства права. Звісно, успішність і ефективність адвокатської діяльності залежить не тільки від професійних знань, вмінь і навичок адвоката, а й від його особистих, у тому числі й комунікативних, якостей, перелік яких можна знайти в деонтологічних стандартах, правилах професійної етики тощо. Таким чином, можна стверджувати, що адвокатська діяльність фактично базується на чітко визначених етичних принципах, і без дотримання етичних норм вона неможлива.

Тож аналіз окресленої проблеми, а також етичних і деонтологічних норм адвокатської діяльності нині є актуальним, оскільки сприятиме удосконаленню і закріпленню в чинному законодавстві, зокрема, Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Не можна стверджувати, що питання адвокатської етики взагалі не досліджувалося й не обговорювалося. У різні часи в тому чи іншому аспекті воно вивчалось юристами, серед яких такі науковці, як: А. М. Бірюкова (А. М. Biriukova), І. В. Бондар (I. V. Bondar), Т. В. Варфоломеева (T. V. Varfolomeieva), Ю. М. Грошевий (Yu. M. Hroshevyi), М. А. Погорецький (M. A. Pohoretskyi), О. Д. Святоцький (O. D. Sviatotskyi), О. Г. Яновська (O. H. Yanovska) та ін. Проте частіш за все окреслене питання розглядалося в контексті інших проблем.

**Мета статті** – розглянути морально-етичні принципи адвокатської етики з урахуванням існуючої міжнародної й вітчизняної практики правового регулювання цієї сфери, а також відповідальність за її порушення.

**Виклад основного матеріалу.** В юридичній літературі висловлюється думка, що роль адвоката і його діяльність дуже важливі для суспільства, це тому до нього як до людини (індивіда і члена суспільства) і представника юридичної професії ставляться більш високі моральні вимоги, ніж до інших. За таких умов саме адвокатська етика має стати мірилом і основою оцінки моральних якостей, вмінь і навичок, професіоналізму адвоката як захисника довірителя.

Примітно, що згадані нами (і не тільки) науковці, вивчаючи й аналізуючи діяльність представників цього фаху, звертають увагу на вказані та деякі інші властивості й риси, наголошуючи на тому, що етика адвокатської діяльності – це найбільш об'ємна стрижнева за своїм значенням і змістом проблема.

Перш за все це пояснюється тим, що центральною особою (суб'єктом адвокатських правовідносин) в адвокатській діяльності є людина (клієнт<sup>1</sup>), з якою адвокат вступає у правові відносини, виконуючи свої професійні обов'язки. Досить влучно з цього приводу висловився У. Бернам: «Адвокат, коли виконує свої професійні обов'язки, знає тільки одну людину в світі, і ця людина – його клієнт» [1, с. 286]. Таким чином, можна зробити висновок, що деонтологічні аспекти відносин адвоката з клієнтом завжди були і залишаються особливо вагомими, а їх вивчення актуальним.

Розглядаючи складові взаємовідносин адвоката з клієнтом (довірителем), слід зазначити, що їх основою є довіра, оскільки саме в ній відображається правова природа відносин адвоката з особою, яка звертається до нього із проханням виконати певні захисні дії, що згідно із приписами нормативних актів охоплюються адвокатською діяльністю, спрямованою на забезпечення суб'єктивних прав клієнта.

Варто визнати своєчасним і важливим при дослідженні адвокатської діяльності, у тому числі адвокатської етики, звернення А. М. Бірюкової, Л. І. Бойко, Я. А. Савченко, О. Д. Святоцького до міжнародної практики й законодавства, зокрема, до Рекомендацій R(2000)21 Комітету міністрів державам-учасницям Ради Європи про свободу виконання професійних адвокатських обов'язків [11], в яких закріплено, що адвокатським колегіям або іншим професійним об'єднанням адвокатів належить розробити професійні стандарти і кодекси поведінки адвоката [3, с. 148].

З урахуванням положень Рекомендацій, інших нормативних актів і міжнародної адвокатської діяльності справедливими, на нашу думку, є висновки І. В. Боднар про те, що професійні стандарти і кодекси поведінки мають складатися без втручання держави [4, с.148].

Безумовно, що саме представники адвокатської професії найбільш повно обізнані з тонкощами і специфікою адвокатської діяльності в Україні, а тому, спираючись на свій досвід та враховуючи міжнародний досвід, вони у змозі віднайти чи обрати необхідні моделі етики адвоката. Отже, професійні асоціації не тільки відіграють важливу роль у визначенні і закріпленні стандартів та етичних норм діяльності адвокатури, а й контролюватимуть їх отримання й забезпечуватимуть настання відповідальності за їх порушення. Наведене має важливе значення, оскільки адвокат повинен діяти, дотримуючись норм права, не тільки в інтересах осіб, яких він захищає, а й в інтересах суспільства в цілому. З огляду на це в законодавстві в загальних рисах мають бути окреслені правила й основоположні принципи адвокатської етики.

Принагідно слід зауважити, що ці правила і принципи достатньо ґрунтовно виписані в кодексах поведінки і правилах діяльності адвокатів, прийнятих у розвинених європейських країнах. Наприклад, у Кодексі поведінки європейських адвокатів [6] закріплено такі принципи:

<sup>1</sup> На думку автора, найменування суб'єкта адвокатських правовідносин термін «клієнт» не зовсім вдалий (клієнт у перукарні, в бані, в інших відносинах). Свого часу термін «довіритель» відстоював і відомий правник М. В. Гордон.

- незалежність адвоката і свобода представляти справу клієнта;
- право й обов'язок адвоката дотримуватися конфіденційності щодо справ клієнтів і права на повагу до професійної таємниці;
- уникнення конфліктів інтересів між різними клієнтами або між клієнтом і адвокатом;
- гідність і честь адвокатської професії, високі моральні якості й добра репутація окремого адвоката;
- відданість клієнтові;
- справедливе ставлення до клієнтів стосовно сплати гонорарів;
- професійна компетентність адвоката;
- повага до колег по професії;
- повага до верховенства права й справедливого здійснення правосуддя;
- саморегулювання адвокатської професії.

З огляду на те, що Україна прагне стати членом Європейського Союзу, вона повинна трансформувати вітчизняне право і законодавство, наблизити до європейського. Отже, працюючи над цією проблемою, необхідно звернутися до Загального кодексу правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства, який вважається взірцем для розробки професійних кодексів поведінки адвокатів багатьох країн, у тому числі й нашої держави. Сьогодні в Україні діють Правила адвокатської етики, затверджені звітно-виборчим з'їздом адвокатів України 9 червня 2017 р. [8].

На прикладі Правил адвокатської етики можна побачити, що національний документ не лише детально регламентує діяльність, а й має прогностичні риси, через що вони одночасно стають публічним правом і категорією професійної придатності [12, с. 205].

Визнаючи важливість і доцільність врахування досвіду й практики, основних принципів, закріплених в європейських документах, слід наголосити, що вказане не означає дублювання Україною приписів законодавства європейських країн, оскільки у процесі законотворення треба брати до уваги специфіку власних суспільних і економічних відносин, менталітет народу та інші особливості, притаманні певній країні.

Вищесказане дозволяє зробити висновок, що основоположні принципи адвокатської діяльності й поведінки адвоката, викладені у Кодексі поведінки європейських адвокатів [6], мають бути враховані і в нормативних документах із питань регулювання адвокатської діяльності та етики. При цьому, на нашу думку, доцільно розглянути деякі основоположні принципи в їх послідовності. Принцип довіри як соціологічне і психологічне поняття, що використовується для позначення відкритих, позитивних взаємовідносин між людьми, досить чітко викладений і обґрунтований в європейському законодавстві про адвокатську діяльність та етику адвоката, на жаль, не знайшов чіткої і зрозумілої регламентації в Правилах адвокатської етики в Україні. Беручи до уваги понятійно-категоріальний апарат, яким користується більшість розвинених країн, пропонуємо особу, яка звернулася за адвокатською допомогою, іменувати не клієнт, а довіритель.



Пояснимо свою точку зору. Довіра виступає передумовою соціально-політичних відносин між людьми, а недовіра до адвоката, навпаки, є наслідком неякісного надання правової допомоги. Довіра клієнта до адвоката – це основа, підстава виникнення адвокатської діяльності. Вона, як і професіоналізм адвоката, стає запорукою вирішення проблем клієнта. Можна впевнено стверджувати, якщо клієнт дійсно покладає надії (сподівається) на отримання реальної правової допомоги, то він довіряє адвокату, уважно ставиться до порад і рекомендацій, тобто такі взаємовідносини між адвокатом і довірцем, безумовно, дадуть позитивні результати. Додамо, що порядність і етичне ставлення до виконання адвокатських повноважень варто визнати передумовами довіри, тобто якщо клієнт із перших хвилин спілкування зрозуміє, що перед ним людина (адвокат), яка прагне їй допомогти, а не звинуватити, його захисник, він ставитиметься до такої особи з довірою і укладе відповідний договір. Спираючись на це, у Загальному кодексі правил адвокатів держав Європейського співтовариства [5, п. 22] одним із основоположних принципів адвокатської діяльності й етики визначається довіра й особиста порядність: «Довірчі відносини між адвокатом і клієнтом можуть виникнути лише у разі відсутності в останнього сумнівів щодо чесності і сумлінності адвоката» [2, с. 151].

На знак визнання важливості дотримання принципу довіри в адвокатській діяльності Міжнародна асоціація юристів у своїх документах також закріпила вимогу дотримання найвищих стандартів довіри та взаєморозуміння між клієнтом і адвокатом [2, с. 152].

Беручи це до уваги, М. А. Погорецький і О. І. Яновська розглядають завоювання довіри як один із психологічних бар'єрів, які виникають перед кожною людиною і які адвокату належить подолати для ефективного виконання своїх функцій, як «фільтр безпеки», проходження якого залежить від рівня довіри до адвоката, що, у свою чергу, залежить від сприйняття його образу [7, с. 304].

Таким чином, клієнт завжди розраховує на абсолютну чесність і повну відвертість адвоката, правдивість повідомлюваної інформації, а отже, для адвоката неприпустимими є недомовки, нечіткі й ухильні відповіді, надання неправдивої інформації. З огляду на це адвокат не має права приховувати ті обставини, про які клієнт не запитує, але які мають пряме або опосередковане відношення до справи, з приводу якої клієнт звернувся до адвоката, що знайшло відображення (і про це вже йшлося) у міжнародних принципах адвокатської етики.

На жаль, в Україні вказана основоположна ідея ще не отримала свого нормативного закріплення у вигляді окремого етичного принципу, хоча про деякі її елементи йдеться у нормах Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та Правилах адвокатської етики. Так, приймаючи присягу адвоката України, текст якої наведено у ст. 11 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», особа бере на себе зобов'язання чесно і сумлінно забезпечувати право на захист та надавати правову допомогу [9].

Наступною не менш важливою ознакою довірчих відносин між адвокатом і його клієнтом є конфіденційність. Саме вона і пов'язана з нею професійна

таємниця – незмінні атрибути адвокатської діяльності. Зрозуміло, що без конфіденційності неможлива повна довіра між адвокатом та його клієнтом, без забезпечення дотримання адвокатської таємниці не може йтися про ефективність захисту адвокатом прав і законних інтересів своїх довіритель [2, с. 152].

Таким чином, стверджувати, що адвокат гідно виконує свої обов'язки, можна, якщо відносини захисник – його довіритель побудовані на повній відвертості, яка неможлива без упевненості, що все повідомлене конфіденційно захиснику в інтересах захисту залишиться тільки йому відомим і в жодному разі не буде розголошене. На підтвердження наведемо припис ч. 1 ст. 10 Правил адвокатської етики, в якій наголошується на тому, що дотримання принципу конфіденційності є необхідною і досить важливою передумовою довірчих відносин між адвокатом і клієнтом, без яких неможливо гідне надання професійної правової допомоги, здійснення захисту та представництва [8].

Щодо дотримання адвокатами вимог чесності й порядності, то вказані етичні категорії використовуються в Правилах адвокатської етики лише в контексті відносин адвоката з судом та іншими учасниками судового провадження, а також використання адвокатом мережі Інтернет. Вважаємо доцільним, важливим й виправданим передбачити в Правилах адвокатської етики окрему норму щодо етичних основ формування довірчих відносин між адвокатом і клієнтом.

Для остаточного утвердження етичних норм в адвокатській діяльності необхідно законодавчо закріпити і такий принцип, як незалежність адвоката, а також механізми його реалізації. Чинним законодавством встановлено, що адвокат є відносно самостійною фігурою і майже завжди має право вибору поведінки й правової позиції у взаємовідносинах із клієнтом та судом, залишаючись при цьому представником своєї корпорації. А отже, за його вчинками складається уявлення не про клієнта, якого він представляє, а про організацію адвокатів, членом якої він є. Таке міркування дещо звучує саме поняття самостійності, адже не тільки корпоративна етика, а й особисті морально-етичні якості особи як адвоката повинні спонукати його до обґрунтованої відмови клієнту, якщо така відмова не суперечить закону [13, с. 38].

Одним із важливих елементів етичного кодексу адвокатів, тісно пов'язаним з розглянутими раніше принципами довіри, конфіденційності й самостійності, є принцип уникнення конфлікту інтересів, правові засади якого передбачені в Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [9]. Згідно з п. 3 ч. 1 ст. 21 цього Закону до професійних обов'язків адвоката належить невідкладно повідомляти клієнта про виникнення конфлікту інтересів між ними, а відповідно до ч. 1 ст. 28 зазначеного Закону адвокату, адвокатському бюро або адвокатському об'єднанню забороняється укладати договір про надання правової допомоги та належить відмовитися від його виконання у разі виникнення конфлікту інтересів, що унеможливує виконання адвокатом його професійних обов'язків, а також вчинення чи не вчинення ним певних дій під час здійснення адвокатської діяльності.

Додамо, що й Правила адвокатської етики містять правові норми щодо конфлікту інтересів. Наприклад, ст. 9 Правил [8] із метою недопущення конфлікту інтересів передбачається, що адвокат без письмового погодження з клієнтами проблем, щодо яких виник конфлікт інтересів, не може представляти або захищати одночасно двох або більше клієнтів, інтереси яких є взаємно суперечливими, або вірогідно можуть стати суперечливими, а також за таких обставин надавати їм професійну правову допомогу. У разі отримання адвокатом конфіденційної інформації від клієнта, якому він надавав професійну правничу (правову) допомогу, пов'язаної з інтересами нового клієнта при наданні правничої допомоги, адвокат зобов'язаний отримати письмове погодження клієнтів, між якими виник конфлікт інтересів.

Отже, адвокатська діяльність має провадитися відповідно до приписів чинного законодавства й етичних норм поведінки адвоката. Сторони відносин адвокат – клієнт мають рівне правове становище, тому і норми законодавства врегульовують дані відносини так, що можливості одностороннього панування однієї сторони відносин над іншою, у даному разі адвоката над клієнтом або ж навпаки, виключається. Усі елементи адвокатських відносин пронизані етично-моральними правилами поведінки суб'єктів цих відносин. Разом із тим, будучи вираженими в правових нормах, вони носять публічний характер і захищаються законом, а отже, за порушення норм чинного законодавства і Правил адвокатської етики до порушників застосовуються відповідні міри відповідальності.

Так, ст. 66 Правил адвокатської етики закріплює, що «за порушення Правил адвокатської етики до адвоката можуть бути застосовані заходи дисциплінарної відповідальності в порядку, передбаченому чинним законодавством про адвокатуру та адвокатську діяльність, а також рішенням З'їзду, актами Ради адвокатів України, Національної асоціації адвокатів України» [8].

Дисциплінарна відповідальність адвокатів – це міра примусу, одна із правових форм впливу за порушення адвокатської етики, необхідний і основний елемент цієї діяльності. Порушення або невиконання професійних (деонтологічних) норм етичної поведінки адвоката, передбачених чинним законодавством, зокрема Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», а також Правилами адвокатської етики, є підставою для притягнення його до дисциплінарної відповідальності, тобто вона настає лише за винні порушення. Вина адвоката в порушенні адвокатської етики доводиться в передбаченому законом порядку і встановлюється рішенням кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури або Вищою кваліфікаційно-дисциплінарною комісією адвокатури про притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності.

Проте адвокат не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні дисциплінарного проступку, ці обов'язки покладаються на особу, яка ініціює питання дисциплінарної відповідальності щодо адвоката. Усі сумніви стосовно доведеності вини адвоката тлумачаться на його користь.

На жаль, у Правилах адвокатської етики не встановлені види дисциплінарної відповідальності за їх порушення. Більш того, Правила адвокатської етики роблять адвоката залежним від дисциплінарних органів адвокатури, які не завжди є неупередженими [10, с. 5].

Переважає більшість правників негативно ставиться до посилання на такі положення нормативних актів, як: «якщо інше не передбачено чинним законодавством», «відповідно до чинного законодавства» тощо. Загальні вимоги теорії держави та права щодо законотворення зводяться до того, що закон повинен бути чітким і зрозумілим, повним і обґрунтованим. Це стосується і Правил адвокатської етики, які носять спеціальний характер.

Нерідко порушення адвокатської етики приводять і до матеріальних збитків, яких завдають недбайливі й безвідповідальні адвокати своїм клієнтам. На нашу думку, ці положення хоч би в загальному вигляді слід відобразити в Правилах адвокатської етики.

**Висновки.**

1. Адвокатська діяльність повинна здійснюватись з дотриманням принципів, викладених у Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

2. Одним із стрижневих принципів адвокатської діяльності є принцип адвокатської етики, саме тому він знайшов закріплення в Правилах адвокатської етики.

3. Законодавство України, що регулює адвокатську діяльність, не може суперечити чи порушувати аналогічне законодавство країн Європейського Союзу та інших розвинутих країн.

4. Практика законотворення має орієнтуватися на особливості економічних і соціальних відносин у суспільстві та менталітет народу України.

5. З огляду на те, що термін «клієнт», яким іменується нині один із суб'єктів адвокатських правовідносин, є не зовсім доречним і широко використовується в інших відносинах (в іншому значенні) та не відповідає нормам етики, доцільно внести відповідні зміни.

**Список літератури:**

1. Бернам У. Правовая система США / науч. ред. : В. А. Власихин. Вып. 3. Москва : Новая юстиция, 2006. 1216 с.
2. Бірюкова А. М. Довіра як етична основа відносин адвоката з клієнтом (міжнародний та вітчизняний вимір). *Вісник кримінального судочинства*. 2017. № 3. С. 149–154.
3. Бойко Л. І. Міжнародні стандарти дисциплінарної відповідальності адвокатів. *Юридична наука*. 2015. № 4. С. 161–166.
4. Бондар І. В. Кодекс поведінки адвокатів: роль та вплив на професію. *Часопис Київського університету права*. 2015. № 2. С. 148–151.
5. Загальний кодекс правил для адвокатів держав Європейського Співтовариства від 01.10.1988 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_343](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_343).
6. Кодекс поведінки європейських адвокатів. URL: [https://unba.org/ua/assets/uploads/legislation/inshi-dokumenty/kodeks\\_povedinky\\_yevropeyskykh\\_advokativ\(ukr\)/pdf](https://unba.org/ua/assets/uploads/legislation/inshi-dokumenty/kodeks_povedinky_yevropeyskykh_advokativ(ukr)/pdf).
7. Погорецький М. А., Яновська О. Г. Адвокатура України : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2014. 475 с.

8. Правила адвокатської етики, затверджені Звітно-виборним з'їздом адвокатів України 09.06.2017 р. URL: <https://vkdka.org/pravil-advokatskoji-etiki/>.

9. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 27. С. 1438. Ст. 282.

10. Рафальська І. Новий етичний кодекс адвокатів України. Погляд на крок вперед. *Юридичний вісник України*. 2017. № 28 (14–20 липня). С. 5.

11. Рекомендація № R(2000)21 Комітету Міністрів державам-учасницям Ради Європи про свободу здійснення професійних адвокатських обов'язків. URL: <https://www.scourt.gov/ua/>.

12. Савченко Я. А. Порівняльно-правовий аналіз правил адвокатської етики в Україні та Чеській Республіці. *Порівняльно-правові дослідження*. 2014. № 2. С. 200–205.

13. Яновська О. Г. Співвідношення мети та засобів як етична проблема адвокатської діяльності. *Юридична газета*. 2017. № 12 (14 березня). С. 38–39.

#### References:

1. Bernam, U. (2006). *Pravovaja sistema SShA*. V. A. Vlasihin (Ed.). Moscow: Novaja justicija [in Russian].

2. Biriukova, A.M. (2017). Dovira yak etychna osnova vidnosyn advokata z kliientom (mizhnarodnyi ta vitchyzniani vymir). *Visnyk kryminalnoho sudochynstva*, 3, 149–154 [in Ukrainian].

3. Boiko, L.I. (2015). Mizhnarodni standarty dystsyplynarnoi vidpovidalnosti advokativ. *Yurydychna nauka*, 4, 161–166 [in Ukrainian].

4. Bondar, I.V. (2015). Kodeks povedinky advokativ: rol ta vplyv na profesiiu. *Chasopys Kyivskoho universytetu prava*, 2, 148–151 [in Ukrainian].

5. Zahalnyi kodeks pravyl dlia advokativ derzhav Yevropeiskoho Spivtovarystva vid 01.10.1988 r. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_343](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_343).

6. Kodeks povedinky yevropeyskykh advokativ. URL: [https://unba.org/ua/assets/uploads/leg-istlations/inshi-dokumenty/kodeks\\_povedinky\\_yevropeyskykh\\_advokativ\(ukr\)/pdf](https://unba.org/ua/assets/uploads/leg-istlations/inshi-dokumenty/kodeks_povedinky_yevropeyskykh_advokativ(ukr)/pdf).

7. Pohoretskyi, M.A., Yanovska, O.H. (2014). *Advokatura Ukrainy*. Kyiv: Yurinkom Inter [in Ukrainian].

8. Pravyla advokatskoi etyky, zatverdzeni Zvitno-vybornym z'izdom advokativ Ukrainy 09.06.2017 r. URL: <http://vkdka.org/pravila-advokatskoji-etiki-zatverdzeni-zvitno-vybornim-zjizdom-advokativ-ukrajini-2017-roku/>.

9. Pro advokaturu ta advokatsku diialnist: Zakon Ukrainy. (2013). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 27, 1438, art. 282.

10. Rafalska, I. (2017). Novyi etychnyi kodeks advokativ Ukrainy. Pohliad na krok vpered. *Yurydychnyi visnyk Ukrainy*, 28, 5 [in Ukrainian].

11. Rekomendatsiia № R(2000)21 Komitetu Ministriv derzhavam-uchasnytsiam Rady Yevropy pro svobodu zdiisnennia profesiinykh advokatskykh обов'язків. URL: <https://www.scourt.gov/ua/>.

12. Savchenko, Ya.A. (2014). Porivnialno-pravovyi analiz pravyl advokatskoi etyky v Ukraini ta Cheskii Respublitsi. *Porivnialno-pravovi doslidzhennia*, 2, 200–205 [in Ukrainian].

13. Yanovska, O.H. (2017). Spivvidnoshennia mety ta zasobiv yak etychna problema advokatskoi diialnosti. *Yurydychna hazeta*, 12 (14 bereznia), 38–39 [in Ukrainian].

**Barabash T. O.**, Institute of Management and Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kyiv.

e-mail : Leodejure@gmail.com ; ORCID 0000-0002-7831-1699

#### Topical issues of legal ethics and responsibility for its violation

*The article examines the activity of the advocacy as a non-governmental, self-governing institute, the peculiarities of providing services of a representative nature, and the protection of individuals and legal entities. It is proved that due to the specifics of the activity, lawyers must adhere to certain rules of lawyer's ethics, which can be considered as one of the main professional duties. The domestic and foreign*

*legislation regulating advocacy is analyzed, and the principles of lawyer's ethics, the main works of scientists dealing with ethics of the advocate are researched. The proposals on amendments and additions to the current legislation regulating advocacy activity are provided. The paper also focuses on the issue of liability for violation of lawyer's ethics.*

*It is proved that in the conditions of Ukraine's desire to become a full member of the European Union, it is necessary to strive for the approximation of domestic legislation to the legislation of the European Union*

*It is worthwhile to make changes to the current legislation, based on the fact that the term «client» used to designate one of the subjects of the legal relationship is not very sonorous, is widely used in other relationships (in a completely different sense) and does not meet the norms ethics*

**Keywords:** attorney; attorney ethics; rules of attorney ethics; principles of advocacy ethics; responsibility for violations of advocacy ethics; deontological standards.

**Рекомендоване цитування:** Барабаш Т. О. Актуальні питання адвокатської етики та відповідальності за її порушення. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 145. С. 205–214. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.156413>.

**Suggested Citation:** Barabash, T.O. (2019). Aktualni pytannia advokatskoi etyky ta vidpovidalnosti za yii porushennia [Topical issues of legal ethics and responsibility for its violation]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 145, 205–214*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.156413> [in Ukrainian].

*Надійшла до редколегії 12.02.2019 р.*



**Розсоха Кирило Олегович,**  
асистент кафедри судоустрою  
та прокурорської діяльності,  
Національний юридичний університет  
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків  
e-mail: rassoha91@gmail.com  
ORCID 0000-0002-2266-7688

doi: 10.21564/2414–990x.145.156767  
УДК 343.133(477)

## НОРМАТИВНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ФУНКЦІОНУВАННЯ АНТИКОРУПЦІЙНИХ ОРГАНІВ УКРАЇНИ

*Статтю присвячено аналізу нормативного забезпечення функціонування антикорупційних органів України. Відмітною рисою антикорупційної стратегії є виокремлення зони ризиків у антикорупційній політиці держави і втілення в життя пропозицій щодо викорінення корупційних елементів у процесі державотворення.*

*Прийняття Антикорупційної стратегії в Україні дозволило створити нові антикорупційні органи, які існують в Європейському Союзі відповідно до вимог і норм, на підставі яких ведеться боротьба з корупцією. Наголошено, що прийняття нових чи вдосконалення існуючих законів не є гарантією ефективності здійснення такої діяльності.*

**Ключові слова:** антикорупційні органи; Національне антикорупційне бюро; Спеціалізована антикорупційна прокуратура; Вищий антикорупційний суд; нормативне забезпечення; закон.

**Розсоха К. О.,** асистент кафедри судоустрою та прокурорської діяльності, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна, г. Харків.  
e-mail : rassoha91@gmail.com ; ORCID 0000-0002-2266-7688

### Нормативное обеспечение функционирования антикоррупционных органов Украины

*В статье анализируется юридическая литература и нормативная база деятельности специализированных антикоррупционных органов Украины. Дано краткое описание этапов развития антикоррупционной политики Украины времен независимости. Обобщены основные положения нормативных документов по обеспечению деятельности антикоррупционных органов Украины. Показано, что активное развитие системы антикоррупционных органов начато только с 2014 года и продолжается сейчас.*

**Ключевые слова:** антикоррупционные органы; Национальное антикоррупционное бюро; Специализированная антикоррупционная прокуратура; Высший антикоррупционный суд; нормативное обеспечение; закон.

**Постановка проблеми.** На шляху до вступу України до Європейського Союзу міжнародна спільнота вказала на високий рівень української корупції.

На жаль, корупція в державі носить системний характер, існує в усіх секторах та на кожному управлінському рівні, зокрема, в правоохоронних органах, прокуратурі, судовій та місцевій владі. Безперечно, однією з причин існування масової корупції є неналежний рівень нормативного забезпечення антикорупційної діяльності.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Питання нормативно-правового регулювання запобігання та протидії корупції в Україні є предметом досліджень низки вчених, серед яких М. Ю. Азаров (M. Yu. Azarov), Є. М. Блажівський (Ye. M. Blazhivskiy), О. В. Головкін (O. V. Holovkin), Т. О. Давидова (T. O. Davydova), Ю. М. Дьомін (Yu. M. Domin), Д. Г. Заброта (D. H. Zabroda), М. І. Камлик (M. I. Kamlyk), О. О. Кваша (O. O. Kvasha), В. П. Киселичник (V. P. Kiselychnyk), О. М. Лемешко (O. M. Lemeshko), М. М. Луценко (M. M. Lutsenko), М. І. Мельник (M. I. Melnyk), Є. В. Невмережицький (Ye. V. Nevmerzhytskyi), В. А. Пентегов (V. A. Pentiehov), М. А. Погорецький (M. A. Pohoretskyi), В. В. Романовський (V. V. Romanovskiy), М. М. Семендяй (M. M. Semendiai), І. В. Сервецький (I. V. Servetskiy), Г. П. Середа (H. P. Sereda), В. Є. Скулиш (V. Ye. Skulysh), Є. Д. Скулиш (Ye.D. Skulysh), М. І. Хавронюк (M.I. Khavroniuk), І. Шабас (I. Shabas), Ф. В. Шиманський (F. V. Shymanskiy), Л. І. Щербина (L. I. Shcherbyna), М. К. Якимчук (M. K. Yakymchuk) та ін.

Попри чималу кількість розробок проблеми нормативного забезпечення антикорупційної діяльності, вона досі не втрачає актуальності, до того ж дослідники послуговувалися попередньою (до змін, які вносилися з 2014 р.) нормативною базою. Тому сьогодні чинне національне антикорупційне законодавство потребує більш глибокого вивчення.

**Мета** даної статті – на основі вивчення наукової літератури та положень нормативних актів щодо діяльності антикорупційних органів України дати оцінку стану нормативного забезпечення антикорупційної діяльності в Україні.

**Виклад основного матеріалу.** Антикорупційна політика на національному рівні бере свій початок з отримання Україною незалежності. Упродовж 1992–1994 років було створено ряд антикорупційних органів, як-от: Координаційний комітет по боротьбі з корупцією та організованою злочинністю при Президенті України, спеціальні підрозділи з боротьби з корупцією та організованою злочинністю Міністерства внутрішніх справ та Служби безпеки України. Згодом було прийнято закони України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» (1993 р.) та «Про боротьбу з корупцією» (1995 р.). На той момент законодавчі акти містили в собі превентивні антикорупційні положення, обмеження для осіб, уповноважених на виконання функцій держави, було визначено ознаки корупційних порушень та юридична відповідальність за них тощо. Варто підкреслити, що перший спеціальний Закон України «Про боротьбу з корупцією» діяв протягом п'яти років, при цьому зміни до нього вносилися 12 разів [1].

Наступним важливим кроком у боротьбі з корупцією можна вважати впровадження Комплексної цільової програми боротьби зі злочинністю на



1996–2006 роки, розроблену відповідно до вимог Указу Президента України від 05.08.1996 р. № 628/96 «Про додаткові заходи щодо забезпечення законності та правопорядку в Україні». На той час основним завданням програми було визначено вдосконалення практичної діяльності правоохоронних органів у підтримці правопорядку та законності, належне забезпечення конституційного ладу тощо. Серед пріоритетних завдань було визнано формування вдосконаленої ефективної правової бази боротьби зі злочинністю в цілому та з корупцією зокрема.

Надалі зміни до антикорупційного законодавства вносились досить активно. Так, у 1997 р. затверджено Національну програму боротьби з корупцією (Указ Президента України від 10.04.1997 р. № 319/97), якою було передбачено необхідність вжити профілактичні, організаційно-правові та інші заходи протидії корупції. З 1998 р. по 2005 р. діяла Концепція боротьби з корупцією, якою передбачено використання системного підходу та підвищення ефективності організації діяльності щодо запобігання та протидії корупції в Україні.

Незважаючи на низку прийнятих нормативно-правових актів, корупція продовжувала свій розквіт в усіх сферах держави. Тому для забезпечення вищого рівня ефективності боротьби зі злочинністю та корупцією, зменшення шкоди, завданої корупційними діями, соціальній та економічній сферам, приведенням національної антикорупційної програми до вимог та стандартів Європейського Союзу, становлення ринкових відносин та недопущення підриву авторитету України на міжнародному рівні, Президентом України видано Указ «Про невідкладні додаткові заходи щодо посилення боротьби з організованою злочинністю і корупцією» від 06.02.2003 р. № 84/2003.

З огляду на важливість проблеми корупції на національному та міжнародному рівнях, Верховною Радою України було прийнято Постанову «Про стан боротьби з організованою злочинністю у 2004–2005 роках». Одночасно Президентом України був виданий Указ «Про першочергові заходи щодо детінізації економіки та протидії корупції» від 18.11.2005 р. № 1615. У цих нормативно-правових актах міститься доручення Кабінету Міністрів України здійснити удосконалення законодавства щодо протидії корупції та організованої злочинності, враховуючи досвід України та країн-членів Ради Європи. Тому згодом Верховною Радою України було ухвалено низку законів щодо протидії корупції: «Про ратифікацію Цивільної конвенції про боротьбу з корупцією», «Про ратифікацію Конвенції ООН проти корупції», «Про ратифікацію Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією», «Про ратифікацію Додаткового протоколу до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією». Прийняття законів міжнародного значення мало на меті формування позитивного іміджу України в світі, сприятливого політичного та економічного клімату, можливості співпраці зі світовими організаціями та спеціалізованими антикорупційними органами.

У подальший розвиток антикорупційної стратегії України Президент України затверджує Концепцію подолання корупції в Україні «На шляху до доброчесності», яка діє протягом чотирьох років (2006–2010 рр.). Стратегічний

напряв Концепції цих років було визначено як посилення заходів, спрямованих на виявлення корупції та забезпечення притягнення порушників до відповідальності. Верховна Рада приймає низку антикорупційних законів: «Про засади запобігання та протидії корупції», «Про відповідальність юридичних осіб за вчинення корупційних правопорушень», «Про внесення змін і доповнень до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення». При цьому прийняття Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції» призвело до подальших змін у Кримінальному кодексі України та Кодексі України про адміністративні правопорушення. Як результат, було прийнято 15 підзаконних актів, які згодом сформували базу антикорупційної інфраструктури [1; 2]. Проте необхідні ефективні засоби протидії корупційним діям все ще не були ухвалені. Так, ГРЕКО рекомендувало Україні розробити та впровадити більш дієві заходи у боротьбі з корупцією [3].

Таким чином, чинний Президент України П. О. Порошенко був вимушений вдатися до рішучіших дій у сфері протидії та запобігання корупції і визнати першочерговою проблемою питання корупції та її масштабів у державі. Тому протидія корупції стала першочерговим і головним завданням цієї влади.

Для забезпечення ефективності та належного рівня вирішення поставленої задачі восени 2014 р. приймається низка нових законів: «Про засади антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки», «Про очищення влади», «Про запобігання корупції», «Про Національне антикорупційне бюро», «Про прокуратуру», «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо невідворотності покарання за окремі злочини проти основ національної безпеки, громадської безпеки та корупційні злочини», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення кінцевих вигодонабувачів юридичних осіб та публічних діячів» тощо. Впровадження прийнятих нових законів щодо запобігання та протидії корупції стали ефективним інструментом у боротьбі з незаконними діями.

Проте слід зазначити, що у Роз'ясненні Міністерства юстиції України від 21.05.2015 р. вказано, що нормативні акти є одним із чинників, які призводять до виникнення фактів корупції. У такому випадку причиною може стати неточність конструкції нормативних положень, які дозволяють корумпованим державним особам використовувати свої службові положення для особистого незаконного збагачення [4]. Варто зупинитися більш детально на сучасному нормативному забезпеченні діяльності спеціалізованих антикорупційних органів.

Прийнята Антикорупційна стратегія на 2014–2017 роки передбачає врахування зауважень та пропозицій міжнародних інституцій щодо стану корупції та її поширеності. Відмітною рисою нинішньої стратегії є виділення зони ризиків у антикорупційній політиці держави та пропозиції щодо викорінення корупційних елементів у процесі державотворення. Також ця Антикорупційна стратегія враховує недоліки попередніх. Зокрема, у документі є чітка структура, визначені конкретні напрямки реформи. Одним із

таких напрямів є створення спеціалізованого самостійного органу з метою здійснення оперативно-розшукової діяльності та досудового розслідування в кримінальних корупційних правопорушеннях – Національного антикорупційного бюро України.

Ефективна протидія корупції вимагає системного, чіткого підходу та належного кадрового забезпечення. За існуючої досі системи функції боротьби з корупцією виконував цілий ряд органів, підрозділів та Служба безпеки України. Так, відповідальність за отримані результати роботи з попередження та боротьби з корупцією була розподілена за кожним органом окремо відповідно до вертикалі управління. А це призводило до фактичної залежності від правлячого керівництва. Тому антикорупційна діяльність, особливо щодо чиновників вищих щаблів влади, виявилась неефективною. Цього вдалося уникнути при створенні окремого незалежного спеціалізованого органу.

У своїй діяльності основним нормативним актом, яким керується Бюро, є Закон України «Про Національне антикорупційне бюро» від 14.10.2014 р. № 1698-VII. Статтею 1 вказаного Закону визначено правовий статус Національного антикорупційного бюро – державний правоохоронний орган, на який покладено попередження, виявлення, припинення, розслідування та розкриття корупційних правопорушень відповідно до його підслідності, а також запобігання вчиненню нових порушень.

Слід зазначити, що окрім зазначеного вище Закону України правовою основою для функціонування Національного антикорупційного бюро є Конституція України, Кримінальний процесуальний кодекс України (13.04.2012 р. № 4651-VI), Кодекс України про адміністративні правопорушення (07.12.1984 р. № 8073-X), закони України «Про запобігання корупції» (14.10.2014 р. № 1700-VII), «Про оперативно-розшукову діяльність» (18.02.1992 р. № 2135-XII), «Про банки і банківську діяльність» (07.12.2000 р. № 2121-III), «Про депозитарну систему України» (06.07.2012 р. № 5178-VI).

Так, закони України «Про Національне антикорупційне бюро України» та «Про запобігання корупції» закріплюють організаційні основи і принципи діяльності та функції бюро. Законом України «Про Національне антикорупційне бюро України» визначено чисельність, структуру бюро, а також окреслено коло підрозділів, які можуть бути утворені у його складі. Також законами гарантується незалежність Національного антикорупційного бюро та визначається поняття корупційного правопорушення. Ця гарантія реалізується шляхом особливого порядку конкурсного відбору Директора Національного антикорупційного бюро і повним переліком підстав припинення його повноважень; конкурсним відбором інших працівників бюро, відповідними умовами оплати праці та їх особливим правовим становищем; особливим порядком фінансування та матеріально-технічного забезпечення Національного антикорупційного бюро тощо [5].

Як зазначалося, в своїй діяльності Національне антикорупційне бюро також керується законами України «Про банки і банківську діяльність» та

«Про депозитарну систему України». Цими законами визначається порядок доступу Національного бюро до інформації, в якій міститься банківська таємниця.

Отже, створення Національного антикорупційного бюро є знаковою подією незалежної України як європейської держави. Національне антикорупційне бюро є правоохоронним органом з досить широкими повноваженнями у сфері запобігання та протидії корупції. Завдяки впровадженню законів щодо діяльності Національного антикорупційного бюро України нашій державі вдалося виконати певні вимоги та зобов'язання, які передбачені міжнародними антикорупційними нормативними актами. Основними законами, якими в своїй діяльності керується Національне антикорупційне бюро, є закони України «Про Національне антикорупційне бюро України», «Про запобігання корупції», «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про банки і банківську діяльність», «Про депозитарну систему України» тощо.

Законом України «Про запобігання корупції» з метою координації антикорупційної політики та запобігання корупції створено орган з превентивними антикорупційними функціями, а саме – Національне агентство з питань запобігання корупції. Нормативно-правовою основою Національного агентства є Конституція України, міжнародні договори, які узгоджені з Верховною Радою України, закони України «Про запобігання корупції» (14.10.2014 р. № 1700-VII), «Про центральні органи виконавчої влади» (17.03.2011 р. № 3166-VI), «Про державну службу» (10.12.2015 р. № 889-VIII), Постанова Кабінету Міністрів України «Про утворення Національного агентства з питань запобігання корупції» (18.05.2015 р. № 118), прийняті відповідно до перелічених законів нормативно-правові акти, а також нормативно-правові акти, що регулюють діяльність органів виконавчої влади.

Так, Закон України «Про запобігання корупції» встановлює особливий статус, юридичні гарантії незалежності, функції та повноваження Національного агентства з питань запобігання корупції. Затвердивши положення закону щодо агентства, Україна виконала завдання міжнародної спільноти щодо гарантування незалежності органу антикорупційної політики та відповідність її міжнародним стандартам. Цей закон визначає завданням агентства запобігання корупції в державі застосування превентивних антикорупційних механізмів, попередження ризиків у діяльності органів державної влади. Законом визначено незалежність Національного агентства від зовнішнього впливу та втручання. Це забезпечується спеціальним статусом агентства, особливостями конкурсного відбору та призначення членів Національного агентства, відповідними умовами оплати праці та прозорістю діяльності агентства тощо [6].

Також Законом визначаються повноваження Національного агентства, серед яких формування та реалізація антикорупційної політики, розробка проєктів нормативно-правових актів щодо антикорупційного законодавства, моніторинг та контроль виконання законодавчих актів щодо етичної поведінки, врегулювання конфлікту інтересів, координація та надання пояснень, консультаційної

допомоги державним органам та органам місцевого самоврядування стосовно застосування актів антикорупційного законодавства та інше [6]. Зазначимо, що значну частку повноважень складає робота з кадрами, громадськістю, співпраця з іншими державними органами та неурядовими організаціями, міжнародними та іноземними організаціями тощо.

Певні запобіжні засади антикорупційної політики передбачені Законом України «Про державну службу». Зокрема, статтями 3, 10, 12, 13, 16, 31 визначені обмеження для осіб, які можуть займати посади державних службовців, етичні перешкоди перебування на державній службі, неприпустимість зловживання службовим становищем, порушення законів України тощо [7].

Таким чином, Національне агентство з питань запобігання корупції є спеціалізованим антикорупційним органом, який наділений компетенціями з попередження та боротьби з корупційними діяннями на законодавчому рівні.

Важливим нормативним актом у досліджуваному аспекті став Закон України «Про очищення влади» (16.09.2014 р. № 1682-VII). Основною метою останнього є унеможливлення участі у державному управлінні осіб, які своїми діями чи бездіяльністю підірвали національну безпеку та оборону України, здійснювали заходи щодо узурпації влади Президентом України В. Януковичем, здійснювали протиправне порушення прав та свобод людини. Але суттєвим недоліком цього Закону є те, що він спрямований на недопущення негідних осіб, а не на боротьбу з уже вчиненими правопорушеннями [8]. Як доводить реальність сьогодення, вітчизняний закон щодо люстрації не здатний захистити демократичні цінності та громадськість.

Наступний спеціалізований антикорупційний орган – Спеціалізована антикорупційна прокуратура – у своїй діяльності керується Конституцією України, Законом України «Про прокуратуру» (14.10.2014 р. № 1697-VII), Кримінальним та Кримінальним процесуальним кодексами України, Регламентом Генеральної прокуратури України, наказами Генерального прокурора України та керівника Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, міжнародними нормами, що ратифіковані у встановленому порядку [9]. Так, міжнародним антикорупційним законодавством передбачено притягнення до кримінальної відповідальності осіб, на користь яких здійснено неправомірну вигоду. Також до нормативного забезпечення діяльності Спеціалізованої антикорупційної прокуратури слід віднести Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про затвердження плану першочергових заходів з подолання корупції» (02.07.2014 р. № 647-р), закони України «Про запобігання корупції» (14.10.2014 р. № 1700-VII), «Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки» (14.10.2014 р. № 1699-VII), «Про очищення влади» (16.09.2014 р. № 1682-VII). Окрім цих, антикорупційні органи керуються законами України «Про публічні закупівлі» (25.12.2015 р. № 922-VIII), «Про доступ до публічної інформації» (13.01.2011 р. № 2939-VI) тощо.

Так, Законом України «Про прокуратуру» визначено, що у Генеральній прокуратурі України створюється як самостійний структурний підрозділ

Спеціалізована антикорупційна прокуратура. До обов'язків та функцій антикорупційної прокуратури належить нагляд за діяльністю Національного бюро (п. 5 ст. 8). При цьому варто звернути увагу, що функція загального нагляду скасована Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України з питань удосконалення діяльності прокуратури» (18.09.2012 р. № 5288-VI). Прийняття такого положення дозволило зменшити втручання у приватний сектор державної влади, сприяло наглядовим заходам щодо протидії корупції.

У свою чергу Закон України «Про прокуратуру» встановлює повноваження органів прокуратури при здійсненні антикорупційної діяльності. Зокрема, за Законом прокурор має підтримувати державне обвинувачення у суді щодо корупційного правопорушення (ч. 1 ст. 22). Цим же актом регламентуються координаційні повноваження прокуратури при взаємодії з іншими органами з метою боротьби з корупцією (ст. 25). Частиною 5 ст. 8 Закону «Про прокуратуру» (14.10.2014 № 1697-VII) передбачено, що прокурор здійснює представництво в суді при розгляді проваджень щодо корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень.

Повноваження та завдання антикорупційної прокуратури встановлюється Наказом Генерального прокурора України «Про організацію діяльності органів прокуратури у сфері запобігання і протидії корупції» (25.06.2013 р.). Зауважимо, що цим актом також регулюються правила відшкодування завданих корупційними діяннями збитків, виявлення та причини виникнення корупційних діянь тощо [10]. Пріоритетна роль прокурорів при координації правоохоронних органів щодо боротьби та протидії корупції визначена Наказом Генерального прокурора України «Про координацію діяльності правоохоронних органів у сфері протидії злочинності та корупції» (16.01.2013) [11].

**Висновки.** Активний та більш-менш ефективний період розвитку антикорупційного законодавства розпочався з 2014 р. У цей час нормативне забезпечення антикорупційної діяльності поповнилося рядом нормативних актів, які стали першочерговими у виконанні дій щодо запобігання та протидії корупції в Україні. Основними нормативними документами щодо регулювання діяльності антикорупційних органів є закони України «Про засади антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки», «Про очищення влади», «Про запобігання корупції», «Про Національне антикорупційне бюро», «Про прокуратуру», Постанова Кабінету Міністрів України «Про утворення Національного агентства з питань запобігання корупції», міжнародні договори ратифіковані з Верховною Радою України тощо.

Прийняття нової Антикорупційної стратегії дозволило створити нові антикорупційні органи, передбачені вимогами та нормами Європейського Союзу щодо протидії корупції. Однак саме прийняття нових чи вдосконалення існуючих законів не дає підстав говорити про ефективну протидію корупції в Україні.

**Список літератури:**

1. Антикорупційна інфраструктура. *Громадська організація Інститут прикладних гуманітарних досліджень*. URL: [http://iahr.com.ua/files/works\\_docs/122/pdf](http://iahr.com.ua/files/works_docs/122/pdf) (дата звернення: 10.01.2019).
2. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення : Закон України від 07.04.2011 р. № 3207-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 41. Ст. 414.
3. Joint First and Second Evaluation Rounds. Evaluation report on Ukraine. Adopted by GRECO at its 32nd Session, Strasbourg 19-23 March 2007. URL: [https://nazk.gov.ua/sites/default/files/docs/nazk\\_files/zvity/1.1.pdf](https://nazk.gov.ua/sites/default/files/docs/nazk_files/zvity/1.1.pdf) (дата звернення: 20.01.2019).
4. Антикорупційна експертиза як засіб запобігання корупції : Роз'яснення Міністерства юстиції України від 21.05.2015 р. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/n0018323-12> (дата звернення: 20.12.2018).
5. Про Національне антикорупційне бюро України : Закон України від 14.10.2014 р. № 1698-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 47. Ст. 2051.
6. Про запобігання корупції : Закон України від 14.10.2014 р. № 1700-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 49. Ст. 2056.
7. Про державну службу : Закон України від 10.12.2015 р. № 889-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 4. Ст. 43.
8. Проміжний висновок щодо Закону «Про очищення влади» (Закон «Про люстрацію») в Україні : висновок № 788/2014, схвалений Венеціанською Комісією на її 101-й Пленарній сесії. Страсбург. 2014. URL: <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282014%29044-ukr> (дата звернення: 10.12.2018).
9. Положення про Спеціалізовану антикорупційну прокуратуру Генеральної прокуратури України : затверджене наказом Генеральної прокуратури України 12.04.2016 р. № 149. URL: [http://www.cct.com.ua/2016/12.04.2016\\_149.htm](http://www.cct.com.ua/2016/12.04.2016_149.htm) (дата звернення: 19.12.2018).
10. Про організацію діяльності органів прокуратури у сфері запобігання і протидії корупції : наказ Генерального прокурора України від 25 червня 2013 р. № 10 гн. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua> (дата звернення: 10.01.2019).
11. Про координацію діяльності правоохоронних органів у сфері протидії злочинності та корупції : наказ Генерального прокурора України від 16 січня 2013 р. № 1/1гн. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua> (дата звернення: 30.01.2019).

**References:**

1. Antykoruptsiina infrastruktura. *Hromadska orhanizatsiia Instytut prykladnykh humanitarnykh doslidzhen*. URL: [http://iahr.com.ua/files/works\\_docs/122/pdf](http://iahr.com.ua/files/works_docs/122/pdf).
2. Pro vnesennia zmin do deiakyykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo vidpovidalnosti za koruptsiini pravoporushennia: Zakon Ukrainy vid 07.04.2011 r. № 3207-VI. (2011). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, 41, art. 414*.
3. Joint First and Second Evaluation Rounds. Evaluation report on Ukraine. Adopted by GRECO at its 32nd Session, Strasbourg 19–23 March 2007. URL: [https://nazk.gov.ua/sites/default/files/docs/nazk\\_files/zvity/1.1.pdf](https://nazk.gov.ua/sites/default/files/docs/nazk_files/zvity/1.1.pdf).
4. Antykoruptsiina ekspertyza yak zasib zapobihannia koruptsii: Roz'iasnennia Ministerstva yustytzii Ukrainy vid 21.05.2015 r. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/n0018323-12>.
5. Pro Natsionalne antykoruptsiine biuro Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 14.10.2014 r. № 1698-VI. (2014). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, 47, art. 2051*.
6. Pro zapobihannia koruptsii: Zakon Ukrainy vid 14.10.2014 r. № 1700-VII. (2014). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, 49, art. 2056*.
7. Pro derzhavnu sluzhbu: Zakon Ukrainy vid 10.12.2015 r. № 889-VIII. (2016). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, 4, art. 43*.
8. Promizhnyi vysnovok shchodo Zakonu «Pro ochyshchennia vlady» (Zakon «Pro liustratsiiu») v Ukraini: vysnovok № 788/2014, skhvalenyi Venetsianskoiu Komisiieiu na yii 101-i Plenarnii sesii.

(2014). Strasburh. URL: <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282014%29044-ukr>.

9. Polozhennia pro Spetsializovanu antykoruptsiinu prokuraturu Heneralnoi prokuratury Ukrainy: zatverdzhene nakazom Heneralnoi prokuratury Ukrainy 12.04.2016 r. № 149. URL: [http://www.cct.com.ua/2016/12.04.2016\\_149.htm](http://www.cct.com.ua/2016/12.04.2016_149.htm).

10. Pro orhanizatsiiu diialnosti orhaniv prokuratury u sferi zapobihannia i protyidii koruptsii: nakaz Heneralnoho prokurora Ukrainy vid 25 chervnia 2013 r. № 10 hn. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua>.

11. Pro koordynatsiiu diialnosti pravookhoronnykh orhaniv u sferi protyidii zlochynnosti ta koruptsii: nakaz Heneralnoho prokurora Ukrainy vid 16 sichnia 2013 r. za № № 1/1hn. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua>.

**Rozsokha K. O.**, Assistant Professor of the Department of Judiciary and Prosecutor's activity, Yaroslav Mydryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail : [rassoha91@gmail.com](mailto:rassoha91@gmail.com) ; ORCID 0000-0002-2266-7688

### **Normative regulations to provide functions of anti-corruption bodies of Ukraine**

*The article states that by this time the issue of normative provision of anti-corruption activity was studied and analyzed by scientists on the basis of rapidly changing legislation, based on this it is proved that urgent and necessary is a detailed study.*

*It is established that the adopted anti-corruption strategy for 2014–2017 provides for not only the comments made by international institutions, but also the provision of proposals on the state of corruption and its outspread. It is substantiated that the distinctive feature of the current strategy is the separation of the risk area in the anti-corruption policy of the state and the implementation of the proposals on the elimination of corruption elements in the process of state-building, as well as taking into account the shortcomings of the previous ones.*

*Adoption of the Anticorruption Strategy allowed the creation of new anti-corruption bodies that exist in the European Union in accordance with the requirements and norms on the basis of which the fight against corruption is being conducted. At the same time, it is noted that the adoption of new or improvement of existing laws does not guarantee the effective conduct of such activities.*

**Keywords:** anti-corruption authorities; National Anti-Corruption Bureau; Specialized Anti-Corruption Prosecutor's Office; National Agency; High Anti-Corruption Court; Regulatory; Law.

**Рекомендоване цитування:** Розсоха К. О. Нормативне забезпечення функціонування антикорупційних органів України. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 145. С. 215–224. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.156767>.

**Suggested Citation:** Rozsokha, K.O. (2019). Normatyvne zabezpechennia funktsionuvannia antykoruptsiinykh orhaniv Ukrainy [Normative regulations to provide functions of anti-corruption bodies of Ukraine]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 145, 215–224*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.156767> [in Ukrainian].

*Надійшла до редколегії 15.02.2019 р.*



# МІЖНАРОДНЕ ПРАВО



**Saulius Katuoka,**  
*Dr., Professor, Director of the Institute  
of International and European Union Law  
School of Law, Mykolas Romeris University,  
Vilnius, Lithuania*



**Skirmantė Klumbytė,**  
*lecturer in the Institute of International  
and EU Law of Mykolas Romeris Law School,  
Vilnius, Lithuania*

doi: 10.21564/2414–990x.145.169385  
UDC 341

## KERCH STRAIT INCIDENT IN THE LIGHT OF UNCLOS

*The aim of the article is to give an international legal assessment to Kerch Strait incident of 25 November 2018. The article deals with such issues in detail: Description of events, Scope of the discussion, Rights of navigation in the Kerch Strait (Rights under UNCLOS and Rights under the 2003 Cooperation Agreement), Denunciation / Termination of the Agreement between Ukraine and Russian Federation on cooperation in the use of the Sea of Azov and the Strait of Kerch (2003), Other violations of UNCLOS and Conclusions.*

**Keywords:** Kerch Strait incident; internal waters; territorial sea; freedom of navigation; warships; UNCLOS; Agreement between Ukraine and the Russian Federation on cooperation in the use of the Sea of Azov and the Strait of Kerch (2003).

*Саулюс Катуюка*, доктор юридичних наук, професор, директор Інституту міжнародного та європейського права Школи права Університету Миколаса Ромеріса, м. Вільнюс, Литва.

*Скриманте Клубите*, викладач Інституту міжнародного права та права ЄС, Школа права Університету Миколаса Ромеріса, м. Вільнюс, Литва.

**Інцидент у Керченській протоці у світлі Конвенції ООН з морського права 1982 року**

*Стаття має за мету дати міжнародно-правову оцінку інциденту в Керченській протоці, що стався 25 листопада 2018 р.*

*Зазначається, що Україна і Російська Федерація підписали у 2003 р. Договір про співробітництво у використанні Азовського моря і Керченської протоки, який встановлює, що кораблі обох держав мають право вільного проходу через Керченську протоку. Аналіз показує, що Російська Федерація порушила зазначений Договір, коли в односторонньому порядку затримала на два дні прохід українських кораблів через води, які ведуть до Керченської протоки. Ця затримка безсумнівно робить неможливою свободу навігації через протоку і таким чином порушує Договір про співробітництво 2003 р. На жаль, Договір про співробітництво 2003 р. не містить норм про обов'язкову процедуру розгляду спору між Україною та Росією.*

*Висловлюється думка, що Рішення Арбітражу у справі між Словенією та Хорватією про Піранську затоку від 29 червня 2017 р. свідчить, що припинення Договору про співробітництво 2003 р. навряд чи змінить правовий статус Азовського моря і Керченської протоки як внутрішніх вод України і Російської Федерації.*

*Наголошується, що перешкодження з боку Російської Федерації проходу українських кораблів у 12-мильній зоні, яка прилягає до Керченської протоки, кваліфікується не лише як порушення Договору про співробітництво 2003 р., але також і як порушення Конвенції ООН з морського права 1982 р. До того ж обстріл і захоплення військових кораблів України під час Керченського інциденту прямо порушує статті 30 і 32 Конвенції ООН з морського права 1982 р.*

*Зазначається, що Україна, на жаль, не зможе скористатися процедурами обов'язкового врегулювання спорів, які передбачені Конвенцією ООН з морського права 1982 р., оскільки Російська Федерація під час ратифікації цієї Конвенції зробила на підставі статті 298 застереження про незастосування до себе процедур обов'язкового врегулювання спорів у випадку, коли такі спори стосуються військової діяльності.*

*Разом з тим висловлюється припущення, що Україна має можливість звернутися до інших механізмів правового захисту за межами статті 298 Конвенції ООН з морського права 1982 р., зокрема вдатися до контрзаходів щодо Російської Федерації і використати підтримку міжнародного співтовариства для покладення нових санкцій на Російську Федерацію.*

**Ключові слова:** Інцидент у Керченській протоці; внутрішні води; територіальне море; свобода судноплавства; військові кораблі; Конвенція ООН з морського права 1982 р.; Договір між Україною та Російською Федерацією про співробітництво у використанні Азовського моря і Керченської протоки 2003 р.

***Description of Events***

On 25 November 2018 three Ukrainian naval vessels attempted to pass from the Black Sea into the port of Mariupol located on the coast of the Azov sea through the Kerch Strait. During the incident (hereinafter referred to as the “Kerch Incident”) Russian Navy vessels attempted to hinder passage of Ukrainian naval vessels through the Kerch Strait. They first rammed and later fired upon and captured the Ukrainian vessels. Both sides accuse each other of grave breaches of international law based on conflicting reconstruction of the events.

According to Ukraine, on 23 November 2018 three Ukrainian vessels – the Gyurza-M-class artillery boats “Berdyansk” and “Nikopol” together with tugboat

“Yany Kapu” (hereinafter referred to as the “Ukrainian Navy vessels”) – left the Port of Odessa for the port of Mariupol. During the course of that day two Russian boats – naval vessel “Suzdalets” and a boat of the border service of the Federal Security Service (hereinafter referred to as the “FSB”) – started escorting the Ukrainian Navy Vessels along the coast of the Crimean Peninsula. At 21:07 the border service boat, which was escorting the Ukrainian Navy Vessels communicated to the latter the rules of passing through the Kerch Strait, thus according to Ukraine, confirming the possibility of passing. 23 minutes later the Russian side communicated that the area before the Kerch Strait is closed for navigation from 22:00 November 24 to 22:00 November 26 but offered no explanation. Ukrainian Navy checked the database of the coordinator of the NAVAREA-III geographic area (SPAIN) as well as the NAVTEX notice which revealed no such official restrictions for passing through the Kerch Strait. At 3:58 on 25 November the boat “Berdyansk” established radio connection with the Russian border post call sign Bereh 25 and control centers of the ports of Kerch and Kavkaz, informing them about the intention to cross the 12-mile zone and pass through the Kerch Strait. Berdyansk captain cited the 2003 Cooperation Agreement between Russia and Ukraine to support the passage and also told that they were ready to take a pilot on board, and that a notice about the passage through the Kerch Strait had been given four hours in advance. Bereh 25 confirmed that they had received the message. At 5:38: Berdyansk communicated to the border service boat of the FSB Velbot-354 that they would be passing the 12-mile zone at 6:00 and moving to pass the Kerch Strait at 8:00. Velbot-354 confirmed that they had received the message. At 6:08 Ukrainian Navy vessels entered the 12-mile zone preceding to the Kerch Strait.<sup>1</sup>

Reconstruction of the events by the Russian Federation is different in several aspects. Firstly, Russian Federation maintains that after the Ukrainian Navy vessels were informed about the rules of crossing the border of the Russian Federation and passing through the Kerch Strait, the Ukrainian vessels replied that they were not planning to cross the Kerch Strait. Secondly, it is emphasized that after captain of Berdyansk cited the 2003 Agreement to support the passage of Ukrainian vessels through the Kerch Strait he was informed that for the purposes of safety of navigation passage through the Kerch Strait may be exercised only upon receiving a permission and in accordance with the schedule approved by the captain of the Kerch Port. It was also communicated to the captain of Berdyansk that application for passing through the Kerch Strait has to be presented 48 hours, 24 hours and 4 hours in advance. Since those requirements were not satisfied, Ukrainian Navy Vessels were prohibited from passing through the Kerch Strait.<sup>2</sup> Lastly, it has to be emphasized that the 12-mile zone along the coast of the Crimean Peninsula is considered by the Russian Federation as its territorial sea while Ukraine refers to it

<sup>1</sup> <http://euromaidanpress.com/2018/12/07/ukraine-prosecutors-show-reconstruction-of-russian-attack-on-ukrainian-vessels-near-kerch-strait/>, [https://www.youtube.com/watch?v=JnU\\_F2LwHrI&feature=youtu.be](https://www.youtube.com/watch?v=JnU_F2LwHrI&feature=youtu.be)

<sup>2</sup> <http://www.fsb.ru/fsb/press/message/single.htm%21id%3D10438315%40fsbMessage.html>

as the “12-mile zone” based on its position that accession of the Republic of Crimea to the Russian Federation is illegal and that the Republic of Crimea de jure remains under the sovereignty of Ukraine. For the purposes of this Article this zone will be referred to as the “12-mile zone preceding the Kerch Strait”.

After Ukrainian Navy Vessels entered the 12-mile zone preceding the Kerch Strait Russian vessels started dangerous maneuvers aimed at preventing the passage. Ukrainian Navy Vessels were also requested by radio communication to leave the territorial sea of the Russian Federation. According to Ukraine, at this point Russian boats started pushing and ramming the Ukrainian Navy Vessels. While the Russian Federation maintain that Ukrainian Navy vessels became combat ready, with artillery uncovered and raised at an angle of 45 degrees towards the Russian vessels. The Ukrainian sailors managed to outmaneuver Russia’s attempt to ram Berdyansk. Instead, Russian vessels Don and Izumrud collided between themselves. According to Ukraine, at 8:40 the port control gives the Ukrainian Navy Vessels an anchorage place for standing in a line to pass the strait and 11:08 Ukrainian vessels arrive at this point. Russian version alleges that the Ukrainian ships were blocked in the anchorage by the maneuvers of the Russian ships. At 13:42 Kerch traffic control post informs that passage through the Kerch Strait is closed in both directions due to a tanker allegedly run aground under the bridge arch. Ukraine argues that his tanker has not been operated since 2016, does not have an ensign, and was supported by two Russian tugboats under the bridge arch.<sup>1</sup>

According to Ukraine, at 17:36 with the aim of avoiding the conflict Ukrainian vessels decided to turn back to Odesa. At 17:59 FSB border control boat “Don” issued an order for the Ukrainian Navy vessels to stop due to an alleged violation of the territorial waters of the Russian Federation. Russian Federation maintains that the Ukrainian ships did not respond to any contact and ignored the orders to stop. Therefore, they continued pursuit of the Ukrainian Navy Vessels (although the Russian Federation is silent on the fact alleged by Ukraine that 9 more naval ships joined the pursuit). According to the FSC of the Russian Federation, Ukrainian Navy Vessels were warned that in case they did not stop the Russian vessels would start firing the necessary shots. Since the Ukrainian Navy Vessels further ignored the orders, the Russian Federation states that after firing the warning shots its vessels opened fire on Berdyansk. In the aftermath 3 crew members of the Ukrainian Navy Vessels were injured, the vessels themselves and entire crew captured detained by the Russian Federation.<sup>2</sup>

It has to be noted that both sides do not agree on the exact location of the interception of Ukrainian Navy Vessels. The Russian Federation argues that this took place within its claimed territorial sea. While Ukraine maintains that firing took place outside the 12-mile zone preceding the Kerch Strait, i.e. international waters.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> *Supra* note 1 and 2.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Cruickshank M., Investigating The Kerch Strait Incident, <https://www.bellingcat.com/news/uk-and-europe/2018/11/30/investigating-the-kerch-strait-incident/>

### *Scope of the Discussion*

First of all, it is necessary to emphasize that Ukrainian ships were denied passage by Russian warships through the territorial sea along the coasts of Crimean Peninsula and Kerch-Yeni-Kale Channel which before 2014 had been administered and managed by Ukraine. Assuming that accession of the Republic of Crimea to the Russian Federation is illegal and that the Republic of Crimea *de jure* remains under the sovereignty of Ukraine, such actions of the Russian warships definitely violate the norms of international law. Firstly, such exercise of jurisdiction in the territory of another state undermines the cornerstones of international law—territoriality, sovereign equality, and non-intervention. Secondly, threatening to use force and firing upon the warships of another state in the latter's territorial sea is a clear violation of Article 51 of the UN Charter and qualifies as an act of aggression under Article 3 (c) and (d) of the Definition of the Aggression adopted by the General Assembly Resolution 3314 (XXIX). Thirdly, by doing so the Russian Federation has also acted in contravention of the provisions of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (hereinafter referred to as the “UNCLOS” or the “Convention”), which establish that the coastal state (in this case Ukraine) exercises sovereignty over its territorial sea and, consequently, no other state is permitted to exercise its jurisdiction within the territorial state of another state. Furthermore, the Russian Federation also failed to respect Article 301 of UNCLOS providing that “State Parties shall refrain from any threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations”.

Many states of the world have condemned the Russian actions namely based on the aforementioned violations of the international law. It would be advisable for Ukraine to seek redress before an international court or tribunal. However, “a distinct feature – and weakness – of public international law <...> is the lack of compulsory judicial system”<sup>1</sup>. Since the Russian Federation has not recognized the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice, Ukraine can only institute proceedings under general or regional international treaty by which the Russian Federation has committed itself to submit the disputes arising out of the application or interpretation of such treaty to a judicial or arbitral body. UNCLOS with its outstanding feature of compulsory dispute settlement procedures entailing binding decisions would seem to be the best option.

However, if Ukraine purported to invoke compulsory dispute settlement procedures under UNCLOS based on the fact that the Russian Federation has acted unlawfully in the area which *de jure* is the territorial sea of Ukraine, it would be again faced with the objection of the Russian Federation that the “Tribunal lacks jurisdiction because the Parties’ dispute in reality concerns Ukraine’s “claim to sovereignty over Crimea” and is therefore not a “dispute concerning

<sup>1</sup> Attard D. J. *The IMLI Manual on International Maritime Law, Volume I: The Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 533.

the interpretation or application of the Convention” as required by Article 288, paragraph 1, of the Convention”<sup>1</sup>. It is true that Ukraine in its response to Russia’s objections has stated that “Russia has no plausible legal claim to sovereignty over Crimea”, therefore, “[t]he Tribunal <...> cannot recognize such a claim as a basis to defeat its jurisdiction (or otherwise)”<sup>2</sup>. However, some authors believe that “Ukraine is fighting an uphill jurisdictional battle here”<sup>3</sup>. Therefore, the purpose of this article is to examine whether in the context of Kerch Strait incident Ukraine could claim any other violations of UNCLOS, which would not be related to land sovereignty issues and, thus, could be submitted under UNCLOS to a compulsory dispute settlement procedure without facing objections from the Russian side to the court’s or tribunal’s jurisdiction. This article also aims to predict possible outcomes of alternative legal strategies that could be implemented by Ukraine for the purposes of securing its legitimate interests in the Sea of Azov and Kerch Strait.

Some authors believe that the Kerch Incident is part of an ongoing international armed conflict between Ukraine and Russian Federation. Therefore, it is argued that in such case “the law of naval warfare is *lex specialis* and supplants *mutatis mutandis* the peacetime rules of the international law of the sea for Russia and the Ukraine”<sup>4</sup>. However, since Russia disputes that an international armed conflict exists between it and Ukraine<sup>5</sup> and would be estopped from requiring to displace UNCLOS by the law of naval warfare, this article shall be only limited to analysis of the events of the Kerch Incident in the light of the peacetime rules, i.e. UNCLOS and any other applicable international treaties.

### ***Rights of Navigation in the Kerch Strait***

#### ***Rights under UNCLOS***

On 26 November 2018, the General Staff of the Ukrainian Armed Forces held a briefing where its Deputy Head Major General Radion Tymoshenko stated that the actions of the Russian Federation during the incident not only amounted to an act of armed aggression but also violated Article 38 of UNCLOS which guarantees the right of transit passage through all straits indicated in Article 37 of UNCLOS<sup>6</sup>. This implies that Ukraine believes that Kerch Strait qualifies as the strait referred to in Article 37 and, thus, the right of transit passage is applicable therein. The

---

<sup>1</sup> Procedural Order No. 3 regarding Bifurcation of the Proceedings, p. 2, *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait* (Ukraine v. the Russian Federation), <https://pcacases.com/web/sendAttach/2446>

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Schatz V., Koval D. Insights from the Bifurcation Order in the Ukraine vs. Russia Arbitration under Annex VII of UNCLOS, <https://www.ejiltalk.org/insights-from-the-bifurcation-order-in-the-ukraine-vs-russia-arbitration-under-annex-vii-of-unclos/>

<sup>4</sup> Kraska J. The Kerch Strait Incident: Law of the Sea or Law of Naval Warfare?, <https://www.ejiltalk.org/the-kerch-strait-incident-law-of-the-sea-or-law-of-naval-warfare/>

<sup>5</sup> *Ibidem.*

<sup>6</sup> <http://www.mil.gov.ua/news/2018/11/26/normi-mizhnarodnogo-prava-ta-nacziionalnogo-zakonodavstva-dayut-pidstavi-klasifikuvati-dii-ri-f-yak-akt-zbrojnoi-agresii-%E2%80%93-general-major-radion-timoshenko/>

status of the Kerch Strait and legal regime applicable therein is discussed in more detail below.

Article 37 of UNCLOS provides that “this section [Section 2. Transit Passage] applies to straits which are used for international navigation between one part of the high seas or an exclusive economic zone and another part of the high seas or an exclusive economic zone”. It is generally accepted that two criteria have to be satisfied in order for the transit passage to be applicable in a strait under UNCLOS – a geographic and functional criterion. As regards the geographic criterion, the strait must lie between one part of an exclusive economic zone or the high seas and another part of an exclusive economic zone or the high seas. Functional criterion is a more complex one.<sup>1</sup>

Before proceeding with analysis of functional criterion, it shall be firstly determined whether the Kerch Strait satisfies the geographical one, i.e. whether it connects one part of the high seas or an exclusive economic zone and another part of the high seas or an exclusive economic zone.

Kerch Strait is situated between the Kerch Peninsula of the Crimea and the Taman Peninsula of the Kuban and joins the Black Sea and the Sea of Azov<sup>2</sup>. In the Black Sea the coastal states have established both their territorial seas and exclusive economic zones. Delimitation of the exclusive economic zones in the Black Sea is subject not only to numerous international treaties<sup>3</sup> but also the judgement of International Court of Justice<sup>4</sup>. Now it is necessary to determine whether there are any areas qualifying as the exclusive economic zone or high seas in the Sea of Azov.

Sea of Azov is bordered by two states – Ukraine and the Russian Federation. Although the sea is relatively small, its area would be sufficient for the coastal states to have both the territorial sea and the exclusive economic zone. However, in 2003 the states have signed two bilateral treaties both of which clearly establish that the Sea of Azov and the Kerch Strait are internal waters of the signatory states. Article 5 of the Agreement between the Russian Federation and Ukraine on the

<sup>1</sup> Kastner P. International Legal Dimensions of the Northern Sea Route in Keupp M. M. (ed.), *The Northern Sea Route. A Comprehensive Analysis*. Wiesbaden: Springer, Fachmedien, 2015, p. 43.

<sup>2</sup> <http://www.encyclopediaofukraine.com/display.asp?linkpath=pages%5CK%5CE%5CKerchStrait.htm>

<sup>3</sup> Agreement between the Republic of Turkey and the Republic of Bulgaria on the determination of the boundary in the mouth of the Rezovska/Mutludere River and delimitation of the maritime areas between the two states in the Black Sea, 4 December 1997, <http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/TUR-BGR1997MB.PDF>, Exchange of Notes constituting an Agreement on the Delimitation of the USSR and Turkey Exclusive Economic Zone in the Black Sea, 23 December 1986 - 6 February 1987, <http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/RUS-TUR1987EZ.PDF>, Protocol between the Government of the Republic of Turkey and the Government of Georgia on the Confirmation of the Maritime Boundaries between them in the Black Sea, 14 July 1997, <http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/TUR-GEO1997BS.PDF>.

<sup>4</sup> Judgment of the International Court of Justice on the Case Concerning Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania/Ukraine), 3 February 2009, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/132/132-20090203-JUD-01-00-EN.pdf>

Ukrainian – Russian State Border signed on 28 January 2003 specifies that nothing in this agreement shall prejudice the position of the Russian Federation and Ukraine regarding the status of the Sea of Azov and the Kerch Strait as the internal waters of the two states<sup>1</sup>. On 24 December 2003 Ukraine and the Russian Federation signed the Agreement on Cooperation in the Use of the Sea of Azov and the Kerch Strait which in Article 1 established that historically the Sea of Azov and the Kerch Strait are internal waters of the Russian Federation and Ukraine<sup>2</sup>. Joint Statement by the President of Ukraine and the President of the Russian Federation on the Sea of Azov and the Strait of Kerch of 24 December 2003 was published in the Law of the Sea Bulletin No. 54<sup>3</sup>. In this statement the two states once more emphasized that “historically the Sea of Azov and the Strait of Kerch are inland waters of Ukraine and Russia”.

The analysis will further focus on whether international law permitted Ukraine and the Russian Federation bilaterally to agree that the Sea of Azov and the Kerch Strait are internal waters of the two states and, consequently, whether such agreement is binding upon other states. In order to answer this question, it is necessary to review the status the Sea of Azov and the Kerch Strait from a historical perspective.

As it is summarized by Alexander Skaridov, in 1700 the Treaty of Constantinople was signed between the Tsardom of Russia and the Ottoman Empire which gave Russia control over the Azov Sea. Thereafter, for almost 300 years this sea was among the quietest places of the World Ocean due to the fact that it was entirely situated within the territory of Imperial Russia and later the Union of Soviet Socialist Republics (hereinafter referred to as the “USSR”). During the Soviet period a straight baseline was drawn between Cape Kyz-Aul and Cape Geleznyi Rog leaving the entire Sea of Azov and the Kerch Strait on the landward side of the baselines. Thus, the Sea of Azov and the Kerch Strait were part of internal waters of the USSR.<sup>4</sup>

It has to be emphasized that from the international law perspective there were no “battles” among the differing scientists or claims over the Sea of Azov and the Kerch Strait from other states<sup>5</sup>. The straight baseline drawn between Cape Kyz-Aul and Cape Geleznyi Rog was subject to legal evaluation performed by the Bureau of Oceans and International Environmental and Scientific Affairs of the United

<sup>1</sup> Договор между Российской Федерацией и Украиной о Российско-Украинской государственной границе, [http://www.mid.ru/foreign\\_policy/international\\_contracts/2\\_contract/-/storage-viewer/bilateral/page-8/46278](http://www.mid.ru/foreign_policy/international_contracts/2_contract/-/storage-viewer/bilateral/page-8/46278)

<sup>2</sup> Договор между Российской Федерацией и Украиной о сотрудничестве в использовании Азовского моря и Керченского пролива, <http://faolex.fao.org/docs/texts/bi-45795.doc>

<sup>3</sup> Joint Statement by the President of Ukraine and the President of the Russian Federation on the Sea of Azov and the Strait of Kerch, 24 December 2003. Law of the Sea Bulletin No. 54, United Nations (New York, 2004), p. 131, [http://www.un.org/Depts/los/doalos\\_publications/LOSBulletins/bulletinpdf/bulletin54e.pdf](http://www.un.org/Depts/los/doalos_publications/LOSBulletins/bulletinpdf/bulletin54e.pdf)

<sup>4</sup> Skaridov A. The Sea of Azov and the Kerch Straits in Caron D. D. and Oral N. (eds.), Navigating Straits. Challenges for International Law, Leiden: Brill Nijhoff, 2014, p. 220-221.

<sup>5</sup> *Idib.*, p. 221.



States Department of State. After analysis of the straight baselines of the USSR in the Black Sea the United States concluded that only 9 of the 25 baselines segments were drawn in areas that meet the geographical criteria set forth in the UNCLOS and the baseline between Cape Kyz-Aul and Cape Geleznyi Rog was among those 9 segments<sup>1</sup>.

After Ukraine gained independence in 1991, the Sea of Azov became bordered by two states – Ukraine and Russian Federation. Under Article 7 of the 1958 Convention on the Territorial Sea and Contiguous Zone as well as Article 10 of UNCLOS straight baseline across the mouth of the bay could be drawn only if the coasts of the bay belong to a single State. The conventions do not incorporate any rules that would clarify the uncertainty over the closing of multi-state bays which “resulted in both a divergence of views among States, and the division of publicists on this issue”<sup>2</sup>.

Some publicists believe that the already quoted Article 7 of the 1958 Convention on the Territorial Sea and Contiguous Zone as well as Article 10 of UNCLOS mean that only the bays the coasts of which belong to a single State can be closed as internal waters by a straight baseline while the ordinary rule of the low-water line automatically applies to shared bays<sup>3</sup>. However, there are others who present a different view. As it is correctly indicated by Tullio Scovazzi, “should a bay closing line lawfully established by a coastal State be cancelled only because afterwards, due to changes in sovereignty on land, the same bay becomes bordered by two States? For instance, to consider a recent instance, should the line drawn by the former Yugoslavia to close the Bay of Piran – which is a juridical bay – be withdrawn because, after the territorial changes occurring in that country, the bay is shared today by two successor States (Croatia and Slovenia)? The more logical and simple response is a negative one”<sup>4</sup>.

The aforementioned controversy has been finally resolved by the Final Award of 29 June 2017 in the Matter of an Arbitration under the Arbitration Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Slovenia, signed on 4 November 2009 (hereinafter referred to as the “Award in the Slovenia / Croatia Arbitration”)<sup>5</sup>.

Slovenia argued that the Bay of Piran (hereinafter referred to the “Bay”) constitutes Slovenia’s internal waters, either on the basis of it being a juridical bay or

<sup>1</sup> United States Department of State, Bureau of Oceans and International Environmental and Scientific Affairs. Limits in the Seas No. 109 “Continental Shelf Boundary: Turkey – U.S.S.R. and Straight Baselines: U.S.S.R. (Black Sea), p. 8-9, <https://www.state.gov/documents/organization/58383.pdf>

<sup>2</sup> Talaie F. The Issue of the Delimitation of Multi-State Bays in the International Law of the Sea, *University of Tasmanian Law Review* Vol 18 No 1 (1999), p. 22.

<sup>3</sup> Scovazzi T. Problems Relating to Drawing of Baselines to Close Shared Maritime Waters in Symmons C.R. (ed.), *Selected Contemporary Issues in the Law of the Sea*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 19.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>5</sup> Final Award of 29 June 2017 in the Matter of an Arbitration under the Arbitration Agreement between the Government of the Republic of Croatia and the Government of the Republic of Slovenia, signed on 4 November 2009, <https://pcacases.com/web/sendAttach/2172>

an historical bay, thereby, seeking to invoke the principle of *uti possidetis*. According to Slovenia, prior to dissolution of the former Yugoslavia, the Bay enjoyed the status of a juridical bay consisting of internal waters. Croatia in its turn argued that despite the fact that the former Yugoslavia could have drawn a closing line across the Bay, it had never done that. Both states agreed that, as a result of the dissolution of the former Yugoslavia, the Bay had two coastal states, however, they differed on the effect of that dissolution on the status of the Bay. Slovenia argued that there had been no change in the Bay's status as internal waters. Croatia's principal contention was that it did not accept that the Bay had even been a juridical bay. Furthermore, it argued that even assuming that it was, the effect of the dissolution of the former Yugoslavia caused the Bay to be re-characterized as territorial waters.<sup>1</sup>

The Tribunal concluded that on the date of independence of Croatia and Slovenia, the Bay was Yugoslav internal waters<sup>2</sup>. Then it went to examine whether the dissolution of the former Yugoslavia had altered the status of the Bay. Referring to the Gulf of Fonseca case the Tribunal established that the Bay had been internal waters before the dissolution of the former Yugoslavia in 1991 and it remained so after that date<sup>3</sup>. It went on to state that "dissolution, and the ensuing legal transfer of the rights of Yugoslavia to Croatia and Slovenia as successor States, did not have the effect of altering the acquired status"<sup>4</sup>. The Tribunal thus determined that the Bay remained internal waters with the pre-existing limits<sup>5</sup>. It then concluded that the delimitation of the internal waters within the Bay had to be made on the basis of *uti possidetis*, however, since there was no formal division of the Bay between the two Republics prior to dissolution of Yugoslavia, delimitation was made only on the basis of the *effectivitas* at the date of independence<sup>6</sup>. Finally, the Tribunal concluded that there was no need for it to define any particular usage regime in the Bay different from what applies under international law<sup>7</sup>.

As it was already indicated, during the Soviet period the Sea of Azov and the Kerch Strait were part of the internal waters of the USSR. Having in mind that Ukraine and the Russian Federation are both successor states of the USSR<sup>8</sup> and following the reasoning of the Tribunal in the Award in the Slovenia / Croatia Arbitration, it has to be concluded that dissolution of the USSR did not have the effect of altering the status of the Sea of Azov and the Kerch Strait. Therefore, both agreements that were signed between Ukraine and the Russian Federation in 2003 –

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, para 774, 785, 788-790.

<sup>2</sup> *Ibid.*, para 881.

<sup>3</sup> *Ibid.*, para 882-883.

<sup>4</sup> *Ibid.*, para 883.

<sup>5</sup> *Ibid.*, para 885.

<sup>6</sup> *Ibid.*, para 886-888.

<sup>7</sup> *Ibid.*, para 914.

<sup>8</sup> Закон України "Про правонаступництво України" 2 вересня 1991, <https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1543-12>, Letter to the Secretary-General of the United Nations from the President of the Russian Federation, 24 December 1991, <https://web.archive.org/web/20031123143520/http://www.iaea.org/Publications/Documents/Infcircs/Others/inf397.shtml>

the Agreement on the Ukrainian – Russian State Border and the Agreement on Cooperation in the Use of the Sea of Azov and the Kerch Strait (hereinafter the “2003 Agreements”) – are legal and valid.

Having established that the Sea of Azov qualifies as the internal waters of Ukraine and the Russian Federation, it should be concluded that the Kerch Strait which connects an exclusive economic zone on the Black Sea with the internal waters on the Sea of Azov does not satisfy the geographical criterion required under UNCLOS and the right of transit passage is not applicable in such strait. Neither the right of innocent passage is applicable in this strait since the strait itself is part of internal waters of Ukraine and Russian Federation under the 2003 Agreements.

With the exception of Articles 8(2) and 125 of UNCLOS third states do not enjoy any navigational rights in the internal waters of the coastal states. Thus, Ukraine cannot invoke any provisions of UNCLOS (which would not be related to land sovereignty issues) in arguing that it was unlawfully denied passage through the Kerch Strait. Nevertheless, rules of navigation within the Kerch Strait have been agreed between the states in the 2003 Agreement on Cooperation in the Use of the Sea of Azov and the Kerch Strait (hereinafter referred to as the “2003 Cooperation Agreement”) which will be analyzed in detail below.

#### *Rights under the 2003 Cooperation Agreement*

Article 2(1) of the Cooperation Agreement establishes that merchant ships, warships and other government ships operated for non-commercial purposes flying the flags of the Russian Federation or Ukraine enjoy freedom of navigation in the Sea of Azov and the Kerch Strait. Under Article 2(2) merchant ships of third states are entitled to access the Sea of Azov and to transit the Kerch Strait if they are proceeding to Russian or Ukrainian port or are returning from it. Article 2(3) provides that warships and government ships of third states operated for non-commercial purposes may access the Sea of Azov and to transit the Kerch Strait only if they are calling at a port of one of the signatory states upon its invitation or permission agreed with the other state.

Article 3 of the 2003 Cooperation Agreement states that Russian-Ukrainian cooperation in the spheres of navigation, including its regulation and navigational – hydrographic servicing, fishing, protection of marine environment, search-and-rescue in the Sea of Azov and the Kerch Strait shall be implemented by performing the existing agreements as well as concluding the new ones.

Ukraine and the Russian Federation sought to delimit their waters within the Sea of Azov and the Kerch Strait. Many suggestions were made by both sides throughout the more than 20 rounds of negotiations<sup>1</sup>, however, no agreement was achieved. The states have neither concluded any agreement which would regulate specifics of navigation through the Kerch Strait. Therefore, the only applicable instrument in this case is the 2003 Cooperation Agreement. Unfortunately, the

---

<sup>1</sup> Supra note 20, p. 223.

agreement itself is very laconic<sup>1</sup>, thus, might be open to different interpretations. For example, one state might maintain that freedom of navigation which is enjoyed in the Kerch Strait by the vessels of the signatory states may not be encumbered by requiring to obtain prior permission for passing through the strait while the other might argue that requirement to receive such permission is established for the purposes of safety of navigation within the strait and is compatible with freedom of navigation. Thus, for the purposes of establishing the exact scope of the parties' obligations under the 2003 Cooperation Agreement, it is necessary to refer to the interpretation rules established in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter referred to as the "Vienna Convention").

Article 31 of the Vienna Convention establishes that a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. Any subsequent practice in the application of the treaty, which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation, has to be taken into account together with its context. Under Article 32 of the Vienna Convention supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, may be resorted to if required. Unfortunately, preparatory work of the 2003 Cooperation Agreement is not publicly available, therefore, will not be used in this article when interpreting the aforementioned agreement.

As it has been mentioned, Article 2(1) of the 2003 Cooperation Agreement guarantees "freedom of navigation" ("свобода судоходства" in Russian and "свобода судноплавства" in Ukrainian) for Ukrainian commercial and naval warships in the Kerch Strait. Now it is necessary to establish the ordinary meaning of this term, as required under the Vienna Convention on the Law of Treaties. The same term is used in UNCLOS – as we know all states enjoy freedom of navigation ("свобода судоходства" in Russian text of UNCLOS) on the high seas and the exclusive economic zones of third states. Freedom of navigation means that every state has the right to sail ships flying its flag in the aforementioned maritime zones and that such ships, save in exceptional cases expressly provided in UNCLOS, shall be subject to the exclusive jurisdiction of the flag state. Thus, based on the aforementioned, Article 2(1) of the Cooperation Agreement would seem to imply that the ships of each signatory state have the right to transit the Kerch Strait without being subject to the jurisdiction of another signatory state.

Now it is necessary to analyze any subsequent practice of the states in the application of the 2003 Cooperation Agreement. Before 2014, Kerch-Yenikalsky canal, which was the only waterway through Kerch Strait that could be navigable by large ships, used to be operated by Ukraine<sup>2</sup>. Therefore, navigation through the

---

<sup>1</sup> E.g. Vladimir Socor describes the norms of the 2003 Cooperation Agreement as creating „a potentially open-ended situation of „*ex lex*“ or legal void“. Please see further: Socor V., Azov Sea, Kerch Strait: Evolution of Their Purported Legal Status, <https://jamestown.org/program/azov-sea-kerch-strait-evolution-of-their-purported-legal-status-part-one/>

<sup>2</sup> Koval D., Schatz V. J. Ukraine v. Russia: Passage through Kerch Strait and the Sea of Azov, <https://voelkerrechtsblog.org/ukraine-v-russia-passage-through-kerch-strait-and-the-sea-of-azov/>

Kerch Strait was subject to the procedures and rules approved by the Minister of Transport of Ukraine on 9 October 2002<sup>1</sup>. Thus, Ukraine would seem to be estopped from arguing that freedom of navigation guaranteed to its vessels under Article 2 of the 2003 Cooperation Agreement has been unlawfully encumbered by those formalities established in the Russian legislation<sup>2</sup> which in fact concur with the equivalent formalities that had been applicable under Ukrainian legislation.

However, when analyzing the events constituting the Kerch Incident, it has to be concluded that certain actions of the Russian Federation definitely constitute breach of Article 2 of the 2003 Cooperation Agreement. Unilateral suspension of the passage through the waters leading to the Kerch Strait for 2 days undeniably makes the freedom of navigation through the strait itself impossible and, therefore, definitely violates the 2003 Cooperation Agreement.

Thus, even if the 2003 Cooperation Agreement, based on the subsequent practice of the states, could be interpreted as permitting the state operating the Kerch-Yenikalsky canal to impose mandatory clearance for passage through the Kerch Strait, the fact that Ukrainian vessels did not wait for express clearance and decided to enter the strait should not be interpreted as an activity prejudicial to the peace, good order or security of the Russian Federation but as legitimate countermeasures taken against the state (i.e. the Russian Federation) which is responsible for an internationally wrongful act (i.e. violation of Article 2 of the 2003 Cooperation Agreement). Furthermore, even if there were no prior internationally wrongful act of the Russian Federation, it is highly doubtful whether the breach of formal requirements could result in the ultimate loss of freedom of navigation guaranteed by Article 2 of the 2003 Cooperation Agreement and the right of the Russian Federation to use force against Ukrainian ships.

Despite the fact that the Russian Federation has violated Article 2 of the 2003 Cooperation Agreement, Ukraine is not able to seek redress for this violation before an international court or tribunal. Article 4 of the 2003 Cooperation Agreement provides that “disputes between the States concerning interpretation and application of this Agreement shall be resolved through consultations and negotiations as well as other peaceful means chosen by the States”. Thus, the 2003 Cooperation Agreement does not establish a compulsory dispute settlement procedure. Such dispute can neither be resolved within the framework of UNCLOS since it is not the dispute concerning the interpretation or application of UNCLOS as required under its Article 279. Therefore, the only means available to Ukraine in this case are countermeasures and support of international community.

<sup>1</sup> Наказ Міністерства «Транспорту України Про затвердження Правил плавання суден Керч-Єнікальським каналом і підхідними каналами до нього від 09.10.2002 N 721», <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0973-02/conv>

<sup>2</sup> Приказ Министерства Транспорта Российской Федерации от 21 октября 2015 года N 313 «Об утверждении Обязательных постановлений в морском порту Керчь», <http://docs.cntd.ru/document/420312576>

***Denunciation / Termination of the 2003 Cooperation Agreement***

As it is indicated in the Special Report “Russia’s Strategic Considerations on the Sea of Azov” prepared by the Warsaw Institute, “[f]rom the moment when Ukraine and Russia signed the 2003 Agreement on the Azov Sea, a number of opinions on its denunciation and some amendments to it have been voiced”<sup>1</sup>. On 22 February 2019 Ukrainian Foreign Minister Pavlo Klimkin announced that “in the foreseeable future, Ukraine is preparing to terminate the agreement with Russia on the Sea of Azov”<sup>2</sup>. Ukraine believes that upon termination of such agreement the Sea of Azov would result in having all the regular maritime zones while the Kerch Strait would qualify as the strait used for international navigation with the transit passage regime applicable therein. In such case all the disputes concerning navigation thought such strait could be resolved by referring them to compulsory dispute settlement procedures established under UNCLOS.

Under Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties a material breach of bilateral treaty by one of the parties entitles the other to invoke the breach as a ground for terminating the treaty or suspending its operation in whole or in part. In the opinion of Ukraine, since 2014 the Russian Federation has committed numerous breaches of the 2003 Cooperation Agreement: construction of the Kerch Bridge, limiting access of the ships to the Sea of Azov, excessive inspections of Ukrainian-flagged ships passing through the Kerch Strait and, finally, the actions of Russian Navy during the Kerch Incident.

However, despite the fact that Ukraine would be entitled under Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties to terminate the 2003 Cooperation Agreement, it is necessary to analyse whether Ukraine would strengthen its legal position upon such termination. Based on the reasoning of the Arbitral Tribunal in the Slovenia / Croatia Arbitration, it should be concluded that the Sea of Azov and the Kerch Strait would remain the internal waters of Ukraine and the Russian Federation despite termination of the 2003 Cooperation Agreement. As it has been already mentioned, legal status of the Bay of Piran after dissolution of the former Yugoslavia was predetermined not by the subsequent agreement of the bordering states but by the legal status of this bay within the former Yugoslavia. The Tribunal concluded that since the Bay of Piran was Yugoslav internal waters, dissolution, and the ensuing legal transfer of the rights of Yugoslavia to Croatia and Slovenia as successor States, did not have the effect of altering the acquired status and the bay remained to be the internal waters of Croatia and Slovenia even after dissolution of the former Yugoslavia.

If the Sea of Azov remains the internal waters of Ukraine and Russia even after termination of the 2003 Cooperation Agreement, the Kerch Strait will still be connecting the exclusive economic zone on the Black Sea with the internal

---

<sup>1</sup> Warsaw Institute. Special Report “Russia’s Strategic Considerations on the Sea of Azov” dated 3 December 2018, p. 34, <https://warsawinstitute.org/wp-content/uploads/2018/12/Russias-Strategic-Considerations-on-the-Sea-of-Azov-Warsaw-Institute-Special-Report.pdf>

<sup>2</sup> <https://uawire.org/klimkin-ukraine-is-ready-to-terminate-the-sea-of-azov-agreement-with-russia>

waters on the Sea of Azov. As it has been already mentioned, such straits do not enjoy any special status under the UNCLOS. Thus, even if Ukraine terminated the 2003 Cooperation Agreement, it would not strengthen its legal position since such termination would not result in the Kerch Strait becoming the strait used for international navigation with the transit passage regime applicable therein. Furthermore, in the Slovenia / Croatia Arbitration the Tribunal decided that there was no need for it to define any particular usage regime in the Bay of Piran different from what applies under international law. Regime applicable in the internal waters under international law is far more limited than the regime established in the 2003 Cooperation Agreement. Most likely if a tribunal or a court was requested to decide on the status of the Sea of Azov and the Kerch Strait upon termination of the 2003 Cooperation Agreement, it would establish a special regime applicable therein based on the practice of the bordering states before such termination. However, this special regime would not grant Ukraine any broader rights than the existing the 2003 Cooperation Agreement.

In conclusion, it is highly unlikely that Ukraine would benefit from termination of the 2003 Cooperation Agreement. Therefore, it is advisable to reconsider such intentions and to focus on alternative legal remedies that could be invoked by Ukraine in respect of Russia's actions during the Kerch Incident.

#### ***Other violations of UNCLOS***

It is necessary to emphasize that not all of the events of the Kerch Incident took place in the Kerch Strait where 2003 Cooperation Agreement is applicable. Firstly, before the Ukrainian Navy vessels entered the Kerch Strait, the Russian Federation announced that navigation is suspended in the 12-mile zone preceding the Kerch Strait from 22:00 November 24 to 22:00 November 26. Secondly, the Ukraine Navy vessels were fired upon and captured not in the Kerch Strait itself, but in the 12-mile zone preceding the Kerch Strait or even further from the coast.

Even if this 12-mile zone preceding the Kerch Strait were the territorial sea of the Russian Federation, the actions of the Russian Federation would still qualify as violations of UNCLOS due to the following reasons.

According to Article 25(3) of UNCLOS, the “coastal State may, without discrimination in form or in fact among foreign ships, suspend temporarily in specified areas of its territorial sea the innocent passage of foreign ships if such suspension is essential for the protection of its security, including weapons exercises. Such suspension shall take effect only after having been duly published”.

As it is indicated by Donald R. Rothwell, “[s]uch a right of temporary suspension <...> can only take effect after having been duly published thereby preventing ad hoc suspensions of passage”<sup>1</sup>. Haijiang Yang goes further to emphasize that “suspension has to be published in advance, otherwise it could not take effect. Publication

---

<sup>1</sup> Rothwell D.R. UNCLOS Navigational Regimes and their Significance for the South China Sea in Wu S., Valencia M., Hong N. (eds.). UN Convention on the Law of the Sea and the South China Sea. Surrey: Ashgate Publishing Limited, 2015, p. 156.

through the public media available to mariners can be deemed “duly published”<sup>1</sup>. Even Article 12 of the Federal Act of the Russian Federation on the Internal Waters, Territorial Sea and Contiguous Zone of the Russian Federation provides that such suspension of innocent passage shall take effect only after it is published in advance in the “Notices to the Mariners”.<sup>2</sup>

As it is indicated by Ukraine, Ukrainian Navy vessels were informed by radio that the area before the Kerch Strait is closed for navigation from 22:00 November 24 to 22:00 November 26, however, Ukrainian Navy checked the database of the coordinator of the NAVAREA-III geographic area (SPAIN) as well as the NAVTEX notice which revealed no such official restrictions for passing through the Kerch Strait<sup>3</sup>. Furthermore, no such restrictions were announced in the Notices to the Mariners published by the Directorate of Navigation and Oceanography of the Russian Federation<sup>4</sup>. Thus, it should be concluded that suspension of innocent passage communicated by radio to the Ukrainian Navy vessels was aimed only at those vessels *per se* and does not constitute a legitimate suspension of the right of innocent passage under UNCLOS. Furthermore, some authors doubt whether the coastal state is entitled at all to exercise the right to suspend innocent passage through its territorial sea if such suspension has effect of cutting off access to another state’s coast<sup>5</sup>.

In conclusion, discriminatory suspension of passage in the 12-mile zone preceding the Kerch Strait qualifies not only as the breach of the 2003 Cooperation Agreement, but of UNCLOS itself.

Legality of firing upon and capturing Ukrainian Navy vessels shall be examined next. As it has been established before, the fact that Ukrainian vessels did not wait for express clearance and decided to enter the strait should be interpreted as legitimate countermeasures taken against the state (i.e. the Russian Federation) which is responsible for an internationally wrongful act (i.e. violation of Article 2 of the 2003 Cooperation Agreement). Under Article 22 of the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts “[t]he wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation towards another State is precluded if <...> that the act constitutes a countermeasure <...>”<sup>6</sup>. As a consequence, the fact that Ukrainian Navy vessels decided to proceed through the Kerch Strait without waiting for express clearance cannot be qualified as an activity prejudicial to the

<sup>1</sup> Yang H. Jurisdiction of the Coastal State over Foreign Merchant Ships in the Internal Waters and the Territorial Sea. Berlin: Springer, 2015, p. 221.

<sup>2</sup> Федеральный закон от 31 июля 1998 г. N 155-ФЗ «О внутренних морских водах, территориальном море и прилегающей зоне Российской Федерации» // <http://base.garant.ru/12112602/b6e02e45ca70d110df0019b9fe339c70/>

<sup>3</sup> <http://euromaidanpress.com/2018/12/07/ukraine-prosecutors-show-reconstruction-of-russian-attack-on-ukrainian-vessels-near-kerch-strait/>, [https://www.youtube.com/watch?v=JnU\\_F2LwHrI&feature=youtu.be](https://www.youtube.com/watch?v=JnU_F2LwHrI&feature=youtu.be)

<sup>4</sup> <https://structure.mil.ru/structure/forces/hydrographic/esim.htm>

<sup>5</sup> Alexander L. M. Navigational Restrictions within the New LOS Context. Leiden: Brill Nijhoff, 2017, p. 17.

<sup>6</sup> [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf)



peace, good order or security of the Russian Federation. If it does not qualify as an activity prejudicial to the peace, good order or security of the Russian Federation, then the Russian Federation cannot invoke Article 25 of UNCLOS and should be deemed in breach of Article 24 and 301 of UNCLOS.

Even if passage of Ukrainian Navy vessels was deemed to be prejudicial to the peace, good order or security of the Russian Federation, the use of force by the Russian Federation against Ukrainian Navy vessels was still unlawful under UNCLOS. Article 32 establishes that the warships and other government ships operated for non-commercial purposes of third states enjoy immunity in the territorial sea of a coastal state. Thus, the coastal state does not have any jurisdiction over such ships and can only demand that those warships which do not comply with the laws and regulations of the coastal state would leave its territorial sea, as established in Article 30 of UNCLOS<sup>1</sup>. It is true that it is unclear as to what actions a coastal state may take if the warship fails to obey the order<sup>2</sup>. As it is stated by James Kraska, “most scholars suggest that the lawful steps coastal states may take to require a foreign ship to leave the territorial sea do not include the use of force”<sup>3</sup>. However, there are some who argue that “[i]f the passage of a warship can be characterized as “non-innocent” and the coastal State requests it to leave its territorial sea, the coastal State may use minimum force to compel its departure”<sup>4</sup>. However, in case of Kerch Incident this discussion is irrelevant because military force was used by the Russian Federation against Ukrainian Navy Vessels at that time when they were already proceeding towards the outer limits of the 12-mile zone preceding the Kerch Strait, i.e. they were not disobeying the order to leave the territorial sea. Therefore, firing upon and capture of Ukrainian Navy vessels during the Kerch Incident violates Articles 30 and 32 of UNCLOS.

All of the violations of UNCLOS established in this subsection would seem to be a promising ground for the claim of Ukraine before an international court or tribunal since they are not related to land-sovereignty issues. Nevertheless, all of them might fall under the optional exception to applicability of section 2 of UNCLOS. Upon ratification of UNCLOS the Russian Federation has deposited a declaration stating that “[t]he Russian Federation declares that, in accordance with article 298 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, it does not accept the procedures, provided for in section 2 of Part XV of the Convention, entailing binding decisions with respect to disputes concerning <...> military activities, including military activities by government vessels and aircraft <..>”<sup>5</sup>. It would be extremely difficult to deny that firing upon and capture of Ukrainian Navy vessels by the naval fleet

<sup>1</sup> Agyebeng W.K. Theory in Search of Practice: The Right of Innocent Passage in the Territorial Sea, Cornell International Law Journal Volume 39 Issue 2 (2006), p. 387.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> *Supra* note 8.

<sup>4</sup> Klein N. Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 298.

<sup>5</sup> [http://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/convention\\_declarations.htm#Russian%20Federation%20Upon%20signature](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#Russian%20Federation%20Upon%20signature)

of Russia does not qualify as “military activities” for the purposes of Article 298(1) (b) of UNCLOS.

There might be some room for different interpretation only in respect of suspension of innocent passage in the 12-mile zone preceding the Kerch Strait. Usually the right of innocent passage is suspended for the purposes of military exercises and this is clearly stated in the notifications on such suspension<sup>1</sup>. In such cases military activities exception is clearly applicable. However, the Russian Federation has failed to indicate any reasons for suspension of the passage in the 12-mile zone preceding the Kerch Strait. Furthermore, the suspension has not been duly notified. If the Russian Federation maintains that the passage was suspended since the tanker has run aground in the Kerch Strait, the military activities exception would not be applicable in this case. If it wants to resort to such exception it would have to admit that the suspension was specifically aimed at the Ukrainian Navy vessels which would make the suspension itself illegal. However, in such case validity of such suspension would fall outside the compulsory jurisdiction under UNCLOS due to applicability of military activities exception.

### ***Conclusions***

Since the Sea of Azov and the Kerch Strait falls within the internal waters of the Russian Federation and Ukraine, Ukraine cannot invoke any provisions of UNCLOS (which would not be related to land sovereignty issues) in arguing that it was unlawfully denied passage through the Kerch Strait. However, Ukraine and the Russian Federation have signed the 2003 Cooperation Agreement which establishes that the ships of signatory states enjoy freedom of navigation through the Kerch Strait. Analysis demonstrates that the Russian Federation has breached this agreement by unilaterally suspending for 2 days the passage through the waters leading to the Kerch Strait. Such suspension undeniably makes the freedom of navigation through the strait itself impossible and, therefore, violates the 2003 Cooperation Agreement. Unfortunately, Ukraine is not able to seek redress for this violation before an international court or tribunal since the 2003 Cooperation Agreement does not establish a compulsory dispute settlement procedure.

Intentions to terminate the 2003 Cooperation Agreement have been voiced by many Ukrainian politicians. Ukraine believes that upon termination of such agreement the Sea of Azov would result in having all the regular maritime zones while the Kerch Strait would qualify as the strait used for international navigation with the transit passage regime applicable therein. In such case all the disputes concerning navigation through such strait could be resolved by referring them to compulsory dispute settlement procedures established under UNCLOS. Referring to the Arbitral Award in the Slovenia / Croatia Arbitration, it has been demonstrated by this article that termination of the 2003 Cooperation Agreement would not change the status of the Kerch Strait and Ukraine would not strengthen its position upon such termination.

---

<sup>1</sup> [http://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/innocent\\_passages\\_suspension.htm](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/innocent_passages_suspension.htm)

Finally, it has been emphasized that passage of the ships was discriminatorily suspended by the Russian Federation in the 12-mile zone preceding the Kerch Strait which qualifies not only as the breach of the 2003 Cooperation Agreement, but of UNCLOS itself. Furthermore, firing upon and capture of Ukrainian Navy vessels during the Kerch Incident violates Articles 30 and 32 of UNCLOS. Unfortunately, disputes concerning those violations seem to fall outside the scope of compulsory dispute settlement procedures under UNCLOS since the Russian Federation has declared that, “in accordance with article 298 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, it does not accept the procedures, provided for in section 2 of Part XV of the Convention, entailing binding decisions with respect to disputes concerning <...> military activities”.

Thus, despite the fact that UNCLOS is being praised for its outstanding feature of compulsory dispute settlement procedures entailing binding decisions, it becomes clear that the exclusions to applicability of section 2 of UNCLOS, even limited, have a far reaching effect on the scope of the disputes that can be brought before international courts and tribunals. Ukraine should continue looking for violations of UNCLOS that would not be related with land sovereignty issues and would not be covered by the optional exceptions under Article 298 of UNCLOS. Meanwhile it should rely on the countermeasures and support of international community in invoking the sanctions against the Russian Federation.

**Саулюс Катуюка**, доктор юридических наук, профессор, директор Института международного и европейского права Школы права Университета Миколаса Ромериса, г. Вильнюс, Литва.

**Скриманте Клумбите**, преподаватель Института международного права и права ЕС, Школа права Университета Миколаса Ромериса, г. Вильнюс, Литва.

**Инцидент в Керченском проливе в свете Конвенции ООН по морскому праву 1982 года**

*Статья посвящена международно-правовой оценке инцидента в Керченском проливе, который имел место 25 ноября 2018 г. В статье детально рассмотрены следующие вопросы: описание событий, права навигации в Керченском проливе (права согласно Конвенции ООН по морскому праву 1982 г., права согласно Договору между Украиной и Российской Федерацией о сотрудничестве в использовании Азовского моря и Керченского пролива 2003 г.), возможность и последствия денонсации (прекращения) Договора 2003 г., нарушения Конвенции ООН по морскому праву 1982 г.*

**Ключевые слова:** Инцидент в Керченском проливе; внутренние воды; территориальное море; свобода судоходства; военные корабли; Конвенция ООН по морскому праву 1982 г.; Договор между Украиной и Российской Федерацией о сотрудничестве в использовании Азовского моря и Керченского пролива 2003 г.

**Рекомендоване цитування:** Saulius Katuoka, Skirmantė Klumbytė. Kerch strait incident in the light of UNCLOS. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 144. С. 225–243. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.169385>.

**Suggested Citation:** Saulius Katuoka, Skirmantė Klumbytė. (2019). Kerch strait incident in the light of UNCLOS. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 144, 225–243*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.169385>.

*Надійшла до редколегії 15.05.2019 р.*



**Tragniuk Olesia Yanivna,**  
*PhD in Law, Associate Professor  
of the European Union Law Department,  
Yaroslav Mudryi National Law University,  
Ukraine, Kharkiv*  
e-mail: otrag@ukr.net  
ORCID 0000-0002-4505-8105



**Holik Yuliia Olehivna,**  
*6th year student of the International Law Faculty,  
Yaroslav Mudryi National Law University,  
Ukraine, Kharkiv*  
e-mail: holik.yuliia@gmail.com

doi: 10.21564/2414–990x.145.167073  
UDC 341.018

## BRINGING STATES TO JUSTICE FOR AVIATION TERRORISM

*The article deals with the peculiarities of holding states responsible for their involvement in terrorism in the sphere of civil aviation. The key obligations imposed upon states in matters related to aviation terrorism, the salient features of attribution of an act of aviation terrorism to a state and ways of implementation of state responsibility have been determined and analyzed.*

**Keywords:** international terrorism; aviation terrorism; terrorism in civil aviation sphere; international state responsibility; breaches of international obligations of a state; attribution of internationally wrongful acts to a state; implementation of state responsibility.

**Трагнюк О. Я.,** кандидат юридичних наук, доцент кафедри права Європейського Союзу, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків.  
e-mail : otrag@ukr.net ; ORCID 0000-0002-4505-8105

**Голік Ю. О.,** студентка 6 курсу міжнародно-правового факультету, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків.  
e-mail : holik.yuliia@gmail.com

### **Притягнення держав до відповідальності за авіаційний тероризм**

Протягом минулого століття у мирний час цивільна авіація ставала об'єктом міжнародного авіаційного тероризму майже 600 разів. Це пояснюється стратегічним значенням авіації для міждержавних зв'язків, масштабами негативного економічного, політичного та соціального впливу актів авіаційного тероризму на декілька держав одразу та резонансом, який вони можуть викликати у світі. Саме тому запровадження ефективних засобів протидії цьому злочину стає дедалі актуальнішим для світової авіаційної системи та гарантування миру і безпеки в цілому.

Як зазначила Рада Безпеки ООН у Резолюції 2178, невиконання державами їхніх міжнародних зобов'язань у сфері боротьби з тероризмом має наслідком зростання у них рівня радикалізації і посилення відчуття безкарності. Держави здатні сприяти вчиненню актів міжнародного авіаційного тероризму, зокрема, шляхом їх організації, підтримки поведінки терористичних угруповань, а також через неспроможність або небажання попереджувати злочини або карати винних. У свою чергу, встановлення міжнародної відповідальності держав за участь у авіаційному тероризмі є одним із факторів стримування міжнародного тероризму в цілому.

У статті досліджуються особливості притягнення держав до міжнародної відповідальності за їх причетність до тероризму в сфері цивільної авіації. Зокрема, визначаються основні зобов'язання, які накладаються на державу в питаннях, пов'язаних з авіаційним тероризмом, аналізуються ключові аспекти атрибуції акту авіаційного тероризму державі і способи реалізації відповідальності держави.

Міжнародні зобов'язання держав, які пов'язані з міжнародним тероризмом, об'єднано у дві групи: зобов'язання за загальним міжнародним правом та зобов'язання, що визначені у рамках боротьби з тероризмом. Першу групу склали: незастосування сили та погрози силою, невтручання у внутрішні справи держав, заборона агресії; другу – попередження актів міжнародного тероризму, покарання винних за злочини тероризму в сфері авіації, співробітництво та вирішення спорів мирним шляхом.

Для притягнення держави до відповідальності за авіаційний тероризм необхідно довести, що діяння, яке порушує одне з вказаних зобов'язань, ставиться у провину цій державі. Саме тому у статті аналізуються підстави атрибуції діяння (дії чи бездіяльності) державі: активна участь держави у вчиненні злочину, підтримка або контроль осіб, які вчиняють злочин (у контексті цивільної авіації ця підстава атрибуції має набагато нижчий поріг контролю, ніж визначений у праві міжнародної відповідальності держав – т. з. правило «прихильності або підтримки» («*harbor or support*» rule)), визнання та прийняття поведінки таких осіб, ужиття надмірних заходів у боротьбі з тероризмом (такі заходи мають розглядатися у рамках міжнародного права прав людини).

У випадках, коли наявні обидва елементи, необхідні для настання міжнародної відповідальності держави, остання може бути притягнута до відповідальності шляхом закликання до відповідальності або зверненням постраждалої держави до контрзаходів.

**Ключові слова:** міжнародний тероризм; авіаційний тероризм; тероризм у сфері цивільної авіації; міжнародна відповідальність держав; порушення міжнародних зобов'язань держави; атрибуція міжнародно-протиправних діянь держави; імплементація міжнародної відповідальності держави.

**Statement of the problem and relevance of the topic.** Civil aviation is an easy, dramatic and newsworthy target for terrorists [1, p. 51]. Due to the global character of this industry, states of all regions are potentially vulnerable to interference with their air transportation systems. These interferences, in their turn, may affect the interests of several countries at a time and draw more attention than any other kind of terrorism. A single incident of aviation terrorism may cause hundreds of deaths, destroy equipment worth hundreds of millions of dollars and have a dramatic negative impact on the world economy, public confidence in air travel,

choice of destinations and airlines and the common perception of the everyday world. Therefore, civil aviation has been chosen as an effective stepping-stone for the achievement of terrorists' goals.

As it has been noticed by the United Nations Security Council (hereinafter – UNSC) in Resolution 2178, states' non-compliance with their counter-terrorism international obligations contributes to the increase in radicalization and fosters a sense of impunity [2, preamble]. In particular, states contribute to the commission of acts of aviation terrorism through the organization of such acts, support of somebody's conduct and failure to prevent or to punish perpetrators. Thus, bringing states to justice for their involvement in aviation terrorism is one of the deterrents of international terrorism as a whole.

***Analysis of recent research and publications.*** In spite of the profound impact that the aviation industry has on international relations, international peace and stability, a little attention has been devoted to state responsibility for aviation terrorism. Instead, scholars have mainly been considering opportunities for holding states responsible for international terrorism (K. Trapp, V. Proulx, T. Becker). As regards matters of aviation terrorism, J. Duchesneau provided a comprehensive framework of this crime and its implications in various contexts.

With a brief consideration having been given by foreign doctrine and scarce attention of Ukrainian doctrine (only V. Antypenko devoted his attention to responsibility for international terrorism [3, pp. 86-87) on the issue reviewed, there is a need for thorough studies on state responsibility for aviation terrorism.

***The purpose of the publication*** is to outline the framework of holding states responsible for aviation terrorism and set out the grounds of the successful implementation of state responsibility for aviation terrorism. Hence, ***tasks*** are to address the key elements necessary for state responsibility to come into life and to provide key procedures of implementation of state responsibility for aviation terrorism.

***Presentation of the main material.*** Taking into consideration all the relevant characteristic features of this kind of international terrorism, for the purposes of this research, *international aviation terrorism* has been formulated as conduct or threat of conduct of a transnational offence or participation in it of a person that, by a ground attack, hijacking, an act of sabotage or suicide mission unlawfully, intentionally and violently endangers safety of or causes serious damage to any aviation facility, causes death or serious bodily injury to passengers, crew on board or gate agents with the purpose of intimidation of a population or compelling a government or international organization to do or to abstain from doing any act.

In view of crucial differences between acts of terrorism conducted in peacetime and wartime, the present article focuses on the acts of aviation terrorism occurred in peacetime.

Firstly, we will address the elements of state responsibility enshrined in Article 2 of the Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts (hereinafter – ILC Articles) elaborated on by the International Law Commission

(hereinafter – ILC). Secondly, we will touch upon ways of implementation of state responsibility.

To begin with, in order for a state to be held responsible for an act of aviation terrorism, this act should be looked at through lenses of attribution of it to a state and a breach of an international obligation of that state [4, Article 2].

*An international obligation*, as a normative rule, is primary in relation to the act, which, in turn, either may or may not be attributed to a state. Such normative rules are substantive rules of international law establishing rights and obligations for states involved in some activities on the international plane. Consequently, *violations of such rules may give rise to state responsibility*. Such obligations consist of two groups of state obligations – under general international law and under the counter-terrorism framework.

As regards the former group, it *maintains international peace and security*. In that regard, the most authoritative and well-regarded international instrument is, undoubtedly, the Charter of the United Nations (hereinafter – UN Charter). Some scholars (Alfred Verdross, Bruno Simma, Bardo Fassbender) even consider it to be a Constitution for International Community [5, p. 77].

In particular, Article 2 contains the core principles of international law that states should stick to. In fact, these are not only principles but also obligations further elaborated on by the United Nations General Assembly (hereinafter – UNGA) in Resolution 2625 (XXV) – Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations – and accepted by the UN Member States.

In view of these documents, the obligations relevant to the context of aviation terrorism are: 1) an obligation not to threaten or use of force; 2) an obligation not to intervene in internal affairs of other states; 3) an obligation to suppress acts of aggression or other breaches of peace.

*The prohibition of threat or use of force* in international relations is a customary international law rule reflected in the UN Charter and UNGA Resolution 2625 (XXV) [6, p. 97, para. 182, p. 99, para. 188, p. 101, para. 191]. In the context of this rule, the UNGA Resolution 2625 and the UNSC Resolution 748 (1992) have explicitly outlawed various forms of participation in international terrorism – organization, assistance, participation, instigation, acquiescence [7; 8, preamble].

*The prohibition of intervention in matters within domestic jurisdiction* is another customary rule proscribing organization, assistance, foment, financing, incitement or tolerance of terrorist activities [7; 9, p. 227, para. 162]. This principle reflects the right of a sovereign state to carry out its affairs without external interference and is of customary nature [6, p. 106, para. 202]. When specifying intervention in external or internal affairs of a state, the ICJ specified that the use of force in direct form (military action) and indirect form (support for terrorist activities) are cases of such an intervention [6, p. 108, para. 205].

*The prohibition of acts of aggression*, in its turn, does not explicitly mention acts of international terrorism. Nevertheless, aviation terrorism may amount either to a

breach of the peace or intervention in internal matters and within the meaning of aggression, could exist in the form of state sponsorship of terrorism [10, pp. 26-27], “the sending... of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force...” [11, Article 3(g)]. For instance, the 9/11 attacks are considered acts of aggression while being acts of aviation terrorism [12, p. 81; 13, p. 141].

The latter group, *dealing with the counter-terrorism framework*, imposes specific obligations upon states. They are connected with a specific nature of aviation terrorism and match the performance needed from countries.

In particular, the conventions addressing aviation terrorism form the core of the counter-terrorism framework in civil aviation sphere. They are: *Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft – Tokyo Convention 1963* (adopted 14 September 1963, entered into force 4 December 1969); *Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft – Hague Convention 1970* (adopted 16 December 1970, entered into force 14 October 1971); *Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation – Montreal Convention 1971* (adopted 23 September 1971, entered into force 26 January 1973); *Protocol on the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation – Montreal Protocol 1988* (adopted 24 February 1988, entered into force 6 August 1989); *Convention on the Suppression of Unlawful Acts Relating to International Civil Aviation – Beijing Convention 2010* (adopted 10 September 2010, entered into force 1 July 2018); *Protocol Supplementary to the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft – Beijing Protocol 2010* (adopted 10 September 2010, entered into force 1 January 2018); *Protocol to Amend the Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft – Montreal Protocol 2014* (adopted 4 April 2014, not yet in force).

As regards obligations imposed by the aforementioned conventions, there are four types of them: 1) obligations to prevent acts of aviation terrorism; 2) obligations to punish perpetrators of acts of aviation terrorism; 3) obligations to cooperate (either in prevention or punishment); 4) obligation to settle disputes by peaceful means (in fact, provisions containing this obligation are compromissory clauses and are relevant for the implementation of state responsibility).

*Prevention of acts of aviation terrorism* is based upon the customary rule of international law formulated by the ICJ in the *Corfu Channel* case. It is an obligation for a state “not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other states” [14, p. 22]. In other words, it requires due diligence from a state for it to avert any harm to other states originating from the territory of this state [15, pp. 140-141].

The duties of prevention are regarded as *duties of conduct* and not of result. Hence, application of best efforts of a state (due diligence in terrorism prevention) is more important than the provision of guarantees of a particular outcome of non-occurrence of acts of terrorism.

Due to the vague wording of this obligation stipulated by the conventions (“States Parties shall ... endeavour to take all practicable measures for the purpose



of preventing the offences...”), states have a wide margin of appreciation in choosing means at its disposal [15, p. 132] for non-tolerating acts of aviation terrorism. In addition, the UNSC and UNGA frameworks provide states with a roadmap of possible measures to be undertaken. For instance, the UNSC Resolution 1373 (2001) considers the *exchange of information* to constitute early warning of states and prevention of the commission of terrorist acts; *effective border controls, control over the issuance of identity and travel documents, preventing of counterfeiting, forgery or fraudulent use* of such documents it sees as measures to prevent the movement of terrorists [16, p. 2, para. 2(b)(g)].

Moreover, both UNGA and UNSC stressed the importance of non-acquiescence of terrorism in some way emanating from the territory of a state. In particular, in its Resolution 1373, the UNSC implied tolerating of aviation terrorism as passive support of it [16, p. 3, para. 6]. It should be noted that the toleration of terrorist activities (acquiescence and acceptance) does differ from the state’s failure to undertake all reasonable measures for the prevention of terrorism [15, p. 132]. Some scholars even suggest toleration of activities of terrorist groups in their territory as a state sponsorship in the form of omission [17]. In any event, it constitutes the breach of Article 2(4) of the UN Charter. Specifically, the UNSC referred to it in the course as to the negative obligation “to refrain from ... *acquiescing* in organized activities within its territory directed towards the commission of [terrorist] acts” (emphasis added) [8, preamble].

Hence, if a state does not prevent terrorism, in fact, it refuses to eliminate a terrorist threat emanating from its territory [18, p. 111].

*Punishment of perpetrators of acts of aviation terrorism* should take place regardless of identity and structure of offender (state, person, group of persons) [19, p. 13]. This obligation embraces obligations to criminalize offences considered as aviation terrorism and *make them punishable by severe penalties, to establish jurisdiction and to ensure offender’s presence for the prosecution, to prosecute or extradite* a perpetrator of an act of aviation terrorism and to grant a person under investigation *a minimum standard of treatment*. Predominantly, these issues are governed on a national level and, therefore, it is unpractical to address them in the course of this article.

Moreover, if a state provides a safe haven for perpetrators of a terrorist act following its commission, it may be brought to justice both for the failure to prosecute or extradite and for the failure to prevent subsequent attacks [15, p. 353].

*Provisions on co-operation* comprise those on *mutual legal assistance*. “The greatest measure of assistance” includes an exchange of information, assistance in obtaining evidence necessary for the proceedings [15, p. 125] and leaves wide discretion of conduct to states. Furthermore, bilateral and multilateral treaties on mutual legal assistance in criminal matters supplement existing informal cooperation mechanisms [20, p. 79].

Once it had been established that an act constituted a breach of an international obligation of a state, the question of attribution of that act to that state should be considered in order for state responsibility to take place.

The *attribution* depends on a particular scenario present in a given situation [21, p. 4]. Hence, the scenario-specific aviation terrorism evidence may entail a type or types of attribution corresponding to Articles 4-11 of the ILC Articles. A state's role (organizer, a supporter, controller, a non-preventive party, etc.) is a key point in this regard. We have elaborated on the types of attribution relevant for aviation terrorism depending on the state's actions or omissions.

The category of *actions* covers a spectrum of state's involvement in aviation terrorism: organization, support or control, assistance, acknowledgement or acceptance of conduct, adoption of excessive counter-terrorism measures. The category of *omissions*, in its turn, deals with the state's failure to discharge obligations of prevention of acts of terrorism and of extradition or submission to prosecution individuals that are responsible for them. Therefore, in cases of non-prevention and non-punishment, the *state organs' failure to comply with its obligations* will engage state responsibility. Consequently, in the cases of omissions, state organ's conduct is to be under investigation (usually, under Article 4 of the ILC Articles). Thus, possible actions of a state are to be addressed.

A state's *active participation* in an act of aviation terrorism comes first. In general, the assumption of a *state's control over its officials* constitutes a basis for that state's responsibility [21, p. 56]. Therefore, attribution to a state of the conduct of any state organ (Article 4 of the ILC Articles) is a rule of customary international law [22, p. 202, para. 385].

State organs may be either *de jure* [23, para. 1] or *de facto* [23, para. 2]. While the former are governed by Article 4 of the ILC Articles, the latter is covered by Article 8 (dealing with state's support or control of perpetrators of a terrorist act; that is another type of state action considered below).

In regard to *de jure* state organs, they are individual or collective entities which make up the organization of the State and act on its behalf" [24, p. 31]. Furthermore, as it has been defined in Article 7 of the ILC Articles, a state is responsible for the *ultra vires* conduct (excess of authority or contravention of instructions) of an organ if it acted in an official capacity [4, Article 7]. However, in cases of actions in a purely private capacity state responsibility will not be invoked [24, p. 64].

Nevertheless, in the context of terrorism, *secret service agents act through covert operations*. Therefore, such state organs may appear as nationals engaged in private conduct [10, p. 35] that falls within the "support or control" actions.

In fact, the state's involvement in aviation terrorism through *direction, support or control of private conduct* is a widely discussed and complex aspect of attribution. This situation owes not only to the lack of precisely defined criteria for the attribution of conduct and case-specific circumstances but also to the lowered threshold of control established by the counter-terrorism framework.

In accordance with the customary law of international responsibility and Article 8 of the ILC Articles, *a state is responsible for acts of private individuals if it directed, controlled them* [4, Article 8; 22, pp. 207-208, para. 398], issued instructions to them so that their acts constituted a breach of that state's international obligations [22, p.

207, para. 397]. In this respect, the International Court of Justice (hereinafter – ICJ) and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (hereinafter – ICTY) elaborated on several tests applicable when assessing the degree of state’s control over private actor’s conduct sufficient for the triggering of imputation of responsibility to that state. These are *effective control test* (ICJ, the *Nicaragua* case [6, pp. 64-65, para. 115]) and *overall control test* (ICTY, the *Tadić* case (the *overall control test*) [25, p. 62, para. 145]).

For the purposes of state responsibility, the ICJ in the Bosnia Genocide case has rejected the overall control test as stretching “almost to breaking point” [22, p. 210, para. 406]. The effective control test, in its turn, was considered as a too strict one in the context of terrorism [10, p. 42].

In addition to that, terrorism is *lex specialis* providing that the attribution of acts of terrorism is based on a state’s support, harbouring or tolerating the perpetrators of terrorist acts [23, para. 12]. Hence, the scope of state responsibility for private conduct has broadened significantly [26, p. 83].

It owes to the actions having been undertaken in response to aviation terrorism. Namely, the *threshold of control* formulated for the purposes of the law of state responsibility *has been lowered dramatically*. It is because the extent of permissible action used for combating terrorism depends on the harbouring state’s level of support provided. If there is a mere acquiescence, only actions necessary to deal with the terrorist threat may be undertaken. On the contrary, if there is a provision of significant support, personnel and facilities involved may be subjected to an attack [18, p. 112]. Hence, the lowered standards are of great importance not for the definition of whether private actors were *de facto* agents of a state but rather of state’s complicity in the unlawful conduct [26, p. 89].

This brings us to the consideration of Chapter IV of the ILC Articles on the responsibility of a state in connection with the act of another state. In particular, if there are aid, assistance, direction, control over the commission of an internationally wrongful state, or coercion, a state doing that will be held responsible [4, Articles 16-18]. The relaxed standards bring state’s complicity in private conduct into proximity with that one in public conduct (that is, in accordance with the Articles 16-18 of the ILC Articles, significantly rank below the private one in hardness). Thus, there is a recast of private conduct [26, p. 90].

Following the explosion of Pan Am Flight 103 over Lockerbie (Scotland), the United Kingdom, the US and France made a declaration submitting that state responsibility should take place where a state has directly or indirectly participated in terrorist actions. By indirect participation they meant “*harbouring, training, providing facilities, arming or providing financial support, or any form of protection*” (emphasis added) [27, p. 3].

The UNSC upheld this vision and stressed that “those responsible for *aiding, supporting or harbouring* the perpetrators, organizers and sponsors of these [terrorist attacks] acts will be held accountable” (emphasis added) [28, p. 1, para. 3]. Albeit the Resolution cited provides no information regarding the types of

personalities that may be brought to justice, to our mind, states are implied to be responsible.

Thus, the framework of international terrorism has been formulating its own “*harbour or support*” rule [26, p. 92] for the attribution of terrorist act conducted by private actors to a state.

In the context of aviation terrorism, states may also *acknowledge and adopt someone’s conduct* (governed by Article 11 of the ILC Articles); some *insurrectional movements* that are to *become new governments of states or new states* may also acknowledge and adopt private conduct (Article 10 of the ILC Articles allows attribution of such conduct to a state).

Furthermore, when responding to terrorism and setting the counter-terrorism framework, states may *adopt excessive measures*. They influence human rights through the *criminalization of some legitimate activities* (expressions of opinion, lawful protests), *prevention* (use of force by law enforcement officers), *restrictions*. Moreover, issues of insurance of fair trial and protection of human rights during *prosecution* and *detention* (for instance, cases of indefinite incarceration of suspects, disregard of normal standards of proof in criminal proceedings, sanctioning of use of brutal interrogation techniques) are subjects of concern [29, pp. 95–96]. Excessive counter-terrorism measures, therefore, might threaten democracy [30, p. 81] and affect both human rights and the rule of law.

Hence, the issue of the state’s excess of powers should be reviewed in the framework of *international human rights law*. Thus, a state is to be responsible under the rules of international human rights treaties and international mechanisms for the protection of human rights. They stand out of counter-terrorism framework and, consequently, are not covered by the present article.

Finally, we would like to briefly outline the key ways of implementation of state responsibility.

Albeit *state responsibility does not depend on its invocation*, injured states may undertake actions to secure the performance of the obligations of cessation and reparation from the responsible state [31, p. 254]. To this end, they are allowed to invoke responsibility and/or to refer to countermeasures.

*The invocation of responsibility* takes a form of a *response to an internationally wrongful act*. It may comprise of a mere *reminder* of the need of the fulfilment of an obligation (in forms of protest, consultations), or an *official notice of a claim* to the responsible state [24, p. 280] with the specification of the conduct in question that should be taken and possible forms of reparation [4, Article 43].

Moreover, injured states can settle the dispute by peaceful means. For instance, the compromissory clauses of the counter-terrorism conventions’ on civil aviation listed above do hold the dispute settlement power in either reference to negotiations of submission the case to arbitration or, if the arbitration fails within six months, no the International Court of Justice (Convention on Offences and Certain Other Acts Committed On Board Aircraft (1963) – Article 24(1); Convention on the Suppression of Unlawful Acts Relating to International Civil Aviation (2010) –

Article 20(1), etc.). In addition, states may raise questions of aviation terrorism before the International Civil Aviation Organization (ICAO).

The ICJ has put an emphasis on “the right, and indeed the duty” to respond to acts of violence against its population within norms and principles of international law [32, p. 195, para. 141]. By this, it reaffirmed the opportunity to refer to *countermeasures*. Strictly speaking, there are several types of such measures: measures under general international law and measures under secondary rules on state responsibility.

*General international law provides retorsions* as lawful measures (for example, the suspension of air services agreements between the Bonn Declaration participants and Afghanistan (within the terms of that agreements) is a retorsion referred to in response to Afghanistan’s refusal to extradite hijackers of the Pakistan International Airline (PIA) flight in 1981 [10, p. 193–196]), *self-defence* (one of the most remarkable illustrations of the use of force addressing aviation terrorism is the United States’ recourse to the use of force in response to international terrorism after the 9/11 attacks) and the *UNSC’s enforcement* (for instance, the UNSC had established a sanctions regime for Al-Qaida and the Taliban by Resolution 1267 (1999)).

*Measures under secondary rules on state responsibility*, in their turn, are addressed in the ILC Articles (Article 22 and Chapter II of Part Two). They provide criteria that should be met in order for the conduct to be recognized as a countermeasure (and, hence, the conduct, which would otherwise be in breach of the international obligations of the State concerned, *in that case would be lawful*). In particular, 1) *proportionate* [33, p. 56, para. 85; 4, Article 51] countermeasures should be adopted 2) *responding to a previous internationally wrongful act* of another State and 3) *directed against it* [33, pp. 55–56, para. 83; 4, Article 49(1)] 4) *after* the call upon an offender to discontinue the wrongful conduct or to make reparation for it [33, p. 56, para.84; 4, Article 52(2)]. They do not terminate or suspend treaty relations between the parties concerned [24, p. 305; 4, Article 49(3)]. Thus, as soon as the State responsible for an internationally wrongful act has complied with its obligations, the countermeasures should be ceased [4, Article 53].

For example, In the case of the Rome and Vienna attacks in 1985 year, the United States (as an injured state) imposed on Libya (believed of having provided support for the attacks and sanctuary to terrorists) countermeasures in the form of economic sanctions: prohibition of trade and certain business transactions with Libya by US persons, a freeze on the Libyan Government’s assets. These measures were contrary to the agreements between the states and, thus, were countermeasures [10, pp. 198–199].

**Conclusions.** To sum up, bringing to justice states involved in international terrorism in aviation sphere is a real deterrent to the process of spreading of this crime over the world. In that respect, both primary and secondary rules on state responsibility are significant: the former provides a framework for states’ actions, the latter prescribes consequences of actions breaching international obligations of states. The article addressed the key principles and concepts necessary for and delineated ways of the implementation of state responsibility for aviation terrorism.

**References:**

1. Dawson, H.G. (1987). Civil Aviation, Hijacking and International Terrorism – an Historical and Legal Review. *Aeronautical Journal*, vol. 91, issue. 902, 51–63.
2. UN Security Council Resolution 2178 (September 24, 2014), UN Doc S/RES/2178.
3. Antypenko, V.F. (2010). Антипенко В., Mizhnarodna Kryminalna Yustytsiia v Sferi Borotby z Teroryzmozom. *Naukovyi Visnyk Instytutu Mizhnarodnykh Vidnosyn NAU*, vol. 1, issue 1, 84–90 [in Ukrainian].
4. Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, UNGA Res 56/83 (12 December 2001) (adopted without vote) UN Doc A/RES/56/83.
5. Fassbender, B. (2009). *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
6. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA)* (Merits) [1986] ICJ Rep 14.
7. UNGA Res 2625 (XXV) ‘Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations’ (adopted without vote) (24 October 1970) UN Doc A/RES/25/2625.
8. UNSC Res 748 (31 March 1992) UN Doc S/RES/748.
9. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* (Judgment) [2005] ICJ Rep 168.
10. Trapp, K.N. (2011). *State Responsibility for International Terrorism*. Oxford: Oxford University Press.
11. UNGA Res 3314 (XXIX) ‘Definition of Aggression’ (adopted without vote) (14 December 1974) UN Doc A/RES/3314.
12. Sayapin, S.V. (2014). *The Crime of Aggression in International Criminal Law: Historical Development, Comparative Analysis and Present State*. Tashkent: Asser Press.
13. Kasyniuk, I.V. (2015). Kolizii Pravovoho Rehuliuвання Mizhnarodnoi Vidpovidalnosti Derzhav Za Vchynennia Aktu Ahresii. *Naukovyi Visnyk Uzhorodskoho Natsionalnoho Universytetu*, vol. 34, issue 3, 141–143 [in Ukrainian].
14. *Corfu Channel case (UK v. Albania)* (Judgment) [1949] ICJ Rep 4.
15. Becker, T. (2006). *Terrorism and the State: Rethinking Rules of State Responsibility*. Portland: Hart Publishing.
16. UNSC Res 1373 (28 September 2001) UN Doc S/RES/1373.
17. Maogoto, J. (2003). War on the Enemy: Self-Defence and State-Sponsored Terrorism. *Melbourne Journal of International Law*, vol. 4, issue 2, 1–48.
18. Travalio, G., Altenburg, J. (2003). Terrorism, State Responsibility, and the Use of Military Force. *Chicago Journal of International Law*, vol. 4, issue 1, 97–119.
19. Proulx, V.-J. (2012). *Transnational Terrorism and State Accountability: a New Theory of Prevention*. Oxford, Portland: Hart Publishing.
20. United Nations Office on Drugs and Crime (2009). *Handbook on Criminal Justice Responses to Terrorism*. Vienna: UNODC.
21. Kok, E. (2018). *Indirect Responsibility in the Contemporary Law of State Responsibility*. Rotterdam: Profrock Publishing.
22. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* (Judgment) [2007] ICJ Rep 43.
23. Palchetti, P. (2017). De Facto Organs of a State. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. URL: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1394>.
24. *Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (2012). New York: United Nations.
25. Tadić Case (Judgment) ICTY-94-1-A (15 July 1999).
26. Jinks, D. (2003). State Responsibility for the Acts of Private Armed Groups. *Chicago Journal of International Law*, vol. 4, issue 1, 83–97.

27. UNGA, 'Letter Dated 20 December 1991 from the Permanent Representatives of France, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the United States of America to the United Nations Addressed to the Secretary-General' (31 December 1991) UN Doc A/46/828
28. UNSC Res 1368 (12 September 2001) UN Doc S/RES/1368.
29. United Nations Office on Drugs and Crime (2009). *Frequently Asked Questions on International Law Aspects of Countering Terrorism*. Vienna: UNODC.
30. Jaishankar, J., Ronel, N. (2013). *Global Criminology: Crime and Victimization in a Globalized Era*. Boca Raton: CRC Press.
31. Crawford, J. (2002). *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press.
32. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion) [2004] ICJ Rep 136.
33. *Gabčikovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia) (Judgment) [1997] ICJ Rep 7.

**Трагнюк О. Я.**, кандидат юридических наук, доцент кафедры права Европейского Союза, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.  
e-mail : otrag@ukr.net ; ORCID 0000-0002-4505-8105

**Голик Ю. О.**, студентка 6 курса международно-правового факультета, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.  
e-mail : holik.yuliia@gmail.com

#### **Привлечение государств к ответственности за авиационный терроризм**

*В статье рассматриваются особенности привлечения государств к ответственности за их причастность к терроризму в сфере гражданской авиации. Определяются и анализируются основные обязательства, налагаемые на государства в вопросах, связанных с авиационным терроризмом, характерные особенности присвоения акта авиационного терроризма государству и способы осуществления ответственности государства.*

**Ключевые слова:** международный терроризм; авиационный терроризм; терроризм в сфере гражданской авиации; международная ответственность государств; нарушения международных обязательств государства; присвоение международно-противоправных деяний государству; имплементация международной ответственности государства.

**Рекомендоване цитування:** Tragniuk O. Y., Holik Y. O. Bringing states to justice for aviation terrorism. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 145. С. 244–255. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.167073>.

**Suggested Citation:** Tragniuk, O.Y., Holik, Y.O. (2019). Bringing states to justice for aviation terrorism. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 145, 244–255*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.167073>.

*Надійшла до редколегії 15.05.2019 р.*



**Шкурко Владислав Ігорович,**  
аспірант кафедри права Європейського Союзу,  
Національний юридичний університет  
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків  
e-mail: v.schurko8883@gmail.com  
ORCID 0000-0002-0236-3310

doi: 10.21564/2414–990x.145.163662  
УДК 341.1(4–672ЄС):336.2–027.581

## ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СПІВРОБІТНИЦТВА ДЕРЖАВ–ЧЛЕНІВ ЄС З ПРОТИДІЇ ЛЕГАЛІЗАЦІЇ ДОХОДІВ, ОТРИМАНИХ ЗЛОЧИННИМ ШЛЯХОМ

*Проаналізовано історію становлення та розвитку правового регулювання співробітництва держав-членів ЄС з протидії легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом. Констатовано, що правова регламентація діяльності ЄС у сфері боротьби з брудними грошима розвивалася на основі правового доробку, що сформований і продовжує розвиватися на універсальному міжнародно-правовому рівні та у межах Ради Європи. При цьому особливості права ЄС у сфері, що досліджується, зумовлені необхідністю забезпечення нормального функціонування спільного ринку та захисту інтересів усіх його учасників.*

**Ключові слова:** легалізація доходів, отриманих злочинним шляхом; транснаціональні злочини; відмивання «брудних» грошей; Європейський Союз; директиви ЄС.

**Шкурко В. І.,** аспірант кафедри права Європейського Союзу, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна, г. Харків.  
e-mail : v.schurko8883@gmail.com ; ORCID 0000-0002-0236-3310

**История становления и развития правового регулирования сотрудничества государств-членов ЕС по противодействию легализации доходов, полученных преступным путем**

*Проанализирована история становления и развития правового регулирования сотрудничества государств-членов ЕС по противодействию легализации доходов, полученных преступным путем. Констатируется, что правовая регламентация деятельности ЕС в сфере борьбы с грязными деньгами развивалась на основе правового наследия, которое сформировалось и продолжает развиваться на универсальном международно-правовом уровне и в рамках Совета Европы. При этом особенности права ЕС в исследуемой сфере обусловлены необходимостью обеспечения нормального функционирования общего рынка и защиты интересов всех его участников.*

**Ключевые слова:** легализация доходов, полученных преступным путем; транснациональные преступления; отмывание «грязных» денег; Европейский Союз; директивы ЕС.



**Постановка проблеми.** Сьогодні у світі в умовах процесу глобалізації транснаціональна злочинність набуває нових форм. Одночасно спостерігається удосконалення способів скоєння злочинів та методів приховування їх негативних наслідків. Розвиток новітніх технологій, зокрема, призвів до появи таких правопорушень, що пов'язані з використанням у злочинних цілях сучасних комунікацій, які активно застосовують у своїй діяльності як окремі злочинці чи їх групи, так і транснаціональні злочинні корпорації (далі – ТНЗК). Серед таких злочинних дій, методи і способи скоєння яких зазнали суттєвого впливу наукового прогресу, є і легалізація доходів, отриманих незаконним шляхом (відмивання брудних грошей)

За оцінками деяких експертів, у законний фінансовий обіг транснаціональні злочинні корпорації реінвестують від 500 до 1,5 трлн дол. США щороку, отриманих протиправним шляхом. І такий обсяг коштів, що мають нелегальне походження, вже, безумовно, привертає увагу усієї світової спільноти, оскільки він становить майже 5 % світового валового продукту. Для Європейського Союзу проблема протидії транснаціональній злочинності, і зокрема такому виду злочинів міжнародного характеру, як легалізація доходів, отриманих незаконним шляхом, також є надзвичайно актуальною. ЄС є одним із найпотужніших економічних гравців на світовій арені. Тут сконцентровано 22 % усього світового валового внутрішнього продукту, Європейський Союз є найбільшим експортером і другим за величиною імпортером у всьому світі. За поточний рік економіка Європейського Союзу у середньому зросла на 1,9 %, всупереч процесу BREXIT, який триває з 2016 року, вона стабільно зростає. Наприклад, ВВП на душу населення за розрахунками World Economic Outlook<sup>1</sup> у Люксембурзі станом на жовтень 2018 р. сягнув 110,870 тис. дол., друге місце займає Ірландія з показником в 79,925 тис. дол., у цілому у державах-членах ЄС у середньому вона складає 45,5 тис. дол. [1]. Тут зосереджена одна п'ята усіх світових капіталів та діє значна кількість світових транснаціональних корпорацій (ТНК). А отже, і ризик поширення вказаного виду протиправних дій є високим. Очевидно, держави самотужки нездатні вести боротьбу із цими негативними явищами, тому важливого значення набуває саме міжнародна співпраця у сфері, що досліджується.

Аналіз становлення правового регулювання співробітництва держав-членів Європейського Союзу з протидії легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом, є надзвичайно актуальним, оскільки дає можливість прослідкувати еволюцію такої співпраці та шляхи удосконалення форм і механізмів колективної діяльності держав у цій сфері, які одночасно можуть стати взірцем кращих практик, спрямованих на підвищення ефективності як національних заходів із боротьби з відмиванням «брудних» грошей, так і тих, які можуть бути застосовані у інших регіональних утвореннях.

<sup>1</sup> World Economic Outlook (WEO) – це дослідження, яке проводиться і публікується Міжнародним валютним фондом двічі на рік, частково оновлюються також двічі на рік. Цей аналіз зображує світову економіку з прогнозами на період до чотирьох років у майбутньому. Прогнози WEO включають ключові макроекономічні показники, такі як ВВП, інфляція, поточний рахунок і бюджетний баланс, більш ніж 180 країн світу.

**Аналіз останніх досліджень.** Проблемою протидії легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом, та історією становлення розвитку міжнародного співробітництва, зокрема і в ЄС, у боротьбі з відмивання брудних грошей (money laundering) в різний час займалися представники різних наук. Серед них як вітчизняні (К. В. Бисага, О. О. Дудоров, О. В. Київець, І. Б. Кудас, І. М. Осика, С. А. Буткевич, Є. І. Рибинський, А. І. Музика), так і зарубіжні вчені (Є. У. Савона (E. U. Savona), В. С. Савіна, Р. Джеффрі (R. Jeffrey), Джон Т. Лінч (John T. Lynch), Леонардо Борліні (Leonardo Borlini), Франческо Монтанаро (Francesco Montanaro)). У своїх роботах вони торкалися досить широкого кола проблем, пов'язаних із протидією цьому негативному суспільному явищу: від власне питань становлення та розвитку міжнародних стандартів боротьби з різними, зокрема економічними злочинами, статусу та функціонуванню сучасних національних та міжнародних механізмів протидії відмиванню «брудних» грошей до конкретних заходів та методів, які застосовуються у сфері запобігання і боротьби з легалізацією коштів, отриманих незаконним шляхом. При цьому спеціальних досліджень, присвячених історії становлення та розвитку правового регулювання співробітництва держав-членів ЄС з цієї проблематики не проводилося.

**Метою статті** є аналіз розвитку правового регулювання співробітництва держав-членів Європейського Союзу у сфері протидії відмиванню «брудних» грошей та встановлення особливостей регламентації боротьби з цим явищем у ЄС у світлі розвитку сучасних методів скоєння транснаціональних злочинів.

**Виклад основного матеріалу.** Протидія відмиванню «брудних» грошей як негативному соціальному явищу, що підриває як національні економіки, так і усю систему міжнародних відносин і має сьогодні глобальний характер, потрапила у фокус спільних інтересів держав світу та окремих регіонів досить недавно. Хоча сам термін виник ще на початку минулого століття. Існує думка, що у 20-х роках ХХ ст. у США у зв'язку з прийняттям «сухого закону», який забороняв вільний продаж алкогольних напоїв, мафія розпочала контрабандний продаж алкогольних напоїв, отримуючи при цьому надприбутки, а отримані злочинним шляхом кошти вкладали у мережу пралень. Тож після такої операції ці кошти отримували легальний статус, а такого роду операції отримали образно-символічну назву «відмивання брудних грошей» [2; 3]. Однак американський автор Джефрі Робінсон вважає, що це не зовсім правильне твердження. Він зазначає, що термін «відмивання грошей» вперше був вжитий британською газетою «The Guardian» під час уотергейтського скандалу в зв'язку з незаконним фінансуванням виборчої кампанії Річарда Ніксона [4, с. 24].

Згодом із поглибленням процесів інтернаціоналізації світових ринків, поряд з безпрецедентним технічним прогресом та розвитком глобалізації, легалізація коштів отриманих злочинним шляхом вже набула розмірів загальносвітової проблеми. Поряд із стрімким зростанням кількості транскордонних фінансових транзакцій такий стан речей призвів до усвідомлення міжнародною спільнотою необхідності підвищення рівня безпеки міжнародної економічної системи та усіх

міжнародних відносин. Нині учасники бізнесу вже можуть переводити величезні суми грошей з однієї країни в іншу простим клацанням комп'ютерної миші, ця проблема вже стала нести загрозу планетарного масштабу. Саме відмивання «брудних» грошей дає можливість транснаціональним злочинним корпораціям (далі ТНЗК) реінвестувати свої злочинні кошти у легальні сектори економік держав усього світу, виходячи при цьому з тіні нелегальних гравців. На цьому тлі національні правоохоронні органи часто не справляються зі злочинами, які мають транскордонний вимір. Тож не дивно, що звичайні «відмивачі» грошей не зустрічають перешкод при використанні лазівок у національних юрисдикціях, при цьому завдаючи шкоди не тільки економіці окремої держави, а й світовій економічній системі загалом. Капіталізація деяких ТНЗК інколи навіть перевищує бюджети деяких країн світу, і вже цей один факт має привертати увагу світової спільноти. Тому на самому початку боротьби з відмиванням брудних грошей саме на національному рівні у окремих державах відбулося усвідомлення серйозності проблеми легалізації коштів, отриманих злочинним шляхом, та, відповідно, створювалися певні інструменти протидії цьому негативному явищу. Вважається, що першим національним органом, завданням якого була боротьба з відмиванням нелегальних прибутків, була створена у 1970 р. законом про банківську таємницю (Bank Secretary Act – BSA) «Мережа попередження фінансових злочинів» (Financial Crimes Enforcement Network – FinCEN), яка підпорядковувалася міністерству фінансів США [5, с. 70]. Свої повноваження Мережа почала здійснювати лише у 1986 р. Досвід США був перейнятий і іншими державами, в яких також почали створюватися національні органи, основним завданням яких стала відповідна діяльність. Такі органи отримують назву «підрозділи фінансових розвідок» [6; 7, с. 64].

Першим документом, в якому закріплювалися окремі норми щодо протидії відмивання (легалізації) доходів, отриманих злочинним шляхом, на міжнародному рівні стала Конвенція ООН «Про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин» (Віденська конвенція), прийнята 20 грудня 1988 р. [8]. Цей документ має надзвичайно важливе значення для держав, що приєдналися до нього. Відповідно до п.п. (1) і (2) ст. 5 (Конфіскація) Конвенції встановлюється право компетентних органів держав визначати, передбачати, заморожувати або заарештовувати злочинні доходи, які були отримані від незаконного обігу наркотичних засобів та психотропних речовин, з метою їх подальшої конфіскації. Також важливо зазначити, що відповідно до п.п. (4) ст. 5 Конвенції сторони прагнуть укладати двосторонні і багатосторонні договори, угоди або домовленості для підвищення ефективності міжнародного співробітництва з протидії легалізації коштів, отриманих злочинним шляхом на виконання цієї статті. Прийнято вважати, що саме Віденська конвенція стала початком формування міжнародно-правової основи з протидії легалізації «брудних» грошей на універсальному рівні, оскільки саме після прийняття Віденської конвенції Генеральна Асамблея ООН ухвалює Резолюцію 1998 р., яка впроваджувала програму по боротьбі з відмиванням «брудних» грошей (Global

Programme Against Money Laundering-GPML) [9; 10], а також Конвенцію про боротьбу з фінансуванням тероризму (ICERD) 1999 р. [11] та Конвенцію ООН проти транснаціональної організованої злочинності 2000 р. [12].

Також 12.12.1988 р. керівники центральних банків Великої сімки (G-7)<sup>1</sup> ухвалили Декларацію Базельського комітету «Про принципи регулювання роботи банків, здійснення практичного контролю за їх діяльністю та попередження кримінального використання банківських схем для «відмивання грошей» [13]. У ній були визначені принципи, яких слід дотримуватися у банківській системі. Банки повинні встановлювати особу клієнта, неухильно виконувати усі закони і нормативні акти у галузі фінансових операцій та відмовитися брати участь в угодах, які викликають підозри і можуть мати на меті відмивання грошей, співпрацювати з правоохоронними органами, але у межах, які допускаються документами про конфіденційність клієнта.

У 1989 р. на Паризькому саміті Великої 7 (G-7) державами-учасницями було прийнято рішення про створення міжнародного органу, який міг би здійснювати протидію відмиванню «брудних» грошей. Цим ключовим міжнародним органом, який розробляє світову політику боротьби з легалізацією коштів, набутих злочинним шляхом, та сприяє її виконанню на міжнародному, регіональному і національному рівні, став FATF<sup>2</sup>. На виконання цього завдання у 1990 р. FATF були розроблені 40 Рекомендацій, що є визнаним набором мінімальних міжнародних стандартів, які мають знайти своє відображення у національних законодавствах країн і застосування яких є необхідним для успішної протидії відмиванню «брудних» грошей [14]. Ця подія стала важливим кроком міжнародного співтовариства у напрямку розвитку міжнародного співробітництва у боротьбі з легалізацією коштів, отриманих злочинним шляхом. FATF тісно співпрацює з ОЕСР<sup>3</sup> (The Organization for Economic Co-operation and Development – OECD).

Ініціативи саміту 1989 р. були підтримані й низкою впливових міжнародних організацій, таких як ООН, МВФ, Світовий банк. З цього моменту договоріне

---

<sup>1</sup> G-7 – (англ. Group of Seven) Міжнародний клуб Урядів семи високорозвинених країн світу (США, Японія, Німеччина, Велика Британія, Франція, Італія, Канада), лідери цих країн регулярно зустрічаються для обговорення спільних економічних проблем намагаються узгоджувати свою економічну політику.

<sup>2</sup> FATF – (англ. Financial Action Task Force) є міждержавним органом, завданнями якого є встановлення стандартів та сприяння ефективному впровадженню правових, регулятивних та оперативних заходів для боротьби з відмиванням коштів, фінансуванням тероризму та іншими супутніми загрозами цілісності міжнародної фінансової системи. Наразі ця організація складається з 36 держав і 2 регіональних організацій, що представляють більшість найбільших фінансових центрів у всіх частинах земної кулі.

<sup>3</sup> Організація Європейського Економічного Співробітництва (ОЕСЕК) була створена в 1948 р. для запуску фінансованого Плану Маршала, щодо реконструкції Європейського континенту, який постраждав від Другої світової війни. 14 грудня 1960 р. Канада та США приєдналися до членів ОЕСЕК і підписали нову Конвенцію ОЕСР від 30 вересня 1961 р. Коли Конвенція набула чинності, офіційно була створена Організація економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР).

та інституційне міжнародне співробітництво у питанні протидії відмиванню «брудних» грошей починає активно розвиватися<sup>1</sup>. Результатом цього стало запровадження різноманітних спеціальних програм, формування юридично обов'язкових правил поведінки, які були відображені у договорах, а також ухвалення вже згаданих 40 Рекомендацій. Саме Рекомендації у подальшому вплинули на зміст нормативних актів ЄС стосовно боротьби з легалізацією коштів, отриманих злочинним шляхом, та правового регулювання співробітництва держав-членів ЄС у цьому питанні.

Важливу роль у розвитку міжнародних стандартів протидії відмиванню брудних грошей відіграє і Рада Європи, в межах якої на регіональному рівні сформувалися власні організаційно-правові механізми у відповідній сфері.

Заходам, які спрямовані на боротьбу з легалізацією коштів, отриманих злочинним шляхом, застосовуються у Раді Європи з метою захисту демократії, законності, стабільності економічної системи та міжнародних відносин. У 1977 р. Європейський Комітет проблем злочинності Ради Європи прийняв важливе рішення про заснування Комітету експертів для вивчення серйозних проблем, що виникають у багатьох країнах у зв'язку з результатом незаконного переміщення грошей, які отримувалися нелегальним шляхом і у подальшому використовувалися для вчинення нових злочинів. Результатом роботи Комітету стало прийняття низки ключових конвенцій і рекомендацій. Зокрема, 08.11.1990 р. була прийнята Страсбурзька конвенція про відмивання, пошук та арешт доходів від злочинної діяльності [15]. Саме у цій Конвенції були закладені основоположні принципи протидії легалізації коштів, отриманих злочинним шляхом, на яких повинна ґрунтуватися вказана діяльність. Конвенція 1990 р. зберігала та розвивала всі цінні досягнення вищезгаданої Конвенції ООН «Про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин». Європейська конвенція уособлювала у собі ті фундаментальні, системні та термінологічні підходи, що були закріплені у Конвенції ООН 1988 р., й одночасно модифікувала, конкретизувала та удосконалювала їх. Документ Ради Європи містив більш конкретні та суворі зобов'язання ніж ті, які були зафіксовані у Конвенції ООН.

Стосовно держав-членів ЄС, то необхідно підкреслити, що вони брали активну участь у розробці більшості міжнародних і регіональних інструментів щодо боротьби з відмиванням «брудних» грошей, отриманих злочинним шляхом. У свою чергу в рамках міждержавного утворення, що має риси наднаціональності, розвивалася і своя власна система правової регламентації боротьби з легалізацією «брудних» грошей. З самого початку створення Європейських співтовариств (1951 та 1957 рр.) питання боротьби зі злочинністю не входило до предмета відання цих організацій. Співпраця у боротьбі зі злочинністю в рамках ЄС активно розвивається з середини 1970-х років. З розвитком інтеграції у економічній та політичній сферах приходиться усвідомлення необхідності

<sup>1</sup> У цей період також починають створюватися спеціальні органи, які покликані забезпечувати дотримання взятих на себе державами зобов'язань.

зміцненню внутрішньої безпеки держав-членів, приведенням до єдиних стандартів системи їх правоохоронних органів. Особливу актуальність ці питання набули після ліквідації в 1986 р. митного і прикордонного контролю на кордонах держав-членів ЄС, що стало наслідком прийняття Єдиного Європейського Акта. Цей документ поміж іншим ставив за мету ліквідацію всіх перешкод для руху та переміщення товарів, послуг, громадян, капіталів у межах Співтовариств. У рамках політичних домовленостей держави-члени зобов'язувалися також співпрацювати у боротьбі з тероризмом, злочинністю, незаконним обігом наркотиків, розкраданнями творів мистецтва та антикваріату. Проте окремо питання протидії відмиванню брудних грошей у рамках Європейських співтовариств не регулювалося. Однак при цьому питання, які стосувалися протидії злочинності, в тому числі легалізації коштів, отриманих незаконним шляхом, вирішувалися державами-членами у межах Ради Європи, або ж на основі міжнародних договорів, в яких передбачалася більш тісна інтеграція з питань, вже відображених у конвенціях Ради Європи.

У 1991 р. була прийнята Перша Директива<sup>1</sup> Європейської комісії (ЄС) (Директива № 91/3081СЕЕ) про запобігання використанню фінансової системи для відмивання грошей [16]. Ухвалення цього нормативного акта, що є джерелом вторинного права, законодавчим актом ЄС, було спрямовано передусім на забезпечення безпеки спільного ринку, проте одночасно торкалося, хоча і опосередковано, такої чутливої з точки зору збереження суверенітету держав сфери, як боротьба зі злочинністю<sup>2</sup>.

Директива ЄС 1991 р., з одного боку, мала на меті гармонізацію кримінального законодавства держав-членів у сфері, що досліджується. Вона також прагнула запровадити загальні правила широкого спектру адміністративних та фінансових заходів, які покликані перешкодити вступу до легальної економіки доходів, набутих злочинним шляхом. З іншого боку, важливо зауважити, що кінцевою метою цього документа залишається посилення ринкової та економічної інтеграції країн ЄС<sup>3</sup>.

Директива 1991 р. закріплювала положення не лише про доходи, які отримувалися від незаконної торгівлі наркотичними засобами, а ще й прибутки

1 Директива – це вид законодавчого акта ЄС, який приймається інституціями ЄС. Згідно зі ст. 288 Договору про функціонування ЄС на відміну від регламентів, що мають пряму дію і пряме застосування в усіх державах-членах та є обов'язковими в усіх своїх елементах, директиви мають обов'язкову силу лише стосовно результату, котрий повинен бути досягнутий кожною державою-членом, якій вони адресовані. При цьому національні інстанції залишають за собою компетенцію щодо вибору форми та засобу здійснення положень директиви. Директиви зобов'язують держави-члени ввести у своє право однакові норми відповідно до вказівок, що закріплені в її тексті. Держави-члени самі вибирають форму акта, за допомогою якого приписи норм, що закріплені у директивах, вводяться у національні правові системи.

2 Розглядаючи становлення законодавства ЄС щодо контролю за фінансовою системою, слід зазначити, що за свою історію воно зазнало багато змін. З моменту прийняття вказаної вище першої Директиви (№ 91/3081СЕЕ) у рамках ЄС було ухвалено ще 4 Директиви.

3 Сьогодні в ЄС у розробці вже перебуває Шоста Директива (Anti-Money Laundering Directive – AMLD 6) покликана покращити заходи щодо боротьби з відмиванням грошей.

від тероризму та інших видів злочинної діяльності. Директивою покладалися певні обов'язки на європейські фінансові організації (банки і страхові компанії). Зокрема, цим організаціям пропонувалося здійснювати ідентифікацію своїх клієнтів при відкритті ними рахунків. Під особливий контроль з боку фінансових організацій потрапляли будь-які транзакції клієнтів на суму понад 15000 євро. Необхідність цих заходів була викликана бажанням організувати та скоординувати дії держав-членів у сфері боротьби з відмиванням злочинних грошей.

Наступні директиви (а їх було прийнято ще чотири) доповнювали та розширювали дію кожної попередньої. Перша директива втратила чинність після ухвалення другої, як надалі й усі інші. Перша директива вимагала від держав-членів закріпити у своєму національному законодавстві заборону легалізації коштів, отриманих незаконним шляхом. Друга директива 2001/97/ЄС [17] яка була ухвалена 13.11.2001 р. Європарламентом та 19.11.2001 р. Радою ЄС відповідно, доповнювала попередній список злочинів та видів професійної діяльності (зокрема оператори казино, агенти нерухомості, аудиторі, бухгалтери-консультанти, нотаріуси, інвестиційні компанії та структури для здійснення колективних інвестицій тощо), занять щодо яких передбачається обов'язкове інформування влади про підозрілі операції. Директива 2001 р., розширювала коло організацій, працівники яких зобов'язані ідентифікувати клієнта та повідомляти про підозрілі операції, а також після серії катастроф, які сталися внаслідок терористичного акту 11.09.2001 р. в результаті захоплення пасажирських літаків і тарану ними будівель Всесвітнього торгового центру (Нью-Йорк) і Пентагону (Вашингтон), вона посилювала заходи щодо боротьби з фінансуванням тероризму. Третя Директива 2005/60/ЄС, яка була прийнята 26.10.2005 р. Європейським парламентом та Радою ЄС [18], закріплювала на території ЄС нову редакцію Сорока Рекомендацій FATF, затверджених на Берлінському засіданні Групи у червні 2003 р. Документ розширював коло суб'єктів банківської діяльності, які мали ідентифікуватися, та визначала, яка інформація про здійснювані ними операції, повинна повідомлятися, запроваджувала ведення обліку та статистичних даних, встановлювала заборону на відкриття анонімних рахунків, зобов'язувала створювати підрозділи фінансової розвідки у державах-членах ЄС. Ця Директива стала логічним розвитком перших двох Директив, оскільки накопичений досвід показав, що відмивання грошей може відбуватися різними способами. Необхідно вказати на три ключові зміни, які запроваджувала Третя Директива: постійна ідентифікація клієнтів, зокрема і постійних; проведення ризик-орієнтованого підходу перевірки своїх клієнтів; наявність власних механізмів оцінки ризиків. 20.05.2015 р. була ухвалена Четверта Директива 2015/849 [19] про запобігання використанню фінансової системи для відмивання грошей та фінансування тероризму, що припинила дію Директиви 2005/60. Як зазначено в преамбулі Директиви, точна і дійсна інформація про бенефіціарних власників – це ключовий фактор у розшуку злочинців, які можуть приховуватися за корпоративними структурами. Саме тому Четверта Директива вперше зобов'язала держав-членів ЄС створити національні списки,

в які мають внести свої дані кінцевих власників компаній, корпорацій, фондів, що ведуть у цих країнах свій бізнес. Для уникнення корупції серед високопосадовців і чиновників, суддів і депутатів парламенту, членів їх сімей введено нові правила фінансових операцій, які передбачають наявність необхідної документації про їх фінансовий і майновий стан.

П'ята Директива (AMLD5) [20] була прийнята 09.07.2018 р., є цікавою та особливою на тлі решти директив, оскільки вперше запроваджує поняття та положення, які стосуються легалізації злочинних коштів шляхом використання віртуальних валют. Що свідчить про поширення таких правопорушень, особливо за участю транснаціональних злочинних корпорацій (ТНЗК), які активно використовують новітні технології та засоби інформаційних комунікацій. Цікаво також, що коло осіб, за діяльністю яких ведеться моніторинг, охоплює також торговців мистецтвом (зокрема галереї та аукціонні доми). Відповідно до вимог П'ятої Директиви національні реєстри бенефіціаріїв компаній держав-членів ЄС мають бути відкриті до кінця 2019 р. Запроваджується захист інформаторів, які повідомляють про відмивання «брудних» коштів, а також їх право на анонімність. Саме AMLD5 зараз вважається правовою основою для регулювання ринку віртуальних валют у цілях захисту від відмивання «брудних» грошей. Зараз опрацьовується вже Шоста Директива (Anti-Money Laundering Directive – AMDL 6) Європейського Парламенту та Ради ЄС, що свідчить про необхідність посилення протидії відмиванню «брудних» грошей у державах-членах ЄС у зв'язку з удосконаленням цієї протиправної діяльності саме за участю ТНЗК.

**Висновки.** Правове регулювання співробітництва держав-членів ЄС з протидії легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом, з самого початку ґрунтувалося на тому правовому доробку у цій сфері, який був сформований і продовжує формуватися на універсальному міжнародно-правовому рівні та в межах Ради Європи. Проте специфіка регламентації боротьби з відмиванням «брудних» грошей у Європейському Союзі зумовлена як рівнем інтеграції його держав-членів, так і особливостями регулювання тих питань, які є предметом їх спільного інтересу. Створення спільного ринку ще у період існування співтовариств спонукає держав-членів до пошуку оптимальної моделі забезпечення його нормального і безпечного функціонування. Тому не дивлячись на те, що питання боротьби зі злочинністю є переважно компетенцією кожної з держав-членів, і спільне вирішення проблем у цій сфері відбувається з використанням міждержавних методів співпраці, Союз, тим не менше, запроваджує щодо протидії легалізації коштів, отриманих незаконним шляхом, наднаціональне регулювання шляхом ухвалення директив. Наразі прийнято вже п'ять таких актів та ведеться робота над Шостою Директивою. Останні директиви враховують сучасні тенденції злочинів у сфері фінансів, які вчиняються з використанням новітніх технологій та часто-густо за участі транснаціональних злочинних організацій.

#### Список літератури:

1. GDP per capita, current prices // *World Economic Outlook* (October, 2018). International Monetary Fund. URL: <https://www.imf.org/external/datamapper/NGDPDPC@WEO/AZE/GEO>.



2. Прачечные для мафии. Демпинг от Аль Капоне. *Финансовый директор*. 2013. Июнь (№ 6) (дата звернення: 15.01.2019).
3. Бабій Л. М. Відмивання «брудних» коштів: історія виникнення поняття, нормативне визначення, його сутність і суспільна небезпека. *Фінансовий моніторинг*. 2012. URL: <http://libfor.com/index.php?newsid=1251> (дата звернення: 15.01.2019).
4. Jeffrey Robinson. *The Laundrymen: Inside Money Laundering, the World's Third-largest Business*. Arcade Publishing, 1996. 358 p.
5. Буткевич С. А. Досвід США щодо запобігання та протидії легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом. *Вчені записки Таврійського національного університету імені В. І. Вернадського. Серія «Юридичні науки»*. Т. 21 (60). № 1. 2008. С. 68–74.
6. Буткевич С. А. Міжнародно-правове регулювання боротьби з відмиванням доходів, одержаних злочинним шляхом. URL: <http://radnuk.info/statti/226-admin-pravo/14532-2011-01-18-03-45-59.html> (дата звернення: 17.01.2019).
7. Буткевич С. А. Міжнародно-правовий досвід протидії легалізації «брудних» грошей. *Вісник Національного університету внутрішніх справ*. 2004. Вип. 25. С. 62–66.
8. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин від 20 грудня 1988 р. *Законодавство у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів* : зб. нормат. актів. У 2 ч. Ч. 1. Київ : Київ. нац. ун-т внутр. справ, 2006. С. 191–231.
9. Resolution adopted (S-20/4 D) by the General Assembly: Measures to enhance international cooperation to counter the world drug problem 10.06.1998. URL: <http://www.un.org/documents/ga/res/20sp/a20spr04.htm>.
10. Політична декларація двадцятої спеціальної сесії Генеральної Асамблеї ООН, присвяченої спільній роботі зі світовою проблемою наркотиків, від 10 червня 1998 р. URL: [http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994\\_123](http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_123).
11. Міжнародна конвенція про боротьбу з фінансуванням тероризму від 9 грудня 1999 р. № 995\_518. URL: [http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_518](http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_518).
12. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності : прийнята резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 листопада 2000 р., код акта 35837/2006. *Офіційний вісник України*. 2006. № 14. С. 340. Ст. 1056.
13. Declaration of Principles of the Basel Committee on banking regulations and control practice of international banking community of December 12, 1988. URL: <https://www.bis.org/publ/bcbasc137.pdf>.
14. Сорок рекомендацій Групи з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (FATF) від 25 вересня 2003 р. № 835\_001. *Урядовий кур'єр*. 2003. 25 вересня.
15. Про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом : Конвенція Ради Європи від 8 листопада 1990 р. *Офіційний вісник України*. 1998. № 13. С. 304.
16. Директива Ради 91/308/ЄЕС від 19 червня 1991 року про запобігання використанню фінансової системи для відмивання грошей. URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994\\_148\\_6](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_148_6).
17. Директива 2001/97/ЄС Європейського парламенту і Ради Європейського Союзу, яка вносить зміни в Директиву Ради 91/308/ЄЕС щодо запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання грошей – Декларація Комісії. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/994\\_501](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/994_501).
18. Директива 2005/60/ЄС Європейського парламенту та Ради про запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання коштів та фінансування тероризму. URL: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994\\_774](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_774).
19. Директива (ЄС) 2015/849 Європейського парламенту та Ради від 20 травня 2015 р. про запобігання використанню фінансової системи для відмивання грошей та фінансування тероризму, що вносить зміни до Регламенту (ЄС) № 648/2012 Європейського парламенту та Ради і припиняє дію Директиви 2005/60/ЄС Європейського парламенту та Ради і Директиви Комісії 2006/70/ЄС. URL: [http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site\\_docs/2016/20160516/DIRECTIVE%20\(EU\)%202015\\_UA.htm](http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2016/20160516/DIRECTIVE%20(EU)%202015_UA.htm).
20. Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the

purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU (Text with EEA relevance). *OJ*, L 156, 19.6.2018, p. 43–74.

**References:**

1. GDP per capita, current prices // *World Economic Outlook* (October, 2018). International Monetary Fund. URL: <https://www.imf.org/external/datamapper/NGDPDPC@WEO/AZE/GEO>.
2. Prachechnyye dlya mafii. Demping ot Al Kapone. (2013). *Finansovyy direktor. Iyun (№ 6)* [in Russian]
3. Babii, L.M. (2012). Vidmyvannia «brudnykh» koshtiv: istoriia vynyknennia poniattia, normatyvne vyznachennia, yoho sutnist i suspilna nebezpeka. *Finansovyi monitorynh*. URL: <http://libfor.com/index.php?newsid=1251> [in Ukrainian]
4. Jeffrey Robinson. (1996). *The Laundrymen: Inside Money Laundering, the World's Third-largest Business*/ Arcade Publishing.
5. Butkevych, S.A. (2008). Dosvid SShA shchodo zapobihannia ta protydii lehalizatsii dokhodiv, oderzhanykh zlochynnym shliakhom. *Vcheni zapysky Tavriiskoho natsionalnoho universytetu imeni V. I. Vernadskoho. Seriya «Iurydychni nauky», Vol. 21 (60), 1, 68–74* [in Ukrainian]
6. Butkevych, S.A. Mizhnarodno-pravove rehuliuвання borotby z vidmyvanniam dokhodiv, oderzhanykh zlochynnym shliakhom. URL: <http://radnuk.info/statti/226-admin-pravo/14532-2011-01-18-03-45-59.html>.
7. Butkevych, S.A. (2004). Mizhnarodno-pravovyi dosvid protydii lehalizatsii “brudnykh” hroshei. *Visnyk Natsionalnoho universytetu vnutrishnikh sprav, issue 25, 62–66* [in Ukrainian]
8. Konventsiia Orhanizatsii Obiednanykh Natsii pro borotbu proty nezakonnogo obihu narkotychnykh zasobiv i psykhotropnykh rechovyv vid 20 hrudnia 1988 r.: *zakonodavstvo u sferi obihu narkotychnykh zasobiv, psykhotropnykh rechovyv, yikh analohiv ta prekursoriv: zb. normat. aktiv. (2006)*. (Part 1–2); Part 1. Kyiv: Kyiv. nats. un-t vnutr. sprav, 191–231 [in Ukrainian]
9. Resolution adopted (S-20/4 D) by the General Assembly: Measures to enhance international cooperation to counter the world drug problem 10.06.1998. URL: <http://www.un.org/documents/ga/res/20sp/a20spr04.htm>.
10. Politychna deklaratsiia dvadtsiatoi spetsialnoi sesii Heneralnoi Asamblei OON, prysviachenoj spilnii roboti zi svitovoiu problemoiu narkotyktiv, vid 10 chervnia 1998 r. URL: [http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994\\_123](http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_123) [in Ukrainian].
11. Mizhnarodna konventsiia pro borotbu z finansuvanniam teroryzmu vid 9 hrudnia 1999 r. № 995\_518. URL: [http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_518](http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_518) [in Ukrainian].
12. Konventsiia Orhanizatsii Obiednanykh Natsii proty transnatsionalnoi orhanizovanoi zlochynnosti: pryiniata rezolutsiieiu 55/25 Heneralnoi Asamblei vid 15 lystopada 2000 r., kod akta 35837/2006. (2006). *Ofitsiinyi visnyk Ukrainy, 14, 340, art. 1056* [in Ukrainian].
13. Declaration of Principles of the Basel Committee on banking regulations and control practice of international banking community of December 12, 1988. URL: <https://www.bis.org/publ/bcbsc137.pdf>.
14. Sorok rekomendatsii Hrupy z rozrobky finansovykh zakhodiv borotby z vidmyvanniam hroshei (FATF) vid 25 veresnia 2003 r. № 835\_001. (2003). *Uriadovyi kurier* [in Ukrainian].
15. Pro vidmyvannia, poshuk, aresht ta konfiskatsiiu dokhodiv, oderzhanykh zlochynnym shliakhom: Konventsiia Rady Yevropy vid 8 lystopada 1990 r. (1998). *Ofitsiinyi visnyk Ukrainy, 13, 304* [in Ukrainian]
16. Dyrektyva Rady 91/308/IeES vid 19 chervnia 1991 roku pro zapobihannia vykorystanniu finansovoi systemy dlia vidmyvannia hroshei. URL: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994\\_1486](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_1486) [in Ukrainian].
17. Dyrektyva 2001/97/IeS Yevropeiskoho parlamentu i Rady Yevropeiskoho Soiuzu, yaka vnosyt zminy v Dyrektyvu Rady 91/308/IeES shchodo zapobihannia vykorystanniu finansovoi systemy z metoiu vidmyvannia hroshei: Deklaratsiia Komisii. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/994\\_501](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/994_501) [in Ukrainian].
18. Dyrektyva 2005/60/IeS Yevropeiskoho parlamentu ta Rady pro zapobihannia vykorystanniu finansovoi systemy z metoiu vidmyvannia koshtiv ta finansuvannia teroryzmu. URL: <http://zakon5>.

rada.gov.ua/laws/show/994\_774 [in Ukrainian].

19. Dyrektyva (IeS) 2015/849 Yevropeiskoho parlamentu ta Rady vid 20 travnia 2015 r. pro zapobihannia vykorystanniu finansovoi systemy dlia vidmyvannia hroshei ta finansuvannia teroryzmu, shcho vnosyt zminy do Rehlamentu (IeS) № 648/2012 Yevropeiskoho parlamentu ta Rady i pryypyniaie diiu Dyrektyvy 2005/60/IeS Yevropeiskoho parlamentu ta Rady i Dyrektyvy Komisii 2006/70/IeS. URL: [http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site\\_docs/2016/20160516/DIRECTIVE%20\(EU\)%202015\\_UA.htm](http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2016/20160516/DIRECTIVE%20(EU)%202015_UA.htm) [in Ukrainian].

20. Directive (EU) 2018/843 of the European parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU (Text with EEA relevance). *OJ, L 156, 19.6.2018, p. 43–74.*

**Shkurko V. I.**, Post-graduate Student of the EU Law Department, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail : [vschurko8883@gmail.com](mailto:vschurko8883@gmail.com) ; ORCID 0000-0002-0236-3310

### **History of the formation and development of legal regulation of the EU member states cooperation on combating legalization of illegally obtained incomes**

*The article is devoted to the study of the history of the formation and development of legal regulation of cooperation between EU Member States on combating legalization of illegally obtained incomes (money laundering). Such an analysis is relevant, since it provides an opportunity to follow the evolution of such cooperation and ways to improve the forms and mechanisms of collective activity of states in this area, which can serve as a model for best practices aimed at increasing the efficiency of both national measures to combat money laundering and those which can be applied in other regional institutions. It was stated that the legal regulation of the EU's activities in the field of struggle against "dirty money" developed on the basis of legal developments, which was formed and continues to evolve at the universal international legal level and within the framework of the Council of Europe. It has been found that the specifics of the regulation of the combating money laundering in the European Union are due both to the level of integration of its Member States and to the peculiarities of regulation of issues that are the subject of their common interest. Attention is drawn to the fact that the creation of a common market has encouraged Member States to find an optimal model for ensuring its normal and safe functioning. Therefore, despite the fact that the fight against crime is primarily the competence of each Member State, and the joint solution of problems in this area takes place through the use of intergovernmental methods of cooperation, the Union, nevertheless, introduces in relation to counteracting the legalization of funds obtained illegally, supranational regulation through the adoption of directives. The latest directives take into account current trends in financial crime, committed with the use of the latest technologies and often with the participation of transnational criminal organizations.*

**Keywords:** legalization of illegally obtained incomes; transnational crimes; «money laundering»; European Union; EU AML directives.

**Рекомендоване цитування:** Шкурко В. І. Історія становлення та розвитку правового регулювання співробітництва держав-членів ЄС з протидії легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 145. С. 256–267. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.163662>.

**Suggested Citation:** Shkurko, V.I. (2019). Istoriiia stanovlennia ta rozvytku pravovoho rehuliuвання spivrobitnytstva derzhav-chleniv EU z protydii lehalizatsii dokhodiv, otrymanykh zlochyнным shliakhom [History of the formation and development of legal regulation of the EU member states cooperation on combating legalization of illegally obtained incomes]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 145, 256–267*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.145.163662> [in Ukrainian].

*Надійшла до редколегії 16.04.2019 р.*

# НАШІ ЮВІЛЯРИ



## **ЮВІЛЕЙ ВИДАТНОГО НАУКОВЦЯ, ТАЛАНОВИТОГО КЕРІВНИКА ТА ПЕДАГОГА ЮРІЯ ПРОКОПОВИЧА БИТЯКА**

28 квітня 2019 р. виповнилося 70 років від дня народження видатного науковця, талановитого керівника та педагога, доктора юридичних наук, професора, дійсного члена (академіка) Національної академії правових наук України, першого проректора Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, заслуженого діяча науки і техніки України, лауреата Державної премії України Юрія Прокоповича Битяка.

Юрій Прокопович Битяк народився 28 квітня 1949 р. у селі Березняки Смілянського району Черкаської області. У 1966 р. після закінчення школи працював обліковцем тракторної бригади та заступником бригадира колгоспу у селі Березняки. У 1968–1970 рр. служив у лавах Збройних Сил.

У 1970 р. Ю. П. Битяк вступив до Харківського юридичного інституту (нині – Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого). У період проходження виробничої практики у 1974 р. у прокуратурі Черкаської області був призначений виконуючим обов'язки слідчого, а після закінчення навчання – з липня 1974 р. – слідчим прокуратури Соснівського району міста Черкаси. У цьому ж році вчена рада інституту рекомендувала Юрія Прокоповича до аспірантури, вступні іспити до якої він успішно склав, і у грудні 1974 р. був зарахований до аспірантури Харківського юридичного інституту на кафедру державного і адміністративного права (з 1979 р. – кафедра адміністративного права). З цього часу Юрій Прокопович пов'язав своє життя і діяльність із цим навчальним закладом.

Дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук Юрій Прокопович виконував на кафедрі державного і адміністративного права під науковим керівництвом доктора юридичних наук, професора Ольги Миронівни Якуби.

Із 1978 р. Ю. П. Битяк працює на посаді асистента кафедри. Кандидатську дисертацію на тему «Гарантії забезпечення законності актів органів радянського державного управління» (спеціальність 12.00.02) захищає у 1979 р.

Кафедра адміністративного права, як окрема кафедра, була утворена у 1979 р. Із дня її заснування і до 1990 р. кафедрою керував Герой Радянського Союзу, заслужений діяч науки УРСР, лауреат Державної премії УРСР, доктор юридичних наук, професор Рафаїл Семенович Павловський. Саме в цей час, із 1980 по 1982 р., Юрій Прокопович працював старшим викладачем, а з 1983 р. – доцентом кафедри адміністративного права.

У 1983 р. йому присвоєно вчене звання доцента.

Із 1990 по 2015 р. Ю. П. Битяк очолює кафедру адміністративного права. У 1994 р. відповідно до наказу Вищої атестаційної комісії Юрію Прокоповичу присвоєно вчене звання професора.

У 2006 р. захищає дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Державна служба в Україні: проблеми становлення, розвитку та функціонування» (спеціальність 12.00.07).

З 1998 р. Ю. П. Битяк був директором-організатором, а з моменту утворення (2000) по 2012 р. він очолював Науково-дослідний інститут державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України. Завдяки його зусиллям створено колектив, який має високий науковий авторитет і потенціал.

У грудні 2000 р. Ю. П. Битяк був обраний членом-кореспондентом, а в 2008 р. – академіком Національної академії правових наук України.

З 2007 р. працював в Національному юридичному університеті імені Ярослава Мудрого на посаді проректора з навчальної роботи, а з 2010 р. став першим проректором університету.

Ю. П. Битяк – відомий учений-правознавець. Напрямами його наукових досліджень є проблеми науки управління, адміністративного права, державної служби, правового статусу громадян, забезпечення законності у державному управлінні, адміністративного судочинства тощо.

Окремий напрям наукових досліджень Ю. П. Битяка стосується проблем визначення системи адміністративного права та місця в ній адміністративного судочинства.

Вагомим є особистий внесок Юрія Прокоповича у розробку юридичних аспектів комплексної проблематики процесів розбудови державності в Україні, у дослідження динаміки адміністративно-правових відносин, формування та функціонування системи місцевого самоврядування, у координацію наукових розвідок проблем, що виникають у сферах державного будівництва й місцевого самоврядування.

Науковий доробок Юрія Прокоповича широко відомий не лише в Україні, а й в країнах СНД. Він є автором (співавтором) понад 350 друкованих наукових праць. Серед них: «Конституція України – основа реформування суспільства» (1996), «Державне управління: теорія і практика» (1998), «Виконавча влада і адміністративне право» (2002), «Конституційно-правові засади становлення української державності» (2003), «Державна служба в Україні: організаційно-правові засади» (2005), «Правова культура в умовах становлення

громадянського суспільства» (2007) та ін. Юрій Прокопович керував колективом авторів Науково-практичного коментаря Конституції України, що вийшов друком у 2003 р. За його загальною редакцією у 2009 р. побачив світ другий том «Конституційні засади правової системи України і проблеми її вдосконалення» п'ятитомного видання «Правова система України: історія, стан та перспективи», а у 2013 р. – другий том «Публічно-правова доктрина України» п'ятитомного видання «Правова доктрина України». Юрій Прокопович був співавтором та здійснював загальне редагування чотирьох видань підручника «Адміністративне право України» (2000, 2003, 2004, 2010). Нині готуються до друку нові підручники з адміністративного права та адміністративно-процесуального права також за його загальною редакцією.

Ю. П. Битяк двічі лауреат премії імені Ярослава Мудрого: у 2004 р. у номінації «За видатні досягнення у науково-дослідницькій діяльності з проблем правознавства», а у 2011 р. – «За підготовку й видання підручників для студентів юридичних спеціальностей вищих закладів освіти».

Вагомим є його внесок у розвиток юридичної науки й підготовку науково-педагогічних кадрів. Під безпосереднім керівництвом (консультуванням) Юрія Прокоповича підготовлено 26 кандидатів та 6 докторів юридичних наук.

Важливим напрямком діяльності професора Битяка є його участь у законопроектній роботі. Він брав участь у роботі комісій з підготовки законопроектів України: «Про Конституційний Суд України», «Про державну службу», «Про наукову та науково-технічну діяльність», «Про освіту», «Про вищу освіту», Кодексу загальних правил поведінки державних службовців, Адміністративно-процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та ін. У складі Конституційної Асамблеї Ю. П. Битяк був одним із розробників проекту Конституції України.

Юрій Прокопович є членом редакційної колегії видання «Велика українська юридична енциклопедія» у 20-ти томах, членом редакційних колегій журналу «Право України», академічного збірника наукових праць «Проблеми законності», збірників наукових праць «Щорічник українського права», «Вісник Національної академії правових наук України», «Державне будівництво та місцеве самоврядування».

За плідну науково-педагогічну діяльність у 1999 р. його нагороджено знаком «Відмінник освіти України», у 2003 р. – орденом «За заслуги» III ступеня, Почесною Грамотою Верховної Ради України та ін. У 2007 р. Указом Президента України Юрію Прокоповичу присвоєно почесне звання «Заслужений діяч науки і техніки України», а у 2018 р. його було відзначено державною нагородою – орденом князя Ярослава Мудрого V ступеня.

Ю. П. Битяк нагороджений також багатьма відомчими нагородами.

З нагоди 70-річчя від дня народження Юрія Прокоповича вийшло друком видання «Юрій Прокопович Битяк: творчий шлях, осяяний добротою» (2019). У ньому представлено і сторінки біографії Юрія Прокоповича, і тексти його вибраних праць; у виданні вміщено також численні фотографії, люб'язно

надані для опублікування самим ювіляром та його дружиною – Тамарою Олександрівною.

Юрій Прокопович завдяки своєму професіоналізму, порядності, інтелігентності, доброзичливості та відданості справі здобув великий авторитет серед членів колективів Інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України, Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Національної академії правових наук України й широкої юридичної спільноти. Його шанують студенти, безмежно вдячні йому численні учні.

***Писаренко Надія Борисівна,***

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри адміністративного права,

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого;

***Балакарева Ірина Миколаївна,***

кандидат юридичних наук,

асистент кафедри адміністративного права,

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

*Наукове видання*

**ПРОБЛЕМИ  
ЗАКОННОСТІ**

**PROBLEMS  
OF LEGALITY**

**ПРОБЛЕМЫ  
ЗАКОННОСТИ**

**Збірник наукових праць**

**Випуск 145**

Мови видання: українська, англійська, російська

Відповідальний за випуск проф. *А. П. Гетьман*

Редакторка *П. М. Львова*  
Коректорка *Н. Г. Залюбовська*  
Комп'ютерна верстка *А. Г. Якишиної*

Підп. до друку 31.05.2019 р. Формат 70×100 <sup>1</sup>/<sub>16</sub>. Папір офсетний.  
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 21,93. Обл.-вид. арк. 20,9.  
Тираж 300 прим. Зам. № 19-05/3. Ціна договірна.

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого  
Редакційно-видавничий відділ наукових видань  
Україна, 61024, м. Харків, вул. Пушкінська, 77, к. 412  
тел. (057) 704-92-99, 704-89-16  
e-mail: [problzakon@ukr.net](mailto:problzakon@ukr.net) ; сайт: <http://plaw.nlu.edu.ua>

Віддруковано у ТОВ «Оберіг»  
61140, м. Харків, проспект Гагаріна, 62, к. 97.  
Свідоцтво про реєстрацію видавничої діяльності ДК № 3045 від 07.12.2007 р.