

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

Міністерство освіти і науки України

Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого

**ПРОБЛЕМИ
ЗАКОННОСТІ**

**PROBLEMS
OF LEGALITY**

Збірник наукових праць

Випуск 162

Харків
2023

Засновник і видавець: Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Заснований у 1976 р. Виходить 4 рази на рік

Мови видання: українська, англійська

*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 № 2 від 27.09.2023 р.*

Редакційна колегія: *Анатолій Гетьман* – д-р юрид. наук, проф. (відп. ред.); *Дмитро Лученко* – д-р юрид. наук, проф. (заст. відп. ред.); *Олег Шинкарьов* – канд. юрид. наук (відп. секр.); *Ганна Анісімова* – д-р юрид. наук, проф.; *Юрій Барабаш* – д-р юрид. наук, проф.; *Ірина Бойко* – канд. юрид. наук, доц.; *Олег Гіляка* – канд. юрид. наук, доц.; *Микола Інишин* – д-р юрид. наук, проф.; *Арсен Ісаєв* – канд. юрид. наук, доц.; *Людмила Лейба* – канд. юрид. наук, доц.; *Дмитро Лук'янов* – д-р юрид. наук, проф.; *Олена Луценко* – канд. юрид. наук, доц.; *Василь Настюк* – д-р юрид. наук, проф.; *Володимир Ортинський* – д-р юрид. наук, проф.; *Олена Середа* – д-р юрид. наук, проф.; *Іван Тітко* – д-р юрид. наук, проф.; *Сергій Харитонов* – д-р юрид. наук, проф.; *Тетяна Цувіна* – д-р юрид. наук, проф.; *Олександр Частник* – канд. мист., доц.; *Віктор Шевчук* – д-р юрид. наук, проф.; *Іван Яковюк* – д-р юрид. наук, проф.; *Олег Ярошенко* – д-р юрид. наук, проф.

Іноземні члени редакційної колегії: *Вільям Е. Батлер* – д-р права, проф. (США); *Доменік Віті* – доц. (Італія); *Лукаш Груциньський* – д-р філософії, проф. (Польща); *Томас Давуліс* – д-р юрид. наук, проф. (Литва); *Христина Ерміда* – проф. (Іспанія); *Карл Г. Кестнер* – д-р права, проф. (Німеччина); *Герберт Кюппер* – д-р права, проф. (Німеччина); *Роберто Дж. Лерена* – проф. (Аргентина); *Бекім Максумі* – д-р філософії (Північна Македонія); *Снієхоль Матюльєне* – д-р юрид. наук, проф. (Литва); *Роман Мельник* – д-р юрид. наук, проф. (Казахстан); *Маріо Ф. Монте* – д-р права, проф. (Португалія); *Дієго Р. Пізон* – д-р права, проф. (США); *Агне Тваронавічєне* – д-р юрид. наук, проф. (Литва); *Росіо дель Пілар Пенья Хуертас* – д-р права, проф. (Колумбія)

Проблеми законності : зб. наук. праць / відп. ред. А. П. Гетьман. – Харків : Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, 2023. – Вип. 162. – 360 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, міжнародного 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 проводить 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.

Founder and publisher: Yaroslav Mudryi National Law University

Founded in 1976. Published 4 times per year

Language of edition: Ukrainian, English

Certificate of the printed mass medium state registration:

KB No. 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 No. 2, 27.09.2023.

Editorial Team: *Anatolii Getman* – Dr. of Law, Prof. (Editor-in-chief); *Dmytro Luchenko* – Dr. of Law, Prof. (Deputy Editor-in-chief); *Oleg Shynkarov* – Ph.D. in Law (Executive Editor); *Hanna Anisimova* – Dr. of Law, Prof.; *Yurii Barabash* – Dr. of Law, Prof.; *Iryna Boiko* – Ph.D. in Law, Associate Prof.; *Oleh Hyliaka* – Ph.D. in Law, Associate Prof.; *Mykola Inshyn* – Dr. of Law, Prof.; *Arsen Isaiev* – Ph.D. in Law, Associate Prof.; *Liudmyla Leiba* – Ph.D. in Law, Associate Prof.; *Dmytro Lukianov* – Dr. of Law, Prof.; *Olena Lutsenko* – Ph.D. in Law, Associate Prof.; *Vasyl Nastiuk* – Dr. of Law, Prof.; *Volodymyr Ortynskyi* – Dr. of Law, Prof.; *Olena Sereda* – Dr. of Law, Prof.; *Ivan Titko* – Dr. of Law, Prof.; *Sergiy Kharytonov* – Dr. of Law, Prof.; *Tetiana Tswina* – Dr. of Law, Prof.; *Oleksandr Chastnyk* – Ph.D. in Art Criticism, Associate Prof.; *Viktor Shevchuk* – Dr. of Law, Prof.; *Ivan Yakoviyk* – Dr. of Law, Prof.; *Oleh Yaroshenko* – Dr. of Law, Prof.

Foreign Members of the Editorial Team: *William E. Butler* – Dr. of Law, Prof. (USA); *Domenico Viti* – Associate Prof. (Italy); *Łukasz Gruszczyński* – Ph.D., Prof. (Poland); *Thomas Davulis* – Dr. of Law, Prof. (Lithuania); *Cristina Hermida* – Prof. (Spain); *Karl H. Kestner* – Dr. of Law, Prof. (Germany); *Herbert Küpper* – Dr. of Law, Prof. (Germany); *Roberto G. Lerena* – Prof. (Argentina); *Bekim Maksuti* – Ph.D. (North Macedonia); *Sniehole Matiulienė* – Dr. of Law, Prof. (Lithuania); *Roman Melnyk* – Dr. of Law, Prof. (Kazakhstan); *Mario F. Monte* – Dr. of Law, Prof. (Portugal); *Diego R. Pinzon* – Dr. of Law, Prof. (USA); *Agne Tvaronavičienė* – Dr. of Law, Prof. (Lithuania); *Rocno del Pilar Peca Huertas* – Dr. of Law, Prof. (Colombia)

Problems of Legality : Collection of Scientific Works / Editor-in-chief Anatolii Getman. – Kharkiv : Yaroslav Mudryi National Law University, 2023. – Issue 162. – 360 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, international law, criminal and civil procedure, criminology, the struggle with crime.

For researchers, professors, graduate students, students and anyone concerns with legal subject areas.

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 copys 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), «Worldwide Scientific and Educational Library» (USA), Republican Interuniversity Electronic Library (Kazakhstan) et al. Currently, the Editorial team is working on the entry of the collection in Scopus and Web of Science.

Address of the Editorial Team: 77 Pushkinska Str., 61024, Kharkiv, Ukraine
e-mail: problzakon@ukr.net

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

ЗМІСТ

<i>Гетьман А. П., Анісімова Г. В.</i> Кліматичні законодавство і правовідносини: сучасний стан та перспективи розвитку в контексті забезпечення національної безпеки.....	6
<i>Павшук К. О.</i> Електронні технології на виборах та референдумах: теорія і практика.....	38
<i>Гусєв О. Ю.</i> Проблеми запровадження диференційованого підходу до «старих» і «нових» меншин в Україні (<i>англійською мовою</i>).....	55
<i>Кучерявенко М. П., Котенко А. М.</i> До проблеми співвідношення розміру санкцій у режимі досягнення балансу інтересів (на прикладі сплати мита).....	76
<i>Мельник Р. С.</i> Конститутивні ознаки адміністративного акта: критика та аналіз.....	93
<i>Харитонов С. О.</i> Співвідношення колабораційної діяльності та військових кримінальних правопорушень.....	116
<i>Рубащенко М. А.</i> «Колаборація», «колабораціонізм», «співпраця», «колабораційна діяльність»: історичний та кримінально-правовий виміри термінологічного плюралізму.....	131
<i>Капліна О. В., Гетьман Г. М.</i> Проблеми нормативного регулювання слідчих (розшукових) дій, спрямованих на перевірку і уточнення відомостей, одержаних під час досудового розслідування.....	157
<i>Москвич Л. М.</i> Підсилення інституційної незалежності суду в системі євроінтеграційних кроків України.....	179
<i>Зелінська Я. С., Спасенко В. О.</i> Процесуальні перешкоди у справах щодо оскарження рішень, дій, бездіяльності Національного агентства з питань запобігання корупції.....	196
<i>Тарасов О. В.</i> Міжнародна міграційна правосуб'єктність людини: персонологічний вимір.....	218
<i>Гутник В. В.</i> Внесок Герша Лаутерпахта в розвиток міжнародного захисту прав людини.....	239
<i>Гринчак А. А., Гринчак С. В.</i> Права людини в ісламському праві й інтеграція мусульман у європейських державах.....	256
<i>Карнаух Б. П.</i> Суб'єктивна сторона (mens rea) пособництва і підбурювання воєнним злочинам і злочинам проти людяності в контексті американського Закону про деліктні позови іноземців.....	279
<i>Корелова Н. М.</i> Основи правового регулювання статусу почесних консулів.....	297
<i>Філатова-Білоус Н. Ю.</i> Онлайн-платформи і нові виклики для сучасного законодавства про електронну комерцію (<i>англійською мовою</i>).....	312
<i>Вібово А. Д., Кунарті С., Бінторо Р. В.</i> Юридична сила мирових правочинів, укладених нотаріусом із метою врегулювання цивільно-правового конфлікту в Індонезії (<i>англійською мовою</i>).....	330
<i>Деві І. Ц., Нуман А. Х., Рухаєні Н., Хеніарті Д. Д.</i> Локальна робота з патентами: порівняльно-правове дослідження патентного права Європи та Індонезії (<i>англійською мовою</i>).....	345

CONTENTS

<i>Getman, A.P., & Anisimova, H.V.</i> Climate Legislation and Legal Relations: Current State and Development Prospects Within the National Security Framework.....	6
<i>Pavshuk, K.O.</i> Electronic Technologies in Elections and Referendums: Theory and Practice	38
<i>Husiev, O.Yu.</i> Problems of Introducing a Differentiated Approach to "Old" and "New" Minorities in Ukraine.....	55
<i>Kucheriavenko, M.P., & Kotenko, A.M.</i> The Problem of Balancing the Size of Sanctions in Achieving a Balance of Interests (Using the Example of Customs Duties).....	76
<i>Melnyk, R.S.</i> Constitutive Features of Administrative Acts: Criticism and Analysis.....	93
<i>Kharytonov, S.O.</i> Relationship Between Collaborative Activities and Military Criminal Offenses...116	
<i>Rubashchenko, M.A.</i> "Collaboration", "Collaborationism", "Cooperation", "Collaborative Activity": Historical and Criminal Legal Dimensions of Terminological Pluralism.....	131
<i>Kaplina, O.V., & Hetman, H.M.</i> Problems of Normative Regulation of Investigative (Search) Actions Aimed at Verifying and Specifying Information Obtained During the Pre-Judicial Investigation.....	157
<i>Moskvyich, L.M.</i> Strengthening the Institutional Independence of the Court in the System of European Integration Steps of Ukraine.....	179
<i>Zelinska, Ya.S., & Spasenko, V.O.</i> Procedural Obstacles in Cases of Appealing Decisions, Actions, Inaction of the National Agency for on Corruption Prevention.....	196
<i>Tarasov, O.V.</i> Legal Personality in International Migration: the Personological Aspect.....	218
<i>Gutnyk, V.V.</i> Contribution of Hersch Lauterpacht to the Development of International Protection of Human Rights.....	239
<i>Grynchak, A.A., & Grynchak, S.V.</i> Human Rights in Islamic Law and the Integration of Muslims in European Countries	256
<i>Karnaukh, B.P.</i> Subjective Side (Mens Rea) of Aiding and Abetting War Crimes and Crimes Against Humanity in the Context of the Alien Tort Statute.....	279
<i>Korelova, N.M.</i> Fundamentals of Legal Regulation of the Status of Honorary Consuls.....	297
<i>Filatova-Bilous, N.Ju.</i> Online Platforms and New Challenges For Modern Law on E-Commerce.....	312
<i>Wibowo, A.D., Kunarti, S., & Bintoro, R.W.</i> Legal Strength of Peace Deeds Made by Notary in Efforts to Settle Civil Law Conflict in Indonesia.....	330
<i>Dewi, I.C., Nu'man, A.H., Ruhaeni, N., & Heniarti, D.D.</i> Local Working of Patents: a Comparative Study of Europe and Indonesia.....	345

Кліматичні законодавство і правовідносини: сучасний стан та перспективи розвитку в контексті забезпечення національної безпеки

Анатолій Павлович Гетьман*

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна*

**e-mail: prof.getman@gmail.com*

Ганна Валеріївна Анісімова

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна*

Анотація

Статтю присвячено науково-теоретичному аналізу сучасної парадигми розвитку національного кліматичного законодавства і правовідносин в умовах європеїзації. Предмет дослідження становить аналіз міжнародно-правових норм, національного законодавства й судової практики в аспекті адаптації до змін клімату. Мета дослідження полягає в усебічному, комплексному вивченні й аналізі приписів нормативно-правових актів із позицій формування кліматичних правовідносин у контексті забезпечення національної безпеки. Обрана мета обумовила постановку й вирішення таких завдань, як: а) розгляд теоретико-методологічних засад виникнення і становлення кліматичних правовідносин; б) дослідження сучасних положень еколого-правової доктрини з огляду на необхідність адаптації до змін клімату; в) окреслення шляхів удосконалення й подальшої систематизації національного кліматичного законодавства в умовах євроінтеграції та забезпечення сталого розвитку. Методологічну основу дослідження становлять загальнонаукові й спеціальні методи пізнання правових явищ: діалектичний, історико-правовий, формально-логічний, системно-структурний, теоретико-прогностичний, порівняльно-правовий, формально-юридичний, тлумачення правових норм, правового моделювання та ін. Розглянуто особливості становлення кліматичних правовідносин, які тісно пов'язані з екологічними і безпековими правовідносинами, поряд із енергетичними, аграрними та ін. Доведено, що вони поступово формуються і виокремлюються в самостійний міжгалузевий інститут як екологічного, енергетичного, аграрного, права екологічної безпеки, так і міжнародного і права Європейського Союзу, який, імовірно, згодом перетвориться на самостійну галузь публічного права. Акцентовано увагу на тому, що розробка й реалізація національної кліматичної політики (особливо в контексті нормативно-правового забезпечення) повною мірою має відбуватися на

фундаментальних положеннях кліматичної політики Європейського Союзу. Розглянуто питання судового захисту кліматичних прав людини й людства у разі невиконання політико-програмних документів, недотримання міжнародних зобов'язань державою. Окреслено проблеми щодо відшкодування кліматичної шкоди і впливу кліматичних змін на міграційні процеси (кліматична міграція). Аргументовано, що сучасна кліматична політика має вибудовуватися на кроссекторальному рівні задля забезпечення збереження сталості екосистем, ландшафтного й біологічного різноманіття, прискорення переходу до систем енергозбереження з низьким вмістом вуглецю, зменшення залежності від викопного палива, поширення використання відновлюваних джерел енергії, поліпшення енергоефективності, а також підвищення адаптаційного потенціалу природних ресурсів до кліматичних змін.

Ключові слова: екологічна й кліматична безпека; систематизація кліматичного законодавства; кліматичні й екологічні права; охорона і відновлення екосистем; збереження ландшафтного й біологічного різноманіття; еколого- та клімато-правова політика; кліматичне право.

Climate Legislation and Legal Relations: Current State and Development Prospects Within the National Security Framework

Anatolii P. Getman*

*Yaroslav Mudryi National Law University,
Kharkiv, Ukraine*

**e-mail: prof.getman@gmail.com*

Hanna V. Anisimova

*Yaroslav Mudryi National Law University,
Kharkiv, Ukraine*

Abstract

The article is devoted to the scientific and theoretical analysis of the current paradigm of development of national climate legislation and legal relations within the Europeanization framework. The subject of the study is the analysis of international legal norms, national legislation and judicial practice in the aspect of adaptation to climate change. The purpose of the article is to provide a comprehensive, integrated study and analysis of the provisions of legal acts from the standpoint of the formation of climate legal relations in the context of ensuring national security. The chosen goal has led to the setting and solution of such tasks as: a) consideration of the theoretical and methodological foundations of the emergence and formation of climate legal relations; b) study of the current provisions of environmental and legal doctrine with regard to the need for adaptation to climate change; c) outlining the ways to improve and further systematize national climate legislation in the context of European integration and sustainable development. The methodological basis of the study

is formed by general scientific and special methods of cognition of legal phenomena: dialectical, historical and legal, formal and logical, systemic and structural, theoretical and prognostic, comparative legal, formal and legal, interpretation of legal provisions, legal modeling, etc. The author examines the peculiarities of the formation of climate legal relations which are closely related to environmental and security legal relations, along with energy, agricultural, etc. It is proved that they are gradually being formed and distinguished into an independent interdisciplinary institution of environmental, energy, agrarian, environmental security law, as well as international and EU law, which is likely to become an independent branch of public law in the future. The article emphasizes that the development and implementation of national climate policy (especially in the context of regulatory and legal support) should be fully based on the fundamental provisions of the EU climate policy. The author considers the issues of judicial protection of climate human rights and humanity in case of non-fulfillment of policy and program documents and non-compliance with international obligations by the State. The problems of compensation for climate damage and the impact of climate change on migration processes (climate migration) are outlined. It is argued that modern climate policy should be built on a cross-sectoral level to ensure the preservation of ecosystems, landscape and biological diversity, accelerate the transition to low-carbon energy saving systems, reduce dependence on fossil fuels, expand the use of renewable energy sources, improve energy efficiency, and increase the adaptive potential of natural resources to climate change.

Keywords: environmental and climate security; systematization of climate legislation; climate and environmental rights; protection and restoration of ecosystems; conservation of landscape and biological diversity; environmental and climate law policy; climate law.

Вступ

Загально визнано, що однією з умов функціонування і прогресу країни є створення надійної та дієвої нормативно-правової бази. З огляду на це маємо констатувати, що на сучасному етапі розвитку національного законодавства одним із найважливіших завдань влади і суспільства вважається визначення і закріплення правових засад кліматичних відносин, які тісно пов'язані з екологічними й безпековими правовідносинами, поряд із енергетичними, аграрними та ін. Наголосимо, що зараз розроблення національної кліматичної політики (особливо в контексті її юридичного супроводу, а саме нормативно-правового забезпечення) повною мірою має відбуватися на фундаментальних положеннях кліматичної політики Європейського Союзу (далі – ЄС). Незважаючи на мілітарні виклики й загрози, наявність значної кількості проблем у сфері національної безпеки (насамперед таким її складовим, як екологічна, радіаційна, продовольча, енергетична тощо), що загострилися з початком повномасштабного вторгнення російських окупантів, Україна послідовно дотримується всіх міжнародних зобов'язань щодо створення кліматично нейтрального континенту. Наша країна докладает зусиль до виконання власних євроінтеграційних зобов'язань щодо адапта-

ції до зміни клімату, чітко, планомірно й покроково впроваджуючи кліматичну візію в усі національні стратегії соціально-економічного розвитку й програми, тобто узгоджуючи й орієнтуючись на вимоги Паризької угоди, розуміючи при цьому, що їх виконання є надскладним і тривалим процесом. Наведене пояснюється тим, що пріоритетним завданням сьогодення визначено розробку й упровадження секторальної інтеграції кліматичних політик, досягнення їх міжсекторальної узгодженості в усіх галузях української економіки завдяки прийняттю відповідних стратегічних актів, спрямованих на забезпечення прогресу в усіх сферах економіки і життєдіяльності суспільства, отже, й надання їм відповідної правової форми (як-от: доктрина, концепція, стратегія та ін.), а в майбутньому формування кроссекторальної кліматичної політики і прийняття спеціального закону щодо адаптації до зміни клімату. Останнє має сприяти опрацюванню Національного плану відновлення в галузі екологічної безпеки, побудованого на системному підході до імплементації принципів Європейського зеленого курсу (EU Green Deal, далі – ЄЗК).

Заслуговує на увагу й намагання робочої групи Національної ради з відновлення України від наслідків війни сфокусувати підготовлений проєкт Плану відновлення України на інтегрованій кліматичній політиці, запобіганні й адаптації до зміни клімату, екологічній безпеці та ін. [1]. Як показує аналіз змісту документа, саме екобезпекова складова стає прерогативою в сенсі відновлення чистого й захищеного середовища і забезпечення сталого розвитку в синхронізації з ЄЗК. Вважаємо, що в довгостроковій перспективі все це позначиться на правотворчій діяльності у сфері забезпечення продовольчої, енергетичної, біологічної безпеки тощо.

Щодня підвищуються екологічні ризики, збільшуються викиди в атмосферу вуглекислого та інших парникових газів, зростає розмір шкоди, завданої довкіллю. Однак головне те, що важко спрогнозувати, наскільки тяжкими будуть остаточні наслідки для природних екосистем, біологічного й ландшафтного різноманіття, а отже, й екологічного благополуччя населення. Викликає занепокоєння й той факт, що війні дії загострюють проблему глобального потепління через те, що нові небезпечні чинники загрожують стану кліматичної безпеки, прискорюють його погіршення. Зазначене в майбутньому може стати ключовим фактором екологічної або кліматичної міграції.

Не менш значущим і складним є питання щодо відшкодування кліматичної шкоди. Виходячи з цього, воно стоїть на порядку денному світової спільноти, а його вирішення вважається першочерговим завданням. Важливим, на наше переконання, слід визнати і той факт, що загальну підтримку

отримали пропозиції нашої держави зі створення Глобальної платформи для оцінки збитків клімату й довкілля. Водночас на національному рівні серед напрямів, закріплених у Постанові Кабінету Міністрів України «Порядок визначення шкоди та збитків, завданих Україні внаслідок збройної агресії Російської Федерації» від 20.03.2022 р. № 326 [2], не згадується шкода, завдана кліматичним ресурсам, не міститься процедури її визначення починаючи з 19 лютого 2014 р. Звісно, на тлі того, що існує загальне розуміння небезпечності наслідків мілітарного впливу не лише для України, а й для всієї Європи, а також того, що це несе ризики як для нас, так і для майбутніх поколінь через небезпеку наближення глобальної кліматичної кризи, вбачається за доцільне нівелювати цю прогалину.

Не можна оминати й того, що одним з основних висновків Зведеного звіту AR6 Зміна клімату 2023 Міжурядової групи експертів з питань зміни клімату, опублікованого ще у березні 2023 р., визначено необхідність глибоких, швидких, а часом і негайних, і сталих скорочень викидів парникових газів уже цього десятиліття в усіх секторах [3].

Отже, усвідомлюючи підвищення кліматичних ризиків унаслідок воєнних дій, неможливість їх ранжування, для отримання результатів від передбачених заходів передусім варто віднайти дієвий, а головне, адаптований до реалій сьогодення правовий механізм забезпечення не лише екологічної, а й кліматичної безпеки. Ще раз наголосимо, що вказане набуває неабиякої ваги й має стати невідкладним завданням, оскільки, як зауважувалося вище, остаточні наслідки для природних екосистем, ландшафтного й біологічного різноманіття, екологічного благополуччя населення важко спрогнозувати, як і неможливо «остаточно прорахувати розмір екологічної шкоди», отримати «повну картину збитків», заподіяних довкілля, зважаючи на їх тривалість у часі, масштаби, вплив на клімат та ін.

Огляд літератури

Науково-теоретичну базу дослідження становили праці українських вчених, предметом вивчення яких обрано загальні проблеми адаптації до змін клімату, формування екологічної та кліматичної політики, а саме: А. П. Гетьмана [4–6], М. Г. Винярьської [7], В. Л. Качурінер [8], З. Козак [9], Є. М. Копиці [10], О. В. Лозо [11], О. С. Мельник [12], Т. Ю. Перги [13], В. П. Полич [14], К. А. Прохоренко [15], Д. Л. Фелонюк [16], І. В. Яковюка [17] та ін. Крім того, у роботі враховуються досягнення представників зарубіжних наукових шкіл, зокрема N. Jones [18], J. L Reynolds [19], E. Fisher [20] J. Wenta, J. McDonald & J. McGee [21], O. Ammann & A. Boussat [22], B. Mayer [23], M. Bauer Pertille [24], A. Venn [25] та ін.

Однак з огляду на те, що праці дослідників були цілком присвячені вирішенню відповідних наукових завдань, питання адаптації до зміни клімату й формування державної кліматичної політики в умовах воєнного й повоєнного відновлення, становлення кліматичних правовідносин, захисту кліматичних прав розглядалися побічно, опосередковано.

Метою статті є всебічне, комплексне вивчення й аналіз міжнародно-правових норм, положень національного законодавства з позицій формування кліматичних правовідносин у контексті забезпечення національної безпеки й євроінтеграційних процесів.

Обрана мета зумовила постановку і вирішення таких завдань, як: розгляд теоретико-методологічних засад формування кліматичних правовідносин, а також дослідження сучасних положень еколого-правової доктрини з огляду на необхідність адаптації до змін клімату, окреслення шляхів удосконалення й подальшої систематизації національного кліматичного законодавства в умовах євроінтеграції та забезпечення сталого розвитку.

Матеріали та методи

Методологічну основу дослідження становлять загальнонаукові й спеціальні методи пізнання правових явищ: діалектичний, історико-правовий, формально-логічний, системно-структурний, теоретико-прогностичний, порівняльно-правовий, формально-юридичний, тлумачення правових норм, правового моделювання та ін. За допомогою діалектичного методу виявлено закономірності формування кліматичних правовідносин, доведено їх тісний зв'язок із екологічними правовідносинами й законодавством. Завдяки історико-правовому методу охарактеризовано процес становлення й подальшого розвитку національної кліматичної політики й кліматичного права. Системно-структурний метод дав змогу дослідити роль і значення кліматичної складової при розробленні секторальних політик і обранні конкретних цілей для кожної з них. Порівняльно-правовий застосовано для вивчення особливостей законодавства ЄС і практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) у сфері захисту кліматичних прав. Формально-логічний метод став у нагоді при формулюванні понять, викладенні основного матеріалу, висновків і пропозицій за темою дослідження. Під час аналізу змістового наповнення окремих еколого-правових категорій, а також формулювання пропозицій щодо подальшої систематизації законодавства у сфері адаптації до змін клімату й окреслення перспектив формування кліматичного законодавства використано метод тлумачення правових норм.

Результати та обговорення

Аналіз приписів нормативно-правових актів із позицій формування національного кліматичного законодавства і кліматичних правовідносин у контексті забезпечення національної безпеки

Для розкриття обраної теми дослідження передусім доцільно зупинитися на приписах основоположних міжнародно-правових актів кліматичної спрямованості (глобальний рівень), як-от: Рамкова конвенція ООН про зміну клімату (United Nations Framework Convention on Climate Change, UNFCCC, 1992), Кіотський протокол до рамкової конвенції ООН (1997), Паризька угода (2015) (зауважимо, що це була угода «доброї волі» щодо одночасного вжиття заходів зі скорочення викидів парникових газів й адаптації до вже наявних наслідків глобальної зміни клімату, новий концепт до поступової відмови від традиційних технологій видобутку, переробки і використання викопних ресурсів, насамперед вуглеводнів, на користь зелених технологій), ЄЗК (2019) та ін. Останній являє собою дорожню карту заходів (набір ініціатив), що постійно адаптуються до умов і викликів сьогодення, а їх вжиття сприятиме перетворенню економіки ЄС на ефективну, стійку й конкурентоспроможну, покращенню здоров'я й якості життя людей тощо. Доцільно звернути увагу й на Восьму програму дій з навколишнього середовища, прийняту рішенням (ЄС) 2022/591 Європейського парламенту та Ради від 06.04.2022 р. [26], яка набула чинності 02.05.2022 р. [27]. Насамперед зазначимо, що вона розрахована до 2030 р., а її завданням є пришвидшення переходу до кліматично нейтральної, ресурсоефективної та відновлювальної економіки, що повертає планеті більше, ніж використовує, й визнає, що добробут і процвітання людства залежать від здоров'я екосистем, в яких воно проживає. Додамо, що задля гарантування справедливого й інклюзивного характеру зеленого переходу в ній передбачено трансформування кліматичних та екологічних викликів на всі сфери й політику ЄС.

Не можна оминати й того, що 24 лютого 2021 р. Єврокомісія ухвалила нову Стратегію ЄС щодо адаптації до зміни клімату, в якій, зокрема, визначено те, як ЄС може пристосуватися до неминучих наслідків зміни клімату і стати стійким до них до 2050 р. У ній закріплено чотири основні цілі: зробити адаптацію розумнішою, швидшою, системнішою, а також активізувати міжнародні дії щодо її впровадження. Розуміючи важливість і нагальність окресленої проблеми, Європейська Рада вже в червні цього ж року ухвалила запропонований Єврокомісією Європейський кліматичний закон (European Climate Law), а в липні остання розробила програму боротьби зі зміною клімату до 2050 р., яка має назву Fit for 55 [28], щодо скорочення викидів парникових

газів щонайменше на 55 % до 2030 р. Наголосимо, що вона (Fit for 55) є юридичним зобов'язанням. Тим більше, що, крім Стратегії ЄС з адаптації до зміни клімату, вона тісно пов'язана з іншими документами ЄС, а саме: Стратегією з біорізноманіття до 2030 року, Стратегією «Від ферми до виделки», Новою лісовою стратегією на 2030 рік, Водневою стратегією, Хвилею реновацій для Європи, Новою промисловою стратегією, Європейським кліматичним пактом, Кліматичним цільовим планом тощо.

Указане набуває значущості, оскільки саме зараз актуалізувалося питання щодо критичних сировинних ресурсів як вагової частини виконання ЄЗК. До речі, воно безпосередньо стосується забезпечення національної безпеки й суверенітету, а отже, для України стає надзвичайно важливим особливо в контексті набуття статусу кандидата у члени ЄС, і одночасно нелегким, бо вирішувати його доводиться під час опору агресії з боку рф. Нагадаємо, що ще у червні 2021 р. Україна й ЄС уклали Меморандум про стратегічне партнерство в сировинній галузі й відповідну дорожню карту заходів [29]. Зазначене сприятиме подальшому наближенню політик і законодавства у сфері гірничодобувної промисловості, зокрема, стосовно екологічних, соціальних і корпоративних критеріїв у всіх видах діяльності [30], до вимог ЄС. Однак нині більш ніж 2 тис. українських родовищ корисних копалин, які оцінюються у понад 12 трлн € (EUR), перебувають на тимчасово окупованих росіянами територіях [31].

Не можна не згадати й європейський Закон про критичну сировину [32], ухвалений 16 березня 2023 р. задля забезпечення доступу ЄС до безпечних, диверсифікованих, доступних і стійких її поставок. Прийнятий пакет розглядається як збалансована стратегія безпечного й сталого постачання критичної сировини для подальшого успішного екологічного і промислового переходу до «зеленого» майбутнього ЄС. Поряд із указаним прийнято Закон ЄС про нульову промисловість [33; 34], спрямований на розширення виробництва в ЄС ключових вуглецево-нейтральних або «нульових» технологій для забезпечення безпечних, стійких і конкурентоспроможних ланцюгів постачання чистої енергії, досягнення кліматичних і енергетичних амбіцій ЄС. Вважається, що його ухвалення стане вагомим внеском у процес декарбонізації. Крім того, Комісією (того ж дня) запропоновано реформувати структури ринку електроенергії в ЄС задля прискорення використання відновлювальних і невикопних, доступних джерел енергії та поступової відмови від газу, створення чистішої та конкурентоспроможної промисловості, захисту прав споживачів від коливання цін на викопне паливо тощо [35]. Будучи обмеженими обсягом статті, нами розглянуто лише деякі основоположні акти ЄС. Підсумовуючи, зазначимо, що підтримуємо

наукову позицію В. П. Полич, що в «Європейському Союзі сформовано європейський кліматичний режим». Однак ключовим є те, що він виступає частиною глобального кліматичного режиму, який ґрунтується на засадах Рамкової Конвенції ООН про зміну клімату 1992 р. Проте між ними існують відмінності, принциповою серед яких слід визнати наявність на створеному на рівні ЄС режимі «наднаціональної компоненти й механізмів, які забезпечують ефективну реалізацію норм у сфері зміни клімату на національному (локальному, регіональному, субрегіональному), міжнародному й власне наддержавному рівнях» [14, с. 11]. Спираючись на наведене, маємо констатувати, що із набуттям статусу кандидата у члени ЄС перед нашою державою постає завдання – прискорити темпи створення дієвого національного правового режиму адаптації до змін клімату, виходячи з того, що Україна вже є стороною партикулярних міжнародних угод, укладених з ЄС, і міжнародних універсальних договорів.

Продовжуючи висвітлення питання, наголосимо, що на сьогодні саме охорона клімату, разом з охороною атмосферного повітря й озонового шару (враховуючи їх взаємозв'язок, а також той факт, що протягом тривалого часу законодавче регулювання відповідних відносин на національному рівні забезпечувалося переважно в межах атмосфероохоронного законодавства), стала одним із найважливіших напрямів природоохоронної діяльності, яка провадиться у глобальному, регіональному і національному вимірах. Так, на національному рівні кліматичні правовідносини унормовуються насамперед приписами політико-програмних актів, документів стратегічного планування (зокрема, концепцій, стратегій, програм, планів дій тощо), які корелюються з правовими заходами забезпечення екологічної безпеки. Однак, незважаючи на це, нині доцільно прискорити темпи формування спеціального кліматичного законодавства, чого можна досягти шляхом розробки і прийняття спеціальних законів, як-от: про Кліматичний фонд; про створення національної системи торгівлі квотами на викиди парникових газів; про ратифікацію Кігалійської поправки до Монреальського протоколу про речовини, що руйнують озоновий шар; про засади ефективного та еколого-збалансованого управління природними ресурсами, адаптованого до кліматичних змін та збереження біорізноманіття (на кшталт законопроекту № 9516 від 20.07.2023 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо ефективного управління лісами на основі ведення лісового господарства на принципах наближення до природи лісівництва, адаптованого до кліматичних змін, збереження біорізноманіття в лісах») тощо. Крім того, з огляду на значущість окресленої проблеми зараз мова йде про розробку загальнонаціональної Української доктрини, яка має містити еколого-

й клімато-правову складові (на цей час вони відсутні), які доречно включити до блоку II «Українська безпека» як основні орієнтири нової Доктрини [36].

Звісно, для нашої країни формування кліматичної політики, створення дієвої системи природоохоронних заходів – справа не нова, цей процес триває вже не одне десятиліття (виходячи хоча б із того, що ще у 1996 р. ратифікована Рамкова конвенція ООН про зміну клімату [37], у 1997 р. прийнята Кліматична програма України [38], а в 1998 р. – Основні напрями державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки [39], Концепція реалізації державної політики у сфері зміни клімату на період до 2030 року [40], Стратегія екологічної безпеки та адаптації до зміни клімату на період до 2030 року [41] й Операційний план її реалізації у 2022–2024 роках, Стратегія низьковуглецевого розвитку України до 2050 року [42] (яку прийнято протокольним рішенням Кабінету Міністрів України та цього ж року розміщено на сайті Секретаріату Рамкової Конвенції ООН про зміну клімату за посиланням: <https://unfccc.int/process/the-paris-agreement/long-term-strategies>) та ін.). Зауважимо, що на основі останньої доречно прийняти відповідний Закон України.

Інший блок національної нормативно-правової бази становлять акти щодо зменшення впливів і наслідків зміни клімату, серед яких закони України: «Про національну безпеку України», «Про приєднання України до Конвенції Організації Об'єднаних Націй про боротьбу з опустелюванням у тих країнах, що потерпають від серйозної посухи та/або опустелювання, особливо в Африці», «Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони», «Про ратифікацію Паризької угоди», «Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2030 року», «Про затвердження Загальнодержавної цільової програми розвитку водного господарства та екологічного оздоровлення басейну річки Дніпро на період до 2021 року» та інші нормативно-правові акти. Крім того, на п'ятій сесії Конференції Сторін Рамкової конвенції про охорону та сталий розвиток Карпат (2017) прийнято поправку до нової ст. 12bis «Зміна клімату» Карпатської конвенції [43], ратифікованої Законом України від 02.12.2020 р. № 1039-IX [44], та ін.

На особливу увагу заслуговують і кліматичні зобов'язання, закріплені у гл. 6 «Навколишнє середовище» розд. V «Економічне і галузеве співробітництво», а також додатках XXX та XXXI до Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом (2014) [45], зокрема щодо розробки і прийняття

комплексного й інтегрованого національного кліматичного законодавства у визначені строки. Зауважимо, що вказане актуалізується з огляду на набуття Україною 23 червня 2022 р. статусу кандидата на членство в ЄС. Принагідно додати, що, незважаючи на складну ситуацію, наша країна поступово просувається в цьому напрямі. Так, уже розпочато процес первинної оцінки стану імплементації актів права ЄС (*acquis* ЄС) у сфері захисту довкілля [46]. Однак це складне завдання, оскільки 1637 актів мають бути проаналізовані постатейно. Крім того, потрібно враховувати те, що європейське право є доволі динамічним. Зокрема, після підписання Угоди про асоціацію (2014) ухвалено низку документів у довкіллевій та кліматичній сферах, які обов'язково мають бути імplementовані в національне законодавство.

Для повноти розгляду питання й розуміння подальших кроків зупинимося на деяких політико-програмних документах (першооснові формування кліматичного законодавства). Передусім варто згадати Кліматичну програму України (1997) (далі – Програма), яка позиціонувалася як складова Всесвітньої кліматичної програми з метою інтеграції кліматичних досліджень в Україні у світову діяльність із проблем клімату й була розрахована на 1998–2002 роки. Передбачалося, що вона виконуватиметься шляхом проведення низки організаційно-технічних заходів і робіт, у тому числі й наукових досліджень, при цьому питання законодавчого забезпечення його охорони не порушувалися. Враховуючи обрану тему, важливим для нас є те, що в Програмі клімат розглядався як «один з основних природних ресурсів, від якого залежать умови життя і діяльності людини, напрями і рівень розвитку економіки». Крім того, в документі зазначалося, що «клімат є одним з основних факторів, які формують природне середовище, навіть незначні його зміни на фоні складної екологічної ситуації в Україні можуть викликати значні соціально-економічні збитки, якщо не вживати комплексу заходів щодо запобігання їм» [38]. Однак ключовим слід визнати те, що в цьому нормативно-правовому акті мова йде про «проблему коливань та змін клімату», яка набула «світового значення», а «коливання» розглядаються як наслідок природних процесів і господарської діяльності людини [38], тобто зроблено акцент на причинно-наслідковому зв'язку впливу природничих процесів й антропогенної діяльності на зміну клімату, проте зворотний зв'язок, на жаль, навіть опосередковано не визначено.

Убачається за доцільне окремо зупинитися на закріпленому в Програмі концепті «природний ресурс клімат може використовуватися на благо людства». Вказане дає підстави констатувати, що в ній ішлося про: а) експлуатаційний аспект використання клімату задля задоволення відповідних потреб та інтересів; б) реалізацію відповідних прав, задоволення публічних

інтересів людства, майбутніх поколінь. Стосовно останнього зауважимо, що погоджуємося з розробленим Marcelo Bauer Pertille науковим підходом щодо визнання кліматичної рівноваги як надіндивідуального блага [24]. Однак, як вже наголошувалося, головним слід визнати те, що законодавцями клімат визначено через категорію «природний ресурс». Наведене набуває особливої актуальності з огляду на те, що Рада ООН з прав людини ще у 2021 р. доступ до чистого та здорового навколишнього середовища визнала фундаментальним правом людини [47], що пов'язано із захистом права громадян на безпечне для життя й здоров'я довкілля та кліматичних прав. Виходячи з цього, вважаємо за доцільне при характеристиці клімату як правової категорії, об'єкта правовідносин враховувати не лише його природничі властивості й ознаки, а й ступінь їх соціальної обумовленості, а також об'єктивну необхідність у правовому регулюванні та/або охороні відповідних суспільних відносин. З огляду на це варто, на наш погляд, визначити легітимну мету правового впливу на відповідні кліматичні відносини, отже, розглянути можливість встановлення відповідних правових режимів або механізмів правового регулювання не лише суспільних відносин у сфері його охорони, а й використання, забезпечення його безпековості для людства тощо.

Проаналізувавши законодавчі приписи, з'ясуємо, як клімат розглядається в національній доктрині екологічного права. Передусім зазначимо, що він як об'єкт правового регулювання вивчався переважно в межах навчально-методичної юридичної літератури і зараховувався науковцями до об'єктів охорони. Одним із перших комплексних досліджень була наукова праця К. А. Прохоренко (2013), в якій авторкою запропоновано відносити «клімат» до системи об'єктів еколого-правової охорони. Вченою розроблено авторську дефініцію поняття «клімат» – об'єкт природного походження, що характеризується станом кліматичної системи (атмосфери, гідросфери, біосфери й геосфери в їх взаємозв'язку і взаємодії) і є визнаним нормами міжнародно-правової охорони навколишнього середовища об'єктом, на який здійснюється небезпечний антропогенний вплив у формі юридично визначених видів діяльності, пов'язаний із викидом парникових газів, і який потребує вжиття спеціальних міжнародних і державно-правових заходів, спрямованих на стабілізацію концентрації парникових газів в атмосфері на такому рівні, за яким не допускається порушення рівноваги кліматичної системи, а також погіршення безпеки й якості навколишнього природного середовища у зв'язку з цим [15, с. 7]. На наше переконання, наведене авторське визначення поняття «клімат», урахуовуючи досягнення науки у сфері адаптації до зміни клімату, сучасний стан вже сформованої (чинної) законодавчої бази, а також підвищення рівня кліматичної небезпеки й загроз для всього

людства і кліматичної системи, тобто з позицій сучасного екологічного права, потребує подальшого наукового осмислення й удосконалення. Розуміємо, що відбудеться розгалуження видів (сфер) кліматичних правовідносин, а саме: вони матимуть прояв не лише в охоронній сфері, а й у безпековій, при використанні природних ресурсів і комплексів під час господарської діяльності, захисті прав людини та людства тощо.

Як уже зазначалося, клімат був предметом наукового інтересу багатьох вчених. Вивчення їхніх думок свідчить про те, що науковці до нематеріалізованих природних ресурсів відносять природні ресурси особливого виду, що перебувають у газоподібному стані або у вигляді енергії чи корпускулярно-хвильових потоків, або розглядаються як інше явище матеріального світу. Виходячи з цього, кліматичний ресурс поряд із атмосферним повітрям, повітряним простором, вітровою енергією, сонячним випромінюванням, радіочастотним ресурсом тощо в еколого-правовій доктрині зараховують до правової категорії «нематеріалізовані природні ресурси». З огляду на це цілком зрозуміло, що нині існують переважно міжгалузеві (щоправда, із часом може відбуватися формування підгалузей чи галузей права) правові інститути щодо їх охорони та/або використання, однак процес їх становлення і розвитку ще триває.

Захист кліматичних прав, проведення кліматичних процесів. Огляд судової практики

Отже, можемо стверджувати, що нормативна база на цей час існує. У зв'язку з цим виникають правомірні питання щодо можливості порушення кліматичних прав людини у разі невиконання політико-програмних документів, недотримання міжнародних зобов'язань державою, а також вирішення проблем підсудності цих справ. У нагоді стане досвід зарубіжних науковців, які ґрунтовно досліджують питання захисту кліматичних прав, проведення кліматичних процесів [18; 23; 25; 48]. Передусім варто зупинитися на захисті кліматичних прав, зокрема прав людства, які, на наш погляд, тісно пов'язані з екологічними, а саме із правом на безпечне на життя та здоров'я довкілля, гарантоване Конституцією України кожному з нас (ст. 50). Вказане корелюється з тим, що Рада ООН з прав людини, як уже наголошувалося, ще у 2021 р. визнала фундаментальним правом людини доступ до чистого та здорового навколишнього середовища.

Так, у лютому 2020 р. група німецької молоді оскаржила Федеральний закон Німеччини про захист клімату («Bundesklimaschutzgesetz», або «KSG») у Федеральному конституційному суді, зауважуючи, що мета «KSG» скоротити викиди парникових газів на 55 % до 2030 р. порівняно з рівнями 1990 р.

була недостатньою [49]. Скаржники стверджували, що таким чином «KSG» порушив їхні права людини, захищені Основним законом (Конституцією Німеччини). Наголосимо, що у позові вказано, що їх «основоположне право на цивілізоване майбутнє» порушене через те, що в Законі передбачено недостатню кількість заходів зі зменшення викидів парникових газів і протидії змінам клімату. Федеральний конституційний суд виключив частину «KSG» як несумісну з фундаментальними правами через те, що останньою не встановлено достатніх положень щодо скорочення викидів після 2030 р. Проте визначальним, на нашу думку, є те, що Суд установив, що ст. 20а Основного закону (зобов'язання щодо політичного процесу захищати природні основи життя у відповідальності перед майбутніми поколіннями) не лише зобов'язує законодавчу владу захищати клімат і спрямована на досягнення кліматичної нейтральності, а «також стосується того, як екологічний тягар розподіляється між різними поколіннями». Крім того, Суд уперше у своїй юриспруденції заявив, що «фундаментальні права – як міжчасові гарантії свободи – забезпечують захист від тягаря скорочення викидів парникових газів, встановленого ст. 20а Основного закону, в односторонньому порядку перенесено на майбутнє». Також зазначено, що положення «KSG» про викиди, про які йдеться, являють собою «попередній вплив, подібний до перешкод». Однак важливим для нас з огляду на тему роботи є те, що Суд установив, що законодавча влада непропорційно розподілила бюджет між нинішнім і майбутніми поколіннями, написавши, що «не можна дозволяти поколінню споживати значні частини бюджету CO₂, несучи при цьому відносно незначну частку зусиль зі зменшення викидів, якщо це призведе до того, що на наступні покоління покладеться тягар різкого скорочення викидів і їхнє життя зазнає серйозної втрати свободи». Суд зазначив, що той факт, що «жодна держава не може самостійно вирішити проблеми зміни клімату <...> не скасовує національного зобов'язання вживати кліматичних заходів». Ураховуючи викладене, Суд наказав законодавчому органу до кінця 2022 р. встановити чіткі положення щодо цілей скорочення з 2031 р., як мінімум, на 65 % від рівня 1990 р.

Варто згадати й позитивний досвід судового захисту кліматичних прав британською неурядовою організацією Legal Action Network, а також діяльність нідерландського Фонду Urgenda, перше зобов'язання нідерландського суду щодо приватної компанії Shell (2021) скоротити викиди CO₂ на 45 % (порівняно з 2019 р.) до кінця 2030 р., поданого у квітні 2019 р. Milieudefensie, нідерландською філією міжнародної організації Friends of the Earth. Зазначимо, що до останнього позову приєдналися понад 17 тис. голландців як цивільні позивачі [50].

До речі, у березні цього року (2023) у ЄСПЛ розпочато розгляд першого кліматичного позову за справою *Association of Senior Women for Climate Protection and Others v. Switzerland* № 53600/20 [51] щодо згубного впливу на життя і здоров'я людини екстремальної спеки, зумовленої зміною клімату. У позові вмотивовано «згубний вплив зміни клімату на життя і здоров'я людини», а також стверджується, що «негативні наслідки кліматичних змін безпосередньо зумовлюють порушення цілої низки основоположних прав і свобод, закріплених у Конвенції». Крім того, існують ще дві справи *Carême v. France* № 7189/2 [52], *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 Other States* № 39371/20 [53]. Наведене підтверджує, що кліматичні права цілком обґрунтовано починають вводитися до міжнародних стандартів у сфері прав людини з урахуванням положень Загальної декларації прав людини, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та Протоколів до неї і практики ЄСПЛ, що сприятиме їх забезпеченню та захисту. Однак при проведенні подальших наукових досліджень доцільно звернути увагу на питання участі громадськості у боротьбі з антропогенною зміною клімату. Стверджувати це дозволяють висновки, отримані О. Ammann & А. Boussat, що «крім наукової невизначеності щодо наслідків зміни клімату, ще одна складність полягає в тому, що рекомендації експертів з питань клімату можуть суперечити пріоритетам громадян, зацікавлених груп та політичних інституцій». Автори наголошують, що ЄС та його інституції вже давно критикують за «дефіцит демократії» і нездатність залучити всіх суб'єктів громадянського суспільства на рівних до законотворчого процесу в ЄС [22].

Кліматична складова національних документів політико-стратегічного спрямування

Повернемося до розгляду документів політико-стратегічного спрямування. Ще раз зауважимо, що визначально кліматична політика вибудовувалася саме в межах еколого-правової політики поряд із енергетичною та ін. Підтвердженням цьому є прийняття в 1998 р. Основних напрямів державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки, затверджених Постановою Верховної Ради України від 05.03.1998 р. № 188/98-Р [39], тобто майже через рік після прийняття Кліматичної програми України, затвердженої Постановою Кабінету Міністрів України від 28.06.1997 р. № 650. Однак у Постанові Верховної Ради України від 05.03.1998 р. № 188/98-Р лише чотири рази згадується клімат, а саме в контексті: а) створення і функціонування Державної системи екологічного моніторингу довкілля задля сприяння здійсненню державної екологічної політики, яка передбачає розвиток міжнародного співробітництва щодо охорони і запобігання антропогенній

зміні клімату, озонового шару атмосфери; б) збалансованого використання і відновлення природних ресурсів щодо зрошуваних земель, на яких спостерігаються підтоплення, вторинне засолення, водна ерозія, руйнування природної структури ґрунтів тощо (так, законодавцем зосереджено увагу на врахуванні зміни мікроклімату зрошуваних ділянок, забезпеченні відповідних урожаїв без деградації земель); в) врахування природно-кліматичних умов при опрацюванні моделей ґрунтозахисного та меліоративного землекористування; г) визначення основоположних тенденцій формування стратегії лісокористування (їх вказано дві, по-перше, зростаюча потреба в деревинній сировині в умовах значного дефіциту лісу; по-друге, різке підвищення кліматорегулюючої функції лісів із захисною, санітарно-гігієнічною, рекреаційно-туристичною та естетичною роллю лісів в умовах екологічної кризи). В останньому випадку знову постає питання антиномічності економічних й екологічних інтересів, оскільки в умовах сьогодення все ж таки пріоритетними векторами державної політики незалежно від її галузевої/секторальної спрямованості визначено домінування екологічних інтересів, забезпечення екологічної безпеки, досягнення кліматичної нейтральності. Зазначимо, що в цьому нормативному акті питання розвитку кліматичного законодавства також не порушувалося навіть при плануванні систематизації (у формі кодифікації та інкорпорації) екологічного законодавства у контексті прийняття першочергових і перспективних законів і правових актів.

Подальше формування екологічної політики пов'язане з прийняттям розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції національної екологічної політики України на період до 2020 року» від 17.10.2007 р. № 880-р [54], законів України «Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року» (2010) [55] і «Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2030 року» (2019) [56]. Будучи обмеженими обсягом статті, маємо навести узагальнення щодо концептуальних приписів перших двох нормативно-правових актів з точки зору відображення і вирішення в них кліматичних питань. Так, як показує аналіз їх положень, основні завдання національної екологічної політики визначені переважно крізь призму: а) посилення міжнародних зобов'язань щодо реалізації проєктів спільного впровадження з дотриманням вимог Кіотського протоколу до Рамкової конвенції ООН про зміну клімату, розроблення і впровадження системи торгівлі національним надлишком квот на викиди парникових газів; б) розроблення й поетапного виконання національного плану заходів щодо пом'якшення наслідків зміни клімату і запобігання антропогенному впливу на нього; в) запобігання глобальній зміні клімату задля охорони навколишнього природного середовища

й забезпечення екологічної безпеки та ін. Проте перспектив щодо формування дієвої нормативно-правової бази у сфері адаптації до змін клімату знову не визначено. Більш того, слід нагадати, що у різні часові проміжки мова йшла про «попередження кліматичних змін», «боротьбу зі зміною клімату», «протидію змінам клімату», «подолання кліматичних змін», «адаптацію до кліматичних змін» (кліматичну адаптацію) тощо.

Виходячи з цього, в Основних засадах (стратегії) державної екологічної політики України на період до 2030 року [56] однією із засад державної екологічної політики закріплено збереження такого стану кліматичної системи, який унеможливить підвищення ризиків для здоров'я й благополуччя людей, а також збереження й відновлення природних екосистем. Зміна клімату в умовах сьогодення вітчизняним законодавцем віднесена до першопричин виникнення екологічних проблем і надзвичайних ситуацій в Україні, а запобігання їй та адаптацію до неї включено до кола завдань із забезпечення інтеграції екологічної політики у процес прийняття рішень щодо соціально-економічного розвитку держави. У згаданій Стратегії серед переліку очікуваних результатів також задекларовано формування правової бази і створення умов для реалізації державної політики у сфері зміни клімату.

До речі, зараз прийняті й діють кліматоорієнтовані політико-програмні акти: Концепція реалізації державної політики у сфері зміни клімату на період до 2030 року [40], Стратегія екологічної безпеки та адаптації до зміни клімату на період до 2030 року [41] й Операційний план її реалізації у 2022–2024 роках, Стратегія низьковуглецевого розвитку України до 2050 року (прийнята протокольним рішенням Кабінету Міністрів України, 2018 р.) [42]. Отже, розпочато формування самостійного кліматичного напрямку національної політики, який тісно пов'язаний із основоположними візіями політики забезпечення національної безпеки в екологічній та енергетичній сферах.

Додамо, що в багатьох нових або оновлених стратегіях національного розвитку досягнення кліматичної нейтральності проголошено однією з пріоритетних місій. Зокрема, так зроблено в Національній економічній стратегії на період до 2030 року [57], а також в Енергетичній стратегії України на період до 2035 року [58] (розпорядження втратило чинність на підставі розпорядження Кабінету Міністрів України № 373-р від 21.04.2023 р.) і чинній Енергетичній стратегії України на період до 2050 року (новій) [59]. Як впливає з положень документів, вирішенню цієї проблеми має сприяти розвиток системи зрошення і комплексний підхід до скорочення викидів парникових газів й адаптації до зміни клімату. Поряд із зазначеним запро-

поновано поширити застосування «кліматично розумного» сільського та лісового господарства із скороченням викидів парникових газів й адаптацією до зміни клімату, сталого управління природними ресурсами, збереження і примноження біорізноманіття тощо. Однак, як доводить практика, проголошення мети ще не означає її досягнення, необхідно сформулювати дієві правові механізми забезпечення кліматичної нейтральності. Маємо констатувати, що досі значна частина галузевих політик, стратегій і планів не узгоджена з документами з кліматичного планування, відсутні плани з адаптації до зміни клімату тощо. За такої ситуації доречно вести мову про прискорення процесів розроблення стратегій галузевих політик, при цьому увагу передусім треба звернути на правову форму актів стратегічного планування, їх відповідність вимогам ЄС і сучасним амбітним цілям.

З огляду на наведене зараз слід зосередитися на перспективах розвитку багатовекторності кліматичного законодавства у сфері: запровадження національної системи торгівлі викидами парникових газів; затвердження інтегрованого плану боротьби із зміною клімату й розвитку енергетики до 2030 року; розроблення і впровадження Рамкової стратегії адаптації до зміни клімату в Україні до 2030 року; розроблення секторальних кліматичних політик і встановлення конкретних цілей для кожної з них; створення Національного кліматичного фонду; впровадження «зелених облігацій» для залучення інвестицій в екомодернізацію й проекти екологічного спрямування тощо. Вбачається, що вказане, безумовно, вплине й на формування нових видів кліматичних правовідносин.

Принагідно додати, що нині першочерговим завданням усе ще залишається приведення у відповідність до європейських вимог понятійно-категоріального апарату. На рівні національного законодавства досі відсутні юридичні визначення понять «клімат», «охорона клімату», «пом'якшення наслідків зміни клімату», «адаптація до кліматичних змін клімату» та ін. Зауважимо, що в Рамковій конвенції ООН про зміну клімату (1992) закріплено дефініцію поняття «кліматична система» – сукупність атмосфери, гідросфери, біосфери, геосфери і їх взаємодію. Водночас «зміна клімату» розглядається як прямо або непрямо зумовлена (інакше кажучи, опосередковано зумовлена) діяльністю людини, що породжує зміни у складі глобальної атмосфери і накладається на природне коливання клімату, які спостерігаються протягом порівняльних періодів часу, а «несприятливі наслідки зміни клімату» означають зміни у фізичному середовищі або біоті, викликані зміною клімату і які дуже негативно впливають на склад, відновну здатність або продуктивність природних і регулюючих екосистем, або на функціонування соціально-економічних систем, або на здоров'я і добробут людини [60].

Спираючись на наведене, вбачається за доцільне до сфери дії Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» (1991) включити питання зміни клімату. Так, Законом України від 20.03.2023 р. № 2973-ІХ, який набирає чинності через шість місяців із дня скасування чи припинення воєнного стану, введеного Указом Президента України «Про введення воєнного стану в Україні» від 24.02.2022 р. № 64/2022, затвердженим Законом України «Про затвердження Указу Президента України "Про введення воєнного стану в Україні"» від 24.02.2022 р. № 2102-ІХ, зміни клімату віднесено до переліку чинників, вплив яких призводить до «негативних змін у навколишньому природному середовищі» поряд із втратою, виснаженням чи знищенням окремих природних комплексів і ресурсів внаслідок надмірного забруднення навколишнього природного середовища, руйнівного впливу стихійних сил природи та інших факторів, які обмежують або виключають можливість життєдіяльності людини та провадження господарської діяльності в цих умовах [61]. Додамо, що в Законі України «Про охорону навколишнього природного середовища» (1991), який діє тривалий час, серед природних лікувальних факторів, завдяки яким визначаються території курортних і лікувально-оздоровчих зон, поряд із мінеральними джерелами та іншими умовами, сприятливими для лікування і оздоровлення людей (ст. 62), завдяки яким відбувається віднесення до зазначених зон, вказано й «кліматичні умови».

Однак проблемою є той факт, що досі відсутній спеціальний нормативно-правовий акт, в якому були б урегульовані правовідносини щодо зміни клімату чи адаптації до них. Однак маємо констатувати, що зараз триває процес створення інституційно-функціонального правового механізму забезпечення адаптації до зміни клімату на національному й секторальному рівнях, а саме додано кліматичну складову до компетенції відповідних органів, але, на жаль, цього досі бракує на регіональному й місцевому рівнях. Так, у підзаконних нормативно-правових актах, якими врегульовано повноваження міністерств та інших органів щодо адаптації до зміни клімату (наприклад, постановою Кабінету Міністрів України «Деякі питання Міністерства захисту довкілля та природних ресурсів» від 25.06.2020 р. № 614 [62], «Положення про Міністерство аграрної політики та продовольства України» від 17.02.2021 р. № 124 [63] тощо). Щоправда, внесено відповідні зміни до Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» Законом України № 2973-ІХ від 20.03.2023 р. [61] щодо компетенції центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони навколишнього природного середовища, у галузі охорони навколишнього природного середовища й використання природних

ресурсів (ч. 1 п. «й» ст. 20, але вони, як наголошувалося вище, наберуть чинності через шість місяців із дня скасування чи припинення воєнного стану).

На підставі проведеного аналізу можемо констатувати, що національне законодавство характеризується відсутністю системного й комплексного підходу до врегулювання питань адаптації до змін клімату. Незважаючи на глобальність, вони не знайшли свого закріплення і в Основному Законі, хоча це, на наше переконання, сприяло б посиленню й гарантованості політико-правової підтримки з боку держави й вивело б їх на рівень таких найвищих соціальних цінностей, як забезпечення екологічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги, що можна порівняти із конституційним забезпеченням екологічної функції держави (статті 16, 50 та ін.), а також гарантованості прав власників, бо використання власності не може завдавати шкоди правам, свободам і гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію і природні якості землі (ч. 7 ст. 41) та ін.

Не менш значущими видаються зміни, внесені до пп. «ї», «н» ст. 3 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» (хоча вони з огляду на об'єктивні причини, а саме воєнний стан, «запрацюють» через шість місяців з дня його скасування чи припинення), згідно з якими до переліку основних принципів охорони навколишнього природного середовища додано такі: «урахування зміни клімату при вирішенні питань охорони навколишнього природного середовища й використання природних ресурсів поряд із ступенем антропогенної змінності територій, сукупності дії факторів, що негативно впливають на екологічну обстановку; пом'якшення наслідків зміни клімату та адаптація до зміни клімату» [61], що сприяє закріпленню засадничих положень при формуванні кліматичного законодавства.

Висновки

Узагальнюючи, зазначимо, що кліматичні правовідносини поступово формуються і виокремлюються в самостійний міжгалузевий інститут як екологічного, енергетичного, аграрного, права екологічної безпеки, так і міжнародного і права ЄС та ін., а також відповідний інститут законодавства. У перспективі сподіваємося на проведення систематизації кліматичного законодавства. На наше переконання, ймовірно сформується самостійна галузь публічного права – кліматичне. До такого висновку нас підштовхує той факт, що законодавче забезпечення (інститут законодавства) як на національному рівні, так і наднаціональному, яким притаманна внутрішня диференціація, уже існує.

Як свідчать результати дослідження, національне кліматичне законодавство виникло і розвивалося в межах екологічної охоронної спрямованості (деякі

науковці наголошують виключно на його природоохоронній складовій), а саме атмосфероохоронного, озоноохоронного законодавства. Однак поряд із згаданим воно бере свої витоки, тісно пов'язане і корелюється з безпечним (у сфері екологічної, енергетичної, продовольчої та ін. безпеки).

Доведено, що положення кліматичного законодавства ґрунтуються на міжнародних зобов'язаннях України і спираються на приписи прийнятих на їх підставі політико-програмних документів стратегічного розвитку нашої держави. Зокрема, засадничі принципи знайшли відображення в політико-програмних актах секторальних кліматичних політик для енергетики, промисловості, транспорту, житлово-комунального господарства, аграрного сектору та інших галузей. Указане повністю узгоджується з тим, що відповідно до вимог ЄС кліматична політика має бути інтегрована до галузевих політик поряд з їх екологізацією. Беручи до уваги наведене, наголошено, що сучасна кліматична політика має вибудовуватися на кроссекторальному рівні задля забезпечення збереження сталості екосистем, ландшафтного й біологічного різноманіття, прискорення переходу до систем енергозбереження з низьким вмістом вуглецю, зменшення залежності від викопного палива, поширення використання відновлюваних джерел енергії, поліпшення енергоефективності, а також підвищення адаптаційного потенціалу природних ресурсів до кліматичних змін. Доцільним вважаємо вже зараз уведення і викладання відповідної навчальної дисципліни (зокрема, «Кліматичне право», «Законодавчі засади адаптації до кліматичних змін» тощо) в юридичних закладах вищої освіти, зауважимо, що науковцями наведені переконливі обґрунтування щодо доречності її запровадження в навчальний процес [64].

Крім того, аргументовано, що досягнення кліматичної нейтральності й забезпечення екологічної безпеки мають розглядатися як взаємозалежні візії національної внутрішньої та зовнішньої політики в умовах сьогодення і повоєнного відновлення. Подальше формування кліматичної політики сприятиме: оптимізації функціонально-організаційних засад інституцій управління; впорядкуванню їх компетенції та повноважень на засадах забезпечення досягнення кліматичної нейтральності й сталого розвитку; дотриманню вимог кліматичної та екологічної безпеки, екологічних імперативів; попередженню екологічних ризиків тощо. Вбачається, що об'єктом подальших наукових досліджень мають стати питання захисту кліматичних прав людства, які, на наш погляд, усім державам слід визнати «основоположним правом на цивілізоване майбутнє». Зазначимо, що досі бракує узгодженої Концепції (відповідного Плану дій) систематизації національного кліматичного законодавства в контексті його європеїзації, а це, у свою чергу, є нагальною потребою для подальшого розвитку та відновлення держави в умовах

збройної агресії з боку рф як в економічному, соціальному, екологічному, так і безпековому аспектах.

Список використаних джерел

- [1] Проект Плану відновлення України. Матеріали робочої групи «Екологічна безпека». URL: https://uploads-ssl.webflow.com/625d81ec8313622a52e2f031/62dea19b8b3d4e2f5b65c8ce_%D0%95%D0%BA%D0%BE%D0%BB%D0%BE%D0%B3%D1%96%D1%87%D0%BD%D0%B0%20%D0%B1%D0%B5%D0%B7%D0%BF%D0%B5%D0%BA%D0%B0_%D0%B7%D0%B1%D1%96%D1%80%D0%BA%D0%B0_%D1%83%D0%BA%D1%80.pdf (дата звернення: 10.08.2023).
- [2] Порядок визначення шкоди та збитків, завданих Україні внаслідок збройної агресії Російської Федерації : Постанова Кабінету Міністрів України від 20.03.2022 р. № 326. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/326-2022-%D0%BF?find=1&text=%D0%BA%D0%BB%D1%96%D0%BC%D0%B0%D1%82#Text> (дата звернення: 10.08.2023).
- [3] AR6 Synthesis Report Climate Change 2023. URL: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/> (last accessed: 10.08.2023).
- [4] Getman A. P., Anisimova H. V. National Development Strategies in Terms of Ensuring Environmental Rights and Interests: Comparative Approach. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. 2021. Vol. 28, № 4. P. 250–261. [https://doi.org/10.37635/jnalsu.28\(4\).2021.250-261](https://doi.org/10.37635/jnalsu.28(4).2021.250-261).
- [5] Getman A. P., Shchokin Y. V., Shestopal S. S. Content of Human Right to Favorable Environment in Supply Chain Operations. *International Journal of Supply Chain Management*. 2019. Vol. 8, issue 6. P 519–532. URL: <https://www.scopus.com/record/display.uri?eid=2-s2.0-85078268605&origin=resultslist> (дата звернення: 10.08.2023).
- [6] Getman A. P., Getman Y. A., Lozo V. I. Climate Protection Laws: European Reality and Ukrainian Prospects. *Environmental Policy and Law*. Vol. 49, issue 2-3. P. 190–195. <https://doi.org/10.3233/EPL-190156>.
- [7] Винярьська М. Г. Організаційно-економічні засади реалізації екологічної політики України в контексті глобальної зміни клімату : автореф. дис. ... канд. екон. наук : 08.00.06. Рівне, 2019. 24 с.
- [8] Качурінер В. Л. Правове регулювання екологічної політики Європейського Союзу у сфері виробництва : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11. Одеса, 2016. 243 с.
- [9] Козак З. Інституційно-правові основи адаптації до зміни клімату в Україні. Проект EU4Climate, Листопад 2021. URL: <https://climateadapt.enefcities.org.ua/wp-content/uploads/2022/10/adaptation-policy-stocktaking-ukr-9f3ffe4311-1.pdf> (дата звернення: 10.08.2023).
- [10] Копиця Є. М. Екологічне нормування у сфері правового забезпечення боротьби зі змінами клімату в Україні. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2019. № 6. С. 47–51.
- [11] Лозо О. В., Гавриленко К. О. Актуальні проблеми правової охорони клімату в Україні. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. № 12. С. 203–205. <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-12/49>.
- [12] Оцінка впливу на довкілля: впровадження природоохоронних практик та кліматичної політики ЄС : навч. посіб. / уклад.: О. С. Мельник та ін. Херсон : ОЛДІ-ПЛЮС, 2021. 164 с.

- [13] Перга Т. Ю. Глобальна екологічна політика та Україна : монографія. Ніжин : Вид. Лисенко М. М., 2014. 287 с.
- [14] Полич В. П. Правові засади боротьби зі зміною клімату в праві Європейського Союзу : дис. ... д-ра філософії : 293 «Міжнародне право», 29 «Міжнародні відносини». Харків, 2022. 251 с.
- [15] Прохоренко К. А. Клімат як об'єкт еколого-правової охорони України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06. Київ, 2013. 16 с.
- [16] Фелонюк Д. Л. Сучасна екологічна політика України: правові засади інституційно-функціонального забезпечення формування та здійснення : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06. Одеса, 2023. 247 с.
- [17] Яковюк І. В., Трагнюк Л. Я. Конституційно-правові основи політики екологічної безпеки. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2023. № 6. С. 272–276. <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2023-6/62>.
- [18] Jones N. Prospects for Invoking the Law of Self-determination in International Climate Litigation. *RECIEL*. 2023. Vol. 32, issue 2. P. 250–258. <https://doi.org/10.1111/reel.12494>.
- [19] Reynolds J. L. An Economic Analysis of International Environmental Rights. *Int Environ Agreements*. 2019. No. 19. P. 557–575. <https://doi.org/10.1007/s10784-019-09454-7>.
- [20] Fisher Elizabeth. Unearthing the Relationship Between Environmental Law and Populism. *Journal of Environmental Law*. 2019. Vol. 31, issue 3, November. P. 383–387. <https://doi.org/10.1093/jel/eqz028>.
- [21] Wenta J., McDonald J., McGee J. Enhancing Resilience and Justice in Climate Adaptation Laws. *Transnational Environmental Law*. 2019. Vol. 8, issue 1. P. 89–118. <https://doi.org/10.1017/S2047102518000286>.
- [22] Ammann O., Boussat A. The Participation of Civil Society in European Union Environmental Law-Making Processes: A Critical Assessment of the European Commission's Consultations in Connection with the European Climate Law. *European Journal of Risk Regulation*. 2023. Vol. 14, issue 2. P. 235–252. <https://doi.org/10.1017/err.2022.39>.
- [23] Mayer V. Attribution Science and the Fate of Climate Litigation. *Global Policy*. 2022. No. 13. P. 831–832. <https://doi.org/10.1111/1758-5899.13153>.
- [24] Marcelo Bauer Pertille. Direito Penal Do Clima: A Autonomia Do Equilíbrio Climático Enquanto Bem Jurídico-Penal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. 2023. Vol. 13, No. 1. P. 110–128. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v13i1.8758>.
- [25] Venn Alice. Rendering International Human Rights Law Fit for Purpose on Climate Change. *Human Rights Law Review*. (2023). Vol. 23, issue 1, March, ngac034. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngac034>.
- [26] Рішення (ЄС) 2022/591 Європейського парламенту та Ради від 6 квітня 2022 року щодо Загальної програми дій Союзу з навколишнього середовища до 2030 року. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32022D0591> (дата звернення: 10.08.2023).
- [27] 8-а Програма дій з охорони навколишнього середовища як юридично узгоджений спільний порядок денний екологічної політики ЄС до 2030 року. URL: https://environment.ec.europa.eu/strategy/environment-action-programme-2030_en (дата звернення: 10.08.2023).

- [28] Fit for 55. European Council. Council of the European Union. URL: <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/climate-change/> (last accessed: 10.08.2023).
- [29] Прем'єр-міністр України та Віце-президент Єврокомісії підписали Меморандум про стратегічне партнерство у сировинній галузі. URL: <https://www.kmu.gov.ua/news/premyer-ministr-ukrayini-ta-vice-prezident-yevrokomisiyi-pidpisali-memorandum-pro-strategichne-partnerstvo-u-sirovinnij-galuzi> (дата звернення: 10.08.2023).
- [30] ЄС та Україна започаткували стратегічне партнерство у сфері критичної сировини. URL: <https://mig.com.ua/ies-ta-ukraina-zapochatkuvali-strategichne-partnerstvo-v-sferi-kritichnoi-sirovini/> (дата звернення: 10.08.2023).
- [31] Україна готова дотримуватися Європейського «зеленого» курсу, незважаючи на російську агресію – глава Мінприроди. URL: <https://interfax.com.ua/news/greendeal/888682.html> (дата звернення: 03.04.2023).
- [32] Critical Raw Materials: ensuring secure and sustainable supply chains for EU's green and digital future (press release). *European Commission*: Official web-page. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_1661 (last accessed: 05.08.2023).
- [33] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Establishing a Framework of Measures for Strengthening Europe's Net-Zero Technology Products Manufacturing Ecosystem (Net Zero Industry Act): of 16.03.2023 COM(2023) 161 final. *EUR-Lex*: database. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52023PC0161> (last accessed: 15.08.2023).
- [34] Net Zero Industry Act. COM(2023) 161, SWD(2023) 68. URL: https://single-market-economy.ec.europa.eu/publications/net-zero-industry-act_en (last accessed: 15.08.2023).
- [35] Commission proposes reform of the EU electricity market design to boost renewables, better protect consumers and enhance industrial competitiveness. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_1591 (last accessed: 15.08.2023).
- [36] Українська доктрина. Прообраз. Президент Зеленський, виступаючи у Верховній Раді з нагоди 27-ї річниці прийняття Конституції України, запропонував до загальнонаціонального обговорення основні орієнтири майбутньої Української доктрини. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-politics/3729347-ukrainska-doktrina-proobraz.html> (дата звернення: 16.08.2023).
- [37] Про ратифікацію Рамкової конвенції ООН про зміну клімату : Закон України від 29.10.1996 р. № 435/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 16.08.2023).
- [38] Кліматична програма України : Постанова Кабінету Міністрів України від 28.06.1997 р. № 650. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/650-97-%D0%BF#Text> (дата звернення: 10.08.2023).
- [39] Про Основні напрями державної політики України у галузі охорони довкілля, використання природних ресурсів та забезпечення екологічної безпеки : Постанова Верховної Ради України від 05.03.1998 р. № 188/98-Р. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/188/98-%D0%B2%D1%80?find=1&text=%D1%81%D1%83%D0%B4#w1_1 (дата звернення: 10.08.2023).
- [40] Концепція реалізації державної політики у сфері зміни клімату на період до 2030 року : розпорядження Кабінету Міністрів України від 07.12.2016 р. № 932.

- URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/932-2016-%D1%80#Text> (дата звернення: 14.08.2023).
- [41] Стратегія екологічної безпеки та адаптації до зміни клімату на період до 2030 року : розпорядження Кабінету Міністрів України від 20.10.2021 р. № 1363 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1363-2021-%D1%80#Text> (дата звернення: 14.08.2023).
- [42] Стратегія низьковуглецевого розвитку України до 2050 року : Протокольне рішення Кабінету Міністрів України від 18.07.2018 р. № 28. URL: <https://mer.gov.ua/diyalnist/napryamky/zmina-klimatu/pom-yakshennya-zminy-klimatu/strategiya-nyzkovugletseвого-rozvytku-ukrayiny-do-2050-roku/> (дата звернення: 14.07.2023).
- [43] Поправка до Рамкової конвенції про охорону та сталий розвиток Карпат щодо нової статті 12bis «Зміна клімату» : Чеська Республіка, Угорщина, Польща, Румунія, Сербія, Словаччина, Україна ; Поправки, Міжнародний документ від 10.10.2017 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/001_002-17#Text (дата звернення: 14.08.2023).
- [44] Про ратифікацію поправки до Рамкової конвенції про охорону та сталий розвиток Карпат щодо нової статті 12bis «Зміна клімату» : Закон України від 02.12.2020 р. № 1039-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1039-20#Text> (дата звернення: 14.08.2023).
- [45] Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, від 27.06.2014 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (дата звернення: 14.08.2023).
- [46] Про затвердження Порядку проведення первинної оцінки стану імплементації актів права Європейського Союзу (acquis ЕС) : Постанова Кабінету Міністрів України від 28.02.2023 р. № 189. URL: <https://www.kmu.gov.ua/npras/pro-zatverdzhennia-poriadku-provedennia-pervynnoi-a189> (дата звернення: 17.08.2023).
- [47] Farge Emma. UN declares access to a clean environment a human right. *REUTERS*. October 8, 2021. URL: <https://www.reuters.com/business/environment/un-passes-resolution-making-clean-environment-access-human-right-2021-10-08/> (last accessed: 05.08.2023).
- [48] Otto F. E. L., Minnerop P., Raju E., Harrington L. J., Stuart-Smith R. F., Boyd E. et al. Law, Justice and the Role of Courts in Changing the Social Superstructure Narrative in Climate Litigation. *Global Policy*. 2023. No. 14. P. 416–419. <https://doi.org/10.1111/1758-5899.13174>.
- [49] Рішення Конституційного Суду Німеччини у справі Нойбауер проти Німеччини (Neubauer, et al. v. Germany) від 24 березня 2021 року № 1 BvR 2656/18. URL: <http://climatecasechart.com/non-us-case/neubauer-et-al-v-germany> (дата звернення: 16.08.2023).
- [50] Вперше суд зобов'язав приватну компанію скоротити викиди за Паризькою угодою. *Українська правда*. 27 трав. 2021 р. URL: <https://www.pravda.com.ua/news/2021/05/27/7295011/> (дата звернення: 16.08.2023).
- [51] Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres contre la Suisse: Cour Européenne de Droit de l'Homme app. No. 53600/20. 17 mars 2021. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:\[%22Verein%20KlimaSeniorinnen%20Schweiz%22\],%22cite%22:\[%22001-209313%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:[%22Verein%20KlimaSeniorinnen%20Schweiz%22],%22cite%22:[%22001-209313%22]}) (last accessed: 10.08.2023).

- [52] Carême c. France : Cour européenne de droit de l'homme app. No 7189/21. 7 juin 2022. URL : [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:\[%22Carême%20c.%20France%2021,%22itemid%22:\[%22002-13677%22\]} \(last accessed: 16.08.2023\).](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:[%22Carême%20c.%20France%2021,%22itemid%22:[%22002-13677%22]})
- [53] Constantino Alberto Abrantes Rodrigues and others Against Portugal: European Court of Human Rights Decision dated August 26, 2014. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:\[%22Duarte%20Agostinho%20and%20Others%20v.%20Portugal%20and%2032%20Other%20States,%20№%2039371/20%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-146554%22\]} \(last accessed: 10.08.2023\).](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:[%22Duarte%20Agostinho%20and%20Others%20v.%20Portugal%20and%2032%20Other%20States,%20№%2039371/20%22],[%22itemid%22:[%22001-146554%22]})
- [54] Про схвалення Концепції національної екологічної політики України на період до 2020 року» : розпорядження Кабінету Міністрів України від 17.10.2007 р. № 880-р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/880-2007-%D1%80#Text \(дата звернення: 22.08.2023\).](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/880-2007-%D1%80#Text)
- [55] Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року: Закон України від 21.12.2010 р. № 2818-VI. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2818-17#Text \(дата звернення: 22.08.2023\).](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2818-17#Text)
- [56] Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2030 року : Закон України від 28.02.2019 р. № 2697-VIII. URL : [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2697-19?find=1&text=%D0%B7%D0%B0%D1%85%D0%B8%D1%81%D1%82#w1_1 \(дата звернення: 16.08.2023\).](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2697-19?find=1&text=%D0%B7%D0%B0%D1%85%D0%B8%D1%81%D1%82#w1_1)
- [57] Національна економічна стратегія на період до 2030 року : Постанова Кабінету Міністрів України від 03.03.2021 р. № 179. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/179-2021-%D0%BF?find=1&text=%D0%BA%D0%BB%D1%96%D0%BC%D0%B0%D1%82#Text \(дата звернення: 10.08.2023\).](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/179-2021-%D0%BF?find=1&text=%D0%BA%D0%BB%D1%96%D0%BC%D0%B0%D1%82#Text)
- [58] Про схвалення Енергетичної стратегії України на період до 2035 року «Безпека, енергоефективність, конкурентоспроможність» : розпорядження Кабінету Міністрів України від 18.08.2017 р. № 605-р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/605-2017-%D1%80#Text \(дата звернення: 10.08.2023\).](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/605-2017-%D1%80#Text)
- [59] Енергетична стратегія України на період до 2050 року : розпорядження Кабінету Міністрів України від 21.04.2023 р. № 373-р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/373-2023-%D1%80#n6 \(дата звернення: 10.08.2023\).](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/373-2023-%D1%80#n6)
- [60] Рамкова конвенція ООН про зміну клімату : Конвенція ООН від 09.05.1992 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_044#Text. Набрання чинності для України міжнародного договору відбулось 11.08.1997 р.](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_044#Text)
- [61] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо державної системи моніторингу довкілля, інформації про стан довкілля (екологічної інформації) та інформаційного забезпечення управління у сфері довкілля : Закон України від 20.03.2023 р. № 2973-IX. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2973-20#n168 \(дата звернення: 16.08.2023\).](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2973-20#n168)
- [62] Деякі питання Міністерства захисту довкілля та природних ресурсів : Постанова Кабінету Міністрів України від 25.06.2020 р. № 614. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/614-2020-%D0%BF?find=1&text=%D0%BA%D0%BB%D1%96%D0%BC%D0%B0%D1%82#w1_1 \(дата звернення: 16.08.2023\).](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/614-2020-%D0%BF?find=1&text=%D0%BA%D0%BB%D1%96%D0%BC%D0%B0%D1%82#w1_1)
- [63] Положення про Міністерство аграрної політики та продовольства України : Постанова Кабінету Міністрів від 17.02.2021 р. № 124. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/124-2021-%D0%BF#n960 \(дата звернення: 16.08.2023\).](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/124-2021-%D0%BF#n960)

- [64] Bouwer K., John E., Luke O., & Rozhan A. Climate Change isn't Optional: Climate Change in the Core Law Curriculum. *Legal Studies*. 2023. Vol. 43, issue 2. P. 240–258. <https://doi.org/10.1017/lst.2022.35>.

References

- [1] Project of the Recovery Plan for Ukraine. Materials of the Working Group "Environmental Safety". Retrieved from https://uploads-ssl.webflow.com/625d81ec8313622a52e2f031/62dea19b8b3d4e2f5b65c8ce_%D0%95%D0%BA%D0%BE%D0%BB%D0%BE%D0%B3%D1%96%D1%87%D0%BD%D0%B0%20%D0%B1%D0%B5%D0%B7%D0%BF%D0%B5%D0%BA%D0%B0_%D0%B7%D0%B1%D1%96%D1%80%D0%BA%D0%B0_%D1%83%D0%BA%D1%80.pdf.
- [2] Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 326 "Procedure for determining the damage and losses caused to Ukraine as a result of armed aggression of the Russian Federation". (March 20, 2022). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/326-2022-%D0%BF?find=1&text=%D0%BA%D0%BB%D1%96%D0%BC%D0%B0%D1%82#Text>.
- [3] Intergovernmental Panel on Climate Change. (2023). AR6 Synthesis Report Climate Change. Retrieved from <https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/>.
- [4] Getman, A.P., & Anisimova, H.V. (2021). National Development Strategies in Terms of Ensuring Environmental Rights and Interests: Comparative Approach. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 28(4), 250-261. [https://doi.org/10.37635/jnalsu.28\(4\).2021.250-261](https://doi.org/10.37635/jnalsu.28(4).2021.250-261).
- [5] Getman, A.P., Shchokin, Y.V., & Shestopal, S.S. (2019). Content of human right to favorable environment in supply chain operations. *International Journal of Supply Chain Management*, 8(6), 519-532. Retrieved from <https://www.scopus.com/record/display.uri?eid=2-s2.0-85078268605&origin=resultlist>.
- [6] Getman, A.P., Getman, Y.A., & Lozo, V.I. (2019). Climate protection laws: European reality and Ukrainian prospects. *Environmental Policy and Law*, 49(2-3), 190-195. <https://doi.org/10.3233/EPL-190156>.
- [7] Vyniarska, M.H. (2019). *Organizational and Economic Principles of Implementation of Ukraine's Environmental Policy in the Context of Global Climate change*. PhD Thesis. Rivne.
- [8] Kachuriner, V.L. (2016). *Legal Regulation of the European Union's Environmental Policy in the Field of Production*. PhD Thesis. Odesa.
- [9] Kozak, Z. (2021). *Institutional-legal Basis for Climate Change Adaptation in Ukraine*. EU4Climate Project, November 2021. Retrieved from <https://climateadapt.enefcities.org.ua/wp-content/uploads/2022/10/adaptation-policy-stocktaking-ukr-9f3ffe4311-1.pdf>.
- [10] Kopytsia, Y.M. (2019). Ecological regulation in the field of legal support for combating climate change in Ukraine. *Actual Problems of Domestic Jurisprudence*, 6, 47-51. <https://doi.org/10.15421/391992>.
- [11] Lozo, O.V., & Havrylenko, K.O. (2021). Actual problems of legal climate protection in Ukraine. *Juridical Scientific Electronic Journal*, 12, 203-205. <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-12/49>.

- [12] Melnyk, O.S. et al. (2021). *Environmental Impact Assessment: Implementation of Nature Conservation Practices and EU Climate Policy*. Kherson: OLDI-PLUS.
- [13] Perga, T.Yu. (2014). *Global Environmental Policy and Ukraine*. Nizhyn: Publisher Lysenko M.M.
- [14] Polych, V.P. (2022). *Legal foundations of the fight against climate change in the law of the European Union*. Doctoral Thesis. Kharkiv.
- [15] Prokhorenko, K.A. (2013). *Climate as an Object of Environmental and Legal Protection in Ukraine*. PhD Thesis. Kyiv.
- [16] Felonyuk, D.L. (2023). *Modern Environmental Policy of Ukraine: Legal Foundations of Institutional-Functional Support for Formation and Implementation*. PhD Thesis. Odessa.
- [17] Yakovuk, I.V., & Tragniuk, L.Ya. (2023). Constitutional and Legal Foundations of Environmental Security Policy. *Juridical Scientific Electronic Journal*, 6, 272-276. <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2023-6/62>.
- [18] Jones, N. (2023). Prospects for Invoking the Law of Self-determination in International Climate Litigation. *RECIEL*, 32(2), 250-258. <https://doi.org/10.1111/reel.12494>.
- [19] Reynolds, J.L. (2019). An Economic Analysis of International Environmental Rights. *Int Environ Agreements*, 19, 557-575. <https://doi.org/10.1007/s10784-019-09454-7>.
- [20] Fisher, E. (November, 2019). Unearthing the Relationship Between Environmental Law and Populism. *Journal of Environmental Law*, 31(3), 383-387. <https://doi.org/10.1093/jel/eqz028>.
- [21] Wentz, J., McDonald, J., & McGee, J. (2019). Enhancing Resilience and Justice in Climate Adaptation Laws. *Transnational Environmental Law*, 8(1), 89-118. <https://doi.org/10.1017/S2047102518000286>.
- [22] Ammann, O., & Boussat, A. (2023). The Participation of Civil Society in European Union Environmental Law-Making Processes: A Critical Assessment of the European Commission's Consultations in Connection with the European Climate Law. *European Journal of Risk Regulation*, 14(2), 235-252. <https://doi.org/10.1017/err.2022.39>.
- [23] Mayer, B. (2022). Attribution Science and the Fate of Climate Litigation. *Global Policy*, 13, 831–832. <https://doi.org/10.1111/1758-5899.13153>.
- [24] Marcelo Bauer Pertille. (2023). Direito Penal Do Clima: A Autonomia Do Equilíbrio Climático Enquanto Bem Jurídico-Penal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 13(1), 110-128. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v13i1.8758>.
- [25] Venn, A. (ngac034, March, 2023). Rendering International Human Rights Law Fit for Purpose on Climate Change. *Human Rights Law Review*, 23(1). <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngac034>.
- [26] Decision (EU) 2022/591 of the European Parliament and of the Council of 6 April 2022 on the Union's General Environment Action Programme to 2030. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32022D0591>.
- [27] 8th Environment Action Programme as a Legally Binding Shared Agenda for EU Environmental Policy until 2030. Retrieved from https://environment.ec.europa.eu/strategy/environment-action-programme-2030_en.
- [28] Fit for 55. European Council. Council of the European Union. Retrieved from <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/climate-change/>.
- [29] Premier-minister of Ukraine and Vice-President of the European Commission signed a Memorandum on strategic partnership in the raw materials sector. Retrieved from <https://>

- www.kmu.gov.ua/news/premyer-ministr-ukrayini-ta-vice-prezident-yevrokomisiyi-pidpisali-memorandum-pro-strategichne-partnerstvo-u-sirovinnij-galuzi.
- [30] The EU and Ukraine have Launched a Strategic Partnership in the Critical Raw Materials sector. Retrieved from <https://mig.com.ua/ies-ta-ukraina-zapochatkuvali-strategichne-partnerstvo-v-sferi-kritichnoi-sirovini/>.
- [31] Ukraine is Ready to Adhere to the European "Green" Course Despite Russian Aggression – Minister of Ecology. Retrieved from <https://interfax.com.ua/news/greendeal/888682.html>.
- [32] Critical Raw Materials: Ensuring Secure and Sustainable Supply Chains for EU's Green and Digital Future. (2023). *European Commission*. (Press release). Retrieved from https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_1661.
- [33] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Establishing a Framework of Measures for Strengthening Europe's Net-zero Technology Products Manufacturing Ecosystem (Net Zero Industry Act). (2023). *European Commission*. (COM(2023) 161 final). Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52023PC0161>.
- [34] Net Zero Industry Act [COM(2023) 161, SWD(2023) 68]. (2023). *European Commission*. Retrieved from https://single-market-economy.ec.europa.eu/publications/net-zero-industry-act_en.
- [35] Commission Proposes Reform of the EU Electricity Market Design to Boost Renewables, Better Protect Consumers and Enhance Industrial Competitiveness. (2023). *European Commission*. (Press release). URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_1591.
- [36] Ukrainian Doctrine. Prototype. President Zelensky, Speaking in the Verkhovna Rada on the Occasion of the 27th Anniversary of the Adoption of the Constitution of Ukraine, Proposed for Nationwide Discussion the Main Guidelines of the Future Ukrainian Doctrine. Retrieved from <https://www.ukrinform.ua/rubric-politics/3729347-ukrainska-doktrina-proobraz.html>.
- [37] Law of Ukraine No. 435/96-VR "On Ratification of the UN Framework Convention on Climate Change". (October 29, 1996). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435/96-%D0%B2%D1%80#Text>.
- [38] Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 650 "Climate program of Ukraine". (June 28, 1997). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/650-97-%D0%BF#Text>.
- [39] Resolution of the Verkhovna Rada of Ukraine No. 188/98-P "On the basic directions of state policy in the field of environmental protection, use of natural resources and environmental safety". (March 5, 1998). Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/188/98-%D0%B2%D1%80?find=1&text=%D1%81%D1%83%D0%B4#w1_1.
- [40] Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 932 "Concept for implementing state policy in the field of climate change until 2030". (December 7, 2016). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/932-2016-%D1%80#Text>.
- [41] Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 1363-r "Strategy for environmental security and adaptation to climate change until 2030". (October 20, 2021). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1363-2021-%D1%80#Text>.
- [42] Protocol decision of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 28 "Low-carbon development strategy for Ukraine until 2050". (July 18, 2018). Retrieved from <https://>

mepr.gov.ua/diyalnist/napryamky/zmina-klimatu/pom-yakshennya-zminy-klimatu/strategiya-nyzkovugletsevogo-rozvytku-ukrayiny-do-2050-roku/.

- [43] Law of Ukraine No. 435/96 "Amendment to the Framework Convention on the Protection and Sustainable Development of the Carpathians regarding the new Article 12bis «Climate Change". International document (October 10, 2017). Czech Republic, Hungary, Poland, Romania, Serbia, Slovakia, Ukraine Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435/96-%D0%B2%D1%80#Text>.
- [44] Law of Ukraine No. 1039-IX "On Ratification of the Amendment to the Framework Convention for the Protection and Sustainable Development of the Carpathians regarding new Article 12bis "Climate Change". (December 2, 2020). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1039-20#Text>.
- [45] Agreement "Association Agreement between Ukraine and the European Union". (June 27, 2014). Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011.
- [46] Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 189 "On Approval of the Procedure for Conducting Primary Assessment of Implementation of Acts of EU Law (acquis EU)". (February 28, 2023). Retrieved from <https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-zatverdzhennia-poriadku-provedennia-pervynnoi-a189>.
- [47] Farge, Emma. (October 8, 2021). UN declares access to a clean environment a human right. *REUTERS*. Retrieved from <https://www.reuters.com/business/environment/un-passes-resolution-making-clean-environment-access-human-right-2021-10-08/>.
- [48] Otto, F.E.L., Minnerop, P., Raju, E., Harrington, L.J., Stuart-Smith, R.F., & Boyd, E. et al. (2023). Law, justice and the role of courts in changing the social superstructure narrative in climate litigation. *Global Policy*, 14, 416-419. <https://doi.org/10.1111/1758-5899.13174>.
- [49] Decision of the Federal Constitutional Court of Germany No. 1 BvR 2656/18 in the case of Neubauer v. Germany (Neubauer et al. v. Germany). (March 24, 2021). Retrieved from <http://climatecasechart.com/non-us-case/neubauer-et-al-v-germany>.
- [50] For the first time, a court has ordered a private company to reduce emissions under the Paris Agreement. (May 27, 2021). *Ukrainian Pravda*. Retrieved from <https://www.pravda.com.ua/news/2021/05/27/7295011/>.
- [51] Decision of of the European Court of Human Rights app. No. 53600/20 "Verein Klimaseniorinnen Schweiz et autres contre la Suisse". (March 17, 2021). Retrieved from [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:\[%22Verein%20KlimaSeniorinnen%20Schweiz%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-209313%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:[%22Verein%20KlimaSeniorinnen%20Schweiz%22],[%22itemid%22:[%22001-209313%22])}}
- [52] Decision of of the European Court of Human Rights app. No 7189/21 "Carême v. France". (June 7, 2022). Retrieved from [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:\[%22Car%20c.%20France%22\],\[%22itemid%22:\[%22002-13677%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:[%22Car%20c.%20France%22],[%22itemid%22:[%22002-13677%22])}}
- [53] Decision of of the European Court of Human Rights "Constantino Alberto ABRANTES RODRIGUES and others against Portugal". (August 26, 2014). Retrieved from [https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:\[%22Duarte%20Agostinho%20and%20Others%20v.%20Portugal%20and%2032%20Other%20States,%20N%2039371/20%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-146554%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/#{%22fulltext%22:[%22Duarte%20Agostinho%20and%20Others%20v.%20Portugal%20and%2032%20Other%20States,%20N%2039371/20%22],[%22itemid%22:[%22001-146554%22])}}
- [54] Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 880-r Cabinet of Ministers of Ukraine Concept of national environmental policy of Ukraine until 2020. (2007). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/880-2007-%D1%80#Text>.

- [55] Law of Ukraine No. 2818-VI "On the Basic Principles (Strategy) of State Environmental Policy of Ukraine until 2020". (December 21, 2010). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2818-17#Text>.
- [56] Law of Ukraine No. 2697-VIII "On the Basic Principles (Strategy) of State Environmental Policy of Ukraine until 2030". (February 28, 2019). Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2697-19?find=1&text=%D0%B7%D0%B0%D1%85%D0%B8%D1%81%D1%82#w1_1.
- [57] Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 179 "National Economic Strategy until 2030". (March 03, 2021). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/179-2021-%D0%BF?find=1&text=%D0%BA%D0%BB%D1%96%D0%BC%D0%B0%D1%82#Text>.
- [58] Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 605-p "Energy Strategy of Ukraine until 2035 "Security, Energy Efficiency, Competitiveness". (August 18, 2017). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/605-2017-%D1%80#Text>.
- [59] Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 373-r "Energy Strategy of Ukraine until 2050". (April 21, 2023). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/373-2023-%D1%80#n6>.
- [60] United Nations Convention "United Nations Framework Convention on Climate Change" (May 9, 1992). Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_044#Text. The international agreement came into force for Ukraine on August 11, 1997.
- [61] Law of Ukraine No. 2973-IX "On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on the State Environmental Monitoring System, Environmental Information (Ecological Information) and Information Support for Environmental Management". (March 20, 2023). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2973-20#n168>.
- [62] Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 614 "Some issues of the Ministry of Environmental Protection and Natural Resources (2020)". (June 25, 2020). Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/614-2020-%D0%BF?find=1&text=%D0%BA%D0%BB%D1%96%D0%BC%D0%B0%D1%82#w1_1.
- [63] Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 124 "Regulation on the Ministry of Agrarian Policy and Food of Ukraine". (February 17, 2021). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/124-2021-%D0%BF#n960>.
- [64] Bouwer, K., John, E., Luke, O., & Rozhan, A. (2023). Climate Change isn't Optional: Climate Change in the Core Law Curriculum. *Legal Studies*, 43(2), 240-258. <https://doi.org/10.1017/lst.2022.35>.

Анатолій Павлович Гетьман

доктор юридичних наук, професор,

академік НАПрН України,

ректор

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна

e-mail: prof.getman@gmail.com

Scopus Author ID: 55131901800

ORCID 0000-0002-1987-2760

Ганна Валеріївна Анісімова

докторка юридичних наук, професорка,
професорка кафедри екологічного права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: g.v.anisimova@nlu.edu.ua
Scopus Author ID: 57208054627
ORCID 0000-0003-0579-7007
Publons Web of Science Researcher ID C-8160-2019

Anatolii P. Getman

Doctor of Law, Professor,
Academician of National Academy of Legal Sciences of Ukraine,
Rector
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: prof.getman@gmail.com
Scopus Author ID: 55131901800
ORCID 0000-0002-1987-2760

Hanna V. Anisimova

Doctor of Law, Professor,
Professor of the Department of Environmental Law
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: g.v.anisimova@nlu.edu.ua
Scopus Author ID: 57208054627
ORCID 0000-0003-0579-7007
Publons Web of Science Researcher ID C-8160-2019

Рекомендоване цитування: Гетьман А. П., Анісімова Г. В. Кліматичні законодавство і правовідносини: сучасний стан та перспективи розвитку в контексті забезпечення національної безпеки. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 162. С. 6–37. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.287135>.

Suggested Citation: Getman, A.P., & Anisimova, H.V. (2023). Climate Legislation and Legal Relations: Current State and Development Prospects Within the National Security Framework. *Problems of Legality*, 162, 6-37. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.287135>.

Статтю подано / Submitted: 24.08.2023
Доопрацьовано / Revised: 14.09.2023
Схвалено до друку / Accepted: 08.09.2023
Опубліковано / Published: 28.09.2023

Електронні технології на виборах та референдумах: теорія і практика

Катерина Олександрівна Павшук*

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

*e-mail: k.o.pavshuk@nlu.edu.ua

Анотація

Статтю присвячено дослідженню теорії і практики застосування електронних технологій на виборах та референдумах у контексті гарантування утвердження міжнародних принципів виборчого права. Актуальність теми пов'язана із прийняттям Закону України «Про всеукраїнський референдум», який дозволяє застосування інформаційно-телекомунікаційних технологій під час його організації та проведення. Предмет дослідження становлять теорія і практика застосування електронних технологій на виборах та референдумах в Україні й за її межами. Мета статті полягає в аналізі застосування електронних технологій у процесі адміністрування, підготовки та проведення виборів, які аналогічно можуть використовуватися і на всеукраїнському референдумі в контексті забезпечення принципів виборчого права, а також з'ясування технічної сторони їх реалізації. У дослідженні застосовано метод аналізу та синтезу наукової інформації, порівняльно-правовий і діалектичний методи наукового пізнання. Досліджено норми вітчизняного законодавства про проведення виборів та всеукраїнського референдуму щодо використання електронних технологій. Проаналізовано міжнародні стандарти реалізації технології e-voting, а також основні рекомендації Венеційської комісії та Комітету міністрів щодо запобігання порушенням принципу чесних та вільних виборів під час застосування інформаційних технологій. Особливу увагу приділено вивченню правових висновків судів іноземних держав стосовно проблемних аспектів та можливого порушення принципів голосування під час використання технології e-voting (США, ФРН, Індія, Албанія). Сформульовано висновок про те, що міжнародна спільнота не розмежовує використання програм електронного голосування на виборах та референдумах, застосовуючи однакові підходи в реалізації виборчих принципів. Окреслено рекомендації для вітчизняної законопроектної діяльності та практики адміністрування виборів. Виявлено можливе використання таких провідних інформаційно-телекомунікаційних технологій, як біометрична ідентифікація, онлайн-реєстрація політичних партій і кандидатів, електронне голосування, оптичне сканування паперових бюлетенів, фіксація паперового сліду, криптографія тощо. Аналіз судової практики дав змогу дійти висновку, що для дотримання публічного характеру виборчого процесу важливим є гарантування кібербезпеки, захисту персональних

даних та результатів волевиявлення шляхом фіксації паперового сліду. Насамкінець, повернуто увагу до проблеми законодавчої регламентації електронних процедур під час проведення всеукраїнського референдуму без їх узгодженості та гармонізації із положеннями Виборчого кодексу України. Підкреслено застарілість процедури ініціювання всенародного референдуму, закріпленої в Конституції України та деталізованої в законі, що потребує модернізації.

Ключові слова: електронна демократія; всеукраїнський референдум; інформаційні технології; автоматизована інформаційно-телекомунікаційна система; електронне голосування.

Electronic Technologies in Elections and Referendums: Theory and Practice

Kateryna O. Pavshuk*

Yaroslav Mudryi National Law University,
Kharkiv, Ukraine

*e-mail: k.o.pavshuk@nlu.edu.ua

Abstract

The article is devoted to the study of the theory and practice of using electronic technologies in elections and referendums in the context of guaranteeing the established international principles of electoral law. The relevance of the topic is related to the adoption of the Law of Ukraine "On the All-Ukrainian Referendum", which allows the use of information and telecommunication technologies during its organization and conduct. The subject of the study is the theory and practice of using electronic technologies in elections and referendums in Ukraine and abroad. The purpose of the article is to analyze the use of electronic technologies in the process of administration, preparation and conduct of elections, which can be similarly used in the all-Ukrainian referendum in the context of ensuring the principles of electoral law, and also to clarify the technical side of their implementation. The study applies the method of analysis and synthesis of scientific information, comparative legal and dialectical methods of scientific cognition. The norms of domestic legislation on holding elections and the all-Ukrainian referendum on the use of electronic technologies have been studied. International standards of the implementation of e-voting technology, as well as the main recommendations of the Venice Commission and the Committee of Ministers on preventing violations of the principle of fair and free elections during the use of information technologies, were analyzed. Special attention was paid to the study of legal opinions of courts of foreign countries regarding problematic aspects and possible violation of voting principles when using e-voting technology (USA, Germany, India, Albania). It was concluded that the international community does not distinguish between using of electronic voting programs in elections and referendums, applying the same approaches to the implementation of electoral principles. Recommendations for domestic legislative activity and the practice of election administration are outlined. The possible use of such leading information and telecommunication technologies as biometric identification, online

registration of political parties and candidates, electronic voting, optical scanning of paper ballots, recording of a paper trail, cryptography, etc. has been revealed. The analysis of judicial practice made it possible to conclude that in order to comply with the public nature of the election process it is important to guarantee cybersecurity, protection of personal data and the results of will detection by recording a paper trail. Finally, attention was drawn to the problem of legislative regulation of electronic procedures during the all-Ukrainian referendum without their consistency and harmonization with the provisions of the Election Code of Ukraine. The obsolescence of the procedure for initiating a national referendum enshrined in the Constitution of Ukraine and detailed in the law, which needs to be modernized, is emphasized.

Keywords: electronic democracy; all-Ukrainian referendum; information technologies; automated information and telecommunication system; electronic voting.

Вступ

Довгоочікуваною подією стало набрання чинності Законом України «Про всеукраїнський референдум», що поклав кінець неврегульованості реалізації референдумної демократії в Україні, натомість поставивши питання, які на сьогодні залишаються відкритими. Мова йде, зокрема, про використання автоматизованої інформаційно-телекомунікаційної системи для адміністрування і проведення всеукраїнського референдуму. Натомість, проблемним залишається питання самої перспективи впровадження в Україні електронної системи голосування, так само як і готовність громадян до такого нововведення. З погляду розробників законопроекту «Про Концепцію “Запровадження системи електронного голосування в Україні”» (щоправда, в далекому 2011 р.) запровадженню електронної системи сприяє висока комп’ютерна грамотність населення, особливо молодих і підростаючих поколінь виборців, масове використання мобільного зв’язку, суцільне покриття території України стільниковим та E-mail зв’язком, наявність серверного обладнання в ЦВК та окружних виборчих комісіях, прагнення суттєвої кількості громадян користуватися новітніми комунікаційними технологіями [1]. До того ж, інноваційна розробка та використання застосунку «Дія» наблизила громадян до такої можливості. Попри це, забезпечення прозорості, чесності та демократичності виборів покладається на державу в разі використання системи e-voting.

Звісно, аналіз новітніх виборчих технологій неможливий без вивчення іноземного досвіду їх використання. Роботи низки авторів звернені до проблем, які виникають під час використання системи e-voting за кордоном: А.-М. Ооствеена, П. ван ден Бесселаара [2], С. Каарлса [3], М. Прандіні, Л. Сарторі [4]. Дослідження проблеми імплементації електронного голосування в Україні останніми роками здійснюють науковці, практики та

експерти. Серед них, зокрема, М. Афанасьєва [5], О. Бойко [6], на рівні дисертаційного дослідження О. Романчук [7] та ін. І хоча експертні кола почали обговорювати таку можливість вже давно, українська наукова спільнота, звертаючись до теорії електронної демократії та електронного уряду в світлі міжнародної практики, зондує можливість запозичення такої практики і для України, сподіваючись на підтримку прогресивних ідей із боку парламентарів і органів адміністрування виборів та референдумів.

Метою цієї наукової статті є аналіз застосування електронних технологій в процесі адміністрування, підготовки та проведення виборів, які аналогічно можуть використовуватися і на всеукраїнському референдумі в контексті забезпечення принципів виборчого права, а також з'ясування технічної сторони їх реалізації. Для досягнення поставленої мети ставиться завданням вивчити міжнародну судову практику щодо забезпечення реалізації стандартів проведення електронного голосування. Досягнення мети цього дослідження потребує вирішення таких завдань: 1) дослідити норми вітчизняного законодавства про проведення виборів та всеукраїнського референдуму щодо використання електронних технологій; 2) визначити основні перепони, що можуть стати на заваді реалізації нормативно закріплених новел; 3) проаналізувати міжнародні стандарти реалізації технології e-voting; 4) приділити особливу увагу детальному вивченню правових висновків судів щодо проблемних аспектів можливого порушення принципів голосування під час використання технології e-voting; 5) окреслити рекомендації для вітчизняної законопроектної діяльності та практики адміністрування виборів.

Матеріали та методи

Методологічно перша частина дослідження, що присвячена розкриттю принципів електронного голосування, побудована на аналізі українського виборчого законодавства щодо ймовірності застосування електронних технологій у контексті запобігання порушенням конституційних принципів та міжнародних стандартів демократичного голосування, зокрема положень Конституції України, Виборчого кодексу України, Закону України «Про всеукраїнський референдум», інших нормативно-правових актів, які стосуються предмета дослідження. Для досягнення мети дослідження та виконання поставлених завдань використовуються рекомендації Комітету міністрів та Венеційської комісії щодо правових, операційних і технічних стандартів електронного голосування, їх висновки та звіти стосовно дотримання міжнародних виборчих принципів під час використання електронних технологій.

Однією з проблем є забезпечення надійності та безпечності електронних засобів. Важливо враховувати взаємозв'язок між юридичними, операційними

та технічними аспектами електронного голосування. Для уникнення масових фальсифікацій результатів голосування будуть досліджуватися знані інформаційно-комунікативні технології, що застосовуються у світі, зокрема біометрична ідентифікація, онлайн-реєстрація політичних партій і кандидатів (реалізація пасивного виборчого права), саме електронне голосування як використання технічних засобів для реалізації активного виборчого права, оптичне сканування паперових бюлетенів, криптографія для захисту конфіденційних даних тощо.

У другій його частині, де згадується судова виборча практика іноземних держав, з'ясовується, як норми матеріального права реалізуються у виборчій практиці. Враховуючи специфіку досліджуваної проблематики та відсутність українського досвіду електронного голосування, основою для подальших висновків є практика конституційних судів та судів загальної юрисдикції тих країн світу, які під час впровадження та використання системи e-voting стикалися з проблемою порушення міжнародних принципів виборчого права, зокрема, чесне, таємне, вільне та одноразове голосування. Досліджується практика ФРН та США як держав, які можуть похизуватися сталими демократичними традиціями та є взірцями для країн романо-германської та англо-американської правових сімей відповідно. А так само проблеми застосування електронних технологій на виборах у країнах молоді демократії, зокрема Індії та Албанії. За допомогою порівняння правових позицій судів держав із різним законодавством будуть синтезовані універсальні для всіх принципи і підходи до організації та проведення електронного голосування.

Для вивчення проблематики застосування електронних технологій у процесі адміністрування, підготовки та проведення виборів, які аналогічно можуть використовуватися і на всеукраїнському референдумі в контексті забезпечення принципів виборчого права, а також вивчення технічної сторони їх реалізації і завдань в обох змістових частинах дослідження переважно застосовуватиметься метод аналізу та синтезу інформації.

Скориставшись порівняльно-правовим методом, здійснюється аналіз зарубіжної практики процедур електронного голосування, де така можливість є не факультативною, а обов'язковою. У роботі приділено увагу взірцевому для України досвіду Швейцарії, де місцеві референдуми в окремих кантонах проводяться в електронному форматі, та Естонії, де референдуми хоч і не проводилися, але існує законодавчо закріплена можливість використання програм електронного голосування на всіх видах виборів та референдумів. Спираючись на можливість застосування ЦВК засобів автоматизованої інформаційно-телекомунікаційної системи, особливо складною видається

процедура адміністрування виборчого та референдумного процесу через недостатню нормативну врегульованість її використання. Окремо досліджується процедура ініціювання всенародного референдуму в Україні з позицій доцільності повної або часткової її зміни на проведення в електронному форматі.

За допомогою діалектичного методу сформульовано висновки та надано рекомендації щодо дослідження українських проблем і перспектив застосування системи e-voting на виборах та референдумах у третій частині дослідження.

Кожен підрозділ змісту основної частини дослідження містить викладені як проміжні, так і підсумкові висновки, що дає змогу виявити логіку та послідовність міркувань авторки дослідження, її пропозиції щодо подальшого застосування електронних технологій у виборчому процесі в Україні.

Результати та обговорення

Принципи електронного голосування

Висновок Венеційської комісії щодо проекту Закону «Про народовладдя через всеукраїнський референдум» № 3612, який згодом було прийнято як Закон України «Про всеукраїнський референдум», опублікований відповідно до протоколу щодо підготовки термінових висновків 21.07.2020 р. У ньому Венеційська комісія рекомендувала гармонізувати законопроект із виборчим законодавством для подальшого посилення механізмів доступності референдумів для осіб з обмеженими можливостями та створити механізми, які практично сприятимуть ефективному й змістовному виконанню виборчих прав внутрішньо переміщених осіб. Так само у висновку йдеться про рекомендацію виключити із законопроекту положення про електронне голосування й урегулювати їх пізніше, шляхом прийняття окремого закону, який також би стосувався місцевих, парламентських і президентських виборів [8].

Попри це, у ст. 18 Виборчого кодексу України (в редакції Закону № 805-IX від 16.07.2020) зазначено, що Центральна виборча комісія може прийняти рішення про впровадження інноваційних технологій, технічних та програмних засобів під час організації та проведення виборів у формі проведення експерименту або пілотного проекту стосовно: голосування виборців на виборчій дільниці за допомогою технічних засобів та програмних засобів (машинне голосування); проведення підрахунку голосів виборців за допомогою технічних засобів для електронного підрахунку голосів; складання протоколів про підрахунок голосів, підсумки та результати голосування з використанням інформаційно-аналітичної системи [9].

До того ж, у низці статей прийнятого Закону згадується можливість реалізації права голосу за допомогою електронного голосування. Зокрема, у ст. 13 йдеться про те, що кожен виборець на конкретному всеукраїнському референдумі може реалізувати право голосу лише один раз і лише на одній ділянці з всеукраїнського референдуму шляхом подання бюлетеня для голосування у паперовій формі або шляхом електронного голосування в порядку, визначеному законом. У Законі зазначено, що для підготовки організації і проведення електронного голосування та підрахунку голосів виборців на всеукраїнському референдумі на тимчасовій основі відповідно до цього Закону утворюється спеціальна ділянка з електронного голосування (ч. 2 ст. 38) та встановлено, що виборець не пізніше як за п'ять днів до дня голосування може звернутися до органу ведення Державного реєстру виборців із заявою про включення його до списку виборців спеціальної ділянки з електронного голосування. Така заява може бути подана виборцем особисто в паперовому вигляді або в електронній формі засобами автоматизованої інформаційно-телекомунікаційної системи. Заява в електронній формі створюється з використанням кваліфікованого електронного підпису (ст. 57) тощо [10].

У сучасній міжнародній виборчій практиці мова йде про використання інформаційно-комунікаційних технологій не лише для проведення виборів, а й їх підготовки та адміністрування. До прикладу, алгоритми біометричного зіставлення, які застосовуються для виявлення подвійної реєстрації виборців, використовуються для доповнення або удосконалення в інший спосіб різних частин виборчого процесу, таких як реєстрація виборців та передача результатів [11].

Принагідно буде звернути увагу на той факт, що не існує універсальних міжнародних стандартів щодо використання технологій під час виборів. Комітетом міністрів 14 червня 2017 р. прийнята Рекомендація СМ/Rec(2017)51 щодо стандартів електронного голосування, а так само добірка висновків та звітів Венеційської комісії щодо ЗМІ та виборів 2018 р. Раніше, у 2004 р., Комітет міністрів надав рекомендації Rec(2004)11 державам-членам щодо правових, операційних і технічних стандартів електронного голосування, де зазначено, що електронне голосування має поважати всі принципи демократичних виборів і референдумів. Електронне голосування має бути таким же надійним і безпечним, як і демократичні вибори та референдуми, які не передбачають використання електронних засобів. Необхідно враховувати взаємозв'язок між юридичними, операційними та технічними аспектами електронного голосування [12]. До класичних міжнародних стандартів прозорості та доброчесності виборчого процесу слід додати стандарти гаранту-

вання кібербезпеки, адже через новітні технології, що використовуються при підготовці й проведенні електронного голосування, можливі масові фальсифікації результатів голосування. Серед таких інформаційно-комунікативних технологій, що застосовуються, виокремлюють біометричну ідентифікацію, онлайн-реєстрацію політичних партій і кандидатів (реалізація пасивного виборчого права), саме електронне голосування як використання технічних засобів для реалізації активного виборчого права, оптичне сканування паперових бюлетенів, криптографію для захисту конфіденційних даних тощо [12].

Судова практика іноземних держав

Убачається, що перш ніж здійснювати спробу впроваджувати конкретні програми електронного голосування в Україні, неабияк корисним буде дослідження практики іноземних держав щодо ймовірного порушення конституційних принципів та міжнародних стандартів виборчого процесу. У Німеччині у 2005 р. Федеральний конституційний суд вирішував питання щодо того, що виборче законодавство та конкретні програми електронного голосування порушували принцип «публічного» характеру виборів, згідно з яким основні етапи виборів повинні «підлягати можливості громадського контролю» та чи є реальні підстави для анулювання результатів голосування. Скаржники вимагали визнати вибори недійсними та повторити їх із виборчими бюлетенями і скриньками. Вони також стверджували, що принцип рівності було порушено через неоднакове ставлення до виборців, які використовували бюлетені, і виборців, які використовували такі програми. У своєму рішенні від 2009 р. суд постановив, що один із законів, про який ішлося, справді дозволяв використання пристроїв для голосування без ефективного моніторингу голосування чи результатів, а отже, був неконституційним. Суд визнав, що використані програми електронного голосування були несумісними з принципом громадського контролю; голоси фіксувалися лише на електронному носії, тож, виборці не могли перевірити свої голоси, а могли лише побачити, що пристрої зареєстрували бюлетень [13]. Як зазначив Верховний суд Індії у справі *Swamy. Election Commission* в Індії довіри виборців до пристроїв електронного голосування можна досягти лише за допомогою впровадження паперового сліду [14]. Суд ФРН установив, що жодна процедура не повинна позбавляти виборця можливості перевірити, «чи його або її голос було зафіксовано нефальсифікованим чином і враховано при встановленні результатів виборів, а також як загальна кількість поданих голосів розподілена та підрахована» [13]. Однак щодо засобів правового захисту – суд не розпустив Бундестаг, заявивши, що за відсутності доказів маніпуляцій або доказів того, що результати були б іншими без програм

електронного голосування, не було достатніх підстав для визнання виборів недійсними. Варто також зазначити, що рішення суду було ухвалене через чотири роки після виборів 2005 року і що обрані особи вже провели в Бундестазі майже повний термін [11]. Схожою була ситуація у штаті Джорджія, США. У справі Федерального окружного суду Сполучених Штатів *Curling v. Raffensperger* (2019) у штаті Джорджія позивачі стверджували, що застаріла система електронного голосування в Джорджії обмежує передбачені Першою та Четирнадцятою поправками до Конституції права виборців віддавати голоси, які будуть належним чином підраховані [15]. Система електронного голосування, впроваджена секретарем штату Джорджія, повинна була мати паперовий слід, проте цей слід не було реалізовано жодного разу впродовж 20 років використання системи. Крім того, суд установив, що програмне забезпечення, використовуване для безпосередньої фіксації електронного голосування (DRE), було застарілим, ненадійним і вразливим до кібератак. У 2018 р. звітом Національних академій наук, інженерії та медицини та асоційованої Національної дослідницької ради було встановлено, що система електронного голосування, яка використовувалась у Джорджії, мала серйозні безпекові вади, і оскільки вади були помічені, Суд схвалив перехід на нову систему електронного голосування (пристрої для міток у бюлетенях, в яких виборець використовує сенсорний екран, а потім роздруковує паперовий бюлетень, який зчитується оптичним сканером) і наказав штату розробити плани, які міститимуть положення про аудит, на випадок непередбачених обставин [11; 15].

Українські проблеми та перспективи застосування системи e-voting

Повернемося до питання про ймовірний перехід на хоча б часткове застосування е-голосування в референдумному процесі, адже проблеми, окреслені вище, стосуються дотримання міжнародних стандартів голосування на виборах. Дотримуватися таких стандартів вдається поки що єдиній державі на Європейському континенті, яка використовує електронну систему голосування як на всіх видах виборів, так і на референдумах. Мова йде про Естонію. В Естонії ніколи не було референдумів, але можливості для їх проведення, зокрема онлайн, існують з 2005 р.

Саме тоді Естонія провела перші муніципальні вибори з юридично обов'язковою можливістю електронного голосування.

Незважаючи на те, що естонці на той момент вже кілька років успішно користувалися послугами цифрової держави, наприклад, інтернет-банкінгом, е-податковою і навіть е-паркуванням, на виборах у 2005 р. лише 2 % виборців голосували онлайн.

Проте на парламентських виборах у 2019 р. електронних голосів було вже більш як 46 %, включаючи тих естонців, хто живе за кордоном [16].

Унікальність референдуму як інституту учасницької демократії полягає в можливості його ініціювання громадянами України відповідно до вимог, закріплених Конституцією України. Нагадаємо, що треба зібрати 3 мільйони підписів не менше як у 2/3 областей і не менше як по 100 тисяч підписів у кожній області протягом 90 днів. Відповідно до ст. 23 Закону України «Про всеукраїнський референдум» для організації та проведення всеукраїнського референдуму використовується автоматизована інформаційно-телекомунікаційна система як компонент автоматизованої інформаційної системи, що застосовується при проведенні виборів та референдумів, порядок створення і функціонування якої затверджується ЦВК. Дивно, але на фоні спроб застосувати інформаційні технології та електронні методи у проведенні референдумів в Україні, жодної можливості здійснити народне ініціювання референдуму за допомогою цих технологій законом не передбачено. Виборець може реалізувати своє право підтримки ініціативи проведення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою шляхом підписання підписного листа у паперовому вигляді. Проте логіка законодавця зрозуміла, адже в такому разі можна ставити питання про неконституційність зміненої процедури ініціювання всеукраїнського референдуму. На наше глибоке переконання, враховуючи неприховану складність процедури ініціювання референдуму, а також важливість цього демократичного інституту, заміну традиційних методів інноваційними, доречно було б надати можливість громадянам України підтримати ініціативу проведення референдуму в тому числі й електронними засобами.

Електронне голосування застосовується на місцевих референдумах у Швейцарії. Зокрема, всі виборці одержують карту з можливістю вибору 3-х способів голосування. Виборці можуть відвідати спеціальний вебсайт, увести персональний код і одержати бюлетень для голосування, що здійснювалося шляхом його заповнення, введення коду безпеки та відправлення бюлетеня [1; 17, с. 152].

Наразі така система повністю працює лише в Естонії – там вона застосовується на місцевих виборах з 2005 р., а на парламентських – з 2007 р., при цьому на останніх виборах 2019 р. через Інтернет проголосувало 43,8 % виборців. В основі системи електронного голосування Естонії лежить використання мережі Інтернет, а також спеціальної ідентифікаційної картки, яка посвідчує особу виборця. Голосування через Інтернет в Естонії проходить у період дострокового голосування (від шести до чотирьох днів до

дня виборів). Виборці можуть змінити свій електронний голос необмежену кількість разів, закріпивши остаточний голос. Останні зміни допускають можливість остаточного голосування безпосередньо на виборчій дільниці, яке скасовуватиме попередньо зроблений виборцем електронний вибір [18, с. 103].

Відсутність паралельної фіксації електронних голосів традиційним паперовим методом не лише відкриває шлях до фальсифікацій та маніпуляцій, ускладнює оскарження результатів голосування, а й порушує принцип вільних і чесних виборів.

Тому цілком не можна віддавати перевагу електронному голосуванню без здійснення фіксації паперового сліду. Електронне голосування як на виборах, так і на референдумі, особливо в умовах «пілотного» проєкту та відсутності досвіду, має бути додатковим до традиційного способу реалізації активного і пасивного виборчого права.

До того ж, слід бути свідомими того, що процес упровадження будь-яких технологій потребує тривалого часу. Початок апробації електронного голосування у жодному разі не повинен збігатися з початком передвиборчої кампанії чи референдумного процесу. Так, в Індії та Сполучених Штатах суди приймали рішення на користь впровадження змін у використанні технологій на виборах тільки зі значними запасами часу [11]. А ось в Албанії на виборах 2021 р. процес закупівлі обладнання для голосування закінчився за місяць до виборів, а конфігурація програмного забезпечення – за тиждень до дня голосування, що залишило короткий підготовчий період [19].

Логічно було б сформулювати висновок зі звітів місії ОБСЄ/БДПЛ про вибори та використання виборчих технологій, що вдалому впровадженню електронного голосування має передувати змістовний публічний дискурс, незалежний аналіз новітніх технологій та відведений на це прийнятний і достатній час. В іншому випадку, нівелювання такими вимогами може підірвати суспільну довіру до демократичних виборчих інституцій та спричинити зростання абсентеїзму.

Ще не варто оминати увагою проблему використання автоматизованої інформаційно-телекомунікаційної системи як компоненти автоматизованої інформаційної системи для забезпечення потреб адміністрування та проведення референдумів. Попри те, що процедури електронного голосування в Україні раніше ніколи не використовувалися, можна стверджувати, що здійснено певну технічну підготовку до впровадження електронного голосування: запроваджено сучасні електронні методи ідентифікації особи, серед яких внутрішні паспорти у вигляді ID-карток та біометричні закордонні

паспорти громадян України, MobileID, BankID, які в перспективі можуть використовуватися для ідентифікації виборця під час електронного голосування; громадяни України мають можливість отримати електронний цифровий підпис (ЕЦП), яким у майбутньому можна буде скористатися при підтвердженні вибору (поданні голосу) під час електронного голосування через спеціальний сервіс на сайті Державного реєстру виборців. Громадяни України мають змогу перевірити свою присутність у виборчих списках; розроблені та впроваджені мобільний додаток та вебпортал «Дія» – сервіси, за допомогою яких реалізується ідея «Держави в смартфоні», одним з етапів якої у віддаленому майбутньому може стати електронне голосування [20, с. 3].

Одночасно з поширенням та використанням методів е-голосування має значення ефективне навчання виборчих стейкхолдерів для забезпечення гарного розуміння технологій, які застосовуються на виборах. Більше того, для ефективного захисту виборчих прав таке навчання має передбачати підготовку не лише органів адміністрування виборів, а й суддів, які, ймовірно, вирішуватимуть виборчі спори, де фігурує використання електронних виборчих технологій.

Висновки

У напрямі новітніх процесів глобалізації та інформатизації пішли розробники теорії «електронної демократії». Проте навіть вони не впевнені в тому, що комп'ютеризація матиме дієвий вплив на соціальний розвиток. Це пояснюється насамперед тим, що новітні технології здатні пришвидшити досягнення попередньо поставленої мети, але на першооснові соціальних взаємин вони вплинути не можуть.

Як свідчить практика, за відсутності розроблених та затверджених універсальних принципів застосування програм електронного голосування дуже складно, користуючись надбаннями сучасних електронних технологій, забезпечити відповідність виборчих процесів конституційним принципам та традиційним виборчим принципам для гарантування демократичності.

Найважливіше – це забезпечення публічності електронного виборчого процесу, недопущення порушень таємниці голосування, гарантування кібербезпеки та можливість оскарження результатів голосування.

Ураховуючи технічну підготовку та завчасне переведення найважливіших для виборчого процесу показників, зокрема ідентифікації особистості через електронні паспорти, електронний цифровий підпис (ЕЦП) та роботу

Державного реєстру виборців, видається можливим за таких умов запуск роботи автоматизованої інформаційно-телекомунікаційної системи, яка об'єднає всі доступні ресурси і слугуватиме технічною основою для всіх інших виборчих технологій. Тому гіпотетично можна обговорювати можливість голосування за допомогою спеціальних пристроїв або інтернет-голосування в застосунку на кшталт «Дії». Інша річ, що створені ресурси існують для прозорості та пришвидшення транзакцій, а виборче право передбачає таємницю голосування. І головним завданням є забезпечення принципу таємного і вільного голосування.

Звісно, не видаючи бажане за дійсне, в умовах воєнного стану на можливість проведення чергових виборів навіть у звичайному форматі годі й сподіватися. Але менше з тим, до моменту оголошення про проведення перших післявоєнних виборів державні органи мають змогу підготуватися до того, щоб провести їх вже в новому форматі. Хоча електронне голосування – це не єдиний варіант альтернативного голосування. Мова йде не тільки про готовність технологій, а й про остаточну узгодженість законодавства, освіченість та професіоналізм державних службовців, проведення інформаційно-комунікативної кампанії щодо оновлення процедури голосування і, звісно, готовність громадян до нововведення.

Насамкінець, при вдалому відпрацюванні таких електронних технологій на виборах, як біометрична ідентифікація, онлайн-реєстрація політичних партій і кандидатів (реалізація пасивного виборчого права), саме електронне голосування як використання технічних засобів для реалізації активного виборчого права, оптичне сканування паперових бюлетенів, криптографія для захисту конфіденційних даних тощо, наступним кроком є вдосконалення процедури ініціювання проведення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою з паралельною можливістю його підтримки в електронному форматі, а також закріплення такої новели в конституційному тексті.

Список використаних джерел

- [1] Про Концепцію «Запровадження системи електронного голосування в Україні» : проект Закону України від 10.06.2011 р. № 8656. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/JF6OG00A?an=3.7> (дата звернення: 17.08.2023).
- [2] Oostveen A.-M., Van den Besselaar P. Security as belief: User's perceptions on the security of electronic voting systems. A. Prosser, R. Krimmer (Eds.). *Electronic voting in Europe – Technology, law, politics and society: Workshop of the ESF TED programme together with GI and OCG*. 2004. P. 73–82.
- [3] Caarls S. E-Voting handbook: Key steps in the implementation of e-enabled elections. *Council of Europe*. 2010. URL: <https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/>

- E-voting/E-voting%20 2010/Biennial_Nov_meeting/ID10322%20GBR%206948%20 Evoting%20handbook%20A5%20HD.pdf (last accessed: 17.08.2023).
- [4] Prandini M., Sartori L. Research directions in e-voting [Paper presentation]. *ITS – Internet, Technology and Society*. Taipei, Taiwan. December 2014. URL: https://www.researchgate.net/publication/286779413_RESEARCH_DIRECTIONS_IN_E-VOTING (last accessed: 17.08.2023).
- [5] Афанасьєва М. В. Перспективи електронного голосування в Україні: політична та громадська дискусії. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2022. № 57. С. 18–23. <https://doi.org/10.32841/2307-1745.2022.57.4>.
- [6] Бойко О. Електронне голосування: перспективи для України. *Публічне урядування*. 2020. № 23(3). С. 24–34. [https://doi.org/10.32689/2617-2224-2020-3\(23\)-24-34](https://doi.org/10.32689/2617-2224-2020-3(23)-24-34).
- [7] Романчук О. З. Електронне урядування: конституційно-правове дослідження : автореф. дис. ... канд. юридич. наук : 12.00.02 / Держ. вищий навч. заклад «Ужгородський національний університет». Ужгород, 2020. 22 с. URL: <https://www.uzhnu.edu.ua/uk/infocentre/get/29812> (дата звернення: 17.08.2023).
- [8] Urgent Joint Opinion on draft Law 3612 on democracy through all-Ukraine referendum, issued pursuant to Article 14a of the Venice Commission's Rules of Procedure. *CDL-PI(2020)009-eUkraine*. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI\(2020\)009-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI(2020)009-e) (last accessed: 17.08.2023).
- [9] Виборчий кодекс України : Закон України від 19.12.2019 р. № 396-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/396-20/ed20231231#Text> (дата звернення 17.08.2023).
- [10] Про всеукраїнський референдум : Закон України від 26.01.2021 р. № 1135-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1135-20/ed20230331#Text> (дата звернення: 17.08.2023).
- [11] Уроки щодо використання технологій на виборах. Серія «Аналіз судової практики розгляду виборчих справ». Серія «Судова практика». Частина 3. Листопад 2022. URL: <https://ifesukraine.org/wp-content/uploads/2023/03/case-law-series-part-3-election-technologies-edr-ukr.pdf> (дата звернення: 17.08.2023).
- [12] Рекомендація Rec(2004)11 Комітету міністрів державам-членам щодо правових, операційних і технічних стандартів електронного голосування : прийнято Комітетом міністрів 30 вересня 2004 р. на 898-му засіданні заступників міністрів). URL: [https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/00Rec\(2004\)11_rec_adopted_en.asp#TopOfPage](https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/00Rec(2004)11_rec_adopted_en.asp#TopOfPage) (дата звернення: 17.08.2023).
- [13] Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht). Germany, Decision 2 BvC 3/07 of 3 March 2009. URL: https://www.bverfg.de/e/cs20090303_2bvc000307en.html (last accessed: 17.08.2023).
- [14] Supreme Court Judgement. *The supreme court of India*. Civil appeal No. 9093 of 2013. Arising out of SLP (Civil) No. 13735 of 2012. Dr. Subramanian Swamy vs Eci. URL: <https://www.eff.org/document/dr-subramanian-swamy-vs-election-commission-india> (last accessed: 17.08.2023).
- [15] U.S. Federal District Court, Curlingv. Raffensperger: Curling et al v. Raffensperger et al, No. 1:2017cv02989 - Document 918 (N.D. Ga. 2020). URL: <https://law.justia>.

com/cases/federal/district-courts/georgia/gandce/1:2017cv02989/240678/918/ (last accessed: 17.08.2023).

- [16] Вага К. Е-Референдум: перспективи України та досвід Естонії. URL: <https://biz.sensor.net/m3253414> (дата звернення: 17.08.2023).
- [17] Щебетун І. С., Довгань Б. В. Електронна демократія: досвід зарубіжних країн і перспективи її впровадження в Україні. *Право і суспільство*. 2020. № 2. С. 148–153.
- [18] Гриньов С. О., Закоморна К. О. Електронне голосування: перспективи впровадження в Україні та зарубіжний досвід. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. № 4. С. 101–105. URL: http://lsej.org.ua/4_2021/25.pdf (дата звернення: 17.08.2023).
- [19] Final Report Publisher Organization for Security and Co-operation in Europe. 26 July 2021. Albania, Parliamentary Elections, 25 April 2021. URL: <https://www.osce.org/files/f/documents/5/1/493687.pdf> (last accessed: 17.08.2023).
- [20] Токар-Остапенко О. В. Електронне голосування : перспективи впровадження в Україні. Київ : НІСД, 2021. 10 с. URL: <https://niss.gov.ua/sites/default/files/2021-02/tokar-1.pdf> (дата звернення: 17.08.2023).

References

- [1] Draft Law of Ukraine No. 8655 "On the Concept of «Introduction of the Electronic Voting System in Ukraine»". (June 10, 2011). Retrieved from <https://ips.ligazakon.net/document/JF6OG00A?an=3.7>.
- [2] Oostveen, A.-M., & Van den Besselaar, P. (2004). Security as belief: Users perceptions on the security of electronic voting systems. A. Prosser, R. Krimmer. (Eds.). In *Electronic voting in Europe – Technology, law, politics and society: Workshop of the ESF TED programme together with GI and OCG* (pp. 73-82).
- [3] Caarls, S. (2010). *E-Voting handbook: Key steps in the implementation of e-enabled elections*. Council of Europe. Retrieved from https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/E-voting/E-voting%202010/Biennial_Nov_meeting/ID10322%20GBR%206948%20Evoting%20handbook%20A5%20HD.pdf.
- [4] Prandini, M., & Sartori, L. (December, 2014). Research directions in e-voting. *ITS – Internet, Technology and Society, Taipei, Taiwan*. Retrieved from https://www.researchgate.net/publication/286779413_RESEARCH_DIRECTIONS_IN_E-VOTING.
- [5] Afanasieva, M.V. (2022). Prospects of electronic voting in Ukraine: political and public debates. *Scientific Bulletin of the International Humanities University. Series: Jurisprudence*, 57, 18-23. <https://doi.org/10.32841/2307-1745.2022.57.4>.
- [6] Boiko, O. (2020). Electronic voting: Prospects for Ukraine. *Public management*, 23(3), 24-34. [https://doi.org/10.32689/2617-2224-2020-3\(23\)-24-34](https://doi.org/10.32689/2617-2224-2020-3(23)-24-34).
- [7] Romanchuk, O.Z. (2020). *Electronic government: constitutional-legal research*. PhD Thesis. Uzhgorod. Retrieved from <https://www.uzhnu.edu.ua/uk/infocentre/get/29812>.
- [8] Urgent Joint Opinion on draft Law 3612 on democracy through all-Ukraine referendum, issued pursuant to Article 14a of the Venice Commissions Rules of Procedure. CDL-PI(2020)009-e Ukraine. Retrieved from [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI\(2020\)009-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI(2020)009-e).

- [9] Law of Ukraine No. 396-IX "Electoral Code of Ukraine". (December 19, 2019). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/396-20/ed20231231#Text>.
- [10] Law of Ukraine No. 1135-IX "On the All-Ukrainian Referendum". (January 26, 2021). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1135-20/ed20230331#Text>.
- [11] Lessons on the use of technology in elections. The series «Analysis of Court Practice in Election Cases». *Series: Law series*. Part 3. (November, 2022). Retrieved from <https://ifesukraine.org/wp-content/uploads/2023/03/case-law-series-part-3-election-technologies-edr-ukr.pdf>.
- [12] *Recommendation Rec(2004)11 of the Committee of Ministers to member states on legal, operational and technical standards for e-voting. (Adopted by the Committee of Ministers on 30 September 2004 at the 898th meeting of the Ministers' Deputies)*. Retrieved from [https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/00Rec\(2004\)11_rec_adopted_en.asp#TopOfPage](https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Key-Texts/Recommendations/00Rec(2004)11_rec_adopted_en.asp#TopOfPage).
- [13] Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht), Germany, Decision 2 BvC 3/07 (March 3, 2009). Retrieved from https://www.bverfg.de/e/cs20090303_2bvc000307en.html.
- [14] Supreme Court Judgement. IN THE SUPREME COURT OF INDIA. CIVIL APPEAL NO. 9093 OF 2013. Arising out of SLP (Civil) No. 13735 of 2012. Dr. Subramanian Swamy vs ECI. Retrieved from <https://www.eff.org/document/dr-subramanian-swamy-vs-election-commission-india>.
- [15] U.S. Federal District Court, Curling v. Raffensperger: Curling et al v. Raffensperger et al, No. 1:2017cv02989 - Document 918 (N.D. Ga. 2020). Retrieved from <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/georgia/gandce/1:2017cv02989/240678/918/>
- [16] Vaga, K. (2021). *E-Referendum: Ukraine's prospects and Estonia's experience*. Retrieved from <https://biz.censor.net/m3253414>.
- [17] Shchebetun, I.S., & Dovhan, B.V. (2020). E-democracy: experience of foreign countries and prospects for implementation in Ukraine. *Law and Society*, 2, 148-153.
- [18] Hrynov, S.O., & Zakomorna, K.O. (2021). Electronic voting: prospects of implementation in Ukraine and foreign experience. *Juridical scientific and electronic journal*, 4, 101-105. Retrieved from http://lsej.org.ua/4_2021/25.pdf.
- [19] Final Report Publisher Organization for Security and Co-operation in Europe Date 26 July 2021. Albania, Parliamentary Elections. (April 25, 2021). Retrieved from <https://www.osce.org/files/f/documents/5/1/493687.pdf>.
- [20] Tokar-Ostapenko, O.V. (2021). *Electronic voting: prospects for implementation in Ukraine*. Kyiv: NISD. Retrieved from <https://niss.gov.ua/sites/default/files/2021-02/tokar-1.pdf>.

Катерина Олександрівна Павшук

кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри конституційного права України
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: k.o.pavshuk@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0003-0588-4178

Kateryna O. Pavshuk

Ph.D. in Law, Assistant Professor,
Assistant Professor of the Department of Constitutional Law of Ukraine
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: k.o.pavshuk@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0003-0588-4178

Рекомендоване цитування: Павшук К. О. Електронні технології на виборах та референдумах: теорія і практика. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 162. С. 38–54. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.286065>.

Suggested Citation: Pavshuk, K.O. (2023). Electronic Technologies in Elections and Referendums: Theory and Practice. *Problems of Legality*, 162, 38-54. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.286065>.

Статтю подано / Submitted: 18.08.2023
Доопрацьовано / Revised: 09.09.2023
Схвалено до друку / Accepted: 31.08.2023
Опубліковано / Published: 28.09.2023

Problems of Introducing a Differentiated Approach to "Old" and "New" Minorities in Ukraine

Oleksii Yu. Husiev*

Non-governmental organization "Institute of Equal Opportunities",

Kyiv, Ukraine

*e-mail: oleksii.husiev@gmail.com

Abstract

The relevance of the article is due to the reform of the legislative framework on national minorities in Ukraine, which is conditioned by European integration. The purpose of the article is to reveal the problems of identifying persons belonging to "old" minorities in Ukraine and discrimination against "new" minorities. In the course of the research, the author used the dialectical method, logical methods of analysis, synthesis, abstraction, comparative research method, forecasting method, and formal legal method. The author analyzes the provisions of the old inclusive Law of Ukraine "On National Minorities in Ukraine", the new exclusive Law of Ukraine "On National Minorities (Communities) of Ukraine", and some international treaties of Ukraine. The author identifies the problems related to the consolidation of the feature of traditional residence on the territory of Ukraine. The author analyzes the legal status of "new" minorities. It is concluded that the adoption of the new Law of Ukraine "On National Minorities (Communities) of Ukraine" has led to the introduction of a differentiated approach to "old" and "new" minorities in Ukraine, but the shortcomings of this Law make it impossible to determine which national minorities belong to the "old" ones. It is emphasized that the "new" minorities have been discriminated against due to the deprivation of their legal status as national minorities (communities) of Ukraine and equalization with the majority. Recommendations are made to address the identified shortcomings by removing from the concept of "national minority (community) of Ukraine" the feature of traditional residence on the territory of Ukraine and defining precise and clear features of settlements where persons belonging to national minorities (communities) traditionally reside or where they constitute a significant part of the population.

Keywords: human rights; minority rights; ethnic diversity; legal certainty; discrimination.

Проблеми запровадження диференційованого підходу до «старих» і «нових» меншин в Україні

Олексій Юрійович Гусєв*

Громадська організація «Інститут рівних можливостей»,
Київ, Україна

*e-mail: oleksii.husiev@gmail.com

Анотація

Актуальність дослідження зумовлено проведенням в Україні комплексної реформи законодавчої бази щодо національних меншин у зв'язку з європейською інтеграцією. Мета статті полягає в розкритті проблем визначення осіб, які належать до «старих» меншин в Україні, та дискримінації «нових» меншин. Під час проведення наукового дослідження застосовано діалектичний метод, логічні методи аналізу, синтезу, абстрагування, порівняльний метод, метод прогнозування, а також формально-юридичний метод. Досліджено положення старого Закону України «Про національні меншини в Україні», що мали інклюзивний характер, нового Закону України «Про національні меншини (спільноти) України», які мають ексклюзивний характер, та міжнародних договорів, що визначають стандарти, відповідно до яких має бути приведено законодавство України. Виявлено проблеми правового регулювання відносин за участю осіб, які належать до національних меншин (спільнот), пов'язані із закріпленням ознаки традиційного проживання на території України. Проаналізовано правовий статус «нових» меншин згідно з оновленим законодавством. На підставі результатів проведеного дослідження зроблено висновки, що прийняття нового Закону України «Про національні меншини (спільноти) України» привело до запровадження в Україні диференційованого підходу до «старих» і «нових» меншин, однак недоліки цього Закону унеможливають з'ясування того, які саме національні меншини в Україні належать до «старих». Наголошено, що «нові» меншини зазнали дискримінації з огляду на позбавлення їх правового статусу національних меншин (спільнот) України та зрівняння за обсягом прав із більшістю. Надано рекомендації щодо усунення виявлених недоліків шляхом вилучення з поняття «національна меншина (спільнота) України» ознаки традиційного проживання на території України та визначення точних і чітких ознак населених пунктів, у яких традиційно проживають особи, що належать до національних меншин (спільнот), або в яких вони становлять значну частину населення.

Ключові слова: права людини; права меншин; етнічне розмаїття; юридична визначеність; дискримінація.

Introduction

Today, one can observe contrast processes in the field of national minorities in the world [1]. On the one hand, there is social exclusion as a process by which individuals or groups are denied the opportunity to participate, whether they want

to or not, in key activities of the society in which they live. Persons belonging to national minorities are among the most marginalized in the European and Eurasian space, and in some countries they do not have national minority status, which in itself contributes to their exclusion [2]. On the other hand, migration processes have significantly changed the socio-demographic composition of Western European cities. In many of them, the former ethnic majority has become a numerical minority [3]. For this reason, modern nation states have the proclivity to sacrifice minorities in the High Altar of nation building, to securitize cultural communities, and to conflate Ethnos with Demos [4].

The impact of these processes on minority rights in Ukraine is also significant. After all, Ukraine is a large European ethnoculturally diverse state [5]. According to the 2001 All-Ukrainian Population Census, almost eleven million people belonging to over one hundred and thirty national minorities lived in Ukraine [6].

The origins of the legal regulation of minority rights in Ukraine date back to the adoption of the constituent documents of the Ukrainian state. Thus, the Declaration of State Sovereignty of Ukraine of 1990 outlined the general principles of the future state ethnic policy of Ukraine, which were later detailed in another act – the Declaration of the Rights of Nationalities of Ukraine of 1991. In 1992, the Law of Ukraine "On National Minorities in Ukraine" was adopted, the provisions of which were primarily declarative but enshrined many special rights of national minorities. Ensuring the rights of national minorities was also one of the issues of the constitutional process in the mid-1990s and reflected in the provisions of the 1996 Constitution of Ukraine. Thus, the act of the highest legal force in Ukraine enshrined basic guarantees of the rights of national minorities.

However, for more than thirty years, Ukraine has been searching for an optimal model for developing the cultural, linguistic, and religious identity of national minorities and ways to integrate them into Ukrainian society on the basis of equality and justice. Scholars note the long-standing absence in Ukraine of effective ethnic policy strategies and programs to ensure the stability of the ethnopolitical sphere [7].

According to experts, the Law of Ukraine "On National Minorities in Ukraine" of 1992 is long outdated: its provisions did not meet the challenges faced by Ukraine today, did not take into account many ethnopolitical nuances associated with the emergence of a large number of new national minorities [8; 9]. International organizations considered it too general and did not provide adequate guarantees for the protection of minorities [10]. The need to improve the legislation on national minorities has been long overdue. Hence, the European

Union and international organizations had high expectations from Ukraine to reform national legislation in this area [11].

On February 28, 2022, five days after the start of Russia's large-scale aggression, Ukraine applied for membership in the European Union. In June 2022, the European Commission published its opinion on Ukraine's application for membership in the European Union, according to which it recommended that Ukraine be granted candidate status for membership in the European Union, provided that Ukraine takes specific steps, in particular, finalise the reform of the legal framework for national minorities currently under preparation as recommended by the Venice Commission, and adopt immediate and effective implementation mechanisms [12]. Subsequently, at the end of June, the European Council decided to grant Ukraine the status of a candidate country for accession to the European Union. However, further decisions of the European Council on further steps depend on fulfilling the conditions specified in the opinion of the European Commission on Ukraine's application for membership in the European Union [13]. Thus, reforming the system of legislation on national minorities in Ukraine became one of the conditions for Ukraine's accession to the European Union.

Given the importance of the European integration issue, in November 2022, a group of Ukrainian MPs submitted to the parliament of Ukraine the draft Law of Ukraine "On National Minorities (Communities) of Ukraine" (Reg. No. 8224). A lot of work was done on this draft law, including on-site consultations with national minorities of Ukraine, joint developments with the Council of Europe and the High Commissioner on National Minorities of the Organization for Security and Cooperation in Europe. On December 13, 2022, this bill was adopted as a whole.

One of the main innovations of the Law of Ukraine "On National Minorities (Communities) of Ukraine" is highlighting national minorities traditionally living in Ukraine. However, has Ukraine succeeded in implementing a differentiated approach to "old" and "new" minorities that meets the best European practices and the legitimate expectations of all stakeholders? The answer to this question requires an analysis of the provisions of this Law.

Materials and Methods

The study aims to reveal the problem of the inability to determine which persons belong to national minorities (communities) of Ukraine traditionally residing on the territory of Ukraine and the problem of discrimination against "new" minorities that have arisen after the adoption of the new Law of Ukraine "On National Minorities (Communities) of Ukraine". Given this goal, the objectives

of the study are to describe the problems of ensuring the rights of "old" minorities in Ukraine, to characterize the situation of "new" minorities, to identify the reasons that led to such consequences, and to make proposals for eliminating the identified shortcomings, taking into account international experience. In addition, given the fact that until 2022, the "old" minorities in Ukraine were not highlighted, as well as the latest trends in the field of minority rights, the task is to predict the development of legislation in the field of national minorities in terms of distinguishing national minorities (communities) traditionally living in Ukraine.

The study reveals some problems Ukrainian experts faced in drafting bylaws necessary to implement the Law of Ukraine "On National Minorities (Communities) of Ukraine" adopted in 2022. Given this, the study's empirical material is primarily the positive law of Ukraine, namely legislation on national minorities. As of now, this system of national legislation consists of the Constitution of Ukraine, the Law of Ukraine "On National Minorities (Communities) of Ukraine", some other laws that contain some provisions on minority rights and bylaws, as well as international treaties of Ukraine, which include, *inter alia*, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination of 1965, the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966, the European Charter for Regional or Minority Languages of 1992, the Framework Convention for the Protection of National Minorities of 1995 (hereinafter – the Framework Convention) and the Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions of 2005. Given European integration processes, special attention is paid to the Framework Convention and the European Charter for Regional or Minority Languages.

In Ukraine, legal studies of the problems of ensuring the rights of national minorities were once conducted by Myroslav Almashi, Iryna Almashi, Oleksandr Bykov, Yaroslav Lazur, Vsevolod Mytsyk, Leonid Riaboshapko, Yevheniy Tkachenko, Yuriy Voloshchyn. However, despite the relevance of ensuring minority rights, Ukraine has no modern legal literature (textbooks, monographs, scientific publications) on this topic, especially on dividing minorities into "old" and "new" ones. Therefore, the theoretical basis of this study is mainly made up of scientific publications by foreign experts, which focus on the study of the problem of distinguishing between the rights of "old" and "new" minorities, namely Thomas Benedikter, Bill Bowering, Andrea Carla, Katharina Crepaz, Jörn Dosch, Asbjørn Eide, Kristin Henrard, Dimitry Kochenov, Rianne Letschert, Tove Malloy, Roberta Medda-Windischer, Alexandra Tomaselli, Fernand de Varennes.

At the same time, the issue of ensuring minority rights is studied in depth in Ukraine in other specialties, such as political science, public administration, and management. Therefore, to substantiate some of the conclusions in this paper, the results of scientific research in other specialties are used, in particular of Viktor Voinalovich, Viktor Yelenskyi, Victor Kotygorenko, Volodymyr Kulyk, Olena Malynovska, Mai Panchuk.

In conducting this study, various scientific methods are used. The dialectical method is used to substantiate the basis for the division of minorities into "old" and "new", the criteria for their differentiation, as well as the interrelation of certain phenomena and processes. Conclusions about the problems with the differentiated approach to "old" and "new" minorities and the reasons that led to them are made based on logical analysis, synthesis, and abstraction methods. The quality of reproduction in Ukrainian law of the differentiated approach to "old" and "new" minorities provided for by the Framework Convention is checked using the comparative research method. Forecasting the development of national legislation in the future requires using the forecasting method. The formal legal method is used to study the structure and relationships between individual legislative provisions.

Results and Discussion

At the international level, there is no unified, generally accepted definition of the concept of "national minority", despite numerous attempts to formulate it. Therefore, the content of this concept is specified at the national level.

This situation has its advantages and disadvantages. The absence of a unified definition of the concept of national minority gives states some freedom to adapt international guarantees of minority rights to their specific needs and, in some cases, allows them to extend these guarantees to "new" minorities [14]. At the same time, the absence of a unified definition means that there is no generally accepted minimum standard for the protection of minority rights, which leads to the introduction of a variety of approaches: from a very rigorous egalitarian model that prohibits differential treatment to measures aimed at ensuring a high level of adaptation of the majority to the needs of minorities [14].

The most commonly used definition of a minority is the one formulated by Francesco Capotorti in his "Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities". According to this definition, the characteristics of a national minority are as follows: 1) it is a group of people; 2) it has stable ethnic, cultural, linguistic, and religious characteristics; 3) it differs sharply from the rest of the population due to these characteristics; 4) it is numerically smaller than the rest of the population; 5) it is not in a dominant

position to the rest of the population; 6) its members are citizens of the state of residence; 7) members of this group at least implicitly express a solidarity desire to preserve their ethnic, cultural, linguistic, religious characteristics [15].

In international law and the law of some foreign countries, national minorities are sometimes divided into two types by their origin: 1) "old", or as they are also called "traditional", "historical", "autochthonous" minorities; 2) "new" or "migrant" minorities [16]. "Old" minorities consist of people who lived or whose ancestors lived in the country or a part of it before the state became independent or before the borders were drawn as they are now [17]. These are communities whose members have lived with the majority in a particular territory for a long time but have a different language, culture, and religion [18]. Most often, they become minorities as a result of redrawing state borders and transferring the territory of their settlement from the sovereignty of one state to the sovereignty of another, forced mass displacement of the population, slavery; or they are ethnic groups that for various reasons have not gained their statehood [19].

In contrast, "new" minorities arrived in the country after the state gained independence or defined its modern borders [17]. "New" minorities are groups composed of individuals who have decided to leave their homeland and emigrate to another country, usually for economic and sometimes political reasons [18]. Thus, new minorities consist of immigrants, refugees, and their descendants who live in a country other than their country of origin for a more extended time than just a transitional period [19].

The division of minorities into "old" and "new" is provided for in some international treaties, in particular the 1995 Framework Convention for the Protection of National Minorities (hereinafter referred to as the Framework Convention). At the national level, such a division exists, for example, in the Republic of Poland, the Slovak Republic, Hungary, the Federal Republic of Germany, Sweden, and Norway.

Highlighting "old" minorities in Ukraine

In Ukraine, the preamble to the Constitution of Ukraine states that the Ukrainian people are composed of citizens of Ukraine of all nationalities [20]. Ukraine guarantees the free development, use, and protection of all languages of national minorities of Ukraine (Article 10(3)). The state promotes the development of the ethnic, cultural, linguistic, and religious identity of all national minorities of Ukraine (Article 11). Citizens belonging to national minorities are guaranteed by law the right to education in their native language or to study their native language in state and municipal educational institutions or through national cultural societies (Article 53(5)). Only the laws of Ukraine determine the rights of national minorities (Article 92(1), point (3)).

These constitutional provisions have been developed in various legislative acts, in particular in the Law of Ukraine "On National Minorities (Communities) of Ukraine" (hereinafter – the Law), which entered into force on July 1, 2023, and became the new core of the legislation of Ukraine in the field of national minorities (communities). In this regard, the old Law of Ukraine "On National Minorities in Ukraine" became invalid.

The new Law was supposed to bring the relevant area of Ukrainian national legislation in line with international human rights standards. Ukraine's national minorities expected that the Law would expand the range of their rights and define effective mechanisms for their realization. The majority expected that the Law would open the way for Ukraine to join the European Union. Furthermore, the international community expected Ukraine to implement the best European practices and high international standards of human rights protection.

One of the most important innovations of the Law is the highlighting of "old" minorities. Until recently, Ukrainian national legislation did not distinguish between "old" and "new" minorities. According to Article 3 of the old Law of Ukraine "On National Minorities in Ukraine", national minorities included groups of Ukrainian citizens who were not Ukrainians by nationality and showed a sense of national identity and community among themselves [21]. Thus, the concept of the "national minority of Ukraine" included "old" and "new" minorities.

However, as Viktor Kotygorenko and Mai Panchuk note, the concept of the "national minority of Ukraine" needed to be changed to ensure its greater conformity with the ethno-demographic dynamics of Ukrainian society and the recommendations of international organizations [22]. The fact is that the Law of Ukraine "On National Minorities in Ukraine" was adopted in 1992 when migration processes in Ukraine did not lead to changes in the ethnic structure of the population due to the massive emergence of "new" minorities whose culture, language, and religion differ significantly from traditional minorities. Recently, the tendency for "new" minorities to emerge in Ukraine has become more pronounced and will only intensify [22]. Therefore, at the national level, there is a need to distinguish national minorities with long-standing ties with Ukrainians as the titular, state-forming nation that constitutes most of Ukraine's population.

It seems that the adoption of the Law was mainly a reaction to this development of migration processes, and it embodies the desire to recognize those national minorities that traditionally live in modern Ukraine.

The "old" minorities in Ukraine were highlighted by including in the definition of "national minority (community) of Ukraine" the requirement of traditional

living in Ukraine. Thus, under Article 1(1) of the Law, a national minority (community) of Ukraine is a stable group of citizens of Ukraine who are not ethnic Ukrainians, traditionally live in Ukraine within its internationally recognized borders, are united by common ethnic, cultural, historical, linguistic and/or religious characteristics, are aware of their belonging to it, and express a desire to preserve and develop their linguistic, cultural, and religious identity [23].

Uncertainty regarding "old" minorities

The first experience of applying the Law, related to the development of draft bylaws necessary for its implementation, has already shown that there are specific problems with the requirement of traditional living in Ukraine. One such problem is identifying which national minorities traditionally live in Ukraine.

The Law does not contain a list of national minorities (communities) of Ukraine that are considered to have traditionally lived in Ukraine. At the same time, the law of many foreign countries that distinguish "old" minorities mandatorily defines a closed list of minorities that are considered "old". Most of the above foreign states have done so, although there are exceptions, such as the Republic of Croatia.

The Law also does not define criteria based on which it is possible to unambiguously and predictably establish which national minorities have traditionally lived in Ukraine. In the law of foreign countries, where the division of "old" and "new" minorities is introduced, criteria are usually defined to determine which minorities are "old" and can claim additional special rights. Sometimes such criteria are enshrined alongside an exhaustive list of "old" minorities. As a rule, the main criterion is the residence time on the state's territory. For example, this time is one hundred years in the Republic of Poland and Hungary.

In addition, the Law contains other concepts that require traditional living: "settlements in which persons belonging to national minorities (communities) traditionally reside" (Article 10(7–9)), "areas in which persons belonging to national minorities (communities) traditionally reside" (Article 10(10)), "places of traditional residence of national minorities (communities)" (Article 19(2), paragraph three). However, the Law does not define the content of any of them, although the traditional residence in a settlement of persons belonging to national minorities (communities) of Ukraine is a fact establishing the legal status. After all, only in such places: 1) inscriptions of official names on the signboards of local self-government bodies and municipal enterprises may be duplicated in the language of the respective national minority (Article 10(7));

2) general information (announcements, public offers to conclude a contract, signs, pointers, signboards, notices, inscriptions, other publicly posted textual, visual and audio information distributed to an unlimited number of persons) is duplicated in the language of the respective national minority (Article 10(8)); 3) election campaign materials may be duplicated in the language of a national minority (Article 10(9)); 4) the language of a national minority is used in providing topographic information, communication with the authorities, and emergency assistance under certain circumstances (Article 10(10)); 5) centers of national minorities (communities) of Ukraine may be established, except for regional centers (Article 19(2)).

Thus, the shortcomings of some provisions of the Law caused legal uncertainty regarding "old" minorities.

Discrimination against "new" minorities

Another problem related to the consolidation of the requirement of traditional living in Ukraine is discrimination against "new" minorities.

It should be noted that "new" minorities are also minorities. They, like "old" minorities, meet all the generally accepted characteristics of minorities and are justifiably entitled to a separate legal status. At the same time, "old" and "new" minorities are in different situations. They have different needs and interests. The primary need of "old" minorities is to protect and develop their identity. At the same time, for immigrants, the critical need is access to socio-economic rights and integration into the social institutions of the host country [18]. Therefore, immigrants are usually ready for quick integration and even some assimilation as they consciously decide to emigrate to another country. "Old" minorities, on the other hand, did not choose to become minorities; therefore, these communities tend to resist integration more strongly and demonstrate a strong desire to have autonomy in the use of their language, to practice their religion freely, and to enjoy their culture [17; 24; 25].

"Old" and "new" minorities also differ in how the majority treats them. The titular nation is usually wary of all national minorities, particularly of expanding their rights, as minorities are often considered a threat to the homogeneity of the nation-state [26; 27]. However, "new" minorities are more often suspected of disloyalty and unfriendliness than "old" ones. The so-called "visible" minorities, *i.e.*, anthropologically different ones that can be easily identified as "other", are more likely to face negative attitudes [14; 26].

Given the above, both "old" and "new" minorities are granted special status for objective reasons, but it should not be the same. "New" and "old" minorities

should have some common special rights, while "old" minorities should be granted additional special rights. In the case of Ukraine, it should be emphasized that "new" minorities are also granted a special status. They are not granted special rights for long-term residence in a particular territory [24].

In addition, there is a close semiotic connection between these concepts: from the point of view of logic, the concept of "old" minorities is relative, *i.e.*, it has no independent meaning. Its meaning becomes apparent only concerning another, in this case, the opposite concept – "new" minorities.

As noted earlier, the Constitution of Ukraine guarantees the development of the identity of all national minorities of Ukraine without exception. Singling out of national minorities traditionally living in Ukraine was logically supposed to lead to the definition of a separate legal status for "new" minorities and the introduction of a differentiated approach.

The Law defines a large number of special rights for national minorities:

- 1) the right to a name taking into account the customs of the national minority;
- 2) the right to form public associations of national minorities;
- 3) the right to organize and hold public events in their native language;
- 4) the right to form their media;
- 5) to publish in their native language without restrictions established by the legislation of Ukraine on the protection of the state language;
- 6) to have their specialized bookstores, which are not subject to restrictions established by the legislation of Ukraine on the protection of the state language;
- 7) the right to use the language of the national minority in the provision of emergency services.

However, only "old" minorities are subjects of these rights in Ukraine.

According to the preamble of the Law, paragraph eight, this Law defines the peculiarities of social relations to ensure the exercise of rights and freedoms by persons belonging to national minorities (communities) of Ukraine. According to Article 3(3), the state guarantees persons belonging to national minorities (communities) the protection of their rights, freedoms, and legally protected interests under the law. However, "national minorities (communities) of Ukraine" covers only "old" minorities.

Only five rights defined by the Law belong to all citizens of Ukraine: 1) the right to equal civil, political, social, economic, cultural, and linguistic rights and freedoms as defined by the Constitution of Ukraine (Article 5(1)); 2) the right to freely decide whether to be considered as belonging to an "old" minority or several "old" minorities at the same time (Article 6(1)); 3) the right to freedom

to recognize one's membership, to refuse or change one's membership in an "old" minority (Article 6(2)); 4) the right to restore their national surname, name, patronymic (Article 6(3)); 5) the right to request simultaneous or consecutive translation of the accompanying entertainment into the State language no later than 48 hours before the start of a cultural, artistic, entertainment, or entertainment event to be held in the language of the "old" minority (Article 10(10)). All other rights defined by the Law belong exclusively to "old" minorities.

"New" minorities do not have the legal status of national minorities (communities) of Ukraine under the Law, depriving them of all the special rights of national minorities mentioned above.

Three articles of the Framework Convention condition the rights provided for by them on "traditional" ties. According to the Article 10(2) of the Framework Convention in areas inhabited by persons belonging to national minorities traditionally or in substantial numbers, if those persons so request and where such a request corresponds to a real need, the Parties shall endeavour to ensure, as far as possible, the conditions which would make it possible to use the minority language in relations between those persons and the administrative authorities [28]. Under the Article 11(3) in areas traditionally inhabited by substantial numbers of persons belonging to a national minority, the Parties shall endeavour, in the framework of their legal system, including, where appropriate, agreements with other States, and taking into account their specific conditions, to display traditional local names, street names and other topographical indications intended for the public also in the minority language when there is a sufficient demand for such indications [28]. As for the Article 14(2) in areas inhabited by persons belonging to national minorities traditionally or in substantial numbers, if there is sufficient demand, the Parties shall endeavour to ensure, as far as possible and within the framework of their education systems, that persons belonging to those minorities have adequate opportunities for being taught the minority language or for receiving instruction in this language [28].

When drafting the Law, its authors tried to follow the Framework Convention and/or borrow from the experience of foreign countries that have introduced a differentiated approach to "old" and "new" minorities. This is indirectly evidenced by the provisions of Article 10(7–10) of the Law, which define the language rights of persons belonging to national minorities (communities) of Ukraine and traditionally residing in settlements or constituting the majority of the population there.

At the same time, the chaotic accumulation of legal facts in the hypotheses of the legal norms contained in Articles 1(1), 10(7–10) of the Law has led to the

emergence of legal compositions with "traditional double living": the subjects of the relevant rights are persons who traditionally live in Ukraine and, in addition, traditionally reside in a particular settlement. However, according to the position of the Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, the length of residency in the country is not to be considered a determining factor for the applicability of the Framework Convention as a whole [29]. Therefore, the "doubling of the traditional living" requirement is nonsense, as the requirement of traditional living in Ukraine is meaningless in this case.

If it were not for this criterion, Article 10(7–10) of the Law would apply only to national minorities (communities) traditionally residing in settlements, and the rest of the Law would apply to all minorities of Ukraine, "old" and "new". Although the rights under Article 10(7–10) of the Law do not correspond to those provided for in Articles 10(2), 11(3), and 14(2) of the Framework Convention, this approach of the Law has common features with the Framework Convention.

Thus, Ukraine has failed to introduce a differentiated approach to "old" and "new" minorities, as envisaged by the Framework Convention and implemented in some European countries.

This raises the question of the legal status of "new" minorities in Ukraine. The Law does not define the legal status of "new" minorities. There are no other acts in the national legislation of Ukraine that regulate relations involving "new" minorities. Moreover, there is no particular term for "new" minorities in the legislation, as if they do not exist in Ukraine.

There is no hope for Ukraine's international treaties. Neither the Framework Convention nor the European Charter for Regional or Minority Languages contains a definition of a minority. They apply at the national level only to minorities under national law. According to the Law, only "old" minorities are considered national minorities in Ukraine. Therefore, these international legal acts will not apply to the "new" minorities in Ukraine, as they are no longer recognized as national minorities.

So, it seems that the "new" minorities in Ukraine now have the same rights as the majority, *i.e.*, ethnic Ukrainians. However, the position of the majority and minority is objectively different; therefore, the attitude towards them cannot be the same.

In the case of *Tourkiki Enosi Xanthis and Others v. Greece*, the European Court of Human Rights held that the existence of different minorities and cultures in

a country is a historical fact that a democratic society must not only accept but also protect and support in accordance with the principles of international law [30]. According to *Pichkur v. Ukraine*, discrimination means treating persons differently in relatively similar situations without objective and reasonable justification. A difference in treatment is discriminatory if it lacks an objective and reasonable justification, in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is no reasonable relationship between the means used and the aim pursued [31]. Extrapolating these conclusions to the situation around "old" and "new" minorities in Ukraine, one can argue that "new" minorities are being discriminated against.

It is worth noting that the European Commission for Democracy through Law (the Venice Commission), in its Opinion of June 12, 2023, No. CDL-AD(2023)021 "On the Law on National Minorities (Communities)" drew attention to the fact that the concept of "national minority (community) of Ukraine" differs from the previous concept of "national minority of Ukraine" in that it requires that members of national minorities "traditionally live in Ukraine". However, the Venice Commission did not mention the problems caused by this requirement. The Opinion only states that "during the online interviews, representatives of several national minorities expressed concerns that the expression is vague and risks being interpreted in an overly restrictive way" [10].

Problem resolutions

Ukraine needs to clearly distinguish between "old" and "new" minorities in order to solve the identified problems. This requires amendments to the Law. First, it is necessary to remove from the definition of "national minority (community) of Ukraine" the requirement of a traditional residence in Ukraine. This will make it possible to extend the Law to "new" minorities and thus overcome their discrimination.

Scholars' criticism of the idea of defining in the legislation an exhaustive list of national minorities that are recognized as traditionally living in a certain territory seems reasonable. Such an approach is considered voluntaristic since, having defined the list of "old" minorities peremptorily, the political authorities, which are changeable, can arbitrarily change it at any time [26]. Therefore, the idea of legislative consolidation of the list of national minorities (communities) traditionally living in Ukraine should be abandoned.

It is impossible to apply the Law to "new" minorities without amending its text. This could lead to legal uncertainty, which carries the risk of arbitrary and unfair restrictions and interference with the rights of "new" minorities. It would also raise the question of why the concept of "national minority (community)

of Ukraine" includes the requirement of a traditional residence in Ukraine if it means nothing. This will negate introducing a differentiated approach to "old" and "new" minorities in Ukraine.

Based on the analysis of the formal structure of the legal provisions of Article 10(7–10) and Article 19(2), paragraph three, as well as the logical relationship between them, it seems appropriate to unify the terminology of the Law by replacing the words "area" and "place" in Article 10(10) and Article 19(2), paragraph three, with the words "settlements", respectively. This proposal is based on the fact that the ability of national minorities to exercise the rights provided for in these provisions depends on the decisions of village, town, and city councils, *i.e.*, bodies representing the interests of territorial communities of settlements.

In order to ensure legal certainty, Article 10 of the Law should be supplemented with a note defining clear criteria for national minorities (communities) of Ukraine that traditionally live in settlements or constitute a significant part of their population. In this way, the limits of discretion of local councils in defining "old" minorities will be established, as well as guarantees of special minority rights. In addition, this will allow for future changes – narrowing or expanding – of the circle of such minorities based on known criteria and objective data.

The main criterion should be time, which considers the time of residence of a national minority in a particular territory. This criterion is the primary proof of a long-term relationship between the minority and the state-forming nation. At the same time, in order to ensure proportionality, the main criterion should be supplemented by others. Minorities can be divided into "old" and "new" according to many different criteria, not only by the time they have lived with the majority on the same territory. According to researchers, other factors are also important, such as socio-economic, political, and historical factors, the effects of past colonization or other forms of discrimination, and the settlement of minority members (compact or dispersed) [19].

Also, it would be appropriate to apply a quantitative criterion in Ukraine that considers the number of persons belonging to a minority living in a certain territory. After all, it would be disproportionate to require the authorities to spend large amounts of budgetary funds to ensure that persons belonging to national minorities (communities) of Ukraine can enjoy special rights in those settlements where their number is small. As noted in the "Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities", states should not be required to take special protection measures beyond a reasonable proportionality between the efforts made and their benefits [15].

The linkage to settlements itself constitutes the third criterion – territorial. This criterion considers the nature of the settlement of persons belonging to national minorities of Ukraine: compact or dispersed. The Law requires that the subjects of the relevant rights traditionally reside in the same village, town, or city (or constitute a significant part of its population) rather than in a district or region. This means that members of "old" minorities must reside in the same place to enjoy some of their language rights. In addition, other criteria may also be applied, for example, those related to the territories of modern Ukraine being part of the Russian Empire and the USSR.

This approach is in line with the position of the Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, which has consistently held that distinctions in the treatment of otherwise similar groups based solely on the length of their residency in the territory can be unjust [29]. Also, this approach is entirely consistent with the recommendations of the Venice Commission [10]. Time will tell whether the authorities will have the political will to make such changes to the Law and adequately implement a differentiated approach to "old" and "new" minorities.

Prospects for the differentiated approach to old and new minorities

As for the prospects of a differentiated approach to "old" and "new" minorities in Ukraine, it seems that the introduction of this approach is relevant exactly nowadays, as it meets the requirements of the present, satisfies the needs and interests of all stakeholders – Ukraine's national minorities and the majority.

However, this approach may be challenging to use in the future. Given the globalization and migration processes in Ukraine and the world, "new" minorities will eventually turn into "old" ones. According to the Strauss-Howe generational theory, a hundred years is only four generations. This is confirmed by the research results on the interests and needs of different generations of "new" minorities [14]. Because of this, in the future, public authorities will be forced to recognize an increasing number of minorities as "old" and to ensure that persons belonging to them can enjoy exclusive rights everywhere. The division of minorities into "old" and "new" will eventually lose meaning.

In addition, attention should be paid to the issue of securitization of national minorities [27; 32; 33]. On the one hand, increasing the number of "new" minorities in society may have negative consequences. Rianne Letschert warns that excessive ethnic diversity leads to the fragmentation of society and a decrease in the overall well-being of the entire population. Where different and sometimes opposite cultures, religions, and languages come into close contact, problems often arise with harmonizing different systems of human values,

i.e., interethnic conflicts [17]. On the other hand, one should be careful with expanding the circle of "old" minorities and increasing the scope of their rights. Scholars argue that among "old" minorities, the ideas of separatism are more widespread than among "new" ones [26]. This is partly because "old" minorities are more politically organized and have their institutions and financial and property resources.

Therefore, the latest trends in the legal regulation of relations involving national minorities tend to abandon the signs of permanence, time of residence in a certain territory, and the presence of citizenship of the host state in the concept of national minorities [26]. In addition, states are trying to direct their efforts to integrate "new" minorities into social structures as quickly as possible [34]. In this way, an inclusive approach is being introduced that combines "old" and "new" minorities [14]. It seems that the development of these trends over the coming decades will lead to a reduction in the number of criteria by which minorities are divided into "old" and "new" ones and eventually to the abandonment of this approach in favor of a fully inclusive one. Therefore, taking care of Ukraine's national interests and its development as a legal and democratic state, it seems that in the future, it will be necessary to remove from the concept of "national minority (community) of Ukraine" not only the requirement of a traditional residence in Ukraine but also the requirements of permanence and Ukrainian citizenship.

Conclusions

Applying the Law of Ukraine "On National Minorities (Communities) of Ukraine" has revealed specific problems. One of these problems is determining which national minorities (communities) traditionally live in Ukraine, as the Law does not directly define the list of such national minorities (communities) of Ukraine and does not set forth criteria to determine their list. Another problem is discrimination against "new" minorities. Since the concept of "national minority (community) of Ukraine" covers only "old" minorities, "new" minorities are not considered national minorities (communities) of Ukraine at all. The Law does not define a separate status for "new" minorities. This means that "new" minorities are deprived of special rights, and their status does not differ from that of the majority.

When drafting the Law, the legislator tried to follow the Framework Convention or borrow from the experience of foreign countries that have introduced a differentiated approach to "old" and "new" minorities. However, the shortcomings of the legislative technique make it impossible to achieve the desired result. Ukraine's European integration requires ensuring the rights of "new" minorities

following international standards. Therefore, the solution to the problems requires some amendments to the Law.

A differentiated approach to "old" and "new" minorities is relevant to introduce in Ukraine right now, as it takes into account the needs of the present, the interests of national minorities, "old" and "new", as well as the majority. However, in the future, the application of this approach may be hampered. The future lies in unifying approaches to "old" and "new" minorities. Given this, Ukraine should consider returning to an inclusive approach to national minorities.

Recommendations

The findings of this study can be used for further research on minority rights and related topics, for example, in the preparation of abstracts, writing scientific publications, monographs, and dissertation research. The results of this study can also contribute to the further development of Ukrainian legislation on national minorities, particularly in the development of draft laws amending the Law of Ukraine "On National Minorities (Communities) of Ukraine" and bylaws. In addition, this article may help solve problems that arise during the practical application of the Law of Ukraine "On National Minorities (Communities) of Ukraine". The conclusions drawn from this study can be used in teaching courses on constitutional law in higher education institutions.

References

- [1] Dobbernack, J. (2022). Civic inclusion for permanent minorities: thinking through the politics of "ghetto" and "separatism" laws. *Ethnic and Racial Studies*, 45(16), 568-590. <https://doi.org/10.1080/01419870.2022.2113419>.
- [2] Bracic, A. (2022). Ethnicity and social exclusion. *Nationalities Papers*, 50(6), 1045-1056. <https://doi.org/10.1017/nps.2022.72>.
- [3] Lazłri, M. (2023). Understanding minority feeling among people without a migration background: evidence from five majority-minority European cities. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 49(8), 1977-1995. <https://doi.org/10.1080/1369183X.2023.2182550>.
- [4] Nimni, E. (2019). Nations, territorial minorities, democratic theory and national self-determination. In O. Akbulut, E. Aktoprak (Eds.). *Minority Self-Government in Europe and the Middle East* (pp. 32-61). Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. https://doi.org/10.1163/9789004405455_003.
- [5] Kulyk, V. (2022). Is Ukraine a multiethnic country? *Slavic Review*, 81(2), 299-323. <https://doi.org/10.1017/slr.2022.152>.
- [6] On the number and composition of the population of Ukraine according to the results of the 2001 All-Ukrainian Population Census. (2001). *The State Statistics Committee of Ukraine*. Retrieved from <http://2001.ukrcensus.gov.ua/results/general/nationality/>.
- [7] Voinalovych, V.A., Yelensky, V.E., Kulyk, V.M., Malynovska, O.A., Nabok, S.V., Polishchuk, Y.M., & Ryabchuk, M.Y. (2023). *Ethnopolitics in Ukraine in the context of modern socio-political changes: real state, challenges, prospects: a monograph*. V.A. Voinalovych

- (Ed.). Kyiv: I.F. Kuras Institute of Political and Ethnic Studies of the National Academy of Sciences of Ukraine.
- [8] Vasylychenko, O.P. (2017). The rights of national minorities: what do we have at hand and what do we strive for? *Scientific Bulletin of Uzhhorod National University. Series: Law*, 42, 36-40.
- [9] Aslanov, S.A. (2009). Legal framework of ethno-national policy of Ukraine. *State and Law. Legal and Political Sciences: a collection of scientific papers*, 44, 715-722.
- [10] European Union: European Commission, *European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Ukraine – Opinion – On the Law on National Minorities (Communities)*. (June 12, 2023) CDL-AD(2023)021. Retrieved from [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2023\)021-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2023)021-e).
- [11] Perederii, O. (2022). Reforming the legislation on national minorities of Ukraine in the context of europeization of the legal system of Ukraine (theoretical and legal aspect). *Scientific Bulletin of Uzhhorod National University. Series: Law*, 73(1), 19-23. <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2022.73.3>.
- [12] Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council. Commission Opinion on Ukraine's application for membership of the European Union. *The European Parliament*. (June, 2022). Retrieved from <https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/system/files/2022-06/Ukraine%20Opinion%20and%20Annex.pdf>.
- [13] European Council conclusions (June 23-24, 2022). *The Council of the European Union and the European Council*. (2022). Retrieved from <https://www.consilium.europa.eu/media/57442/2022-06-2324-euco-conclusions-en.pdf>.
- [14] Crepaz, K. (2021). "Old" and "new" minorities – Regional synergies, differences and perspectives. Zenodo. <https://doi.org/10.5281/zenodo.5656645>.
- [15] Capotorti, F. (1979). *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*. New York: United Nations.
- [16] Popova, Z., Medda-Windischer, R., Jiménez-Rosano, M., van der Meer, C., Martovskaya, V., Visser, M., & Jayaratne, H. (2018). *Handbook on Teaching in Diversity: a practical guide, including tools and resources, on how to teach diversity, how to teach in diversity and how to manage diversity*. Bozen/Bolzano: EURAC Research.
- [17] Letschert, R. (2007). Successful integration while respecting diversity; "Old" minorities versus "New" minorities. *Helsinki Monitor*, 18(1), 46-56. <https://doi.org/10.1163/157181407780862898>.
- [18] Benedikter, T. (2008). *Europe's ethnic mosaic: a short guide to minority rights in Europe*. Bozen/Bolzano: EURAC Research.
- [19] Medda-Windischer, R. (2010). Changing paradigms in the traditional dichotomy of old and new minorities. In K. Henrard (Ed.), *Double Standards Pertaining to Minority Protection* (pp. 195-218). Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- [20] Constitution of Ukraine. (June 28, 1996). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.
- [21] Law of Ukraine No. 2494-XII "On national minorities in Ukraine". (1992, June). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2494-12#Text/>.
- [22] Kotygorenko, V.O., & Panchuk, M.I. (2020). Problems of the terminology of legislation regulating ethno-national relations in Ukraine. *Ukrainian Society*, 1(72), 9-40. <https://doi.org/10.15407/socium2020.01.009>.

- [23] Law of Ukraine No. 2827-IX "On national minorities (communities) of Ukraine". (December, 2022). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2827-20#Text>.
- [24] Henrard, K. (2011). An E.U. Perspective on new versus traditional minorities: on semi-inclusive socio-economic integration and expanding visions of "European" culture and identity. *Columbia Journal of European Law*, 17(1), 57-99.
- [25] Lyapina, L. (2001). The characteristics of ethnic minorities in modern Ukraine. *Scientific Notes of the National University of Kyiv-Mohyla Academy*, 19, 51-54.
- [26] Malynovska, O. (2023). Ethnopolitics and migration policy: to the question of interconnection and mutual influence. *Political Studies*, 1(5), 178-198. <https://doi.org/10.53317/2786-4774-2023-1-10>.
- [27] Djolai, M. (2021). Introduction: Fighting for Security from a Minor Perspective and Against Securitisation of Minorities in Europe. *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, 20, 1, 1-23. <https://doi.org/10.53779/ESVH7898>.
- [28] Framework Convention for the Protection of National Minorities and Explanatory Report. *The Council of Europe*. (February, 1995). Retrieved from <https://rm.coe.int/16800c10cf>.
- [29] Council of Europe Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities. (May, 2016). *The Framework Convention: A Key Tool to Managing Diversity Through Minority Rights* (Thematic Commentary No. 4: The Scope of Application of the Framework Convention for the Protection of National Minorities). Strasbourg. ACFC/56DOC(2016)001.
- [30] *Tourkiki Enosi Xanthis and Others v. Greece*, no. 26698/05, § 51, ECHR 2008. Retrieved from <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-85589%22%5D%7D>.
- [31] *Pichkur v. Ukraine*, no. 10441/06, § 48-49, ECHR 2013. Retrieved from <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2210441/06%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-127810%22%5D%7D>.
- [32] Kuczyńska-Zonik, A. (2017). The securitization of national minorities in the Baltic states. *Baltic Journal of Law & Politics*, 10(2), 26-45. <https://doi.org/10.1515/bjlp-2017-0011>.
- [33] Karolak-Michalska, M. (2020). The role of securitization of national and ethnic minorities in the management of ethno-politics in Eastern European countries. *International Journal of Contemporary Management*, 19(2), 71-95. <https://doi.org/10.4467/24498939IJCM.20.006.12671>.
- [34] Dosch, J., & Lakatos, M. (2020). South Tyrol and Eland: collective identity in the interplay of old and new minorities. *Studies in Ethnicity and Nationalism*, 20, 188-207. <https://doi.org/10.1111/sena.12323>.

Oleksii Yu. Husiev

Ph.D. in Law

Non-governmental organization "Institute of Equal Opportunities"

03057, 14-B Oleksandr Dovzhenko Str., Kyiv, Ukraine

e-mail: oleksii.husiev@gmail.com

ORCID 0000-0002-4563-2891

Олексій Юрійович Гусєв

доктор філософії з права

Громадська організація «Інститут рівних можливостей»

03057, вул. Олександра Довженка, 14-Б, Київ, Україна

e-mail: oleksii.husiev@gmail.com

ORCID 0000-0002-4563-2891

Suggested Citation: Husiev, O.Yu. (2023). Problems of Introducing a Differentiated Approach to "Old" and "New" Minorities in Ukraine. *Problems of Legality*, 162, 55-75. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.284895>.

Рекомендоване цитування: Husiev O. Yu. Problems of Introducing a Differentiated Approach to "Old" and "New" Minorities in Ukraine. *Problems of Legality*. 2023. Issue 162. P. 55–75. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.284895>.

Статтю подано / Submitted: 19.07.2023

Доопрацьовано / Revised: 01.09.2023

Схвалено до друку / Accepted: 05.09.2023

Опубліковано / Published: 28.09.2023

До проблеми співвідношення розміру санкцій у режимі досягнення балансу інтересів (на прикладі сплати мита)

Микола Петрович Кучерявенко*

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

*e-mail: m.p.kucheryavenko@nlu.edu.ua

Артем Михайлович Котенко

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

Анотація

Актуальність пропонованого дослідження як із теоретичного, так і практичного погляду полягає в проблематиці співвідношення розміру санкцій у контексті досягнення балансу публічних та приватних інтересів. Основною метою статті є пошук оптимальних шляхів вирішення питань, пов'язаних із накладенням штрафів за порушення митних правил. Результати цього дослідження зможуть покращити процедури контролю та сприяти збалансованому визначенню розмірів штрафів у митному праві з урахуванням публічного інтересу та захисту прав власності осіб. Дослідження базується на застосуванні різноманітних наукових методів, таких як діалектичний аналіз і синтез, структурно-функціональний підхід, формально-юридичний та формально-логічний аналіз, порівняльно-правовий підхід та інші. Воно охоплює аналіз співвідношення публічних та приватних інтересів, а також системи публічного інтересу й можливих конфліктів, що виникають при формуванні публічних фондів. Досліджено природу обов'язкових платежів, таких як податки, збори, мито, що й проілюстровано на прикладі митних платежів. Також висвітлено питання адміністративної відповідальності за порушення митних правил, приділено увагу важливості дотримання часових критеріїв при сплаті митних платежів та наслідкам недотримання цих критеріїв для держави. Розглянуто взаємозв'язок між матеріальним та процедурним впливом на упорядкування поведінки учасників відносин і зазначено, що ці дві сторони неможливо роз'єднати. Також стверджується, що держава має суверенне право встановлювати податки, збори та інші платежі на своїй території для забезпечення виконання власних функцій і задоволення суспільних потреб. Окрім того, в дослідженні аналізуються відносини між різними групами інтересів учасників відносин, такими як інтерес суспільства, держави, територіальної громади, державних органів та зобов'язаних осіб, розподіл цих інтересів на непропорційні групи та їх взаємозв'язок. Загалом, дослідження має

важливе значення для розуміння проблем і перспектив у сфері митного права та адміністративної відповідальності. Його результати можуть сприяти поліпшенню законодавства й удосконаленню процедур контролю задля створення прозорої та ефективної правової системи, здатної забезпечувати інтереси всіх сторін у відносинах між суспільством, державою і приватними особами.

Ключові слова: податкова система України; податковий обов'язок; доходи бюджету; відповідальність за порушення митного законодавства; мито.

The Problem of Balancing the Size of Sanctions in Achieving a Balance of Interests (Using the Example of Customs Duties)

Mykola P. Kucheriavenko*

*Yaroslav Mudryi National Law University,
Kharkiv, Ukraine*

**e-mail: m.p.kucheryavenko@nlu.edu.ua*

Artem M. Kotenko

*Yaroslav Mudryi National Law University,
Kharkiv, Ukraine*

Abstract

The relevance of the proposed research, both from theoretical and practical perspectives, lies in addressing the issue of the relationship between the magnitude of sanctions concerning the balance between public and private interests. The main objective of this study is to explore optimal approaches to address issues related to imposing penalties for violations of customs regulations. The results of this research could enhance control procedures and facilitate a balanced determination of penalty sizes in customs law while considering public interest and property rights protection. The study is based on the application of various scientific methods, such as dialectical analysis and synthesis, structural-functional approach, formal-legal and formal-logical analysis, comparative-legal approach, among others. It encompasses an examination of the interplay between public and private interests, as well as an analysis of the system of public interest and potential conflicts arising during the formation of public funds. The research investigates the nature of compulsory payments, such as taxes, fees, and customs duties, illustrated through the example of customs payments. Additionally, it sheds light on issues of administrative liability for customs violations, emphasizing the significance of adhering to specific time criteria when making customs payments and the consequences for the state if these criteria are not met. Furthermore, the study explores the interrelation between material and procedural impact on regulating the behavior of the participants involved in the relationships, emphasizing that these two aspects cannot be separated. It also affirms that the state has the sovereign right to establish taxes, fees, and other payments within its territory to fulfill its functions and meet societal needs. Moreover,

the research examines the relationships among various interest groups of participants, such as societal interest, state interest, territorial community interest, government entities, and obligated individuals, while also discerning the division of these interests into disproportionate groups and their interconnectedness. Overall, the research holds significant importance in understanding the issues and prospects within the domain of customs law and administrative responsibility. The findings have the potential to contribute to the improvement of legislation and control procedures, fostering the development of a transparent and efficient legal system capable of safeguarding the interests of all parties involved, including society, the state, and private individuals.

Keywords: tax system of Ukraine; tax liability; budget revenues; responsibility for violation of customs legislation; customs duties.

Вступ

У сучасному світі, де інтереси різних суспільних груп і окремих осіб постійно переплітаються, дедалі важливішою стає проблема забезпечення балансу між публічним та приватним інтересом. Ця тема викликає підвищений інтерес у науковій спільноті.

Ефективне правове регулювання будь-якої сфери суспільних відносин передбачає впорядкування поведінки осіб, які беруть у цьому участь. Зазвичай, йдеться про організацію поведінки суб'єктів правовідносин як в умовах визначення певних правил для їх діяльності, так і відповідного досягнення компромісу, підкорення когось із учасників правовідносин. Особливістю публічних правовідносин є наявність учасників, які або уособлюють державу чи територіальні громади, або представляють їх інтереси. Саме в такій ситуації і виокремлюються позиція, мета організації діяльності, захисту публічних інтересів суб'єкта владних повноважень.

Безумовно, публічний інтерес складно розглядати в однині, швидше за все, – це певна система інтересів. Такі публічні інтереси, як інтерес держави, інтерес територіальної громади, інтерес контролюючого органу, який представляє державу або територіальні громади, може не збігатися, іноді навіть породжувати суперечності. Така ситуація набуває особливої гостроти під час формування публічних грошових фондів. Це абсолютно зрозуміло за умов, коли існування як держави, так і територіальних громад неможливе без фінансового забезпечення реалізації покладених на них функцій. Надходження доходів до відповідних бюджетів, зокрема, й формує таку фінансову незалежність територій, гарантує їх спроможність.

Наголосимо на принциповій конфліктності саме таких відносин, коли йдеться про передачу або стягнення коштів із законотворчих учасників за рахунок їх фінансових обов'язків (у разі сплати податків, зборів, мита тощо).

Якщо в режимі кримінально-правового регулювання як об'єкт правового впливу виокремлюються негативні явища, які однаково засуджуються всіма засобами соціального регулювання (вбивства, крадіжки, катування і т. ін.), то при сплаті податків, мита, зборів треба сформулювати таку конструкцію, яка б об'єктивно пояснювала логічність та послідовність вилучення коштів у особи, яка їх заробила, не порушуючи закон.

Підставою такої вимоги є відповідь на з'ясування взагалі природи обов'язкових платежів (податків, зборів, мита). Їх зміст пов'язується з природою держави або іншого адміністративно-територіального союзу і відповіддю на запитання: навіщо певна кількість осіб об'єдналася таким чином? Таке об'єднання пов'язується перш за все із захистом власності та життя [1, с. 171–175]. Але цей захист не може відбуватися без акумуляції коштів для цього. Саме з цією метою і сплачуються обов'язкові платежі.

Окрему групу серед цих платежів становлять ті, що забезпечують реалізацію завдань і функцій саме держави. Не зупиняючись на підставах класифікації таких платежів [2, с. 106–112], наголосимо, що значна їх частина пов'язується, зокрема, з природою таких суспільних утворень, як держава, місто, район і т. ін. Наприклад, із наявністю державного кордону пов'язується обов'язок сплати окремих платежів при його перетинанні. Як приклад можна послатися на сплату акцизного податку при перетинанні митного кордону та ввезенні на територію України підакцизних товарів [3, розд. 6]. Але найбільш яскравим прикладом є митні платежі. Безумовно, в цій ситуації принциповим є розмежування митних платежів, які пов'язуються із певними послугами, діями з боку держави (наприклад збір за зберігання на митному складі) [4] та платежі, вимога щодо сплати яких виникає за умови перетинання митного кордону України.

До вивчення питання щодо досягнення балансу інтересів у сфері фінансів звертаються багато науковців із різним об'єктом дослідження. Зокрема, О. Кнейслер зі співавторами досліджує баланс інтересів крізь призму формування доходів бюджету на місцевому рівні [5]. Крім того, С. М. Попова та інші науковці наголошують на обов'язковості додержання податкового законодавства як умови фінансового розвитку держави, зазначаючи, що ухилення від сплати податків та інших обов'язкових платежів передбачає відповідальність, оскільки становить проблему наповнення бюджетів країни [6, с. 425]. І. Настасяк, О. Баїк та інші розглядають питання фінансово-правового аспекту економічної безпеки держави, досліджують створення цілісної державної політики нормативно-правового забезпечення фінансової безпеки, що включатиме в себе, безперечно, баланс публічного та приватного

інтересів [7]. Своєю чергою, такі науковці, як О. В. Костяна, О. Є. Найденко, В. Ф. Тищенко, В. М. Остапенко у своїй статті аналізують митну політику саме в контексті циклічності економіки та економічного розвитку і порівнюють національну економічну систему із економічною системою Європейського Союзу, що дало їм змогу окреслити як переваги, так і недоліки обох систем і їх тарифів [8]. Огляд зазначених наукових праць та їх дослідження допомогли нам точніше сформулювати мету цієї статті та чітко визначитися із застосованою нами методологією дослідження.

Метою статті є аналіз та вивчення питання взаємозв'язку публічного і приватного інтересів. Дослідження спрямоване на пошук оптимальних рішень та шляхів вирішення проблем, що виникають під час накладення штрафів за порушення митних правил з урахуванням публічного інтересу та захисту прав власності осіб.

Матеріали та методи

Для досягнення поставленої мети та розв'язання завдань дослідження використано різноманітні наукові методи, підходи та дії, що спрямовані на отримання нових наукових результатів у вивченні проблематики співвідношення розміру санкцій у контексті досягнення балансу публічних та приватних інтересів у митному праві та адміністративній відповідальності. Одними з ключових методів, які застосовані в цьому дослідженні, є діалектичний аналіз та синтез, що сприяли розкриттю сутності та взаємозв'язку між різними аспектами проблеми. За допомогою діалектики розглянуто публічні та приватні інтереси як взаємопов'язані й такі, що взаємодіють, сторони митного права та адміністративної відповідальності.

Структурно-функціональний підхід дав змогу проаналізувати систему публічного інтересу та виявити можливі конфлікти, що виникають при формуванні публічних фондів у контексті митних відносин. За допомогою формально-юридичного та формально-логічного аналізу систематизовано й узагальнено правові норми, закони та правила, пов'язані з накладенням штрафів за порушення митних правил.

Окрім того, порівняльно-правовий підхід дав можливість дослідити практику інших країн у регулюванні санкцій за порушення митних правил та застосувати ці знання для формування ефективних механізмів регулювання українського митного права. З метою уточнення деяких аспектів дослідження та отримання відповідних даних проведено аналіз рішень Конституційного Суду України, що дало змогу визначити тлумачення деяких законодавчих норм та встановити їх конституційність.

Важливу частину дослідження становить аналітична робота з вивчення наукових праць, зокрема монографій авторів, які висвітлюють проблеми митного права, адміністративної відповідальності та співвідношення розміру санкцій у контексті захисту прав власності осіб. Також у ході дослідження використано деякі емпіричні дані, що були отримані з аналізу рішень Верховного адміністративного суду України та документів, пов'язаних зі сплатою митних платежів. Діапазон використаних методів та підходів дав змогу забезпечити комплексне дослідження проблематики співвідношення розміру санкцій у митному праві та адміністративній відповідальності з урахуванням публічного інтересу й захисту прав власності осіб.

Результати та обговорення

Перевищення строку тимчасового ввезення транспортних засобів

Згідно зі ст. 458 Митного кодексу України (далі – МК України) порушення митних правил є адміністративним правопорушенням, яке являє собою протиправні, винні (умисні або з необережності) дії чи бездіяльність, що посягають на встановлений порядок переміщення товарів, транспортних засобів комерційного призначення через митний кордон України, пред'явлення їх митним органам для проведення митного контролю та митного оформлення, а також здійснення операцій з товарами, що перебувають під митним контролем або контроль за якими покладено на митні органи і за які передбачена адміністративна відповідальність [4].

Зрозуміло, що сплата митних платежів насамперед передбачає закріплення такого специфічного джерела наповнення доходних частин бюджетів. Тобто призначення відповідних форм правового регулювання – це формування, накопичення публічних грошових фондів. Але не хотілося б, щоб за такої оцінки поза увагою залишався динамічний акцент у регулюванні такої сплати. Надходження доходів до бюджетів передбачає не отримання коштів державою чи територіальними громадами колись, а саме своєчасне їх надходження. Недодержання часових критеріїв (тижневих, місячних і т. ін.) унеможливує забезпечення збалансованого динамічного виконання завдань та функцій держави при використанні накопичених коштів.

Зрозуміло, що реалізація будь-якого матеріального припису неможлива без відповідного процедурного забезпечення. «Матеріальне регулювання оподаткування, існування винятково матеріально-правових норм є абстрактною конструкцією, оскільки їх дотримання може забезпечуватися лише за рахунок податково-правових норм, спеціальних, формалізованих податкових процедур. Відокремлене матеріальне право є бездієвим... разом з тим, процесуальне право без матеріального не має ні підстави... ні мети досягнення

результату...» [9, с. 9; 10, с. 200]. Фактично матеріальний та процедурний вплив на упорядкування поведінки учасників відносин неможливо роз'єднати. Вони уособлюють нерозривну єдність. У цьому містяться, на наш погляд, і глибинні підстави несприятливих наслідків для осіб, які порушили як матеріальні, так і процедурні (які відображають динамічні аспекти правового впливу) приписи.

У частині 6 ст. 481 МК України встановлено адміністративну відповідальність за порушення митних правил, а саме за перевищення строку тимчасового ввезення транспортних засобів особистого користування та транспортних засобів комерційного призначення на митну територію України більше ніж на тридцять днів, а так само втрата цих транспортних засобів, у тому числі їх розукомплектування [4]. Підстави втручання держави у права, гарантовані Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод та протоколів до неї, мають трирівневу складову: відповідно до закону; легітимна мета; необхідність у демократичному суспільстві. Для цілей статті розглянемо детальніше легітимну мету. Легітимна мета розглядається як допустима межа втручання держави у права, що захищаються. В основі такого втручання лежить досягнення балансу інтересів учасників відносин. При цьому система інтересів у правовому регулюванні передбачає врахування: інтересу суспільства; інтересу держави; інтересу територіальної громади; інтересу державного органу (суб'єкта владних повноважень); інтересу зобов'язаної особи (платника).

Дійсно, системність суб'єктів характеризує один із елементів складу правовідношення, яке регулює надходження коштів до централізованих, публічних грошових фондів. До цієї системи входять як суб'єкти, які характеризуються в цьому сенсі загальною правосуб'єктністю, так і інші учасники, які представляють владну сторону: «...загальними владними суб'єктами... виступають податкові органи... які утворені та наділені компетенцією саме у сфері оподаткування... До спеціальних владних суб'єктів... можна віднести митні органи...» [11, с. 226].

Складні взаємозв'язки схожих інтересів передбачають як форми узгодженості, так і виникнення певних суперечок, конфлікту, що саме і передбачає пошук збалансованих форм винайдення шляхів вирішення цих розбіжностей. Таку сукупність інтересів можна розподілити на непропорційні групи. До першої групи мають входити інтереси всіх учасників, які уособлюють або реалізують публічну мету, зацікавленість, тобто це інтереси всіх згаданих учасників, окрім останнього суб'єкта – зобов'язаної особи. Саме платник і є носієм приватного інтересу. Але це зовсім не означає, що він не заінтере-

сований у реалізації публічного інтересу, бо за рахунок нього гарантується формування публічних фондів, а вже через витрачання їхніх коштів і задовольняються потреби громадян в освіті, безпеці, медицині тощо. Тобто як споживач цих послуг носій приватного інтересу заінтересований у реалізації публічних інтересів і має цьому сприяти.

Відповідно до ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права. Проте попередні положення аж ніяк не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які вона вважає за потрібне, щоб здійснювати контроль за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів. Держава має суверенне право на встановлення податків, зборів та інших платежів на відповідній території. Таке право держави спрямоване на акумулювання коштів для виконання своїх функцій і задоволення суспільних потреб.

Тимчасове ввезення транспортних засобів особистого користування та транспортних засобів комерційного призначення на митну територію України має наслідком несплату митних платежів, що формують дохідну частину Державного бюджету України. Отже, держава, встановлюючи можливість тимчасово обмеженого у часі ввезення транспортних засобів на митну територію України дає право не сплачувати митні платежі. Обмеженість у часі такого «звільнення» обґрунтована потребою у захисті економічних інтересів держави.

«Держава, видаючи норми права, визначає юридичну відповідальність суб'єктів, незалежно від їх волі і бажання, що має державно-примусовий характер. Особливістю подібних заходів у галузі оподаткування є захист власником своїх коштів» [12, с. 210]. Показово, що удосконалення цих відносин та засобів їх упорядкування висвітлює два зустрічні процеси. З одного боку, становлення правової держави вимагає прозорості відносин та мінімізації негативних проявів поведінки, а з іншого – ускладнення суспільних відносин зумовлює їх конфліктність та збільшення можливості порушення правових норм. Усе це додає актуальності принципу невідворотності настання відповідальності, яка визначена в законі та яка гарантує повне і своєчасне виконання обов'язків щодо формування доходів публічних фондів.

Установлюючи відповідальність за перевищення строку тимчасового ввезення транспортних засобів особистого користування та транспортних

засобів комерційного призначення на митну територію України більше ніж на тридцять діб, а так само втрата цих транспортних засобів, у тому числі їх розкомплектування, держава захищає свої економічні інтереси, що полягають у наповненні коштами Державного бюджету. Отже, легітимна мета санкції ч. 6 ст. 481 МК України полягає у захисті економічних інтересів держави.

Показово, що цей захист здійснюється і на стадії законотворчості, а саме: під час закріплення правосуб'єктності учасників відносин. Баланс та узгодження повноважень владних суб'єктів та прав і обов'язків зобов'язаних суб'єктів не передбачає в цьому випадку певної рівності, а зумовлює саме об'єктивний та логічний дисбаланс у бік переважання обов'язків у зобов'язаних осіб і прав у владних суб'єктів. У основі цього лежить об'єктивна імперативна вимога, яка гарантує виконання безумовного обов'язку щодо сплати податків, зборів, платежів зобов'язаними особами. Саме власник таких коштів (податків, зборів, мита) встановлює правила поведінки, режими надходження та використання грошей. Водночас зобов'язана особа реалізує свою поведінку через здійснення безумовних обов'язків.

Види адміністративних стягнень

Статтею 461 МК України закріплено види адміністративних стягнень за порушення митних правил. Такими, зокрема, є: попередження, штраф та конфіскація товарів, транспортних засобів комерційного призначення. При цьому відповідно до ст. 462 МК України попередження та штраф можуть застосовуватися тільки як основні адміністративні стягнення за порушення митних правил. Конфіскація товарів, транспортних засобів, зазначених у п. 3 ст. 461 МК України, може застосовуватися як основне і як додаткове адміністративне стягнення. За одне і те саме порушення митних правил може накладатися тільки основне або основне й додаткове адміністративні стягнення. Якщо статтею, якою встановлюється адміністративна відповідальність за порушення митних правил, передбачаються основне й додаткове адміністративні стягнення, застосування лише додаткового адміністративного стягнення без основного не допускається, крім випадку, передбаченого ч. 3 ст. 467 МК України. Здійснюючи класифікацію адміністративних стягнень на основні та додаткові, встановлюючи можливість застосування лише основного адміністративного стягнення (без додаткового), держава визначає дискрецію компетентного органу.

Дискреція компетентного органу пов'язується та залежить від явища, що є більш складним та широким за змістом, – розсуду. Останній передбачає оцінювання та з'ясування цілісного підходу до таких понять, через які можна реалізовувати поведінку учасників відносин у режимі розсуду. Йдеться про:

дискрецію, преюдицію, тлумачення, оціночні поняття. Розсуд у регулюванні відносин, що гарантують формування публічних грошових фондів, передбачає декілька особливостей: а) оцінюються не лише норми, які стосуються саме видових відносин, а й норми-принципи, що мають загальний характер; б) розсуд означає можливість реалізації повноважень суб'єктом правозастосування в чіткій відповідності до припису закону, обираючи оптимальний варіант; в) обрання варіанта поведінки пов'язується з розсудом щодо оцінки обставин конкретних відносин; г) реалізація розсуду деталізує не зміст повноваження, а процедури їх реалізації.

Якщо у ст. 481 МК України наведено види порушення митних правил, то ст. 460 цього Кодексу передбачено особливості відповідальності. Порушення, визначені ст. 481 МК України, вчинені внаслідок аварії, дії обставин непереборної сили або протиправних дій третіх осіб, що підтверджується відповідними документами, а також допущення у митній декларації помилок, які не призвели до неправомірного звільнення від сплати митних платежів або зменшення їх розміру, до незабезпечення дотримання заходів тарифного та/або нетарифного регулювання зовнішньоекономічної діяльності, якщо такі помилки не допускаються систематично (ст. 268 МК України), не тягнуть за собою адміністративної відповідальності, передбаченої МК України.

Частиною 6 ст. 481 МК України передбачені обставини, які об'єктивно можуть вплинути на можливість виконання умов та строків тимчасового ввезення транспортних засобів Перевищення строку тимчасового ввезення транспортних засобів особистого користування та транспортних засобів комерційного призначення на митну територію України більше ніж на тридцять діб, а так само втрата цих транспортних засобів, у тому числі їх розкомплектування, – тягнуть за собою накладення штрафу в розмірі десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або конфіскацію таких транспортних засобів [4].

Штраф та конфіскацію тут слід розглядати як два основних адміністративних стягнення. Отже, притягаючи до відповідальності за ст. 481 МК України, суд повинен обрати одне з двох можливих основних видів адміністративних санкцій. За таких умов вважати, що санкція за порушення, передбачене ч. 6 ст. 481 МК України, є безальтернативною, не можна. Суд, притягаючи до відповідальності за ч. 6 ст. 481 МК України, може врахувати певні обставини справи як такі, що обтяжують чи пом'якшують відповідальність, і обрати санкцію у вигляді штрафу розміром у десять тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або ж конфіскувати транспортний засіб, вартість якого може бути як більшою, так і меншою за десять тисяч

неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. За таких умов виключно майновий характер відповідальності за ч. 6 ст. 481 МК України не свідчить, що санкція є абсолютно визначеною, тобто безальтернативною. Хоча при цьому слід визнати, що наявні вузькі межі дискреції компетентного органу.

Індивідуалізація юридичної відповідальності

Статтею 61 Конституції України закріплено принцип індивідуалізації юридичної відповідальності. Необхідність індивідуалізації адміністративної відповідальності передбачена ч. 2 ст. 33 КУпАП, якою визначено, що при накладенні стягнення враховуються характер вчиненого правопорушення, особа порушника, ступінь його вини, майновий стан, обставини, що пом'якшують і обтяжують відповідальність [13, п. 4.2].

Індивідуалізація адміністративної відповідальності, як різновиду юридичної, передбачає при накладенні стягнення врахування характеру вчиненого правопорушення, особи порушника, ступеня його вини, майнового стану, обставин, що пом'якшують і обтяжують відповідальність. Індивідуалізація юридичної відповідальності досягається за рахунок установлення певних меж стягнень (санкцій), відповідно до яких компетентний орган може врахувати викладені вище обставини. Встановлення більш широких меж дискреції є передумовою для індивідуалізації юридичної відповідальності. Водночас широка дискреція може мати свої негативні наслідки, наприклад корупцію.

На жаль, не можна виключати і об'єктивні підстави схожого явища, які полягають у поверховості знань та нефаховості законодавця. Можна констатувати, що нинішня якість законодавства дає підстави зробити висновок про неузгоджену, поверхову, суперечливу систему законодавчих норм — як галузевих, так і системно цілісних. Відсутність структурованої системи узгоджень як внутрішньо галузевих, так і на межі галузей породжує принципове непорозуміння, конфліктність у застосуванні тієї чи іншої правової норми. А це становить основу об'єктивного породження й пояснення корупційних ризиків.

Індивідуалізація відповідальності досягається через запровадження різних за розміром штрафів за фактично тотожні порушення, а саме перевищення строку тимчасового ввезення транспортних засобів особистого користування [4, ст. 481]. Межі штрафу залежать від тривалості перевищення строку тимчасового ввезення. Відповідно до ч. 1 ст. 481 МК України перевищення строку тимчасового ввезення транспортних засобів особистого користування не більше ніж на три доби тягне за собою попередження або накладення штрафу в розмірі п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. У свою чергу, перевищення строку більше ніж на три доби, але не більше ніж

на десять діб, тягне накладення штрафу в розмірі трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (ч. 2 ст. 481 МК України). Отже, розглядати відокремлено саме санкцію ч. 6 ст. 481 без аналізу частин 1–5 ст. 481 МК України є помилковим.

Різні частини ст. 481 МК України передбачають різні розміри штрафів і безпосередньо залежать від тривалості перевищення строку тимчасового ввезення транспортного засобу. Що довшим є перевищення, то більшим штраф. Убачається, що встановлення різних розмірів штрафів залежно від тривалості вчинення правопорушення і є узгодженням із конституційним принципом індивідуальної юридичної відповідальності. Аналізуючи санкцію, що передбачена ч. 6 ст. 481 МК України, слід також виходити із того, які наслідки для заінтересованих сторін мала б правомірна поведінка особи. Якщо транспортний засіб ввозиться для постійного використання (митний режим імпорту) на митну територію України, підлягають сплаті митні платежі до Державного бюджету України. Митні платежі складаються із мита, податку на додану вартість та акцизного податку [14, с. 73].

Не вдаючись до розгляду конкретних розмірів відповідних митних платежів, слід зазначити, що вони можуть сягати понад 30 % вартості транспортного засобу. За таких умов вбачається обґрунтованим, що держава за несплату митних платежів встановлює відповідальність, що має саме майновий характер.

Легітимна мета та пропорційність відповідальності

Аналізуючи пропорційність адміністративної відповідальності за ч. 6 ст. 481 МК України тяжкості вчиненого правопорушення, слід виходити з того, що розмір штрафу залежить від тривалості перевищення строку тимчасового ввезення транспортного засобу. Отже, якщо б особа перевищала строк на дві доби, то штрафу взагалі могло і не бути, адже санкція ч. 1 ст. 481 МК України передбачає можливість обмежитися попередженням. Ані митне законодавство України, ані Кодекс України про адміністративні правопорушення не передбачають поділу порушень залежності від їх тяжкості за аналогом поділу злочинів у Кримінальному кодексі України. За таких умов потрібно виходити з легітимної мети — захисту економічних інтересів держави. Ввезення транспортного засобу у митному режимі «імпорту» мало б наслідком сплату митних платежів. Будь-яка держава світу ретельно підходить до захисту своїх економічних інтересів, що, зокрема, передбачає застосування заходів, спрямованих на забезпечення сплати податків (митних платежів). Достатньо високий розмір штрафу, а саме десять тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, є одним із таких заходів.

Суб'єкт права на конституційну скаргу, обґрунтовуючи надмірність штрафу, апелює до багатократного перевищення накладеного штрафу розмірам встановленого в Україні прожиткового мінімуму та мінімальної заробітної плати. Дійсно, таке порівняння є наочним. Водночас потрібно звернутися до пояснювальної записки до проекту Закону «Про внесення змін до Митного кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо ввезення транспортних засобів на митну територію України» від 15.06.2018 р. № 8488 [15]. У подальшому цей законопроект ухвалено як Закон № 2612-VIII від 08.11.2018 р. [16], яким встановлено нині чинну редакцію ст. 481 МК України.

У Пояснювальній записці зазначено, що метою прийняття законопроекту є врегулювання питання ввезення транспортних засобів на митну територію України, забезпечення дієвого контролю за переміщенням, цільовим використанням транспортних засобів, поміщених у митний режим транзиту чи тимчасового ввезення, посилення відповідальності громадян за порушення митних правил та що порушення строків тимчасового ввезення транспортних засобів набуло значних масштабів. Кількість дорожньо-транспортних пригод у 2017 р. за участю транспортних засобів з іноземною реєстрацією становила понад 10 тисяч, що перевищило 6 % від усіх автомобільних аварій в Україні. За даними Моторного (транспортного) страхового бюро України, станом на 1 травня 2018 р. поліси обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів було придбано майже 198 тисячами власників транспортних засобів з іноземною реєстрацією, що не відповідає кількості таких увезених в Україну транспортних засобів [15]. Ці факти також можна віднести до складників легітимної мети санкції ч. 6 ст. 481 МК України.

З огляду на несплату митних платежів, вчинення дорожньо-транспортних пригод, відсутність страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів вважаємо обмеженням при аналізі пропорційності виходити лише з порівняння розміру штрафу з кратністю прожиткового мінімуму чи мінімальної заробітної плати.

Висновки

Досліджуючи питання справедливого балансу між вимогами публічного інтересу та захистом прав власності особи, слід виходити з того, що йдеться про значний ступінь суб'єктивності. Напевно, кожна особа, що притягається до відповідальності, вважає, що відповідальність не пропорційна вчиненому правопорушенню, і є надмірною. Такий висновок має ґрунтуватися або хоча б урахувувати пошук визначеності при розв'язанні колізій, з'ясуванні змісту

оціночних понять. Подолання комплексного тлумачення обставин, де дві або більше норм по-різному оцінюють зміст однакових відносин, саме і призводить до породження суперечок, конфліктів, а з огляду на це – і пошуку форм усунення цих суперечностей.

Характер колізійності в таких відносинах доцільно розглядати системно, узгоджуючи підстави, що породжують колізії, та засоби їх подолання. У відносинах щодо справляння обов'язкових платежів до бюджетів у колізії коригуються метою учасників відносин, їх інтересами. При цьому «колізійність правових норм відрізняє їх від норм технічних, релігійних, моральних, які виражають однозначність розвитку ситуації. Якщо в технічних нормах це засновується на однозначних об'єктивних законах природи, то серед інших різновидів соціальних норм – це уявлення про спосіб і форму поведінки» [11, с. 216]. Зрозуміло, уявлення про зміст поведінки, що зумовлюється характером правової норми, розрізняється у окремих учасників таких відносин, що й породжує відповідну конфліктність.

Конфлікт, що спричиняє колізію, зумовлюється як часом, так і змістом. У першому випадку це означає запізнення у часі змін чинних норм порівняно з нормами, які прийняті пізніше. У разі залишення чинних норм беззмінними саме і формується підстава суперечок. Змістовий конфлікт виражає порівняння норм, які прийняті одночасно і стосуються однієї сфери суспільних відносин. Конфлікт окремих положень колізійних норм не є одиничним, а передбачає: а) колізію норм одного нормативно-правового акта; б) колізію норм окремих приписів, але які є однотипними за галузевим критерієм; в) колізію норм різних галузей, але спрямованих на регулювання однотипних відносин [11, с. 216–217; 14, с. 74–75].

Оціночні поняття передбачають не лише звернення до змісту тієї чи іншої норми права, а й реалізацію правосвідомості, праворозуміння учасників відносин, які використовують таке поняття для коригування своєї поведінки. Оціночні поняття в цьому контексті безпосередньо пов'язані з реалізацією розсуду. Останній, з одного боку, визначає правові наслідки, якими коригуються права та обов'язки учасників відносин, а з іншого – виступає елементом юридичного складу, який законодавчо гарантує певну варіативність на стадії правозастосування. За такої ситуації якість переходить у кількість. Тобто якість, чіткість формулювання законодавчого припису зумовлює кількість варіантів поведінки.

Список використаних джерел

- [1] Локк Дж. Два трактати про правління / пер. з англ. П. Содомора. Київ : Наш Формат, 2020. 312 с.

- [2] Кучерявенко М. П. Податкове право України. Академічний курс : підручник. Київ : Правова єдність, 2008. 701 с.
- [3] Податковий кодекс України : Закон України від 02.12.2010 р. № 2755-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 13–14, № 15–16, № 17. Ст. 112.
- [4] Митний кодекс України : Закон України від 13.03.2012 р. № 4495-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 44–45, № 46–47, № 48. Ст. 552.
- [5] Kneysler O., Spasiv N., & Marynychak L. Modern Tools for Forming the Optimal Structure of Revenues of Territorial Communities' Budgets. *Financial and Credit Activity: Problems of Theory and Practice*. 2022. Vol. 3, issue 44. P. 110–121. <https://doi.org/10.55643/fcapter.3.44.2022.3789>.
- [6] Popova S. M., Krainyk H. S., Popova L. M., & Yeshchuk O. M. Compliance with Tax Legislation as a Necessary Condition for Financial Development of the State. *Financial and Credit Activity: Problems of Theory and Practice*. 2018. Vol. 3, issue 26. P. 425–434. <https://doi.org/10.18371/fcapter.v3i26.144268>.
- [7] Nastasiak I., Baik O., Zaiats O., Mykhalitska N., & Vereskliа M. Financial and Legal Aspects of Economic Security of the State. *Financial and Credit Activity: Problems of Theory and Practice*. 2021. Vol. 4, issue 39. P. 482–493. <https://doi.org/10.18371/fcapter.v4i39.241419>.
- [8] Kostiana O., Naydenko O., Tyschenko V., & Ostapenko V. Customs Policy of Ukraine in the Context of Cyclical Economic Development. *Financial and Credit Activity: Problems of Theory and Practice*. 2020. Vol. 3, issue 34. P. 351–357. <https://doi.org/10.18371/fcapter.v3i34.215562>.
- [9] Кучерявенко М. П. Податкові процедури: правова природа і класифікація : монографія. Київ : Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. 460 с.
- [10] Кучерявенко Н. Правовая природа процессуального регулирования налоговых отношений. *Щорічник українського права*. 2012. № 4. С. 200–216.
- [11] Кучерявенко Н. П. Курс налогового права : в 6 т. Т. 2 : Введение в теорию налогового права. Харьков : Легас, 2004. 600 с.
- [12] Кучерявенко М. П., Онищук Н. Ю. Податкова відповідальність: правова природа й особливості. Проблеми правової відповідальності : монографія / Ю. П. Битяк, Ю. Г. Барабаш, Л. М. Баранова та ін. ; за ред. В. Я. Тація, А. П. Гетьмана, В. І. Борової. Харків : Право, 2014. С. 205–212.
- [13] Рішення Конституційного Суду України від 22 грудня 2010 р. Справа № 1-34/2010. URL: https://zakononline.com.ua/documents/show/320677__320742 (дата звернення: 10.08.2023).
- [14] Кучерявенко М. Проблема колізійності фінансового законодавства у рішеннях Вищого адміністративного суду України (деякі аспекти методології). *Щорічник українського права*. 2009. № 1. С. 70–75.
- [15] Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Митного кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо ввезення транспортних засобів на митну територію України» від 15.06.2018 р. № 8488. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=64236 (дата звернення: 24.03.2023).
- [16] Про внесення змін до Митного кодексу України та деяких інших законодавчих актів України щодо ввезення транспортних засобів на митну територію України : Закон України від 08.11.2018 р. № 2612-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 48. Ст. 380.

References

- [1] Locke, J. (2020). *Two Treatises on Government*. Kyiv: Nash Format.
- [2] Kucheriavenko, M.P. (2008). *Tax law of Ukraine*. Kyiv: Legal Unity.
- [3] Law of Ukraine No. 2755-VI «Tax Code of Ukraine». (December 02, 2010). (2011). *Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 13-14, 15-16, 17, art. 112.
- [4] Law of Ukraine No. 4495-VI «Customs Code of Ukraine». (March 13, 2012). (2012). *Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 44-45, 46-47, 48, art. 552.
- [5] Kneysler, O., Spasiv, N., & Marynychak, L. (2022). Modern Tools for Forming the Optimal Structure of Revenues of Territorial Communities' Budgets. *Financial and Credit Activity Problems of Theory and Practice*, 3(44), 110-121. <https://doi.org/10.55643/fcaptop.3.44.2022.3789>.
- [6] Popova, S.M., Krainyk, H.S., Popova L.M., & Yeshchuk, O.M. (2018). Compliance with Tax Legislation as a Necessary Condition for Financial Development of the State. *Financial and Credit Activity: Problems of Theory and Practice*, 3(26), 425-434. <https://doi.org/10.18371/fcaptop.v3i26.144268>.
- [7] Nastasiak, I., Baik, O., Zaiats, O., Mykhalitska, N., & Vereskliia, M. (2021). Financial and Legal Aspects of Economic Security of the State. *Financial and Credit Activity: Problems of Theory and Practice*, 4(39), 482-493. <https://doi.org/10.18371/fcaptop.v4i39.241419>.
- [8] Kostiana, O., Naydenko, O., Tyschenko, V., & Ostapenko, V. (2020). Customs Policy of Ukraine in the Context of Cyclical Economic Development. *Financial and Credit Activity: Problems of Theory and Practice*, 3(34), 351-357. <https://doi.org/10.18371/fcaptop.v3i34.215562>.
- [9] Kucheriavenko, M.P. (2009). *Tax Procedures: Legal Nature and Classification*. Kyiv: Alerta; CNT.
- [10] Kucheriavenko, N. (2012). Legal nature of procedural regulation of tax relations. *School clerk of Ukrainian law*, 4, 200-216.
- [11] Kucheriavenko, N.P. (2004). *Tax Law Course*. (Vols. 1-6). Vol. 2: *Introduction to the theory of tax law*. Kharkov: Legas.
- [12] Kucheriavenko, M.P., & Onyshchuk, N.Yu. (2014). Tax Liability: Legal Nature and Peculiarities. In Bityak, Yu.P., Barabash, Yu.G., Baranova, L.M. et al. In *Problems of Legal Responsibility*. V.Ya. Tatsiy, A.P. Getman, V.I. Borysova (Eds.). (pp. 205-212). Kharkiv: Pravo.
- [13] Decision of the Constitutional Court of Ukraine No. 1-34/2010. (December 22, 2010). Retrieved from https://zakononline.com.ua/documents/show/320677__320742.
- [14] Kucheriavenko, M. (2009). The Problem of Conflict of Financial Legislation in the Decision of the Highest Administrative Court of Ukraine (Some Aspects of Methodology). *Yearbook of Ukrainian Law*, 1, 74-75.
- [15] Explanatory note to the Project of Law of Ukraine No. 8488 «On Amendments to the Customs Code of Ukraine and Certain Legislative Acts of Ukraine Concerning the Importation of Means of Transport into the Customs Territory of Ukraine». (June 15, 2018). Retrieved from <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=64236&pf35401=460961>.
- [16] Law of Ukraine No. 2612-VIII «On amendments to the Customs Code of Ukraine and some other legislative acts of Ukraine regarding the import of vehicles into the customs territory of Ukraine». (November 08, 2018). (2018). *Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 48, art. 380.

Микола Петрович Кучерявенко

доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України,
перший проректор

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: m.p.kucheryavenko@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0002-8020-5748

Артем Михайлович Котенко

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри фінансового права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: a.m.kotenko@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0002-0790-2512

Mykola P. Kucheriavenko

Doctor of Law, Professor,
Academician of National Academy of Legal Sciences of Ukraine,
First Vice-Rector

Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: m.p.kucheryavenko@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0002-8020-5748

Artem M. Kotenko

Ph.D. in Law, Assistant Professor,
Associate Professor of the Department of Financial Law
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: a.m.kotenko@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0002-0790-2512

Рекомендоване цитування: Кучерявенко М. П., Котенко А. М. До проблеми співвідношення розміру санкцій у режимі досягнення балансу інтересів (на прикладі сплати мита). *Проблеми законності*. 2023. Вип. 162. С. 76–92. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.286413>.

Suggested Citation: Kucheriavenko, M.P., & Kotenko, A.M. (2023). The Problem of Balancing the Size of Sanctions in Achieving a Balance of Interests (Using the Example of Customs Duties). *Problems of Legality*, 162, 76-92. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.286413>.

Статтю подано / Submitted: 10.08.2023

Доопрацьовано / Revised: 22.08.2023

Схвалено до друку / Accepted: 28.08.2023

Опубліковано / Published: 28.09.2023

Конститутивні ознаки адміністративного акта: критика та аналіз

Роман Сергійович Мельник *

Наукова школа адміністративного і німецького права,

Університет імені Максута Нарікбаєва,

Астана, Республіка Казахстан

**e-mail: r_melnik@kazquu.kz*

Анотація

Актуальність теми зумовлено набуттям чинності Законом України «Про адміністративну процедуру». У статті поставлено завдання проаналізувати наявні в українській юридичній доктрині підходи до розуміння ознак адміністративного акта та сформулювати рекомендації, спрямовані на розбудову їх універсальної системи, яка відповідатиме насамперед потребам правозастосування. Методологію дослідження становлять різноманітні методи наукового пізнання, включаючи порівняльно-правовий, системно-структурний, аналізу, синтезу та інші, що дають змогу системно й послідовно підійти до розв'язання наукових завдань, дослідити і порівняти між собою позиції вчених, положення правових актів відповідних держав, судової практики та сформулювати відповідні висновки. У процесі дослідження виявлено низку системних проблем, пов'язаних із неправильним розумінням сутності та ознак адміністративного акта. На думку автора, такий стан справ багато в чому зумовлений недосконалістю легального визначення адміністративного акта, яке знайшло своє закріплення у Законі України «Про адміністративну процедуру». Аналіз праць українських науковців показав, що вони здебільшого послуговуються результатами творчості радянських вчених для формулювання відповідних наукових положень. Такий підхід є помилковим; він блокує розроблення сучасних, орієнтованих на практику правозастосування, концепцій та висновків. У статті окремо акцентується увага та тому, що ознаки адміністративного акта виконують важливу практичну функцію. Вони допомагають розв'язувати складні завдання, які виникають насамперед на рівні правозастосування. З приводу цього наводяться відповідні розгорнуті пояснення. Центральне місце у роботі відведено презентації ознак адміністративного акта. У процесі виконання цього завдання широко використовуються здобутки західноєвропейських дослідників, а також окремі рішення судової влади для демонстрації обґрунтованості сформульованих висновків та рекомендацій. У результаті проведеного дослідження автор доходить обґрунтованого висновку про те, що адміністративний акт має характеризуватися такими ознаками: 1) є рішенням; 2) приймається адміністративним органом; 3) спрямований на застосування / реалізацію норми публічного (адміністративного) права; 4) викликає

юридичні наслідки у вигляді встановлення прав чи обов'язків для свого адресата (регулюючий характер); 5) має конкретно-індивідуальний характер; 6) характеризується зовнішньою спрямованістю дії. Проведене дослідження дозволило дійти такого висновку: ознаки адміністративного акта виконують конститутивну роль, допомагаючи розв'язувати різноманітні як теоретичні, так і практичні завдання. Вони мають універсальний характер, тобто не залежать (не повинні залежати) від національних особливостей правового регулювання та уявлень про нього. Отже, українським вченим слід надзвичайно відповідально ставитися до формулювання власних висновків щодо тих категорій та положень, які мають загальноєвропейський характер.

Ключові слова: адміністративний акт; адміністративні процедури; ознаки адміністративного акта; загальне розпорядження; публічне управління; публічна адміністрація.

Constitutive Features of Administrative Acts: Criticism and Analysis

Roman S. Melnyk*

*Scientific School of Administrative and German Law,
Maqsut Narikbayev University,
Astana, Republic of Kazakhstan
e-mail: r_melnyk@kazquu.kz

Abstract

The relevance of the topic has been determined by the entry into force of the Law of Ukraine «On Administrative Procedure». The article is aimed at analyzing the approaches on understanding the features of an administrative act existing in Ukrainian legal doctrine and formulating recommendations oriented on building their universal system. Various methods of scientific cognition, including comparative and legal, systematic and structural, analysis, synthesis, and others constitute the research methodology. It makes it possible to systematically and consistently solve scientific problems, to study and compare the standpoints of scholars, the provisions of legal acts of the relevant countries, caselaw and to formulate the author's conclusions. A number of systematic problems related to the incorrect understanding of the essence and features of administrative acts has been revealed in the research process. This situation, according to the author's opinion, is largely related to the imperfection of legal definition of an administrative act, which was enshrined in the Law of Ukraine «On Administrative Procedure». Further analysis of the works of Ukrainian authors has demonstrated that in order to formulate relevant scientific provisions they in the vast majority use the results of Soviet authors. According to the author, such an approach is wrong; it blocks the development of modern, practically oriented concepts and conclusions. The author of the article has separately emphasized the fact that the features of an administrative act perform very important practical function. They help to

solve comprehensive objectives primarily arising at the legal enforcement level. The author provides relevant detailed explanations on this matter. The article's center of attention is the detailed presentation of the features of an administrative act. While performing this objective, the author has widely used the achievements of Western European authors, as well as refers to certain decisions of the judicial power to demonstrate the validity of the formulated conclusions and recommendations. As a result of the conducted research, the author comes to a sound conclusion that an administrative act should be characterized by the following features: 1) it represents a decision; 2) it is taken by an administrative agency; 3) it is oriented on the application / implementation of the norms of public (administrative) law; 4) it causes legal consequences in the form of establishing the rights or obligations for its addressee (regulatory nature); 5) it has a concrete and individual character; 6) it is characterized by an external orientation of the action. The conducted research allowed to draw the following conclusion: the features of an administrative act play a constitutive role by helping to solve various theoretical and practical problems. The features of an administrative act are universal in nature. It means that they do not depend (should not depend) on the national peculiarities of legal regulation and ideas about it. Ukrainian authors must be extremely responsible while formulating their own conclusions in regard to those categories and provisions having a supranational nature.

Keywords: administrative act; administrative procedures; features of an administrative act; general instruction; public management; public administration.

Вступ

Без перебільшення, українська юридична спільнота готується до набуття чинності Законом України «Про адміністративну процедуру» [1] (далі – Закон), оскільки немає такої сфери суспільних відносин, яка не відчуває на собі певною мірою його дію чи вплив. Цей Закон є однаково важливим для сфери як публічного, так і приватного права. Типовим прикладом тут може бути державна реєстрація прав на нерухомість, яка (реєстрація, або, точніше кажучи, адміністративний акт про реєстрацію прав на нерухомість) виступає обов'язковою умовою для виникнення такого (приватного) права (ст. 182 Цивільного кодексу України [2]). З огляду на це кожен юрист, незалежно від свого фаху та сфери діяльності, має детально зрозуміти як концепцію цього законодавчого акта, так і його положення, насамперед ті, що стосуються сутності адміністративного акта та процедур його прийняття.

У попередніх публікаціях автор вже наголошував на тому, що для коректного застосування Закону необхідним є надзвичайно відповідальне ставлення до термінології, яку вжито в ньому: «...йдеться про те, що під час формулювання визначень часто не звертається увага на той факт, що дефініція насамперед розробляється для того, аби забезпечити процес правозастосування. Інакше кажучи, дефініція виступає певним чином сполучною ланкою між нормативно-правовим актом та актом застосування права. Через розуміння, шляхом

читання дефініції, змісту / сутності терміна, зафіксованого у законі, можливо дати відповідь на питання, чи підходить він (термін) під ті або інші фактичні відносини, які мають бути врегульовані на підставі відповідного закону. Отже, неточні, поверхові дефініції заплутують правозастосовників і знижують ефективність їх діяльності» [3, с. 5–16].

Визначення адміністративного акта, сформульоване в Законі, є неповним. Ця ситуація може бути вирішена або внесенням змін до п. 3 ч. 1 ст. 1 Закону (найкращий варіант), або науковим коригуванням, що має здійснюватися в кожному конкретному випадку застосування відповідної норми Закону. Ми схильні погодитися з колегами, які вважають, що активне тлумачення закону може бути надійним та ефективним способом вирішення правової проблеми, викликані недосконалістю юридичної норми. Так, розмірковуючи про умови визнання неконституційним закону, вони наголошують, що спочатку необхідно переконатися, що відповідний недолік закону не можна виправити шляхом конституційно-конформного тлумачення [4].

Схожий підхід доцільно застосовувати і до тих положень Закону, які страждають на свою недосконалість, шукаючи в такий спосіб вирішення відповідної проблеми. Проте для цього правозастосовники мають бути «озброєні» юридичною доктриною, що, як відомо, є квазіджерелом права і може використовуватися для усунення прогалин у сфері правозастосування, обґрунтування рішення, що приймається [5, с. 143–146].

Огляд літератури

Аналіз вітчизняної адміністративно-правової літератури свідчить про відсутність єдності позиції українських вчених щодо розуміння основних ознак адміністративного акта, як наслідок, це призводить до існування надзвичайно розрізнених поглядів на окреслене питання. Так, у правозастосовників, які намагаються вирішити проблему недосконалості легального визначення адміністративного акта через звернення до юридичної доктрини, виникне ще більше складнощів, адже остання рясніє десятками визначень та підходів, зокрема протилежних і суперечливих.

З огляду на викладене, наголосимо, що питання ознак адміністративного акта є конститутивним як для вказаного Закону, так і для відповідної адміністративної практики. Без наявності чіткого переліку таких ознак неможливо, з одного боку, провести відокремлення адміністративного акта від інших видів юридичних актів публічної адміністрації, а з другого – бути впевненим у тому, чи потрібно використовувати положення Закону, які стосуються процедури прийняття названого акта, під час розробки й видання того або іншого рішення, правова природа якого є неочевидною. В остан-

ньому випадку, наприклад, можна згадати про проблему розмежування адміністративного акта та політичного рішення, адміністративного акта та фактичної дії тощо.

Праці українських авторів, які вивчали питання адміністративного акта, можна умовно поділити на дві групи: 1) ті, які були надруковані до підготовки останнього проєкту Закону про адміністративну процедуру (2019), і 2) ті, які побачили світ після цієї події. Зрозуміло, такий поділ дещо умовний, проте все одно він має право на існування і є важливим для розуміння тих процесів і тенденцій, які мають місце у вітчизняній адміністративно-правовій доктрині. Пояснимо свою позицію детальніше.

До моменту виникнення цього законопроекту доктрина адміністративного права формувалася переважно (були, звичайно, й винятки [6]) з посиланням на роботи радянських науковців і, відповідно, безвідносно до законопроекту. Отримані в такий спосіб результати, якщо дивитися на них з позиції сьогодення, взагалі не мають жодної практичної користі, оскільки їх автори, фактично, у перефразованому вигляді повторювали ідеї, розроблені під потреби тоталітарної держави та її управлінського апарату. Ба більше, вони є небезпечними для сьогодення; усі ми маємо рішуче та безповоротно відмовитися від них, адже їх існування у новій «обгортці» створює підґрунтя для реваншистських настроїв та розмов у тих, хто «сумує» за тоталітарною державністю. На жаль, сучасна історія доводить, що такі підходи реально здатні перетворити ментально німцічну державу на агресора на чолі з новим диктатором.

Демократична та правова держава потребувала і потребує зовсім іншого публічного управління, орієнтованого насамперед на потреби й запити приватної особи. І це завдання має розв'язуватися за рахунок збалансованої концепції адміністративного акта, тобто такої, що враховує як публічні, так і приватні (індивідуальні) інтереси, а також узгоджується з принципами та положеннями Конституції, які визначають статус приватної особи у державі. Окрім того, очевидно, що українська концепція адміністративного акта має враховувати і той величезний досвід, який напрацьовано у країнах сталої демократії, з якими Україна має бажання об'єднатися у спільний союз.

Розвиваючи останню тезу, наголосимо, що на рівні різноманітних європейських установ вже понад сорок років триває процес максимальної демократизації й наповнення ідеями пріоритетності прав людини всіх механізмів та інститутів публічного управління [7; 8]. Виконання зазначеного завдання, поміж іншого, контролюється та коригується завдяки діяльності Європейського суду з прав людини, який здійснив потужний вплив, зокрема на

доктрину європейського адміністративного права та, як наслідок, на доктрину і законодавство країн, що визнали його юрисдикцію.

Зважаючи на це, українська наука адміністративного права, так чи інакше, будучи заснованою на західноєвропейській доктрині, в якій, у свою чергу, центральне місце належить роботам німецьких правників, має орієнтуватися на відповідні розробки. Ми не повинні створювати якийсь український погляд на адміністративний акт, що за своїми основними характеристиками буде відмінним від сучасних західноєвропейських стандартів. Зрозуміло, що у цьому випадку ми маємо думати не лише про теорію. Більш проблемним питанням може стати національна практика видання адміністративних актів, яка, у разі її неузгодженості з названими стандартами, зрештою буде визнана помилковою Європейським судом з прав людини, а можливо, і національними судами, якщо судді «сповідуватимуть» відповідні правові цінності та стандарти.

На розвиток ідеї про необхідність та неминучість конвергенції національної та західноєвропейської теорій адміністративного акта варто звернутися також до роздумів професора Крістофа Шонбергера, який зазначав, що від початку 1980-х років у межах Європейського Союзу комунітарне право Спільнот починає в різноманітних формах впливати на традиційні адміністративно-правові системи держав-членів, перетворюючи їх, а також змушуючи тісніше, ніж це було до того, взаємодіяти [9, с. 176]. Отже, йдеться про формування глобального, принаймні загальноєвропейського адміністративного права, і на ці процеси, зрозуміло, українська юридична спільнота повинна реагувати. Україна є частиною Європейської правової сім'ї і вона має жити за її правилами і стандартами.

Тому, готуючись до запровадження в дію Закону, юристам-практикам разом з юристами-теоретиками варто попрацювати над розробкою збалансованої та узгодженої із сучасними європейським стандартами доктрини адміністративного акта, у змісті якої основне місце відводиться його ознакам.

Матеріали та методи

Методологію дослідження становлять різноманітні методи наукового пізнання, включаючи порівняльно-правовий, системно-структурний, аналізу, синтезу та інші, що дають змогу системно й послідовно підійти до розв'язання наукових завдань, дослідити і порівняти між собою позиції вчених, положення правових актів відповідних держав, судової практики та сформулювати відповідні висновки.

Результати та обговорення

Критичний аналіз ознак адміністративного акта

Розробка законопроекту і відкриття до нього доступу, на жаль, не викликала консолідації поглядів вчених на питання щодо ознак адміністративного акта. Окремі автори та великі творчі колективи, послуговуючись сучасною термінологією Закону та відійшовши від схоластичних розмов про те, чи варто або не варто вживати дефініцію «адміністративний акт» у сучасній теорії, втім, у своїх доробках надто поверхово ставляться до виокремлення ознак адміністративного акта та їх аналізу. Нам не вдалося знайти жодної праці, в якій би акцентувалася увага на тому, що ознаки адміністративного акта є конститутивними, і саме з їх глибокого аналізу має розпочинатися дослідження цього інституту. Складається враження, що ознаки виокремлюються якимось «за звичкою», без чіткого розуміння, для чого це робиться. Вчені не пояснюють своїм читачам, що ознаки адміністративного акта виконують важливу функцію у сфері правозастосування, що вони виступають дороговказом у пошуку відповіді на питання про правову природу того або іншого акта, виданого публічною адміністрацією; що саме крізь призму цих ознак адміністративний суд має давати оцінку можливості чи неможливості оскарження до суду відповідного рішення (дії, бездіяльності) публічної адміністрації, адже, як правило, лише адміністративні акти (тобто акти, які відповідають усьому переліку конститутивних ознак) можуть породжувати зміну правового статусу позивача, що й відкриває йому шлях до судового захисту.

Інакше кажучи, відсутність чіткого та одноманітного розуміння ознак адміністративного акта створює серйозні перешкоди у сфері правозастосування, викликає стан юридичної невизначеності, може провокувати порушення чи недотримання законодавства про адміністративні процедури.

Для того, аби продемонструвати окреслені вище проблеми, проаналізуємо деякі, так би мовити, новітні підходи до виокремлення ознак адміністративного акта, тобто ті, які побачили світ після оприлюднення названого вище законопроекту.

Наприклад, у підручнику Загального адміністративного права, виданого у 2021 р., за редакцією В. Галунька та О. Правоторової, сформульовано такий перелік ознак адміністративного акта:

- «1) є юридичним актом індивідуальної дії, адже ці акти стосуються конкретних осіб та їхніх відносин, а їх головною рисою є конкретність;
- 2) чітке формулювання конкретних юридичних волевиявлень суб'єктами адміністративного права, які видають такі акти;

- 3) розв'язання за їх допомогою конкретних, а саме індивідуальних справ або питань, що виникають у сфері публічного адміністрування;
- 4) чітка визначеність адресата – конкретної особи або осіб;
- 5) виникнення конкретних адміністративно-правових відносин, зумовлених цими актами;
- 6) можуть бути оскаржені лише особами, безпосередні права, свободи чи охоронювані законом інтереси яких такими актами порушено;
- 7) ухвалюється суб'єктом публічної адміністрації в установленому (процедурному) порядку, порушення якого може призвести до недійсності адміністративного акта – це має бути суб'єкт, уповноважений на здійснення адміністративної влади (на відміну від влади політичної / представницької чи судової);
- 8) спрямований на створення, зміну чи припинення прав та обов'язків фізичної або юридичної особи (осіб), тобто для адміністративного акта характерна зовнішня спрямованість його дії» [10, с. 219–220].

Хочемо звернути увагу на те, що перелічені ознаки майже не розкриваються та не аналізуються. У цій, як і в інших роботах, про які йтиметься нижче, відсутні пояснення щодо змісту тієї або іншої ознаки; авторами не висвітлюються особливості прояву таких ознак та не надаються рекомендації щодо порядку користування ними у процесі пошуку відповіді на практичні питання.

Повертаючись до аналізу сформульованого вище переліку ознак, зазначимо таке. Перші п'ять ознак адміністративного акта є, фактичною, однією, яка може бути сформульована як «конкретність адміністративного акта». Тому не було жодного сенсу в її розкладанні на п'ять елементів, бо кожен із них лише відображає той або інший прояв конкретності адміністративного акта. Водночас необхідно підкреслити, що конкретність адміністративного акта означає також те, що такий акт може видаватися не лише щодо конкретної особи чи групи конкретних осіб (тобто тих, щодо яких суб'єкт публічної адміністрації володіє усією інформацією, як-от ПІП чи найменування, адреса проживання чи реєстрації тощо), а й щодо групи осіб, яка може бути конкретизованою лише у загальних рисах. У такому випадку йдеться про так зване *загальне розпорядження* [11, с. 539–541], яке виступає окремим підвидом адміністративного акта, щодо якого вимога конкретності також виконується¹.

Таке розуміння названої ознаки адміністративного акта, на жаль, не враховане і законодавцем, оскільки у Законі, у визначенні адміністративного акта, називаються лише конкретні особи. Подібним чином (звужено) тлумачиться ця ознака і розробниками науково-практичного коментаря до

¹ Детальніше про це будемо говорити нижче.

Закону [12, с. 31]. У цій частині український Закон принципово відрізняється, наприклад від німецького, в якому закріплено положення про те, що адміністративний акт може стосуватися або конкретного адресата, або осіб, які *можуть бути конкретизованими* [13], тобто відмежованими від інших осіб на підставі окремих ознак чи обставин.

Шоста ознака, яка пов'язана з питанням оскарження адміністративного акта, взагалі не може міститися у цьому переліку, адже оскарження являє собою окрему адміністративну процедуру, яка має факультативний характер, а отже, не стосується матеріального змісту адміністративного акта як такого.

Сьома ознака, у цілому, є виправданою, проте у ній об'єднано два принципово різних аспекти: суб'єкт видання адміністративного акта та процедура його видання. Щодо суб'єкта видання, то про нього, дійсно, потрібно вести мову, оскільки адміністративний акт є інструментом діяльності саме суб'єктів публічного адміністрування (адміністративних органів), без наявності яких, відповідно, не може бути й адміністративного акта. Ті суб'єкти публічної влади, які на постійній або тимчасовій основі не виконують функції публічного управління (адміністрування), не можуть, як наслідок, видавати і адміністративний акт.

Що ж до процедури видання адміністративного акта, то вона, як така, не може бути конститутивною ознакою останнього, оскільки адміністративний акт буде наявним навіть у тому випадку, якщо цієї процедури не дотримано. За такої ситуації ми матимемо оскаржуваний адміністративний акт. Не акцентується увага й на тому, що не кожне порушення процедури призводить до «недійсності адміністративного акта», що вже неодноразово підтверджено і судовою практикою [14]. Отже, процедура не стосується матеріального змісту адміністративного акта, вона лише супроводжує й упорядковує його видання та виконує обслуговуючу функцію щодо останнього.

З восьмою ознакою адміністративного акта, можна погодитися, оскільки, дійсно, важливою характеристикою останнього є те, що він завжди має зовнішній характер.

Інші автори, які опрацьовують цю проблематику, на відміну від своїх колег, результати роботи яких ми щойно проаналізували, взагалі ставляться до цього питання поверхово, обмежуючись виокремленням лише трьох ознак адміністративного акта: приймається адміністративним органом, індивідуальність (конкретність) та зовнішня дія акта [15]. Жодних пояснень із приводу змісту наведених ознак не дається, і це незважаючи на те, що, виходячи з назви статті, вона мала бути присвячена саме аналізу ознак адміністративного акта. Проте цього, на жаль, не зроблено.

Дещо ширше, порівняно з попереднім вченим, на це питання дивиться А. Л. Калімбет, який вважає, що до ознак адміністративного акта слід віднести: 1) індивідуальність; 2) разовість; 3) правомочність; 4) зовнішню дію [16, с. 56].

Надаючи стисло характеристику наведеним ознакам, науковець щодо першої з них робить ту саму помилку, на яку ми вже звертали увагу вище. Індивідуальність – це не лише конкретна особа або конкретний випадок, а й конкретизована група адресатів адміністративного акта.

Ознака разовості, на наш погляд, є помилковою, оскільки загальні розпорядження, тобто особливий вид адміністративних актів, можуть діяти протягом значного часу і застосовуватися багато разів, зокрема й щодо тієї самої особи.

Досить несподіваною виглядає і ознака «правомочності», особливо, зважаючи на семантичне значення цього слова, за допомогою якого позначається «захищена законом можливість громадян чи юридичних осіб діяти певним чином при здійсненні належних їм прав, у тому числі користуватися матеріальними і духовними благами» [17]. Тобто правомочність у контексті адміністративного акта означає наявність уповноваження на його видання відповідним суб'єктом. Інакше кажучи, правомочність характеризує не акт як такий, а суб'єкта його видання.

Схожий, обмежений у змістовому плані, погляд на ознаки адміністративного акта, можна зустріти і в роботах інших науковців [18, с. 61; 19, с. 162], які настільки мінімізують їх перелік, що запропоновані ними підходи взагалі не мають сенсу ані з наукового, ані з практичного погляду.

Ознаки адміністративного акта та їх характеристика

Адміністративний акт, виступаючи універсальною категорією сучасного публічного управління, заснованого на положеннях конституції демократичної та правової держави, відповідно, наповнюється єдиним переліком ознак, кількість та зміст яких не залежать від особливостей національного правопорядку. Розглянемо їх перелік та зміст [20, с. 261–269].

Рішення

Про «рішення» як ознаку адміністративного акта можна говорити у разі, коли адміністративний орган здійснює активні дії. Форми «рішення», адміністративного органу можуть бути різними: фізичні дії, видання наказу, внесення інформації до державного реєстру, усна вимога тощо. Визначальним буде те, що рішення має бути завершеним (закінченим) і мати вольовий,

односторонній характер, тобто не являти собою рефлекторну дію [21, с. 40; 22]. Звичайно, найбільш поширеним видом рішенням буде письмовий документ, підготовлений адміністративним органом та направлений (переданий) приватній особі для ознайомлення (виконання, використання тощо), що, однак, як було зазначено вище, не виключає існування рішення в інших формах [23, с. 13–18]. Головним тут є наявність діяльності (активності), яка породжується (продукується) адміністративним органом. Відповідно, можна стверджувати, що якщо адміністративний орган нічого не робить, не здійснює жодних дій (не діє), то в такому разі він «не створює» і адміністративний акт (крім випадків, коли він протиправно не діє).

Однак з описаних вище загальних правил (якщо адміністративний орган діє) можуть бути і винятки, зокрема, у випадках, які отримали назву «мовчазної згоди» або «фіктивного адміністративного акта». Як приклад можна назвати положення ч. 6 ст. 4¹ Закону України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності», де зазначено: «У разі якщо у встановлений законом строк суб'єкту господарювання не видано документа дозвільного характеру або не прийнято рішення про відмову у його видачі, через десять робочих днів з дня закінчення встановленого строку для видачі або відмови у видачі документа дозвільного характеру суб'єкт господарювання має право провадити певні дії щодо здійснення господарської діяльності або видів господарської діяльності» [24].

Отже, у наведеному прикладі «рішення» як такого не було, але адміністративний акт прийнято де-факто, оскільки у суб'єкта господарювання змінюється правовий статус і він отримує можливість провадити певні дії, дозвіл на здійснення яких запитувався у адміністративного органу. Інакше кажучи, наразі має місце «фіктивний сприяючий адміністративний акт».

Цікавим у цій частині може бути і досвід Австрії, де склалася судова практика, відповідно до якої вважається, що навіть неформальні рішення (наприклад, у вигляді листа мера міста, адресованого певній особі) мають розглядатися як адміністративні акти, якщо за їх допомогою та з огляду на їх зміст відбувається регулювання відповідних відносин, учасниками яких є конкретні приватні особи, тобто якщо вони містять обов'язкові до виконання вимоги або встановлюють правовідносини [25, с. 23–24].

Рішення, яке може бути віднесене до категорії адміністративного акта, має бути також видано в односторонньому порядку [12, с. 32], тобто без узгодження його змісту з адресатом. Це, звісно, не виключає певної ролі приватної особи у цій сфері, але така роль, у будь-якому разі, не буде обмежувати право адміністративного органу на самостійне визначення змісту

адміністративного акта. Так, наприклад, для отримання ліцензії приватна особа має звернутися з відповідною заявою та необхідними документами до адміністративного органу, тобто вона є ініціатором початку процедури підготовки та видання адміністративного акта. Однак на цьому її вплив на адміністративний орган закінчується. Остаточне рішення за цією заявою вже буде прийнято адміністративним органом самостійно. Додатково зазначимо, що односторонність не означає свавілля адміністративного органу, оскільки таке рішення завжди має прийматися у межах закону, тобто бути законним з формальної та матеріальної точок зору.

Односторонній характер рішення відрізняє адміністративний акт від адміністративного договору, який є двостороннім рішенням; його зміст погоджується сторонами перед укладанням (підписанням).

На розвиток наведеного звернемо увагу на той факт, що український законодавець у визначенні адміністративного акта вживає слово «рішення», що додатково підкреслює обґрунтованість викладеної вище інформації та можливість використання схожого підходу в українських реаліях. Водночас зазначимо, що поряд з рішенням у згаданому визначенні йдеться також і про «юридично значущу дію». У зв'язку з цим виникає запитання: що має розумітися під такою дією і чим вона відрізняється від рішення? У науково-практичному коментарі до Закону з цього приводу зазначається: «До адміністративних актів належать не лише рішення, але й «юридично значущі дії». У теорії адміністративного права їх зазвичай виділяли як одну з правових форм діяльності публічної адміністрації. До таких дій, як приклад, відносять державну реєстрацію фізичної особи – підприємця тощо» [12, с. 32].

Хочемо наголосити, що такий підхід є явно застарілим і таким, що абсолютно не відповідає сучасній доктрині адміністративного права. Як укладачі Закону, так і автори коментаря до нього, на жаль, продовжують перебувати (принаймні у цій частині) на неорадянських позиціях, оскільки послуговуються термінологією, яка була розроблена радянськими вченими. Саме останні увели у правовий обіг як категорію «правові форми діяльності апарату управління» [26, с. 88], так і поняття «юридично значущі дії» [27, с. 39]. Наголосимо, що усе це було зроблено тоді задля відмежування радянської доктрини адміністративного права від західноєвропейської. Одним із способів розв'язання цього завдання стали розроблення й уведення у правовий обіг «суто радянської» термінології. Так, західноєвропейська категорія «інструменти публічного управління» була замінена поняттям «правові форми управління (діяльності)»; «адміністративний акт» заміщений дефініцією «індивідуальні акти управління» і т. ін.

Тому, на наш погляд, немає жодного ані теоретичного, ані практичного сенсу для існування в національному законодавстві категорії «юридично значущі дії», що є очевидним юридичним рудиментом. Усі юридично значущі дії являють собою не що інше, як рішення (у широкому розумінні), яке приймається адміністративним органом. Отже, необхідною стає зміна актуального визначення адміністративного акта, в якому має залишитися лише слово «рішення»; словосполучення «юридично значуща дія» доцільно з нього виключити. Альтернативним може бути підхід, використаний німецьким законодавцем, який у названому вище законі для характеристики адміністративного акта використовує таку формулу: «рішення, дія або будь-який інший власний захід».

Рішення, яке приймається адміністративним органом

Адміністративний акт може бути виданий лише представником публічної влади, який виконує публічні (державні) завдання / функції виконавського типу [5, с. 40], зокрема і суб'єктом делегованих повноважень – суб'єктом публічного управління. Для позначення цих суб'єктів український законодавець вирішив використати традиційний для західноєвропейської правової доктрини термін «адміністративний орган», під яким у п. 1 ч. 1 ст. 2 Закону розуміються: «орган виконавчої влади, орган влади Автономної Республіки Крим, орган місцевого самоврядування, їх посадова особа, інший суб'єкт, який відповідно до закону уповноважений здійснювати функції публічної адміністрації».

Аналізуючи цю ознаку, слід звернути увагу на декілька проблемних аспектів, які є практично важливими, а тому потребують окремого аналізу.

По-перше, органи виконавчої влади (принаймні окремі з них) уповноважені виконувати як управлінські, так і політичні функції. У межах реалізації останніх адміністративні акти видаватися не можуть [5, с. 42–44]. Тому, ведучи мову про органи виконавчої влади в контексті видання ними адміністративних актів, завжди треба пам'ятати, що останні мають діяти не як суб'єкти політичної, а як суб'єкти управлінської діяльності.

По-друге, вбачається необхідним також розмежування таких категорій, як «посадова особа – керівник чи працівник органу публічної влади» і «посадова особа, яка не перебуває у складі органу публічної влади», тобто діє як самостійний суб'єкт без юридично-організаційної прив'язки до органу влади (наприклад, державний реєстратор).

По-третє, окремо слід наголосити на тому, що посадова особа, яка не перебуває на публічній службі (наприклад, перебуває у відпустці), не може бути суб'єктом видання адміністративного акта.

По-четверте, приватна особа не може бути суб'єктом видання адміністративного акта, за винятком випадків, коли їй делеговані окремі владні повноваження.

Яскравим прикладом тут може бути громадський мисливський інспектор, тобто громадянин України, який на підставі рішення керівника структурного підрозділу з питань мисливського господарства та полювання Держліс-агентства або його територіального органу наділяється правом перевіряти документи на право полювання та добування мисливських тварин в інших цілях, зупиняти транспортні (плавучі) засоби й проводити їх огляд та огляд речей, знарядь полювання, добутої продукції та інших предметів тощо [28]. У частині виконання таких власних функцій громадянин – громадський інспектор набуває властивостей адміністративного органу.

Рішення, пов'язане із застосуванням норми публічного (адміністративного) права

Адміністративний акт являє собою офіційне рішення, прийняте від імені адміністративного органу і засноване на нормах публічного (адміністративного) права. У зв'язку з цим рішення адміністративних органів, в основі яких лежать норми не адміністративного, а, скажімо, цивільного права (наприклад, договір про купівлю меблів для забезпечення функціонування органу влади) не можуть визнаватись адміністративними актами. Відповіді на запитання, на нормах публічного (адміністративного) чи приватного права засноване те чи інше рішення адміністративного органу, допоможуть теорії розмежування публічного та приватного права [5, с. 72–81].

Юридичні наслідки у вигляді встановлення прав або обов'язків для адресата (регулювання)

Прийняття адміністративного акта супроводжується настанням правових наслідків, які мають обов'язковий (зобов'язуючий) характер для його адресата. Названі наслідки виникають у разі, якщо права адресата адміністративного акта безпосередньо встановлюються, змінюються, скасовуються, відмовляється в їх реалізації або на нього покладаються обов'язки, обмеження. Таким чином, адміністративний акт викликає певний юридичний ефект, що змінює (позитивно чи негативно) первісний правовий статус адресата.

У правозастосовній практиці можуть виникати труднощі щодо встановлення правової природи дій поліції, пов'язаних, наприклад, із застосуванням сили (гумових кийків) до учасників заворушень. Виникають запитання: застосування сили – це адміністративний акт чи адміністративна дія? Чи здійснюється у даному випадку регулювання?

Відповіді на ці запитання є принциповими з двох основних позицій: по-перше, з метою уточнення можливості / неможливості застосування положень Закону, які стосуються порядку видання адміністративного акта щодо цієї ситуації; по-друге, для правильного визначення виду позову, за допомогою якого можна оскаржити в порядку адміністративного судочинства цю дію / акт працівника поліції.

У національній судовій практиці та юридичній доктрині сформульовані вище запитання залишаються без відповіді, тому доцільно звернутися до німецького досвіду. Панівна думка в німецькій літературі та постійна судова практика виходять із того, що застосування сили поліцією містить у собі конклюдентну вимогу «перенеси цей удар як правомірний державний примус». Тут можна вести мову про покладання на приватну особу певних зобов'язань. Отже, і поліцейські примусові заходи слід класифікувати як адміністративні акти, що відкриває шлях до того ж судового захисту, що й від усіх інших адміністративних актів [21, с. 42].

На наш погляд, немає перешкод для використання такого підходу в національній теорії та практиці правозастосування для оцінки правової природи примусових дій працівників поліції, визнаючи їх адміністративними актами.

Конкретно-індивідуальний характер

Адміністративний акт завжди спрямовано на регулювання окремого, конкретного випадку, учасником якого є чітко визначена індивідуальна особа, тобто такий акт є конкретно-індивідуальним [29, с. 190]. Цим він відрізняється від нормативно-правового акта (абстрактно-загальний акт), призначення якого – врегулювати необмежену кількість випадків щодо необмеженої кількості осіб.

Конкретно-індивідуальний характер адміністративного акта не означає, що такий акт стосується лише однієї людини. Він також може визначати права та обов'язки групи осіб, однак необхідно, щоб ця група з високим ступенем точності могла бути індивідуалізована (визначена) до моменту видання такого акта [30, с. 49]. Такі акти (загальні розпорядження), як зазначалося вище, вважаються підвидом адміністративного акта.

Загальне розпорядження може стосуватися як регулювання поведінки групи людей (*персональне загальне розпорядження*), так і питань: 1) визначення / встановлення публічно-правового статусу речі чи 2) користування нею із боку суспільства (*речове загальне розпорядження*). У першому випадку, наприклад, ідеться про визначення статусу дороги як пішохідної чи доступної для машин чи статусу зелених насаджень як парку. У другому випадку

йдеться про загальні розпорядження, за допомогою яких визначається порядок користування приватними особами об'єктами міської інфраструктури – басейнами, музеями, дитячими садками тощо. До цього виду також належать дорожні знаки [31, с. 101–102].

За своїм юридичним характером загальне розпорядження є конкретно-загальним, тобто, повторюємо, спрямоване на регулювання конкретного випадку, учасниками якого є група приватних осіб, яка, однак, має бути такою, що може бути визначеною (відмежованою) від інших осіб чи їх груп.

Прикладами загальних розпоряджень є рішення: 1) про примусове припинення зібрання, яке втратило мирний характер; 2) про заборону руху транспортних засобів на окремій ділянці автомобільного шляху з огляду на небезпеку руйнування будівлі; 3) про заборону продажу алкогольних напоїв у магазинах міста «П.» з 22.00 до 10.00 год.

У наведених прикладах регулювання є загальним, оскільки така заборона (припис) спрямована на велику кількість осіб, які, однак, можуть бути досить чітко визначені (учасники зборів; водії, які проїжджають повз аварійну будівлю; власники продуктових магазинів на території міста «П») і одночасно конкретним (оскільки обмеження стосується чітко визначеного дня та місця проведення конкретних зборів, конкретної ділянки дороги, конкретної групи товарів (алкоголь) у конкретному місці), що й дає змогу розглядати заборону як адміністративний акт (загальне розпорядження).

Отже, визначальною ознакою адміністративного акта є не конкретність суб'єкта, на якого спрямована його дія, а насамперед конкретність предмета регулювання [29, с. 195].

Зовнішня спрямованість дії

Важливим є й той факт, що адміністративний акт завжди має зовнішню спрямованість, тобто він стосується осіб, організаційно не пов'язаних з адміністративним органом, який його видав. Адресатом цього виду акта завжди є приватна особа. «Випадкова зовнішня дія ще не кваліфікує рішення як адміністративний акт – необхідна саме фінальна спрямованість рішення на зовнішню дію. Адміністративний орган повинен мати чіткий намір щодо виникнення зовнішньої дії» [30, с. 209].

Рішення адміністративного органу, що стосуються його службовців або організації функціонування органу, не є адміністративними актами. Вони вважаються *службовими розпорядженнями*. За допомогою службових розпоряджень може здійснюватись обмін інформацією між адміністративними

органами, а також керівництво ними з боку вищих за ієрархічним становищем органів чи посадових осіб.

Потрібно зазначити, що іноді службові розпорядження все ж таки можуть мати зовнішні наслідки, що перетворює їх на адміністративний акт. Адміністративними актами будуть вважатися такі організаційні акти, які позбавляють приватних осіб можливості користуватися так званими публічними установами (наприклад, закриття шкіл, дитячих садків, цвинтарів тощо). Ці організаційні рішення безпосередньо впливають на основні права індивіда, тому можна говорити про їх зовнішній вплив, тобто визнавати їх адміністративними актами [30, с. 53].

Рішення адміністративного органу буде вважатися зовнішнім, тобто належатиме до адміністративних актів, і в тому випадку, якщо воно спрямоване на публічного службовця, викликаючи для нього певні юридичні наслідки в частині його правового статусу як державного службовця, обмежуючи право на державну службу. У цьому разі йдеться про рішення, пов'язані зі звільненням державного службовця з посади; про притягнення до дисциплінарної відповідальності тощо. У таких ситуаціях державний службовець має розглядатися не як елемент системи суб'єкта публічного управління, а як самостійний суб'єкт правовідносин.

Щодо цього корисним та цікавим є досвід європейських країн, наприклад Латвії. Так, Адміністративно-процесуальний кодекс Латвії передбачає виняток, зокрема, щодо «особливо підпорядкованих установі осіб», які більше за інших мають підкорятися правилам внутрішнього розпорядку та службовим вказівкам. Верховний Суд Латвії визнав особливо підлеглими установі особами: чиновників, військовослужбовців, суддів, школярів та студентів, користувачів громадських установ (наприклад, музеїв, бібліотек, басейнів тощо), осіб, переданих на примусове лікування, чи засуджених. В Адміністративно-процесуальному законі Латвії щодо вищезгаданої групи осіб зазначено, що адміністративний акт – це також рішення про встановлення, зміну, припинення правового статусу посадової особи, дисциплінарне покарання такої особи, а також інше рішення, якщо воно суттєво обмежує права людини, посадової чи особливо підпорядкованої установі особи. Такі рішення вважаються адміністративними актами, оскільки суттєво зачіпають правовий статус та правові інтереси відповідних осіб. Це означає, що вони впливають на відповідну особу не тільки як на співробітника установи, а й як на особу, тобто чинять зовнішній вплив [29, с. 51].

Отже, для адміністративного акта характерною є одночасна наявність таких ознак:

- 1) є рішенням;
- 2) приймається адміністративним органом;
- 3) спрямований на застосування / реалізацію норми публічного (адміністративного) права;
- 4) викликає юридичні наслідки у вигляді встановлення прав чи обов'язків для свого адресата (регулюючий характер);
- 5) має конкретно-індивідуальний характер;
- 6) характеризується зовнішньою спрямованістю дії [20, с. 269; 30, с. 48; 31; 32, с. 37–45].

Висновки

Проведений аналіз свідчить про наявність суттєвих доктринальних проблем у сфері розуміння сутності та основних ознак адміністративного акта. Переважна більшість наявних наукових доробок сповнена лише поверховим вивченням цієї проблематики. Автори часто продовжують послуговуватися для формулювання власних висновків роботами радянських вчених, намагаючись «приспосувати» відповідні положення до вимог чинного законодавства. Усе це, як наслідок, призводить до виникнення незграбних теоретичних конструкцій, які лише заважають пізнанню інституту адміністративного акта, викликають нерозуміння у мислячих читачів та формують у практиків думку, що наука не може дати відповіді на виклики у сфері правозастосування. На жаль, такий тренд спостерігається вже досить давно, і він може бути підтверджений, зокрема, майже повною відсутністю посилань на наукові праці у рішеннях українських судів, на противагу, наприклад, німецьким, де цитування наукової літератури зустрічається майже в кожному судовому рішенні, постановленому вищими (федеральними) судами [33, с. 312].

Звичайно, це пов'язано не завжди з низькою якістю наукових праць. У цій частині, напевно, потрібно зазначити, що й самі судді не готові або не дуже хочуть витратити час на відшукування на сторінках наукової літератури додаткових аргументів для обґрунтування власної позиції у справі. Окреслена проблема, без сумніву, є різновекторною і вимагає комплексного підходу до її вирішення.

Повертаючись до предмета цієї статті, потрібно ще раз наголосити на тому, що ознаки адміністративного акта виконують конститутивну роль, допомагаючи вирішувати різноманітні як теоретичні, так і практичні проблеми. Ознаки адміністративного акта мають універсальний характер, тобто не залежать (не повинні залежати) від національних особливостей правового регулювання та уявлень про нього.

З огляду на це українським авторам слід надзвичайно відповідально ставитися до формулювання власних висновків щодо тих категорій та положень,

які мають загальноєвропейський характер. Звичайно, це не виключає формування української правової доктрини! Однак вона має розвивати європейські юридичні традиції, а не «комкати» їх без будь-яких пояснень та обґрунтувань. Ми абсолютно свідомо допускаємо, що і європейські колеги можуть помилятися, проте для розмови з ними та переконання їх у цьому українським вченим дуже часто не вистачає аргументів, хоча б мінімальних. Безапеляційні твердження без урахування реалій практики правозастосування – це, очевидно, не юридична наука.

Ознаки адміністративного акта, які були сформульовані вище, безумовно, мають бути додатково перевірені й виважені українською юридичною доктриною та практикою, і ми сподіваємося на те, що наша стаття допоможе колегам у реалізації цього завдання.

Список використаних джерел

- [1] Про адміністративну процедуру : Закон України від 17.02.2022 р. № 2073-IX. *Офіційний вісник України*. 2022. № 49. Ст. 2675.
- [2] Цивільний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.
- [3] Мельник Р. С. Термінологічні проблеми Закону України «Про адміністративну процедуру». *Адміністративне право і процес*. 2022. № 4(39). С. 5–16. <https://doi.org/10.17721/2227-796X.2022.4.01>.
- [4] Окрема думка судді Конституційного Суду України Лемака В. В. стосовно Рішення у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України «Про запобігання корупції», Кримінального кодексу України від 27.10.2020 р. № 13-р/2020. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/13_p_2020_2.pdf (дата звернення: 14.07.2023).
- [5] Загальне адміністративне право : підруч. / за заг. ред. Р. С. Мельника. 2-ге вид. Одеса : Вид. дім «Гельветика», 2023. 320 с.
- [6] Тимошук В. П. Адміністративні акти: процедура прийняття та припинення дії : монографія. Київ : Конус-Ю, 2010. 296 с.
- [7] Рада Європи. Резолюція (77)31 Комітету міністрів державам-членам про захист особи відносно актів адміністративних органів від 28.09.1977 р. *Ліга: Закон: комп'ютер.-прав. система*. Всеукр. мережа розповсюдження прав. інф. Версія 8.2.3. Київ, 2012.
- [8] Рада Європи. Рекомендація R (80)2 Комітету міністрів державам-членам щодо здійснення дискреційних повноважень адміністративними органами від 11.03.80 р. *Ліга: Закон: комп'ютер.-прав. система*. Всеукр. мережа розповсюдження прав. інф. Версія 8.2.3. Київ, 2012.
- [9] Кристоф Шёнбергер. Административно-правовая компаративистика: особенности, методы и история. *ДПП ИМП*. 2012. № 2. С. 175–242. URL: https://dpp.mpil.de/01_2012/01_2012_173_242.pdf (дата звернення: 14.07.2023).
- [10] Галуцько В., Діхтієвський П., Кузьменко О. та ін. Адміністративне право України. Повний курс : підручник / за ред. В. Галуцька, О. Правоторової. 4-те вид. Херсон : ОЛДІ-ПЛЮС, 2021. 446 с.

- [11] Wolff H. J., Bachof O., Stober R., Kluth W. *Verwaltungsrecht*. Band I. 13. Auflage. München : C.H.Beck, 2017. 1004 s.
- [12] Андрійко О. Ф., Бевзенко В. М. та ін. Науково-практичний коментар до Закону України «Про адміністративну процедуру» / за заг. ред. В. П. Тимошука. Київ, 2023. 545 с.
- [13] *Verwaltungsverfahrensgesetz*. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/> (дата звернення: 14.07.2023).
- [14] Постанова Верховного Суду від 18 січня 2023 р. Справа № 826/10888/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108541239> (дата звернення: 14.07.2023).
- [15] Турчак А. М. Поняття та основні ознаки адміністративного акта: аналіз сучасної адміністративно-правової літератури. *Проблеми сучасних трансформацій. Серія: Право, публічне управління та адміністрування*. 2022. № 4. С. 1–8. <https://doi.org/10.54929/2786-5746-2022-4-01-08>.
- [16] Калімбет А. Л. Поняття та ознаки адміністративних актів, вимоги до адміністративних актів. *Правове життя сучасної України* : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 17 трав. 2019 р.) : у 2 т. / відп. ред. Г. О. Ульянова. Одеса : Вид. дім «Гельветика», 2019. Т. 2. С. 54–57.
- [17] Правомочність. *Вікіпедія – вільна енциклопедія*. URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki/Правомочність> (дата звернення: 14.07.2023).
- [18] Мельниченко Б. Б. Адміністративний акт як основна форма публічного управління. *Вчені записки ТНУ імені В. І. Вернадського. Серія: Юридичні науки*. 2021. Т. 32(71). № 1. С. 57–62. <https://doi.org/10.32838/TNU-2707-0581/2021.1/11>.
- [19] Pysarenko N., Bytiak Yu., Balakarjeva I., Marchenko O. Concepts and Features of Administrative Contracts Through the Prism of Regulatory Provisions and Judicial Practice in Ukraine. *Access to Justice in Eastern Europe*. 2023. No. 1(18). P. 147–167. <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-6.1-n000118>.
- [20] Мельник Р. С. *Общее административное право Республики Казахстан* : учебник : в 3 т. Алматы : LEM, 2022. Т. 1: Введение в теорию. 340 с.
- [21] Пуделька Й. *Административное право Германии*. Т. 1: Право административных процедур. *Общее административное право*. Москва : Инфотропик Медиа, 2021. 416 с.
- [22] Boiko I. V., Zyma O. T., Mekh Y. V., Soloviova O. M., Somina V. A. Administrative procedure: European standards and conclusions for Ukraine. *Journal of Advanced Research in Law and Economics*. 2019. No. 10(7). 1968–1975. [https://doi.org/10.14505/jarle.v10.7\(45\).03](https://doi.org/10.14505/jarle.v10.7(45).03).
- [23] Подопригора Р. А., Мельник Р. С. Формы административных актов. *Zanger*. 2022. № 3 (248). С. 13–18. URL: https://krso.kz/storage/app/media/zanger/2022/3_22.pdf (дата звернення: 14.07.2023).
- [24] Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності : Закон України від 06.09.2005 р. № 2806-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 48. Ст. 483.
- [25] Квоста П. Предпосылки (официального) административного акта в Австрии. *Ежегодник публичного права – 2016: Административный акт*. Москва : Инфотропик Медиа, 2016. С. 19–28.
- [26] Пахомов І. М. *Радянське адміністративне право. Загальна частина* : підручник. Львів : Вид-во Львів. ун-ту, 1962. 294 с.

- [27] Проблемы теории государства и права : учебник / под ред. С. С. Алексеева. Москва : Юрид. лит., 1987. 448 с.
- [28] Про затвердження Положення про громадських мисливських інспекторів : наказ Міністерства захисту довкілля та природних ресурсів України від 25.11.2022 р. № 505. *Офіційний вісник України*. 2023. № 6. Ст. 53.
- [29] Maurer H. Allgemeines Verwaltungsrecht. München : C.H.Beck, 2004.
- [30] Коре-Перконе К. Признаки административного акта: в понимании Административно-процессуального закона Латвии и практики судов. *Ежегодник публичного права – 2016: Административный акт*. Москва : Инфотропик Медиа, 2016. С. 46–62.
- [31] Кесслер В. Общие распоряжения административных органов. *Ежегодник публичного права – 2021: Инструменты действий административных органов*. Москва : Инфотропик Медиа, 2021. С. 99–107.
- [32] Дикамбаева К. Правовая природа административного акта и его содержание. *Ежегодник публичного права – 2016: Административный акт*. Москва : Инфотропик Медиа, 2016. С. 37–45.
- [33] Mann Thomas, Melnyk Roman (Hg.) Funktionsbedingungen der Dritten Gewalt. Universitätsverlag Göttingen 2021. 617 s.

References

- [1] Law of Ukraine No. 2073-IX "On administrative procedure". (February 17, 2022). (2022). *Official Gazette of Ukraine*, 49, art. 2675.
- [2] Civil Code of Ukraine. (2003). *Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 40-44, art. 356.
- [3] Melnyk, R.S. (2022). Terminological problems of the Law of Ukraine "On Administrative Procedure". *Administrative law and process*, 4(39), 5-16. <https://doi.org/10.17721/2227-796X.2022.4.01>.
- [4] Separate opinion of the judge of the Constitutional Court of Ukraine V.V. Lemak regarding the decision in the case based on the constitutional submission of 47 people's deputies of Ukraine regarding the conformity with the Constitution of Ukraine (constitutionality) of certain provisions of the Law of Ukraine "On Prevention of Corruption", the Criminal Code of Ukraine dated October 27, 2020 No. 13/2020. Retrieved from https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/13_p_2020_2.pdf.
- [5] Melnyk, R.S. (Ed.). (2023). *General administrative law*. (2nd ed.). Odesa: "Helvetika" Publishing House.
- [6] Tymoshchuk, V.P. (2010). *Administrative acts: the procedure for acceptance and termination of action*. Kyiv: Konus-Yu.
- [7] Council of Europe. Resolution (77)31 of the Committee of Ministers to the member states on the protection of individuals in relation to acts of administrative bodies. (September 28, 1977). (2012). *League: Law: computer.-law. System*. Kyiv.
- [8] Council of Europe. Recommendation R (80)2 of the Committee of Ministers to member states on the exercise of discretionary powers by administrative bodies. (March 11, 1980). (2012). *League: Law: computer.-law. system*. Kyiv.
- [9] Christoph, Schoenberger. (2012.). Administrative legal comparative studies: features, methods and history. *DPP IMP*, 2, 175-242. Retrieved from https://dpp.mpil.de/01_2012/01_2012_173_242.pdf.

- [10] Galunko, V., Dikhtievskiy, P., & Kuzmenko, O. et al. (2021). *Administrative law of Ukraine. Full course*. V. Galunka, O. Pravotorova. (Eds.). (4th ed.). Kherson: OLDI-PLUS.
- [11] Wolff, H.J., Bachof, O., Stober, R., & Kluth, W. (2017). *Verwaltungsrecht. Band I. 13. Auflage*. München: C.H.Beck.
- [12] Andriyko, O.F., & Bevzenko, V.M. et al. (2023). *Scientific and practical commentary to the Law of Ukraine "On Administrative Procedure"*. V.P. Tymoshchuk (Ed.). Kyiv.
- [13] *Verwaltungsverfahrensgesetz*. Retrieved from <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/>.
- [14] Resolution of the Supreme Court. Case No. 826/10888/18. (January 18, 2023). Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108541239>.
- [15] Turchak, A.M. (2022). The concept and main features of an administrative act: analysis of modern administrative and legal literature. *Problems of modern transformations. Series: Law, public management and administration*, 4, 1-8. <https://doi.org/10.54929/2786-5746-2022-4-01-08>.
- [16] Kalimbet, A.L. (May 17, 2019). Concepts and characteristics of administrative acts, requirements for administrative acts. In *Legal life of modern Ukraine: materials of the int. scient. and pract. conf.* G.O. Ulyanov (Ed.). (2 vol.). Odesa (2, pp. 54-57). Odesa: "Helvetica" Publishing House.
- [17] Eligibility. *Wikipedia – a free encyclopedia*. Retrieved from <https://uk.wikipedia.org/wiki/Authority>.
- [18] Melnychenko, B.B. (2021). Administrative act as the main form of public administration. *Scientific notes of Taurida National V.I. Vernadsky University. Series: Juridical Sciences*, 32(71), 1, 57-62. <https://doi.org/10.32838/TNU-2707-0581/2021.1/11>.
- [19] Pysarenko, N., Bytiak, Yu., Balakarjeva, I., & Marchenko, O. (2023). Concepts and Features of Administrative Contracts through the Prism of Regulatory Provisions and Judicial Practice in Ukraine. *Access to Justice in Eastern Europe*, 1(18), 147-167. <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-6.1-n000118>.
- [20] Melnik, R.S. (2022). *General administrative law of the Republic of Kazakhstan*. (Vols. 1-3). Vol. 1: *Introduction to theory*. Almaty: LEM.
- [21] Pudelka, J. (2021). *German administrative law*. Vol. 1: *The law of administrative procedures*. *General administrative law*. Moscow: Infotropic Media.
- [22] Boiko, I.V., Zyma, O.T., Mekh, Y.V., Soloviova, O.M., & Somina, V.A. (2019). Administrative procedure: European standards and conclusions for Ukraine. *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, 10(7), 1968-1975. [https://doi.org/10.14505/jarle.v10.7\(45\).03](https://doi.org/10.14505/jarle.v10.7(45).03).
- [23] Podoprighora, R.A., & Melnik, R.S. (2022). Forms of administrative acts. *Zanger*, 3(248), 13-18. Retrieved from https://krso.kz/storage/app/media/zanger/2022/3_22.pdf.
- [24] Law of Ukraine No. 2806-IV "About the allowable system in the sphere of state activity". (September 06, 2005). (2005). *Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 48, art. 483.
- [25] Kvosta, P. (2016). Preconditions for an (official) administrative act in Austria. *Public Law Yearbook – 2016: Administrative act*. (pp. 19-28). Moscow: Infotropic Media.
- [26] Pakhomov, I.M. (1962). *Soviet administrative law. General part*. Lviv: Lviv University Publishing House.
- [27] Alekseev, S.S. (Ed.). (1987). *Problems of the theory of state and law*. Moscow: Jurid. lit.

- [28] Order of the Ministry of Environment and Natural Resources Protection of Ukraine No. 505 "On the approval of the Regulation on public hunting inspectors". (November 25, 2022). (2023). *Official Gazette of Ukraine*, 6, art. 53.
- [29] Maurer, H. (2004). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: C.H.Beck.
- [30] Kore-Perkone, K. (2016). Signs of an administrative act: in the understanding of the Administrative Procedure Law of Latvia and the practice of courts. *Public Law Yearbook – 2016: Administrative act*. (pp. 46-62). Moscow: Infotropic Media.
- [31] Kessler, V. (2021). General orders of administrative bodies. *Public Law Yearbook – 2021: Instruments for action by administrative authorities*. (pp. 99-107). Moscow: Infotropic Media.
- [32] Dikambayeva, K. (2016). Legal nature of the administrative act and its content. *Public Law Yearbook – 2016: Administrative act*. (pp. 37-45). Moscow: Infotropic Media/
- [33] Mann, T., & Melnyk, R. (Hg.) (2021). *Funktionsbedingungen der Dritten Gewalt*. Universitätsverlag Göttingen.

Роман Сергійович Мельник

доктор юридичних наук, професор,
директор Наукової школи адміністративного та німецького права
Університет імені Максута Нарікбаєва
010000, Коргалжинське шосе, 8, Астана, Республіка Казахстан
e-mail: r_melnyk@kazguu.kz
ORCID 0000-0002-3375-6117

Roman S. Melnyk

Doctor of Law, Professor,
Head of Scientific School of Administrative and German Law
Maqsut Narikbayev University
010000, 8 Korgalzhyn highway, Astana, Republic of Kazakhstan
e-mail: r_melnyk@kazguu.kz
ORCID 0000-0002-3375-6117

Рекомендоване цитування: Мельник Р. С. Конститутивні ознаки адміністративного акта: критика та аналіз. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 162. С. 93–115. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.286411>.

Suggested Citation: Melnyk, R.S. (2023). Constitutive Features of Administrative Acts: Criticism and Analysis. *Problems of Legality*, 162, 93-115. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.286411>.

Статтю подано / Submitted: 03.08.2023
Доопрацьовано / Revised: 25.08.2023
Схвалено до друку / Accepted: 28.08.2023
Опубліковано / Published: 28.09.2023

Співвідношення колабораційної діяльності та військових кримінальних правопорушень¹

Сергій Олександрович Харитонов*

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

*e-mail: kharitonovs@ukr.net

Анотація

Статтю присвячено постановці та розв'язанню проблеми співвідношення складів військових кримінальних правопорушень та складу колабораційної діяльності на тимчасово окупованих територіях України на тлі воєнної агресії з боку російської федерації. Актуальність проблематики цього дослідження полягає в тому, що після захоплення Криму й частини Донецької та Луганської областей законодавець неодноразово вносив зміни до чинного Кримінального кодексу України, що призвело до різноманітних поглядів науковців та правозастосовних органів (поліції, Державного бюро розслідувань, Служби безпеки України, прокуратури, суду тощо) на кваліфікацію діянь громадян України, які залишилися на тимчасово окупованих територіях, при цьому в деяких випадках умисно вчиняли дії (бездіяльність) на шкоду національним інтересам. Метою цієї статті є аналіз проблемних аспектів співвідношення колабораційної діяльності з військовими кримінальними правопорушеннями та формулювання правил вирішення окремих проблем кваліфікації, що виникають при співвідношенні вказаних діянь. Дослідження ґрунтується на використанні загальнонаукових, спеціально-юридичних та міждисциплінарних методів пізнання. Отримані результати дають змогу стверджувати, що колабораційна діяльність, на відміну від військових кримінальних правопорушень, посягає передусім на основи національної безпеки України та інколи вчиняється в сукупності з державною зрадою. Родовим об'єктом військових кримінальних правопорушень виступають суспільні відносини у сфері нормальної діяльності воєнної організації України, яка хоча й відіграє одну з ключових ролей у підтриманні на відповідному рівні безпеки, територіальної цілісності та недоторканності держави, але не є тотожною родовому об'єкту розділу I Особливої частини Кримінального кодексу України.

Ключові слова: колабораційна діяльність; державна зрада; військові кримінальні правопорушення; воєнна організація, легалізація.

¹ Статтю підготовлено та опубліковано за грантової підтримки Національного фонду досліджень України в рамках проекту «Колабораціонізм на тимчасово окупованих територіях України: проблеми правової оцінки, гарантування прав і свобод людини та реінтеграції територій» (проект № 2021.01/0106). Проект виконується на базі Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

Relationship Between Collaborative Activities and Military Criminal Offenses¹

Sergiy O. Kharytonov*

Yaroslav Mudryi National Law University,
Kharkiv, Ukraine

*e-mail: kharitonovs@ukr.net

Abstract

The article is devoted to setting up and solving the problem of the ratio of the composition of military criminal offenses and the composition of collaborative activities in the temporarily occupied territories of Ukraine against the background of military aggression by the Russian Federation. The relevance of the issues of this scientific article is that after the seizure of Crimea and parts of the Donetsk and Luhansk regions, the legislator repeatedly made changes to the current Criminal Code of Ukraine, which led to various points of view of scientists and law enforcement agencies (the police, the State Bureau of Investigation, the Security Service of Ukraine, prosecutor's office, court, etc.) to qualify the actions of citizens of Ukraine who remained in the temporarily occupied territories, while in some cases they intentionally committed actions (inaction) to the detriment of interests. The purpose of this article is to analyze the problematic aspects of the correlation of collaborative activities with military criminal offenses and to formulate rules for solving individual qualification problems arising from the correlation of the specified acts. The research is based on the use of general scientific, special legal and interdisciplinary methods of cognition. The obtained results make it possible to assert that collaborative activity, unlike military criminal offenses, encroaches, first of all, on the foundations of Ukraine's national security and is sometimes committed together with treason. The generic object of military criminal offenses is social relations in the sphere of normal activity of the military organization of Ukraine, which, although it plays one of the key roles in maintaining the appropriate level of security, territorial integrity and inviolability of the state, is not identical to the generic object of Section I of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine.

Keywords: collaborative activity; treason; military criminal offenses; military organization; legalization.

¹ The article was prepared and published with the grant support of the National Research Fund of Ukraine as part of the project «Collaborationism in the temporarily occupied territories of Ukraine: problems of legal assessment, guaranteeing human rights and freedoms, and reintegration of territories» (project No. 2021.01/0106). This project is implemented on the basis of Yaroslav Mudryi National Law University.

Вступ

16 березня 2022 р. набрав чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів (щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність)», яким Кримінальний кодекс України (далі – КК України) було доповнено ст. 111¹ «Колабораційна діяльність» [1, с. 130]. Це законодавче рішення стало відповіддю на дедалі зростаючий рівень злочинної співпраці місцевого населення України з представниками окупаційних військ російської федерації. Звісно, поява цієї статті лише в 2022 р. не означає, що з 2014 р. і до цього часу колаборації з ворогом не існувало. Вона охоплювалась іншими статтями КК України, зокрема ст. 111 «Державна зрада».

Негативний вимір поняття «колаборація» пов'язаний передусім із досвідом Другої світової війни. Проте зараз воно вживається для опису певних форм співпраці між населенням та окупантом, незалежно від країни їхнього походження чи переважаючої політичної системи [2, с. 236]. Колабораціонізм зумовлений зовнішнім утручанням, передбачає наявність збройного конфлікту та в широкому значенні розуміється як умисна співпраця з окупантом [3, с. 120].

Звернення до історичних досліджень Другої світової війни вказує на нерідко широке трактування колабораціонізму, особливо в межах радянського режиму. Не тільки люди, які активно підтримували німців, потрапляли під підозру в нелояльності, а й практично всі, хто зазнав німецької пропаганди та мав контакти з німцями, як і радянські військовополонені, репатрійовані «остарбайтери» та всі, хто залишався на окупованій території [4, с. 784]. Уже на самому початку війни згідно із сумнозвісним наказом Й. Сталіна № 270 від 16 серпня 1941 р. «Про випадки боягузтва та здачі в полон і заходи щодо припинення таких дій» приписувалося берегти матеріальну частину як «зіницю ока», розстрілювати на місці командирів та політпрацівників, які під час бою зривають з себе знаки розрізнення та дезертирують у тил або здаються в полон, відповідальність військовослужбовців за здачу в полон чи залишення ворогу зброї, а також знищувати усіма можливими засобами тих, хто замість опору ворогу вирішили здатися в полон [5, с. 401–402]. Сім'ї визначених Сталіним дезертирів та полонених підлягали арешту, як сім'ї тих, хто порушив присягу та зрадив Батьківщину, позбавлялися державної допомоги. Військовополонених загалом вважали нелояльними [6, с. 751], а полон і дезертирство ніби прирівнювалися до зрадницької співпраці з ворогом.

З 2014 р. значна частина з тих, хто пішов на співпрацю з окупантом, були військовослужбовцями. Так, згідно з оприлюдненими даними, станом на

26–27 лютого 2014 р. тільки на території АР Крим перебували 20 315 військовослужбовців різних збройних формувань (за винятком штату МНС України), з них за лютий-травень 2014 р. на материкову Україну повернулося лише 6 010 (29,5 %) [7]. Невиконання військовослужбовцями наказу про зміну дислокації та подальша їх взаємодія з окупантом можуть свідчити, з одного боку, про порушення встановленого порядку несення військової служби, а з іншого – про злочинну співпрацю з ворогом (у рамках державної зради, або ж після 16 березня 2023 р. – також у межах колабораційної діяльності). Суміжними з колабораціонізмом, як показала історія, можуть бути і втрата майна, військові посадові кримінальні правопорушення, здача в полон та ін.

Наведене актуалізує питання про співвідношення колабораційної діяльності (зокрема кваліфікованої, як державна зрада до 16 березня 2022 р.) з військовими кримінальними правопорушеннями. Тому метою цієї роботи є: 1) аналіз проблемних аспектів співвідношення колабораційної діяльності з такими військовими кримінальними правопорушеннями, як: невиконання наказу, дезертирство, ухилення від військової служби, умисне знищення або пошкодження військового майна, здача або залишення ворогові засобів ведення війни, самовільне залишення поля бою або відмова діяти зброєю, добровільна здача в полон і злочинні дії військовослужбовця, який перебуває в полоні, тощо та 2) формулювання правил вирішення окремих проблем кваліфікації, що виникають при співвідношенні вказаних діянь.

Огляд літератури

Слід зазначити, що на проблематику кримінальної відповідальності за військові кримінальні правопорушення звертали увагу небагато науковців, серед них В. К. Грищук [8], С. І. Дячук [9], Т. Б. Ніколаєнко [10], М. І. Панов [11], М. С. Туркот [12; 13], М. І. Хавронюк [14], Ю. В. Шапошніков [15]. Поряд із зазначеними авторами питаннями кваліфікації колабораційної діяльності цікавились Є. Письменський [16; 17], Р. Мовчан [17], М. Рубашенко й І. Яковюк [1] та ін.

Матеріали та методи

Завдання дослідження та його прогнозована мета припускають використання авторами наукової статті в процесі роботи загальновідомих наукових методів та підходів пізнання, на які спирається правова наука [18, с. 142–143]. Ці методи (підходи) наукового пізнання умовно, залежно від критерію класифікації, можливо поділити на загальнонаукові, спеціально-правові та міждисциплінарні [19, с. 176–179]. Історичний (історико-правовий) метод [20, с. 3–4; 21, с. 144–165] дає можливість простежувати в історичній ретроспективі

[22, с. 472–473] виникнення кримінально-правової заборони на вчинення діянь, які чинний КК України кваліфікує як колабораційну діяльність [23, с. 88–89]. Опанування порівняльно-правового (компаративного) методу [24, с. 104] дає змогу науковцям відокремити загальні та відмінні риси складу «колабораційна діяльність» та суміжних складів кримінальних правопорушень проти основ національної безпеки держави та військових кримінальних правопорушень. За допомогою формально-логічного (догматичного) методу існує можливість визначення відповідності побудови складу «колабораційна діяльність» правилам законодавчої техніки. Категоріальний апарат діалектики при використанні діалектичного методу філософського рівня [25, с. 76; 26, с. 71] дає можливість дослідникам дослідити розвиток колабораціонізму як соціального явища та його взаємозв'язки з іншими явищами соціальної дійсності. Статистичний метод поряд із методом системного аналізу дає змогу на підставі звітів судової та правоохоронної практики проаналізувати відповідну кримінально-правову норму в сукупності всіх її обов'язкових складових як у системі Особливої частини КК України, так і в системі всього чинного кримінального законодавства [27, с. 142–158].

Результати та обговорення

Гене́за проблеми

Колаборація (від фр. collaboration) – співпраця, співробітництво, спільна діяльність – може розглядатися з двох взаємно протилежних точок зору (напрямів) як у позитивному вимірі, так і в негативному. Якщо мова йде про співпрацю двох (невизначеної кількості) людей (організацій, держав тощо), об'єднання їх інтелектуальних, матеріальних та інших ресурсів для створення нового продукту з метою покращення умов існування людства, колаборація – необхідний, а інколи й обов'язковий позитивний процес. З іншого боку, співпраця з ворогом, яка спрямована на спричинення шкоди своїй спільноті (державі), здавна розглядалась як зрадництво й, відповідно, дуже суворо каралася у всі часи та за всіх суспільних формацій. КК України до набрання чинності Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність» від 03.03.2022 р. № 2108-IX [28] діяльність військовослужбовців та осіб, які були дорівняні до них за своїм правовим статусом, розглядав як військові кримінальні правопорушення, що передбачені в розділі XIX відповідного закону [29, с. 248–256]. Сьогодні змушує замислитися, як кваліфікувати дії військовослужбовців, які починаючи з 06 квітня 2014 р. своїми діями сприяли окупації Криму, частин Донецької та Луганської областей, – як військові кримінальні правопорушення

чи правопорушення проти основ національної безпеки України. Допомога державі-агресору в її окупаційній діяльності шляхом невиконання наказу командира, непокори, дезертирства, здачі або залишення ворогові засобів ведення війни, добровільної здачі в полон та інших військових кримінальних правопорушень – як це кваліфікувати, як колабораційну діяльність або державну зраду чи військове кримінальне правопорушення, чи, може, за сукупністю кримінальних правопорушень?

Дискусійні питання

Після початку військової агресії [30] з боку росії та тимчасової окупації Криму, частини Донецької та Луганських областей різко зросла кількість військових кримінальних правопорушень, що були пов'язані з відмовою виконати накази командира, непокорю, самовільним залишенням частини або місця служби, дезертирством, яке супроводжувалося переходом на бік ворога, тощо. Так, за період з 01.01.2014 по 31.12.2015 р., згідно з даними Єдиного державного реєстру судових рішень, суттєво збільшилася кількість обвинувальних вироків за такими статтями КК України: ст. 402 «Непокора»; ст. 403 «Невиконання наказу»; ст. 409 «Ухилення від військової служби шляхом самокалічення або іншим способом»; ст. 429 «Самовільне залишення поля бою або відмова діяти зброєю» та ін.

Статистичні дані щодо повернення військовослужбовців із тимчасово окупованих територій і дані Єдиного державного реєстру судових рішень та Єдиного реєстру досудових розслідувань свідчать про те, що у законодавця та правозастосовника в особі органів досудового розслідування, прокуратури та суду немає єдиної точки зору щодо кваліфікації діянь військовослужбовців, які порушили присягу, відмовилися захищати Батьківщину та перейшли на службу ворогу, або умисно відмовилися виконувати свої службові обов'язки. Ці факти знайшли своє підтвердження й у численних публікаціях електронних медіа [31–36]. Для правильної, науково обґрунтованої позиції щодо зазначених питань слід звернути увагу на характеристику складів згаданих вище кримінальних правопорушень.

Початок повномасштабного вторгнення на територію України з боку збройних сил рф та її сателітів (24 лютого 2022 р.) [37, с. 1–16] характеризувався ще більшою кількістю відкритих кримінальних проваджень за статтями розд. XIX КК України «Кримінальні правопорушення проти встановленого порядку несення військової служби (військові кримінальні правопорушення».

Як відомо, критерієм поділу Особливої частини КК України на розділи є родовий об'єкт. Кваліфікація кримінальних правопорушень за родовим

об'єктом дає можливість установити відповідну сферу суспільного життя, в якій формуються і функціонують певні суспільні відносини як об'єкт кримінально-правової охорони. Останнє дає підстави розмежовувати суміжні кримінальні правопорушення, відокремлювати їх від інших правопорушень, виходячи саме з ознак родового об'єкта кримінального правопорушення [38, с. 69–85]. Родовим об'єктом кримінальних правопорушень проти основ національної безпеки виступають суспільні відносини, які забезпечують державну безпеку, конституційний лад, суверенітет, територіальну цілісність, недоторканність та обороноздатність України, тобто суспільні відносини, що забезпечують саме існування України як суверенної, незалежної, демократичної, соціальної і правової держави [39, с. 7]. Національна безпека – це передусім загальнонаукова категорія. Військові кримінальні правопорушення посягають на менш значущі суспільні відносини – нормальну діяльність воєнної організації України [40, с. 105–106], яка виконує специфічні завдання, зокрема щодо захисту національної безпеки держави. Проте зміст цих суспільних відносин лише секторально торкається основ національної безпеки у вимірі порядку проходження (несення) військової служби спеціальними суб'єктами, які знайшли своє закріплення в ст. 401 КК України. З огляду на це шкода, яка безпосередньо спричиняється військовими кримінальними правопорушеннями, опосередковано може впливати й на національну безпеку держави, хоча суб'єкти військових кримінальних правопорушень у своїй більшості не мають це на меті.

Колабораційна діяльність – окремий вид кримінального правопорушення, який хоча й за деякими зовнішніми ознаками схожий із відповідними складами військових кримінальних правопорушень (наприклад, здача або залишення ворогові засобів ведення війни (ст. 427 КК України), подібна до ч. 4 ст. 111¹ КК України – *передача матеріальних ресурсів незаконним збройним чи воєнізованим формуванням, створеним на тимчасово окупованій території, та/або збройним чи воєнізованим формуванням держави-агресора, та/або провадження господарської діяльності у взаємодії з державою-агресором, незаконними органами влади, створеними на тимчасово окупованій території, у тому числі окупаційною адміністрацією держави-агресора*), але в цьому випадку присутня конкуренція загальної та спеціальної норми, в якій склад військового кримінального правопорушення є спеціальним складом. Такий висновок можливо зробити, зважаючи на предмет кримінального правопорушення, – законодавець криміналізував (мається на увазі ст. 427 КК України) передачу ворогові не будь-яких матеріальних ресурсів, а лише засобів ведення війни (зброя, військова техніка тощо). Крім того, якщо суб'єктом колабораційної діяльності є лише громадянин України (загальний суб'єкт,

хоча й із додатковою ознакою – громадянство), розд. XIX КК України характеризується спеціальним суб'єктом, який згідно із Законом України «Про військовий обов'язок та військову службу» не завжди є громадянином України [41, с. 32–38].

Крім того, потрібно наголосити, що діяння військовослужбовців України, які вчинили на тимчасово окупованих територіях військові кримінальні правопорушення, що виступали способом допомоги ворогові або після вчинення цих правопорушень військовослужбовці України перейшли на бік ворога, потребують кваліфікації за сукупністю кримінальних правопорушень – відповідне військове кримінальне правопорушення та державна зрада (ст. 111 КК України). Існують випадки, коли вчинення військового кримінального правопорушення (і це не рідкість) виступає в подальшому засобом легалізації матеріальних активів (грошей, рухомого та нерухомого майна), здобутих злочинним шляхом під час проходження військової служби та за допомогою властивостей своєї посади або можливості використовувати організаційно-розпорядчі чи адміністративно-господарські обов'язки. У цих випадках військова службова особа може підлягати кваліфікації не лише за кримінальні правопорушення проти основ національної безпеки України та військові кримінальні правопорушення, а й за легалізацію (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом (ст. 209 КК України).

Висновки

Колабораційна діяльність та військові кримінальні правопорушення є самостійними складами кримінальних правопорушень, які потребують кваліфікації за відповідними статтями КК України. Для правильної кваліфікації вчиненого діяння слід ретельно проаналізувати всі його ознаки під кутом обов'язкових ознак складу відповідного кримінального правопорушення. Йдеться про характер діяння, реальну або потенційну шкоду, що є наслідком діяння (незалежно від конструкції складу кримінального правопорушення) тощо. Саме зміст (характеристика) наслідків дають можливість визначитись, які саме суспільні відносини, що охороняються кримінальним законом, зазнали кримінально протиправного впливу. В подальшому це вплине на визначення об'єкта кримінального правопорушення і залежно від характеристики об'єкта (об'єктів), спираючись на вид суб'єкта та форму його вини, правоохоронні органи та суд, керуючись правилами кваліфікації одиничного кримінального правопорушення, множинності кримінальних правопорушень, конкуренції кримінально-правових норм тощо, спроможні зробити висновок щодо застосування норм кримінального закону. Накопичивши масив чинних обвинувальних вироків, касаційна інстанція повинна виробити єдину

правову позицію щодо розмежування колабораційної діяльності, державної зради та військових кримінальних правопорушень.

Подяки

Статтю підготовлено та опубліковано за грантової підтримки Національного фонду досліджень України в рамках проєкту «Колабораціонізм на тимчасово окупованих територіях України: проблеми правової оцінки, гарантування прав і свобод людини та реінтеграції територій» (проєкт № 2021.01/0106). Проєкт виконується на базі Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого. Зміст, висвітлений у цій статті, може не збігатися з поглядами Національного фонду досліджень України.

Список використаних джерел

- [1] Яковюк І., Рубашенко М., Шульженко Н. Колабораційна діяльність (ст. 111-1 КК): загальний огляд та деякі законодавчі недоліки. *Деокупація. Юридичний фронт* : матеріали Міжнар. експертного круглого столу (м. Київ, 18 берез. 2022 р.). Київ, 2022. С. 130–134. <https://doi.org/1010.31617/k.knute.2022-03-18>.
- [2] Böhler, Jochen and Młynarczyk J. Collaboration and Resistance in Wartime Poland (1939–1945) – A Case for Differentiated Occupation Studies. *Journal of Modern European History*. 2018. Vol. 16, issue 2. P. 225–246. <https://doi.org/10.17104/1611-8944-2018-2-2>.
- [3] Рубашенко М. А. Кримінальна відповідальність за колабораціонізм: тернистий шлях встановлення. *Деокупація. Юридичний фронт* : матеріали Міжнар. експертного круглого столу (м. Київ, 18 берез. 2022 р.). Київ, 2022. С. 120–124. <https://doi.org/10.31617/k.knute.2022-03-18>.
- [4] Penter T. Collaboration on Trial: New Source Material on Soviet Postwar Trials against Collaborators. *Slavic Review*. 2005. Vol. 64, issue 4. P. 782–790. <https://doi.org/10.2307/3649913>.
- [5] Кучер В. Репресії у Червоній армії: сталінська наука перемагати. *Наукові записки Інституту політичних і етнонаціональних досліджень ім. І. Ф. Кураса НАН України*. 2010. Вип. 4. С. 397–417. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzipiend_2010_4_29 (с. 401-402) (дата звернення: 24.07.2023).
- [6] Jones Jeffrey W. Every Family Has Its Freak: Perceptions of Collaboration in Occupied Soviet Russia, 1943–1948. *Slavic Review*. 2005. Vol. 64, issue 4. P. 747–770. <https://doi.org/10.2307/3649911>.
- [7] Матіос оприлюднив кількість українських військових, які залишилися в окупованому Криму. *TCH*. URL: <https://tsn.ua/ukrayina/matios-oprilyudniv-kilkist-ukrayinskih-viyskovih-yaki-zalishilisya-v-okupovanomu-krimu-585526.html> (дата звернення: 24.07.2023).
- [8] Гришук В. К., Сенько М. М. Кримінальна відповідальність за самовільне залишення військової частини або місця служби : монографія. Львів : Львів. держ. ун-т внутр. справ, 2007. 308 с.
- [9] Дячук С. І. Юридична природа виконання наказу: кримінально-правова оцінка діяння особи, що виконала протиправний наказ : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. Київ, 2000. 17 с.

- [10] Ніколаєнко Т. Б. Теоретико-правові засади призначення та виконання спеціальних покарань щодо військовослужбовців: монографія. 2-ге вид., допов. Харків : Право, 2019. 560 с.
- [11] Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини) : навч. посіб. / за ред. М. І. Панова. Харків : Право, 2011. 184 с.
- [12] Turkot M. Ensuring the Rights of the Witness During Interrogation in the Area of Anti-terrorism Operation (Operation of United Forces). *Eurypska Veda: European Science Scientific Journal. Podhájka*. 2018. № 5. P. 76–83.
- [13] Kolb O., Huzela M., Turkot M., Vasyliuk I. The Vicinity of Subjects of Criminal Processes and the Prevention of Criminal Offenses against Them. *Novum Jus*. 2023. Vol. 17. No. 1. P. 13–31. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2023.17.1.1>.
- [14] Хавронюк М. І. Військові злочини : навч. посіб. Київ : Українська академія внутрішніх справ, 1995. 156 с.
- [15] Шапошніков Ю. В. Щодо деяких об'єктивних ознак непокори (ст. 402 кримінального кодексу України). *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2019. Вип. 59, т. 2. С. 105–108.
- [16] Письменський Є. Колабораціонізм у сучасній Україні як кримінально-правова проблема. *Право України*. 2020. Вип. 12. С. 116–128.
- [17] Письменський Є., Мовчан Р. Ідеологічний та культурно-освітній колабораціонізм: окремі проблеми тлумачення та вдосконалення законодавства. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2022. № 2. С. 9–12. <https://doi.org/10.31733/2078-3566-2022-2-8-16>.
- [18] Fontes Historiae Juris Gentium. Sources Relating to the History of the Law of Nations. Vol. 1 (1380 B.C. – 1493) / Ed. by W.G. Greve. Berlin ; New York : Walter de Gruyter, 1995. P. 142–143.
- [19] Shepitko V. Y., Olkhovsky V. O., Shepitko M. V. The process of scientific knowledge integration in crime prevention and trends of medical criminalistics development in Ukraine in XIX – early XX century. *Wiadomosci lekarskie*. 1960. No. 73(1). P. 176–179.
- [20] Mansoor P. R. Introduction: Hybrid Warfare in History. In *Hybrid Warfare. Fighting Complex Opponents from the Ancient World to the Present*. W. Murray and P. R. Mansoor. Cambridge : Cambridge University Press, 2012. P. 3–4.
- [21] Danilyan O. G., Dzeban A. P., Kalynovskyi Y. Y., Klenina K. The influence of historical traditions on the formation of legal consciousness of the Ukrainian people. *Revista Notas Históricas y Geográficas*. 2021. № 26 (Enero-Junio). P. 144–165. URL: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8106751> (last accessed: 24.07.2023).
- [22] Boot M. War Made New: Technology, Warfare, and the Course of History 1500 to Today. New York, 2006. P. 472–473.
- [23] Liu D. International Law and International Humanitarian Law in Ancient China. *Historical Origins of International Criminal Law*. 2014. Vol. 1. FICHL Publication Series. No. 20. P. 88–89.
- [24] Кулькіна Я. С. Порівняльна характеристика військових злочинів в Україні та зарубіжних країнах (на прикладі ст. 414 КК України). *Форум Права*. 2016. № 5. С. 103–109.
- [25] Hoian I. Axiological Aspects of Moral and Legal Decision-making. *Anthropological Measurements of Philosophical Research*. 2019. № 16. P. 66–77.

- [26] Ogneviuk H. Anthropological Approaches in Legal Certainty Research. *Anthropological Measurements of Philosophical Research*. 2018. № 14. P. 62–72.
- [27] Danilyan O., Dzoban O., Kalynovskyi Y. Digital man as a product of the information society. *Cogito. Multidisciplinary research journal*. 2023. Vol. XV. No. 1. P. 142–158. URL: http://repository.uinsa.ac.id/id/eprint/2942/1/M.%20yulus%20Abu%20Bakar_Religious%20Moderation.pdf (last accessed: 24.07.2023).
- [28] Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність : Закон України від 03.03.2022 р. № 2108-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2108-20#n12> (дата звернення: 24.07.2023).
- [29] Haltsova V. V., Kharytonov S. O., Khramtsov O. M., Zhytnyi O. O. and Vasyliiev A. A. Criminal Law as A Means of Protecting Human Rights and Freedoms in the Modern World. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. 2021. Vol. 28. No. 3. P. 248–256.
- [30] Aggression against Ukraine : resolution / adopted by the General Assembly. A/ES11/2 5 Letter dated 28 February 2014 from the Permanent Representative of Ukraine to the United Nations addressed to the President of the Security Council (S/2014/136). *Ukraine-political Conditions*. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/3959039> (last accessed: 24.07.2023).
- [31] Двох колишніх офіцерів ЗСУ з Криму заочно підозрюють у державній зраді – ДБР. *Радіо Свобода*. 30 січня 2023 р. URL: <https://www.radiosvoboda.org/a/news-kolyshni-ofitsery-krym-derzhzrada/32245948.html> (дата звернення: 24.07.2023).
- [32] До 15 років тюрми загрожує військовій з Криму, яка зрадила присягу та перейшла на бік ворога. *Армія Inform*. 30 травня 2023 р. URL: <https://armyinform.com.ua/2023/05/30/do-15-rokiv-tyurmy-zagrozhuje-vijskovij-z-krymu-yaka-zradyla-grusyazi-ta-perejshla-na-bik-voroga/> (дата звернення: 24.07.2023).
- [33] Перейшли на бік росії у Криму: п'ятьох ексофіцерів судитимуть за держзраду та дезертирство. *hromadske.ua*. 20 грудня 2022 р. URL: <https://hromadske.ua/posts/ryatoh-eksoficeriv-yaki-zalishilisya-v-krimu-suditimut-za-derzhzradu-ta-dezertirstvo> (дата звернення: 24.07.2023).
- [34] Військовослужбовиця з Херсонщини допомагає окупаційній адміністрації Нової Каховки. *Zaxid.Net*. 31 травня 2023 р. URL: https://zaxid.net/viyskovosluzhbovitsya_z_hersonshhini_pereyshla_na_bik_rosiyan_ta_dopomagaye_okupatsiyniy_administratsiyi_n1564654 (дата звернення: 24.07.2023).
- [35] Луцький суд призначив 12 років тюрми зраднику, який воював у російському війську. *Zaxid.Net*. 1 червня 2023 р. URL: https://zaxid.net/lutskiy_sud_priznachiv_12_rokiv_tyurmi_zradniku_yakiy_voyuvav_u_rosiyskomu_viysku_n1564719 (дата звернення: 24.07.2023).
- [36] Експосадовця українського штабу ВМС заочно звинуватили в держзраді. *Intent*. 19 квітня 2023 р. URL: <https://intent.press/news/war/2023/eksposadovec-ukrayinskogo-shtabu-vms-zaочно-obvinuvachuyetsya-u-derzhzradi/> (дата звернення: 24.07.2023).
- [37] Shatilo V. A., Kharytonov S. O., Kovbasa V. M., Svintsytskiy A. V., Lyseiuk A. M. Prospects for State and Individual Responsibility in Cases of Aggression in the Context of Russia's Armed Aggression Against Ukraine. *International Criminal Law Review*. 2023. Vol. 23, issue 2. P. 1–16. <https://doi.org/10.1163/15718123-bja10154>.

- [38] Основи кваліфікації злочинів : навч. посіб. / за заг. ред. М. І. Панова. Харків : Право, 2019. С. 69–85
- [39] Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, В. І. Борисова, В. І. Пютюгіна. 5-те вид., допов. Харків : Право, 2013. Т. 2. 1040 с.
- [40] Харитонов С. О. Кримінальна відповідальність за військові злочини за кримінальним правом України : монографія. Харків : Право, 2018. 328 с.
- [41] Харитонов С. О. Військовослужбовець як спеціальний суб'єкт злочину. *Вісник Вищої кваліфікаційної комісії суддів України*. 2016. № 1. С. 32–38.

References

- [1] Yakovyuk, I., Rubashchenko, & M., Shulzhenko, N. (March 18, 2022). Collaborative activity (Article 111-1 of the Criminal Code): general overview and some legislative shortcomings. In *Deoccupation. Legal front: materials of the International expert round table*. (pp. 130-134). Kyiv. <https://doi.org/10.31617/k.knute.2022-03-18>.
- [2] Böhler, Jochen, & Młynarczyk, J. (2018). Collaboration and Resistance in Wartime Poland (1939–1945) – A Case for Differentiated Occupation Studies. *Journal of Modern European History*, 16(2), 225-246. <https://doi.org/10.17104/1611-8944-2018-2-2>.
- [3] Rubashchenko, M.A. (March 18, 2022). Criminal liability for collaborationism: the thorny path of establishment. In *Deoccupation. Legal front: materials of the International expert round table*. (pp. 120-124). Kyiv. <https://doi.org/10.31617/k.knute.2022-03-18>.
- [4] Penter, T. (2005). Collaboration on Trial: New Source Material on Soviet Postwar Trials against Collaborators. *Slavic Review*, 64(4), 782-790. <https://doi.org/10.2307/3649913>.
- [5] Kucher, V. (2010). Repression in the Red Army: Stalin's science of winning. *Scientific notes of the Institute of Political and Ethnonational Studies named after I. F. Kuras NAS of Ukraine*, 4, 397-417. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzzipiend_2010_4_29.
- [6] Jones, Jeffrey W. (2005). Every Family Has Its Freak: Perceptions of Collaboration in Occupied Soviet Russia, 1943–1948. *Slavic Review*, 64(4), 747-770. <https://doi.org/10.2307/3649911>.
- [7] Matios made public the number of Ukrainian military personnel who remained in the occupied Crimea. *TSN*. Retrieved from <https://tsn.ua/ukrayina/matios-oprilyudniv-killist-ukrayinskih-viyskovih-yaki-zalishilisya-v-okupovanomu-krimu-585526.html>.
- [8] Hryshchuk, V.K., & Senko, M.M. (2007). *Criminal liability for voluntarily leaving a military unit or place of service*. Lviv: Lviv State University of Internal Affairs.
- [9] Dyachuk, S.I. (2000). *The legal nature of the execution of an order: a criminal-legal assessment of the act of a person who executed an illegal order*. PhD Thesis. Kyiv: Taras Shevchenko National University of Kyiv.
- [10] Nikolayenko, T.B. (2019). *Theoretical and legal principles for the appointment and execution of special punishments for military personnel*. (2nd ed.). Kharkiv: Pravo.
- [11] Panov, M.I. (Ed.). (2011). *Crimes against the established order of military service (military crimes)*. Kharkiv: Pravo.
- [12] Turkot, M. (2018). Ensuring the Rights of the Witness During Interrogation in the Area of Anti-terrorism Operation (Operation of United Forces). *Eurypska Veda: European Science Scientific Journal. Podhájska*, 5, 76-83.

- [13] Kolb, O., Huzela, M., Turkot, M., & Vasyliuk, I. (2023). The Victiminity of Subjects of Criminal Processes and the Prevention of Criminal Offenses against Them. *Novum Jus*, 17(1), 13-31. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2023.17.1.1>.
- [14] Havronyuk, M.I. (1995). *War crimes*. Kyiv: Ukrainian Academy of Internal Affairs.
- [15] Shaposhnikov, Yu.V. (2019). Regarding some objective signs of disobedience (Article 402 of the Criminal Code of Ukraine). *Scientific Bulletin of the Uzhhorod National University*, 59(2), 105-108.
- [16] Pysmenskyi, E. (2020). Collaborationism in modern Ukraine as a criminal legal problem. *Law of Ukraine*, 12, 116-128.
- [17] Pysmenskyi, E., & Movchan, R. (2022). Ideological and cultural and educational collaborationism: separate problems of interpretation and improvement of legislation. *Scientific Bulletin of the Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs*, 2, 9-12. <https://doi.org/10.31733/2078-3566-2022-2-8-16>.
- [18] Greve, W.G. (Ed.). (1995). *Fontes Historiae Juris Gentium. Sources Relating to the History of the Law of Nations. Vol. 1 (1380 B.C. – 1493)*. Berlin; New York: Walter de Gruyter, 142-143.
- [19] Shepitko, V.Y., Olkhovsky, V.O., & Shepitko, M.V. (1960). The process of scientific knowledge integration in crime prevention and trends of medical criminalistics development in Ukraine in XIX – early XX century. *Wiadomosci lekarskie*, 73(1), 176-179.
- [20] Mansoor, P.R. (2012). Introduction: Hybrid Warfare in History. In W. Murray, & P.R. Mansoor (Eds.). *Hybrid Warfare. Fighting Complex Opponents from the Ancient World to the Present* (pp. 3-4). Cambridge: Cambridge University Press.
- [21] Danilyan, O.G., Dzeban, A.P., Kalynovskyi, Y.Y., & Klenina, K. (2021). The influence of historical traditions on the formation of legal consciousness of the Ukrainian people. *Revista Notas Históricas y Geográficas*, 26 (Enero-Junio). 144-165. Retrieved from <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8106751/>
- [22] Boot, M. (2006). *War Made New: Technology, Warfare, and the Course of History 1500 to Today*. New York, 472-473.
- [23] Liu, D. (2014). International Law and International Humanitarian Law in Ancient China. *Historical Origins of International Criminal Law*, 1(20). FICHL Publication Series, 88-89.
- [24] Kulkina, Ya.S. (2016). Comparative characteristics of war crimes in Ukraine and foreign countries (on the example of Article 414 of the Criminal Code of Ukraine). *Forum Prava*, 5, 103-109.
- [25] Hoian, I. (2019). Axiological Aspects of Moral and Legal Decision-making. *Anthropological Measurements of Philosophical Research*, 16, 66-77.
- [26] Ogneviuk, H. (2018). Anthropological Approaches in Legal Certainty Research. *Anthropological Measurements of Philosophical Research*, 14, 62-72.
- [27] Danilyan, O., Dzoban, O., & Kalynovskyi, Y. (2023). Digital man as a product of the information society. *Cogito. Multidisciplinary research journal*, XV(1), 142-158. Retrieved from http://repository.uinsa.ac.id/id/eprint/2942/1/M.%20yunus%20Abu%20Bakar_Religious%20Moderation.pdf.
- [28] Law of Ukraine No. 2108-IX "On the introduction of changes to some legislative acts of Ukraine regarding the establishment of criminal liability for collaborative activity". (March 3, 2022). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2108-20#n12>.

- [29] Haltsova, V.V., Kharytonov, S.O., Khramtsov, O.M., Zhytnyi, O.O., & Vasyliiev, A.A. (2021). Criminal Law as A Means of Protecting Human Rights and Freedoms in the Modern World. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 28(3), 248-256.
- [30] Aggression against Ukraine: Resolution / adopted by the General Assembly. A/ES11/2 5 Letter dated 28 February 2014 from the Permanent Representative of Ukraine to the United Nations addressed to the President of the Security Council (S/2014/136). *Ukraine-political Conditions*. Retrieved from <https://digitallibrary.un.org/record/3959039>.
- [31] Two former officers of the Ukrainian Armed Forces from Crimea are suspected of treason in absentia – the State Bureau of Investigation. (January 30, 2023). *Radio Svoboda*. Retrieved from <https://www.radiosvoboda.org/a/news-kolyshni-ofitsery-krym-derzhzrada/32245948.html>.
- [32] A military woman from Crimea who betrayed her oath and went over to the side of the enemy faces up to 15 years in prison. (May 30, 2023). *Army Inform*. Retrieved from <https://armyinform.com.ua/2023/05/30/do-15-rokiv-tyurmy-zagrohuye-vijskovij-z-krymu-yaka-zradyla-prysyazi-ta-perejshla-na-bik-voroga/>.
- [33] Sided with Russia in Crimea: five ex-officers will be tried for treason and desertion. (December 20, 2022). *hromadske.ua*. Retrieved from <https://hromadske.ua/posts/pyatoh-eksoficeriv-yaki-zalishilisya-v-krimu-suditimut-za-derzhzradu-ta-dezertirstvo>.
- [34] A military servicewoman from the Kherson region helps the occupation administration of Novaya Kakhovka. (May 31, 2023). *Zaxid.Net*. Retrieved from https://zaxid.net/viyskovosluzhbovitsya_z_hersonshhini_pereyshla_na_bik_rosiyan_ta_dopomagaye_okupatsiyniy_administratsiyi_n1564654.
- [35] The Lutsk court sentenced a traitor who fought in the Russian army to 12 years in prison. (June 1, 2023). *Zaxid.Net*. Retrieved from https://zaxid.net/lutskiy_sud_priznachiv_12_rokiv_tyurmi_zradniku_yakiy_voyuvav_u_rosiyskomu_viysku_n1564719.
- [36] The expositor of the Ukrainian Navy headquarters was accused of treason in absentia. (April 19, 2023). *Intent*. Retrieved from <https://intent.press/news/war/2023/eksposadovec-ukrayinskogo-shtabu-vms-zaochno-obvinuvachuyetsya-u-derzhzradi/>.
- [37] Shatilo, V.A., Kharytonov, S.O., Kovbasa, V.M., Svintsytskyi, A.V., & Lyseiuk, A.M. (2023). Prospects for State and Individual Responsibility in Cases of Aggression in the Context of Russia's Armed Aggression Against Ukraine. *International Criminal Law Review*, 23(2), 1-16. <https://doi.org/10.1163/15718123-bja10154>.
- [38] Panov, M.I. (Ed.). (2019). *Basics of qualification of crimes*. Kharkiv: Pravo, 69-85.
- [39] Tatsiy, V.Ya., Pshonka, V.P., Borysov, V.I., & Tyutyugin, V.I. (Eds.). (2013). *Criminal Code of Ukraine. Scientific and practical commentary*. (Vols. 1-2). Vol. 2. (5th ed.). Kharkiv: Pravo.
- [40] Kharitonov, S.O. (2018). *Criminal liability for war crimes under the criminal law of Ukraine*. Kharkiv: Pravo.
- [41] Kharitonov, S.O. (2016). Military serviceman as a special subject of crime. *Bulletin of the Higher Qualification Commission of Judges of Ukraine*, 1, 32-38.

Сергій Олександрович Харитонов

доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри кримінально-правової політики
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: kharitonovs@ukr.net
ORCID 0000-0002-2975-1743

Sergiy O. Kharytonov

Doctor of Law, Professor,
Head of the Department of Criminal and Legal Policy
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: kharitonovs@ukr.net
ORCID 0000-0002-2975-1743

Рекомендоване цитування: Харитонов С. О. Співвідношення колабораційної діяльності та військових кримінальних правопорушень. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 162. С. 116–130. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.286427>.

Suggested Citation: Kharytonov, S.O. (2023). Relationship Between Collaborative Activities and Military Criminal Offenses. *Problems of Legality*, 162, 116-130. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.286427>.

Статтю подано / Submitted: 11.08.2023
Доопрацьовано / Revised: 02.09.2023
Схвалено до друку / Accepted: 07.09.2023
Опубліковано / Published: 28.09.2023

**«Колаборація», «колабораціонізм»,
«співпраця», «колабораційна діяльність»:
історичний та кримінально-правовий виміри
термінологічного плюралізму¹**

Микола Анатолійович Рубашенко*

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна*

**e-mail: m.a.rubaschenko@nlu.edu.ua*

Анотація

Статтю присвячено аналізу історичних та правових витоків термінологічного плюралізму у відображенні співпраці населення з окупантом. Актуальність викладеного матеріалу зумовлено доповненням Кримінального кодексу України статтею 111¹ про колабораційну діяльність, наявністю термінологічної різноманітності в історичних, юридичних, соціологічних дослідженнях та в законопроектній роботі, а також триваючою окупацією російською федерацією частини територій України. Метою статті є висвітлення генези плюралізму термінів, якими позначаються різні форми і типи взаємодії населення з окупантом (співпраця, колаборація, колабораціонізм, колабораційна діяльність) та вивчення можливості й доцільності їх проекції на правовий вимір. Дослідницька стратегія передбачає використання передусім загальнонаукових методів пізнання. Визначальною у досягненні мети статті є роль спеціальних прийомів – історичного та методів лінгвістичних досліджень. У процесі дослідження встановлено, що основною причиною означеного термінологічного плюралізму є намагання диференціювати різні прояви взаємодії з окупантом залежно від їх ідеологічних та мотиваційних характеристик, обставин і контексту взаємодії, що, у свою чергу, пов'язано із «пекельною» складністю проблематики колаборації з окупантом. Зроблено висновок, що запроваджений у кримінальному праві термін «колабораційна діяльність» не є вдалим з огляду на наявні історичні підходи та лінгвістичні аспекти запозичення іншомовних слів. Обґрунтовано необхідність розгляду колабораціонізму як узагальненого поняття, що позначає закономірний феномен співпраці з окупантом. Наголошено, що визначення широти проявів колабораціонізму – справа юристів. Цей феномен має розглядатися насамперед у юридичній площині. Все, що перебуває поза юридичним осудом, не може визнаватися складовою колабораціонізму.

¹ Статтю підготовлено та опубліковано за грантової підтримки Національного фонду досліджень України в рамках проекту «Колабораціонізм на тимчасово окупованих територіях України: проблеми правової оцінки, гарантування прав і свобод людини та реінтеграції територій» (проект № 2021.01/0106). Проект виконується на базі Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

Ключові слова: колабораційна діяльність; колабораціонізм; кримінальна відповідальність; тимчасова окупація; злочини проти основ національної безпеки України.

"Collaboration", "Collaborationism", "Cooperation", "Collaborative Activity": Historical and Criminal Legal Dimensions of Terminological Pluralism¹

Mykola A. Rubashchenko*

Yaroslav Mudryi National Law University,
Kharkiv, Ukraine

*e-mail: m.a.rubashchenko@nlu.edu.ua

Abstract

The article is devoted to the analysis of historical and law origins of terminological pluralism in the reflection of the cooperation of the population with the occupier. The relevance of the presented material is due to the addition of Article 111¹ of the Criminal Code of Ukraine on collaborative activities, the presence of terminological diversity in historical, law, sociological research and legislative work, as well as the ongoing occupation of part of the territories of Ukraine by the Russian Federation.. The aim of the article is to shed light on the genesis of the terminological pluralism that refer to various forms and types of interaction between the population and the occupier (cooperation, collaboration, collaborationism, collaborative activity) and to study the possibility and expediency of their projection on the law dimension. The research strategy involves the use, first of all, of general scientific methods of cognition. The main role in achieving the goal of the article was played by a special historical method and methods of linguistic research. In the process of research, it was established that the main reason for terminological pluralism is the attempt to distinguish different types of interaction with the occupier depending on their ideological and motivational characteristics, circumstances and context of interaction. This, in turn, is connected with the "hellish" complexity of the problem of collaboration with the occupier. It is concluded that the term "collaborative activity" introduced in criminal law is not successful in view of the existing historical approaches and linguistic aspects of borrowing foreign words. The need to consider collaborationism as a generalized concept denoting the natural phenomenon of cooperation with the occupier is substantiated. Determining the breadth of collaborationism is a matter for lawyers. This phenomenon should be considered primarily in the legal sphere. Everything that is beyond legal condemnation cannot be recognized as a component of collaborationism.

¹ The article was prepared and published with the grant support of the National Research Fund of Ukraine as part of the project "Collaborationism in the temporarily occupied territories of Ukraine: problems of legal assessment, guaranteeing human rights and freedoms, and reintegration of territories" (project No. 2021.01/0106). This project is implemented on the basis of Yaroslav Mudryi National Law University.

Keywords: collaborative activity; collaborationism; criminal liability; temporary occupation; crimes against the bases of national security of Ukraine.

Вступ

У зв'язку з розпачатою у 2014 р. російською агресією проти України актуалізувалося питання щодо законодавчого визначення співпраці населення з окупантом та встановлення за неї кримінальної відповідальності, зважаючи на її загрозу національній безпеці України [1, с. 43]. 16 березня 2022 р. набрав чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність», яким Кримінальний кодекс України (далі – КК України) було доповнено ст. 111¹ «Колабораційна діяльність» [2, с. 130].

Держави, території яких окуповані, неодмінно стикаються з проблематикою кримінально-правової протидії колабораційним проявам серед місцевого населення та суб'єктів господарювання, що перебувають на окупованих територіях [3, с. 69]. Саме ж слово «колаборація» – нейтральне, ба більше, переважно воно має позитивну конотацію. Відоме нині негативне значення цього слова сягає своїм корінням 22 червня 1940 р., коли було укладено Комп'єнське перемир'я між Німеччиною та французьким урядом Філіпа Петена. У ст. 3 договору йшлося про належну співпрацю французького уряду з німецькою військовою владою (*collaborer avec ces derniers d'une manière correcte*) [4]. У цей момент, як зазначив Robert O. Paxton (1972), слово «collaboration» зазнало різкої зміни у своєму значенні [5, с. 19]. Під час радіопромови, присвяченої програмі так званої «Національної революції», 10 жовтня 1940 р. Петен кілька разів говорив про колаборацію [6]. Найперше зафіксоване друковане використання (цитата) цього слова з його негативним змістом в Оксфордському словнику англійської мови – це посилання на маршала Петена в «The Economist» від 26 жовтня 1940 р. [7, с. 104].

До 2014 р. навряд чи хтось із українців (крім, власне, істориків та філологів) усвідомлював історичний контекст слова «колаборація», мало кому було відомо, що термін «колабораціонізм» вживається на позначення певних видів співпраці населення з окупантом. На сьогодні в наукових дослідженнях, публікаціях та повідомленнях у засобах масової інформації, соціальних мережах і месенджерах та навіть у повсякденному спілкуванні терміни «колабораціонізм», «колаборація», «колабораційна діяльність», рідше «співпраця з окупантом», стали часто вживаними та є синонімічними. У цій статті автор проливає світло на таку термінологічну багатоманітність, досліджує її історичні корені та розмірковує над доцільністю й можливістю проєкції цієї термінології на юридичну площину.

Метою статті є висвітлення генези плюралізму термінів, якими позначаються різні форми і типи взаємодії населення з окупантом («співпраця», «колаборація», «колабораціонізм», «колабораційна діяльність») та вивчення можливості й доцільності їх проєкції на правовий вимір.

Огляд літератури

Загальновідомо, що розглядувані терміни походять із досліджень істориків. Провідне місце серед них займають західні вчені, зокрема, John A. Armstrong [7], Timothy Brook [8], Peter J. Davies [9], Markus Eikel [10], Frank Golczewski [11], Gerhard Hirschfeld [12], Stanley Hoffmann [13], Carsten Holbraad [14], Jeffrey W. Jones [15], Roderick Kedward [16], Fabian Lemmes [17], David Littlejohn [18], Robert O. Paxton [5], Tanja Penter [19], Bisser Petrov [20], Leonid Rein [21], Daria Rudakova [22] та багато ін. Після розпаду СРСР тема колаборування з окупантом стала предметом історичних досліджень і на пострадянському просторі, зокрема в працях таких учених, як М. Боровик [23], Т. Вронська [24], М. Гетьманчук [25], О. Гончаренко [26], С. Крижний [27], В. Орлянський [28], В. Петровський і В. Семененко [29], М. Семиряга [30], А. Скоробогатов [31], О. Чальцева [32], В. Чачава [33], В. Шайкан [34] та деякі ін. Особливий інтерес викликають соціологічні та кримінологічні дослідження співпраці з окупантом (зокрема, О. Зубченко [35], В. Шимко і А. Бабаджанова [36]), які перебувають у стадії становлення. Серед багатьох публікацій, присвячених кримінально-правовим аспектам колаборації, хотілося б виокремити наукові доробки Є. Письменського [37] та Р. Мовчана [38], в яких не лише дається кримінально-правова характеристика законодавчим новелам 2022 р., а й робиться спроба типологізації колабораційної діяльності, а також аналітичний звіт Н. Добрянської [39], в якому авторка, зокрема, розмірковує над репресивним досвідом по завершенню Другої світової війни та необхідністю його врахування в національній практиці.

Матеріали та методи

Це дослідження передбачає використання палітри методів. В основі методології – поєднання загальнонаукових методів пізнання (індукція, дедукція, аналіз, синтез, абстрагування), історичних та лінгвістичних методів дослідження. Дослідницька стратегія відкривається з'ясуванням форм опису та відображення явища співпраці окупованого населення з окупантом в історичних дослідженнях, присвячених Другій світовій війни та встановленим у Європі окупаційним режимам.

Перші три розділи основної частини статті демонструють термінологічний плюралізм на основі аналізу історичної літератури, в лоні якої було сформовано фундамент для розгляду колаборації з окупантом іншими науками.

У хронологічному порядку висвітлюються пропоновані істориками підходи щодо диференціації складного явища співпраці. Спершу фіксуються спроби відтінити найгірший прояв співпраці, що викликає потребу у співвідношенні між «collaboration» та «collaborationism». Далі, з поглибленням дослідження колаборації та виявленням широти форм прояву цього явища, виникла потреба у виокремленні найменш небезпечних його форм, які важко з етичної точки зору називати тим самим терміном, що позначає «щирю» співпрацю з окупантом, тому наступний розділ розповідає про витоки дихотомії «collaboration» і «cooperation». Зрештою, згадується й про інші суміжні терміни, які потрібно відтінити від колаборації з окупантом (support, co-belligerence).

Наступний розділ дослідження відображає роздуми автора про причини термінологічного плюралізму, які криються у складності та багатоаспектності явища співпраці з окупантом. Використовується метод гіпотез: висувуються апріорні припущення про вказану детермінацію, наводяться аргументи на їх підтвердження.

Далі, під час розв'язання питання про те, як запропоновані західними вченими термінологічні моделі проектуються на вітчизняний лінгвістичний вимір, використовуються спеціальні методи лінгвістичних досліджень. З'ясовується семантика запозичених слів «колаборація», «колабораціонізм», «кооперація» та похідних від них, а також демонструється еволюція їх значення. Це дає змогу виявити певні семантичні неузгодження при зіставленні зі значеннями цих слів в інших мовах.

В останньому розділі спершу з'ясовується термінологічна еволюція в законопроектній роботі парламентарів та працях вітчизняних криміналістів, а потім зіставляються отримані в попередніх розділах результати із законодавчим та доктринальними кримінально-правовими підходами до криміналізації співпраці з окупантом.

Результати та обговорення

Collaboration vs. collaborationism

Найбільш цитованою з хронологічно ранніх праць, присвячених співпраці французів з фашистською Німеччиною, по праву можна вважати статтю Stanley Hoffmann (1968), у якій учений виділяє колаборацію з державницьких міркувань (*collaboration d'etat*) та колабораціонізм (*collaborationism*). Державницька колаборація, на думку вченого, мала на меті захист французьких інтересів у міждержавних відносинах між переможеними і переможцем, та пояснюється як значною мірою необхідний, ненавмисний, побічний

продукт існування французького режиму Віші, тоді як колабораціонізм відображав відкрите бажання співпраці та наслідування німецького режиму, як правило, для досягнення різноманітних внутрішніх цілей [13, с. 376]. Концепція *collaboration d'etat* стала відображенням поглядів на співпрацю керівників режиму Віші Філіпа Петена та П'єра Лавалля з позиції «філософії щита», згідно з якою колаборація Віші нібито захистила французький народ від значно більших репресій із боку німців. Hoffmann зазначав, що *d'etat*-колаборанти були людьми розсудливими, тимчасовими, обережними в управлінні суспільством, а колабораціоністи – активістами, ідеологічними фанатиками, людьми прямої дії, демагогами та демонстрантами [13, с. 390]. Запропонована дихотомія співпраці, очевидно, базується на мотиваційній та ідеологічній складових.

John A. Armstrong (1968) під колаборацією (*collaboration*) розуміє кооперацію (*cooperation*) між елементами населення переможеної держави та представниками держави-переможниці, натомість колабораціонізм (*collaborationism*) він розглядає як більш організовані, систематичні форми колаборації [8, с. 396]. Колабораціонізм у праці цього вченого переважно використовується для позначення співпраці як явища і тяжіє до більшого ступеня узагальнення, натомість різниця між колаборацією та кооперацією (*cooperation*) фактично відсутня, вони використовуються як синоніми.

На продовження дискусії David Littlejohn (1972), розмірковуючи про дихотомію французької співпраці з німцями, зазначає, що для більшості колаборантів співпраця означала лише той її ступінь, який необхідний для забезпечення стерпного життя в «новому порядку», а для меншої – активну роботу на перемогу Німеччини [18, с. 210]. Колабораціоністів (*collaborationnistes*) спонукали ідеологічні причини приєднатися до пронацистських партій (сповідування тоталітарних ідеалів або антикомунізм), вони підтримували співпрацю з німецькими окупантами. Натомість колаборанти (*collaborateur*) були мотивовані більш приземленими проблемами, пов'язаними з особистими інтересами чи ширшими національними цілями [40, с. 27]. Зрештою Littlejohn аргументує, що чіткі межі між роботою на користь ворога та роботою з ним поступово стираються і зникають [18, с. 211]. Пізніше на це вказували й інші історики [див.: 21, с. 14].

Peter J. Davies (2004) констатує, що в контексті Франції історики розрізняють «колабораціонізм» («безумовна» ідеологічна близькість) і «колаборацію» (робота з ворогом на суто практичних і матеріально-технічних рівнях) [9, с. 24]. Сучасні ж роботи, присвячені режиму Віші, розглядають цю дихотомію як певний етап історичних досліджень, коли увагу було

сконцентровано на обґрунтування поведінки вішістів. Це певний час підтримувалось істориками, однак, у підсумку зазнало критики, а стосовно характеристики співпраці, що мала місце за німецької окупації інших країн або в інший історичний період, не здобуло визнання. Як зазначив Roderick Kedward (1985), корисне лінгвістичне вирішення проблем категоризації, яке пов'язане з виокремленням «колабораціоністів», як таких, що ідеологічно віддані окупанту, не повинно приховувати дуже тісні взаємозв'язки між колабораціоністами та колаборантами [16, с. 41]. Philippe Burrin (1997) з цього приводу зазначає, що *collaborationism* і *d'état collaboration* – це дві гілки одного дерева, обидві погоджуються з необхідністю «конструктивної співпраці», тому відмінність між ними полягає не в характері, а в ступені співпраці [17, с. 161].

Collaboration vs. cooperation

Gerhard Hirschfeld (1981) пише про «колаборацію» (*collaboration*), якщо йдеться про конкретні індивідуально мотивовані випадки, та про «кооперацію» (*cooperation*) – при згадуванні про взаємодію населення з окупаційною владою. Проте вчений при цьому вказує, що використання нейтрального терміна «кооперація», як синоніму поняття «колаборація», з його політичним, ідеологічним і моральним відтінком, дає зрозуміти, що термін «колаборація» не повинен обмежуватися лише крайніми формами індивідуальної та колективної поведінки, а застосовуватися й до повсякденної взаємодії [12, с. 468]. Тобто науковець надає перевагу терміну «колаборація», однак намагається розширити сферу його застосування аж до випадків повсякденної кооперації з окупантом.

У цьому зв'язку привертає увагу дослідження Carsten Holbraad (2017), який виокремив спектр реакцій на окупацію, виокремивши в його структурі три сегменти: підтримку (*support*), кооперацію (*cooperation*) та опозицію (*resistance*). Підтримка впливає з певного типу ототожнення зі стороною, яка отримує підтримку, найактивнішу форму якої вчений називає колаборацією (*collaboration*). Вона вимагає більш повної відданості, ніж кооперація, що передбачає лише певний ступінь взаємності між сторонами [14, с. 42–43].

Jochen Böhrer і J. Młynarczyk (2018) зазначають, що поняття «колаборація» (*collaboration*) переважно використовується для опису певних форм кооперації (*cooperation*) між підкореним населенням та окупантом: колаборація розглядається як співпраця з окупаційною силою, яка явно завдає шкоди інтересам підкореного населення чи держави, тоді як терміном «кооперація» позначається взаємодія з окупаційною владою для збереження життєво важливих державних інституцій на окупованих територіях і захисту населення

від наслідків війни [41, с. 236]. Науковці не роблять принципового розрізнення між цими поняттями, однак, виходячи з їх суджень, колаборація має переважно вузький зміст і більший шкідливий потенціал.

У випадку з *окупованою німцями* (вставлення наше. – М. Р.) Україною, як відзначає Frank Golczewski (2003), важко говорити про колаборацію (нім. *die Kollaboration*), оскільки її часто розуміють як співпрацю політичної влади з окупантом [11, с. 151]. Учений підкреслює, що колаборація українського населення з нацистським режимом помітно відрізнялася від інших європейських варіантів, не була політичною (в сенсі – пронацистською), а тому веде мову про *співробітництво* з ворогом (нім. *die Zusammenarbeit*). У 2003 р. у Німеччині був опублікований збірник доробків істориків «*Кооперація та Злочини. Форми «колаборації» у східній Європі 1939–1945*», в якому в кожній статті відкидається термін «колаборація» як принизливий і такий, що має політичний вимір, свідчить про неможливість його використання до опису політично байдужої співпраці в економіці та управлінні, натомість пропонуються альтернативи «кооперація/співпраця» (нім. *die Kooperation*), «місцева участь» (нім. *die einheimische Beteiligung*) та «співробітництво» (нім. *die Zusammenarbeit*) [42]. На думку Markus Eikel (2013), зважаючи на проблему вживання терміна «*collaboration*» з усіма його негативними конотаціями, для позначення необхідної для виживання під час окупації співпраці населення з окупантом термін «*cooperation*» видається більш доцільним для охоплення реалій і потреб окупаційної ситуації стосовно України в період Другої світової війни [10, с. 112].

У цьому зв'язку Daria Rudakova (2018) зауважує, що оригінальний французький термін «*collaboration*» спершу мав широке значення співробітництва (*cooperation*) у тій чи іншій формі, але після Другої світової війни він набув більш вузького значення зради, тоді як термін «*cooperation*» став позначати вимушений або обов'язковий контакт між окупованим населенням та окупантами [22, с. 14].

У радянський період питання співпраці з ворогом опинилося ніби за бортом історії. Радянська ідеологія не могла змиритися з тим, що значна частина населення вимушено чи добровільно взаємодіяла з німецькою окупаційною адміністрацією. Це суперечило наративу про патріотизм совєцького громадянина. Дослідження цього феномену розпочалися лише з розпадом СРСР. Водночас особливості французької співпраці в цілому важко проектувати на реалії окупації в східній Європі й на теренах України зокрема. Тож, не дивно, що у пострадянських історичних дослідженнях співпраці під час німецької окупації загалом не вживають термін «кооперація». Попри це дослідники

намагалися відтінити окремі форми співпраці населення з окупантом від ідеологічно забарвленого колабораціонізму. Так, Михайло Семиряга (2000) зазначав, що завдання істориків полягає в тому, щоб розставити все на свої місця: справжні колабораціоністи мають бути покарані, а мільйони громадян, які вимушені були заради виживання співпрацювати з окупантами на побутовому рівні, – захищені від ганебного ярлика «зрадника» [30, с. 6]. На думку Валентини Шайкан (2005), трудову діяльність робітників, селян, службовців адміністративних та інших установ, лікарів, учителів, агрономів та інших фахівців, чия суспільна активність під час окупації гітлерівцями території України була спрямована на виживання, за відсутності в ній ознак злочинів, слід вважати такою, що не підлягає переслідуванню [34, с. 51]. Тобто, формально не використовуючи «кооперацію» у тому сенсі, що розглядається західною історичною наукою, дослідники, однак, відмежовують відповідні їй форми поведінки від колабораціонізму.

Collaboration vs. co-belligerence (allies, support)

Згідно з багатотомним виданням «Енциклопедія історії України» (2007) поряд із власне «колабораціонізмом», який передбачає наявність політичної угоди з окупантом, сучасні дослідники виокремлюють також «кооперування» (*cooperation*) з окупаційною владою у цивільних галузях та «спільне ведення війни» (*co-belligerence*) на боці окупаційних сил [43].

Останній різновид привертає увагу у зв'язку зі складнощами визначення місця співпраці окремих суб'єктів з окупантом, які розглядаються як рівні йому або принаймні не поневолені ним. У Другій світовій війні низка європейських держав не були окуповані гітлерівською Німеччиною, активно співпрацювали з нею, були її союзниками, у тому числі й на ідеологічних засадах. В історичних працях уряди цих держав також нерідко іменуються колабораціоністськими. До них можна віднести, зокрема, уряди Болгарії, Румунії, Словаччини, Угорщини.

Peter J. Davies вказує на аргумент, що наведені союзники (*allies*) взагалі не були колаборантами. Їх доцільно розглядати як таких, ким вони були насправді: суверенні держави, які не були ані окуповані, ані підкорені Гітлером, тобто союзники були союзниками, а не колаборантами [9, с. 22].

З цим аргументом у цілому слід погодитися. Яка б термінологія не була використана для позначення взаємодії з окупантом, незмінною ознакою досліджуваного феномену залишається одна зі сторін цієї взаємодії – окупант. Без нього втрачається сенс у окремому його розгляді. Саме окупаційний режим породжує взаємодію як представників влади зміщеного суверена, так і звичайних людей із чужорідним елементом.

Складність досліджуваного феномену

Продемонстрована вище термінологічна багатогранність феномену співпраці насправді відображає найбільш відомі та відносно усталені дослідницькі підходи. Але навіть їх достатньо, щоб задатися питанням про причини її появи. Для автора немає жодного сумніву в тому, що використання різних термінів для позначення співпраці детерміновано надзвичайною складністю досліджуваного об'єкта.

Один із перших дослідників цього феномену Stanley Hoffmann понад пів століття тому зазначав: «*the subject is infernally complicated*» [13, с. 375] (з англ. – «тема пекельно складна»). Проте за ці роки мало що змінилося в її характеристиці. Тема дійсно надто болісна, викликає багато непорозумінь, гострих і тривалих дебатів [29, с. 42]. Співпраця набула безліч облич і форм, відбувалася практично в усіх сферах життя [21, с. 18]. Bisser Petrov (2002), розмірковуючи над цими складнощами, пише, що, з одного боку, питання колаборації оповите густими ідеологічними, політичними, емоційними та багатьма іншими пластами, які заважають неупередженому аналізу цього явища, з іншого боку, вилучення його з контексту обставин і часу та розміщення його в чистих і ізольованих «лабораторних» умовах також таїть у собі небезпеку зісковзнути в інші крайнощі [20, с. 14].

Термінологічний плюралізм феномену співпраці є результатом глибокої його неоднорідності. Форми співпраці між окупованими та окупантом можуть істотно вирізнятися як за ступенем, так і за характером взаємодії. Різним є ступінь добровільності чи вимушеності, різною є мотивація співпраці, контекст та обставини, за яких вона відбувається. Така її особливість стимулює до пошуку форм (термінів), які були б здатні відобразити істотну змістову (сутнісну) відмінність.

Передусім виникла потреба у відмежуванні ідеологічно крайніх форм співпраці, що викликають найбільший моральний (і юридичний) осуд, коли той, хто співпрацює, ототожнює себе з окупантом і щиро прагне цього. Окремі історики спробували позначити таку співпрацю «колабораціонізмом» (*collaborationism*). Цей термін, на відміну від «колаборації» (*collaboration*), який до Другої світової війни загалом мав виключно позитивну конотацію, був уведений в обіг саме для позначення етично негативного явища, прирівнюваного до найтяжчих форм державної зради (*high treason*). Водночас у більшості досліджень навіть різні види «щирої» співпраці з окупантом все ж позначаються загальним терміном «колаборація» і тільки іноді, з метою контрастування, з усієї сукупності форм колаборації виокремлюють колабораціонізм.

Як убачається, виокремлення останнього приносить більше користі в тому сенсі, який частково можна простежити в статті раніше цитованого John Armstrong, тобто в значенні феномену як такого. Мова йде не стільки про застосування феноменологічного підходу, скільки про звичайну логіку та метод абстрагування. Цьому сприяє, як убачається, морфологічна будова запропонованого терміна, який на додаток до вже відомої основи «collaboration» отримав суфікс «ism» (-ізм/изм), що має як латинське (-ismus), так і давньогрецьке (-ισμός) походження. Він запозичений багатьма мовами світу. В українській мові він трапляється в основах іменників чоловічого роду і, як і в інших мовах, вказує на назви з узагальненим, абстрактним змістом [44, с. 107]. Отже, вживання терміна «колабораціонізм» насамперед має слугувати цілі відволікання від особливих (приватних) ознак окремих форм співпраці з метою узагальнення її ознак і отримання цілісного знання про співпрацю як таку. У цьому значенні будь-який акт співпраці (колаборації чи кооперації) окупованого з окупантом формально охоплюється цим терміном.

Потреба в диференціальному підході до оцінки різних форм взаємодії з окупантом викликала не лише виокремлення найменування «цирої» співпраці з ним, а й відтінення від цього стигматизуючого ярлика також форм, котрі на таку стигматизацію не заслуговують. Мова йде, зокрема, про ті типи поведінки звичайних робітників та селян, про які зазначали згадані вище Михайло Семиряга та Валентина Шайкан. Як наслідок, широкого вжитку в західних джерелах набув термін «cooperation». Етимологічно та семантично він не обтяжений словами маршала Філіпа Петена, після яких альтернативний йому термін «collaboration» набув відомого змісту.

Кооперація з окупантом розглядається переважно з етично нейтральної позиції. Видається, що виокремлення цієї форми взаємодії з окупантом зумовлено проблемою глибокої прірви між двома діаметрально протилежними формами реакції окупованих на окупаційний режим – співпрацею (*collaboration*) та опором (*resistance*). З точки зору історії, війни та окупації переважно описуються в цих чорно-білих фарбах, одна реакція засуджується, інша – героїзується. Однак між двома крайнощами – співпрацею та супротивом – є величезний діапазон варіантів, які охоплюються «морально сірою зоною» (*moral gray zone*), де люди мусять робити важкий вибір заради виживання [15, с. 749–751; 19, с. 785]. Видається, що абсолютна більшість окупованих перебувають саме в цій зоні.

Вітчизняні лінгвістичні аспекти

Тезаурус української мови, зокрема юридичної, містить як власні, так і запозичені лексеми на позначення досліджуваного феномену. До власних можна

віднести широко вживані слова «співпраця», «співробітництво», «взаємодія», а також «підтримка» і «сприяння», до запозичених – «колабораціонізм», «колаборація», «кооперація». Прийнято вважати, що слово «collaboration» походить від французької мови, у якій воно має три значення – від найширшого до найвужчого: 1) співпраця, участь у роботі з іншим, 2) політика активної співпраці з ворожим окупантом, 3) політика співпраці з Німеччиною уряду Віші [45]. Насправді ж його етимологія сягає корінням латині (*collaboratio, -onis*), про що зазначається і в самих словниках французької мови. Та сама історія зі словом «cooperation». Тобто, якщо бути більш точним, «колаборація» походить з латинської мови, але його «зрадницька» семантика, безумовно, пов'язана із згаданим вище висловлюванням французького лідера режиму Віші. Однак потрібно бути реалістами та визнати, що його запозичення в інші мови, зокрема й українську, здійснювалося з англійської як мови міжнародного спілкування, якою були написані більшість відповідних наукових досліджень. Тому в цій роботі джерелом запозичення вважається саме ця мова.

Для з'ясування змісту запозичених понять звернемося до тлумачних словників української мови. Тут одразу слід зауважити, що словники, які були видані до початку агресії російської федерації проти України, стосовно запозичених аналогів не містили слова «колаборація», натомість у них було представлено слово «колабораціонізм». Так, у 11-томному виданні словника української мови (1970–1980) під колабораціонізмом розуміється зрадницьке співробітництво з фашистськими загарбниками в окупованих ними країнах під час Другої світової війни; відповідно до цього розкривалося і значення слова «колабораціоніст» [46]. У Великому тлумачному словнику В.Т. Бусела (2005) дається те саме значення, однак, також з'являються похідні слова – фемінітив «колабораціоністка» та прикметник «колабораціоністський» [47, с. 553]. Найбільш об'ємний із сучасних словників – Словник української мови у 20 томах (далі – «СУМ-20»), робота над яким ще триває, відображає значний розвиток щодо цього, не в останню чергу зумовлений російською агресією. У ньому не лише зазнало семантичної зміни слово «колабораціонізм», а й виникло слово «колаборація» та похідні від нього.

Том 7 «СУМ-20» (2016) визначає колабораціонізм вже не як явище лише Другої світової війни, а як співпрацю з ворогами своєї країни в інтересах ворога-загарбника на шкоду своїй державі; похідними від нього є також слова «колабораціоніст/ка», «колабораціоністський» [48, с. 231]. Зміст цього слова відповідає змісту його запозиченого відповідника з англійської мови, у якій *collaborationism* означає практику співпраці з ворогом [49]. Однак «СУМ-20» передбачає ще два синоніми, що мають тотожне з колабораці-

онізмом значення, а саме – «колаборація» і «колаборантство». Відповідно тотожне до слів «колабораціоніст/ка» та «колабораціоністський» мають значення слова «колаборант/ка» та «колаборантський». Більше того, слід відзначити і появу дієслова «колаборувати» (у значенні – займатися колаборантством) та похідного від нього іменника «колаборування», який за значенням прирівнюється до колаборації та колабораціонізму [48, с. 230–231].

У цьому зв'язку, окрім явного розвитку словотворення стосовно досліджуваного феномену, варто звернути увагу на два дивні нюанси. По-перше, словник ігнорує інші, зокрема позитивні, значення слова «колаборація». Утім потрібно визнати, що до 2014 р. мало хто з носіїв української мови знав, що цей термін має негативну історичну конотацію (крім, власне, істориків і філологів) та використовував його виключно у значенні спільної діяльності між людьми, компаніями, брендами тощо. Та навіть зараз, в умовах агресії, його позитивним значенням широко послуговуються в тих сферах, яким притаманне вживання англізмів (зокрема, ІТ, шоу-бізнес, міжнародні відносини, блогерство тощо). Зрештою, якщо звернутися до англійського слова *collaboration*, то перше і найбільш вживане його значення є, як правило, позитивним – об'єднана праця, співпраця, особливо в літературній, мистецькій сферах чи в науці, а друге є спеціальним – зрадницька співпраця з ворогом [50]. По-друге, словник пропонує прикметник, похідний від «колаборантства», однак похідний від «колаборації» відсутній, що ставить питання про те, наскільки відповідає українському тезаурусу слово «колабораційна», використане законодавцем у заголовку ст. 111¹ КК України.

Щодо слова «кооперація», то, як і в англійській мові, у якій *cooperation* позначає дію чи практику спільної роботи з іншими, співпрацю, спільне ведення діяльності [51], в українській мові воно також позначає співробітництво, однак має і вузьчі значення – особливої форми організації праці, за якої багато людей бере спільну участь у тому самому або в різних пов'язаних між собою процесах праці чи певного об'єднання, створеного його членами-пайовиками [48, с. 405]. В юридичній термінології кооперація отримала самостійне значення як система кооперативних організацій, створених з метою задоволення економічних, соціальних та інших потреб своїх членів (див. ст. 1 Закону України «Про кооперацію») [52]. Використання його на позначення тих видів співпраці з окупантом, які характеризуються переважно як «морально сіра зона» чи становлять порівняно невисокий ступінь небезпеки, про що вели мову Gerhard Hirschfeld, Carsten Holbraad та інші, суперечило б цьому підходу за суттю, адже в юридичній термінології кооперація передбачає об'єднання на основі спільних потреб та інтересів для досягнення певної мети (а це більше було б схожим на «циру» співпрацю).

Кримінально-правова термінологія

До російської агресії співпраця громадян з окупантом не була предметом окремих юридичних (зокрема кримінальних) досліджень. Згадок про колаборацію / колабораціонізм неможливо було відшукати й на сторінках численних публікацій, присвячених аналізу складу державної зради чи інших злочинів проти основ національної безпеки України. Тригером подальшої активної уваги, очевидно, стала окупація частини українських територій. Якщо аналізувати все різноманіття юридичних джерел, то формально перша згадка про колаборацію міститься в проекті закону № 4473 від 17.03.2014 р. «Про забезпечення прав і свобод громадян на тимчасово окупованій території України» [53], у ст. 4 якого пропонувалося визначення *колабораційної діяльності*. Таке саме словосполучення, щоправда, з іншим визначенням, згадується і в ст. 10 проекту однойменного закону № 4473-1 від 19.03.2014 р. у варіанті першого читання [54]. У підсумку останньому проекту судилося стати законом, але при підготовці до другого читання норма про колабораційну діяльність зникла з документа. У зв'язку з чим їхні автори вирішили послуговуватися саме терміном «колабораційна діяльність», незрозуміло. Наступна хвиля законопроектної роботи в цій сфері простежується в 2017 р.: у проектах № 6170 від 09.03.2017 р. [55], № 7425 від 20.12.2017 р. [56] і № 7426 від 20.12.2017 р. [57] пропонується заборонити *колабораціонізм* та визначаються його форми. У Верховній Раді ІХ скликання перші проекти № 2549 від 06.12.2019 р. [58] та 5135 від 23.02.2021 р. [59] також згадують саме цей термін. Натомість у наступному – № 5144 від 24.02.2021 р., відбулося раптове повернення до «колабораційної діяльності», у підсумку саме цим документом було доповнено КК України статтею 111¹ [60].

Перші наукові праці, присвячені кримінальним аспектам співпраці населення з російськими окупантами, з'явилися через два роки після початку окупації в 2014 р. Так, протягом 2016–2020 рр., як і автором цієї статті (2016), тема вивчалася в публікаціях Є.О. Письменського (2016, 2020), О. Ілларіонова (2017), О.В. Головкіна та І. Р. Сказка (2017), В. Н. Кубальського (2018), А. Політової та М. Акімова (2020). У них переважно вживався термін «*колабораціонізм*», а в деяких із них навіть пропонувалися його авторські концепти (визначення), автори розмірковували про межі криміналізації та виокремлювали його форми. Однак В. Н. Кубальський, дискутуючи з О. В. Головкіним та І. Р. Сказком, які пропонували криміналізувати колабораціонізм, вказує, що така назва є дещо невдалою, оскільки кримінальна відповідальність за колабораціонізм як явище взагалі неможлива, а може наставати лише за конкретні злочинні діяння, в яких проявляється це явище;

такою предметно-практичною стороною явища колабораціонізму, на думку вченого, є *колабораційна діяльність* [61, с. 357].

У контексті зазначеного спробуємо дати оцінку такому законодавчому підходу. Завдання полягає не в тому, щоб з'ясувати якийсь прихований зміст, який імовірно заклав у ці слова законодавець. Телеологічна інтерпретація у випадку з вітчизняним законодавцем часто набуває форми наукового ворожіння, про що зазначав О. Е. Радутний, описуючи цей метод як відшукування незбагненого промислу в законодавчих рішеннях зібраних докупи випадкових для певної справи людей [62, с. 100]. Тому завдання обмежується лише окресленням можливих переваг та недоліків використаної термінології, а не пошуком мети.

Оцінка терміна «колабораційна діяльність» з огляду на історичні та семантичні аспекти є двоякою. З одного боку, він має кілька переваг перед більш відомими його відповідниками. По-перше, раніше вже згадувалось, що термін «колабораціонізм» в історичній інтерпретації набув вузького ідеологічного забарвлення «щирої» співпраці, натомість чинна ст. 111¹ КК України передбачає широкий спектр діянь, значна частина з яких такою може й не бути (наприклад, перебування на посаді виключно з корисливих мотивів). Термін «кооперація» має інші вади – в історичних дослідженнях він позначає переважно вимушені види співпраці, зумовлені повсякденними контактами з окупантом, є іншою крайністю порівняно з колабораціонізмом. По-друге, терміном «колабораціонізм» справедливо позначають більш узагальнений феномен (Armstrong) [8, с. 396], явище як таке, а не конкретні діяння, що ним охоплюються (Кубальський) [61, с. 357]. Водночас цей критичний аргумент може бути нейтралізований тим, що в чинному КК України нерідко трапляються схожі терміни, що є абстрактними за своєю суттю, але це не заважає їм вдало позначати конкретні акти злочинної поведінки (наприклад, «бандитизм», «найманство», «піратство», «шахрайство» тощо).

З іншого боку, термін «колабораційна діяльність» із негативним змістом – це винахід виключно вітчизняного законодавця та, як наслідок, «надбання» національного кримінального права. Терміни, що позначають окремі види кримінальних правопорушень в Особливій частині КК України, мають виключно або переважно негативне значення. Слова «колабораційна діяльність», якщо їх відірвати від тексту ст. 111¹ КК України, самі собою не свідчать про протиправну поведінку, принаймні при їх першому прочитанні. Посилює цей аргумент і звернення до їх англійського аналогу «*collaborative activity*» (спільні заходи, спільна діяльність, зокрема як форма навчання). Якщо використати цей англійський варіант, то ані історик, ані юрист не

ідентифікує це поняття зі злочинною поведінкою. Натомість «колабораціонізм» завжди має негативне значення зрадницької співпраці з окупантом. Нарешті, як вже було сказано вище, «СУМ-20» не містить слова «колабораційний», але передбачає «колабораціоністський» та «колаборантський». Як убачається, більш вдалим був би термін *«співпраця з окупантом»*, або ж за потреби прив'язатися до історичного контексту – *«колаборація / колаборантство / колаборування з окупантом»*.

У будь-якому разі потрібен консенсус щодо того, як використовувати термін «колабораціонізм». Навряд юристи зможуть погодитися з трактуванням його як найбільш небезпечної та ідеологічно забарвленої форми колаборації з окупантом (колабораційної діяльності), що часто подається в історичних дослідженнях. Більш переконливим є розгляд колабораціонізму як історичного та закономірного феномену (узагальнений рівень), що, як правило, виникає під час окупації. Але ним не можна позначати будь-які види взаємодії з окупантом. Якщо певний акт поведінки вважається актом колабораціонізму, то тоді й особа, яка його вчинила, справедливо буде іменуватися колабораціоністом. Працює звичайна логіка: той, хто вчиняє акт колабораціонізму, є колабораціоністом. Але ж хіба можна назвати колабораціоністом (з урахуванням негативного забарвлення цього слова) людину, яка, щоб заробити на життя, працює лікарем, прибиральником чи електриком на окупованій території, чи людину, яка сплачує незаконно встановлений земельний податок до бюджету окупанта, бо інакше в неї цю землю конфіскують? Колабораціонізм має охоплювати лише таку взаємодію, яка отримує осуд з етичної точки зору, єдиним об'єктивним показником якого є правовий осуд, тобто та поведінка, яка згідно з законом визнається протиправною. Його виразником, як убачається, має бути не тільки кримінальна чи адміністративна відповідальність, але й інші негативні правові наслідки. Можна дискутувати про широту та різноманіття форм і засобів правового інструментарію, однак не видається спірним те, що колабораціонізм передусім є юридичним феноменом, і тільки правом має визначатися межа між ним та тим, що не є колабораціонізмом, позаяк іншим соціальним регуляторам властиві розмитість та суб'єктивізм.

Вітчизняний законодавець, схоже, обрав термін «колабораційна діяльність», доповнивши КК України статтю 111¹, цілком свідомо, намагаючись прив'язати заборонену в цій статті поведінку до відповідної негативної історичної конотації, тим самим, стимулюючи її додатковий моральний осуд. Альтернативами, звісно, могли бути «співпраця з окупантом», «сприяння окупанту», «підтримка окупанта» тощо. Кожен із цих варіантів загалом не був би гіршим за наявний, принаймні з точки зору потенційних правоінтерпретаційних та правозастосовних проблем. Інша справа, чи була б увага науко-

вої, зокрема юридичної, спільноти до явища співпраці місцевого населення з окупантом такою самою широкою та концентрованою, якби законодавець використав одну із названих альтернатив? Видається, що вона була б меншою. *Volens-nolens* своїм рішенням законодавець довісив до назви нового виду кримінального правопорушення складний, масштабний та неоднозначний вантаж із сукупності історичних прикладів колабораціонізму та надав поштовху дослідженням різних напрямів, зокрема, історичного, юридичного, політологічного, соціологічного.

Висновки

Співпраця населення окупованої території з окупантом – тема пекельно складна. Це зумовлено різними мотивами, обставинами та контекстом кожного з актів співпраці. Складність, багатоаспектність, політична і емоційна гострота теми стали передумовою термінологічного плюралізму в спробах осягнути всю широту та глибину проявів колаборації з окупантом.

Обраний законодавцем термін «колабораційна діяльність» загалом мало враховує величезний масив історичних досліджень та особливості семантики порівняно з іншими термінами. Він бере свій початок ще з перших законопроектів від березня 2014 р. та може вважатися винаходом вітчизняного законодавця. Словосполучення «колабораційна діяльність» (*collaborative activity*) має переважно нейтральну чи позитивну конотацію. Слово «колаборація» саме собою має такий самий недолік. Більш вдалими їх відповідниками могли бути «співпраця з окупантом» чи «колаборація/колаборанство/колаборування з окупантом».

Термін «колабораціонізм» має відволікати від особливих (приватних) ознак окремих форм співпраці з метою узагальнення її ознак і отримання цілісного знання про співпрацю як феномен, що включає в себе всі випадки (форми, типи) взаємодії з окупантом, які тягнуть за собою офіційний осуд – негативні правові наслідки.

Те, що за суттю юридичний феномен зародився в лоні не юридичної, а історичної науки, може здивувати. Проте таке його походження демонструє, що поява нової статті в КК України з оригінальною назвою не означає, що Україна зіткнулася з чимось незвіданим та незрозумілим, ніби з чимось таким, що змушує вигадувати нові юридичні правила та спокушає до виправдовування помилок. Навпаки, це має стимулювати нас до аналізу накопиченого історичного досвіду, вивчення та засвоєння історичних уроків минулого задля того, щоб не повторювати помилок та подати гідний приклад іншим державам і майбутнім поколінням.

Подяки

Статтю підготовлено та опубліковано за грантової підтримки Національного фонду досліджень України в рамках проекту «Колабораціонізм на тимчасово окупованих територіях України: проблеми правової оцінки, гарантування прав і свобод людини та реінтеграції територій» (проект № 2021.01/0106). Проект виконується на базі Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого. Зміст, висвітлений у цій статті, може не збігатися з поглядами Національного фонду досліджень України.

Список використаних джерел

- [1] Яковюк І. В. Колабораційна діяльність – злочин проти основ національної безпеки України. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2023. № 5. С. 43–46. <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2023-5/7>.
- [2] Яковюк І., Рубащенко М., Шульженко Н. Колабораційна діяльність (ст. 111-1 КК): загальний огляд та деякі законодавчі недоліки. *Деокупація. Юридичний фронт* : матеріали Міжнар. експертного кругл. столу (м. Київ, 18 берез. 2022 р.). Київ, 2022. С. 130–134. <https://doi.org/10.31617/k.knute.2022-03-18>.
- [3] Зайцев О. В., Бодейко В. А. До питання колабораціонізму на тимчасово окупованих територіях України. *Кримінальне право України перед викликами сучасності і майбуття: яким воно є і яким йому бути* : матеріали міжнар. наук. конф. (м. Харків, 21–22 жовт. 2022 р.). Харків : Право, 2022. С. 66–69.
- [4] Convention d'armistice: texte de l'armistice signé a Rethondes le 22 juin 1940. Digithèque MJP. URL: <https://mjp.univ-perp.fr/france/1940armistice.htm> (last accessed: 21.07.2023).
- [5] Paxton R. O. Vichy France: Old Guard and New Order, 1940-1944. New York: Alfred A. Knopf, 1972. 399 p.
- [6] Discours et messages du maréchal Pétain du 10 octobre 1940: Le programme de la Révolution nationale. URL: <http://pages.livresdeguerre.net/pages/sujet.php?id=docddp&su=48&np=98> (last accessed: 21.07.2023).
- [7] Brook T. Hesitating before the Judgment of History. *The Journal of Asian Studies*. 2012. Vol. 71, issue 1. P. 103–114. <https://doi.org/10.1017/S0021911811002932>.
- [8] Armstrong J. A. Collaborationism in World War II: The Integral Nationalist Variant in Eastern Europe. *The Journal of Modern History*. 1968. Vol. 40. P. 396–410.
- [9] Davies P. J. Dangerous liaisons: Collaboration and World War Two. London: Pearson Longman, 2004. 226 p.
- [10] Eikel M. Division of Labor and Cooperation: The Local Administration under German Occupation in Central and Eastern Ukraine, 1941–1944. *The holocaust in Ukraine. New Sources and Perspectives: Conference Presentations*. Washington, DC: Center for Advanced Holocaust Studies of the United States Holocaust Memorial Museum, 2013. P. 101–120.
- [11] Golczewski F. Die Kollaboration in der Ukraine. *Kooperation und Verbrechen: Formen der «Kollaboration» im östlichen Europa, 1939–1945*. Göttingen, 2003. S. 151–182.
- [12] Hirschfeld G. Collaboration and Attentism in the Netherlands 1940-41. *Journal of Contemporary History*. 1981. Vol. 16, issue 3. P. 467–486. <https://doi.org/10.1177/0022009481016003>.

- [13] Hoffmann S. Collaborationism in France during World War II. *The Journal of Modern History*. 1968. Vol. 40, issue 3, P. 375–395. URL: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/10.1086/240209> (last accessed: 21.07.2023).
- [14] Holbraad C. Danish Reactions to German Occupation: History and Historiography. London : UCL Press, 2017. 240 p.
- [15] Jones J. W. «Every Family Has Its Freaks»: Perceptions of Collaboration in Occupied Soviet Russia, 1943–1948. *Slavic Review*. 2005. Vol. 64(4). P. 747–770. <https://doi.org/10.2307/3649911>.
- [16] Kedward R. Occupied France: Collaboration and Resistance 1940-1944. New York : Wiley-Blackwell, 1985. 108 p.
- [17] Lemmes F. Collaboration in wartime France, 1940–1944. *European Review of History: Revue européenne d'histoire*. 2008. Vol. 15(2). P. 157–177. <https://doi.org/10.1080/13507480801931093>.
- [18] Littlejohn D. The patriotic traitors: a history of collaboration in German-occupied Europe, 1940-45. London: Heinemann. 1972. 391 pp.
- [19] Penter T. Collaboration on Trial: New Source Material on Soviet Postwar Trials against Collaborators. *Slavic Review*. 2005. Vol. 64, issue 4. P. 782–790. <https://doi.org/10.2307/3649913>.
- [20] Petrov B. Collaboration in the Balkans during World War II – forms, motives and results. *Études balkaniques*. 2002. Issue 4. P. 13–26.
- [21] Rein L. The Kings and the Pawns: Collaboration in Byelorussia during World War II. New York/Oxford: Berghahn Books, 2011. 434 p.
- [22] Rudakova D. Civilian Collaboration in Occupied Ukraine and Crimea, 1941-1944: A Study of Motivation. Doctoral Thesis. Perth: The University of Western Australia. 2018. <https://doi.org/10.4225/23/5b28915c82bd3>.
- [23] Боровик М. Колаборація і колаборанти в повсякденному сприйнятті мешканців України (на матеріалах усноісторичного проекту «Україна в роки Другої світової війни: повсякденний досвід виживання»). *Сторінки воєнної історії України*. 2013. Вип. 16. С. 156–167. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Sviur_2013_16_15 (дата звернення: 21.07.2023).
- [24] Вронська Т. Феномен «пособництва»: до проблеми кваліфікації співпраці цивільного населення з окупантами у перший період Великої вітчизняної війни. *Сторінки воєнної історії України*. 2008. Вип. 11. С. 88–97. URL: <http://dspace.nbuv.gov.ua/handle/123456789/13042> (дата звернення: 21.07.2023).
- [25] Гетьманчук М. Сучасні підходи до висвітлення природи, причин та проявів радянського колабораціонізму періоду Другої світової війни (1939–1945 рр.). *Літопис Волині*. 2022. № 27. 142–148. <https://doi.org/10.32782/2305-9389/2022.27.23>.
- [26] Гончаренко О. Проблеми інституційного визначення терміна колабораціонізму, його видів та ознак у сучасній вітчизняній історіографії. *Військово-історичний меридіан*. 2019. Вип. 1 (23). С. 5–25. URL: https://vim.gov.ua/pages/ua/archive/number.php?archive_number=23.05.2019 (дата звернення: 21.07.2023).
- [27] Крижний С. Г. Цивільний колабораціонізм як соціальне явище (на прикладі міста Харкова під час окупації 1941–1943 рр.) : автореф. дис. ... канд. соціол. наук / Харківський національний університет імені В. Н. Каразіна. Харків, 2010. 20 с.
- [28] Орлянський В. С. Деякі особливості української колаборації у роки Другої світової війни. *Наукові праці історичного факультету Запорізького національ-*

- ного університету. 2010. Вип. 29. С. 205–212. URL: <http://old.istznu.org/page/issues/29/875.ukr.html> (дата звернення: 21.07.2023).
- [29] Семененко В. І., Петровський В. В. Особливості колаборації в Україні та Західній Європі в роки Другої світової війни у компаративному аспекті (англо- та німецькомовна історіографія). *Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Серія: Історія України. Українознавство. Історичні та філософські науки*. 2019. Вип. 28. С. 41–53. <https://doi.org/10.26565/2227-6505-2019-28-04>.
- [30] Семиряга М. І. Коллаборационизм. Природа, типология и проявления в годы Второй мировой войны. Москва : РОССПЭН, 2000. 863 с.
- [31] Скоробогатов А. В. Харків у часи німецької окупації (1941–1943). Харків : Прапор, 2004. 368 с.
- [32] Чальцева О. М. Категорія «колабораціонізм» як багатокомпонентний наратив в умовах війни. *Політичне життя*. 2022. № 2. С. 56–60. <https://doi.org/10.31558/2519-2949.2022.2.9>.
- [33] Чачава В. Форми політичної ідентичності грузинського колабораціонізму в Другій світовій війні : дис. ... канд. політ. наук. Львів : ЛНУ ім. І. Франка, 2016. 203 с. URL: <https://lnu.edu.ua/thesis/chachava-vasil> (дата звернення: 21.07.2023).
- [34] Шайкан В. О. Колабораціонізм на території рейхскомісаріату «Україна» і військової зони в роки Другої світової війни : монографія. Кривий Ріг : Мінерал, 2005. 468 с.
- [35] Зубченко О. Колабораціонізм на тимчасово окупованих територіях Півдня України: соціологічний аспект. *Вісник НТУУ «КПІ». Політологія. Соціологія. Право*. 2022. № 3(55). С. 15–23. [https://doi.org/10.20535/2308-5053.2022.3\(55\).269530](https://doi.org/10.20535/2308-5053.2022.3(55).269530).
- [36] Shymko V., Babadzhanova A. Probation of collaborationists in Ukraine: exploratory research of personality trait contribution in social reintegration endeavor. January 4, 2023. URL: <https://ssrn.com/abstract=4438185> (last accessed: 21.07.2023).
- [37] Письменський Є. О. Колабораціонізм як суспільно-політичне явище в сучасній Україні (кримінально-правові аспекти) : наук. нарис. Северодонецьк : Румянцева Г. В., 2020. 120 с.
- [38] Мовчан Р. О. «Воєнні» новели Кримінального кодексу України: правотворчі та правозастосовні проблеми : монографія. Київ : Норма права, 2022. 244 с.
- [39] Добрянська Н. Перспективи встановлення кримінальної відповідальності за «колабораціонізм» в Україні. Київ : Центр прав людини Zmina, 2021. 36 с.
- [40] Turcescu Lucian, Stan Lavinia. Collaboration and Resistance: Some Definitional Difficulties / *Justice, Memory and Redress in Romania: New Insights*. Cambridge Scholars Publishing, 2017. P. 24–44.
- [41] Böhler J., Młynarczyk J. Collaboration and Resistance in Wartime Poland (1939–1945) – A Case for Differentiated Occupation Studies. *Journal of Modern European History*. 2018. Vol. 16. P. 225–246.
- [42] Ganzenmüller J. Rezension zu: Dieckmann, Christoph; Quinkert, Babette; Tönsmeier, Tatjana (Hrsg.): Kooperation und Verbrechen. Formen der «Kollaboration» im östlichen Europa 1939-1945. Göttingen 2003. URL: hsozkult.de/publicationreview/id/reb-5059 (last accessed: 21.07.2023).
- [43] Дерейко І. І. Колабораціонізм, поняття. *Енциклопедія історії України*: Т. 4: Ка-Ком / Редкол.: В. А. Смолій (голова) та ін. ; НАН України. Інститут історії України. Київ : Наук. думка, 2007. 528 с. URL: <http://www.history.org.ua/?termin=Kolaboracionizm> (дата звернення: 21.07.2023).

- [44] Товкайло Т., Довбня Л. Вплив морфемної структури та словотвірно-розрядних значень на акцентні ознаки формантів іншомовного походження. *Науковий вісник Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки. Філологічні науки. Мовознавство*. 2014. № 2. С. 106–112. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvvnuflm_2014_2_25 (дата звернення: 21.07.2023).
- [45] Collaboration. LAROUSSE: Dictionnaire de Francais. URL: <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/collaboration/17137>.
- [46] Словник української мови: в 11 т. Т. 4. 1973. URL: <http://sum.in.ua/s/kolaboracionizm> (дата звернення: 21.07.2023).
- [47] Великий тлумачний словник сучасної української мови : 250000 / уклад. та голов. ред. В. Т. Бусел. Київ; Ірпінь : Перун, 2005. 1728 с.
- [48] Словник української мови у 20 т. Т. 7. Квартал – Кяхтинський. Київ : Наук.а думка, 2016. 914 с.
- [49] Collaborationism, n. Oxford English Dictionary. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/OED/3159673513>.
- [50] Collaboration, n. Oxford English Dictionary. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/OED/3983811472>.
- [51] Cooperation, n. Oxford English Dictionary. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/OED/5240065687>.
- [52] Про кооперацію : Закон України від 10.07.2003 р. № 1087-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1087-15#Text> (дата звернення: 21.07.2023).
- [53] Проект Закону про забезпечення прав і свобод громадян на тимчасово окупованих територіях України від 17.03.2014 р. № 4473. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50285 (дата звернення: 21.07.2023).
- [54] Проект Закону про забезпечення прав і свобод громадян на тимчасово окупованій території України від 19.03.2014 р. № 4473-1. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50320 (дата звернення: 21.07.2023).
- [55] Проект Закону про заборону колабораціонізму від 09.03.2017 р. № 6170. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61312 (дата звернення: 21.07.2023).
- [56] Проект Закону про захист української державності від проявів колабораціонізму від 20.12.2017 р. № 7425. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63192 (дата звернення: 21.07.2023).
- [57] Проект Закону про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо колабораціонізму та посилення відповідальності за державну зраду) від 20.12.2017 р. № 7426. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63193 (дата звернення: 21.07.2023).
- [58] Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораціонізм) від 06.12.2019 р. № 2549. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/296> (дата звернення: 21.07.2023).
- [59] Проект Закону про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України (щодо кримінальної відповідальності за адміністративне, економічне, військове, політичне, військово-політичне та інше співробітництво з державою-агресором – колабораціонізм) від 23.02.2021 р. № 5135. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/25706> (дата звернення: 21.07.2023).

- [60] Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів (щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність) від 24.02.2021 р. № 5144 URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/25699> (дата звернення: 21.07.2023).
- [61] Кубальський В. Н. Проблеми кримінально-правової протидії колабораційної діяльності. *Правова держава: щорічник наукових праць*. 2019. Вип. 30. С. 353–360.
- [62] Радутний О. Е. Публічні заклики та заперечення як форми інформаційної колабораційної діяльності за кримінальним кодексом України. *Інформація і право*. 2022. № 2(41). С. 99–115. [https://doi.org/10.37750/2616-6798.2022.2\(41\).270372](https://doi.org/10.37750/2616-6798.2022.2(41).270372).

References

- [1] Yakoviuk, I.V. (2023). Collaborative activity – a crime against the basis of Ukraine's national security. *Juridical scientific and electronic journal*, 5, 43-46. <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2023-5/7>.
- [2] Yakoviuk, I., Rubashchenko, M., & Shulzhenko, N. (Mach 18, 2022). Collaborative activity (Article 111-1 of the Criminal Code): general overview and some legislative shortcomings. In *Deoccupation. Legal front: materials of the int. scient. and pract. conf.* (pp. 130-134). <https://doi.org/10.31617/k.knute.2022-03-18>.
- [3] Zaitsev, O.V., & Bodeiko, V.A. (October 21-22, 2022). To the issue of collaborationism on the temporarily occupied territories of Ukraine. In *The criminal law of Ukraine before the challenges of the present and the future: what is it and what should be it: materials of the int. scient. conf.* (pp. 66-69). Kharkiv: Pravo.
- [4] Convention d'armistice: texte de l'armistice signé a Rethondes le 22 juin 1940. Digithèque MJP. Retrieved from <https://mjp.univ-perp.fr/france/1940armistice.htm>.
- [5] Paxton, R.O. (1972). *Vichy France: Old Guard and New Order, 1940-1944*. New York: Alfred A. Knopf.
- [6] Discours et messages du maréchal Pétain du 10 octobre 1940: Le programme de la Révolution nationale. Retrieved from <http://pages.livresdeguerre.net/pages/sujet.php?id=docddp&su=48&np=98>.
- [7] Brook, T. (2012). Hesitating before the Judgment of History. *The Journal of Asian Studies*, 71(1), 103-114. Retrieved from <https://doi.org/10.1017/S0021911811002932>.
- [8] Armstrong, J.A. (1968). Collaborationism in World War II: The Integral Nationalist Variant in Eastern Europe. *The Journal of Modern History*, 40, 396-410.
- [9] Davies, P.J. (2004). *Dangerous liaisons: Collaboration and World War Two*. London: Pearson Longman.
- [10] Eikel, M. (2013). Division of Labor and Cooperation: The Local Administration under German Occupation in Central and Eastern Ukraine, 1941–1944. In *The holocaust in Ukraine. New Sources and Perspectives: Conference Presentations* (pp. 101-120). Washington, DC: Center for Advanced Holocaust Studies of the United States Holocaust Memorial Museum.
- [11] Golczewski, F. (2003). Die Kollaboration in der Ukraine. In *Kooperation und Verbrechen: Formen der «Kollaboration» im östlichen Europa, 1939-1945* (pp. 151-182). Göttingen.
- [12] Hirschfeld, G. (1981). Collaboration and Attentism in the Netherlands 1940-41. *Journal of Contemporary History*, 16(3), 467-486. <https://doi.org/10.1177/0022009481016003>.
- [13] Hoffmann, S. (1968). Collaborationism in France during World War II. *The Journal of Modern History*, 40 (3), 375-395. Retrieved from <https://www.journals.uchicago.edu/doi/10.1086/240209>.

- [14] Holbraad, C. (2017). *Danish Reactions to German Occupation: History and Historiography*. London: UCL Press.
- [15] Jones, J.W. (2005). «Every Family Has Its Freak»: Perceptions of Collaboration in Occupied Soviet Russia, 1943–1948. *Slavic Review*, 64(4), 747-770. <https://doi.org/10.2307/3649911>.
- [16] Kedward, R. (1985). *Occupied France: Collaboration and Resistance 1940-1944*. New York: Wiley-Blackwell.
- [17] Lemmes, F. (2008). Collaboration in wartime France, 1940–1944. *European Review of History: Revue européenne d'histoire*, 15(2), 157-177. <https://doi.org/10.1080/13507480801931093>.
- [18] Littlejohn, D. (1972). *The patriotic traitors: a history of collaboration in German-occupied Europe, 1940-45*. London: Heinemann.
- [19] Penter, T. (2005). Collaboration on Trial: New Source Material on Soviet Postwar Trials against Collaborators. *Slavic Review*, 64(4), 782-790. <https://doi.org/10.2307/3649913>.
- [20] Petrov, B. (2002). Collaboration in the Balkans during World War II – forms, motives and results. *Études balkaniques*, 4, 13-26.
- [21] Rein, L. (2011). *The Kings and the Pawns: Collaboration in Byelorussia during World War II*. New York/Oxford: Berghahn Books.
- [22] Rudakova, D. (2018). *Civilian Collaboration in Occupied Ukraine and Crimea, 1941-1944: A Study of Motivation*. Doctoral Thesis. Perth: The University of Western Australia. <https://doi.org/10.4225/23/5b28915c82bd3>.
- [23] Borovyk, M. (2013). Collaboration and collaborationists in everyday perception of the inhabitants of Ukraine (on the materials of oral history project «Ukraine during World War II: everyday experience of survival»). *Pages of the military history of Ukraine*, 16, 156-167. Retrieved from http://nbuv.gov.ua/UJRN/Sviur_2013_16_15.
- [24] Vronska, T. (2008). The phenomenon of "complicity": to the problem of qualification of collaboration of the civilian population with the occupiers in the first period of the Great Patriotic War. *Pages of the military history of Ukraine*, 11, 88-97. Retrieved from <http://dspace.nbuv.gov.ua/handle/123456789/13042>.
- [25] Hetmanchuk, M. (2022). Modern approaches to highlighting the nature, causes and manifestations of soviet collaborationism during the Second World War (1939–1945). *Chronicle of Volyn*, 27, 142-148. <https://doi.org/10.32782/2305-9389/2022.27.23>.
- [26] Honcharenko, O. (2019). The problems of institutional determination of the term of collaboration, its species and signs in modern domestic historiography. *Military-historical meridian*, 1 (23), 5-25. Retrieved from https://vim.gov.ua/pages/ua/archive/number.php?archive_number=23.05.2019.
- [27] Kryzhnyi, S.G. (2010). *Civil collaborationism as a social phenomenon (on the example of the city of Kharkiv during the occupation of 1941-1943)*. PhD Thesis. Kharkiv: V. N. Karazin Kharkiv National University.
- [28] Orlyanskiy, V.S. (2010). Some peculiarities of the Ukrainian kolaboraciya in the years of the Second World War. *Scholarly Works of the Faculty of History, Zaporizhzhya National University*, 29, 205-212. Retrieved from <http://old.istznu.org/page/issues/29/875.ukr.html>.
- [29] Semenenko, V.I., & Petrovskiy, V.V. (2019). Peculiarities of Collaboration in Ukraine and West Europe during World War Two: Comparative Analysis of English and

- German Historiography. *V. N. Karazin Kharkiv National University Bulletin 'History of Ukraine. Ukrainian Studies: Historical and Philosophical Sciences'*, 28, 41-53. <https://doi.org/10.26565/2227-6505-2019-28-04>.
- [30] Semiryaga, M.I. (2000). *Collaborationism. Nature, typology and manifestations during the Second World War*. Moscow: ROSSPEN.
- [31] Skorobogatov, A.V. (2004). *Kharkiv during the German occupation (1941-1943)*. Kharkiv: Prapor.
- [32] Chaltseva, O. (2022). Category «Collaborationism» as a Multicomponent Narrative in Wartime. *Political life*, 2, 56-60. Retrieved from <https://doi.org/10.31558/2519-2949.2022.2.9>.
- [33] Chachava, V. (2016). *Political Identity Forms of Georgian collaborationism during the Second World War*. PhD Thesis. Lviv: Ivan Franko National University of Lviv. Retrieved from <https://lnu.edu.ua/thesis/chachava-vasil>.
- [34] Shaikan, V.O. (2005). *Collaborationism in the territory of the Reichskommissariat "Ukraine" and the military zone during the Second World War*. Kryvyi Rih: Mineral.
- [35] Zubchenko, O. (2022). Collaborationism in the temporarily occupied territories of southern Ukraine: a sociological aspect. *National Technical University of Ukraine Journal. Political science. Sociology. Law*, 3(55), 15-23. [https://doi.org/10.20535/2308-5053.2022.3\(55\).269530](https://doi.org/10.20535/2308-5053.2022.3(55).269530).
- [36] Shymko, V., & Babadzhanova, A. (January 4, 2023). *Probation of collaborationists in Ukraine: exploratory research of personality trait contribution in social reintegration endeavor*. Retrieved from <https://ssrn.com/abstract=4438185>.
- [37] Pysmenskyi, E.O. (2020). *Collaboration as a socio-political phenomenon in modern Ukraine (criminal law aspects)*. Severodonetsk: H. V. Rummyantseva.
- [38] Movchan, R.O. (2022). *"Military" novels of the Criminal Code of Ukraine: law-making and law-enforcement problems*. Kyiv: Norma prava.
- [39] Dobryanska, N. (2021). *Prospects of establishing criminal liability for «collaborationism» in Ukraine*. Kyiv: Zmina.
- [40] Turcescu, L., & Stan, L. (2017). Collaboration and Resistance: Some Definitional Difficulties. In *Justice, Memory and Redress in Romania: New Insights* (pp. 24-44). Cambridge Scholars Publishing.
- [41] Böhler, J., & Młynarczyk, J. (2018). Collaboration and Resistance in Wartime Poland (1939–1945) – A Case for Differentiated Occupation Studies. *Journal of Modern European History*, 16, 225-246.
- [42] Ganzenmüller, J. (2003). Rezension zu: Dieckmann, Christoph; Quinkert, Babette; Tönsmeier, Tatjana (Hrsg.): *Kooperation und Verbrechen. Formen der "Kollaboration" im östlichen Europa 1939-1945*. Göttingen. Retrieved from <https://hsozkult.de/publicationreview/id/reb-5059>.
- [43] Dereyko, I.I. (2007). Collaborationism. In *Encyclopedia of the history of Ukraine. Vol. 4: Ka-Kom*. V.A. Smoliiy (Ed.). Kyiv: Naukova Dumka. Retrieved from <http://www.history.org.ua/?termin=Kolaboracionizm>.
- [44] Tovkaylo, T., & Dovbnya, L. (2014). Influence of Morpheme Structure and Word-Formation-Digit Values on the Accentual Signs of Foreign Origin. *Lesia Ukrainka Eastern European National University Scientific Bulletin. Series: Philological sciences. Linguistics*, 2, 106-112. Retrieved from http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvnuflm_2014_2_25.

- [45] Collaboration. LAROUSSE: Dictionnaire de Francais. Retrieved from <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/collaboration/17137>.
- [46] Dictionary of the Ukrainian language. (1973). (Vols. 1-11). *Vol. 4*. Retrieved from <http://sum.in.ua/s/kolaboracionizm>.
- [47] A large explanatory dictionary of the modern Ukrainian language: 250,000. (2005). V. T. Busel (Ed.). Kyiv, Irpin: Perun.
- [48] Dictionary of the Ukrainian language. (2016). (Vols. 1-20). *Vol. 7. Kvartal – Kyakhtinsky*. Kyiv: Naukova dumka.
- [49] Collaborationism, n. Oxford English Dictionary: Oxford University Press. Retrieved from <https://doi.org/10.1093/OED/3159673513>.
- [50] Collaboration, n. Oxford English Dictionary: Oxford University Press. Retrieved from <https://doi.org/10.1093/OED/3983811472>.
- [51] Cooperation, n. Oxford English Dictionary: Oxford University Press. Retrieved from <https://doi.org/10.1093/OED/5240065687>.
- [52] Law of Ukraine No. 1087-IV "On cooperation". (July 10, 2003). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1087-15#Text>.
- [53] Draft law of Ukraine No. 4473 "On ensuring the rights and freedoms of citizens in the temporarily occupied territories of Ukraine". (March 17, 2014). Retrieved from http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50285.
- [54] Draft law of Ukraine No. 4473-1 "On ensuring the rights and freedoms of citizens in the temporarily occupied territories of Ukraine". (March 19, 2014). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50320.
- [55] Draft law of Ukraine No. 6170 "On the prohibition of collaborationism". (March 9, 2017). Retrieved from http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61312.
- [56] Draft law of Ukraine No. 7425 "On the protection of Ukrainian statehood from collaborationism". (December 20, 2017). Retrieved from http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63192.
- [57] Draft law of Ukraine No. 7426 "On amendments to the Criminal Code of Ukraine (regarding collaborationism and increased liability for high treason)". (December 20, 2017). Retrieved from http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63193.
- [58] Draft law of Ukraine No. 2549 "On amendments to some legislative acts of Ukraine (regarding the establishment of criminal liability for collaborationism)". (December 6, 2019). Retrieved from <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/296>.
- [59] Draft law of Ukraine No. 5135 "On amendments to the Criminal Code of Ukraine and the Criminal Procedure Code of Ukraine (regarding criminal liability for administrative, economic, military, political, military-political and other cooperation with the aggressor state – collaborationism)". (February 23, 2021). Retrieved from <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/25706>.
- [60] Draft law of Ukraine No. 5144 "On amendments to some legislative acts (regarding the establishment of criminal liability for collaborative activity)". (February 24, 2021). Retrieved from <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/25699>.
- [61] Kubalskiy, V. (2019). Problems of criminal law countering collaboration activities. *Yearly journal of scientific articles "Pravova derzhava"*, 30, 353-360.
- [62] Radutnyi, O. (2022). Public culls and denials as forms of informational collaborative activity under the Criminal Code of Ukraine. *Information and law*, 2(41), 99-115. [https://doi.org/10.37750/2616-6798.2022.2\(41\).270372](https://doi.org/10.37750/2616-6798.2022.2(41).270372).

Микола Анатолійович Рубашченко

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: m.a.rubaschenko@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0003-4969-8780

Mykola A. Rubashchenko

Ph.D. in Law, Associate Professor,
Associate Professor at the Department of Criminal Law
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: m.a.rubaschenko@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0003-4969-8780

Рекомендоване цитування: Рубашченко М. А. «Колаборація», «колабораціонізм», «співпраця», «колабораційна діяльність»: історичний та кримінально-правовий виміри термінологічного плюралізму. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 162. С. 131–156. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.285405>.

Suggested Citation: Rubashchenko, M.A. (2023). "Collaboration", "Collaborationism", "Cooperation", "Collaborative Activity": Historical and Criminal Legal Dimensions of Terminological Pluralism. *Problems of Legality*, 162, 131-156. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.285405>.

Статтю подано / Submitted: 31.07.2023
Доопрацьовано / Revised: 26.08.2023
Схвалено до друку / Accepted: 29.08.2023
Опубліковано / Published: 28.09.2023

Проблеми нормативного регулювання слідчих (розшукових) дій, спрямованих на перевірку й уточнення відомостей, одержаних під час досудового розслідування

Оксана Володимирівна Капліна*

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна*

**e-mail: o-kaplina@ukr.net*

Галина Миколаївна Гетьман

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна*

Анотація

Статтю присвячено актуальним для сучасної правозастосовної практики та доктрини кримінального процесу питанням, пов'язаним із визначенням системи слідчих дій. Зокрема, тривалий час у кримінально-процесуальному законодавстві – КПК 1960 р. у статті 194 була закріплена така слідча дія, як відтворення обстановки і обставин події. Відсутність правової визначеності цієї статті логічно зумовила дискусію з приводу її правового змісту, яка привела науковців до формування думки стосовно охоплення її нормативним змістом двох самостійних слідчих дій – слідчий експеримент та перевірка показань на місці. Втім такий висновок був лише доктринальним підходом. Правовий зміст статті 194 КПК України 1960 р. залишався чітко не визначеним, що призводило до відсутності єдності у підходах до її розуміння аж до прийняття у 2012 р. нового КПК України. Такий дефект норми кримінального процесуального права не відповідав вимогам нормотворчої техніки, а тим більше потребам правозастосовної практики. З прийняттям КПК 2012 р. та закріпленням у статті 240 КПК як окремої слідчої (розшукової) дії слідчого експерименту, актуалізувалася дискусія з приводу необхідності закріплення на додаток до наявної системи такої слідчої дії, як перевірка показань на місці. Метою статті є здійснення тлумачення статті 240 КПК 2012 р., усвідомлення її правового змісту для з'ясування сутності такої слідчої дії, як «слідчий експеримент», установлення видів експериментальних дій, проведення розмежування зі схожими слідчими діями, вирішення питання про доцільність закріплення у чинному КПК такої слідчої дії, як перевірка показань на місці. На підставі проведеного дослідження сформульовано висновок про недоцільність перенесення дискусії радянської доби, яка точилася майже 50 років, у площину сьогодення. Авторська позиція детермінована концептуальними положеннями, які закладені в КПК 2012 р., суть яких полягає в тому, що показання – це відомості, які надаються під час проведення допиту. КПК 2012 р.

містить процесуальний механізм, за допомогою якого слідчий, дізнавач та прокурор можуть здійснити перевірку наданих раніше показань. Такою належною правовою процедурою є допит, який відповідно до вимог КПК, може бути проведений як за місцем проведення досудового розслідування, так і в іншому місці, що й обумовлює недоцільність зайвого законодавчого дублювання.

Ключові слова: слідчі (розшукові) дії; слідчий експеримент; допит; перевірка показань на місці; належна правова процедура; показання; докази; джерела доказів.

Problems of Normative Regulation of Investigative (Search) Actions Aimed at Verifying and Specifying Information Obtained During the Pre-Judicial Investigation

Oksana V. Kaplina*

*Yaroslav Mudryi National Law University,
Kharkiv, Ukraine*

**e-mail: o-kaplina@ukr.net*

Halyna M. Hetman

*Yaroslav Mudryi National Law University,
Kharkiv, Ukraine*

Abstract

The article raises questions related to the definition of the system of investigative (search) actions relevant to modern law enforcement practice and the doctrine of the criminal procedure. Namely, for a long time the 1960 CPC in art. 194 provided for an investigative action such as reconstructing situation and circumstances of a certain event. The lack of legal certainty of this article logically led to a discussion about its legal content, which led scholars to form an opinion regarding the coverage of its normative content by two independent investigative actions – an investigative experiment and verification of testimony on the site. However, such a conclusion was only a doctrinal approach. The legal content of art. 194 of the 1960 CPC of Ukraine remained not clearly defined, which led to a lack of unity in approaches to its understanding until the very adoption in 2012 of the new CPC of Ukraine. Such a defect in the norm of criminal procedural law did not meet the requirements of the rule-making technique, and even less the needs of law enforcement practice. With the adoption of the 2012 CPC and enshrined in art. 240 as a separate investigative (search) activity of an investigative experiment, the discussion regarding the necessity of adopting an additional investigative activity such as verification of testimony on the site has appeared. The aim of the article is to interpret the Art. 240 of the 2012 Criminal Procedure Code to understand its legal content for clarifying the essence of such an investigative action as an "investigative experiment", to establish the types of experimental actions, to distinguish them from similar investigative actions, to resolve the issue of the feasibility of enshrining in the current Criminal Procedure Code such an investigative action as

checking testimony on the scene. In this article, the authors express an opinion about the inexpediency of transferring this Soviet-era debate, which has been going for almost 50 years, to the modern times. The author's position is determined by the conceptual provisions laid down in the 2012 CPC, the essence of which is that testimony is information provided during an interrogation. The CPC of 2012 contains a procedural mechanism by which an investigator, inquirer, and prosecutor can verify previously submitted statements. Such proper legal procedure is an interrogation, which, in accordance with the requirements of the CPC, can be conducted both at the place of the pre-trial investigation and at another place, which determines the inexpediency of unnecessary legislative duplication.

Keywords: investigative (search) actions; investigative experiment; interrogation; verification of testimony on the site; due legal procedure; testimony; evidence; sources of evidence.

Вступ

Із прийняттям у 2012 р. Кримінального процесуального кодексу України [1] (далі – КПК 2012 р.) змінилася система засобів, за допомогою яких тривалий час дізнавачі, слідчі, прокурори здійснювали збирання доказів. Зокрема, у КПК 2012 р. закріплено, що сторона обвинувачення здійснює збирання доказів шляхом проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій, передбачених КПК [1].

Зауважимо, що законодавець не лише передбачив нові способи збирання доказів у вигляді негласних слідчих (розшукових) дій, а й оновив систему слідчих (розшукових) дій, за допомогою яких майже 50 років здійснювалося збирання доказів, а наука кримінального процесу та криміналістика напрацювали рекомендації стосовно їх сутності, процесуального порядку і тактики проведення.

Кримінально-процесуальний кодекс 1960 р. (далі – КПК 1960 р.) передбачав таку систему слідчих дій: 1) допит – свідка (статті 167–169, 170, 303–304, 307), потерпілого (статті 171, 308), підозрюваного (ст. 107), обвинуваченого (статті 143–144, 438); 2) очна ставка (статті 172–173); 3) пред'явлення для впізнання (статті 174–176, 309); 4) обшук (статті 177, 179–186, 188–189); 5) виїмка (статті 178–186, ч. 2 ст. 187¹, 188–189); 6) накладення арешту на кореспонденцію (ст. 187); 7) зняття інформації з каналів зв'язку (ст. 187); 8) огляд (статті 190–192, ч. 1 ст. 187¹, 195); 9) освідування (статті 193, 195); 10) відтворення обстановки і обставин події (статті 194, 195); 11) призначення та проведення експертизи (гл. 18, статті 310, 312) [2].

КПК 2012 р. дещо змінив систему слідчих (розшукових) дій, передбачивши серед них: 1) допит (ст. 224); 2) пред'явлення для впізнання (особи, речей, трупа) (статті 228–230); 3) обшук (ст. 234); 4) огляд (ст. 237); 5) слідчий експеримент (ст. 240); 6) освідування (ст. 241); 7) залучення експерта та проведення експертизи (ст. 242). 15 березня 2022 р. чинний КПК було доповнено новою слідчою (розшуковою) дією «знаття показань технічних приладів та технічних засобів, що мають функції фото-, кінозйомки, відео-запису, чи засобів фото-, кінозйомки, відеозапису» (ст. 245¹).

Зіставлення наведених систем слідчих дій, а саме тих, які вже стали правовою історією чинної системи, дає підстави зробити висновок, що вони не змінилися кардинально, істотного корегування зазнали процедури їх проведення, враховуючи людиноцентричність КПК 2012 р., запровадження судового контролю за проведенням тих із них, які пов'язані з обмеженням прав та законних інтересів осіб, порядок фіксації. Серед запропонованих законодавцем у КПК 2012 р. можна назвати нову слідчу (розшукову) дію, яка не була відома КПК 1960 р., – «слідчий експеримент», та яка, за задумом розробників КПК, замінила собою таку слідчу дію, як «відтворення обстановки і обставин події» (ст. 194 КПК 1960 р). Однак у правозастосовній практиці відразу після прийняття КПК 2012 р. поставали певні питання щодо правового змісту ст. 240 цього Кодексу, яка унормовує процесуальний порядок проведення слідчого експерименту.

Проблеми проведення слідчих дій привертали увагу багатьох вітчизняних дослідників, адже вони були основним засобом збирання доказів під час кримінального процесуального доказування. Ці проблеми й досі залишаються актуальними, та з огляду на європейський вектор розвитку України, правову конвергенцію, дискусії щодо деяких із них виходять за межі нашої держави та стають предметом для обговорення на міжнародному рівні (наприклад, див.: [3; 4; 5]). Що стосується порядку проведення слідчого експерименту, а також відтворення обстановки і обставин події, то до дослідження проблем проведення цих слідчих дій зверталися, зокрема, відомі представники провідних українських наукових шкіл, талановиті науковці – криміналісти та процесуалісти: Ю. П. Алєнін, Л. Е. Ароцкер, М. І. Бажанов, В. П. Бахін, М. М. Бокаріус, В. І. Гевко, В. Г. Гончаренко, В. А. Журавель, В. П. Колмаков, В. О. Коновалова, О. І. Котюк, Г. А. Матусовський, М. М. Михеєнко, В. Г. Лукашевич, Д. П. Письменний, М. В. Салтевський, С. М. Стахівський, В. М. Стратонов, Л. Д. Удалова, В. Ю. Шепітько, В. П. Шибіко та ін.

Метою статті є здійснення тлумачення ст. 240 КПК 2012 р. для з'ясування сутності такої слідчої дії, як «слідчий експеримент», усвідомлення її пра-

вового змісту, встановлення видів, проведення розмежування зі схожими слідчими (розшуковими) діями, вирішення питання про доцільність повернення до КПК такої слідчої дії, як відтворення обстановки і обставин події, перевірка показань на місці та формування на підставі проведеного дослідження висновків із означених вище питань. Досягнення мети дослідження передбачає вирішення таких завдань: проаналізувати теоретичні підходи до усвідомлення сутності таких слідчих дій як, відтворення обстановки та обставин події, слідчий експеримент, перевірка показань на місці, виокремлення їх специфіки; довести концептуальну особливість системи слідчих (розшукових) дій, яка закріплена в КПК 2012 р.; сформулювати авторську позицію щодо недоцільності закріплення в КПК 2012 р. такої слідчої дії, як перевірка показань на місці.

Матеріали та методи

Виходячи з окресленого предмета дослідження, автори обрали комплексний підхід до застосування методів наукового пошуку. Методологічну основу наукового доробку становлять діалектичний, формально-юридичний та формально-логічний методи, що дозволило комплексно підійти до тлумачення ст. 240 КПК 2012 р., з'ясувати мету такої слідчої дії, як слідчий експеримент, усвідомити правовий зміст, установити види, провести розмежування зі схожими слідчими (розшуковими) діями, вирішити питання про доцільність відмови від такої слідчої дії, як перевірка показань на місці та сформулювати на основі проведеного дослідження висновки з означених вище питань.

Результати та обговорення

Сутність, правовий зміст, встановлення видів «слідчого експерименту»

На зламі двох епох, що, як правило відбувається, при прийнятті та набутті чинності новим кодифікованим актом тієї чи іншої галузі права, що призводить до змістовно-парадигмальних змін у науці та правозастосовній практиці, особливо затребуваним стає історичне тлумачення, суть якого полягає в тому, що за допомогою нього зміст чинної норми права встановлюється правозастосовниками на підставі звернення до фактичних даних, пов'язаних з історією виникнення норм, що тлумачаться (законодавчих актів, інших документів), до аналізу соціально-політичної і економічної обстановки періоду, що передує ухваленню норми, яка тлумачиться.

Історичний екскурс дозволить доповнити, розширити, конкретизувати або скорегувати відомості про зміст і спрямованість волі законодавця в момент ухвалення норми права, виявити причини, що зумовили її прийняття або зміну, вчасно зрозуміти сенс нових реформаційних процесів, визначити

ступінь впливу історичної обстановки на законотворчий процес, точніше встановити обсяг оцінних понять, виявити прогалини в правовому регулюванні та норми, що формально не скасовані, але фактично втратили своє значення, розв'язати колізію, яка виникає, подолати дефекти законодавчої техніки.

На відміну від інших способів тлумачення, у межах яких відбувається переважно аналіз безпосереднього змісту чинної норми права (виняток становить лише цільове тлумачення), у ході історичного тлумачення аналізуються матеріали, що перебувають за межами змісту норми права, не входять до системи сучасного права, стали правовою історією (детальніше див.: [6, с. 240–255]).

Наведене зумовлюється використанням саме цього способу тлумачення, звернення до КПК 1960 р. та аналізу його ст. 194, яка унормувала процесуальний порядок такої слідчої дії, як відтворення обстановки і обставин події. Вважаємо за потрібне нагадати зміст цієї норм. Зокрема, КПК 1960 р. передбачав таке: «З метою перевірки і уточнення результатів допиту свідка, потерпілого, підозрюваного або обвинуваченого або даних, одержаних при провадженні огляду та інших слідчих дій, слідчий може виїхати на місце і в присутності понятих, а в необхідних випадках за участю спеціаліста, свідка, потерпілого і підозрюваного або обвинуваченого відтворити обстановку і умови, в яких ті чи інші події могли відбуватися в дійсності.

Виконання цих дій допускається за умови, коли вони не принижують гідності осіб, що беруть у них участь, і не є небезпечними для їх здоров'я.

У необхідних випадках слідчий проводить вимірювання, складає план і креслення, а також проводить фотографування.

Про проведення всіх зазначених дій складається протокол, який підписують особи, що брали в них участь, поняті та слідчий» [2].

Навіть поверхове ознайомлення з текстом наведеної статті вказує на те, що законодавець докорінно змінив зміст ст. 194 КПК 1960 р. «Відтворення обстановки і обставин події», запропонувавши в КПК 2012 р. не лише повністю нову редакцію, а й нову слідчу дію, передбачивши ст. 240 «Слідчий експеримент».

Шлях практичного застосування та доктринального усвідомлення правового змісту ст. 194 КПК 1960 р. не був простим. Вчені постійно звертали увагу на правову невизначеність положень ст. 194 КПК 1960 р., що негативно позначається на практиці, а спори з приводу її правового змісту не вщухали до моменту прийняття нового КПК (див.: [7–8]). Наприклад, як слушно зазна-

чив В. М. Стратонов, «перелік слідчих дій подано в кримінально-процесуальному законодавстві і розширенню він не підлягає. Але якщо такі слідчі дії, як допит, виїмка, пред'явлення для впізнання отримали загальне визнання (як у теорії, так і на практиці), то стосовно слідчої дії, передбаченої ст. 194 КПК України “Відтворення обстановки і обставин події”, єдності в поглядах не існує. Традиційно ця слідча дія розглядається як об'єднання (сполучення) двох окремих слідчих дій – слідчого експерименту та перевірки показань на місці, в яких пізнавальні можливості, способи отримання інформації, процесуальне положення учасників є різними. Через це виникають проблеми вибору тактики проведення відтворення обстановки і обставин події; оцінювання отриманих під час його проведення результатів; визначення ролі цієї слідчої дії в процесі доказування» [9, с. 12].

Не занурюючись у детальне вивчення історії нормативного закріплення розглядуваної слідчої дії у кримінальному процесуальному законодавстві, адже такі дослідження вже існують у правничій літературі [10–14], зазначимо, що попри тривалу дискусію з приводу правового змісту ст. 194 КПК 1960 р. переважна більшість науковців доходили висновку, що відтворення обстановки та обставин події містить дві слідчі дії, які мають свою мету, завдання та процесуальний порядок здійснення: 1) перевірка на місці показань обвинуваченого, підозрюваного, потерпілого або свідка з метою їх уточнення і доповнення та 2) *експериментальна перевірка* правдивості показань обвинуваченого, потерпілого або свідка, інших обставин і припущень про можливість чути або бачити за певних умов що-небудь, що стосується цих обставин, можливості проникнути в дане приміщення, подолати вказану в показаннях відстань за допомогою технічних засобів або без них тощо (власне, слідчий експеримент) [15, с. 317; 16, с. 226–232].

Така позиція була представлена в офіційній доктрині й містилася в підручниках з кримінального процесу, криміналістики, довідкових та енциклопедичних виданнях, монографіях [17, с. 203; 18, с. 212–214; 19; 20, с. 176–190]. Зокрема, В. Ю. Шепітько підкреслював змішану (гібридну) форму цієї слідчої дії, яка має виявлятися у слідчому експерименті або перевірці показань на місці [21, с. 399]. Також у підручнику «Криміналістика» науковці зазначали, що «відтворення обстановки і обставин події, що передбачено ст. 194 КПК, охоплює по суті дві самостійні дії: 1) перевірку на місці показань обвинуваченого, підозрюваного, потерпілого чи свідка з метою уточнення і доповнення у присутності понять; 2) експериментальну перевірку правдивості показань цих осіб, інших обставин і припущень, про можливість чути або бачити при певних умовах що-небудь, що стосується обставин, проникнути в дане приміщення названим у свідченнях способом або певною

особою, подолати названу в показаннях відстань та ін.» [22, с. 114–120]. А також було дано визначення поняття: «Слідчий експеримент є окремою слідчою дією, що полягає у здійсненні дослідів з метою перевірки, чи могли відбутися в певних умовах ті або інші події та яким саме чином» [22, с. 114].

Витоки критики такого підходу зумовлені правовою невизначеністю ст. 194 КПК 1960 р, а також тим, що Україна в аспекті унормування слідчого експерименту та перевірки показань на місці йшла своїм самостійним шляхом, зокрема, лише в КПК 1960 р. саме в такому змістовому вигляді була закріплена стаття «Відтворення обстановки і обставин події», яка до того ж значно відрізнялася від схожої з нею ст. 174 КПК Киргизії [10, с. 35].

Якщо сутність слідчого експерименту як складової відтворення обстановки та обставин події була добре розробленою в українській криміналістиці [23], то до найбільш складних та спірних питань належали проблеми усвідомлення природи і значення перевірки показань на місці. Сутність цієї складової, слідчої дії, як зазначали науковці, полягала у показі обвинуваченим, підозрюваним, свідком чи потерпілим певного місця, пов'язаного з розслідуваною подією, у розповіді про вчинені на цьому місці дії, у зіставленні свідчень, переказаних цими особами, з об'єктивною обстановкою на місці й у демонстрації деяких дій [24, с. 124]. До завдань, які вирішуються проведенням перевірки показань на місці, науковці відносили «з урахуванням слідчої ситуації перевірку показань суб'єктів криміналістичної діяльності (підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого, свідка) чи їх уточнення та одержання додаткової і, головне, важливої для слідства інформації стосовно нових обставин злочину, яку не можна бути одержати іншим шляхом» [25, с. 53; 26, с. 117–119].

Як зазначала В. О. Коновалова, «перевірка показань на місці – це слідча дія, що полягає у зіставленні показань про пов'язані з певним місцем обставини злочину з фактичною обстановкою на цьому місці, показаною слідчому в присутності понятих особою, яка дала показання, з метою з'ясування їх достовірності» [27, с. 148].

Вважалося, що «перевірка показань на місці має багато спільного за зовнішніми ознаками з іншими слідчими діями (зокрема, з допитом, оглядом, обшуком або слідчим експериментом), проте вона повністю не збігається з жодною з них і має цілком самостійне значення (кожна слідча дія, як відомо, має суворо обмежену сферу застосування). У процесі проведення зазначеної слідчої дії можна здійснювати демонстрацію дій (коли, наприклад, особа демонструє те, як вона потрапила до місця події чи вчинила відповідні дії); може проводитися пошук місць події, слідів і речових доказів,

тобто йдеться про наявність елементів інших слідчих дій: впізнання, слідчого експерименту й огляду та про можливість виявлення і відображення даних, які не доступні іншому передбаченому чинним законодавством способу отримання доказів» [26, с. 116].

КПК 2012 р., як відомо, змінив систему слідчих дій та процесуальний порядок їх здійснення.

У системі слідчих (розшукових) дій КПК 2012 р. передбачено проведення слідчого експерименту: «1. З метою перевірки і уточнення відомостей, які мають значення для встановлення обставин кримінального правопорушення, слідчий, прокурор має право провести слідчий експеримент шляхом відтворення дій, обстановки, обставин певної події, проведення необхідних дослідів чи випробувань» [1, ст. 240].

Отже, чинний КПК обмежив процесуальний порядок синтезованої слідчої дії, яка існувала у ст. 194 КПК 1960 р., лише «експериментальними діями».

Парадоксальним уявляється те, що раніше в КПК 1960 р. при номінації слідчої дії «Відтворення обстановки і обставин події» критики зазнавав той факт, що була відсутня безпосередня згадка про слідчий експеримент [28, с. 355] як окрему слідчу дію або хоча б як складову «відтворення». У КПК 2012 р., який унормував слідчий експеримент як окрему слідчу (розшукову) дію, критика лунає на адресу відсутності згадки про перевірку показань на місці.

Наукові підходи у вирішенні проблем проведення слідчого експерименту

Спробуємо відповісти на питання про те, чи так важливо знову повернути до чинного КПК перевірку показань на місці як самостійну слідчу дію; чим зумовлено законодавчий крок стосовно наявного нормативного регулювання; чи можна в межах слідчого експерименту перевірити показання на місці, адже такі пропозиції лунають у юридичній літературі [29, с. 311; 30, с. 255; 31, с. 24].

Аналіз наукових досліджень дає підстави зробити висновок, що наразі до проблем проведення слідчих (розшукових) дій більше звертаються представники такої галузі знань, як криміналістика. Вчені, розглядаючи питання проведення слідчого експерименту, звертають увагу на тактику його проведення, порядок фіксації ходу та результатів, завдання проведення слідчого експерименту тощо [32–34]. Представники процесуальної науки більше занурюються в питання процесуального порядку проведення слідчих (розшукових) дій в аспекті дотримання прав та законних інтересів осіб під час проведення цих дій, судового контролю, належного нормативного регулювання судово-контрольних процедур. Слід вказати на те, що процесуалісти

майже не досліджували достатність системи слідчих та негласних слідчих (розшукових) дій. Утім зміна законодавчого регулювання процесуального порядку проведення слідчих дій, їх системи зумовлює потребу в ретельному дослідженні сутності нового інструментарію, за допомогою якого збираються та перевіряються докази.

Повертаючись до мети нашої статті, зазначимо, що аналіз ст. 240 КПК 2012 р. дає можливість встановити *мету проведення* слідчого експерименту – це перевірка та уточнення відомостей, які мають значення для встановлення обставин кримінального правопорушення (на відміну від ст. 194 КПК 1960 р., в якій мета визначалася через перевірку та уточнення результатів допиту свідка, потерплого, підозрюваного, обвинуваченого або даних, одержаних при проведенні огляду та інших слідчих дій).

Окрім того, КПК 2012 р. закріпив *види слідчого експерименту*, тим самим даючи право слідчому прокурору проводити слідчий експеримент шляхом: 1) відтворення дій; 2) відтворення обстановки; 3) відтворення обставин певної події; 4) проведення необхідних дослідів чи випробувань.

Метою слідчого експерименту, за чинним КПК, є перевірка та уточнення відомостей, які мають значення для встановлення обставин кримінального правопорушення (ч. 1 ст. 240). Водночас, під час проведення цієї слідчої (розшукової) дії можливе отримання нових доказів.

Фактичною підставою для проведення слідчого експерименту є наявність у слідчого чи прокурора відомостей, які потрібно уточнити та перевірити шляхом відтворення дій, обстановки, обставин певної події або проведення необхідних дослідів чи випробувань. Тому ця слідча (розшукова) дія не може бути невідкладною чи первинною.

До експериментальних дій закон відносить: 1) відтворення дій; 2) відтворення обстановки, обставин певної події; 3) проведення необхідних дослідів чи випробувань. Під відтворенням розуміються відновлення, повторення, відновлення, передання з максимальною точністю, відновлення в пам'яті, пригадування [35, с. 141]. Випробування означає перевірку на ділі якості, властивості кого-небудь, чого-небудь, здатність до здійснення, виконання чогось [35, с. 106, 107]. Дослід – це відтворення якого-небудь явища або спостереження за новим явищем у певних умовах з метою вивчення або дослідження [35, с. 242].

У деяких випадках відтворення обстановки, обставин певної події (реконструкція) вже самі по собі є достатніми для досягнення мети слідчої (розшукової) дії. В інших випадках така реконструкція є умовою для дослідів

або випробувань. Отже, на підставі наведеного, зважаючи на шляхи досягнення мети слідчого експерименту, що зазначені у ст. 240 КПК 2012 р., можна запропонувати поділити експериментальні дії на такі види: 1) ті, що пов'язані із проведенням дослідів чи випробувань за умови відтворення обстановки та (або) обставин певної події; 2) ті, що пов'язані із проведенням дослідів чи випробувань без відтворення обстановки події; 3) ті, що пов'язані із відтворенням дій в обстановці певної події; 4) ті, що пов'язані із відтворенням обстановки та (або) обставин події.

Найчастіше в практиці можна зустрітися саме з першим із запропонованих видів слідчих експериментів, де важливим для його проведення є створення умов, максимально наближених до тих, у яких у минулому відбувалася досліджувана дія чи подія. Тому, перш ніж проводити досліди або випробування, потрібно відтворити (реконструювати) обстановку, в якій вони проводимуться. Ступінь реконструкції залежить від характеру експерименту, обстановки, в якій він здійснюватиметься, можливостей реконструювання. Недотримання цієї умови розцінюється як порушення вимог кримінального процесуального закону, що тягне втрату доказового значення одержаних даних, недосягнення мети, з якою проводилася розглядувана слідча (розшукова) дія.

Слідчий експеримент може бути проведений: 1) для встановлення можливості сприйняття якого-небудь явища, факту, перевірки наявних даних і припущень про можливість у певних умовах чути або спостерігати що-небудь; 2) установлення можливості виконати ті або інші дії і часу, необхідного на їх виконання (зокрема, наявність або відсутність професійних або кримінальних навичок, можливість виготовлення предмета з певного матеріалу, у певний проміжок часу, за допомогою використання тих або інших засобів, тією або іншою особою; проникнути у певне приміщення певним способом або конкретною особою); 3) з'ясування можливості й часу подолання певних відстаней за допомогою технічних засобів (автомобіля, велосипеда, мотоцикла, літака, моторного човна тощо) або без таких; 4) з'ясування механізму подій, що відбувалися, в цілому або окремих їх деталей; 5) підтвердження (або спростування) можливості існування певної події (самозаймання досліджуваного матеріалу або протікання якоїсь речовини при їх зберіганні певним способом); 6) з'ясування механізму утворення слідів (слідів гальмування на мокрій дорозі); 7) встановлення послідовності події; 8) можливості застосування встановленого способу приховування злочину (контрольований запуск промислових потужностей із конкретною сировиною) (див. також: [36, с. 106; 37, с. 293]).

Для забезпечення достовірності висновків, які отримуються під час проведення дослідницьких дій, потрібно забезпечити, щоб умови, в яких вони проводяться, були максимально наближені до тих, у яких відбувалася подія, що перевірялася, а також належну повноту і точність відтворення самих дослідницьких дій, які часто слід виконати багато разів та з відповідними варіаціями.

Що стосується перевірки показань на місці, то думки про можливість шляхом проведення слідчого експерименту перевірити показання серед науковців поділилися. Одні з них вважають, що законодавчого потенціалу досить для поширювального тлумачення, а положення ст. 240 КПК 2012 р. охоплюють перевірку показань на місці [30, с. 252; 32, с. 24]. Інші вчені дотримуються точки зору, що чинний КПК необхідно доповнити окремою нормою, якою варто передбачити проведення перевірки показань на місці, яка не може і не має охоплюватися слідчим експериментом, що відрізняється від нього своєю природою [38, с. 10; 39, с. 70–73].

Наприклад, Л. Г. Дунаєвська, О. П. Пилипчук зазначають, що «відсутність у ст. 240 КПК терміна “перевірка показань на місці” не означає, що слідчий не вправі провести з виїздом (виходом) на місце події перевірку показань особи з тим, щоб уточнити, підтвердити або спростувати показання. Частиною 1 цієї статті встановлено, що метою слідчого експерименту є перевірка і уточнення відомостей які мають значення для встановлення обставин кримінального правопорушення. Очевидно, що йдеться про перевірку і уточнення тих відомостей, які вже одержані шляхом проведення інших гласних і негласних слідчих (розшукових) дій, у тому числі допитів підозрюваного потерпілого, свідка» [31, с. 28].

Цікавим з наукового погляду є підхід до розмежування слідчого експерименту та перевірки показань на місці, адже за допомогою такого розмежування науковці намагаються продемонструвати самостійність цих двох слідчих дій. Наприклад, у цьому аспекті наводяться такі аргументи: 1) якщо виходити з підстав проведення, то слідчий експеримент, як правило, проводиться, якщо «наявні фактичні дані необхідно перевірити дослідним шляхом». Натомість перевірка показань на місці проводиться, «якщо в показаннях допитаної особи містяться фактичні дані, пов'язані з обстановкою конкретного місця, але вони неповні або містять суперечності, які можна перевірити тільки зіставленням з обстановкою на місці події»; 2) «перевірка показань на місці, на відміну від слідчого експерименту, проводиться не в реконструйованій, а в існуючій на момент його проведення обстановці»; 3) на відміну від перевірки показань, слідчий експеримент може бути прове-

дений як безпосередньо на тому самому місці, де відбувалася досліджувана подія, так і в іншому; 4) слідчий експеримент може бути проведений без участі в ньому допитуваної особи, тоді як перевірка показань на місці можлива лише за участю зазначеної особи [28, с. 356–357].

Зауважимо, що можна наводити ще багато аргументів, які висловлені науковцями на підтримку власної точки зору, втім, на наш погляд, їхня методологічна помилка полягає в тому, що дослідники не занурюються в першопричину відмови законодавця від перевірки показань на місці, як окремої слідчої дії та неприпустимості поширювального тлумачення, й охоплення змістом ст. 240 «Слідчий експеримент» КПК 2012 р. перевірки показань на місці. Відповідь на постановлені питання треба шукати в концептуальних підходах законодавця до побудови КПК 2012 р.

По-перше, потрібно вказати на те, що згідно зі ст. 19 Конституції України, «Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України» [40].

По-друге, що стосується гіпотетичної можливості перевірки показань під час проведення слідчого експерименту з посиланням на ст. 240 КПК 2012 р., то, на наш погляд, це помилкове тлумачення мети та правового змісту цієї статті Кодексу. Безумовно, показання, які були дані на стадії досудового розслідування учасниками кримінального провадження, можуть перевірятися під час проведення слідчого експерименту, але засоби, за допомогою яких вони можуть бути перевірені, зовсім інші, про що йшлося вище.

Способом фіксації слідчого експерименту є протокол, який складається відповідно до вимог статей 104–105 КПК, та в якому докладно викладаються умови і результати слідчого експерименту (ч. 6 ст. 240 КПК).

Також одним із ключових концептуальних положень КПК 2012 р. є те, що «1. Суд досліджує докази безпосередньо. Показання учасників кримінального провадження суд отримує усно. 2. Не можуть бути визнані доказами відомості, що містяться в показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, крім випадків, передбачених цим Кодексом. Суд може прийняти як доказ показання осіб, які не дають їх безпосередньо в судовому засіданні, лише у випадках, передбачених цим Кодексом. 3. Сторона обвинувачення зобов'язана забезпечити присутність під час судового розгляду свідків обвинувачення з метою реалізації права сторони захисту на допит перед незалежним та неупередженим судом» [1, ст. 23].

Також до аргументації потрібно додати важливе засадниче положення, яке треба згадати, з метою системного уявлення проблеми, що нами розглядається. Так, відповідно до ст. 95 КПК 2012 р. «показання – це відомості, які надаються в усній або письмовій формі під час допиту підозрюваним, обвинуваченим, свідком, потерпілим, експертом щодо відомих їм обставин у кримінальному провадженні, що мають значення для цього кримінального провадження».

Отже, належною правовою процедурою, за допомогою якої можуть бути отримані показання відповідно до вимог чинного КПК 2012 р., є лише допит.

Своє ставлення до отримання показань під час проведення слідчого експерименту висловила об'єднана палата Верховного Суду, який сформулював з цього приводу правову позицію, суть якої полягає в такому: «Приписи ч. 4 ст. 95 КПК про те, що суд може обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання або які отримано в порядку, передбаченому ст. 225 цього Кодексу, мають застосовуватися лише до відомостей, що відповідають ознакам показань як самостійного процесуального джерела доказів згідно зі ст. 95 КПК. Показання необхідно розмежовувати з іншим самостійним процесуальним джерелом доказів – протоколом слідчого експерименту. Заперечення обвинуваченим у судовому засіданні відомостей, які слідчий, прокурор перевіряв або уточнював за його участю під час слідчого експерименту, не може автоматично свідчити про недопустимість як доказу протоколу слідчого експерименту. Легітимна мета слідчого експерименту за участю підозрюваного, обвинуваченого досягається дотриманням встановленого порядку його проведення, забезпеченням реалізації прав особи як процесуальних гарантій справедливого судового розгляду та кримінального провадження в цілому. Проведення слідчого експерименту у формі, що не містить ознак відтворення дій, обстановки, обставин події, проведення дослідів чи випробувань, а посвідчує виключно проголошення підозрюваним зізнання у вчиненні кримінального правопорушення з метою його процесуального закріплення, належить розцінювати як допит, що не має в суді доказового значення з огляду на зміст ч. 4 ст. 95 КПК» [41].

Відомості, отримані від особи, безумовно, можуть бути одержані під час проведення будь-якої змішаної слідчої дії (не лише під час проведення допиту), однак, неприпустимо підміняти допит іншою слідчою дією, зокрема слідчим експериментом, мета якого зовсім інша, має в своєму арсеналі специфічне процесуальне наповнення, тактичні прийоми, засоби здійснення та зрештою отримання важливих для кримінального провадження відомостей, що мають значення для кримінального провадження [36, с. 112–113].

Отже, враховуючи наведений підхід, можна зробити висновок про нецільність запровадження нової слідчої (розшукової) дії «перевірка показань на місці» у чинному КПК, оскільки законодавець навмисно відмовився від зайвого дублювання та передбачив процесуальний механізм такої перевірки. Таким засобом є допит, процесуальний порядок проведення якого унормований ст. 224 КПК та за допомогою якого слідчий, дізнавач та прокурор цілком можуть перевірити будь-які показання, що дані на стадії досудового розслідування. Причому ч. 1 ст. 224 КПК передбачає, що «допит проводиться за місцем проведення досудового розслідування або в іншому місці за погодженням із особою, яку мають намір допитати» [1]. Отримавши від будь-якої особи, яка може бути допитана, показання під час первинного допиту, слідчий, дізнавач, прокурор можуть перевірити ці показання шляхом проведення допиту іншої особи, повторного чи додаткового допиту в тому місці, яке нагадає допитаній особі певні фактичні обставини, дозволить за допомогою асоціативної пам'яті згадати потрібні моменти, можливо, відшукати речові докази тощо.

Наголосимо, що в одній із перших редакцій проєкту Кримінально-процесуального кодексу України як самостійні були запроваджені дві слідчі дії – «перевірка показань на місці» (ст. 261), «слідчий експеримент» (ст. 262), а на стадії судового розгляду – ще й «перевірка показань на місці у ході судового слідства» (ст. 404) [42], однак згодом, коли була побудована концепція доказів у кримінальному провадженні, зайву слідчу дію видалили.

В юридичній літературі наводяться ознаки перевірки показань на місці, на підкріплення думки про самостійність цієї слідчої дії. Зокрема, В. В. Негребецький, який протягом тривалого часу досліджує проблеми розглядуваних слідчих дій, наводить ознаки перевірки показань на місці та зазначає, що ця дія: 1) має яскраво виражений перевірний характер (слідча дія призначається для перевірки фактичних даних, що містяться в показаннях обвинуваченого, підозрюваного, потерпілого чи свідка, про пов'язані з певним місцем обставини злочину); 2) існує безпосередній зв'язок між перевіркою показань на місці й допитом, що їй передує (ця слідча дія не може бути проведена без попереднього допиту, на якому отримується інформація, що потребує перевірки); 3) вона має добровільний характер, оскільки особа може брати участь у ній добровільно; 4) безпосередньо проводиться на місці, про яке вона повідомила у своїх показаннях; 5) ця процесуальна дія має власний метод дослідження інформації з метою її перевірки, який дає змогу виявляти й відображати дані, недоступні будь-якому іншому способу одержання доказів, – зіставлення показань з матеріальною обстановкою місця події за допомогою розповіді, демонстрації та пояснень особи, показання

якої перевіряються [43, с. 176]. Аналіз запропонованих автором ознак дає підставу звернути увагу на те, що всі вони цілком можуть бути ознаками різновиду допиту, який проводиться на певному місці, що ще раз підтверджує думку про недоцільність повернення до зайвої слідчої (розшукової) дії, запровадження якої не відповідає концептуальному змісту КПК України 2012 р. та породжує суперечності із закладеною в Кодексі ідеєю щодо доказів та процесу доказування.

Висновки

Проведене дослідження дає підстави дійти таких висновків.

Відсутність правової визначеності у ст. 194 КПК України 1960 р. логічно зумовила дискусію з приводу її правового змісту. Така наукова полеміка привела до формування майже одностайної думки про охоплення нормативним змістом ст. 194 КПК 1960 р. двох самостійних слідчих дій – слідчий експеримент та перевірка показань на місці. Втім такий висновок був лише доктринальним підходом. Правовий зміст ст. 194 КПК України 1960 р. залишався чітко не визначеним, що призводило до постійних спорів серед науковців аж до самого прийняття нового КПК України у 2012 р. Така ситуація не відповідала вимогам нормотворчої техніки та потребам правозастосовної практики.

Вважаємо недоцільним перенесення цієї дискусії радянської доби, яка точилася майже 50 років, у площину сьогодення. Така позиція детермінована концептуальними положеннями, які закладені в КПК 2012 р., суть яких полягає в тому, що показання – це відомості, які надаються під час проведення допиту. КПК 2012 р. містить процесуальний механізм, за допомогою якого слідчий, дізнавач та прокурор можуть здійснити перевірку наданих раніше будь-якою особою показань. Такою належною правовою процедурою є допит, який відповідно до вимог КПК 2012 р. може бути проведений як за місцем проведення досудового роздування, так і в іншому місці, що й обумовлює недоцільність зайвого законодавчого дублювання.

Список використаних джерел

- [1] Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/ed20220520#Text> (дата звернення: 10.07.2023).
- [2] Кримінально-процесуальний кодекс України від 28.12.1960 р. № 1001-05. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1001-05#Text> (дата звернення: 10.07.2023).
- [3] Kaplina O. V., Kuchynska O. P., Krukevych O. M. Interrogation of minor and juvenile witnesses in criminal proceedings: Current state and prospects for improvement. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. 2021. Vol. 28, issue 3. P. 268–276. [https://doi.org/10.37635/jnalsu.28\(3\).2021.268-276](https://doi.org/10.37635/jnalsu.28(3).2021.268-276).

- [4] Shevchuk V., Vapniarchuk V., Borysenko I., Zatenatskyi D., Semenogov V. Criminalistic methodics of crime investigation: Current problems and promising research areas = Métodos de investigação de crimes: Problemas actuais e áreas de investigação promissoras. *Revista Juridica Portucalense*. 2022. Vol. 32. P. 320–341. [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(32\)2022.ic-14](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(32)2022.ic-14).
- [5] Orlovskiy R., Us O., Shevchuk V. Committing a Criminal Offence by an Organized Criminal Group. *Pakistan Journal of Criminology*. 2022. Vol. 14, No. 2. P. 33–46. URL: <http://www.pjcriminology.com/publications/committing-a-criminal-offence-by-an-organized-criminal-group/> (last accessed: 12.07.2023).
- [6] Капліна О. В. Правозастосовне тлумачення норм кримінально-процесуального права : монографія. Харків : Право, 2008. 296 с.
- [7] Гевко В., Стратонов В. Відтворення обстановки та обставин події: проблемні питання. *Право України*. 2000. № 4. С. 79–80.
- [8] Черненко А. Відтворення обстановки і обставин події. Чи буде поділено цю слідчу дію? *Вісник прокуратури*. 2006. № 5. С. 78–82.
- [9] Стратонов В. М. Відтворення обстановки і обставин події як метод пізнання під час розслідування злочинів : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2001. 171 с.
- [10] Лукашевич В. Г., Стратонов В. М. Відтворення обстановки і обставин події як метод пізнання під час розслідування злочинів : навч. посіб. Херсон : ХІОІ НУВС, 2002. 200 с.
- [11] Чернецкий О. К. Следственный эксперимент: понятие и этапы развития. *Проблеми законності*. 2008. Вип. 96. Харків : Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого, 2008. С. 246–252.
- [12] Балицький Т. М. Виникнення та розвиток ідеї слідчого експерименту. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Серія: Юриспруденція. 2013. Т. 2, № 6–3. С. 104–105.
- [13] Балицький Т. М. Слідчий експеримент в системі слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Нац. ун-т держ. податк. служби України. Ірпінь, 2015. 212 с.
- [14] Вальчишин Г. І. Становлення слідчого експерименту як самостійної слідчої (розшукової) дії. *Вісник Чернівецького фак-ту Нац. ун-ту «Одеська юридична академія»* : зб. наук. статей. Чернівці, 2017. № 3. С. 127–137.
- [15] Кримінальний процес : підручник / за ред. Ю. М. Грошевого та О. В. Капліної. Харків : Право, 2010. 608 с.
- [16] Шепитько В. Ю. Криміналістика : курс лекцій. 2-е изд., перераб. и доп. Харьков : ООО «Одиссей», 2005. 368 с.
- [17] Радянська криміналістика. Криміналістична техніка і слідча тактика / за ред. В. П. Колмакова. Київ : Вища шк., 1973. 173 с.
- [18] Советский уголовный процесс : учебник / под общ. ред. М. И. Бажанова и Ю. М. Грошевого. Киев : Вища школа, 1983. 440 с.
- [19] Михеєнко М. М., Нор В. Т., Шибіко В. П. Кримінальний процес України. Київ : Либідь, 1992. 536 с.
- [20] Аленин Ю. П. Процессуальные особенности производства следственных действий. Одесса : Центр.-укр. изд-во, 2002. 264 с.
- [21] Шепитько В. Ю. Вибрані твори. Харків : Вид. агенція «Апостіль», 2010. 576 с.

- [22] Коновалова В. О. Відтворення обстановки і обставин події (слідчий експеримент та перевірка показань на місці) (§ 1, глава VII). Криміналістика. Криміналістична тактика і методика розслідування злочинів : підруч. для студ. юрид. вузів і фак. / за ред. В. Ю. Шепитько. Харків : Право, 1998. 376 с.
- [23] Ароцкер Л. Е. Следственный эксперимент в советской криминалистике : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.00 / НИИ судеб. экспертизы им. Н. С. Бокариуса. Харьков, 1951. 300 с.
- [24] Салтевський М. В. Криміналістика : навч.-довід. посіб. Київ : НВТ «Правник», 1996. 159 с.
- [25] Заяць Д. Д. Ситуаційний підхід до тактики перевірки показань на місці : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2004. 222 с.
- [26] Калюжна Л. Є. До питання про сутність, завдання та мету перевірки показань на місці. *Вісник Академії адвокатури України*. 2007. № 3. С. 116–119.
- [27] Коновалова В. О. Поняття та види слідчого експерименту. Підготовка до слідчого експерименту та його тактика: [§ 1-2, розд. 15: Відтворення обстановки і обставин події (слідчий експеримент та перевірка показань на місці)]. Настільна книга слідчого. Київ : Вид. Дім «Ін Юре», 2007. 728 с.
- [28] Чернецький О. К., Реуцький А. В. Особливості розмежування слідчого експерименту та перевірки показань на місці. *Університетські наукові записки*. 2012. № 3(43). С. 355–359.
- [29] Негребецький В. В. Законодавча регламентація перевірки показань на місці як підвищення ефективності боротьби зі злочинністю. *Підприємництво, господарство і право* : наук.-практ. госп.-прав. журн. 2019. № 5. С. 308–312.
- [30] Гора І. В., Колесник В. А. Слідчий експеримент чи перевірка показань особи. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. І. Дідоренка*. 2012. № 3. С. 248–256.
- [31] Дунаєвська Л. Г., Пилипчук О. П. Перевірка показань на місці як вид слідчого експерименту. *Вісник кримінального судочинства*. 2018. № 4. С. 24–34.
- [32] Чаплинська Ю. А. Проблемні питання слідчого експерименту. *Право і суспільство*. 2014. № 1. С. 249–254.
- [33] Рогатинська Н. Деякі особливості проведення слідчого експерименту у кримінальному провадженні. *Актуальні проблеми правознавства*. 2016. Вип. 2. С. 149–153.
- [34] Комісарчук Ю. А., Ряшко О. В. Підстави та процесуальний порядок проведення слідчого експерименту. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2014. № 3. С. 248–260.
- [35] Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. Київ ; Ірпінь : Перун, 2004. 1440 с.
- [36] Капліна О. В. Проблеми безпосереднього дослідження судом результатів невербальних та змішаних слідчих (розшукових) дій. *Проблеми законності*. 2020. № 151. С. 101–119. <https://doi.org/10.21564/2414-990x.151.215054>.
- [37] Кримінальний процес : підручник / за заг. ред. О. В. Капліної, О. Г. Шило. Харків : Право, 2018. 584 с.
- [38] Вальчишин Г. Сучасне розуміння слідчого експерименту: вітчизняний та зарубіжний погляди. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2018. Вип. 2, т. 2. С. 7–10.

- [39] Негребецький В. Перевірка показань на місці – необхідна слідча (розшукова) дія. *Підприємництво, господарство і право*. 2015. № 2. С. 70–73.
- [40] Конституція України : офіц. текст від 28.06.1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 22.07.2023).
- [41] Постанова об'єднаної палати ККС ВС від 14.09.2020 р. Справа № 740/3597/17, провадження № 51-6070кмо19. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/91702552> (дата звернення: 22.07.2023).
- [42] Кримінально-процесуальний кодекс України. Проект. Таблиця правок. Частина 1. Київ : Апарат Верх. Ради України, 2004. 96 с.
- [43] Негребецький В. Законодавча регламентація перевірки показань на місці як умова ефективності боротьби зі злочинністю. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 4. С. 175–178.

References

- [1] Criminal Procedure Code of Ukraine. (April 13, 2012). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/ed20220520#Text>.
- [2] Criminal Procedure Code of Ukraine. (December 28, 1960). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1001-05#Text>.
- [3] Kaplina, O.V., Kuchynska, O.P., & Krukevych, O.M. (2021). Interrogation of minor and juvenile witnesses in criminal proceedings: Current state and prospects for improvement. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 28(3), 268-276. [https://doi.org/10.37635/jnalsu.28\(3\).2021.268-276](https://doi.org/10.37635/jnalsu.28(3).2021.268-276).
- [4] Shevchuk, V., Vapniarchuk, V., Borysenko, I., Zatenatskyi, D., & Semenogov, V. (2022). Criminalistic methodics of crime investigation: Current problems and promising research areas = Métodos de investigação de crimes: Problemas atuais e áreas de investigação promissoras. *Revista Juridica Portucalense*, 32. 320-341. [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(32\)2022.ic-14](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(32)2022.ic-14).
- [5] Orlovskiy, R., Us, O., & Shevchuk, V. (2022). Committing a Criminal Offence by an Organized Criminal Group. *Pakistan Journal of Criminology*, 14(2), 33-46. Retrieved from <http://www.pjcriminology.com/publications/committing-a-criminal-offence-by-an-organized-criminal-group/>.
- [6] Kaplina, O.V. (2008). *Law enforcement interpretation of criminal procedure law*. Kharkiv: Pravo.
- [7] Hevko, V., & Stratonov, V. (2000). Recreating the environment and circumstances of an event: problematic issues. *Law of Ukraine*, 4, 79-80.
- [8] Chernenko, A. (2006). Recreation of the situation and circumstances of the event. Will this investigative action be divided? *Bulletin of the Prosecutor's Office*, 5, 78-82.
- [9] Stratonov, V.M. (2001). *Recreating the environment and circumstances of an event as a method of cognition in the investigation of crimes*. PhD Thesis. Kharkiv: Yaroslav Mudryi National Law Academy.
- [10] Lukashkevych, V.G., & Stratonov, V.M. (2002). *Reconstruction of the Situation and Circumstances of the Event as a Method of Cognition in the Course of Investigation of Crimes*. Kherson.
- [11] Chernetsky, O.K. (2008). Investigative experiment: concept and stages of development. *Problems of Legality*, 96, 246-252.

- [12] Balitskyy, T.M. (2013). The emergence and development of the idea of an investigative experiment. *International Humanitarian University Herald. Jurisprudence*, № 6-3, vol. 2, 104-105.
- [13] Balitskyy, T.M. (2015). *Investigative experiment in system of investigative (search) actions in criminal proceedings of Ukraine*. PhD Thesis. Irpin: National University of State Tax Service of Ukraine.
- [14] Valchyshyn, G. (2017). Establishment of an investigative experiment as an independent investigative (detective) action. *Bulletin of the Chernivtsi Faculty of the National University "Odesa Law Academy"*, 3, 127-137.
- [15] Hroshvyi, Yu.M., & Kaplina, O.V. (Eds.). (2010). *Criminal procedure*. Kharkiv: Pravo.
- [16] Shepitko, V.Yu. (2015). *Criminalistics: Course of Lectures (2nd ed.)*. Kharkiv: Odissey.
- [17] Kolmakov, V.P. (Ed.). (1973). *Soviet criminalistics. Criminalistics techniques and investigative tactics*. Kyiv: Vyshcha shchkola.
- [18] Bazhavnov, M.I., & Hroshvyi, Yu.M. (Eds.). (1983). *Soviet Criminal Process*. Kyiv: Vyshcha shchkola.
- [19] Mykheienko, M.M., Nor, V.T., & Shybiko, V.P. (1992). *Criminal process of Ukraine*. Kyiv: Lybid.
- [20] Alenyn, Yu.P. (2002). *Procedural features of the production of investigative actions*. Odessa: Tsentralno-ukraynskoe yzdatelstvo.
- [21] Shepitko, V.Yu. (2010). *Selected Works*. Kharkiv: Vydavnycha ahentsiia "Apotil".
- [22] *Criminalistics*. (1998). Kharkiv: Pravo.
- [23] Arotsker, L.E. (1951). *Investigative experiment in Soviet criminalistics*. PhD Thesis. Kharkiv: Hon. Prof. M. S. Bokarius Forensic Science Institute. Harkiv.
- [24] Saltevsyyi, M.V. *Criminalistics*. Kyiv : "Pravnyk", 1996.
- [25] Zaiats, D.D. (2004). *A situational approach to the tactics of checking evidence on the spot*. PhD Thesis. Kharkiv: Natsionalnyi universytet vnutrishnykh sprav.
- [26] Kaliuzhna, L.Ye. (2007). To the question of the essence, task and purpose of checking the testimony on the spot. *Bulletin of the Academy of Advocacy of Ukraine*, 3, 116-119.
- [27] *Desk book of the investigator*. (2007). Kyiv: Vydavnychii Dim "In Yure".
- [28] Chernetskyi, O.K., & Reutskyi, A.V. (2012). Peculiarities of demarcation of investigative experiment and verification of readings on the spot. *University Scientific Notes*, 3(43), 355-359.
- [29] Nehrebetskyi, V. (2019). Legislative regulation of on-site testimony verification as an increase in the effectiveness of the fight against crime. *Entrepreneurship, Economy and Law*, 5, 308-312.
- [30] Hora, I.V., & Kolesnyk, V.A. (2012). Investigative experiment or verification of a person's testimony. *Bulletin of Luhansk State University of Internal Affairs named after E. Didorenko*, 3, 248-256.
- [31] Dunaevska, L., & Pylypchuk, O. (2018). Verification of testimonies on a place as type of investigative experiment. *Herald of Criminal Justice*, 4, 24-34.
- [32] Chaplynska, Yu.A. (2014). Problematic questions of an investigative experiment. *Law and Society*, 1, 249-254.
- [33] Rohatynska, N. (2016). Some features of conducting an investigative experiment in criminal proceedings. *Actual problems of jurisprudence*, 2, 149-153.

- [34] Komissarchuk, Yu.A., & Riashko, O.V. (2014). Grounds and procedural procedure for conducting an investigative experiment. *Scientific Bulletin of the Lviv State University of Internal Affairs*, 3, 248-260.
- [35] Busel, V.T. (Ed.). (2004). *A large explanatory dictionary of the modern Ukrainian language*. Kyiv; Irpin: Peryn.
- [36] Kaplina, O.V. (2020). Problems of direct study of the results of nonverbal and mixed investigative (detective) actions by the court. *Problems of Legality*, 151, 101-119. <https://doi.org/10.21564/2414-990x.151.215054>.
- [37] Kaplina, O.V., & Shylo, O.H. (Eds.). (2018). *Criminal process*. Kharkiv: Pravo.
- [38] Valchyshyn, H. (2018). Modern understanding of the investigative experiment: domestic and foreign views. *Kherson State University Herald. Series: Legal Sciences*, 2, 7-10.
- [39] Nehrebetskyi, V. (2015). Checking the testimony on the spot is a necessary investigative (search) action. *Entrepreneurship, Economy and Law*, 2, 70-73.
- [40] Constitution of Ukraine. (June 28, 1996). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>.
- [41] Resolution of the Joint Chamber of the Criminal Court of Cassation of the Supreme Court 09.14.2020, case No. 740/3597/17, proceedings No. 51-6070kmo19. Retrieved from <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/91702552>.
- [42] *Criminal Procedure Code of Ukraine*. (2004). Project. Table of edits. Part 1. Kyiv: Aparat Verkhovnoi Rady Ukrainy.
- [43] Nehrebetskyi, V. (2017). Legislative regulation of on-site testimony verification as a condition for the effectiveness of the fight against crime. *Entrepreneurship, Economy and Law*, 4, 175-178.

Оксана Володимирівна Капліна

докторка юридичних наук, професорка,
завідувачка кафедри кримінального процесу
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: o-kaplina@ukr.net
ORCID 0000-0002-3654-673X

Галина Миколаївна Гетьман

кандидатка юридичних наук,
асистентка кафедри кримінального процесу
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: g.m.getman@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0003-0872-3660

Oksana V. Kaplina

Doctor of Law, Professor,
Head of the Department of Criminal Procedure
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: o-kaplina@ukr.net
ORCID 0000-0002-3654-673X

Halyna M. Hetman

Ph.D. in Law,

Assistant Lecturer of the Department of Criminal Procedure

Yaroslav Mudryi National Law University

61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

e-mail: g.m.getman@nlu.edu.ua

ORCID 0000-0003-0872-3660

Рекомендоване цитування: Капліна О. В., Гетьман Г. М. Проблеми нормативного регулювання слідчих (розшукових) дій, спрямованих на перевірку й уточнення відомостей, одержаних під час досудового розслідування. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 162. С. 157–178. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.285224>.

Suggested Citation: Kaplina O.V., & Hetman, H.M. (2023). Problems of Normative Regulation of Investigative (Search) Actions Aimed at Verifying and Specifying Information Obtained During the Pre-Judicial Investigation. *Problems of Legality*, 162, 157-178. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.285224>.

Статтю подано / Submitted: 27.07.2023

Доопрацьовано / Revised: 08.09.2023

Схвалено до друку / Accepted: 11.09.2023

Опубліковано / Published: 28.09.2023

Підсилення інституційної незалежності суду в системі євроінтеграційних кроків України

Лідія Миколаївна Москвич*

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

*e-mail: l.m.moskvych@nlu.edu.ua

Анотація

Статтю присвячено дослідженню європейських стандартів незалежності суду. Предмет дослідження становлять інститут незалежності суду та конкретні заходи з удосконалення його правового забезпечення в Україні відповідно до європейських стандартів. Мета статті полягає у визначенні подальших заходів судової реформи, спрямованих на інституційну та правову гармонізацію законодавства України зі стандартами Європейського Союзу. У дослідженні застосовано такі методи наукового пізнання: діалектичний, системного аналізу й синтезу, порівняння та правового моделювання. Зазначено, що набуття статусу країни-кандидата на членство в Європейському Союзі зобов'язує Україну провести ряд трансформацій суспільно-політичних інституцій, зокрема судову реформу. Це потребуватиме системних заходів, а не лише внесення змін до законодавства з метою гармонізації національних правових норм із європейськими стандартами. Наголошено, що попри судову реформу, яка триває, мети щодо ефективного суду не досягнуто: рівень довіри суспільства до суду є низьким. Авторка прогнозує: якщо зараз розпочати лише точкові зміни в судовій системі, результат буде той самий, що і за попередніх кроків судової реформи. Наголошено, що розпочинати треба з побудови фундаменту для ефективної судової системи, яким є незалежність суду. На підставі аналізу європейських стандартів незалежного суду та практики інституцій Європейського Союзу щодо оцінки впливу різних індикаторів на загальну оцінку забезпеченості незалежності суду, з урахуванням сучасних актуальних проблем судової системи України зроблено ряд пропозицій щодо вдосконалення вітчизняного законодавства та практики, спрямованих на підсилення незалежності суду, яку авторка називає фундаментальною цінністю демократичної держави, передумовою ефективною системою судового захисту.

Ключові слова: суд; судова влада; незалежність суду; ефективний судовий захист; довіра до суду; корупція в суді.

Strengthening the Institutional Independence of the Court in the System of European Integration Steps of Ukraine

Lidiia M. Moskvych*

Yaroslav Mudryi National Law University,
Kharkiv, Ukraine

*e-mail: l.m.moskvych@nlu.edu.ua

Abstract

The article is devoted to the study of European standards of judicial independence. The subject of the study is the institution of court independence and specific measures to improve its legal support in Ukraine in accordance with European standards. The purpose of the article is to determine the following judicial reform measures aimed at institutional and legal harmonization of Ukrainian legislation with the standards of the European Union. The research uses dialectical, systematic analysis and synthesis, comparison and legal modeling methods of scientific knowledge. Acquiring the status of a candidate country in the EU obliges Ukraine to carry out a number of transformations of social and political institutions, and judicial reform is one of them. This will require systemic measures, and not just amendments to legislation aimed at harmonizing national legal norms with European standards. It is emphasized that despite the ongoing judicial reform, the goal of an effective court has not been achieved: the level of public trust in the court is still low. The author predicts that if only point changes in judicial legislation are started now, the result will be the same as during the previous steps of judicial reform. It is necessary to start with the construction of the foundation for an effective judicial system, which is the independence of the court. Analyzing the European standards of an independent court and the practices of the EU institutions regarding the assessment of the impact of various indicators on the general assessment of the assurance of court independence, taking into account the current and urgent problems of the judicial system of Ukraine, the author makes a number of proposals for improving domestic legislation and practice aimed at strengthening the independence of the court, which the author calls fundamental the value of a democratic state, a prerequisite for an effective judicial protection system.

Keywords: court; judicial power; judicial independence; effective judicial protection; trust in the court; corruption in the court.

Вступ

Однією з умов прийняття України в Європейський Союз (далі – ЄС) є незалежна й ефективна судова система. Саме незалежність суду розглядається як фундаментальна цінність демократичної держави. Проте останні соціологічні опитування [1] свідчать про низький рівень легітимності судової влади, зокрема й через невпевненість громадян у незалежному суді. Ситуація значно ускладнилася через серією гучних корупційних скандалів у судовій системі [2].

Водночас високий рівень відчуття незалежності судової системи [3] є визначальним для довіри, яку суд має викликати в суспільства, та сприяти створенню привабливого для зростання бізнес-середовища, оскільки уявна відсутність незалежності може стримувати інвестиції. Для України, яка потерпає наразі від збройної агресії російської федерації, це питання набуває особливої актуальності, адже держава розраховує на підтримку європейських партнерів у відновленні економіки країни. Зрозуміло, що ризик для інвестицій значно знизиться, якщо держава зможе гарантувати ефективний механізм захисту прав та інтересів інвесторів. На сьогодні в країні обговорюється кілька сценаріїв: від найшвидшого – створення спеціалізованого суду з інвестиційних спорів за особливою процедурою під патронатом міжнародних партнерів до більш глобального і перспективного – модернізація всієї судової системи, ключовим фокусом якої є саме незалежність суду.

Потрібно зазначити, що питання незалежності суду є чи не найбільш дослідженим у науці судоустрою та суміжних науках – конституційному, процесуальному, адміністративному, кримінальному праві. Цій проблематиці приділялась увага в різному обсязі такими вітчизняними науковцями, як Н. Бакаянова, Ю. Бисага, О. Бориславська, Т. Вільчик, В. Городовенко, І. Марочкін, С. Прилуцький, В. Смородинський, О. Хотинська-Нор, А. Шевченко, М. Шепітько та ін. Питання незалежності суду досить активно досліджено і зарубіжними науковцями, серед важливих праць для пізнання природи, цінності, змісту та наслідків незалежності суду варто відзначити такі: Clark T. S. "The Limits of Judicial Independence" [4], Kaufman I. R. "The Essence of Judicial Independence" [5], Randazzo K. A., Gibier D. M., Reid R. "Examining the Development of Judicial Independence" [6], Larkins C. M. "Judicial Independence and Democratization: a Theoretical and Conceptual Analysis" [7], Burbank S. B. "The Architecture of Judicial Independence" [8], Linzer D., Staton J. "A Global Measure of Judicial Independence, 1948–2012" [9] та багато ін.

Широка палітра наукових досліджень лише підтверджує багатогранність та системність інституту незалежності суду. Принцип незалежності декларується в нормативних актах України та численних міжнародних стандартах, присвячених праву на судовий захист. Проте, за даними соціологічних опитувань [3], міжнародних досліджень ефективності судового захисту [10], належного рівня незалежного суду в Україні не досягнуто. Однак твердий намір України інтегруватися у співтовариство ЄС вимагає дієвих кроків у напрямі підсилення судової незалежності. Вважаємо, що підґрунтям нової Дорожньої карти судової реформи має стати з'ясування концепції судової незалежності, яка успішно реалізована в країнах ЄС. Саме на аналіз

європейських документів та практик у фокусі розуміння й забезпечення умов для незалежного правосуддя спрямована ця публікація. Результатом проведеного дослідження є низка рекомендацій системного характеру щодо приведення національного законодавства у відповідність до європейських стандартів у сфері незалежного суду.

Метою цього дослідження є визначення подальших кроків судової реформи, що спрямовані на підвищення інституційної незалежності суду відповідно до умов євроінтеграції України. Досягнення мети дослідження передбачає вирішення таких завдань: оцінка поточної моделі судової системи України, виокремлення первинних вимог щодо підсилення інституційної незалежності суду згідно з умовами статусу країни-кандидата в члени ЄС та окреслення першочергових заходів із підсилення незалежності суду відповідно до європейських стандартів. На підставі проведеного дослідження вбачається доречним сформулювати висновок та низку рекомендацій (пропозицій) щодо напрямів реалізації політики і практики доброчесності й запобігання корупції в судовій системі як одного зі складників забезпечення незалежності суду.

Матеріали та методи

Основою проведеного авторкою дослідження та підґрунтям отриманих висновків і рекомендацій стали документи Ради Європи, зокрема План дій з укріплення судової незалежності та безсторонності [11] та Рекомендація СМ/Рес (2010) 12 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки [12], ЄС, а саме: Консолідованої редакції Договору про ЄС та Хартії основних прав ЄС, судоустрійне законодавство країн-членів ЄС, що дозволило визначити ключові засади незалежного суду. Дослідження ж методології оцінки рівня забезпеченості незалежності суду, яка використовується в ЄС [13], дало змогу проаналізувати наявні в Україні правові гарантії та практики щодо забезпеченості незалежності суду, визначити слабкі місця та запропонувати авторське бачення удосконалення судоустрійного законодавства з метою підсилення незалежності суду та гармонізації національного законодавства з європейськими стандартами в цьому питанні.

Для досягнення поставленої мети та розв'язання завдань дослідження використано діалектичний метод, методи системного аналізу й синтезу, порівняння та правового моделювання.

Діалектичний метод наукового пізнання застосовано при формулюванні структури інституту незалежності суду; методи системного аналізу й синтезу – під час дослідження нормативних джерел щодо закріплення європейських стандартів незалежного суду та методології, що використовується

в ЄС, оцінки стану забезпеченості незалежності суду та виокремлення її основних показників. Зокрема, визначено індикатори інституційної незалежності суду, які використовуються в сучасній практиці ЄС під час оцінки рівня зазначеного явища: порядок призначення суддів, вплив на суддівську кар'єру (порядок переведення на іншу суддівську посаду; притягнення до дисциплінарної відповідальності), тривалість повноважень, порядок звільнення з посади; порядок призначення на посади голів суду, зокрема Верховного Суду; наявність і підпорядкованість антикорупційних органів; порядок призначення керівників генеральних прокуратур та прокуратур антикорупційного сектору; гарантії незалежності адвокатів та ін. У загальному висновку зазначено, що хоча в цілому законодавство України відповідає європейським стандартам забезпеченості інституціональної незалежності суду, проте результату – незалежний та ефективний суд, з точки зору суспільства, не досягнуто. Однією з основних причин є рівень корупції в судовій системі, що підтверджується гучними корупційними скандалами, які відбулися останнім часом у судовій системі України.

За допомогою методу порівняння досліджено законодавство країн-учасників ЄС щодо використаної моделі імплементації стандартів ЄС із забезпечення незалежності суду та її показників із наступним кроком до використання методу правового моделювання можливого шляху підсилення інституційної незалежності суду в Україні та зниження корупційних ризиків при обранні очільника всієї системи судустрою. Аналіз моделей обрання найвищої посадової особи в системі судустрою, які використовуються в країнах-членах ЄС, свідчить про відсутність єдності з цього питання. Проте є спільне розуміння ролі та призначення Голови Верховного Суду – роль етичного лідера, який представляє всю суддівську спільноту, тому авторкою робиться висновок про доцільність удосконалення правового механізму обрання Голови Верховного Суду, з приводу чого і пропонується новий механізм. Недосконалість наявної наразі в Україні моделі доводить корупційний скандал у судовій системі за участю Голови Верховного Суду, що негативно позначився на авторитеті всієї судової системи України, всіх суддів, хоча останні не брали участі в його обранні на посаду.

Наголосимо, що незалежність суду є багатограним та системним інститутом, і в межах однієї статті неможливо визначити та дослідити всі ключові інструменти його забезпечення. Тому основну увагу в цьому дослідженні приділено показникам, які, на наш погляд, є найбільш чутливими для вітчизняної судової системи, – довіра до суду та корупція в судовій системі. Окрему увагу приділено питанню етичного лідерства в суді та важливості участі всієї суддівської корпорації в обранні очільника всієї судової системи, офіційного представника судової влади країни.

Результати та обговорення

Тривалий час Україна перебувала в статусі країни перехідного типу правової системи. Однак точкою відліку початку становлення нашої держави як демократичної та правової є Революція Гідності, одним із наслідків якої став чітко визначений євроінтеграційний напрям подальшого руху країни. Розпочалася масштабна трансформація державних інститутів відповідно до європейських стандартів демократичної, правової держави. Зокрема, у 2016 р. на рівні Комітету міністрів Ради Європи було прийнято План дій з укріплення судової незалежності та безсторонності, яка стосувалася трьох напрямів дій: 1) захищати та зміцнювати судову систему у відносинах з виконавчою та законодавчою владою; 2) захищати незалежність окремих суддів та забезпечити їх неупередженість; 3) посилити незалежність прокуратури, а також інших дій, що мають бути вжиті державами-членами для укріплення незалежності судової влади [11]. Судова реформа 2016 р. у цій системній трансформації зайняла чи не центральне місце. Судова влада пройшла процедуру перезавантаження, було створено новий суд – Вищий антикорупційний суд, запроваджена нова модель як найвищого суду (Верховного Суду), так і органу суддівського врядування (Вища рада правосуддя), відбулися певні трансформації правового статусу судді, спрямовані на підсилення гарантій незалежності носіїв судової влади. Спостерігалася, хоча й не стійка, але тенденція до підвищення довіри до судової влади. Наступні кроки мали бути спрямовані на підсилення незалежності та безсторонності суду.

Передумови очікуваної судової реформи

Актуальність указаних дій полягає в необхідності зміцнення незалежності та неупередженості судової влади. Зазначений вище документ – План дій і Додаток до нього – визначають напрямки кроків, які потрібно здійснити українській владі, щоб, по-перше, покращити або запровадити там, де їх немає, формальні правові гарантії незалежності та неупередженості судової влади, а по-друге, запровадити необхідні структури, політику та практику для забезпечення цього. Серед основних рекомендацій зазначено такі: 1) створення ефективних механізмів доступу до незалежного й неупередженого суду та ефективного виконання рішень Європейського суду; 2) удосконалення або встановлення там, де їх бракує, формальних правових гарантій судової незалежності та неупередженості й установа чини запровадження необхідних політик і практик для забезпечення дотримання цих гарантій на практиці та сприяння належному функціонуванню судової гілки влади в демократичному суспільстві, заснованому на правах людини і верховенстві права; 3) захист і зміцнення судової влади в її відносинах із

виконавчою та законодавчою владою шляхом вжиття заходів щодо: забезпечення незалежної та ефективної роботи Рад суддів, там, де вони існують, зокрема через заходи, спрямовані на деполітизацію процесу обрання чи призначення суддів; забезпечення належної участі суддів у відборі, призначення та просування по службі суддів, водночас обмежуючи надмірне¹ втручання виконавчої чи парламентської влади в цей процес; обмеження надмірного втручання виконавчої та парламентської влади в притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності та звільнення суддів; забезпечення поваги до авторитету судової влади з боку членів виконавчої та законодавчої влади та їх утримання від неналежної, необ'єктивної або виключно політично вмотивованої публічної критики окремих суддів та їхніх рішень, а також щодо судової системи в цілому; забезпечення повсякденного управління судами ефективним і розумним способом, заснованим на правових нормах, і без неправомірного втручання з боку виконавчої чи законодавчої влади; 4) захист незалежності окремих суддів та забезпечення їх неупередженості, вживаючи заходів для: обмеження втручання вищих судів в ухвалення рішень окремих суддів у судовому процесі та визначення повноважень прокуратури, щодо забезпечення захисту суддів від надмірного тиску та здатності давати незалежну оцінку актам прокурорів; забезпечення виконання правил, що стосуються перегляду судових рішень, які повністю вважають принципи незалежності суду і неупередженості; надання ефективних засобів правового захисту суддям, якщо вони відчують свою незалежність і неупередженість під загрозою; запобігання та боротьби з корупцією в судовій системі та захисту суддів від спонукання до корупції; протидії негативному впливу стереотипів при виготовленні судових рішень; забезпечення всебічної та ефективної підготовки компетентного і етичного суддівського корпусу; забезпечення суддів правовим і фізичним захистом проти посягань на їх фізичну чи психічну цілісність, їх особисту свободу і безпеку; 5) зміцнення суспільної довіри до судової системи і ширшого визнання її цінності, її незалежності та неупередженості, наприклад, шляхом забезпечення прозорості в роботі судової влади та її відносини з виконавчою та законодавчою владою, а також застосування судовою владою або судами активного підходу до засобів масової інформації та до поширення загальної інформації з урахуванням принципу поваги до права на захист і гідності учасників судового провадження; 6) запровадження достатнього рівня суспільного (зокрема гендерного) представництва в роботі органів судової влади, як інструмент прозорості її роботи та підвищення суспільної довіри до її результатів [11].

¹ «Надмірний» означає будь-які дії, що виходять за межі наявної правової бази, перешкоджають процесам, про які йдеться, настільки, що незалежність і неупередженість судової системи значно скомпрометована.

Власне, ці шість кроків і стали Дорожньою картою судової реформи, проведеної в 2016 р. Чимало позитивних змін відбулося в судовій системі, проте були кроки, які не привели до очікуваного позитивного результату у вигляді побудови незалежного та ефективного суду. Україна не зупиняється у своєму прагненні набути статусу демократичної, правової держави з високим рівнем забезпеченості гарантії судового захисту права. Наступний етап судової реформи пов'язаний із набуттям Україною статусу кандидата в члени ЄС і відповідними взятими зобов'язаннями.

Перспективні напрями судової реформи відповідно до євроінтеграційних прагнень України

23 червня 2022 р. країни-члени ЄС проголосували за надання Україні статусу країни-кандидата на членство в ЄС. Проте надання статусу кандидата на вступ до ЄС – це тільки перший крок. На шляху до вступу Україні потрібно провести низку реформ та адаптувати українське законодавство відповідно до європейських критеріїв. ЄС окреслено ряд вимог, які необхідно виконати на шляху до європейської інтеграції, третім пунктом з яких було визначено продовження судової реформи. Проте судова реформа в Україні вже стала перманентним явищем, постійні зміни до судоустрійного законодавства не сприяють формуванню одного з ключових індикаторів верховенства права – стабільності правової визначеності. Крім того, майже 30 років судової реформи не стали запорукою побудови ефективної судової системи. Причина, на наш погляд, полягає в безсистемності проведених заходів, метою яких була саме побудова сильної та ефективної системи захисту прав та інтересів членів суспільства. На наш погляд, перед початком нової хвилі анонсованої вже владою України судової реформи має бути виокремлена суттєва передумова (фундамент) ефективної судової системи. Ефективність судової системи – це комплексне явище, оцінка якого включає чимало показників та індикаторів. Ми впевнені, що судова реформа, яка визначить за мету побудову ефективної судової системи і буде орієнтуватися на покращення тих чи інших показників ефективності суду, не матиме тривалого успіху. Вважаємо, що будь-яку реформу, зокрема судову, слід починати з формування фундаменту – ключової цінності суду. Розвинені демократичні країни вже давно визначили цю ключову характеристику – це незалежність суду. Тому, враховуючи конкретні наміри України інтегруватися в ЄС, фокус розробки концепції судової реформи має бути спрямований на аналіз механізмів забезпечення незалежності суду в країнах-членах ЄС, щоб конкретні заходи судової реформи були спрямовані на модернізацію вітчизняних судових інститутів відповідно до стандартів ЄС.

Наша теза про те, що незалежність суду є загальним європейським стандартом, який впливає з принципу ефективного судового захисту та права на ефективний засіб правового захисту в суді, ґрунтується на аналізі змісту ст. 19 Консолідованої редакції Договору про Європейський Союз [14] та ст. 47 Хартії основних прав ЄС [15]. Аналіз цих правових джерел дає змогу зробити висновок про системний підхід до забезпечення гарантій незалежного суду, які включають:

- (a) зовнішню (інституційну) незалежність, яка передбачає функціональну автономію суду, гарантії функціонування без будь-якого ієрархічного контролю і чи підпорядкування іншому (позасистемному) органу, непередбаченість наказів чи інструкцій від будь-якого іншого органу чи посадової особи та ін. Тобто суд є захищеним від зовнішнього втручання чи тиску, що може бути розцінено як загроза безсторонньому здійсненню професійних функцій [16];
- (b) внутрішню незалежність, яка поділяється на:
 - (1) процесуальну – проявляється через неупередженість та дотримання рівної дистанції від сторін процесу та їх інтересів щодо предмета судової справи. Процесуальна незалежність впливає з інших фундаментальних цінностей – верховенства права та сталості правового порядку – і гарантує, що права будь-якої особи, незалежно від її статусу, матеріального становища, освіти тощо будуть захищені; та
 - (2) системну – судді захищені від надмірного внутрішнього тиску всередині судової системи. Зокрема, найвищі судові інстанції країн Євросоюзу мають спільну рису – до їх компетенції належить забезпечення єдності судової практики, проте, ієрархічна судова організація не повинна підривати індивідуальну незалежність окремого суду чи судді (п. 22); суди вищих інстанцій не повинні давати вказівки суддям щодо того, як вони мають вирішувати окремі справи, за винятком національних преюдиційних рішень¹ або коли ухвалюють рішення про засоби правового захисту відповідно до закону (п. 23) [12]. Як зазначила Венеціанська комісія, ієрархічна організація судової влади у сенсі підпорядкування суддів у питаннях прийняття рішення по судовій справі вищим інстанціям у їхній судовій діяльності була б явним порушенням принципу внутрішньої незалежності (параграфи 68–72) [17].

¹ Однак будь-яка процедура уніфікації прецедентного права має відповідати основоположним принципам поділу влади, і навіть після такого рішення найвищого в судовій системі суду всі суди та судді мають зберігати право бути компетентними, оцінювати свої справи незалежно та неупереджено, а також розглядати нові справи з урахуванням попередньо уніфікованого найвищим судом тлумачення правової норми (див.: [13]).

Незалежність суду має реально гарантувати, що всі права осіб, які звернулися за судовим захистом, будуть захищені. Збереження правового порядку, підтримання його в режимі стабільності є фундаментальною цінністю ЄС і судовий механізм його захисту відіграє в цьому ключову роль. При цьому гарантується саме рівність підходу до справедливого захисту прав та інтересів, незалежно від статусу суб'єкта, який звернувся за такою підтримкою.

Рада Європи розробила як стандарти незалежного суду, зокрема Рекомендацію щодо суддів: незалежність, ефективність та відповідальність [12], так і систему моніторингу засобів забезпечення незалежності суду [13]. Зрозуміло, що судова система кожної країни є унікальною, тобто в країнах ЄС немає якоїсь уніфікованої судової системи, правові засади якої однозначно могли б свідчити про високий рівень забезпеченості незалежності суду. Методика оцінки рівня незалежності судової системи є комплексною, за якої один індикатор може компенсуватися іншим. Наприклад, за індикатори інституційної незалежності суду беруться: порядок призначення суддів, вплив на суддівську кар'єру (порядок переведення на іншу суддівську посаду; притягнення до дисциплінарної відповідальності), тривалість повноважень, порядок звільнення з посади; порядок призначення на посади голів суду, зокрема Верховного Суду; наявність і підпорядкованість антикорупційних органів; порядок призначення керівників генеральних прокуратур та прокуратур антикорупційного сектору; гарантії незалежності адвокатів та ін. Тобто інституційна незалежність суду оцінюється в комплексному взаємозв'язку з незалежністю інших інститутів системи правосуддя. При цьому простежується чітке розуміння важливості реалізації політики і практики доброчесності й запобігання корупції в судовій системі як одного зі складників забезпечення незалежності суду.

Важливою складовою інституційної незалежності суду є дієвість механізму її захисту, зокрема достатність повноти повноважень Рад юстиції, правоохоронних органів щодо попередження незаконного впливу на суд. Проте і самі судді повинні усвідомлювати та поділяти цінності незалежного суду, тому їхні дії мають бути свідомими та спрямованими на демонстрацію своєї незалежності суспільству й колегам. Утім незалежність судді не розцінюється як свавілля чи відсутність контролю за поведінкою судді. Судді можуть бути суб'єктами і дисциплінарної, і кримінальної відповідальності, якщо їхні дії завдаватимуть шкоди авторитету судової влади. Однак і механізм притягнення суддів до відповідальності більш ускладнений, щоб не містити потенційних загрозливих практик впливу на незалежність судді з боку правоохоронних органів чи Рад юстиції.

Кроки для розвитку корпоративної культури суду як незалежної інституції

У країнах ЄС широко поширеною є концепція етичного лідерства, на яку також зважають при визначенні порядку призначення на посаду Голови Верховного Суду. Зокрема, рекомендується обирати такий порядок призначення на цю посаду, щоб забезпечити незалежність і неупередженість цієї особи як щодо органу чи особи, які прийняли рішення про його призначення, так і стосовно інших посадових осіб державного апарату. Тобто вимоги та процедури вибору кандидатури на посаду очільника всієї судової системи мають бути такими, щоб не викликати обґрунтованих сумнівів у свідомості окремих осіб щодо здатності бути незалежним до зовнішніх факторів та безстороннім (справедливим) у питаннях внутрішнього адміністрування системою.

Країни ЄС не мають універсальної моделі призначення Голови Верховного Суду, але якщо узагальнити, можна виокремити декілька моделей: а) самостійне обрання судьями Верховного Суду; б) політична посадова особа (Президент, посадова особа уряду чи парламент) на підставі подання незалежного органу (Ради юстиції, кадрової комісії чи іншим органом, що належить до системи врядування судової влади), з правом чи без права відхилити подану кандидатуру¹; в) самостійно політична особа або орган – одноосібно чи колегіально (наприклад, рекомендація-призначення).

На наш погляд, модель обрання на посаду Голови Верховного Суду, яка діє в Україні, відповідає демократичним принципам та містить передумови для виключення політичного впливу. Проте, на жаль, у 2023 р. чи не вперше за всю історію використання цієї моделі, ми зіткнулися з обґрунтованим сумнівом в її оптимальності з точки зору гарантій захисту від неправомірного впливу, зокрема на вищу посадову особу судової системи. Гучний корупційний скандал за участю Голови Верховного Суду (з 1 грудня 2021 р. по 16 травня 2023 р.) продемонстрував, зокрема, й те, що колектив суддів, які самостійно обирають голову суду, не є достатнім запобіжником для негативних практик, пов'язаних із впливом на суддів. Корупційний скандал став ударом не лише по професійному іміджу окремої особи, всіх суддів цього суду, а й усієї системи судоустрою, завдавши руйнівних наслідків авторитету всієї судової влади. А втім, Голову Верховного Суду обирали лише судді цього суду, але колективна відповідальність поширюється на всіх суддів. На нашу думку, з огляду на статус Голови Верховного Суду, до компетенції якого належить не лише представляти Верховний Суд, але і всю систему судоустрою, було б справедливо, якщо б мали право віддати свій голос за того чи іншого кандидата на цю посаду всі судді України.

¹ Наприклад, у 13 державах-членах виконавча влада або парламент має право відхилити кандидатуру на посаду Голови Верховного суду.

Вважаємо, якщо модель обрання на посаду голови Верховного Суду судьями цього суду себе повністю скомпрометувала, її треба змінити. Враховуючи заполітизованість української системи влади, коли незалежність судової влади не стала абсолютною цінністю в свідомості політиків, то не варто запозичувати досвід зарубіжних країн із розвинутою демократією, де органи політичної влади здатні координувати свої дії, не зазіхаючи на незалежність і самостійність один одного. На наш погляд, варта уваги була б модель обрання Голови Верховного Суду на з'їзді суддів – найвищому органі суддівського самоврядування, в роботі якого беруть участь представники від кожного суду країни. Це б знизило ризик кулуарних домовленостей при голосуванні за кандидатуру на цю посаду лише судьями одного суду (що між іншим, стало б додатковим запобіжником внутрішньої залежності Голови Верховного Суду від свого електорату). Крім того, надзвичайні стани (COVID-19 та воєнний стан) продемонстрували ефективність використання цифрових технологій в організації роботи суду. Варто було б запозичити цей досвід і організацію роботи з'їзду суддів, зокрема, передбачити можливість дистанційної участі в голосуванні за обрання Голови Верховного Суду всіх суддів. Крім того, значно підсилила б прозорість, відкритість конкурсу на посаду Голови Верховного Суду можливість участі в ньому не лише суддів цього суду, а всіх суддів України. Ця пропозиція розглядається нами як цілком обґрунтована, зважаючи на фокус представницьких та адміністративних повноважень очільника всієї системи судоустрою та першої посадової особи судової влади. Організація ж конкурсу з добору кандидатів на цю посаду могла б бути аналогічною конкурсу з добору кандидатів на посаду судді Конституційного Суду України за квотою з'їзду суддів. Водночас цю процедуру варто було б доповнити обов'язковою вимогою щодо мотивування Радою суддів своєї рекомендації того чи іншого кандидата на посаду Голови Верховного Суду, проте ця рекомендація не може обмежувати право суддів вибору очільника всієї системи судоустрою, тобто на з'їзді суддів мають бути представлені мотивовані рекомендації чи нерекomenдації щодо кожного кандидата на цю посаду, який заявив про намір обійняти посаду Голови Верховного Суду.

Досягнення нульової толерантності до корупції в суді як первинне завдання нового етапу судової реформи

На жаль, корупційна справа колишнього Голови Верховного Суду не стала маркером вразливості незалежності лише цієї посадової особи. Негативні корупційні практики відомі й у нижчих судах. Тому це не локальна, а системна проблема. Отже, механізм запобігання корупції в судовій системі має стати одним із запобіжників структурної незалежності суду. На наш

погляд, комплексними заходами з формування такого запобіжника має бути гідний рівень суддівської винагороди та належні умови праці суддів, які б одночасно й вимагали підвищення стандартів професійної поведінки та зміцнювали суддівську етику. Слід зазначити, що після гучного корупційного скандалу у Верховному Суді в суспільстві почала поширюватися теза, що висока суддівська винагорода не витримала покладених на неї функцій запобіжника корупції в судовій системі. Проте, на нашу думку, це не означає, що треба повернутися до низької оплати праці суддів. Вважаємо, що головною тезою має стати справедливість розподілу суспільних благ з урахуванням суспільної важливості виконуваної функції. Тому доцільно було б запровадити загальну (не лише для державної служби) систему класифікації посад, пов'язаних із виконанням державних функцій, та розміру оплати праці. Справедливість та пропорційність як принцип визначення рівня суддівської винагороди сприятиме прозорості фінансування судів, а отже, і підвищенню довіри до судової системи в цілому. Що ж до питання про підвищення стандартів професійної поведінки та зміцнення суддівської етики, то це процес більш тривалий, адже передбачає виховання культури належної поведінки, розуміння цінності, місії та відповідальності кожним окремим суддею. Це має бути свідомою позицією кожного судді. Хоча Україна вже оголосила про запровадження низки заходів досить радикального характеру, що спрямовані на подолання корупції саме в судовій системі [18], їх ефективність може бути оцінена лише з часом.

Відповідно до даних Євробарометру 2023, лише дев'ять держав-членів ЄС не мають спеціалізованого превентивного органу із запобігання корупції загалом та у судовій системі зокрема. Інші ж країни-члени ЄС мають від одного до декількох антикорупційних органів. Ураховуючи те, що Україна належить до країн із високим індексом сприйняття корупції [19] попри існування декількох антикорупційних інститутів (НАБУ, САП, НАЗК, АРМА), цей напрям мусить і далі розвиватися й оптимізуватися, й досвід інших країн, успішних у питаннях подолання корупції, має стати у пригоді для України. І хоча це тема для окремої статті, зазначимо, що фундаментом ефективного функціонування антикорупційних органів також є їх незалежність – політична, структурна, внутрішня. Незалежно від моделі національної антикорупційної системи чи правової традиції, на якій вона базується, європейські стандарти вимагають від держав-членів вживати ефективних заходів, щоб гарантувати, що антикорупційні органи зможуть виконувати свої професійні обов'язки без невинуватених втручань. ст. 36 (UNCAC) «Кожна держава-учасниця, відповідно до основоположних принципів своєї правової системи, забезпечує існування органу (або органів) або осіб, які спеціалізуються на

боротьбі з корупцією, за допомогою правоохоронних органів. Такому органу (або органам) або особам надається необхідна незалежність відповідно до основоположних принципів правової системи держави-учасниці, щоб мати можливість виконувати свої функції ефективно та без будь-якого неправомірного впливу. Такі особи або персонал такого органу (або органів) повинні мати відповідну підготовку та ресурси для виконання свого завдання» [20].

Як бачимо, європейські стандарти не абсолютизують незалежність (докладніше див.: [4]), а акцентують на необхідності існування контролю за доброчесністю та законністю дій антикорупційних органів, проте він має обмежуватися саме «розумністю», «виправданістю» такого втручання.

Висновки

Отримавши статус країни-кандидата на членство в ЄС, Україна одночасно взяла на себе зобов'язання щодо підвищення ефективності функціонування, зокрема інститутів судового захисту права. Це, у свою чергу, зумовлює необхідність гармонізації національного законодавства у сфері забезпечення правових засад та практики функціонування суду із європейськими стандартами, фундаментальною цінністю яких є забезпечення високого рівня незалежності суду. Останнє є системним, багаторівневим явищем, а тому заходи відповідної правової реформи і судової як її складника мають бути системними. Попри триваючу понад 30 років судову реформу, в Україні відсутній незалежний суд. Такий висновок ґрунтується на даних соціологічних опитувань громадян, самих суддів та підтверджується негативними корупційними практиками в судовій системі, зокрема у вищій судовій інстанції України.

Ураховуючи амбітні плани України в найкоротший строк подолати відстань між статусом кандидата до повноцінного члена ЄС, слід очікувати нового етапу судової реформи. Для того, щоб цей етап став успішнішим за попередні, він має полягати не лише у точкових змінах до судоустрійного законодавства, а мати системний характер. В основу Дорожньої карти судової реформи мають бути покладені стандарти незалежності суду та їхні показники, які вже розроблені практикою ЄС. Однак, окрім удосконалення правових засад забезпечення незалежності суду, чимало уваги має бути приділено формуванню ідеології безумовного сприйняття важливості незалежності суду в демократичній та правовій державі як фундаментальної європейської цінності. Лише запровадження комплексних заходів можна буде досягти мети становлення в Україні незалежного суду та ефективного способу захисту права.

Список використаних джерел

- [1] Звіт за результатами дослідження «Ставлення громадян України до судової системи». URL: <https://rm.coe.int/zvitsud2020/1680a0c2d7> (дата звернення: 21.07.2023).
- [2] Хабар Князєву: НАБУ оприлюднило докази, УП дізналась ім'я затриманого адвоката. *Українська правда*. 16 травня 2023 р. URL: <https://www.pravda.com.ua/news/2023/05/16/7402508/> (дата звернення: 21.07.2023).
- [3] Всеукраїнське опитування суддів щодо незалежності та підзвітності судової влади, судової реформи, сприйняття корупції та готовності повідомляти про її прояви: звіт про результати. URL: https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2021/07/2021_Survey_Judges_Report_UKR.pdf (дата звернення: 21.07.2023).
- [4] Clark T. S. *The Limits of Judicial Independence*. Cambridge University Press. 2010. 332 p.
- [5] Kaufman I. R. The Essence of Judicial Independence. *Columbia Law Review*. 1980. Vol. 80, No. 4. P. 671–701. <https://doi.org/10.2307/1122136>.
- [6] Randazzo K. A., Gibier D. M., Reid R. Examining the Development of Judicial Independence. *Political Research Quarterly*, 2016. Vol. 69, No. 3. P. 583–593. <https://doi.org/10.1177/1065912916656277>.
- [7] Larkins C. M. Judicial Independence and Democratization: a Theoretical and Conceptual Analysis. *Am. J. Comp.* 1996. L. 44. 605 p.
- [8] Burbank S. B. The Architecture of Judicial Independence. *Southern California Law Review*. 1999. Rev. 315. 72 p.
- [9] Linzer D., Staton J. A Global Measure of Judicial Independence, 1948–2012. *Journal of Law and Courts*. 2015. Vol. 3, issue 22. P. 223–256.
- [10] Doing Business 2020. Washington, DC: World Bank. URL: <https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/75ea67f9-4bcb-5766-ada6-6963a992d64c/content> (дата звернення: 21.07.2023).
- [11] Council of Europe plan of action on strengthening judicial independence. URL: <https://rm.coe.int/1680700285> (дата звернення: 21.07.2023).
- [12] Рекомендація CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38?lang=en#Text (дата звернення: 21.07.2023).
- [13] EU Justice Scoreboard. 2022. URL: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en#factsheets (дата звернення: 21.07.2023).
- [14] Консолідована версія Договору про Європейський Союз. URL: <https://www.legislation.gov.uk/eut/teu/article/19> (дата звернення: 21.07.2023).
- [15] Charter of fundamental rights of the European Union. *Official Journal of the European Union*. 2012. P. 326–391. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN> (дата звернення: 21.07.2023).
- [16] Городовенко В. В. Інституційна незалежність судової гілки влади в Україні: конституційно-правовий аспект. Вісник Конституційного Суду України. 2021. № 1. С. 81–92. URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/gorodovenko_v_instyuciyna_nezalezhnist_sudovoyi_gilky_vlady_v_ukrayini_konstytuciyno-pravovu_aspekt_1.pdf (дата звернення: 21.07.2023).
- [17] Report of the Venice Commission on the independence of the judicial system. Part I: Independence of judges study No. 494/2008 (Venice, 12-13 March 2010). URL:

[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)004-e) (last accessed: 21.07.2023).

- [18] Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 23 червня 2023 року «Про прискорення судової реформи та подолання проявів корупції у системі правосуддя»: Указ Президента України від 30.06.2023 р. № 359/2023. URL: <https://www.president.gov.ua/documents/3592023-47185> (дата звернення: 21.07.2023).
- [19] Індекс сприйняття корупції – 2022. URL: <https://cpi.ti-ukraine.org/> (дата звернення: 21.07.2023).
- [20] Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16#Text (дата звернення: 21.07.2023).

References

- [1] Report on the results of the study «Attitude of Ukrainian citizens towards the judicial system». Retrieved from <https://rm.coe.int/zvitsud2020/1680a0c2d7>.
- [2] *Bribe to Knyazev: NABU released evidence, UP learned the name of the detained lawyer.* (May 16, 2023). *Ukrainska Pravda*. Retrieved from <https://www.pravda.com.ua/news/2023/05/16/7402508/>.
- [3] All-Ukrainian survey of judges on the independence and accountability of the judiciary, judicial reform, perception of corruption and willingness to report its manifestations: report on the results. Retrieved from https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2021/07/2021_Survey_Judges_Report_UKR.pdf.
- [4] Clark, T.S. (2010). *The Limits of Judicial Independence*. Cambridge University Press.
- [5] Kaufman, I.R. (1980). The Essence of Judicial Independence. *Columbia Law Review*, 80(4), 671-701. <https://doi.org/10.2307/1122136>.
- [6] Randazzo, K.A., Gibier, D.M., & Reid, R. (2016). Examining the Development of Judicial Independence. *Political Research Quarterly*, 69(3), 583-593. <https://doi.org/10.1177/1065912916656277>.
- [7] Larkins, C.M. (1996). Judicial Independence and Democratization: a Theoretical and Conceptual Analysis. *Am. J. Comp.*, 44.
- [8] Burbank, S.B. (1998). The Architecture of Judicial Independence. *Southern California Law Review*, 315.
- [9] Linzer, D., & Staton, J. (2015). A Global Measure of Judicial Independence, 1948–2012. *Journal of Law and Courts*, 3(2), 223-256.
- [10] *Doing Business 2020*. Washington, DC: World Bank. Retrieved from <https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/75ea67f9-4bcb-5766-ada6-6963a992d64c/content>.
- [11] Council of Europe plan of action on strengthening judicial independence. Retrieved from <https://rm.coe.int/1680700285>.
- [12] Recommendation CM/Rec (2010) 12 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states on judges: independence, effectiveness and duties. Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38?lang=en#Text.
- [13] *EU Justice Scoreboard*. (2022). Retrieved from https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en#factsheets.
- [14] *Consolidated version of the Treaty on European Union*. (2012). Retrieved from <https://www.legislation.gov.uk/eut/teu/article/19>.

- [15] Charter of fundamental rights of the European Union. (2012). *Official Journal of the European Union*, 326-391. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN>.
- [16] Horodovenko, V.V. (2021). Institutional independence of the judicial branch of government in Ukraine: constitutional and legal aspect. *Bulletin of the Constitutional Court of Ukraine*, 1, 81-92. Retrieved from https://ccu.gov.ua/sites/default/files/gorodovenko_v._instytuciyna_nezalezhnist_sudovoyi_gilky_vlady_v_ukrayini_konstytuciyyno-pravovyy_aspekt_1.pdf.
- [17] Report of the Venice Commission on the independence of the judicial system. Part I: Independence of judges study No. 494/2008. (Venice, March 12-13, 2010). Retrieved from [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)004-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)004-e).
- [18] Decree of the President of Ukraine No. 359/2023 «On the decision of the National Security and Defense Council of Ukraine dated June 23, 2023 «On accelerating judicial reform and overcoming manifestations of corruption in the justice system». (June 30, 2023). Retrieved from <https://www.president.gov.ua/documents/3592023-47185>.
- [19] *Index of Perception of Corruption – 2022*. Retrieved from <https://cpi.ti-ukraine.org/>.
- [20] *United Nations Convention against Corruption*. Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16#Text.

Лідія Миколаївна Москвич

докторка юридичних наук, професорка,
доцентка кафедри кримінального процесу
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: l.m.moskvych@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0001-7339-3982

Lidiia M. Moskvych

Doctor of Law, Professor,
Associate Professor of the Department of Criminal Procedure
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77, Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: l.m.moskvych@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0001-7339-39

Рекомендоване цитування: Москвич Л. М. Підсилення інституційної незалежності суду в системі євроінтеграційних кроків України. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 162. С. 179–195. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.284111>.

Suggested Citation: Moskvych, L.M. (2023). Strengthening the Institutional Independence of the Court in the System of European Integration Steps of Ukraine. *Problems of Legality*, 162, 179-195. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.284111>.

Статтю подано / Submitted: 07.07.2023
Доопрацьовано / Revised: 14.08.2023
Схвалено до друку / Accepted: 28.08.2023
Опубліковано / Published: 28.09.2023

Процесуальні перешкоди у справах щодо оскарження рішень, дій, бездіяльності Національного агентства з питань запобігання корупції

Яна Сергіївна Зелінська*

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна*

**e-mail: ya.s.kalmykova@nlu.edu.ua*

Вікторія Олександрівна Спасенко

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна*

Анотація

Актуальність дослідження полягає в тому, що справедливе та правильне вирішення адміністративних справ щодо оскарження рішень, дій, бездіяльності Національного агентства з питань запобігання корупції можливе лише за умови дотримання всіх принципів адміністративного судочинства. Добросовісність користування процесуальними правами і неухильне дотримання обов'язків всіма учасниками розгляду адміністративної справи визначаються одним із принципів адміністративного судочинства, дотримання якого відіграє провідну роль для досягнення завдання адміністративного судочинства. Мета статті полягає в аналізі процесуальних перешкод, зокрема зловживання процесуальними правами, під час розгляду справ щодо оскарження рішень, дій, бездіяльності Національного агентства з питань запобігання корупції. У дослідженні застосовано діалектичний, формально-юридичний, порівняльно-правовий, логіко-семантичний, статистичний методи наукового пізнання, а також методи спостереження, прогнозування, класифікації та групування, прогнозування. Досліджено окремі аспекти організації та діяльності Національного агентства з питань запобігання корупції. Доведено, що найбільш поширеними адміністративними справами щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності Національного агентства з питань запобігання корупції є визнання протиправним та скасування рішення цього суб'єкта публічного адміністрування про результати здійснення повної перевірки декларації уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування особи. Наголошено, що під час розгляду справ щодо оскарження рішень, дій, бездіяльності суб'єкта владних повноважень можуть виникати процесуальні перешкоди. Досліджено таку процесуальну перешкоду, як зловживання процесуальними правами. Проаналізовано дуальний аспект зловживання процесуальними правами, зокрема матеріально-правовий та процесуально-правовий характер. Установлено, що зловживання процесуальними правами,

які мають матеріально-правовий аспект, можуть виникати під час звернення до адміністративного суду. Зазначено, що процесуально-правовий аспект пов'язаний із зловживанням процесуальними правами на різних процесуальних етапах провадження в адміністративних справах щодо оскарження рішень, дій, бездіяльності Національного агентства з питань запобігання корупції, зокрема: 1) відкриття провадження у справі; 2) підготовче провадження; 3) розгляд справи по суті; 4) прийняття та ухвалення рішення суду. Наведено етапи, на яких може виникати зловживання процесуальними правами, враховуючи, що справа розглядається у формі загального позовного провадження судом першої інстанції. На підставі проведеного дослідження сформульовано висновки та надано рекомендації, що зловживання процесуальними правами як процесуальна перешкода в адміністративних справах щодо оскарження рішень, дій, бездіяльності Національного агентства з питань запобігання корупції може мати подвійну мету: створення процесуальних перешкод та затягування розгляду справи. Застосування судом процесуальних наслідків залежить від виду зловживання процесуальними правами, який вчиняється на конкретному етапі розгляду справ.

Ключові слова: адміністративне судочинство; публічно-правові спори; суб'єкт владних повноважень; зловживання процесуальними правами; корупція; Національне агентство з питань запобігання корупції.

Procedural Obstacles in Cases of Appealing Decisions, Actions, Inaction of the National Agency for on Corruption Prevention

Yana S. Zelinska*

Yaroslav Mudryi National Law University,
Kharkiv, Ukraine

*e-mail: ya.s.kalmykova@nlu.edu.ua

Viktoriiia O. Spasenko

Yaroslav Mudryi National Law University,
Kharkiv, Ukraine

Abstract

The relevance of the article lies in the fact that fair and correct resolution of administrative cases involving appeals against decisions, actions and omissions of the National Agency for the Prevention of Corruption is possible only if all the principles of administrative justice are observed. Good faith in the exercise of procedural rights and strict observance of obligations by all participants to administrative proceedings is defined as one of the principles of administrative justice, and its observance plays a key role in achieving the objective of administrative justice. The purpose of the article is to analyze procedural obstacles, in particular, abuse of procedural rights, in the course of consideration of cases

involving appeals against decisions, actions and inactions of the National Agency for the Prevention of Corruption. The study applies dialectical, formal legal, comparative legal, logical and semantic, statistical methods of scientific knowledge, as well as methods of observation, forecasting, classification and grouping, and prediction. The author examines certain aspects of the organization and activities of the National Agency for the Prevention of Corruption. It is proved that the most common administrative cases involving appeals against decisions, actions or omissions of the NAPC are the recognition as unlawful and the reversal of the decision of this public administration entity on the results of a full verification of the declaration of a person authorized to perform the functions of the State or local self-government. It is emphasized that procedural obstacles may arise during consideration of cases involving appeals against decisions, actions, and inactions of a public authority. The author examines such a procedural obstacle as abuse of procedural rights. The author analyzes the dual aspect of abuse of procedural rights, in particular, the substantive and procedural aspects. The author establishes that abuse of procedural rights which have a substantive legal aspect may arise when applying to an administrative court. It is noted that the procedural and legal aspect is related to the abuse of procedural rights at various procedural stages of administrative proceedings to appeal against decisions, actions and inactions of the NAPC, in particular: 1) opening of proceedings; 2) preparatory proceedings; 3) consideration of the case on the merits; 4) adoption and adoption of a court decision. The author provides the stages at which abuse of procedural rights may occur, given that the case is considered in the form of general action proceedings by the court of first instance. Based on the study, the author formulates conclusions and provides recommendations that abuse of procedural rights as a procedural obstacle in administrative cases concerning appeals against decisions, actions, and inactions of the NAPC may have a dual purpose: to create procedural obstacles and to delay the consideration of a case. The application of procedural consequences by the court depends on the type of abuse of procedural rights committed at a particular stage of the proceedings.

Keywords: administrative proceedings; public law disputes; public authority; abuse of procedural rights; corruption; National Agency for the Prevention of Corruption.

Вступ

Конституцією України на Національне агентство з питань запобігання корупції (далі – НАЗК), як і на інші органи державної влади, покладається конституційний обов'язок діяти на підставі й у законодавчо встановлених межах, та у спосіб, який визначений законодавством [1]. Так, під час реалізації повноважень НАЗК обов'язково має бути дотримано правової процедури (fair procedure – справедлива процедура) як складника принципу верховенства права, що передбачає правові вимоги до належного прийняття актів публічною адміністрацією та здійснення дій відповідно до закону. Сутність правової процедури, що має бути дотримана НАЗК, полягає у чіткому встановленні послідовності дій здійснення такої перевірки, визначенні способів, методів її проведення, а також дотриманні процедури проведення,

зокрема підстав, порядку, строків проведення. У випадку недотримання правової процедури з боку НАЗК може відбуватися порушення прав, свобод, інтересів приватних осіб, які в майбутньому можуть захищатися в порядку адміністративного судочинства. Предметна юрисдикція адміністративних судів визначається у ст. 19 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України) [2]. У зазначеному контексті суть адміністративного судочинства полягає у справедливому вирішенні судом публічно-правового спору з метою захисту прав, свобод, інтересів приватних осіб з боку незаконних рішень, дій, бездіяльності НАЗК.

Серед публічно-правових спорів, які розглядаються адміністративними судами, слід виокремити спори фізичних або юридичних осіб із НАЗК як суб'єктом владних повноважень з приводу оскарження рішень, дій або бездіяльності. Відповідно до Річного звіту про діяльність НАЗК за 2022 р. простежується тенденція зменшення кількості справ за участю НАЗК за такими напрямками, як: 1) оскарження довідок, складених за результатами проведення повних перевірок декларацій; 2) оскарження адвокатами – членами КДКА повідомлень про необхідність подання декларації [3]. В адміністративних судах НАЗК відстоювало позицію, що довідки не є індивідуальними актами, а отже, не становлять предмет судового розгляду, а направлення повідомлень спрямовано на досягнення законної мети – подання декларації. У майбутньому під час розгляду зазначеної категорії справ судами першої та апеляційної інстанцій наводилися аналогічні висновки.

Слід зазначити, що підставою для оскарження рішень, дій, бездіяльності НАЗК є наявність факту порушення прав, свобод, інтересів приватних осіб. Однак важливе значення відіграє й наявність доказів, які будуть підтверджувати факт порушення, і дотримання процедури доказування в адміністративному судочинстві. Так, позивач обов'язково повинен перебувати у правових відносинах з НАЗК, бути наділений відповідними правами та обов'язками, що зможе забезпечити реалізацію права на звернення до адміністративного суду. Зазначене сприятиме належному здійсненню правосуддя адміністративними судами. У даному випадку можна навести положення Рішення Конституційного Суду України від 30.01.2003 р., в якому передбачається, що правосуддя повинно відповідати вимогам справедливості та сприяти забезпеченню ефективного поновлення порушених прав, свобод та інтересів [4]. Справедливе та правильне вирішення адміністративних справ можливе лише за умови дотримання всіх принципів адміністративного судочинства.

Метою статті є аналіз процесуальних перешкод, зокрема зловживання процесуальними правами, під час розгляду справ щодо оскарження рішень, дій,

бездіяльності НАЗК. Межі дослідження полягають у аналізі можливих зловживань процесуальними правами під час розгляду справи адміністративним судом першої інстанції.

Добросовісність користування процесуальними правами і неухильне дотримання обов'язків всіма учасниками розгляду адміністративної справи визначається як один із принципів адміністративного судочинства. Дотримання зазначеного принципу відіграє ключову роль для досягнення завдання адміністративного судочинства.

Огляд літератури

Дослідженням адміністративного правового статусу НАЗК, а також вивченням питань щодо дотримання принципів та реалізації процесуальних прав у сфері судочинства, займалися такі вчені, як І. М. Балакарева [5], В. М. Бевзенко [6], Д. Д. Гнап [7], О. В. Іванов [8], О. О. Марченко [5], Н. Писаренко [5], В. Ю. Поліщук [9], В. В. Резнікова [10], М. І. Смокович [6] та ін. Питання належної реалізації процесуальних прав є предметом дослідження вченими різних європейських країн, зокрема MCS. Beraldo [11], J. Branson [12], A. Damiens [13], K. Gajda – Roszczyńska [14], M. Jacquet [15], M. Möschel [16], J. Parchomiuk [17]. У своїх наукових доробках вчені-процесуалісти по-різному окреслюють питання дотримання принципів адміністративного судочинства, звертаючи увагу на процесуальні перешкоди, які можуть траплятися під час розгляду різних категорій справ. Слід зазначити, що проблема процесуальних перешкод під час розгляду справ щодо оскарження рішень, дій, бездіяльності НАЗК є малодослідженою, тому має важливе як теоретичне, так і практичне значення.

Матеріали та методи

У статті проаналізовано наукові праці вчених-процесуалістів щодо питань зловживання процесуальними правами, а також напрацювання вчених-адміністративістів щодо питань адміністративно-правового статусу НАЗК, а також питань стосовно дотримання принципів та реалізації процесуальних прав у сфері адміністративного судочинства. Особливу увагу приділено принципу неприпустимості зловживання процесуальними правами в адміністративному судочинстві. У статті також аналізуються наукові праці зарубіжних вчених щодо проблеми реалізації принципів адміністративного судочинства та існування проблеми зловживання процесуальними правами.

Нормативно-правову основу статті становлять Конституція України, КАС України, Закон України «Про запобігання корупції», Закон України «Про центральні органи виконавчої влади» та інші нормативно-правові акти.

Значну увагу приділено аналізу норм КАС України щодо проявів зловживань процесуальними правами в адміністративному судочинстві. Також проаналізовано положення міжнародних актів, зокрема Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Емпіричною основою дослідження став аналіз діяльності НАЗК, зокрема статистичних матеріалів. У статті вивчалися рішення Конституційного Суду України, аналізувалися правові позиції Верховного Суду та досліджувалася практика адміністративних судів першої інстанції з окресленої проблематики. Також приділено увагу рішенням Європейського суду з прав людини.

Для досягнення поставленої в дослідженні мети використано комплексний підхід, що передбачає логічне обрання, а також доцільне застосування сукупності методів пізнання, які є взаємопов'язаними. Методи дослідження обрано з урахуванням особливостей окресленої проблематики. Методологічну базу дослідження становлять загальнофілософські, загальнонаукові і загальнологічні методи, що дали змогу досягти певного рівня об'єктивності, комплексності та обґрунтованості проведеного дослідження, достовірності отриманих результатів.

Методологічною основою є сукупність методів та прийомів наукового пізнання проблеми зловживання процесуальними правами в адміністративній справі щодо оскарження рішень, дій, бездіяльності НАЗК. Під час дослідження використовувалися такі методи наукового пізнання: діалектичний; формально-юридичний; порівняльно-правовий; класифікації та групування; логіко-семантичний; спостереження; статистичний; прогнозування. Діалектичний метод, як метод філософського рівня, застосовано для дослідження понятійного апарату, визначення сутності зловживання процесуальними правами, а також формулювання висновків. Формально-юридичний метод використано під час аналізу чинної системи правових норм стосовно правового статусу НАЗК, положень щодо проявів зловживання процесуальними правами. Порівняльно-правовий метод застосовано для дослідження проблеми зловживання процесуальними правами в адміністративному судочинстві з урахуванням зарубіжного досвіду. За допомогою логіко-семантичного методу, методів спостереження та класифікації і групування виокремлено відповідні дефініційні конструкції й дуальний характер зловживання процесуальними правами в адміністративних справах. Статистичний метод використано при аналізі емпіричної бази дослідження, що дало змогу зробити узагальнювальні висновки щодо емпірики дослідження – рішень національних судів, зокрема адміністративних судів, Верховного Суду. Окрему увагу приділено аналізу рішень Конституційного Суду України та

Європейського суду з прав людини (Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Перетяка та Шереметьєв проти України» від 21.12.2010 р. (заява № 17160/06 та № 35548/06)).

Метод прогнозування став у нагоді при окресленні напрямів удосконалення чинного законодавства в зазначеній сфері. Використано також інші методи наукового пізнання, що сприяли всебічності отриманих висновків та пропозицій.

Отже, зазначені вище матеріали та методи дали можливість окреслити концептуальні пропозиції теоретичного і практичного характеру, які у цілому зорієнтовані на підвищення ефективності реалізації принципу неприпустимості зловживання процесуальними правами у справах щодо оскарження рішень, дій, бездіяльності НАЗК.

Результати та обговорення

Аналіз нормативно-правового регулювання

У ст. 4 Закону України «Про запобігання корупції» закріплено основи правового статусу НАЗК [18]. Відповідно до положень зазначеної статті вказаний суб'єкт публічної адміністрації є центральним органом виконавчої влади зі спеціальним статусом, який забезпечує формування та реалізує державну антикорупційну політику.

У своїй діяльності НАЗК керується положеннями Основного Закону, міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України й іншими нормативно-правовими актами. До службовців та працівників апарату НАЗК застосовуються також закони України «Про центральні органи виконавчої влади», «Про державну службу» в тій частині, що не суперечить Закону України «Про запобігання корупції». Отже, НАЗК є суб'єктом публічної адміністрації зі спеціальним статусом, який наділено повноваженнями у сфері реалізації антикорупційної політики держави.

Актами НАЗК є нормативно-правові, індивідуальні акти, акти роз'яснювального та рекомендаційного характеру. Відзначимо, що акти державного управління характеризуються імперативністю, підзаконністю, а також окресленою компетенцією суб'єктів управління та специфічною процедурою введення в дію. У свою чергу, рішеннями є нормативно-правові акти НАЗК, які мають загальний нормативний характер [8, с.166]. До індивідуальних актів слід віднести акти, які стосуються прав та інтересів визначеної особи та вичерпуються їх виконанням (для прикладу, приписи, рішення індивідуального характеру).

Найбільш поширеними адміністративними справами щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності цього суб'єкта публічного адміністрування є визнання протиправним та скасування його рішень про результати здійснення повної перевірки декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування. У більшості з проаналізованих справ єдиною або однією з додаткових підстав для скасування рішень НАЗК за результатами повної перевірки було те, що такі прийняті поза межами граничного строку її проведення.

Так, у Постанові Верховного Суду від 25.07.2019 р. (справа № 826/13000/18) за позовом фізичної особи до НАЗК про визнання протиправним та скасування його рішення щодо проведення перевірки декларації уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування особи, суд першої інстанції задовольнив позов, аргументуючи, що відповідачем не дотримано вимог законодавства, оскільки прийняті спірні рішення є неналежно мотивованими та не відповідають вимогам ст. 2 КАС України [19].

У свою чергу, Верховний Суд звернув увагу на таке. Проведення перевірки Національним агентством декларації передбачає визначену законодавством процедуру. Законодавством не наділено НАЗК повноваженнями здійснювати повторну перевірку декларації, якщо повна перевірка вже раніше проводилася, та скасувати рішення про призначення перевірки через неналежним чином проведену перевірку. Суб'єктом владних повноважень після спливу законодавчо встановленого строку для здійснення повної перевірки декларацій ніякого рішення не було прийнято. Водночас оспорюваним рішенням НАЗК скасовано повну перевірку декларацій позивача уповноваженими особами Національного агентства, що не відповідає законодавчо встановленим вимогам.

У рішенні Конституційного Суду України від 13.06.2019 р. зазначено, що конституційні приписи перебувають у взаємозв'язку, відображають фундаментальне положення конституціоналізму щодо необхідності обмеження державної влади з метою забезпечення прав і свобод людини та зобов'язують наділені державною владою суб'єктів діяти виключно відповідно до усталених Конституцією України цілей їх утворення [20].

Отже, доводи НАЗК про законність його повноважень на прийняття рішення в законодавчо встановлених межах та з урахуванням принципу верховенства права, які він розуміє як дискреційні, не може бути взято до уваги [19].

Як зазначено в постанові Верховного Суду від 10.04.2019 р. (справа № 826/16495/17), потреба у визначеності не означає, що органи, який ухвалює рішення, не повинні надаватися дискреційні повноваження (де це

необхідно) за умови наявності процедур, що унеможливають зловживання ними. Дискреція, яка матиме характер необмеженої влади, не відповідатиме принципу верховенства права. Тобто законом має бути передбачено обсяг дискреції, спосіб її здійснення із достатньою чіткістю, аби особа мала змогу відповідним чином захистити себе від свавільних дій [21]. Отже, мають бути чітко визначені повноваження НАЗК як дискреційні в аспекті вчинення повторної перевірки. Так, орган державної влади зобов'язаний дотримуватися процедури здійснення таких повноважень. Зокрема, рішення, дії чи бездіяльність суб'єкта владних повноважень перевіряються щодо того, чи прийняті або вчинені вони: на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України, з законною метою, чи є обґрунтованими, прийняті неупереджено, добросовісно, розумно, з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи будь-яким формам дискримінації, пропорційно, своєчасно, з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення строку [5, с. 104].

Досліджуючи питання процесуальних перешкод, які можуть виникати під час розгляду справ щодо оскарження рішень, дій, бездіяльності НАЗК, слід виходити з такого. Зловживання процесуальними правами може мати місце, коли процесуальне право реалізується всупереч меті, яка переслідується під час встановлення цього права [12, с. 187]. Під процесуальними перешкодами розуміють перешкоди, які виникають як з волі особи (учасника адміністративної справи), так і незалежно від їх волі, з об'єктивних причин (підстав, обставин, причин) [6, с. 906]. Процесуальні перешкоди є різними за юридичною природою, залежать від стадій та етапів розгляду адміністративної справи, а також мають різні процесуальні наслідки. У більшості випадків підставою для виникнення процесуальних перешкод є недобросовісна поведінка учасника розгляду справи. У зазначеній категорії справ це недобросовісна поведінка позивача (фізичної, юридичної особи, суб'єкта, який реалізує публічні інтереси, для прикладу, адвокат), відповідача (НАЗК) та інших учасників (свідків, експертів, спеціалістів та ін.). У площині КАС України недобросовісна поведінка виникає на противагу принципу неприпустимості зловживання процесуальними правами. Зазначене сприяє виникненню такої процесуальної перешкоди, як зловживання процесуальними правами.

В європейському процесуальному праві зловживання процесуальними правами вимагає наявності об'єктивних і суб'єктивних факторів. Об'єктивні фактори вказують на те, що нормативні приписи дотримуються учасниками розгляду справи, але не досягається мета процесуальної дії. Суб'єктивні фактори вказують на те, що метою процесуальної дії було досягнення неправомірного результату [14, с. 85]. У зазначеному аспекті підтримуємо

змішану теорію розуміння юридичної природи зловживання процесуальними правами, яка передбачає поєднання об'єктивного та суб'єктивного елементів зловживання процесуальними правами, та основою якої є кваліфікація зловживання залежно від дослідження легітимності мотивів вчинення процесуальних дій.

Отже, можна сказати, що суб'єкти розгляду справи діють неправомірно, свідомо обираючи виконання певних процесуальних дій для досягнення незаконних цілей, а також обирають засоби, що використовуються, на шкоду протилежній стороні судового процесу та з явним порушенням правил процесуальної поведінки [11, с. 86, 91]. Зазначена неправомірна поведінка призведе як до застосування процесуальних наслідків, таких, як залишення позовної заяви без руху, повернення позовної заяви, залишення позовної заяви без розгляду, відмова у відкритті провадження у справі, закриття провадження у справі тощо, так і до застосування заходів процесуального примусу. Застосування зазначених процесуальних наслідків залежатиме від виду зловживання процесуальними правами, який вчиняється на конкретному етапі розгляду справи, що актуалізує дослідження дуального аспекту зловживання процесуальними правами.

Дуальний аспект зловживання процесуальними правами в адміністративних справах за участю НАЗК

Зловживання процесуальними правами під час розгляду справ щодо оскарження рішень, дій, бездіяльності НАЗК можуть мати матеріально-правовий та процесуально-правовий характер (аспект).

Дослідження матеріально-правового аспекту зловживання процесуальними правами

Зловживання процесуальними правами, які мають матеріально-правовий аспект, можуть виникати під час звернення до адміністративного суду. Звернення до адміністративного суду має багатоаспектний характер, адже включає законодавчі гарантії права на звернення до адміністративного суду, строки та особливості подання позовної заяви до адміністративного суду. Законодавчі гарантії права кожної особи на звернення до адміністративного суду в зазначеному виді публічно-правового конфлікту визначаються такими положеннями. Право на судовий захист у справах щодо оскарження рішень, дій, бездіяльності органів публічного адміністрування визначається ст. 55 Конституції України та ст. 5 КАС України. Для прикладу, право на оскарження рішень у формі наказів НАЗК приватними особами у порядку адміністративного судочинства гарантується також ст. 23 Закону України «Про центральні органи виконавчої влади». Зазначена норма є більш

вужкою порівняно з двома попередніми, через те, що передбачає можливість оскарження лише адміністративного акта у формі наказу [22]. Право на звернення до адміністративного суду для захисту прав, свобод та інтересів гарантується і міжнародними актами, для прикладу, ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [23]. Однак, якщо торкатися міжнародної практики, зокрема рішень ЄСПЛ, то можна дійти висновку, що таке право не є абсолютним. Це означає те, що право на звернення до суду може бути обмежено з мотивів можливої шкоди для самого позивача і наявністю нелегітимної мети судового захисту. Більш детально можна ознайомитися із рішенням ЄСПЛ у справі «Перетяка та Шереметьєв проти України» (заяви №17160/06 та №35548/06, п. 33) [24]. Зловживання процесуальними правами у цій категорії має апроксимацію двох проблем. Перша – це визначення права на зловживання правом на звернення до суду та умови його визнання. Друга полягає у застосуванні санкцій у випадку такого виду зловживання [13, с. 430]. При цьому варто зазначити, що страсбурзькі судді мають бути обережними в застосуванні принципу *jura novit curia* і утримуватися від його надмірного використання, особливо на пізніх стадіях будь-якого провадження з метою зменшення кількості справ, що перебувають на розгляді Суду [16, с. 631].

Реалізуючи право на судовий захист, особа, яка оскаржує рішення, дії, бездіяльність НАЗК, може використати такі способи судового захисту, як визнати протиправним та скасувати індивідуальний акт чи окремі його положення, визнати дії НАЗК протиправними та зобов'язати утриматися від вчинення певних дій, визнати бездіяльність НАЗК протиправною та зобов'язати вчинити певні дії, встановити наявність чи відсутність повноважень НАЗК, стягнути з НАЗК кошти на відшкодування шкоди, заподіяної його протиправними дією чи бездіяльністю НАЗК. Відсутність права на позов по суті справи є необхідною умовою для того, щоб можна було говорити про зловживання правом на позов. Насамперед зловживання правом на звернення до суду характеризується набором ознак, які свідчать про протиправну поведінку сторони: до критеріїв, пов'язаних із правовою вимогою, часто додаються певні особистісні характеристики позивача та його мотиви [15, с. 10–11].

Важливу роль у справах щодо оскарження рішень, дій, бездіяльності НАЗК відіграють строки звернення до адміністративного суду, які можна класифікувати за їх юридичною природою, на загальні та спеціальні. Загальні строки для приватних осіб щодо оскарження рішень, дій, бездіяльності НАЗК, регламентуються у загальній нормі – ч. 2 ст. 122 КАС України та становлять 6 місяців. Спеціальний строк (скорочений) визначається, для прикладу, ч. 5

ст. 122 КАС України та становить один місяць у справах щодо публічної служби, зокрема, прийняття, звільнення з публічної служби. Важливим аспектом є момент обчислення строків, а саме за ч. 2. ст. 122 КАС України обчислюється з дня, коли особа дізналася або повинна була дізнатися про порушення своїх прав, свобод чи інтересів. Однак трапляються випадки пропущення строку звернення до адміністративного суду, зокрема в адміністративних справах щодо оскарження рішень, дій, бездіяльності НАЗК або неправильного обчислення моменту пропущення строку звернення. Законодавцем передбачено механізм поновлення строку звернення до адміністративного суду: 1) подання заяви про поновлення пропущеного строку у встановлений строк; 2) наявність поважної причини пропущення строку. Якщо заяву не буде подано особою в зазначений строк або вказані нею підстави для поновлення строку звернення до адміністративного суду будуть визнані неповажними, суд такі дії може вважати процесуальними правами та як наслідок повертати позовну заяву. В адміністративних справах щодо оскарження рішень, дій, бездіяльності НАЗК важливим є дотримання умов подання позовної заяви до адміністративного суду. Так, позовна заява за своєю структурою повинна містити підставу, предмет позову, за своїм змістом відповідати вимогам статей 160, 161 КАС України. Д. Д. Гнап у своїй роботі «Звернення до суду в порядку адміністративного судочинства» дослідив питання визначення підстав та предмета адміністративного позову. Так, під підставами позову слід розуміти юридичні факти, якими позивач буде обґрунтовувати свої позовні вимоги, що свідчитимуть про порушення його права. У свою чергу, під предметом позову слід розуміти матеріально-правову вимогу, яка пред'являється до відповідача та містить мету здійснити захист порушених прав, свобод та інтересів [7, с. 54].

На етапі звернення до адміністративного суду позивач наділяється колом спеціальних процесуальних прав, які належать тільки позивачу. Отже, є ризик прояву зловживання спеціальними процесуальними правами у такі способи, як звернення приватної особи до НАЗК із декількома однаковими позовами, в яких будуть наявні один і той самий предмет, підстави позову або вчинення інших дій, метою яких є маніпуляція автоматизованим розподілом справ між суддями. Також може бути подано приватною особою безпідставний позов або позов за відсутності предмета спору або позов, який має очевидно штучний характер. Інколи приватні особи застосовують такі зловживання, як необґрунтоване або штучне об'єднання позовних вимог з метою зміни підсудності справи, або завідомо безпідставне залучення особи як відповідача (співвідповідача) з тією самою метою. Перелік таких зловживань на етапі звернення до адміністративного суду не є вичерпним.

Зловживання процесуальними правами може виникати під час зміни підстав або предмета позову (ч. 1 ст. 47 КАС України). Відмовитися від позову позивач має право на будь-якому етапі розгляду адміністративної справи. Зокрема, така відмова може відбуватися у випадку відновлення порушеного права. Однак позивач у справах щодо оскарження рішень, дій та бездіяльності НАЗК має право змінювати предмет або підставу позову на певному етапі розгляду адміністративної справи, який буде залежати від форми здійснення адміністративного судочинства (ч. 2 ст. 47 КАС України). Так, якщо справа розглядається за правилами загального позовного провадження, змінити підставу або предмет позову можливо до закінчення підготовчого засідання, якщо за правилами спрощеного позовного провадження – не пізніше ніж за п'ять днів до першого судового засідання. Однак необґрунтоване збільшення позовних вимог, несвоєчасне подання заяви буде визнаватися як зловживання процесуальними правами. Для прикладу, в адміністративній справі про визнання протиправним та скасування наказу НАЗК про звільнення особи з посади, поновлення на посаді, зобов'язання здійснити нарахування та виплату заробітної плати за час вимушеного прогулу, позивач ще додатково подає заяву, в якій просить збільшити позовні вимоги, додавши позовну вимогу про стягнення моральної шкоди у великому розмірі. Слід дійти висновку, що така заява позивача стосовно збільшення позовних вимог, якщо є необґрунтованою та не підтверджена доказами, може бути проявом зловживання процесуальними правами.

Дослідження процесуально-правового аспекту зловживання процесуальними правами

Досліджуючи зазначений аспект, слід зауважити, що його прояв пов'язаний із зловживанням процесуальними правами на різних процесуальних етапах провадження в адміністративних справах щодо оскарження рішень, дій, бездіяльності НАЗК, зокрема: 1) відкриття провадження у справі; 2) підготовчого провадження; 3) розгляду справи по суті; 4) прийняття та ухвалення рішення суду. Етапи наводяться, враховуючи, що справа розглядається у формі загального позовного провадження.

На етапі відкриття провадження у справі можуть виникати зловживання процесуальними правами. Під час того, як суд визначає форму здійснення судочинства, може розглядати клопотання про розгляд справи за правилами спрощеного позовного провадження. У такому разі суд зобов'язаний надати строк, який не може бути меншим за п'ять днів із дня вручення ухвали про відкриття провадження у справі, відповідачу (НАЗК) для подання заперечення проти цього. Порушення процесуальних строків надання заперечення

також може вважатися зловживанням процесуальними правами. При цьому у відповідача залишиться право на розгляд справи за правилами загального позовного провадження. Визначення виду провадження має принципове значення (загальне провадження чи спрощене провадження). Подання необґрунтованої заяви про розгляд справи за правилами загального позовного провадження може визначатися як зловживання процесуальними правами.

На етапі підготовчого провадження зловживання процесуальними правами пов'язане із колом процесуальних дій, які вчиняються на зазначеному етапі. На вказаному етапі зловживання процесуальними правами може мати мету затягування проведення підготовчого засідання. Так, строки проведення підготовчого засідання становлять протягом шістдесяти днів з дня відкриття провадження у справі. Законодавець передбачає і пролонгацію строку проведення підготовчого засідання на тридцять днів за клопотанням однієї із сторін або з ініціативи суду (ч. 4 ст. 173 КАС України). Зокрема, підставою продовження такого строку може бути наявність факту зловживання процесуальними правами. Отже, НАЗК як відповідач у справі може: 1) не надавати відзив у встановлений строк (у разі ненадання відповідачем відзиву у встановлений судом строк без поважних причин суд має право вирішити спір за наявними матеріалами справи – ст. 175 КАС України); 2) зловживати правом на примирення, спрямоване на шкоду правам третіх осіб, умисне неповідомлення про осіб, які мають бути залучені до участі у справі (п. 2 ч. 1 ст. 180, п. 5 ч. 2 ст. 45 КАС України); 3) умисно не повідомляти обставини справи (п. 6 ч. 2 ст. 171 КАС України); 4) подавати завідомо безпідставні клопотання та заяви або подавати клопотання та заяви після закінчення строку (ч. 4 ст. 180 КАС України); 5) не подавати докази, які витребовуються (п. 7 ч. 2 ст. 45 КАС України).

Право на витребування доказів учасниками розгляду адміністративної справи закріплюється у ч. 1 ст. 80 КАС України. При цьому мають бути наявні дві підстави: 1) учасник розгляду справи не може самостійно подати докази; 2) наявність клопотання про витребування доказів; 3) клопотання подається у визначені законом строки. Правовим наслідком недотримання строків подання клопотання про витребування доказів є залишення без задоволення такого клопотання. На практиці є випадки визнання таких дій зловживанням процесуальними правами, оскільки призводить до затягування процесу розгляду адміністративної справи. У справі про визнання протиправним та скасування рішення НАЗК про результати здійснення повної перевірки декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, суд може зобов'язати НАЗК надати до суду належним чином завірені копії протоколів, додатків до них щодо

осіб, відносно яких було проведено перевірку. Тож, ненадання витребуваних протоколів можна визнати, як зловживання процесуальними правами, через те, що неможливо встановити всі обставини справи. У такому випадку суд в ухвалі про витребування доказів повинен зазначити, що невиконання процесуальних обов'язків, зловживання правами та створення протиправних перешкод у здійсненні судочинства є підставою до застосування судом заходів процесуального примусу, визначених ст. 145 КАС України – у вигляді штрафу за неявку в судове засідання поважного представника відповідача.

Зловживання процесуальними правами можливе під час примирення між сторонами згідно із частинами 4–6 ст. 190 КАС України. Однак головною умовою є те, що умови примирення не повинні суперечити закону або порушувати права, свободи, інтереси позивача. Якщо судом буде встановлено, що незаконні дії, рішення, бездіяльність НАЗК як відповідача у справі порушують права, свободи та інтереси приватних осіб, суд відмовляє у затвердженні умов примирення, про що постановляється ухвала.

Розгляд справи по суті, як центральний етап розгляду адміністративної справи, характеризується тим, що на ньому реалізуються загальні для всього адміністративного судочинства завдання та цілі. Судовий розгляд є тим етапом розгляду справи, на якому найбільш повно дістають вияв усі принципи адміністративного судочинства. На етапі розгляду адміністративної справи по суті можуть виникати процесуальні перешкоди, які можуть мати таку форму прояву, як зловживання процесуальними правами. До таких процесуальних перешкод може належати неявка в судове засідання будь-якого учасника справи, за умови, що його належним чином повідомлено про дату, час і місце цього засідання (ч. 1 ст. 205 КАС України). Суд може визнати явку НАЗК обов'язковою в судове засідання, тому за наявності поважних причин може відкласти розгляд справи. Однак у разі відсутності поважних причин і неявки в судове засідання такі дії будуть визнаватися зловживанням процесуальними правами. Крім того, з обструкціоністською метою можуть бути використані необґрунтовані клопотання про зупинення провадження у справі або оголошення перерви у судовому засіданні або зловживання правом на виступ під час судових дебатів шляхом виступу із промовою, яка не пов'язана із суттю справи чи принижує честь і гідність особи [17, с. 688].

Законодавцем зосереджено увагу на підставах та наслідках неявки в судове засідання, застосування яких, у свою чергу, буде залежати від учасника розгляду справи, який не з'явився в судове засідання. Наслідками неявки у судове засідання є: 1) відкладення розгляду справи; 2) розгляд справи

за відсутності учасника справи; 3) залишення позовної заяви без розгляду. Зокрема, слід наголосити, що у період дії режиму воєнного стану найчастіше наслідком неявки учасника справи у судове засідання є відкладення розгляду справи, що призводить до виходу за межі строків розгляду справи. Неявка представника НАЗК у судове засідання є у тому разі зловживанням процесуальними правами, якщо: 1) відсутня поважна причина неприбуття в судове засідання; 2) наявна недобросовісна мета – затягування строків розгляду справи.

Зауважимо, що сторони не позбавляються можливості брати участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції як способу участі у судовому засіданні поза межами зали судового засідання (ст. 195 КАС України). Для використання зазначеного способу участі в судовому засіданні учаснику розгляду адміністративної справи необхідно подати заяву не пізніше ніж за п'ять днів до судового засідання. Однак можуть виникати ризики технічної неможливості участі у відеоконференції поза межами приміщення суду, переривання зв'язку і за це несе відповідальність учасник справи, який подав відповідну заяву. Прийняття рішення про проведення судового засідання в режимі відеоконференції є правом, а не обов'язком суду. Судове засідання в режимі відеоконференції може бути реалізовано за наявності майданчиків відеоконференцзв'язку відповідно до інформації системи бронювання, а також вільної дати та часу й зайнятості залів відеоконференцзв'язку. Подання стороною повторного клопотання або після встановленого законом строку про участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції є зловживанням процесуальними правами.

У судовому засіданні часто подаються безпідставні клопотання. Так, у справі про визнання протиправним та скасування рішення НАЗК від 13.09.2019 р. № 2984 «Про результати здійснення повної перевірки декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування», було подано представником НАЗК клопотання про закриття провадження у справі, яке мотивоване тим, що у рішенні Конституційного Суду України від 27.10. 2020 р. № 13-р/2020 у справі №1-24/2020 (393/20) йшлося про те, що НАЗК на момент розгляду справи не наділено публічно-владними управлінськими функціями щодо здійснення контролю та перевірки декларацій суб'єктів декларування, отже, воно не може бути належним відповідачем у вказаній адміністративній справі, а тому провадження у справі підлягає закриттю [25]. У задоволенні зазначеного клопотання було відмовлено. Можна дійти висновку, що безпідставні клопотання є зловживанням процесуальними правами. Аналогічне зловживання можна простежити в адміністративній справі за № 640/24704/19 [26].

Наступним прикладом може стати подання НАЗК як відповідачем у справі клопотання про закриття провадження у справі про визнання протиправними та скасування рішень відповідача «Про результати здійснення повної перевірки декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, за 2015, 2016, 2017 роки», з підстави, визначеної п. 1 ч. 1 ст. 238 КАС України, якщо справу не належить розглядати за правилами адміністративного судочинства [27]. Суд дійшов висновку, що цей спір є публічно-правовим спором і має розглядатися в порядку адміністративного судочинства. Клопотання відповідача було необґрунтованим та може вважатися зловживанням процесуальними правами.

Висновки

На підставі проведеного дослідження можна дійти висновку, що процесуальні перешкоди є різними за юридичною природою, залежать від стадій та етапів розгляду адміністративної справи, а також мають різні процесуальні наслідки. Так, у справах щодо оскарження рішень, дій, бездіяльності НАЗК процесуальною перешкодою може бути зловживання процесуальними правами. Дослідження дуального аспекту зловживання процесуальними правами має важливе теоретичне та практичне значення, тому що впливатиме на застосування процесуальних наслідків. По-перше, зловживання процесуальними правами, які мають матеріально-правовий аспект, можуть виникати під час звернення до адміністративного суду, яке, у свою чергу, включає законодавчі гарантії права на звернення до адміністративного суду, строки та особливості подання позовної заяви до адміністративного суду. По-друге, прояв процесуально-правового аспекту пов'язаний із зловживанням процесуальними правами на різних процесуальних етапах провадження в адміністративних справах, зокрема відкриття провадження у справі; підготовчого провадження; розгляду справи по суті; прийняття та ухвалення рішення суду.

Рекомендації

Сформульовані в науковій статті висновки щодо процесуальних перешкод у справах з оскарження рішень, дій, бездіяльності НАЗК можуть використовуватися в подальших наукових розробках, а також у практичній діяльності. Відсутність універсального підходу до визначення критеріїв зловживання процесуальними правами породжує процесуальну несправедливість та прояви недобросовісної поведінки. Потрібно виробити однаковий «стандарт-тест», який би став фільтраційним механізмом для виявлення будь-яких проявів зловживання процесуальними правами.

Список використаних джерел

- [1] Конституція України : офіц. текст від 28.06.1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
- [2] Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. *Офіційний вісник України*. 2005. № 32. Ст. 1918.
- [3] Річний звіт про діяльність Національного агентства з питань запобігання корупції за 2022 рік. URL: <https://nazk.gov.ua/wp-content/uploads/zvit-2022/NACP-annual-report.pdf> (дата звернення: 05.07.2023).
- [4] Рішення Конституційного Суду України від 30 січня 2003 р. Справа № 1-12/2003. *Офіційний вісник України*. 2003. № 6. Ст. 245.
- [5] Marchenko O., Pysarenko N., Balakariev I. An Examination of the Administrative Courts of Ukraine in the Context of Understanding the Concept of «a Court Established by Law». *Access to Justice in Eastern Europe*. 2022. Vol. 2, issue 14. P. 96–112. <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-5.2-a000218>.
- [6] Смокович М. І., Бевзенко В. М. Адміністративний процес України: теорія та практика : підручник. Київ : ВД «Дакор», 2021. 1204 с.
- [7] Гнап Д. Д. Звернення до суду в порядку адміністративного судочинства : дис. ... канд. юрид. наук. : 12.00.07 / Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ, Дніпро, 2019. 222 с.
- [8] Іванов О. В. Адміністративно-правовий статус Національного агентства запобігання та протидії корупції : дис. ... канд. юрид. наук. : 12.00.07 / Національна академія внутрішніх справ. Київ, 2019. 304 с.
- [9] Поліщук В. Ю. Зловживання процесуальними правами в адміністративному судочинстві : дис. ... канд. юрид. наук. : 10.00.07 / Запорізький національний університет. Запоріжжя, 2021. 202 с.
- [10] Резнікова В. В. Зловживання процесуальними правами в господарському судочинстві: поняття, ознаки, види. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2013. Вип. 95. С. 31–37.
- [11] Beraldo M. C. S. O comportamento dos sujeitos processuais como obstáculo a razoável duração do processo. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo 2010. 217 p. URL: https://www.academia.edu/77265281/O_comportamento_dos_sujeitos_processuais_como_obst%C3%A1culo_a_razo%C3%A1vel_dura%C3%A7%C3%A3o_do_processo (last accessed: 12.07.2023).
- [12] Branson J. D. The Abuse of Process Doctrine Extended: A Tool for Right Thinking People in International Arbitration. *Journal of International Arbitration*, 2021. No. 2. P. 187–214. URL: <https://www.squirepattonboggs.com/-/media/files/insights/publications/2021/03/the-abuse-of-process-doctrine-extended-a-tool-for-right-thinking-people-in-international-arbitration/theabuseofprocessdoctrineextendedatoolforrightthinkingpeopleininternationalarbitration.pdf> (last accessed: 12.07.2023).
- [13] Damiens A. La procédure en droit international privé: recherche en droit de l'Union européenne. Droit. Université d'Orléans, 2015. Français. 538 p.
- [14] Gajda – Roszczyńska K. Abuse of procedural rights in Polish and European civil procedure law and the notion of private and public interest. *Access to Justice in Eastern Europe*. 2019. Issue 2. P. 53–85. <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-5.2-a000013>.

- [15] Jacquet M. La sanction de l'abus du droit d'agir en justice dans les procés civil et administratif. Paris. 2021. 112 p.
- [16] Möschel M. Jura Novit Curia and the European Court of Human Rights *European Journal of International Law*. 2022. Vol. 33, issue 2. P. 631–650. <https://doi.org/10.1093/ejil/chac030>.
- [17] Parchomiuk J. Abuse of Procedural Rights in Administrative Law In Collection of Papers from the International Academic Conference Bratislava Legal Forum 2015. Bratislava : PraF UK, 2015, P. 683–696.
- [18] Про запобігання корупції : Закон України від 14.10.2014 р. № 1700-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 49. Ст. 2056.
- [19] Постанова Верховного суду від 25.07.2019 р. Справа № 826/13000/18. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/83331117> (дата звернення: 12.07.2023).
- [20] Рішення Конституційного суду від 13.06.2019 р. Справа № 5-р/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-19/print> (дата звернення: 12.07.2023).
- [21] Постанова Верховного Суду від 10.04.2019 р. Справа № 826/16495/17. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/81148437> (дата звернення: 12.07.2023).
- [22] Про центральні органи виконавчої влади : Закон України від 17.03.2011 р. № 3166-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 38. Ст. 385.
- [23] Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. *Офіційний вісник України*. 2006. № 32. Ст. 2371.
- [24] Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Перетяка та Шереметьєв проти України» від 21.12.2010 р. (заява № 17160/06 та № 35548/06). *Офіційний вісник України*. 2011. № 3. Ст. 2528.
- [25] Ухвала окружного адміністративного суду м. Києва від 01.04.2021 року. Справа № 640/12946/20. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/96337102> (дата звернення: 12.07.2023).
- [26] Ухвала окружного адміністративного суду м. Києва від 28.01.2021 р., судова справа № 640/24704/19. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/94509266> (дата звернення: 12.07.2023).
- [27] Ухвала Окружного адміністративного суду м. Києва 19.05.2021 р., судова справа №640/12568/19. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/9704039> (дата звернення: 12.07.2023).

References

- [1] Constitution of Ukraine. (June 28, 1996). *Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 30, art. 141.
- [2] The Code of Administrative Proceedings of Ukraine (July 6, 2005). *Official Gazette of Ukraine*, 32, 11, art. 1918.
- [3] Annual report on the activities of the National Agency for the Prevention of Corruption for 2022. (2022). Retrieved from <https://nazk.gov.ua/wp-content/uploads/zvit-2022/NACP-annual-report.pdf>.
- [4] Decision of the Constitutional Court of Ukraine No. 3-рп/2003. (January 30, 2003). *Official Gazette of Ukraine*, 6, art. 245.
- [5] Marchenko, O., Pysarenko, N., & Balakarieva, I. (2022). An Examination of the Administrative Courts of Ukraine in the Context of Understanding the Concept of "a Court Established by Law". *Access to Justice in Eastern Europe*, 2(14), 96-112. <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-5.2-a000218>.

- [6] Smokovich, M.I., & Bevzenko, V.M. (2021) *Administrative process of Ukraine: theory and practice*. Kyiv: VD "Dakor".
- [7] Gnap, D.D. (2019). *Appeal to the court in the order of administrative proceedings*. PhD Thesis. Dnipro: Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs.
- [8] Ivanov, O.V. (2019). *Administrative and legal status of the National Agency for the Prevention and Counteraction of Corruption*. PhD Thesis. Kyiv: National Academy of Internal Affairs.
- [9] Polishchuk, V.Yu. (2021). *Abuse of procedural rights in administrative proceedings*. PhD thesis. Zaporizhzhia: Zaporizhzhia National University.
- [10] Reznikova, V.V. (2013) Abuse of procedural rights in economic proceedings: concept, signs, types. *Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv*, 95, 31-37.
- [11] Beraldo, M.C.S. (2010). *The behavior of procedural subjects as an obstacle to the reasonable duration of the process*. Faculty of Law of the University of Sro Paulo. Retrieved from https://www.academia.edu/77265281/The_behavior_of_procedural_subjects_as_obstacle_to_reasonable_duration_of_the_process.
- [12] Branson, J.D. (2021). The Abuse of Process Doctrine Extended: A Tool for Right Thinking People in International Arbitration. *Journal of International Arbitration*, 2, 187-214. Retrieved from <https://www.squirepattonboggs.com/-/media/files/insights/publications/2021/03/the-abuse-of-process-doctrine-extended-a-tool-for-right-thinking-people-in-international-arbitration/theabuseofprocessdoctrineextendedatoolforrightthinkingpeopleininternationalarbitration.pdf>.
- [13] Damians, A. (2015). *Procedure in private international law: research in European Union law. Right*. France: University of Orleans.
- [14] Gajda – Roszczyńska, K. (2019). Abuse of procedural rights in Polish and European civil procedure law and the notion of private and public interest. *Access to Justice in Eastern Europe*, 2, 53-85. <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-5.2-a000013>.
- [15] Jacquet, M. (2021). *The penalty for the abuse of the right to sue in civil and administrative proceedings*. Paris.
- [16] Möschel, M. (2022). Jura Novit Curia and the European Court of Human Rights *European Journal of International Law*, 33, 631-650. <https://doi.org/10.1093/ejil/chac030>.
- [17] Parchomiuk, J. (2015). Abuse of Procedural Rights in Administrative Law. In *Collection of Papers from the International Academic Conference Bratislava Legal Forum*. (pp. 683-696). Bratislava: PraF UK.
- [18] Law of Ukraine No. 1700-VII "On prevention of corruption". (October 14, 2014). *Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 49, art. 2056.
- [19] Court ruling of the Supreme Court No. 826/13000/18. (July 25, 2019). Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83331117>.
- [20] Decision of the Constitutional Court of Ukraine No. 5-p/2019. (June 13, 2019). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-19/print>.
- [21] Court ruling of the Supreme Court No. 826/16495/17 (April 10, 2019). Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81148437>.
- [22] Law of Ukraine No. 3166-VI "On central bodies of executive power". (March 17, 2011). *Official Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 38, art. 385.
- [23] Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. (2006). *Official Gazette of Ukraine*, 32, art. 2371.

- [24] Decision of the European Court of Human Rights in the case "Peretyaka and Sheremetyev v. Ukraine". (December 21, 2010). (2011). (application No. 17160/06 and No. 35548/06). *Official Gazette of Ukraine*, 3, art. 2528.
- [25] Court Decision of the District Administrative Court of the city of Kyiv No. 640/12946/20. (April 1, 2021). Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96337102>.
- [26] Court Decision of the District Administrative Court of the city of Kyiv No. 640/24704/19. (January 28, 2021). Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94509266>.
- [27] Court Decision of the District Administrative Court of the city of Kyiv No. 640/12568/19. (May 19, 2021). Retrieved from <https://reyestr.court.gov.ua/Review/9704039>.

Яна Сергіївна Зелінська

кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри адміністративного права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: ya.s.kalmykova@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0003-3097-9080

Вікторія Олександрівна Спасенко

кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри адміністративного права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: v.o.spasenko@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0002-3260-2001

Yana S. Zelinska

Ph.D., Associate Professor,
Associate Professor at the Department of Administrative Law
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: ya.s.kalmykova@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0003-3097-9080

Viktoriia O. Spasenko

Ph.D., Associate Professor,
Associate Professor at the Department of Administrative Law
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: v.o.spasenko@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0002-3260-2001

Рекомендоване цитування: Зелінська Я. С., Спасенко В. О. Процесуальні перешкоди у справах щодо оскарження рішень, дій, бездіяльності Національного агентства з питань запобігання корупції. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 162. С. 196–217. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.284307>.

Suggested Citation: Zelinska, Ya.S., & Spasenko, V.O. (2023). Procedural Obstacles in Cases of Appealing Decisions, Actions, Inaction of the National Agency for on Corruption Prevention. *Problems of Legality*, 162, 196-217. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.284307>.

Статтю подано / Submitted: 10.07.2023

Доопрацьовано / Revised: 05.09.2023

Схвалено до друку / Accepted: 11.09.2023

Опубліковано / Published: 28.09.2023

Міжнародна міграційна правосуб'єктність людини: персонологічний вимір

Олег Володимирович Тарасов*

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

*e-mail: o.v.tarasov@nlu.edu.ua

Анотація

Статтю присвячено дослідженню правової природи та змісту міжнародної міграційної правосуб'єктності людини із застосуванням новітньої методології міжнародно-правової персонології. Актуальність проблематики дослідження полягає в необхідності застосування персонологічної методології до вивчення персонативної складової міжнародно-правової системи, особливо в умовах російської агресії, що створює небезпеку для життя українських біженців. Метою статті є визначення правової природи та змісту міжнародної міграційної правосуб'єктності людини із застосуванням новітньої методології міжнародно-правової персонології. Методологічну основу дослідження становлять міждисциплінарний і комплексний підходи, які дали змогу сформулювати концептуальні засади міжнародної міграційної правосуб'єктності людини з урахуванням сучасної доктрини та практики міжнародного права. У роботі використано низку загальнотеоретичних і спеціально-наукових методів: об'єктивності; діалектичний; історико-правовий; формально-логічний; спеціально-юридичний; системно-структурний; порівняльно-правовий; соціологічний; персоноцентристський метод було розроблено автором спеціально для дослідження проблем суб'єкта права взагалі і суб'єкта міжнародного права зокрема. Встановлено, що некоректний офіційний переклад 1948 року традиційної юридичної категорії «правова особистість» (legal personality) як «правосуб'єктність» (legal subjectivity) у статті 6 Загальної декларації прав людини призвів з методологічної точки зору до негативних наслідків у вітчизняних дослідженнях персонативної правової реальності. Наголошено, що предметом вивчення науковців частіше ставали правовий статус, права і обов'язки суб'єкта права, а не сама правова особистість. Дослідження окремих якісних характеристик правової особистості (наприклад, персоноздатності під широкою назвою «правоздатність» або негативної дієздатності у вузьких рамках лише деліктоздатності) мало фрагментарний, несистемний, категоріально розмитий характер. Лише з формуванням правової персонології як наукового напрямку відкрилися перспективи застосування адекватної персоноцентристської методології вивчення персонативної складової будь-якої правової системи. Персонологічний аналіз традиційної категорії «правоздатність» дав змогу виявити такі три виміри: 1) нормативний – здатність соціального актора

бути носієм правового статусу, володіти правами та нести обов'язки (правова нормоздатність); 2) персонативний – здатність соціального актора бути суб'єктом права, правовою особистістю, носієм персонативної правової форми фізичної, юридичної або суверенної особи (правова персоноздатність); 3) комунікативний – здатність соціального актора бути учасником правової комунікації, стороною правовідносин (правова комунікатоздатність). Зазначено, що подальше персонологічне дослідження міжнародного міграційного права виявило у людини наявність всіх ознак міжнародно-правової особистості, яка має відповідну галузеву персоноздатність і дієздатність на універсальному, регіональному та партикулярному рівнях. Водночас значна частина екологічних (кліматичних), техногенних і політичних мігрантів залишається поза увагою міжнародно-правового регулювання на універсальному рівні, де конвенційно закріплено досить вузьке поняття «біженець». На регіональному і, особливо, двосторонньому рівні існує небезпека порушення загальноновизнаних прав і основоположних свобод вимушених мігрантів під час прискореної процедури реадмісії, що потребує прискіпливої уваги науковців до цього досить нового інституту міжнародного міграційного права.

Ключові слова: правосуб'єктність; правова особистість; правоздатність; дієздатність; біженець; реадмісія.

Legal Personality in International Migration: the Personological Aspect

Oleh V. Tarasov*

Yaroslav Mudryi National Law University,
Kharkiv, Ukraine

*e-mail: o.v.tarasov@nlu.edu.ua

Abstract

The article examines the legal nature and content of legal subjectivity of international migrants using the cutting-edge methodology of international legal personology. The relevance of the research topic is the need to apply the personology methodology to the study of the personal component of the international legal system, especially in the context of Russian aggression which poses a threat to the lives of Ukrainian refugees. The purpose of the article is to determine the legal nature and content of international migration legal personality of a person using the latest methodology of international legal personology. The methodological basis of the study is an interdisciplinary and comprehensive approach which made it possible to formulate the conceptual framework of international migration legal personality of a person with due regard for the modern doctrine and practice of international law. The work uses a number of general theoretical and special scientific methods: objectivity; dialectical; historical and legal; formal and logical; special legal; systemic and structural; comparative legal; sociological; the person-centered method

was developed by the author specifically for the study of the problems of the subject of law in general and the subject of international law in particular. It posits that the 1948 mistranslation of the traditional legal concept of "legal personality" (person before the law) as "legal subjectivity" in Article 6 of the Universal Declaration of Human Rights has had negative methodological consequences for domestic studies of personative legal reality. In their research, the scholars typically focused on the legal status, rights and duties of the legal subject rather than legal personality per se. The study of specific qualitative traits of legal personality (such as personative capacity, under the umbrella term of "legal capacity", or negative capacity, in the narrow framework of criminal capacity) has been fragmentary, sporadic, and categorically vague. Only when legal personology cohered as an academic approach did it became possible to use an adequate person-centric methodology to study the personative element of any legal system. A personological analysis of the traditional concept of "legal capacity" identified three aspects: 1) normative: the capacity of a social actor to bear a legal status, possess rights and duties (normative capacity before the law); 2) personative: the capacity of a social actor to be a subject of law, a legal personality, a bearer of a personative legal form of a physical, legal or sovereign person (personative capacity before the law); 3) communicative: the capacity of a social actor to take part in legal communications, to be a party of legal relations (communicative capacity before the law). Further personological study of international migration law found that a person bears all the features of an international legal personality that possesses the corresponding sectoral personative capacity and active capacity at the universal, regional, and particular level. Meanwhile, a significant number of environmental (climate), anthropogenic and political migrants remain outside the purview of international legal regulation at the universal level, where they are conventionally referred to by the rather restrictive term "refugee". At the regional and especially at the bilateral level, there is a risk that the generally recognised rights and fundamental freedoms of forced migrants during accelerated readmission, which underscores the necessity of academic scrutiny of this relatively new institution of international migration law.

Keywords: legal subjectivity; legal personality; legal capacity; legal active capacity; refugee, readmission.

Вступ

Суб'єктний склад міжнародного права завжди був у центрі уваги міжнародно-правової практики починаючи з часів Стародавнього світу [1, с. 133–137] та залишається фундаментальною проблемою наукових досліджень, як мінімум, з часів Г. В. Лейбніца [2, с. 29–84]. Якщо у класичному міжнародному праві XIX – початку XX ст. превалювала етатистська концепція держави як єдино можливого суб'єкта міжнародного права, що ґрунтувалася на жорсткому позитивізмі, то після двох світових війн поступово відбувається доктринальне визнання широкого кола суб'єктів міжнародного права із використанням різноманітних методологічних підходів [3; 4; 5]. Результатом процесів деколонізації стало визнання міжнародної правосуб'єктності народів, які виборюють свою незалежність та представлені організаціями національно-визвольних рухів. Інституціоналізація міжнародних міжурядо-

вих організацій привела до формування нової галузі – права міжнародних організацій. Демократизація міжнародного права дала змогу субнаціональним територіальним одиницям (суб'єктам федерацій, автономіям, адміністративно-територіальним одиницям) проявити свою неоригінальну міжнародну правосуб'єктність, а також визнати важливу роль у міжнародному праві найрізноманітніших інститутів світового громадянського співтовариства у формі міжнародних неурядових організацій. Гуманізація міжнародно-правової системи поставила питання про визнання людини суб'єктом міжнародного права, що в кінцевому підсумку сприяло формуванню міжнародного права прав людини та міжнародного кримінального права як окремих галузей міжнародного права. Процеси глобалізації та, одночасно, локалізації міжнародного співтовариства призвели до системних змін у нормативній, персонативній та комунікативній структурі міжнародно-правової системи, що дає підстави говорити про фрагментацію міжнародного права. Кінець ХХ – початок ХХІ ст. характеризується розширенням джерел, суб'єктів та міжнародних правовідносин за участю фізичних та юридичних осіб [6; 7]. Однак еволюційний процес розвитку міжнародно-правової системи зазнає сьогодні негативного впливу російської агресії проти України [8].

Зокрема, вчинення міжнародних злочинів одним із постійних членів Ради Безпеки ООН, що є ядерною державою, ставить під сумнів усі досягнення сучасної цивілізації [9], зокрема визнання міжнародної правосуб'єктності людини як такої. У цьому контексті значно актуалізувалася проблематика міжнародного міграційного права, що пов'язане з мільйонами українських біженців, вимушених покинути рідні домівки та шукати безпечного життя за межами постійного місця проживання. За інформацією Управління Верховного Комісара ООН у справах біженців, станом на 29.08.2023 р. офіційно зафіксовано 6203300 українських біженців [10]. Проблема міжнародної міграційної правосуб'єктності людини постає для вітчизняної науки та практики, на жаль, у новому контексті збереження життя громадян та виживання самої політичної нації.

Мета статті полягає в тому, щоб визначити правову природу та зміст міжнародної міграційної правосуб'єктності людини із застосуванням новітньої методології міжнародно-правової персонології. Досягнення мети дослідження передбачає вирішення кількох завдань: 1) розглянути якісні характеристики міжнародної правової особистості (*international legal personality*) крізь призму тривимірного підходу – нормативного, персонативного та комунікативного; 2) класифікувати правові компетентності, що характеризують дієздатність; 3) обґрунтувати наявність міжнародної міграційної правосуб'єктності у фізичної особи.

Огляд літератури

Міжнародна правосуб'єктність є традиційним предметом досліджень для вітчизняної (М. В. Буроменський [11], В. Г. Буткевич [12–13], О. В. Задорожній [14], Д. І. Кулеба [15], М. М. Микієвич [16], В. В. Мицик [17], Т. С. Цимбівський [18] та ін.) та іноземної (Ch. F. Amerasinghe [19], J. A. Barberis [20], A.-K. Lindblom [21], J. E. Nijman [22], (A. Orakhelashvili [23], K. Parlett [24], R. Portmann [25], I. Rossi [26], A. A. C. Trindade [27], R. Higgins [28], B. Cheng [29] та ін.) доктрини міжнародного права. Суб'єкти міжнародного міграційного права були у центрі уваги таких науковців, як G. Goodwin-Gill, J. McAdam, E. Dunlop [30], N. Coleman [31], J. Hathaway [32], М. В. Буроменський [33], О. А. Гончаренко [34], О. І. Котляр [35], С. М. Олійник [36], Н. П. Павлів-Самоїл [37], О. Р. Поєдинок [38], Ю. І. Римаренко [39] та ін. Однак як загальнотеоретичні, так і галузеві наукові розробки міжнародної правосуб'єктності у своїй основі мають нормологічну методологію (з тяжінням до етатизму), що не відповідає персонативній правовій природі предмета дослідження. У зв'язку з цим пропонується розглянути міжнародну міграційну правосуб'єктність людини з точки зору досягнень міжнародно-правової персонології.

Матеріали та методи

Матеріалами для дослідження слугували універсальні, регіональні та двосторонні міжнародні договори, резолюції міжнародних міжурядових організацій, підсумкові документи міжнародних конференцій, практика міжнародних судово-арбітражних органів тощо.

Методологічну основу роботи становлять міждисциплінарний і комплексний підходи, що дали змогу сформулювати концептуальні засади міжнародної міграційної правосуб'єктності людини з урахуванням сучасної доктрини та практики міжнародного права. У роботі використано низку загальнотеоретичних і спеціально-наукових методів: об'єктивності – для встановлення вірогідності й повноти інформації, що мала застосування у процесі дослідження; діалектичний – для дослідження розвитку концепції суб'єкта міжнародного права та встановлення його зв'язку з іншими правовими, соціальними і політичними явищами; історико-правовий – для дослідження еволюції інституту міжнародної правосуб'єктності та основних методологічних підходів до вивчення проблеми суб'єкта міжнародного права від Стародавніх часів до початку ХХІ ст.; формально-логічний – для визначення персонологічного поняттєво-категоріального ряду та подальшого його використання у більш складних формах мислення – судженнях та умовиводах, а також для розкриття правової природи суб'єкта міжнародного права; спеціально-юри-

дичний – для дослідження положень міжнародно-правових документів щодо міжнародної правосуб'єктності мігранта як суб'єкта міжнародного права; системно-структурний – для визначення системи загальної правової персонології, її місця у системі юридичних наук, значення загальної правової картини світу для дослідження міжнародної правосуб'єктності, для виявлення феноменів персонативної правової реальності; порівняльно-правовий – для з'ясування правової природи суб'єкта права взагалі та суб'єкта міжнародного права, суб'єкта міжнародного права та суб'єкта національного права, суб'єкта міжнародного публічного права та суб'єкта міжнародного приватного права, виокремлення нормативної, персонативної та комунікативної правової реальності, розроблення засад нормоцентристської, персоноцентристської й комунікатоцентристської методології, дослідження соціальних носіїв міжнародної правосуб'єктності та персонативних правових форм фізичної, юридичної і суверенної особи; соціологічний – для дослідження міжнародно-правової практики функціонування інституту міжнародної правосуб'єктності; персоноцентристський метод було розроблено автором спеціально для дослідження проблем суб'єкта права взагалі й суб'єкта міжнародного права зокрема.

Результати та обговорення

Правова природа правосуб'єктності з точки зору правової персонології

Категорія «правосуб'єктність» (англ. legal subjectivity) виникла у вітчизняному науковому обігу в період пізнього сталінізму під час офіційного перекладу тексту ст. 6 Загальної декларації прав людини 1948 р. [40]. Замість загальноживаного та однозначного терміна «правова особистість» (англ. legal personality) або правова особа (англ. legal person) було запропоновано юридичну «новомову», яка досі викликає дискусії у фахівців на пострадянському просторі. У світовій літературі категорія «legal subjectivity» використовується досить рідко як умовний термін (навіть із застосуванням лапок [41]), або як парна філософська категорія «суб'єктивне – об'єктивне» [42]. У другій половині ХХ ст. радянське правознавство мало можливість застосовувати буржуазні категорії «правова держава», «правова особистість», «верховенство права» не інакше, як із метою їх нищівної класової критики та доказування їх наукової неспроможності. Однак свого подальшого розвитку ця радянська «категоріальна творчість» не набула. Однопорядкові логічні категорії «правонормативність» (здатність бути правовою нормою) та «правокомунікативність» (здатність бути правовою комунікацією, правовідношенням) не знайшли своїх прихильників. Проте некоректний переклад категорії «правова особистість» як «правосуб'єктність» досі має певний негативний вплив як на вітчизняну науку, так і практику.

У цьому контексті пропонується розглянути якісні характеристики міжнародної правової особистості (international legal personality) крізь призму тривимірного підходу – нормативного, персонативного та комунікативного. Нормативний підхід розглядає право як систему норм, персонативний – як систему суб'єктів права, правових персон, комунікативний – як систему правових комунікацій, правовідносин. Саме персонативний підхід є основою правової персонології як наукового напрямку, що досліджує персонативну правову реальність із використанням персоноцентристського методу [43, с. 89–181].

Так, традиційна категорія «правоздатність» має такі три виміри: 1) нормативний – здатність соціального актора бути носієм правового статусу, володіти правами та нести обов'язки (правова нормоздатність); 2) персонативний – здатність соціального актора бути суб'єктом права, правовою особистістю, носієм персонативної правової форми фізичної, юридичної або суверенної особи (правова персоноздатність); 3) комунікативний – здатність соціального актора бути учасником правової комунікації, стороною правовідносин (правова комунікатоздатність). Як бачимо, у разі застосування категорії «правосуб'єктність» відразу виникає методологічне питання – в якому значенні (нормативному, персонативному чи комунікативному) вона використовується дослідником? Наукова добросовісність вимагає однозначності у цьому питанні. У разі невизначеності, певної розмитості правової категорії уявляється логічним поставити питання про можливість відмови від неї у вітчизняній юриспруденції на користь більш чітких та адекватних категорій або надання їй іншого змісту, ніж ототожнення при перекладі із загальноживаною категорією «правова особистість».

У свою чергу, класична категорія «дієздатність» має такі три виміри: 1) нормативний – здатність правової особи своїми діями набувати та самостійно реалізовувати свій правовий статус (дієнормоздатність); 2) персонативний – здатність суб'єкта права своїми діями набувати та самостійно реалізувати свою правову особистість у персонативній правовій формі фізичної, юридичної або суверенної особи (дієперсоноздатність); 3) комунікативний – здатність правової особи самостійно вступати у правову комунікацію, своїми діями змінювати, припиняти або, за потреби, відновлювати її (дієкомунікатоздатність).

Дієздатність характеризується трьома групами правових компетентностей, що охоплюють усі наявні правові дієздатності в рамках конкретної правової системи.

Перша група правових компетентностей стосується *матеріальної* дієздатності. Зокрема, *позитивна* дієздатність охоплює здатність самостійно вчиняти

правомірні нормативні, персонативні та комунікативні дії з метою набуття та імплементації своїх прав і обов'язків, реалізації своєї правової особи та особистої участі у правовідносинах (матеріальна позитивна дієздатність). *Негативна* дієздатність охоплює персональну здатність вчиняти неправомірні дії з метою порушення своїх обов'язків, чужих прав і свобод, посягання на правову особистість постраждалої сторони, а також посягання на нормальне функціонування системи правовідносин (матеріальна негативна дієздатність або деліктоздатність).

Друга група правових компетентностей стосується *процесуальної* дієздатності. Так, *позитивна* дієздатність охоплює персональну здатність до самозахисту (контрзаходів) та колективної оборони (санкцій) з метою захисту свого правового статусу, своєї правової особистості та своєї участі у правовідносинах (санкційна позитивна дієздатність), а також особиста здатність звернутися до компетентного юрисдикційного органу як постраждала сторона з метою відновлення порушених прав і свобод, захисту правової особистості, відновлення нормального функціонування системи правових комунікацій та притягнення деліквента до юридичної відповідальності (процесуальна позитивна дієздатність). *Негативна* дієздатність охоплює персональну здатність підпадати під дію контрзаходів та санкцій за відмову добровільно припинити вчинення правопорушення, небажання відновити порушені права і свободи та понести юридичну відповідальність (санкційна негативна дієздатність), а також особисту здатність постати перед компетентним юрисдикційним органом як деліквент з метою притягнення до юридичної відповідальності за вчинення правопорушення (процесуальна негативна дієздатність, наприклад осудність).

Третя група правових компетентностей стосується репараційної дієздатності. Зокрема, *позитивна* дієздатність охоплює персональну здатність отримати у повному обсязі репарації від деліквента з метою поновлення правового статусу, відновлення правової особистості та відповідних правовідносин (репараційна позитивна дієздатність). *Негативна* дієздатність охоплює особисту здатність понести конкретний вид юридичної відповідальності (наприклад, пенітенціарна дієздатність) та персональну здатність надати в повному обсязі репарації постраждалій стороні (репараційна негативна дієздатність)

Безумовно, правову персоноздатність і дієздатність слід відрізнити від правових персонозможливості та дієможливості. Якщо перші дві категорії характеризують персонативні характеристики самої правової особистості, то дві останні категорії стосуються правової системи як навколишнього правового середовища, яке може сприяти або, навпаки, перешкоджати

правовій особистості у можливості реалізації її персонативних правових (діє)здатностей [44].

Так, у вітчизняній доктрині міжнародного права іноді все ще зберігається етатистський підхід, згідно з яким міжнародно-правова система взагалі не визнає людину як суб'єкта міжнародного права [45]. Уявляється, що формування у другій половині ХХ – на початку ХХІ ст. таких галузей, як міжнародне право прав людини та міжнародне кримінальне право, а ще раніше міжнародного гуманітарного права, включно з практикою різноманітних міжнародних юрисдикційних органів, що передбачають участь у відповідних процесах фізичних осіб, мало б узагалі зняти з обговорення це питання. Без людини будь-яке право існувати не може за визначенням. Прикладом цього є також міжнародне міграційне право.

Мігрант як суб'єкт міжнародного права

Слід зазначити, що міжнародно-правова особистість мігранта конституюється як персональними міжнародно-правовими (діє)здатностями, які ґрунтуються на природних психобіофізичних особливостях кожної людини, так і тими практичними міжнародно-правовими (діє)можливостями, що надаються міжнародно-правовою системою на універсальному, регіональному та партикулярному рівнях.

Універсальний рівень міжнародно-правової особистості мігранта визначається цілою низкою нормативних комплексів, правових режимів та юрисдикцій, що охоплюються міжнародним правом прав людини, міжнародним гуманітарним правом, міжнародним трудовим правом, правом міжнародних організацій тощо [46; 47]. Усе це значно ускладнює усвідомлення єдиної міжнародно-правової особистості мігранта, яка, на перший погляд, виглядає фрагментовано та роздроблено. Однак людина завжди виступає у правовій реальності як цілісна та неподільна правова особистість, яка може бути одночасно носієм різноманітних правових «масок» – фізичних осіб у національному (вітчизняному та іноземному) і в міжнародному праві, а в межах конкретної правової системи – фізичною особою публічного і приватного права, суб'єктом різноманітних галузей права тощо. В одній і тій самій правовій особистості може існувати безліч фізичних осіб. З нормативної точки зору це виявляється в різноманітності правових статусів, а з комунікативної – у багатоманітності правових комунікацій.

Крім того, важливе значення має самоідентифікація людини як фізичної особи, яка належить до певної категорії мігрантів. Уявляється, що базовим критерієм для класифікації мігрантів виступає добровільність або вимушеність міграції. Зазвичай, добровільна (міжнародна і внутрішня) міграція

(трудова, сімейна, освітня, наукова, туристична тощо), що ґрунтується на праві вільного пересування (ст. 13 Загальної декларації прав людини 1948 р. [40, ст. 13], ст. 12 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 р. [48, ст. 12] тощо), не викликає особливих проблем, безумовно, якщо не порушуються відповідні норми міжнародного і національного права. Тому наступним критерієм класифікації виступає поділ на легальну і нелегальну міграцію, кожна з яких розмежовується на задокументовану і недокументовану міграцію. При цьому йдеться саме про легальну або нелегальну міграцію як певну дію, а не про мігрантів, бо людина не може бути «легальною» або «нелегальною».

Класифікація вимушених мігрантів можлива за фактичними та юридичними підставами. Зокрема, міжнародне право чітко ідентифікує так званих «конвенційних» біженців, які охоплюються Конвенцією про статус біженців 1951 р. [49] і Протоколом щодо статусу біженців 1967 р. [50]), «мандатних» біженців, які підпадають під дію Статуту Управління Верховного Комісара ООН у справах біженців 1950 р. [51], осіб, які шукають захисту (особи, які очікують на визнання їх з боку компетентного органу держави біженцями) [52] та осіб, які користуються міжнародним захистом (IV Женевська конвенція про захист цивільного населення під час війни 1949 р. [53]) тощо. Водночас потребують свого визнання на універсальному рівні фактичні вимушені мігранти, які формально не підпадають під визначення «біженець» у ст. 1 Конвенції 1951 р. [49] і Протоколу 1967 р. [50], але були вимушені покинути місця постійного проживання. Наприклад, екологічні, техногенні або політичні переселенці.

У рамках ООН, включно з Управлінням Верховного Комісара ООН у справах біженців, Міжнародної організації міграції та інших інституцій приймається багато рекомендаційних документів, які звертають увагу на проблеми вимушених мігрантів, зокрема тих, які формально не вважаються конвенційними біженцями (Декларація про територіальний притулок 1967 р. [54], проект статей Комісії міжнародного права ООН «Вислання іноземців» 2014 р. [55], Нью-Йоркська декларація щодо біженців та мігрантів 2016 р. [56], Глобальний договір щодо біженців 2018 р. [57], Глобальний договір щодо безпечної, впорядкованої та систематичної міграції 2018 р. [58], Декларація щодо прогресу Форуму з розгляду проблем міжнародної міграції 2022 р. [59] тощо). Це дає надію, що в майбутньому рекомендаційні норми поступово набудуть юридично обов'язкового характеру.

Крім того, на регіональному рівні прийнято ряд міжнародних договорів, що розширили коло біженців порівняно з універсальним конвенційним рівнем.

Наприклад, Конвенція, що регулює конкретні аспекти проблем біженців в Африці, 1969 р. [60], Каракаська конвенція про дипломатичний притулок 1954 р. [61] тощо.

Однак міжнародно-правова дієздатність вимушеного мігранта на отримання притулку (ст. 14 Загальної декларації прав людини 1948 р. [40, ст. 14]) може стикнутися з відсутністю міжнародно-правової дієможливості отримати такий притулок. Праву пошуку притулку фізичної особи в міжнародному праві не кореспондує міжнародний обов'язок держави надати такий притулок [62, с. 169]. Держава, як суверенна правова особа, в рамках своєї міжнародно-правової міграційної дієздатності самостійно визначає порядок перетину свого державного кордону та надання притулку іноземцям. У разі відмови у наданні притулку вимушений мігрант має міжнародно-правову дієможливість продовжити подальші пошуки держави притулку. Але в цей момент можливе порушення прав вимушеного мігранта, якщо його примусово повернуть у державу, із якої він прибув, наприклад, на підставі міжнародної угоди про реадмісію.

Так, п. 1 ст. 5 Угоди між Кабінетом Міністрів України і Виконавчою владою Грузії про приймання і передачу осіб (реадмісію), які знаходяться на територіях держав незаконно, від 22.04.2003 р. зазначає: «Кожна із Сторін прийме громадян третіх держав чи осіб без громадянства, якщо буде доведено, що зазначені особи незаконно потрапили безпосередньо з території держави однієї Сторони на територію держави іншої Сторони. Якщо з моменту незаконного в'їзду такої особи на територію держави іншої Сторони пройшло не більш 48 (сорока восьми) годин, то Сторона, яка приймає, прийме зазначену особу без додаткових формальностей» [63, п. 1 ст. 5].

Уявляється, що 48 годин – це явно недостатній строк для розгляду справи про надання притулку та можливості апеляції у разі відмови надати такий притулок. Міжнародно-правова міграційна дієздатність фізичної особи щодо пошуку притулку має бути узгоджена з відповідною міжнародно-правовою дієможливістю в рамках міжнародно-правової системи, що відповідатиме міжнародно-правовим зобов'язанням держав у сфері захисту прав людини. Особливо це стосується повернення незадокументованого мігранта до держави з авторитарним або тоталітарним режимом. Достатньо навести приклад українсько-російської міжурядової угоди про реадмісію 2012 р. [64], дію якої було зупинено лише на дев'ятий рік російсько-української війни [65; 66].

Висновки

Некоректний офіційний переклад 1948 р. традиційної юридичної категорії «правова особистість» (*legal personality*) як «правосуб'єктність» (*legal*

subjectivity) у ст. 6 Загальної декларації прав людини призвів з методологічної точки зору до негативних наслідків у вітчизняних дослідженнях персонативної правової реальності. Предметом вивчення науковців частіше ставали правовий статус, права та обов'язки суб'єкта права, а не сама правова особистість. Дослідження окремих якісних характеристик правової особистості (наприклад, персоноздатності під широкою назвою «правоздатність» або негативної дієздатності у вузьких рамках лише деліктоздатності) мало фрагментарний, несистемний, категоріально розмитий характер. Лише з формуванням правової персонології як наукового напрямку відкрилися перспективи застосування адекватної персоноцентристської методології вивчення персонативної складової будь-якої правової системи.

Так, персонологічний аналіз традиційної категорії «правоздатність» дозволив виявити такі три виміри: 1) нормативний – здатність соціального актора бути носієм правового статусу, володіти правами та нести обов'язки (правова нормоздатність); 2) персонативний – здатність соціального актора бути суб'єктом права, правовою особистістю, носієм персонативної правової форми фізичної, юридичної або суверенної особи (правова персоноздатність); 3) комунікативний – здатність соціального актора бути учасником правової комунікації, стороною правовідносин (правова комунікатоздатність).

Застосування досягнень правової персонології до міжнародно-правової матерії дає змогу, серед іншого, подолати антропологічний нігілізм, який заперечує саму міжнародно-правову особистість людини. Зокрема, персонологічне дослідження міжнародного міграційного права виявило у людини наявність всіх ознак міжнародно-правової особистості, яка має відповідну галузеву персоноздатність і дієздатність на універсальному, регіональному та партикулярному рівнях. Водночас значна частина екологічних (кліматичних), техногенних і політичних мігрантів залишається поза увагою міжнародно-правового регулювання на універсальному рівні, де конвенційно закріплено досить вузьке поняття «біженець». Прийняття великої кількості міжнародних рекомендаційних норм дає надію на розуміння міжнародним співтовариством ситуації, що склалася, з її поступовим виправленням. На регіональному і, особливо, двосторонньому рівні існує небезпека порушення загально визнаних прав і основоположних свобод вимушених мігрантів під час прискореної процедури реадмісії, що потребує прискіпливої уваги науковців до цього досить нового інституту міжнародного міграційного права.

Рекомендації

Тривимірний підхід передбачає застосування принципу додатковості в дослідженні правової реальності та визнає рівнозначність нормативного, персона-

тивного й комунікативного розуміння права. У зв'язку з цим рекомендується вітчизняним дослідникам, нарівні з методологією правової нормології та комунікатології, активніше опановувати методологію правової персонології при вивченні саме персонативної складової будь-якої правової системи, тому що методологія має відповідати предмету дослідження.

Список використаних джерел

- [1] Буткевич О. В. Історія міжнародного права: підручник. 2-ге вид. Київ: Ліра-К, 2018. 412 с.
- [2] Nijman J. E. The Concept of International Legal Personality: An Inquiry into the History and Theory of International Law. The Hague: Asser press, 2004. xviii, 494 p.
- [3] Amerasinghe C. F. International Legal Personality Revisited. *Austrian Journal of Public International Law*. 1995. Vol. 47. P. 123–145.
- [4] Higgins R. The Participants in the International Legal System. *Recueil des cours Academie de Droit International de La Haye*. 1991. T. 23. P. 69–88.
- [5] Parlett K. The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. xlii, 413 p.
- [6] Ginsburg T. Democracies and International Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. xvii, 329 p.
- [7] Meron T. The Humanization of International Law. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. xi, 551 p.
- [8] Українська Революція гідності, агресія РФ і міжнародне право / М. М. Антонович та ін. ; упоряд. і заг. ред. О. В. Задорожній ; Укр. асоц. міжнар. права. Київ : К.І.С., 2014. 1013 с.
- [9] Задорожній О. В. Порухення агресивною війною Російської Федерації проти України основних принципів міжнародного права: монографія. Київ: К.І.С., 2015. 712 с.
- [10] UNHCR. The UN Refugee Agency. Operational Data Portal. Ukraine Refugee Situation. URL: <https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine> (дата звернення: 30.08.2023).
- [11] Буроменський М. В. Суб'єкти міжнародного права. *Міжнародне публічне право*: підручник: у 2 т. / В. В. Мицик, М. В. Буроменський, О. В. Буткевич та ін. ; за ред. В. В. Мицика. Харків: Право, 2019. Т. 1: Основи теорії. С. 62–88.
- [12] Буткевич В. Г. Генеза доктрини міжнародної правосуб'єктності індивіда. *Право України*. 2010. № 2. С. 44–54.
- [13] Буткевич В. Г. Суб'єкти міжнародного права. *Міжнародне право. Основи теорії*: підручник / за ред. В. Г. Буткевича. Київ: Либідь, 2002. С. 293–343.
- [14] Задорожній О. В. Генеза міжнародної правосуб'єктності України: монографія. Київ: К.І.С., 2014. 688 с.
- [15] Кулеба Д. І. Міжнародна правосуб'єктність: теорія і її перспективи. *Альманах міжнародного права*. 2010. Вип. 2. С. 70–83.
- [16] Микієвич М. М. До питання про міжнародну правосуб'єктність Європейського Союзу. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2000. Вип. 35. С. 66–68.
- [17] Мицик В. В. Питання про міжнародну правосуб'єктність фізичної особи. *Альманах міжнародного права*. 2010. Вип. 2. С. 25–36.
- [18] Цимбрівський Т. С. Концепція правосуб'єктності у сучасному міжнародному праві: загальнонотеретичні проблеми. *Юридичний журнал*. 2012. № 1. С. 21–25.

- [19] Amerasinghe C. F. Law of International Organizations: a Subject which needs Exploration and Analysis. *Globalization and International Organizations*. Ed. by Edward Kwakwa. Burlington: Ashgate, 2011. P. 27–39.
- [20] Barberis J. A. Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale. *Recueil des cours Académie de Droit International de La Haye*. 1983. T. 179-I. P. 215–216.
- [21] Lindblom A.-K. Non-Governmental Organizations in International Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. XXII, 559 p.
- [22] Nijman J. E. Non-State Actors and the International Rule of Law: Revisiting the ‘Realist Theory’ of International Legal Personality. *Non-State Actor Dynamics in International Law: From Law-takers to Law-makers* / ed. by M. Noortmann, C. Ryngaert. Aldershot: Ashgate, 2010. P. 91–124.
- [23] Orakhelashvili A. The Position of the Individual in International Law. *California Western International Law Journal*. 2001. Vol. 31. P. 241–276.
- [24] Parlett K. The PCIJ’s Opinion in Jurisdiction of the Courts of Danzig: Individual Rights under Treaties. *Journal of the History of International Law*. 2008. Vol. 10. P. 119–145.
- [25] Portmann R. Legal Personality in International Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. xxiv, 333 p.
- [26] Rossi I. Legal Status of Non-Governmental Organizations in International Law. Antwerp [etc.]: Intersentia, 2010. XXX, 427 p.
- [27] Trindade Antfônio Augusto Canzado. International Law for Humankind: towards a new «Jus gentium». Leiden ; Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2010. XIX, 726 p.
- [28] Higgins R. Conceptual Thinking about the Individual in International Law. *British Journal of International Studies*. 1978. Vol. 4. P. 1–19.
- [29] Cheng B. Introduction to Subjects of International Law. *International Law: Achievements and Prospects*. Ed. M. Bedjaoui. Dordrech: Martinus Nijhoff Publishers, 1991. P. 23–40.
- [30] Goodwin-Gill G., McAdam J., Dunlop E. The Refugee in International Law. Fourth ed. Oxford: Oxford University Press, 2021. 864 p.
- [31] Coleman N. European Readmission Policy: Third Country Interests and Refugee Rights. Leiden-Boston: BRILL, 2009. 395 p.
- [32] Hathaway J. The Rights of Refugees under International Law. Second ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2021. 1451 p.
- [33] Буроменський М. В. Міжнародний захист прав людини та права біженців. Київ: Управління Верховного Комісара ООН у справах біженців, 2002. 160 с.
- [34] Гончаренко О. А. Статус біженця в міжнародному праві: дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2005. 163 с.
- [35] Котляр О. І. Місце інституту біженців у міжнародному праві. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2016. № 1/2. С. 131–136.
- [36] Олійник С. М. Міжнародно-правове регулювання реадмісії осіб: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2019. 216 с.
- [37] Павлів-Самойл Н. П. Міграція кінця ХХ – початку ХХІ століття: філософсько-правове дослідження: монографія. Львів: Сполом, 2020. 520 с.
- [38] Поєдинок О. Р. Права біженців у контексті фрагментації міжнародного права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2010. 22 с.
- [39] Римаренко Ю. І. Міжнародне міграційне право : підручник. Київ : КНТ, 2007. 640 с.

- [40] A/RES/217 A (III). Universal Declaration of Human Rights. Resolution adopted by the General Assembly on 10 December 1948. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/043/88/PDF/NR004388.pdf?OpenElement> (дата звернення: 30.08.2023).
- [41] Pentikäinen M. Changing International 'Subjectivity' and Rights and Obligations Under International Law – Status of Corporations. *Utrecht Law Review*. 2012. Vol. 8, No. 1, P. 145–154. URL: <https://ssrn.com/abstract=1997168> (дата звернення: 30.08.2023).
- [42] Marcos H., Siddiqui N. A. The Mainstream and the Intersubjective in International Law: From Subjectivity to Imagination. *Direito Internacional em Expansão: Estado da Arte*. 2022. Vol. XXII. P. 156–173. URL: <https://ssrn.com/abstract=4241232> (дата звернення: 30.08.2023).
- [43] Тарасов О. В. Суб'єкт міжнародного права: проблеми сучасної теорії: монографія. Харків: Право, 2014. 512 с.
- [44] Тарасов О. В. Персоналогічний вимір динамічних змін міжнародного права. *Міжнародне право у світі динамічних змін: контури майбутнього міжнародного правопорядку*: кол. монографія / наук. ред. В. Репецький, І. Земан, В. Гутник. Львів, Дрогобич : Коло, 2021. С. 75–88.
- [45] Мицик В. В. Фізичні особи в міжнародному праві. *Міжнародне публічне право: підручник*: у 2 т. / за ред. В. В. Мицика. Харків: Право, 2019. Т. 1: Основи теорії. С. 89–109.
- [46] Chetail V. *International Migration Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019. 512 p.
- [47] Супруновський А. І. Міжнародно-правове регулювання міграційних процесів. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2022. № 2. С. 107–111.
- [48] A/RES/2200 (XXI). International Covenant on Civil and Political Rights. Resolution adopted by the General Assembly on 16 December 1966. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/005/03/PDF/NR000503.pdf?OpenElement> (last accessed: 30.08.2023).
- [49] Convention relating to the Status of Refugees. Signed at Geneva, on 28 July 1951. *United Nations, Treaty Series*. 1954. Vol. 189. No. 2545. P. 137–220. URL: <https://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%20189/volume-189-I-2545-English.pdf> (last accessed: 30.08.2023).
- [50] Protocol relating to the Status of Refugees. Done at New York, on 31 January 1967. *United Nations, Treaty Series*. 1967. Vol. 606. No. 8791. P. 267–276. URL: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20606/volume-606-I-8791-English.pdf> (last accessed: 30.08.2023).
- [51] A/RES/428 (V). Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. Resolution adopted by the General Assembly on 14 December 1950. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/060/26/PDF/NR006026.pdf?OpenElement> (last accessed: 30.08.2023).
- [52] Сорока І. О. Міжнародно-правовий статус осіб, що шукають притулку: дис. ... д-ра філософії. Одеса, 2021. 199 с. URL: https://moodle.znu.edu.ua/pluginfile.php/764624/mod_resource/content/1/Диссертація%20Сорока%20І.А.%20%281%29.pdf (дата звернення: 30.08.2023).
- [53] Конвенція про захист цивільного населення під час війни. Женева, 12.08.1949 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text (дата звернення: 30.08.2023).

- [54] A/RES/2323 (XXII). Declaration on Territorial Asylum. Resolution adopted by the General Assembly on 14 December 1967. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/236/47/PDF/NR023647.pdf?OpenElement> (last accessed: 30.08.2023).
- [55] A/69/10. Text of the draft articles on the expulsion of aliens. *Report of the International Law Commission. Sixty-sixth session (5 May-6 June and 7 July-8 August 2014). General Assembly. Official Records. Sixty-ninth session. Supplement No. 10*. New York: United Nations, 2014. P. 11–17. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/134/72/pdf/G1413472.pdf?OpenElement> (last accessed: 30.08.2023).
- [56] A/RES/71/1. New York Declaration for Refugees and Migrants. Resolution adopted by the General Assembly on 19 September 2016. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/291/97/PDF/N1629197.pdf?OpenElement> (last accessed: 30.08.2023).
- [57] A/RES/73/151. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. Resolution adopted by the General Assembly on 17 December 2018. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/446/08/PDF/N1844608.pdf?OpenElement> (last accessed: 30.08.2023).
- [58] A/RES/73/195. Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration 10.12.2018. Resolution adopted by the General Assembly on 19 December 2018. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/451/99/PDF/N1845199.pdf?OpenElement> (last accessed: 30.08.2023).
- [59] A/RES/76/266. Progress Declaration of the International Migration Review Forum. Resolution adopted by the General Assembly on 7 June 2022. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/376/66/PDF/N2237666.pdf?OpenElement> (last accessed: 30.08.2023).
- [60] OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa. Concluded at Addis Ababa on 10 September 1969. *United Nations, Treaty Series*. 1976. Vol. 1001. No. 14691. P. 45–52. URL: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201001/volume-1001-I-14691-English.pdf> (last accessed: 30.08.2023).
- [61] OAS Convention on diplomatic asylum. Concluded at Caracas on 28 March 1954. *United Nations, Treaty Series*. 1986. Vol. 1438. No. 24377. P. 104–125. URL: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201438/volume-1438-I-24377-English.pdf> (last accessed: 30.08.2023).
- [62] Лаутерпахт Г. Загальна декларація прав людини (глава з книги Г. Лаутерпахта «Міжнародне право і права людини» (Лондон, 1950). *Світовий маніфест правового гуманізму. Загальна декларація прав людини як основа міжнародного та національного правозахисту*: монографія / за ред. проф. П. М. Рабіновича. Львів: БФ «Медицина і право», 2018. С. 151–174.
- [63] Угода між Кабінетом Міністрів України і Виконавчою владою Грузії про приймання і передачу осіб (реадмісію), які знаходяться на територіях держав незаконно від 22.04.2003 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/268_050#Text (дата звернення: 30.08.2023).
- [64] Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Російської Федерації про реадмісію від 22.10.2013 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/643_419#Text (дата звернення: 30.08.2023).

- [65] Про зупинення дії Угоди між Кабінетом Міністрів України та Урядом Російської Федерації про реадмісію : проект закону від 23.08.2023 р. № 0219. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/42596> (дата звернення: 30.08.2023).
- [66] Україна розірвала ще три угоди з рф. *UNN. Українські національні новини. Інформаційне агентство*. 24 серпня 2023 р. URL: <https://www.unn.com.ua/uk/news/2043266-ukrayina-rozirvala-sche-tri-ugodi-z-rf> (дата звернення: 30.08.2023).

References

- [1] Butkevych, O.V. (2018). *History of international law*. (2nd ed.). Kyiv: Lira-K.
- [2] Nijman, J.E. (2004). *The Concept of International Legal Personality: An Inquiry into the History and Theory of International Law*. The Hague: Asser press.
- [3] Amerasinghe, C.F. (1995). International Legal Personality Revisited. *Austrian Journal of Public International Law*, 47, 123-145.
- [4] Higgins, R. (1991). The Participants in the International Legal System. *Recueil des cours Academie de Droit International de La Haye*, 23, 69-88.
- [5] Parlett, K. (2011). *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [6] Ginsburg, T. (2021). *Democracies and International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [7] Meron, T. (2006). *The Humanization of International Law*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- [8] Antonovych, M.M. et al. (2014). *Ukrainian Revolution of Dignity, Aggression of the Russian Federation and International Law*. O.V. Zadorozhnyi (Ed.). Kyiv: K.I.S.
- [9] Zadorozhnyi, O.V. (2015). *Violation of the Basic Principles of International Law by the Aggressive War of the Russian Federation Against Ukraine*. Kyiv: K.I.S.
- [10] UNHCR. The UN Refugee Agency. Operational Data Portal. Ukraine Refugee Situation. Retrieved from <https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine>.
- [11] Buromenskyi, M.V. (2019). Subjects of International Law. In V.V. Mytsyk, M.V. Buromenskyi, O.V. Butkevych et al. *International Public Law*. (2nd ed.; Vols. 1-2). Vol. 2: *Fundamentals of Theory*. V.V. Mytsik (Ed.). (pp. 62-88). Kharkiv: Pravo.
- [12] Butkevych, V.G. (2010). Genesis of the Doctrine of International Legal Personality of the Individual. *Law of Ukraine*, 2, 44-54.
- [13] Butkevych, V.G. (2002). Subjects of International Law. In *International Law. Fundamentals of Theory*. V.G. Butkevych (Ed.). (pp. 293-343). Kyiv: Lybid.
- [14] Zadorozhnyi, O.V. (2014). *Genesis of International Legal Personality of Ukraine*. Kyiv: K.I.S.
- [15] Kuleba, D.I. (2010). International Legal Personality: Theory and its Prospects. *Almanac of International Law*, 2, 70-83.
- [16] Mykivych, M.M. (2000). To the Question of the International Legal Personality of the European Union. *Bulletin of Lviv University. Legal series*, 35, 66-68.
- [17] Mytsyk V.V. (2010). The question of the international legal personality of a natural person. *Almanac of International Law*, 2, 25-36.
- [18] Tsymbriivskiy, T.S. (2012). The concept of legal personality in modern international law: general theoretical problems. *Legal Magazine*, 1, 21-25.
- [19] Amerasinghe, C.F. (2011). Law of International Organizations: a Subject which needs Exploration and Analysis. In *Globalization and International Organizations*. Edward Kwakwa (Ed.). (pp. 7-39). Burlington: Ashgate.

- [20] Barberis, J.A. (1983). Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale. *Recueil des cours Académie de Droit International de La Haye*, 179-I, 215-216.
- [21] Lindblom, A.-K. (2005). *Non-Governmental Organizations in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [22] Nijman, J.E. (2010). Non-State Actors and the International Rule of Law: Revisiting the "Realist Theory" of International Legal Personality. *Non-State Actor Dynamics in International Law: From Law-takers to Law-makers*. M. Noortmann, C. Ryngaert (Eds.). (pp. 91-124). Aldershot: Ashgate.
- [23] Orakhelashvili, A. (2001). The Position of the Individual in International Law. *California Western International Law Journal*, 31, 241-276.
- [24] Parlett, K. (2008). The PCIJ's Opinion in Jurisdiction of the Courts of Danzig: Individual Rights under Treaties. *Journal of the History of International Law*, 10, 119-145.
- [25] Portmann, R. (2010). *Legal Personality in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- [26] Rossi, I. (2010). *Legal Status of Non-Governmental Organizations in International Law*. Antwerp [etc.]: Intersentia.
- [27] Trindade, Antônio Augusto Canzado. (2010). *International Law for Humankind: towards a new "Jus gentium"*. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- [28] Higgins, R. (1978). Conceptual Thinking about the Individual in International Law. *British Journal of International Studies*, 4, 1-19.
- [29] Cheng, B. (1991). Introduction to Subjects of International Law. In *International Law: Achievements and Prospects*. M. Bedjaoui (Ed.). (pp. 23-40). Dordrech: Martinus Nijhoff Publishers.
- [30] Goodwin-Gill, G., McAdam, J., & Dunlop, E. (2021). *The Refugee in International Law*. Fourth ed. Oxford: Oxford University Press.
- [31] Coleman, N. (2009). *European Readmission Policy: Third Country Interests and Refugee Rights*. Leiden-Boston: BRILL.
- [32] Hathaway, J. (2021). *The Rights of Refugees under International Law*. (2 ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- [33] Buromenskyi, M.V. (2002). *International protection of human rights and the rights of refugees*. Kyiv: Office of the UN High Commissioner for Refugees.
- [34] Goncharenko, O.A. (2005). *Status of a refugee in international law*. PhD Thesis. Kharkiv.
- [35] Kotlyar, O.I. (2016). The place of the refugee institution in international law. *Visegrad Journal on Human Rights*, 1/2, 131-136.
- [36] Oliynyk, S.M. (2019). *International legal regulation of readmission of persons*. PhD Thesis. Kyiv.
- [37] Pavliv-Samoil, N.P. (2020). *Migration of the late 20th – early 21st centuries: a philosophical and legal study*. Lviv: Spolom.
- [38] Poedynok, O.R. (2010). *The rights of refugees in the context of the fragmentation of international law*. PhD Thesis. Kyiv.
- [39] Rymarenko, Yu.I. (2007). *International Migration Law*. Kyiv: KNT.
- [40] A/RES/217 A (III). *Universal Declaration of Human Rights*. Resolution adopted by the General Assembly on 10 December 1948. Retrieved from <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/043/88/PDF/NR004388.pdf?OpenElement>.
- [41] Pentikäinen, M. (2012). Changing International "Subjectivity" and Rights and Obligations Under International Law – Status of Corporations. *Utrecht Law Review*, 8(1), 145-154. Retrieved from <https://ssrn.com/abstract=1997168>.

- [42] Marcos, H., & Siddiqui, N.A. (2022). The Mainstream and the Intersubjective in International Law: From Subjectivity to Imagination. *Direito Internacional em Expansão: Estado da Arte*, XXII, 156-173. Retrieved from <https://ssrn.com/abstract=4241232>.
- [43] Tarasov, O.V. (2014). *Subject of international law: problems of modern theory*. Kharkiv: Pravo.
- [44] Tarasov, O.V. (2021). Personal dimension of dynamic changes in international law. In *International law in the world of dynamic changes: contours of the future international legal order*. V. Repetskyi, I. Zeman, & V. Gutnyk (Eds.). (pp. 75-88). Lviv, Drohobych: Kolo.
- [45] Mytsyk, V.V. (2019). *Natural persons in international law. International public law*. (Vols. 1-2); *Vol. 1: Fundamentals of Theory*. V.V. Mytsik (Ed.). (pp. 89-109). Kharkiv: Pravo.
- [46] Chetail, V. (2019). *International Migration Law*. Oxford: Oxford University Press.
- [47] Suprunovsky, A.I. (2022). International legal regulation of migration processes. *Actual problems of domestic jurisprudence*, 2, 107-111.
- [48] A/RES/2200 (XXI). *International Covenant on Civil and Political Rights*. Resolution adopted by the General Assembly on 16 December 1966. Retrieved from <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/005/03/PDF/NR000503.pdf?OpenElement>.
- [49] Convention relating to the Status of Refugees. Signed at Geneva, on 28 July 1951. (1954). *United Nations, Treaty Series*, 189(2545), 137-220. Retrieved from <https://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%20189/volume-189-I-2545-English.pdf>.
- [50] Protocol relating to the Status of Refugees. Done at New York, on 31 January 1967. (1967). *United Nations, Treaty Series*, 606(8791), 267-276. Retrieved from <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20606/volume-606-I-8791-English.pdf>.
- [51] A/RES/428 (V). *Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*. Resolution adopted by the General Assembly on 14 December 1950. Retrieved from <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/060/26/PDF/NR006026.pdf?OpenElement>.
- [52] Soroka, I.O. (2021). *International Legal Status of Asylum Seekers*. PhD Thesis. Odesa. Retrieved from https://moodle.znu.edu.ua/pluginfile.php/764624/mod_resource/content/1/Диссертация%20Сорока%20И.А.%20%281%29.pdf.
- [53] *Convention on the Protection of the Civilian Population in Time of War*. Geneva, August 12, 1949. Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text.
- [54] A/RES/2323 (XXII). *Declaration on Territorial Asylum*. Resolution adopted by the General Assembly on 14 December 1967. Retrieved from <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/236/47/PDF/NR023647.pdf?OpenElement>.
- [55] A/69/10. Text of the draft articles on the expulsion of aliens. *Report of the International Law Commission. Sixty-sixth session (5 May – 6 June and 7 July – 8 August 2014). General Assembly. Official Records. Sixty-ninth session. Supplement No. 10*. New York: United Nations, 2014. P. 11-17. Retrieved from <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/134/72/pdf/G1413472.pdf?OpenElement>.
- [56] A/RES/71/1. *New York Declaration for Refugees and Migrants. Resolution adopted by the General Assembly on 19 September 2016*. Retrieved from <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/291/97/PDF/N1629197.pdf?OpenElement>.

- [57] A/RES/73/151. *Office of the United Nations High Commissioner for Refugees*. Resolution adopted by the General Assembly on 17 December 2018. Retrieved from <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/446/08/PDF/N1844608.pdf?OpenElement>.
- [58] A/RES/73/195. *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration 10.12.2018*. Resolution adopted by the General Assembly on 19 December 2018. Retrieved from <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/451/99/PDF/N1845199.pdf?OpenElement>.
- [59] A/RES/76/266. *Progress Declaration of the International Migration Review Forum*. Resolution adopted by the General Assembly on 7 June 2022. Retrieved from <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/376/66/PDF/N2237666.pdf?OpenElement>.
- [60] OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa. Concluded at Addis Ababa on 10 September 1969. *United Nations, Treaty Series*. 1976. Vol. 1001. No. 14691. P. 45-52. Retrieved from <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201001/volume-1001-I-14691-English.pdf>.
- [61] OAS Convention on diplomatic asylum. Concluded at Caracas on 28 March 1954. *United Nations, Treaty Series*. 1986. Vol. 1438. No. 24377. P. 104-125. Retrieved from <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201438/volume-1438-I-24377-English.pdf>.
- [62] Lauterpacht, G. (2018). The Universal Declaration of Human Rights (chapter from the book by G. Lauterpacht "International Law and Human Rights" (London, 1950). In *The World Manifesto of Legal Humanism. The Universal Declaration of Human Rights as the Basis of International and National Human Rights Protection*. P.M. Rabinovych (Ed.) (pp. 151-174). Lviv: BF "Medicine and Law".
- [63] Agreement between the Cabinet of Ministers of Ukraine and the Executive Power of Georgia on the acceptance and transfer (readmission) of persons who are in the territories of states illegally dated April 22, 2003. Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/268_050#Text.
- [64] Agreement between the Cabinet of Ministers of Ukraine and the Government of the Russian Federation on readmission dated October 22, 2013. Retrieved from https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/643_419#Text.
- [65] On the suspension of the Agreement between the Cabinet of Ministers of Ukraine and the Government of the Russian Federation on readmission: draft law dated August 23, 2023 No. 0219. Retrieved from <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/42596>.
- [66] Ukraine terminated three more agreements with the Russian Federation. (August 24, 2023) *UNN. Ukrainian national news. Information agency*. Retrieved from <https://www.unn.com.ua/uk/news/2043266-ukrayina-rozirvala-sche-tri-ugodi-z-rf>.

Олег Володимирович Тарасов

доктор юридичних наук, доцент,

доцент кафедри міжнародного права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна

e-mail: o.v.tarasov@nlu.edu.ua

ORCID 0000-0002-9070-5965

Oleh V. Tarasov

Doctor of Law, Associate Professor,
Associate Professor of the Department of International Law
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: o.v.tarasov@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0002-9070-5965

Рекомендоване цитування: Тарасов О. В. Міжнародна міграційна правосуб'єктність людини: персонологічний вимір. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 162. С. 218–238. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.287143>.

Suggested Citation: Tarasov, O.V. (2023). Legal Personality in International Migration: the Personological Aspect. *Problems of Legality*, 162, 218-238. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.287143>.

Статтю подано / Submitted: 30.08.2023
Доопрацьовано / Revised: 14.09.2023
Схвалено до друку / Accepted: 18.09.2023
Опубліковано / Published: 28.09.2023

Внесок Герша Лаутерпахта в розвиток міжнародного захисту прав людини

Віталій Володимирович Гутник*

Вільнюський університет, Вільнюс, Литовська Республіка,
Львівський національний університет імені Івана Франка, Львів, Україна
*e-mail: vitalii.gutnyk@lnu.edu.ua

Анотація

Статтю присвячено внеску Герша Лаутерпахта в розвиток концепції міжнародного захисту прав людини та міжнародного права прав людини у цілому. У дослідженні проаналізовано відповідні норми міжнародного права та наукові праці Герша Лаутерпахта; значна увага приділена рецензіям провідних науковців на монографії Герша Лаутерпахта «Міжнародний Білль прав людини», опублікованої у 1945 р., та «Міжнародне право та права людини» 1950 р. Мета статті полягає в тому, щоб на підставі аналізу наукових праць Герша Лаутерпахта дослідити його внесок у розвиток концепції міжнародного захисту прав людини. У дослідженні застосовувалися як загальні (діалектичний та системно-структурний), так і спеціальні (історико-правовий, порівняльно-правовий та формально-догматичний) методи наукового пізнання. У статті визначено передумови вибору Гершом Лаутерпахтом своїм науковим інтересом міжнародний захист прав людини, досліджено особливості наукового середовища, у межах якого він розробляв концепцію міжнародного захисту прав людини, викладено основні доктринальні підходи до контрольного механізму захисту прав людини. Особливу увагу приділено прогресивності концепції міжнародного контролю Герша Лаутерпахта за дотриманням прав людини та перешкодам у його становленні на універсальному рівні. На підставі проведеного дослідження сформульовано висновок, що Герш Лаутерпахт серед низки науковців середини ХХ ст., які розробляли концепції міжнародно-правового закріплення прав людини, найбільш ґрунтовно дослідивши генезис становлення прав людини та використовуючи природно-правові підходи, запропонував модель ефективного міжнародного захисту прав людини. Погляди Герша Лаутерпахта щодо необхідності реального забезпечення прав людини на універсальному рівні, а не простого декларування, були досить передовими, і значно випереджували час. Певною мірою їх можна сприймати як ідеалістичні, адже й сьогодні досягнення однакового універсального міжнародного стандарту гарантування прав людини (особливо економічних, соціальних та культурних) є малоімовірним.

Ключові слова: Лаутерпахт; війна; збройний конфлікт; права людини; міжнародне право; природне право; міжнародний правопорядок.

Contribution of Hersch Lauterpacht to the Development of International Protection of Human Rights

Vitalii V. Gutnyk*

Vilnius University, Vilnius, Republic of Lithuania,
Ivan Franko Lviv National University, Lviv, Ukraine
*e-mail: vitalii.gutnyk@lnu.edu.ua

Abstract

The article is devoted to Hersch Lauterpacht's contribution to the development of the concept of international protection of human rights and international human rights law in general. The study analyzes relevant norms of international law and scientific works of Hersch Lauterpacht; considerable attention is paid to the reviews of leading scientists on Hersch Lauterpacht's books "An International Bill of the Rights of Man" published in 1945 and "International Law and Human Rights" in 1950. The purpose of the article is to, based on the analysis of Hersch Lauterpacht's scientific works, investigate his contribution to the development of the concept of international protection of human rights. Both general (dialectical and systemic-structural) and special (historical-legal, comparative-legal and formal-dogmatic) scientific methods were used in the research. The article defines the prerequisites for Hersch Lauterpacht's choice of international human rights protection as his scientific interest, explores the peculiarities of the scientific environment within which Hersch Lauterpacht developed the concept of international human rights protection, outlines the main doctrinal approaches to the control mechanism of human rights protection. Particular attention is paid to the progressiveness of Hersch Lauterpacht's concept of international control over the observance of human rights and obstacles to its establishment at the universal level. On the basis of the conducted research, the conclusion was formulated that Hersch Lauterpacht, among a number of scientists of the middle of the 20th century who developed the concepts of international legal regulations of human rights, most thoroughly, after investigating the genesis of the formation of human rights and using natural law approaches, proposed a model of effective international protection of human rights. Hersch Lauterpacht's views on the need for real guarantees of human rights at the universal level, rather than a simple declaration, were quite advanced and far ahead of their time. To a certain extent, they can be perceived as idealistic since even today, the achievement of the same universal international standard of guaranteeing human rights (especially economic, social and cultural) is improbable.

Keywords: Lauterpacht; war; armed conflict; human rights; international law; natural law; international legal order.

Вступ

Герш Лаутерпахт цілком справедливо вважається одним із найвідоміших юристів-міжнародників [1; 2, с. 334; 3, с. 54], який є вихідцем з українських земель.

Наукові погляди Г. Лаутерпахта були досить різноманітними та варіювалися від функцій права у міжнародних відносинах [4; 5] і до міжнародно-правових аспектів суверенітету над підводними районами [6]. За редакцією Г. Лаутерпахта видано один із найавторитетніших підручників із міжнародного права, також він як запрошений професор читав загальний та спеціальні курси з міжнародного публічного права в Гаазькій академії міжнародного права. Крім того, Г. Лаутерпахт працював професором кафедри міжнародного права в Кембриджському університеті (1937–1955), був членом *Institut de Droit International* (1949–1960) і Комісії міжнародного права (1953 та 1954), а також суддею Міжнародного суду ООН (1954–1960) [7, с. 1164]. Попри різноманіття наукових поглядів, у сучасній міжнародно-правовій доктрині він вважається одним із розробників концепції міжнародного захисту прав людини.

Метою цієї статті є дослідження внеску Г. Лаутерпахта в розвиток концепції міжнародного захисту прав людини. Незважаючи на важливість комплексного дослідження окресленої проблематики, наявні наукові розвідки обмежуються лише окремими аспектами предмета цієї роботи.

Досягнення мети дослідження передбачає вирішення таких завдань: дослідити передумови вибору Г. Лаутерпахтом своїм головним науковим інтересом міжнародний захист прав людини; охарактеризувати перші наукові кроки в розробці концепції міжнародного захисту прав людини та його доктринальні підходи до контрольного механізму захисту прав людини, викладені в монографії «Міжнародний Білль прав людини»; визначити особливості розвитку концепції міжнародного захисту прав людини Г. Лаутерпахта після прийняття Статуту ООН; дослідити основні концептуальні положення міжнародного захисту прав людини, викладені Г. Лаутерпахтом у його монографії «Міжнародне право та права людини».

Огляд літератури

Міжнародно-правові погляди Г. Лаутерпахта неодноразово становили предмет дослідження окремих науковців. Наукова спадщина Г. Лаутерпахта є такою багатогранною, а його науковий авторитет настільки великий, що його міжнародно-правовим поглядам було присвячено спецвипуск Європейського журналу міжнародного права у 1997 р. [8].

У міжнародно-правовій науці дослідження внеску Г. Лаутерпахта в розвиток міжнародного захисту прав людини обмежується окремими його аспектами. Так, у зарубіжних наукових працях окремих аспектів міжнародно-правових поглядів Г. Лаутерпахта щодо захисту прав людини торкалися С. W. Jenks

[9], M. Kresic [10], A.W. Simpson [11], M. Koskenniemi [1]. Важливою для розуміння постаті Г. Лаутерпахта та його внеску в міжнародний захист прав людини є рецензії на монографії науковця, які стосуються прав людини [12–15], та наукова праця його сина – професора Еліха Лаутерпахта «Життя Герша Лаутерпахта» [16].

Що стосується української юридичної науки, то окремі міжнародно-правові погляди Г. Лаутерпахта у сфері захисту прав людини детально досліджувалися у працях П. М. Рабіновича, який розглядав Г. Лаутерпахта як першого проєктанта спеціального органу ООН з контролю за дотриманням її Міжнародного білля прав людини [17] та автора ідеї й першого проєкту Міжнародного білля (Загальної декларації) прав людини [18], а також у наукових публікаціях О. М. Шередько, яка розглядала вплив Г. Лаутерпахта на закріплення фундаментальних прав людини [19] та юснатуралізм як основу концепції міжнародного захисту прав людини у працях Г. Лаутерпахта [20]. Попри розгляд окремих аспектів міжнародно-правової спадщини Г. Лаутерпахта у сфері захисту прав людини, комплексного наукового дослідження внеску Г. Лаутерпахта в міжнародний захист прав людини не проводилося.

Матеріали та методи

У цьому дослідженні розглядається внесок Г. Лаутерпахта, одного з найавторитетніших юристів-міжнародників ХХ ст., у розвиток міжнародного захисту прав людини. Дослідження проводилося шляхом аналізу як наукових праць Г. Лаутерпахта та його поглядів при залученні його доповідачем у Комісії з прав людини, так і загального стану розвитку міжнародного права прав людини на той час. У статті коротко пояснюється прогресивність концепції міжнародного контролю Г. Лаутерпахта за дотриманням прав людини та перешкоди у його становленні на універсальному рівні. Аналізуються відповідні норми міжнародного права, наукові праці Г. Лаутерпахта та інших вчених; значна увага приділена рецензіям провідних науковців на монографії Г. Лаутерпахта «Міжнародний Білля прав людини», опублікованої у 1945 р. та «Міжнародне право та права людини» 1950 р.

Виходячи з визначеного предмета та завдань у дослідженні застосовувалися загальні та спеціальні методи наукового пізнання. Серед загальних методів використані діалектичний та системно-структурний. Діалектичний метод пізнання дав змогу дослідити цінність концепції міжнародного захисту прав людини, сформульованої Г. Лаутерпахтом, особливо його бачення міжнародного контрольного механізму гарантування прав людини, для подальшого розвитку міжнародного права прав людини. Системно-структурний метод

дав змогу розглядати міжнародний захист прав людини як комплексне явище, в якому чільне місце належить контрольному механізму за дотриманням прав людини.

У проведеному дослідженні використані такі спеціальні методи правової науки, як: історико-правовий – для аналізу генезису концепції міжнародного захисту прав людини Г. Лаутерпахта; порівняльно-правовий – для порівняння міжнародно-правових поглядів Г. Лаутерпахта щодо міжнародного захисту прав людини з науковими поглядами інших науковців; формально-догматичний – для тлумачення положень, які містяться в Статуті ООН та Загальній декларації прав людини.

Результати та обговорення

Чому Г. Лаутерпахт обрав своїм головним науковим інтересом міжнародний захист прав людини?

Серед різноманіття наукових розробок Г. Лаутерпахта особливо виокремлюються праці, пов'язані з міжнародним захистом прав людини. Чому ж професор Г. Лаутерпахт обрав такий напрям своїх наукових інтересів? Дослідники наукового доробку Г. Лаутерпахта підкреслюють, що під час Другої світової війни у часи Голокосту в нього загинула більша частина його родини (зокрема батьки, брат, сестра та їхні діти) [1, с. 244]; отже, переживши таку трагедію, Г. Лаутерпахт, ймовірно, не хотів допустити наступного повторення настільки масових порушень прав людини. При цьому варто підкреслити, що попри такі вражаючі події в житті науковця, аналіз його монографій, наукових статей, а також опублікованих доповідей показує, що він жодного разу в своїх наукових працях та виступах не згадував про це.

На додаток до особистої трагедії, пов'язаної з Голокостом, за спогадами сина Г. Лаутерпахта – Еліха Лаутерпахта, у квітні 1942 р. Г. Лаутерпахт отримав від Американського єврейського комітету запрошення написати книгу щодо міжнародного права прав людини. Угода була укладена в травні 1942 р., і Комітет погодився оплатити йому гонорар у розмірі 2500 доларів США та на додаток до гонорару – 800 доларів США для секретарських та інших витрат [16, с. 251]. Як підкреслював Е. Лаутерпахт, «від самого початку було ясно, що дослідження не повинно обмежуватися змістом Білля прав людини, але бути продовженням до дискусії щодо заходів гарантування таких прав» [16, с. 251].

Слід наголосити, що Г. Лаутерпахт не був першим науковцем, який обґрунтував необхідність нормативного закріплення прав людини у міжнародному документі. Так, П. М. Рабінович, який у вітчизняній науці першим ґрунтовно

досліджував міжнародно-правову спадщину Г. Лаутерпахта у сфері прав людини [17; 18], звертає увагу на те, що пропозиції надати основоположним правам людини міжнародного статусу і закріпити його в міжнародному документі неодноразово піднімалися ще з 20-х років минулого століття, зокрема, восени 1928 р. у Парижі в Інституті міжнародного права було підготовлено проєкт «Декларації міжнародних прав людини», а у квітні 1929 р. його було схвалено на пленарній сесії цього Інституту, що відбувалася у Нью-Йорку (США). Наступною значною подією стало схвалення Французькою лігою прав людини у липні 1936 р. на конгресі у Діжоні Додатку до Декларації прав людини і громадянина. І, нарешті, третьою помітною подією був підготовлений Г. Веллсом у жовтні 1939 р. проєкт «Декларації прав людини» [17, с. 27]. Також Г. Лаутерпахт не був першим, хто запропонував термін міжнародний «Біль» прав людини; власне, цей термін активно вживався в міжнародно-правовій доктрині того часу, особливо в дослідженнях, що проводилися під егідою Американського юридичного інституту, який розробляв свій проєкт «Міжнародного Білля прав» [21–23], однак він був першим, хто досить детально розробив механізм міжнародного контролю за дотриманням прав людини [17, с. 27].

Професор С. W Jenks, який особисто знав Г. Лаутерпахта, у 1960 р. опублікував наукову статтю: «Герш Лаутерпахт: науковець та пророк» (англ. *Hersch Lauterpacht: The Scholar as Prophet*), в якій підкреслював високі моральні якості Г. Лаутерпахта та дуже цікаві й далекоглядні його науково-практичні погляди. Як учений, як викладач, як редактор наукового журналу, як радник урядів, як кодифікатор і як суддя Міжнародного суду ООН він ставився до кожного завдання, яке випадало на його долю, з почуттям надзвичайної відповідальності. Г. Лаутерпахт вважав, що людство переросло свої політичні рамки, а науково-технічний прогрес створив світ, у якому моральні стандарти та політичні інститути не встигають за дедалі складнішими та нагальними потребами; криза, що виникла, ставить під загрозу фундаментальні моральні цінності та все те, що ми повинні найбільше цінувати в нашій культурній спадщині, і може поставити під загрозу майбутнє самого людського роду; переживаючи одну з грандіозних кульмінаційних подій історії, юрист-міжнародник, хоч і не в змозі вирішально вплинути на хід подій, утім, може і повинен взяти на себе повною мірою відповідальність за сприяння та керівництво розвитком правового порядку, що ґрунтується на свободі, заснованому на справедливості та спрямованому на підтримку миру [9, с. 102–103]. Очевидно, такі моральні орієнтири та цінності Г. Лаутерпахта й дали поштовх для розвитку його ідей щодо міжнародного захисту прав людини.

Перші кроки в розробці концепції міжнародного захисту прав людини. Міжнародний Білль прав людини

Досить типовим для кожного науковця зростати в певному науковому середовищі та мати змогу ділитися своїми поглядами з колегами. Перші кроки у розробці концепції прав людини Г. Лаутерпахт зробив у Великій Британії у 1942 р. у межах Товариства Гроція (англ. *Grotius Society*). По суті, Товариство Гроція стало центром міжнародного права у Великій Британії та й у цілому в Європі під час Другої світової війни. У 1958 р. Товариство було реорганізоване та стало фундаментом для створення широко відомого сьогодні Британського інституту міжнародного та порівняльного права (англ. *British Institute of International and Comparative Law (BIICL)*) [24].

Протягом року Товариство Гроція проводило близько десяти засідань. Власне це Товариство стало для Г. Лаутерпахта унікальним науковим майданчиком, у межах якого провідні юристи-міжнародники могли ділитися своїми ідеями з колегами. Доповіді, протоколи та інші матеріали засідань Товариства Гроція згодом видавалися у «Віснику Товариства Гроція» (англ. *Transactions of the Grotius Society*) [25].

Для прикладу, у випуску 28 за 1942 р. «Вісника Товариства Гроція» містилися такі статті (наукові доповіді): «Міжнародне право та морські, військові та повітряні суди іноземних урядів у Сполученому Королівстві» (автор – Р. Куратовський) [26]; «Міжнародне кримінальне правосуддя в мирний час» (автор – Дж. Вайс) [27], «Міжнародне право та причини війни» (автор – А. Л. Гудхарт) [28], «Деякі правові аспекти фінансування міжнародних установ» (автор – К. В. Дженкс) [29], «Психологічний статус сучасного міжнародного права» (автор – Р. Вест) [30], «Громадянство в міжнародному праві» (наукові записки за результатами обговорення в Товаристві Гроція зі вступом В. Р. Бішоп) [31].

Цікаво, що доповідь на тему «Право націй, природне право та права людини», зроблену професором Г. Лаутерпахтом 2 грудня 1942 р., включено у випуск 29 (1943) «Вісника» через те, що «вона була отримана надто пізно для включення у випуск 28» [32, с. XXII]. Можна припустити, що професор Г. Лаутерпахт після його наукової доповіді у Товаристві ще значно доопрацював її перед опублікуванням.

Повертаючись до наукової доповіді професора Г. Лаутерпахта «Право націй, природне право та права людини», то в ній автор звертається до проблеми міжнародного визнання та захисту прав людини, зокрема в контексті пропозиції щодо Міжнародного Білля з прав людини (англ. *An International Bill of the Rights of Man*) [33]. У центрі його концепції міжнародного захисту прав людини лежать природно-правові ідеї [10, с. 496; 20]. Проводячи

дослідження генезису ідей природного права, Г. Лаутерпахт звертає увагу, що вони не просто становлять історичний інтерес для розуміння природи прав людини. На думку науковця, «якщо ми хочемо з будь-якою надією на успіх зіткнутися з дивовижними і, здавалося б, нерозв'язними проблемами Міжнародної хартії прав людини, доцільно шукати допомоги через наслідування людських міркувань з цього питання та пошуку справжнього об'єкта міжнародного права»; «окрема людина – її добробут і свобода її особистості в її різноманітних проявах – є кінцевою одиницею для всього права» [33, с. 31]. Власне такі погляди підкреслюють антропоцентричні підходи науковця до розуміння міжнародного права, які сформувалися на основі концепції природного права.

Наступним кроком професора Г. Лаутерпахта стало завершення його книги «Міжнародний Білль прав людини». Ця книга була завершена у 1944 р., і Герш Лаутерпахт подав її до видавництва Колумбійського університету (англ. *Columbia University Press*), з яким Американський єврейський комітет (який і був ініціатором написання такої книги) мав домовленість щодо її друку [16, с. 252].

Книга «Міжнародний Білль прав людини» вийшла друком у 1945 р. та складається з трьох розділів. До розділу 1 «Право націй, природне право та права людини» увійшли проведені ним дослідження у 1942–1943 рр., зокрема вищезгадана Доповідь, зроблена в межах засідання Товариства Гроція у 1942 р. та опублікована у «Віснику Товариства Гроція», а також серія лекцій, прочитана Г. Лаутерпахтом у Кембриджі у 1943 р. [16, с. 252]. Другий розділ містить сам текст Міжнародного Білля прав людини. У третьому розділі передбачений механізм забезпечення Міжнародного Білля прав людини, в якому особлива увага приділена створенню та процедурі діяльності Високої Комісії щодо нагляду за дотриманням Міжнародного Білля прав людини [34].

Варто підтримати позицію А. В. Сімпсона, який звертає особливу увагу на те, що найважливішою частиною Міжнародного Білля прав людини є концепція примусового виконання Білля. Погляд Лаутерпахта на це ґрунтувався на трьох принципах: перший полягав у тому, що належне виконання прав людини має бути предметом внутрішнього законодавства, і тому включення Міжнародного Білля прав людини до національного законодавства мало би бути обов'язковим; другий полягав у тому, що має бути створений постійний міжнародний орган – Комісія, яка займалася б не просто порушеннями прав, а й постійним наглядом і моніторингом, причому вона не має бути ані політичним, ані судовим органом (Г. Лаутерпахт відкидав ідею міжнародного

судового захисту прав людини як нездійсненну); третій принцип полягав у тому, що такий орган повинен володіти остаточними та ефективними повноваженнями для забезпечення виконання Білля прав людини та бути інкорпорованим у систему ООН [11, с. 69].

«Міжнародний Білля прав людини» Г. Лаутерпахта викликав значний інтерес як у науковій, так і в практичній сфері. Зокрема, рецензію на рукопис книги у 1945 р. написав один із найвідоміших американських юристів-міжнародників П. Джессап [12], який відзначав, що хоча ідея такого міжнародного білля прав зовсім не нова, але значний внесок професора Лаутерпахта полягає в тому, що він висвітлив цю ідею та розробив свій план і свої аргументи, що в світлі подій робить книгу особливо переконливою. Рецензент підкреслює, що пропозиції професора Лаутерпахта «все ще простягаються в майбутнє і не будуть реалізовані відразу, але він має справу з життєво важливою поточною проблемою». П. Джессап зауважує сміливість та прогресивність ідей Г. Лаутерпахта, який «спокійно визнає, що одне з “революційних нововведень” полягає в тому, щоб покінути із застарілою доктриною, згідно з якою особа є об’єктом, а не суб’єктом права націй»; при цьому автор звертає увагу на пропозиції Г. Лаутерпахта щодо міжнародного механізму нагляду за дотриманням прав людини: «з процесуальної сторони він не пропонує, щоб особи мали прямий доступ до міжнародного судового органу, але він надає право на подання петиції, яке започаткувало б “міжнародну процедуру розслідування” міжнародним органом». Також П. Джессап підкреслює практичний характер цієї праці, яка є корисним посібником для офіційних осіб іноземних відомств і урядових представників [12, с. 847].

Розвиток концепції міжнародного захисту прав людини Г. Лаутерпахта після прийняття Статуту ООН

«Міжнародний Білля прав людини» Г. Лаутерпахта вийшов друком у червні 1945 р., практично у той же час, коли був прийнятий Статут ООН [16, с. 256]. Серед іншого Статут передбачив досить важливі положення, які стосуються прав людини. Зокрема, у преамбулі Статуту йдеться про «утвердження віри в основні права людини, у гідність і цінність людської особистості», у підп. «б» п. 1 ст. 13 Статуту передбачені повноваження Генеральної Асамблеї організовувати дослідження та надавати рекомендації з метою «сприяти реалізації прав людини й основних свобод для всіх, без розрізнення раси, статі мови та релігії»; у підп. «в» ст. 55 Статуту нормативно закріплено сприяння ООН «загальній повазі та дотриманню прав людини й основних свобод для всіх, без розрізнення раси, статі, мови й релігії». Важливою є особлива роль Економічної та соціальної ради ООН (далі –

ЕКОСОР), яка згідно з пп. 2–3 ст. 62 Статуту «має повноваження надавати рекомендації з метою заохочення поваги і дотримання прав людини та основних свобод для всіх» та «готувати для подання до Генеральної Асамблеї проекти конвенцій з питань, що входять до її компетенції». Крім того, відповідно до ст. 68 Статуту, ЕКОСОР вправі створювати комісії в економічній та соціальній галузях та із заохочення прав людини [35].

Отже, відповідно до ст. 68 Статуту ООН під егідою ЕКОСОР у 1946 р. була утворена Комісія з прав людини.

Комісія на своїй першій сесії на початку 1947 р. уповноважила своїх посадових осіб сформулювати те, що вона назвала «попереднім проектом Міжнародного Білля прав людини». Пізніше роботу взяв на себе офіційний редакційний комітет, що складався з членів Комісії з восьми держав, відібраних з урахуванням географічного розподілу [36].

На початку роботи Комісії з прав людини висловлювалися різні погляди щодо форми, якої мав набути Білля прав. Редакційний комітет вирішив підготувати два документи: один у формі декларації, яка б викладала загальні принципи або стандарти прав людини; інший у формі конвенції, яка б визначала конкретні права та їх межі. На другій сесії, у грудні 1947 р., Комісія вирішила вжити термін «Міжнародний Білля прав людини» до серії документів, що готуються [36].

Цікаво, що доповідачем на засіданні Комісії з прав людини був Г. Лаутерпахт, який 12 травня 1948 р. подав Попередню доповідь, що складалася з 65 сторінок та містила серед іншого авторський проект Міжнародного Білля прав людини, що був включений в основний текст Доповіді, а також, як додаток до Доповіді, містилися проект Декларації з прав людини та проект Конвенції з прав людини [37].

У згаданій Доповіді Г. Лаутерпахт звертає увагу на те, що Статут ООН є орієнтиром у визнанні статусу особи та її захисту міжнародним співтовариством; положення Статуту щодо прав людини та основних свобод виражають юридичні зобов'язання, обов'язкові для членів ООН [37, с. 1]. Особливо автор підкреслював, що доцільним є створення ефективного механізму міжнародного нагляду за дотриманням прав людини; на його думку, слід унеможливити, щоб Білля «був прийнятий як гола декларація, яка мало що дасть» [37, с. 1]. На той час у Комісії переважала думка про доцільність прийняття двох окремих документів: одного з переліком прав людини та іншого – з механізмом нагляду за дотриманням прав людини. З погляду науковця, недоцільним є розділення Білля прав людини на два окремі документи: сам перелік прав людини та механізм забезпечення його

виконання, через те, що ці два питання є взаємопов'язаними. Г. Лаутерпахт наголошував, що «характер і обсяг прав, які ми вирішуємо включити в нього, повинні визначатися обов'язком його виконання, для того щоб гарантувати реалізацію таких прав» [37, с. 3]. Власне й сам Статут ООН, як підкреслював дослідник, у ст. 55 передбачає, що ООН сприяє загальній повазі та дотриманню прав людини й основних свобод, отже, вже з цієї норми випливає чіткий обов'язок колективних дій щодо гарантування прав людини, тобто створення та діяльності відповідного органу міжнародного нагляду (контролю) за їх дотриманням [37, с. 12].

Генеральна Асамблея ООН своєю резолюцією 217 А (III) від 10 грудня 1948 р. прийняла Загальну декларацію прав людини, яка в декларативній формі передбачила перелік прав людини, без будь-якого механізму їх гарантування [38]. Цікаво, що після прийняття Загальної декларації прав людини Г. Лаутерпахт опублікував у Британському щорічнику міжнародного права статтю, яка так і називалася: «Загальна декларація прав людини», в якій згадана декларація, на думку науковця, «була визнана історичною подією глибокого значення і як одне з найбільших досягнень ООН» [39, с. 354]. Проте науковець ставив під сумнів доцільність такого документа як декларації. Зокрема, він зауважував, що члени ООН, підкреслюючи важливість Декларації, відмовилися від ідеї, що Декларація повинна накладати на них юридичне зобов'язання поважати проголошені нею права людини та основні свободи. «Дебати в Генеральній Асамблеї та в Третьому комітеті не виявили жодного занепокоєння через невідповідність між проголошенням універсального характеру прав людини, що є предметом Декларації, та відмовою від правового обов'язку надати їм юридичної сили» [39, с. 357]. На думку Г. Лаутерпахта, тільки прийняття Міжнародного Білля прав людини як ефективного інструменту, який матиме юридичну силу та механізм міжнародного нагляду за дотриманням прав людини, зможе забезпечити історичне досягнення Статуту ООН у сфері прав людини та основних свобод. Білля прав людини є могутньою зброєю для виконання завдання щодо гарантування прав людини, яке, поряд із завданням збереження миру, становить визначальну мету Статуту ООН та міжнародного права [39, с. 357].

«Міжнародне право та права людини»

Після прийняття Статуту ООН та Загальної декларації прав людини 1948 р. Г. Лаутерпахт продовжив наукову розробку концепції міжнародного захисту прав людини, й у 1950 р. опублікував книгу «Міжнародне право та права людини» (англ. *“International Law and Human Rights”*) [40], яка стала продовженням його концепції міжнародного захисту прав людини. У передмові

до цього видання автор підкреслював, що після прийняття Статуту ООН концептуальні питання прав людини підлягають переосмисленню, зокрема щодо подальших зусиль, які мають бути спрямовані на те, щоб зробити положення Статуту ООН у сфері захисту прав людини ефективними на ширшому тлі проблеми суб'єктів міжнародного права та взаємодії права націй (міжнародного права) і природного права у зв'язку з постійним питанням формату «уряд – забезпечення природних і невід'ємних прав людини» [40, с. VII]. З огляду на такі міркування Г. Лаутерпахт побудував структуру свого дослідження, яке містило три частини: «Частина 1. Права людини та право націй», «Частина 2. Права людини за Статутом ООН», «Частина 3. Міжнародний Білль прав людини».

Варто підтримати думку К. В. Дженкса, який підкреслює, що приблизно половина книги (включає Частина I, Розділ 2 Частина II та вступний розділ і заключні абзаци Частина III) — це обговорення загальних принципів «постійного значення» [9, с. 52], які навряд чи втратять свою актуальність та наукову цінність з часом. Зокрема, Частина I книги — це обговорення в найширшій перспективі місця прав людини в міжнародному праві «на ширшому тлі проблеми суб'єктів міжнародного права» та взаємодії права націй (міжнародного права) та природного права у зв'язку з постійним питанням: влада (уряд) — забезпечення природних і невід'ємних прав людини [9, с. 52]. Як і попереднє видання «Міжнародний Білль прав людини» 1945 р., ця книга професора Лаутерпахта отримала позитивні рецензії, зокрема, як така, що «стане бажаним джерелом переконливого аналізу для тих, хто вважає, що ортодоксальні концепції міжнародного права потребують перегляду» [13, с. 519], а також була відзначена як праця, «що значною мірою сприяє подальшій трансформації права націй від права держав до права міжнародного суспільства з окремою людиною в самому центрі його конституційної структури» [14, с. 1056]. Особлива увага у рецензіях приділялася перспективності міжнародного нагляду за дотриманням прав людини, зокрема, К. Меєр акцентував увагу, що такий міжнародний нагляд за дотриманням прав людини, навіть якщо його спочатку погодить лише обмежена кількість урядів, матиме потужний вплив на інші держави [13, с. 521]. Власне, такі рецензії показують дуже авторитетний характер цієї праці Г. Лаутерпахта, що ґрунтується на його антропоцентричних підходах до розуміння міжнародного права та концепції природного права [19, с. 27; 20, с. 395].

Книга «Міжнародне право та права людини» Г. Лаутерпахта, попри визнаний авторитет автора, викликала дискусії, деякі з них зводилися до її гострої критики. Так, для прикладу в рецензії (автор не зазначений) на згадану книгу, що була опублікована в «Юридичному щоквартальнику Північної

Ірландії», констатовано, що незважаючи на те, що у Статуті ООН держави «підтвердили свою віру в основні права людини», а Генеральна Асамблея проголосила у своїй Загальній декларації прав людини, що «кожна людина має всі права і свободи, викладені в цій Декларації», коли справа доходить до отримання практичної допомоги окремій людині, «ми більш-менш знаходимося там, де ми почали в Темні віки» [15, с. 175]. Власне, на думку анонімого рецензента, коли хтось намагається скласти універсальний документ, однаково прийнятний у Москві, Лондоні та на Гаїті, компроміси, що мають бути досягнуті, призводять до нечітких узагальнень і двозначних виразів [15, с. 175]. І справді, на універсальному рівні, зважаючи на соціальну неоднорідність різних держав та відмінності в їхніх поглядах на права людини, складно всі права звести до спільного знаменника, особливо коли це стосується соціальних, економічних та культурних прав. Тому, у 60-х роках ХХ ст. стало очевидним, що коли щодо громадянських та політичних прав можливо встановити єдині стандарти їх гарантування, то щодо соціальних, економічних та культурних прав дійти спільного знаменника не вдавалося. Тому, 16 грудня 1966 р. був прийнятий не один, а два окремі Пакти: Міжнародний пакт про громадянські і політичні права і Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права. Пакт про громадянські і політичні права покладає на держав-учасниць зобов'язання «поважати і забезпечувати» та містить контрольний орган – Комітет з прав людини щодо дотримання таких прав, тоді як держави-учасниці Пакту про економічні, соціальні і культурні права зобов'язуються тільки вжити максимально можливих заходів, тобто у межах наявних можливостей, щоб поступово забезпечити реалізацію прав, передбачених Пактом [41, с. 181].

Очевидно, що Г. Лаутерпахт виходив із концепції універсалізму до прав людини, за якою права людини мають глобальний характер й усі держави повинні їх гарантувати [42, с. 558], й відкидав теорію культурного релятивізму, за якою міжнародний правопорядок, що ґрунтується на універсальних загальноприйнятих об'єктивних моральних та раціональних стандартах, є недосяжним [43, с. 1029]. Видається, що у сучасному розумінні прав людини найбільш прийнятною є концепція плюралізму, що зводиться до поєднання універсального змісту певних цінностей, стандартів прав людини з визнанням необхідності врахування особливостей культури держав, в якій проживають індивіди [44, с. 25; 45, с. 12].

Саме через це на універсальному рівні неможливо побудувати єдиний контрольний механізм за дотриманням прав людини, це можливо зробити тільки в межах регіональних міжнародно-правових систем. Тому в межах Ради Європи, з огляду на близькість соціального, економічного

та культурного розвитку й власне концептуального бачення прав людини, державам-учасницям Ради Європи вдалося прийняти у 1950 р. Європейську конвенцію з прав людини та передбачити досить успішний контрольний механізм за її дотриманням. До речі, розробники Європейської конвенції з прав людини підкреслювали, що вони серед іншого активно використовували наукові напрацювання Г. Лаутерпахта щодо міжнародного захисту прав людини [11, с. 72; 46, с. 314].

Висновок

Професор Герш Лаутерпахт був досить не пересічною та багатогранною особистістю у міжнародно-правовій науці, який залишив по собі чималий науковий спадок. Утративши близьких родичів під час Голокосту, він чудово розумів цінність прав людини. Хоча він не був у числі перших, хто розробив проекти міжнародних актів у сфері захисту прав людини, він, найбільш ґрунтовно дослідивши генезис становлення прав людини та використовуючи природно-правові підходи, запропонував модель ефективного міжнародного захисту прав людини.

Є очевидним, що погляди Лаутерпахта щодо необхідності реального забезпечення прав людини на універсальному рівні, а не простого декларування, були досить передовими і значно випереджували час. Їх до певної міри можна сприймати як ідеалістичні, адже навіть зараз досягнення однакового універсального міжнародного стандарту гарантування прав людини (особливо економічних, соціальних та культурних) є малоімовірним. По суті міжнародне співтовариство після прийняття Загальної декларації прав людини 1948 р., а також Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права 1966 р. не переглядало перелік та механізм гарантування прав людини.

References

- [1] Koskenniemi, M. (1997). Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law. *European Journal of International Law*, 8(2), 215-263. <https://doi.org/10.1093/oxford-journals.ejil.a015565>.
- [2] Feinberg, N. (1968). Hersch Lauterpacht – Jurist and Thinker. *Israel Law Review*, 3(3), 333-344.
- [3] Gutnik, V.V. (2021). Problems of the Law of War in the Scientific Works of Hersh Lauterpacht. *Philosophical and Methodological Problems of Law*, 1(21), 54-59. <https://doi.org/10.33270/02212101.54>.
- [4] Lauterpacht, H. (1933). *The Function of Law in the International Community*. Oxford: Clarendon Press.
- [5] Gutnik, V.V., & Yavorskyi, Y.T. (2022). The Law of International Treaties in Scientific Works of Hersh Lauterpacht. *Scientific Bulletin of the Uzhhorod National University. Law Series*, 69, 438-443. <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2021.69.72>

- [6] Lauterpacht, H. (1950). Sovereignty over Submarine Areas. *British Year Book of International Law*, 27, 376-433.
- [7] Vrdoljak, A.F. (2009). Human Rights and Genocide: The Work of Lauterpacht and Lemkin in Modern International Law. *European Journal of International Law*, 20(4), 1163-1194. <https://doi.org/10.1093/ejil/chp090>.
- [8] Lauterpacht, H. (1997). The European Tradition in International Law. *European Journal of International Law*, 8(2), 215-315. Retrieved from <https://academic.oup.com/ejil/issue/8/2>.
- [9] Jenks, C.W. (1960). Hersch Lauterpacht: The Scholar as Prophet. *British Year Book of International Law*, 36, 1-103.
- [10] Kresic, M. (2019). The Role of Peace in Kelsen and Lauterpacht's Theories of International Law. *Miscellaneous. Zbornik Radova Pravnog Fakulteta u Splitu*, 56(2), 485-502.
- [11] Simpson, A.W. (2003). Human Rights Visionary Hersch Lauterpacht. *Law Quadrangle*, 46, 66-73. Retrieved from <https://repository.law.umich.edu/lqnotes/vol46/iss2/9>.
- [12] Jessup, P. (1945). Book review: "An International Bill of the Rights of Man. By H. Lauterpacht. New York: Columbia University Press; 1945. Pp. x, 230". *The American Journal of International Law*, 39(4), 847-850. <https://doi.org/10.2307/2193431>.
- [13] Meyer, C. (1951). Book review: "International Law and Human Rights. By H. Lauterpacht. London: Stevens & Sons Limited, 1950". *Harvard Law Review*, 64(3), 519-522.
- [14] McDougal, M.S. (1951). Book review: "International Law and Human Rights. By H. Lauterpacht. London: Stevens & Sons Limited, 1950. pp. 475, xvi". *Yale Law Journal*, 60, 1051-1056.
- [15] Book review: "International Law and Human Rights by H. Lauterpacht, Q.C., LL.D., F.B.A.: Stevens & Sons Ltd., London 1950". (1951). *Northern Ireland Legal Quarterly*, 9(3), 175-176.
- [16] Lauterpacht, E. (2010). *The Life of Hersch Lauterpacht*. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511723278>.
- [17] Rabinovych, P. (2017). Professor Hersh Lauterpacht is the First Draftsman of the UN Special Body for Monitoring Compliance with its International Bill of Human Rights. *Law of Ukraine*, 4, 26-33.
- [18] Rabinovych, P., & Osoba, V. (2013). Professor H. Lauterpacht is the Author of the Idea and the First Draft of the International Bill (Universal Declaration) of Human Rights. *Bulletin of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 4, 3-10.
- [19] Sheredko, O. (2021). The influence of H. Lauterpacht on the Establishment of Fundamental Human Rights. *Scientific Bulletin of the International Humanitarian University. Jurisprudence series*, 51, 25-28.
- [20] Sheredko, O.M. (2021). Jusnaturalism is the Basis of the Concept of International Protection of Human Rights in the Works of H. Lauterpacht. *Scientific Bulletin of the Uzhhorod National University. Law Series*, 64, 392-396. <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2021.64.72>.
- [21] Lewis, W.D. (1943). International Bill of Rights Project. *Pennsylvania Bar Association Quarterly*, 15(1), 21-38.
- [22] Murchie, H.H. (1942). The Implications of the Proposal to Formulate an International Bill of Rights. *Boston University Law Review*, 22(2), 236-240.

- [23] Wunderlich, G.M. (1942). Preparing an International Bill of Rights – The German Conception of Fundamental Rights. *Proceedings of the American Branch of the International Law Association*, 13-53.
- [24] British Institute of International and Comparative Law (BIICL). Retrieved from <https://www.biicl.org/history-of-biicl>.
- [25] Report of the Executive Committee. (1942). *Transactions of the Grotius Society*, 28, xxii-xxiii. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/742858>.
- [26] Kuratowski, R. (1942). International Law and the Naval, Military and Air Force Courts of Foreign Governments in the United Kingdom. *Transactions of the Grotius Society*, 28, 1-25. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/742859>.
- [27] Weis, G. (1942). International Criminal Justice in Time of Peace. *Transactions of the Grotius Society*, 28, 27-63. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/742860>.
- [28] Goodhart, A.L. (1942). International Law and the Causes of War. *Transactions of the Grotius Society*, 28, 65-82. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/742861>.
- [29] Jenks, C.W. (1942). Some Legal Aspects of the Financing of International Institutions. *Transactions of the Grotius Society*, 28, 87-132. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/742863>.
- [30] West, R. (1942). The Psychological Status of Present International Law. *Transactions of the Grotius Society*, 28, 133-150. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/742864>.
- [31] Nationality in International Law. (1942). *Transactions of the Grotius Society*, 28, 151–168. Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/742865>.
- [32] Report of the Executive Committee. (1943). *Transactions of the Grotius Society*, 29, xxii-xxiv.
- [33] Lauterpacht, H. (1943). The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man. *Transactions of the Grotius Society*, 29, 1-34.
- [34] Lauterpacht, H. (1945). *An International Bill of the Rights of Man*. New York: Columbia University Press.
- [35] United Nations Charter. (1945). Retrieved from <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text>.
- [36] Fact Sheet No. 2 (Rev.1): The International Bill of Human Rights. (1996). Retrieved from <https://digitallibrary.un.org/record/236856?ln=en>.
- [37] Human Rights, the Charter of the United Nations, and the International Bill of the Rights of Man: Preliminary Report by professor H. Lauterpacht. (1948). UN. Doc. E/CN.4/89. Retrieved from <https://digitallibrary.un.org/record/564241?ln=en>
- [38] Universal Declaration of Human Rights. (1948). Retrieved from <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.
- [39] Lauterpacht, H. (1948). Universal Declaration of Human Rights. *British Year Book of International Law*, 25, 354-381.
- [40] Lauterpacht, H. (1950). *International Law and Human Rights*. London: Stevens & Sons Limited.
- [41] Repetskyi, V.M. (Ed.). (2012). *International Public Law*. Kyiv: Znannia.
- [42] Shestack, J. (1998). Globalization of Human Rights Law. *University of New Brunswick Law Journal*, 47, 558-568.
- [43] Mushkat, R. (2002). Culture and International Law: Universalism v. Relativism. *Singapore Journal of International & Comparative Law*, 6, 1028-1042.
- [44] Gutnyk, V.V. (2018). *The Right to Protection in International Criminal Courts: Doctrine and Practice*. M.V. Buromenskyi (Ed.). Lviv; Kharkiv; Odesa: Phoenix.

- [45] Freeman, M. (1995). The Morality of Cultural Pluralism. *International Journal of Children's Rights*, 3, 1-17.
- [46] Lauterpacht, E. (1997). Sir Hersch Lauterpacht: 1897-1960. *European Journal of International Law*, 8(2), 313-320.

Віталій Володимирович Гутник

доктор юридичних наук, професор,
професор юридичного факультету
Вільнюський університет
LT-10222, пр. Саулетікію, 9, Вільнюс, Литовська Республіка
професор кафедри міжнародного права
Факультет міжнародних відносин
Львівський національний університет імені Івана Франка
79000, вул. Університетська, 1, Львів, Україна
e-mail: vitalii.gutnyk@lnu.edu.ua
ODCID 0000-0003-1401-4393

Vitalii V. Gutnyk

Doctor of Law, Professor,
Professor of the Faculty of Law
Vilnius University
LT-10222, Saulėtekio al., 9, Vilnius, Republic of Lithuania
Professor of the Department of International Law
Faculty of International Relations
Ivan Franko Lviv National University
79000, University str., 1, Lviv, Ukraine
e-mail: vitalii.gutnyk@lnu.edu.ua
ODCID 0000-0003-1401-4393

Рекомендоване цитування: Гутник В. В. Внесок Герша Лаутерпахта в розвиток міжнародного захисту прав людини. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 162. С. 239–255. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.285449>.

Suggested Citation: Gutnyk, V.V. (2023). Contribution of Hersch Lauterpacht to the Development of International Protection of Human Rights. *Problems of Legality*, 162, 239-255. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.285449>.

Статтю подано / Submitted: 09.08.2023
Доопрацьовано / Revised: 02.09.2023
Схвалено до друку / Accepted: 08.09.2023
Опубліковано / Published: 28.09.2023

Права людини в ісламському праві ї інтеграція мусульман у європейських державах

Алла Анатоліївна Гринчак*

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

*e-mail: a.a.grynychak@nlu.edu.ua

Сергій Васильович Гринчак

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

Анотація

Актуальність дослідження обумовлюється тим, що неухильне зростання мусульманських громад у країнах Європи уможливорює конфліктні ситуації через відмінність східного і західного світоглядів. Вивчення європейського досвіду щодо пошуку можливих шляхів подолання кризових міжкультурних ситуацій є актуальним і доцільним з точки зору можливого подальшого впровадження в національне законодавство. Для досягнення поставленої мети використано комплекс методів: діалектичний, формально-юридичний, методи аналізу та синтезу та інші. Провідним є порівняльно-правовий метод. У статті проаналізовано мусульманський і європейський підходи до природи і змісту прав людини. Виокремлено ключові характеристики правового статусу особи, властиві ісламському праву, в аспекті привнесення такого розуміння прав людини в європейське середовище. Зазначено, що конституційно-правовий інститут прав і свобод людини в європейських державах базується на природно-правовій концепції в умовах ліберальної демократії і світської держави. Конституційно-правові норми про права людини в мусульманських країнах закріплюють невід'ємний вплив релігії. Наголошено, що вжиті владою країн Європи заходи недостатньо ефективні. Тільки компроміси, взаємна повага культури та збереження релігійних основ, використання передусім правових засобів урегулювання суперечностей з обох боків допоможуть знизити напругу та вирішити суперечки, які виникають між мусульманами та європейським суспільством. На підставі аналізу та синтезу конституційно-правових актів, наукових праць тощо пропонуються можливі способи уникнення проблем інтеграції мусульманських меншин в Європі.

Ключові слова: права і свободи людини; мусульманське право; проблеми інтеграції.

Human Rights in Islamic Law and the Integration of Muslims in European Countries

Alla A. Grynchak*

Yaroslav Mudryi National Law University,
Kharkiv, Ukraine

*e-mail: a.a.grynchak@nlu.edu.ua

Serhii V. Grynchak

Yaroslav Mudryi National Law University,
Kharkiv Ukraine

Abstracts

The steady growth of Muslim communities in European countries makes possible conflict situations due to the difference between Eastern and Western worldviews. The study of the European experience of finding possible ways to overcome intercultural crisis situations is relevant and expedient from the point of view of possible further implementation into national legislation. To achieve the goal, a set of methods was used: dialectical (for objectivity and comprehensive knowledge of the institution of human rights, taking into account various factors (in particular, religion), formal-legal method (for establishing the content of legal norms, analyzing the practice of their application), methods of analysis and synthesis (for the analysis of the constitutional legislation of foreign countries, which enshrines human rights and freedoms) and others. The comparative legal method was used as the leading one. The article compares Muslim and European approaches to the nature and content of human rights. The key characteristics of the legal status of a person, peculiar to Islamic law, are highlighted in the aspect of bringing such an understanding of human rights to the European environment. The constitutional-legal institution of human rights and freedoms in European states is based on the natural-law concept in the conditions of a liberal democracy and a secular state. Constitutional and legal norms on human rights in Muslim countries establish the inalienable influence of religion. The measures taken by the authorities of European countries are not effective enough. Only compromises, mutual respect for culture and preservation of religious foundations, and the use of primarily legal means of conflict resolution on both sides will help reduce tension and resolve disputes that arise between Muslims and European society. On the basis of the analysis and synthesis of constitutional and legal acts, scientific works, etc., possible ways of avoiding the problems of integration of Muslim minorities in Europe are suggested.

Keywords: human rights and freedoms; Muslim law; problems of integration.

Вступ

Іслам є світовою релігією, кількість прихильників якої нині неухильно зростає. Великою складовою глобальної мусульманської спільноти є мусульманські меншини, які вже відіграють помітну роль у культурному, суспільному та навіть політичному житті багатьох європейських країн.

Ситуація з інтеграцією мусульман у Європі викликає серйозне занепокоєння. Уряди європейських країн зіткнулися з неефективністю політики щодо асиміляції представників мусульманських народів, яку вони розпочали з прибуттям багатьох мігрантів. Мусульманська спільнота складно піддається асиміляції і намагається зберігати свою національно-релігійну ідентичність. Західній спільноті також не вдалося налагодити конструктивний діалог та інтеграцію з мусульманами.

Особливої уваги потребує питання щодо радикалізації деяких мусульманських спільнот. Пропагандисти крайніх поглядів, використовуючи іслам як прикриття, пропагують ненависть і тероризм, що загрожує основам співжиття й релігійного спілкування між мусульманами та європейцями.

Уряди європейських держав переважно спрямовують свої зусилля на поліцейські заходи та адміністративні рішення для розв'язання цієї проблеми. Проте, як показує життя, такий підхід є недостатньо ефективним.

Певною мірою помилковим виявився розрахунок на акультурацію (сприйняття мусульманами місцевої культури та звичаїв). Також ідея політики асиміляції, за якою мусульмани мали б втратити свою ідентичність і повністю адаптуватися до культури країни перебування, не вдалася [1]. Мусульманські спільноти залишилися відданими своїм традиціям та цінностям.

Окремі країни (наприклад, Франція) зробили спроби обмежити вплив ісламу шляхом заборони на носіння хусток та бурок у школах і громадських місцях. Проте ці кроки не привели до очікуваного результату, лише спричинили напруженість і протести. Політика багатокультурності у Великій Британії, ФРН, Греції, Італії тощо також не уникає підкреслення ізолювання мусульман [2]. Однак зараз очевидно, що ці підходи не дають результатів. Мусульмани стають більш обізнаними щодо своїх прав і посилаються на демократичні принципи та конституційні норми країн перебування.

Нинішній стан справ свідчить про необхідність пошуку нових підходів і стратегій для ефективної інтеграції мусульман у європейське суспільство з урахуванням їхньої ідентичності та культурних особливостей, правосвідомості. Важливо забезпечити конструктивний діалог, розуміння та співпрацю між різними релігійними і етнічними групами для забезпечення стабільності й гармонії в європейському суспільстві, заснованих на праві.

На існування низки певних перешкод і труднощів адаптації вихідців із мусульманських держав у європейських реаліях звертають серйозну увагу не лише юристи-практики, політики, а й науковці. Попри те, що ця проблема є порівняно новою, існує чимало досліджень щодо цього. Сутність супереч-

ностей ісламу з європейським суспільством останнім часом досліджували Michael King [3], Silvio Ferrari [4], Roberta Aluffi [5], Jocelyne Cesari [6], Dominic McGoldrick [7] W.A.R. Shadid [8], Joseph Schacht [9], L. Sykiainen [10] та багато інших [11–13]. Спеціально робив акцент на питаннях адаптації мусульманського права в окремих європейських державах Mathias Rohe [14]. Теоретичні та практичні проблеми сумісності європейського та мусульманського права ґрунтовно досліджувалися Jorgen Nielsen [15–16]. У цілому чимало дослідників зверталися до питання регулювання європейським законодавством статусу мусульманських меншин, свободи віросповідання.

Мета і завдання цього дослідження полягають у виокремленні особливостей розуміння змісту прав людини в ісламському праві в аспекті їх реалізації в європейських державах. Незважаючи на належний рівень і глибину досліджень цієї проблеми, враховуючи, що європейське суспільство постійно трансформується, розвивається, реагує на виклики часу, посилюються актуальність та важливість дослідження питання прав людини в ісламі в аспекті співіснування, взаємопроникнення і взаємовпливу таких різних світоглядів, зокрема для України. Саме зазначені аспекти автори ставлять за мету розкрити в цій статті.

Проведене дослідження дозволить сформулювати висновки і рекомендації щодо вказаних вище основних його завдань.

Матеріали та методи

Об'єктом аналізу виступили як національні нормативно-правові акти зарубіжних країн, праці науковців, так і публікації медіа, правозахисних організацій.

Для досягнення поставленої мети використаний комплекс методів: діалектичний (для об'єктивності та всебічності пізнання інституту прав людини в зарубіжних країнах з урахуванням різних чинників (зокрема, релігії), у розвитку), формально-юридичний (для встановлення змісту правових норм, аналізу практики їх застосування та для формулювання авторських підходів і висновків), методи аналізу та синтезу, а також метод логічного аналізу (для аналізу конституційного законодавства зарубіжних країн, яке закріплює права і свободи людини) та ін. Як провідний застосовано порівняльно-правовий метод (для порівняння європейського та ісламського підходів щодо природи і змісту прав людини і напрацювання практичних рекомендацій для мінімізації кризових, конфліктних ситуацій, зокрема в Україні). Використання методу узагальнення шляхом встановлення загальних властивостей і ознак правового статусу людини в мусульманських країнах – невід'ємність релігійної складової дало змогу зробити висновки щодо

можливих проблем їх реалізації в умовах європейських демократій. Прогностичний метод був використаний для напрацювання висновків дослідження і формулювання подальших напрямів пошуку можливих шляхів для діалогу Сходу і Заходу. Залучення широкої методологічної бази в дослідженні робить його положення повними та обґрунтованими.

Результати та обговорення

Права людини в ісламі: вихідні засади

Постійний інтерес до ісламської тематики пояснюється характерною особливістю самого ісламу, який не знає чіткого відділення релігії від світського простору, хоча і розрізняє їх. Він завжди виступав і продовжує бути не лише вірою, а й способом життя, самостійною культурою та цивілізацією.

Мусульманські мислителі підкреслюють, що іслам являє собою одночасно і релігію, і державу. Під державою слід розуміти все світське – ті аспекти людського життя, які безпосередньо не пов'язані з релігійною догматикою та культом [17, с. 266]. Серед цих питань одне з центральних місць відведено політиці, владі, праву.

Усеосяжний характер ісламу яскраво виявляється в шаріаті, що включає ісламську догматику і етику, а також правила поведінки людей у всіх сферах життя. У такому розумінні він виступає, по суті, синонімом ісламу. Важливою складовою шаріату є система правил, що регулюють релігійну та світську поведінку людини, суспільні відносини в цілому [18, с. 24–25].

Потрібно враховувати, що окремі аспекти шаріату мають різне значення для прихильників ісламу й тих, хто не сповідує цю віру. В такому випадку релігійні та світські правила поведінки діють по-різному. Ісламська догматика та культові правила майже виключно адресовані вірянам-мусульманам, а світські норми діють переважно за принципом територіальності й поширюються на всіх людей, незалежно від їх віросповідання.

Ця відмінність стає особливо актуальною у наш час. Зокрема, така увага до ісламу пов'язана насамперед із тим, що для неісламських громад, які становлять більшість сучасного світу, він виступає не як релігія у звичайному значенні, а передусім як правила поведінки, що регулюють світське життя.

Мусульманські громади європейських держав, стрімко збільшуючись, безсумнівно, прямо і опосередковано чинять вплив на європейську правову культуру, яка базується на ліберально-демократичних ідеях. І постає інша проблема – не втратити, зберегти європейські цінності та європейську культуру. Про існування загрози і можливості несприятливого розвитку

для європейців та їх усвідомлення пересічними громадянами Європейського Союзу свідчить те, що покоління європейських громадян, виховані десятиліттями на ідеях толерантності, відкритості, багатоманітності, доброзичливості і взаєморозуміння, демократії і участі в управлінні, починають віддавати свої голоси політичним силам ультраправого спрямування, націоналістичним, радикальним консервативним партіям [19, с. 282]. І кожні наступні вибори, від місцевих до національних, демонструють посилення впливу відповідних поглядів.

Тема прав людини стає фокусом складних викликів і навіть конфліктів, пов'язаних із появою та швидким зростанням мусульманських громад в Європі. Представники цих громад сприймають європейські реалії крізь призму уявлень, властивих традиційному суспільству, з якого вони походять. Тому аналіз ісламського розуміння прав людини не може обійтися без порівняння з ліберально-демократичними поглядами. Зрозуміло, розгляду цих питань повинно передувати ознайомлення з ісламською концепцією прав людини, яка має акцентом релігійні засади.

Квінтесенцією правової характеристики статусу людини, змісту прав, свобод і обов'язків людини в кожній державі є конституція.

Якщо проаналізувати конституційні норми, можна зробити висновок, що розділи про права і свободи людини в конституціях ісламських країн викладені дуже лаконічно, формулювання короткі, без деталізації, що особливо помітно під час порівняння з іншими розділами конституцій, які регулюють, наприклад, повноваження і структуру вищих органів державної влади (особливо глави держави). Проте, як правило, розділи про права і свободи людини передують розділам про органи влади. Це свідчить про те, що європейська традиція проголошувати пріоритет прав і свобод людини і громадянина перед повноваженнями органів влади цілком сприймається мусульманськими державами.

В основних законах мусульманських держав досить чітко простежується примат держави над особою, що прямо визначає специфічні риси правового статусу людини. Хоча у цих конституціях навіть у преамбулах декларується прихильність принципам соціальної справедливості, демократії, міжнародним стандартам прав і свобод людини, втім, не ці принципи, а пряме панування державної влади над особою визначає конституційний статус особи.

Про очевидні прогалини в закріпленні основних прав і свобод людини свідчить, наприклад, те, що деякі особисті, політичні і соціальні права громадян у конституціях не згадуються. Такі особисті права, зокрема, як недоторканність особи, таємниця приватного життя, трудові та деякі політичні права,

регулюються нормами регуляторного законодавства, що надає їм вже іншого статусу, зменшує їх соціальну значущість та юридичну захищеність. Регуляторне законодавство порівняно з текстом основного закону держави частіше зазнає змін. Невизначеність і декларативний характер деяких основних прав і свобод, значна кількість відсилань до інших законів сприяють неврегульованості правового становища особи. Вирішення окремих питань конституційного статусу громадянина на підставі вкорінених століттями традицій і норм шаріату (наприклад у відносинах спадкування, шлюбу й сім'ї, дітей і батьків, щодо релігії, майна тощо) ускладнює точне визначення конституційного статусу особи.

Додатково існують у текстах конституцій застереження і обмеження, які впливають на статус особи (наприклад, указівки на реалізацію цих прав тільки в межах певного закону; обмеження з міркувань національної безпеки, цілісності державних інститутів, загрози громадському порядку, добрим звичаям, релігійним нормам тощо): ст. 11 Конституції Алжиру, ст. 57 Конституції Ємену, ст. 31 Конституції Бахреїну, статті 57 і 71 Конституції Єгипту [20]. Досвід арабських держав показує, що такі застереження часто використовувалися державними органами для обмеження прав і свобод особи.

Проголошення ісламу в основному законі державною релігією об'єктивно серйозно обмежує правовий статус особи, яка прямо не підпадає під дію релігійних норм. У низці країн, крім того, норми шаріату фактично стоять вище за конституційні норми або визначають їх зміст і спрямованість. І цілком природно, наприклад, що вимога конституції від державних службовців відданості нормам ісламу в їх роботі прямо обмежує щодо державної служби певні категорії громадян, які не відповідають цим нормам.

Наприклад, у більшості країн згідно з їх конституціями, іслам оголошений державною релігією, а главою держави може бути лише чоловік-мусульманин. Ісламські цінності пронизують конституційні положення про сім'ю та статус жінки. Наприклад, ст. 31 Конституції Ємену 1991 р. (у ред. 2015) називає жінок «сестрами чоловіків», але одночасно передбачає, що жінки мають права і обов'язки, не тільки встановлені законом, а й ті, що імперативно визначені шаріатом [20].

Іноді пріоритет ісламських норм непрямо санкціонується положеннями конституцій мусульманських країн щодо поваги і підтримання традицій, культурної та духовної спадщини. Часто основні закони підкреслюють, що йдеться саме про ісламські цінності. Але навіть якщо така згадка в конституції відсутня, у зазначених країнах такі конституційні посилання все одно сприймаються як підтвердження авторитету ісламських норм. В остаточному

вигляді такий підхід набув закріплення в Конституції Саудівської Аравії 1992 р. (у ред. 2013 р.) [20], яка у ст. 26 встановлює, що держава захищає права людини відповідно до шаріату.

Особливим є ставлення у багатьох мусульманських країн до охорони ісламських релігійних символів і святинь, будь-які дії, що можуть похитнути непорушність релігійних підвалин ісламу, рішуче присікаються [21]. Часто такий курс закріплюється на законодавчому рівні. Як приклад наведемо закон ОАЕ про злочини, які зачіпають ісламську релігію, що встановлює серйозну відповідальність як за посягання на вчення ісламу та її очевидні підвалини, так і місіонерську діяльність із поширення інших релігійних переконань. У Пакистані відповідальність за аналогічні злочини передбачена спеціальним законом і регулярно застосовується. Наприклад, у листопаді 2006 р. двох християн було засуджено до 15 років позбавлення волі за спалювання ними кількох сторінок Корану.

Показовим щодо цього є Кувейт. У 2006 р. тут було прийнято новий закон про друковані видання та поширення інформації, який забороняє публікувати будь-які матеріали, що зневажають діяння та атрибути Аллаха, порушують честь визнаних ісламом пророків, сподвижників Пророка Мохаммада та членів його сім'ї. Цей підхід ще жорсткіше закріплений у Кримінальному кодексі Кувейту 1960 р. після додавання до нього двох нових статей –111¹ і 111^{1а}, якими передбачено, що образа Аллаха, Корану, божественних пророків та посланників, зокрема Пророка Мохаммада, а також дії, що впливають на його честь та честь його дружин, караються смертною карою або довічним позбавленням волі [22].

Для аналізу впливу ісламських релігійно-етичних правил обмеження свободи цікавим є ще одне положення кувейтського законодавства. Відповідно до зміни, внесеної до Кримінального кодексу 1960 р. наприкінці 2007 р., встановлено кримінальну відповідальність за уподібнення особам іншої статі у будь-якій формі, включаючи відповідну поведінку та вибір одягу. Провідний ісламський науковець шейх Юсуф Аль-Карадаві у своєму дослідженні тлумачить настанови Корану щодо дозволеного і забороненого, і зокрема, цього аспекту зовнішнього вигляду [21, с. 83–85]. І висновок дуже очевидний: для людини, яка вихована і керується такими нормами, майже необмежена свобода самовираження людини в європейському суспільстві викликає обурення.

Одне й те саме явище сприймається по-різному з позицій ісламської та європейської культури через відмінність у цінностях та критеріях, які кожна культура вважає пріоритетними. В європейському контексті, зазвичай,

підходи ґрунтуються на правах та законах, тоді як ісламська культура базується на релігійних постулатах, які впливають на тлумачення юридичних норм та принципів. З європейської точки зору іслам виступає як релігійний аспект, що має бути відокремлений від світської держави. З іншого боку, мусульманська ментальність зазвичай вбачає іслам як невід'ємну частину держави та суспільства. Така відмінність у підходах сприяє виникненню конфліктів і непорозумінь, також вона демонструє, як різноманітні культурні переконання формують різний спосіб розуміння і оцінки подій та явищ.

Це можна бачити, наприклад, у сприйнятті хіджабу. У сучасній ісламській правовій думці є різні позиції з цього питання. Більшість авторитетних юристів вважає хіджаб не релігійним обов'язком мусульманки, а заведеною в ісламі традицією, що стосується світських питань. Звісно, є й інша точка зору, яка ставить носіння такого одягу на один рівень із культовими нормами [23, с. 97].

Релігійно-моральні догми ісламу, що стосуються зовнішньої поведінки людини у світській сфері, не є просто етичними вимогами або заповідями віри, вони є важливою частиною системи правил взаємин між людьми [24]. Серед таких правил виокремлюють накази, які ісламська думка відносить до безумовно однозначних за змістом та беззаперечно імперативних за своїм джерелом, оскільки вони встановлені Кораном або Сунною Пророка Мохаммада. Ці норми сприймаються релігійною свідомістю мас як невід'ємний складник життя мусульман. Якщо ж вони ще й перетворилися на місцеві традиції та звичаї, то ані суспільство, ані законодавство не можуть їх ігнорувати.

Свобода і рівність в ісламі: юридичне закріплення та релігійно-етичні кордони

Принцип рівності є одним із принципів конституційно-правового статусу особи. Рівність розуміється в ісламі насамперед як спільність походження всіх людей від Адама і що всі однаково належать до людського роду. Хоча у реальному житті люди відрізняються один від одного за мовою, кольором шкіри, расою, багатством або соціальним станом тощо, іслам залишає ці чинники поза увагою. Він встановлює лише один головний критерій відмінностей між людьми (який, проте, є підставою не приниження позбавлених цієї ознаки, а, навпаки, особливої поваги до тих, хто має) – наближення до Аллаха, богобоязливість. Благодестя, наближення до Аллаха як основа особливої шани та поваги практично виступає у формі двох взаємозалежних критеріїв, що лежать в основі відмінностей між людьми, – віри в Аллаха та знання його розпоряджень. Мусульманські правознавці наголошують, що,

на відміну від суто природних чи соціальних властивостей, які люди, як правило, не обирають, зазначених двох якостей, у принципі, може набути будь-яка людина за своєю волею [17, с. 275].

У мусульманських конституціях рівність тлумачиться передусім як рівність громадян перед законом. Ці конституції закріплюють, що всі громадяни мають однакові публічні права та обов'язки. Зазначається, що дискримінація за будь-якими ознаками (стать, колір шкіри, етнічне походження, мова, професійний стан або релігія) є неприпустимою (ст. 27 Конституції Ємену; Конституція ОАЕ в статтях 14 і 25 проголошує рівність громадян без деталізації). Окремі конституції наголошують, що громадяни є рівними в громадянських і політичних правах, так само як і обов'язках, без будь-яких відмінностей (ст. 7 Конституції Лівану). Конституція Йорданії стриманіше декларує рівність йорданців перед законом: у ст. 6 визначається, що не повинно бути дискримінації їхніх прав і обов'язків на підставі раси, мови або релігії [20].

Зокрема, ст. 7 Конституції Кувейту 1962 р. свідчить, що справедливість, свобода і рівність є основними засадами суспільства. Водночас у ст. 29 встановлено, що люди рівні у своїй людській гідності та мають рівні публічні права і обов'язки перед законом. Між ними не може бути дискримінації за ознакою статі, походження, мови чи релігії. Здавалося б, принцип рівності закріплено в однозначній та безумовній формі. Але ці положення не можна тлумачити у відриві від змісту ст. 12, яка встановлює обов'язок держави охороняти ісламську та арабську спадщину і тим самим ставить принцип рівності в рамки норм шаріату [20].

У Конституції Катару закріплено, що суспільство ґрунтується на стовпах справедливості, милосердя, свободи, рівності та доброї моралі (ст. 18). Тут же у ст. 19 визначено, що право на рівні можливості забезпечує держава. Відповідно до ст. 4 Конституції Бахрейну принцип справедливості лежить в основі системи правління, а суспільні відносини будуються на основі взаємної співпраці і взаєморозуміння. Основами суспільства, які гарантуються державою, є рівність, свобода, спокій, безпека, соціальна солідарність, освіта і рівні можливості громадян [20].

Чинником, що суттєво впливає на конституційний статус особи в ісламських державах, лишається традиційна розбіжність між конституційними нормами щодо прав і свобод громадян та реальною політичною практикою, що часто виявляється у певних порушеннях конституційних прав та свобод. Особливо це помітно в періоди політичних конфліктів або зовнішніх загроз, коли часто відбуваються неправомірні дії проти незгодних осіб, які виходять за

межі судової та конституційної практики. Недостатня освіченість більшості населення, залишки традиційних родових відносин, обмежена політична та правова усвідомленість, а також авторитарні методи державного управління в суспільстві та інші схожі чинники відіграють важливу роль у цьому контексті.

Багато конституційних положень мають явно обмежений характер, залишаються нереалізованими через відсутність юридичних, матеріальних і політичних гарантій їх здійснення, що перетворює конституційно-правовий статус особи на фікцію. Зрозуміло, що в багатьох випадках гарантії відсутні через наявні в цих країнах політичні, соціально-економічні умови, панівні в багатьох сферах суспільного життя феодально-патріархальні пережитки.

Важливою конституційною особливістю є відверто слабка міжнародно-правова забезпеченість конституцій, хоча відсилання до міжнародних документів і повага принципів міжнародного права декларуються в більшості з них.

На сучасному етапі конституційного розвитку більшості мусульманських країн не простежуються будь-які тенденції розширення обсягу конституційних прав і свобод. Такі країни зазвичай не внесли нових конституційних прав громадян (хоча, наприклад, у цьому питанні європейський конституціоналізм значно розширив сферу прав індивіда, забезпечивши новітні права і свободи людини в сфері особистої і громадської безпеки, інформаційних технологій, екології тощо).

Через тісний зв'язок права і релігії норми законодавства в мусульманських державах побудовані особливим чином і часто не відповідають духу сучасності. Водночас неухильне дотримання релігійних вимог і підтримка своєї віри відіграли в цих державах важливу роль. Мусульманські країни завдяки силі релігійного світогляду, зміцненню традицій зберегли свою національну ідентичність, сприйняття світу, соціальні та моральні цінності.

Але очевидним стає, що між ісламською та ліберальною концепцією свобод та прав людини існує глибока концептуальна відмінність. За європейським світським підходом джерелом влади та закону є нація, водночас для мусульман таким джерелом вважається тільки воля Аллаха. Сучасні міжнародні стандарти прав людини базуються на свободі та рівності, в ісламській концепції центральними категоріями є богобоязливість та справедливість.

Ісламський та ліберальний погляди на права людини: протистояння й діалог

Мусульманська правова думка виходить із того, що в основі визначення природи універсальних прав і свобод людини є об'єктивний критерій: боже-

ственна воля, яка не підлягає впливу суб'єктивних інтересів та бажань. Для них ця воля визначена в шаріаті – Корані та Сунні Пророка.

Європейська ліберальна концепція підкреслює важливість захисту прав і свобод громадян від втручання держави, тоді як в ісламі влада вбачається як інструмент для втілення норм шаріату, включаючи права і свободи людини. Сучасна ісламська юридична наука враховує традиційну концепцію цілей шаріату, де більшість суб'єктивних прав аналізується на підставі цінностей та інтересів, які вони відображають. Це означає, що оцінка права в ісламському контексті враховує його відповідність цілям шаріату і суспільних цінностей, а не лише його індивідуальний аспект [25].

Класична ісламська юриспруденція виокремлює п'ять ієрархічно викладених цілей – релігію, життя, розум, продовження роду (до нього приєднуються честь та гідність), а також власність. Ця ієрархія також ураховується в сучасних ісламських теоріях прав людини. Сучасна ісламська правова наука розробляє конкретні права і свободи людини з урахуванням принципів гідності, свободи, рівності та справедливості. Важливого значення набуває право на свободу віросповідання.

Варто зазначити, що свобода віросповідання, будучи для ісламу найважливішою стороною правового статусу немусульман, впливає безпосередньо й на інші його аспекти. У багатьох сучасних ісламських країнах навіть окремі питання особистого статусу мусульман, що належать до різних течій ісламу, вирішуються з урахуванням специфіки певного напрямку ісламської правової доктрини (фікха) [10, с. 7, 9].

Наприклад, у Кувейті та Бахреїні такий підхід застосовується до шиїтської меншини, а Конституція Ірану, визначаючи релігійні течії, прямо передбачає можливість регулювання особистого статусу, зважаючи на належність громадянина до певної ісламської школи (статті 12, 13) [20].

Визначення статусу особи на основі релігійної належності – лише одна з особливостей шаріату та його впливу на правові системи ісламських країн. Багато проблем, що випливають із цих особливостей, безпосередньо стосуються права на свободу віросповідання та відображають місце, яке посідає релігія у житті ісламської держави. Звісно, не всі ці проблеми безпосередньо пов'язані з правами людини, але деякі з них привертають особливу увагу, оскільки стоять у центрі серйозних розбіжностей між європейськими та ісламськими уявленнями про право на свободу віросповідання та рівність громадян незалежно від їх релігійних переконань.

Такі розбіжності уявляються особливо гострими, іноді непримиренними, через те, що, як уже зазначалося, у системі прав людини шаріат відводить

центральне місце згаданій свободі, тоді як багато сучасних ісламських держав зазнають звинувачень у порушенні передусім саме цього права. Існують різні погляди з приводу вказаної проблеми. Прибічники традиційного ісламського підходу поділяють усіх мусульман на дві групи – знавців шаріату, які мають право самостійно вирішувати питання, не врегульовані Кораном та Сунною, та інших мусульман, які не мають високого рівня знань у цій галузі. Останні повинні звертатися за порадами та думками до перших і дотримуватися їхніх порад [26, с. 3]. Хоча формально заперечується розділення мусульман на обраних релігійних лідерів та простих людей, але правом вирішувати наділені лише особи, які володіють знаннями в питаннях шаріату. Таке обмеження, на думку представників ісламської правової науки, зовсім не означає відмови від принципу надання всім рівних прав на участь у законодавстві і є його складовою частиною. Адже, наприклад, держава не дозволяє займатися лікуванням людям, що не опанували основ медицини, а також не дозволяє бути адвокатом або суддею тим, хто не вивчав право. Вирішення питань у справах релігії та права – це не менш серйозна і складна сфера діяльності, ніж зазначені вище. Тому неприпустимо давати право на нього тим, хто не має відповідної підготовки та кваліфікації. А тепер згадаємо ще й обов'язок звичайних мусульман дотримуватися настанов знавців шаріату, який входить в ісламське розуміння обов'язків людини, серед яких одним із головних є підпорядкування владі. Причому підпорядкування правителю дорівнює підкоренню Аллахові, який і поклав такий обов'язок на правовірних [17, с. 85–87].

Заборона законодавчого характеру на обіймання немусульманами певних державних посад у ісламській країні (наприклад, посту глави держави або навіть судді) ґрунтується на положеннях Корану, проте виглядає як порушення загальноприйнятих міжнародним співтовариством стандартів. Іноді в ісламських країнах мають місце інші форми дискримінації за релігійним ознакою. Прикладом може слугувати саудівське законодавство, яке забороняє немусульманам будувати в королівстві свої культові об'єкти та храми, а також відкрито носити знаки релігійної символіки [27, с. 5].

Важливо підкреслити, що сучасною ісламською юриспруденцією здобуття знань ідентифікується з правом на освіту і одночасно на отримання інформації та навіть із правом на наукову творчість. При цьому знання розглядаються не лише як право, а й обов'язок мусульманина [17, с. 191–197]. При цьому важливо не забувати, що йдеться про знання в їх ісламському розумінні, тобто про опанування передусім релігійних істин, орієнтованих на ісламські цінності в освіті, і про доступ до інформації, яка задовольняє ісламським критеріям [18, с.70]. Інакше кажучи, про користування цим правом у межах шаріату.

При порівнянні права на свободу віросповідання наявні помітні розбіжності між ліберально-демократичним та ісламським розумінням цього права. У розумінні інших основних прав людини (на особисту недоторканність, недоторканність житла, свободу пересування, свободу думки тощо) розбіжності не такі гострі. Нерідко вони взагалі збігаються – якщо не в розумінні їх глибинної природи, то на рівні конкретного юридичного змісту. Найчастіше ісламська юриспруденція тлумачить ці права в дусі сучасних ліберальних концепцій.

Ісламський підхід до прав людини характеризується наголошенням на їх особливій функції: не просто соціальній, а релігійній. Наприклад, мусульманські мислителі бачать свободу асоціацій у вказівках Корана. Допускаються будь-які асоціації, які не призводять до розколу між мусульманами і які суворо дотримуються норм шаріату (ст. 27 Конституції Бахреїну, ст. 26 Конституції Ірану) [20].

Так само розуміється і свобода думки, що сприймається як сучасне втілення й уточнення принципу дорадчості та інституту контролю за виконанням заповіданого Аллахом та припинення забороненого. Зокрема, мусульманські мислителі підкреслюють, що правовірні мають право й обов'язок консультиватися та радитись один з одним.

Водночас мусульмани вважають свободу думки та слова важливою умовою виконання мусульманами заповідей Аллаха. Поміж них особливим є місце спеціальної місії, яка в ісламі вважається обов'язком, покладеним на мусульман, а також правом – контроль за дотриманням норм шаріату іншими [13, с. 65].

Одночасно мусульманські правники звертають особливу увагу на кілька пов'язаних обмежень свободи думки. Так, на їхній погляд, межі цієї свободи прямо залежать від ступеня усвідомлення людиною ісламських цінностей і конкретних норм. Тому, наприклад, форми і порядок консультацій влади зі спільнотою правовірних визначаються свого роду інтелектуальною елітою мусульманського суспільства – знавцями шаріату. В результаті, за ісламською концепцією, лише вони представляють всіх мусульман у їхніх відносинах із владою та мають право від їхнього імені консультивати правителів і користуватися для цього свободою думки.

Мусульманин має право вільно висловлювати свою думку щодо державних питань і обговорювати дії влади. Але йому заборонено поширювати ідеї, що підривають основи влади і підносять руку на тих, хто дотримується інших поглядів [17].

Орієнтація на критерії та обмеження, які відображають вихідні принципи шаріату, є характерною і для ісламської концепції політичних прав людини (зокрема виборчого права), яким ісламська правова теорія приділяє менше уваги, ніж власності та іншим правам.

Стає очевидним, що в мусульманському світі існує помітна невідповідність між офіційно проголошеними нормами законодавства і масовою правосвідомістю та системою цінностей, що формуються під впливом традицій, насамперед ісламських догм. Конституції мусульманських країн можуть закріплювати принципи свободи і рівності всіх громадян незалежно від раси, статі або віросповідання, але це ще не означає, що вони реалізуються у точній відповідності до букви закону. Ісламські принципи разом із місцевими традиціями суттєво коригують положення законодавства, наповнюючи їх особливим змістом. Без врахування такої специфіки аналіз позитивних правових норм буде неповним або навіть просто помилковим.

Розгляд ключових особливостей, що відрізняють ісламське розуміння прав людини від демократичних ліберальних стандартів, демонструє, що свобода людини та її межі трактується по-різному. Якщо ліберальний підхід припускає обмеження свободи одного лише межами свободи інших людей, то ісламська думка пов'язує ці межі передусім з імперативними нормами (переважно із заборонами) шаріату. Може видатися, що такі приписи є посяганням на права і свободи людини, але іслам вважає їх вищою, боже-стивною, справедливою.

Зокрема, свобода в ісламському розумінні не означає можливість зневажати вихідні постулати та догми віри, оскільки це стосується порушення громадського порядку. Якщо комусь не подобається релігійно орієнтована поведінка мусульман або їх певні релігійні цінності, то це його особиста справа. Права людини реалізуються лише тоді, коли мусульмани дотримуються норм шаріату.

Дійсно, багато з наведених регуляторів, у різних формах, набувають правового визнання та стають юридично зобов'язальними нормами, що закріплюються навіть на рівні конституції.

Потрібно визнати реальність можливого відчутного втручання ісламу та мусульманських меншин у культурний простір Європи й утверджену європейську систему традицій і цінностей. Так само важливо погодитися з тим, що європейці мають всі підстави стримувати культурний та релігійний наступ ісламу, уникати зіткнення цінностей і традицій.

Однак для багатоманітного європейського суспільства відмінність світоглядів не має принципового значення, адже все, що пов'язане, зокрема з ісла-

мом, сприймається як релігія. Тому будь-яке виявлення ісламу за межами його культової сфери розглядається як порушення принципу світського характеру держави. З іншого боку, в мусульманському світогляді такого розмежування не існує. Хоча релігійні обов'язки в ісламі чітко відрізняються від інших аспектів поведінки людей, вони певною мірою охоплюють будь-яку сферу особистого і суспільного життя. Для ісламу не існує такого розділення всього, що відбувається в суспільстві, на виключно релігійні та світські інститути.

Є різне розуміння співвідношення релігії і права та їх місця в соціально-нормативній системі, різний ступінь включення релігійних норм у суспільно-політичне життя, відмінності у трактуванні світського характеру держави. Зокрема, ці фактори значною мірою визначають, що вважати релігійними символами та як ставитися до їхньої публічної демонстрації вірянами, а також де проходять межі світської держави та що є їхнім порушенням.

Упевнено можна сказати, що повне вирішення всіх конфліктів та розбіжностей, пов'язаних з ісламом та мусульманськими меншинами в Європі, є нереалістичним завданням. Однак можна намагатися максимальною мірою враховувати їх, згаджувати між собою та мінімізувати втрати. Зрозумілим є те, що європейське сприйняття надаватиме пріоритет праву, а мусульманське – релігії та моральності. Хоча існують межі зближення позицій сторін, що стоять на захисті різних цінностей, але до цих меж ще досить далеко. Є перспектива, якщо не зняти конфлікт, то хоча б згладити його, уникнути прямого зіткнення, спрямувати протистояння в пошуках прийняттого виходу на шляхах компромісу.

Для подолання конфліктної ситуації сторони можуть і повинні зробити кроки назустріч одна одній. Такий рух передбачає передусім уважне ставлення до аргументів своїх опонентів та їх серйозний аналіз, а також використання зрозумілих і переконливих для них обґрунтувань, що пояснюють власну позицію щодо проблеми. Це стосується обох сторін, хоча не однаковою мірою.

Імовірно, довший шлях мають пройти мусульмани. Адже вони опинилися в новому та чужому для них середовищі. Головне в тому, що в складному діалозі з європейцями мусульмани просто зобов'язані навчитися захищати свої інтереси та права не на емоціях та почуттях співвірян на вулицях, а з використанням правових аргументів, оформляти свої претензії в адекватну юридичну форму. Інакше вони не будуть сприйматися не лише європейським світоглядом, але, головне, тими владними структурами (включаючи законодавчі та судові), від яких залежить вирішення тієї чи іншої конфліктної проблеми.

Європейські мусульмани та їхні лідери поки що недостатньо готові до обговорення спірних питань правовими засобами. Це означає, що їм потрібно більше звертатися до правових аргументів та навчатися ефективно захищати свої права, використовуючи юридичний розум і аргументацію.

Мусульманські меншин в Європі не завжди поспішають адаптуватися до динамічного розвитку подій, вони відстають у розумінні нових реалій свого життя і не повністю володіють як європейською правовою культурою, так і сучасною ісламською правовою думкою, яка залишається в руках мусульманської інтелектуальної еліти. Багато пріоритетних принципів ісламського права і ісламської юриспруденції (наприклад, націленість на пошук компромісів, комплексність, захист інтересів з урахуванням місця, часу та обставин) не використовуються повністю для попередження конфліктів.

З іншого боку, європейські структури в цих спорах виявляють себе як досвідчені та навіть винахідливі юристи, але не завжди як прозорі політики, вмілі дипломати та чутливі психологи. Звісно, мають сенс діалог і захист правових цінностей та інтересів держави, підтримка незмінності європейської культури та способу життя. Однак така стратегія щодо мусульманських меншин має включати не лише прийняття відповідних законів, а й розроблення і впровадження способів їх інтеграції в європейське суспільство, культурний простір, політичне та громадське життя.

Висновки

Проведене дослідження дає змогу виокремити три головні розбіжності, які в різних комбінаціях становлять основу всіх конфліктів, пов'язаних з ісламом та мусульманськими меншинами в європейських країнах.

По-перше суперечності виникають через різні уявлення про права та свободи людини, різні підходи до права взагалі та його співвідношення з релігійними і моральними орієнтирами.

По-друге, європейське суспільство стурбоване культурною експансією ісламу, яка загрожує духовно-ціннісним засадам європейського соціуму, а також неготовність (або хоча б часткова неготовність) мусульман до прийняття цих цінностей та інтеграції в усталений європейський спосіб життя.

По-третє, Європа занепокоєна своєю політичною стабільністю та безпекою з приводу поширення ісламських екстремістських політичних ідей та рухів, зокрема, на жаль, і терористичних загроз.

Слід визнати, що дуже часто в конфліктних ситуаціях, пов'язаних з ісламом та мусульманськими меншинами в Європі, право не узгоджується

з політичною доцільністю. Правові заходи стали реакцією законодавця на ту напруженість, яка супроводжує швидке зростання мусульманських меншин в Європі, їхню слабку інтеграцію в місцеве суспільство та загалом на зіткнення європейського та мусульманського менталітетів, традицій, культур, соціально-нормативних орієнтацій, а також на загрозу ісламського екстремізму. Наведене вище свідчить, що сьогодні важко знайти вирішення проблем, спричинених зростанням мусульманських меншин в Європі, які б відповідали рівною мірою всім критеріям – правовим, політичним, морально-культурним, соціально-психологічним.

Рекомендації

Потрібно намагатися хоча б частково переконати мусульман у правомірності самого законодавства, роз'яснити їм, що воно не обмежує їхні права як вірян. Просте посилення на звичайні для європейців правові аргументи, перш за все пов'язані з правами людини, може бути недостатнім. Адже, як вже зазначалося, мусульманська соціально-нормативна культура орієнтується на інші пріоритети. Отже, потрібно знайти шляхи та аргументи, зрозумілі й переконливі для мусульман, щоб сприяти зближенню позицій та побудувати конструктивний діалог.

Такий підхід, дійсно, є важливим, оскільки для досягнення згоди та зближення позицій варто використовувати аргументи, що апелюють до шаріатських цінностей та висновків ісламської юриспруденції. Важливо зрозуміти, що значущі для ісламського менталітету аргументи можуть мати більший вплив на переконання мусульман та сприяти зміцненню діалогу.

Запропонований підхід для європейців стає не просто вибором, а об'єктивною потребою через те, що поки незрозуміло, хто більше зацікавлений у інтеграції мусульманських меншин – європейці чи мусульмани. Треба пам'ятати, що демографічні тенденції працюють на користь мусульман і розмірковування про мусульман у Європі як про меншину може стати неактуальним у майбутньому.

Обидві сторони конфлікту мають йти назустріч одна одній. Можливо, варто допустити певний компроміс: по деяких питаннях більшу гнучкість мають виявити європейці, а по інших – мусульмани.

Загалом, можна стверджувати, що відносини між європейською та ісламською правовими культурами є суперечливими і часто набувають характеру гострого конфлікту. Проблеми, які були розглянуті в цьому дослідженні, ще довго, на жаль, будуть на порядку денному. Простої і однозначної відповіді на питання, як їх вирішити, мабуть, не існує. Проте сторони мають реальну

можливість знизити рівень протистояння, уникнути прямого зіткнення та можливих загострень, пов'язаних із мусульманськими меншинами в Європі.

Список використаних джерел

- [1] Кочубей Ю. Іслам у Європі: вдома чи в гостях. *Український тиждень*. № 3 (116). 22 січня 2010 р. URL: <https://tyzhden.ua/islam-u-ievropi-vdoma-chy-v-hostiakh/> (дата звернення: 04.08.2023).
- [2] Франциск порівняв табори для біженців із концтаборами. *BBC NEWS Ukrainian*. 23 квітня 2017 р. URL: <https://www.bbc.com/ukrainian/news-39683902> (дата звернення: 04.08.2023).
- [3] King M. *God's Law Versus State Law: The Construction of an Islamic Identity in Western Europe*. Grey Seal, 1995. 118 p.
- [4] Ferrari S., Bradney A. *Islam and European Legal Systems*. Aldershot : Ashgate, Dartmouth, 2000. 203 p.
- [5] Aluffi Beck-Peccoz R. *The Legal Treatment of Islamic Minorities in Europe*. Leuven : Peeters, 2004. 324 p.
- [6] Cesari J. *Shari'a and the future of secular Europe. Muslims in the West After 9/11: Religion, Politics, and Law*. J. Cesari (Ed.). London : Routledge, 2010. 264 p.
- [7] Mc Goldrick D. *Accommodating Muslims in Europe: From Adopting Sharia Law to Religiously Based Opt Outs from Generally Applicable Laws*. URL: https://www.researchgate.net/publication/249277961_Accommodating_Muslims_in_Europe_From_Adopting_Sharia_Law_to_Religiously_Based_Opt_Outs_from_Generally_Applicable_Laws (last accessed: 14.08.2023).
- [8] Shadid W. A. R. et al. *Religious freedom and the position of Islam in Western Europe: opportunities and obstacles in the acquisition of equal rights*. Peeters Publisher, 2005. 229 p.
- [9] Schacht J. *An introduction to islamic law*. URL: <http://islam-and-muslims.com/INTRODUCTION-ISLAMIC-LAW-Schacht.PDF> (last accessed: 15.08.2023).
- [10] Sykiainen L. *FIQH as a Source of Contemporary Law in Arab Countries. Higher School of Economics Research Paper No. WP BRP 92/LAW/2019*. URL: <https://ssrn.com/abstract=3499483> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3499483> (last accessed: 04.08.2023).
- [11] Lewis B. *What went wrong? Western impact and Middle Eastern response*. Oxford University Press, 180 p.
- [12] Львова О. Л. Місце прав людини в мусульманському праві. *Часопис Київського університету права*. 2008. № 3. С. 26–32.
- [13] Lukianov D. V, Steshenko V. M., Ponomarova H. P. Freedom of expression and islam: Charlie hebdo's lessons. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. 2021. Vol. 28, issue 1. P. 61–70. [https://doi.org/10.37635/jnalsu.28\(1\).2021.61-70](https://doi.org/10.37635/jnalsu.28(1).2021.61-70).
- [14] Rohe M. (2003). On the Applicability of Islamic Rules in Germany and Europe. *European Yearbook of Minority Issues Online*. 2003. Vol. 3, issue 1. P. 181–197. <https://doi.org/10.1163/221161104X00101>.
- [15] Nielsen J. S. *Muslim Political Participation in Europe*. Edinburgh University Press, 2013. 347 p.
- [16] Nielsen J. S. *Muslims in Western Europe*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2015. 232 p.

- [17] Al-Qaradawi Yu. Islam – An Introduction. URL: https://www.muslim-library.com/dl/books/English_Introduction_to_Islam.pdf (last accessed: 04.08.2023).
- [18] Baderin M. A. Modern Muslim states between Islamic law and international human rights law. PhD Thesis. University of Nottingham, 2001. 384 c. URL: https://www.academia.edu/99853325/Modern_Muslim_states_between_Islamic_law_and_international_human_rights_law (last accessed: 04.08.2023).
- [19] Madryha T., Kornievskyy O., Pereguda Y., Bodrova I., Svorak S. Transformation of civil society in the context of political radicalism in eastern Europe. *Cuestiones Politicas*. 2022. Vol. 40, issue 74. P. 268–292. <https://doi.org/10.46398/cuestpol.4074.14>.
- [20] Конституції ісламських держав. URL: <https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en&q=islam> (дата звернення: 04.08.2023).
- [21] Al-Qaradawi Yu. The Lawful And Prohibited In Islam. Dar Al Taqwa, London, UK, 2010. 355 p. URL: <https://thequranblog.files.wordpress.com/2010/06/the-lawful-and-the-prohibited-in-islam.pdf> (last accessed: 10.08.2023).
- [22] Human Rights Watch Report «Promises Betrayed: Denial of Rights of Bidun, Women, and Freedom of Expression». VI Restrictions on freedom of expression. URL: <https://www.hrw.org/legacy/reports/2000/kuwait/> (last accessed: 15.08.2023).
- [23] Shestopalets D. There's More Than One Way to Tie a Hijāb: Female Conversion to Islam in Ukraine. *Islam and Christian–Muslim Relations*. 2021. Vol. 32, issue 1. P. 97–119. <https://doi.org/10.1080/09596410.2021.1882144> (last accessed: 04.08.2023).
- [24] Islam and the West: A Conversation with Bernard Lewis. URL: <https://www.pewresearch.org/religion/2006/04/27/islam-and-the-west-a-conversation-with-bernard-lewis/> (last accessed: 05.08.2023).
- [25] Дамирли М. А. Исламское право в светских обществах: некоторые теоретические проблемы. URL: http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/2662/Дамирли_МА.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата звернення: 06.08.2023).
- [26] Zachariah Matthews. The place of ijtihad in Islamic law and the necessary conditions to be qualified a mujtahid. URL: https://www.academia.edu/35093074/The_place_of_ijtihad_in_Islamic_law_and_the_necessary_conditions_to_be_qualified_a_mujtahid (last accessed: 15.08.2023).
- [27] UN Human Rights Council. Report of the Working Group on the Universal Periodic Review; Saudi Arabia [A/HRC/11/23]. URL: https://www.ecoi.net/en/file/local/1351444/1227_1248628374_saudiarabia.pdf (last accessed: 15.08.2023).

References

- [1] Kochubey, Y. (January 22, 2010). Islam in Europe: at home or away. *The Ukrainian Week*, 3(116). Retrieved from <https://tyzhden.ua/islam-u-ievropi-vdoma-chy-v-hostiakh/>.
- [2] Francis compared refugee camps to concentration camps. (April 23, 2017). *BBC NEWS Ukrainian*. Retrieved from <https://www.bbc.com/ukrainian/news-39683902>.
- [3] King, M. (1995). *God's Law Versus State Law: The Construction of an Islamic Identity in Western Europe*. Grey Seal.
- [4] Ferrari, S., & Bradney, A. (2000). *Islam and European Legal Systems*. Aldershot: Ashgate, Dartmouth.
- [5] Aluffi Beck-Peccoz, R. (2004). *The Legal Treatment of Islamic Minorities in Europe*. Leuven: Peeters.

- [6] Cesari, J. (2010). *Shari'a and the future of secular Europe. Muslims in the West After 9/11: Religion, Politics, and Law*. J. Cesari (Ed.). London: Routledge.
- [7] Mc Goldrick, D. (2009). Accommodating Muslims in Europe: From Adopting Sharia Law to Religiously Based Opt Outs from Generally Applicable Laws. *Human Rights Law Review*, 9(4), 603-645 Retrieved from https://www.researchgate.net/publication/249277961_Accommodating_Muslims_in_Europe_From_Adopting_Sharia_Law_to_Religiously_Based_Opt_Outs_from_Generally_Applicable_Laws.
- [8] Shadid, W.A.R. et al. (2005). *Religious freedom and the position of Islam in Western Europe: opportunities and obstacles in the acquisition of equal rights*. Peeters Publisher.
- [9] Schacht, J. (1982). *An introduction to islamic law*. Retrieved from <http://islam-and-muslims.com/INTRODUCTION-ISLAMIC-LAW-Schacht.PDF>.
- [10] Sykiainen, L. (2019). FIQH as a Source of Contemporary Law in Arab Countries. *Higher School of Economics Research Paper* No. WP BRP 92/LAW/2019. Retrieved from <https://ssrn.com/abstract=3499483> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3499483>.
- [11] Lewis, B. (2002). *What went wrong? Western impact and Middle Eastern response*. Oxford University Press.
- [12] Lvova, O.L. (2008). The place of human rights in Muslim law. *Law Review of Kyiv University of Law*, 3, 26-32.
- [13] Lukianov, D.V., Steshenko, V.M., & Ponomarova, H.P. (2021). Freedom of expression and islam: Charlie hebdo's lessons. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 28(1), 61-70. [https://doi.org/10.37635/jnalsu.28\(1\).2021.61-70](https://doi.org/10.37635/jnalsu.28(1).2021.61-70).
- [14] Rohe, M. (2003). On the Applicability of Islamic Rules in Germany and Europe. *European Yearbook of Minority Issues Online*, 3(1), 181-197. <https://doi.org/10.1163/221161104X00101>.
- [15] Nielsen, J.S. (2013). *Muslim Political Participation in Europe*. Edinburgh University Press.
- [16] Nielsen, J.S. (2015). *Muslims in Western Europe*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- [17] Al-Qaradawi, Y. *Islam – An Introduction*. Retrieved from https://www.muslim-library.com/dl/books/English_Introduction_to_Islam.pdf.
- [18] Baderin, M.A. (2001). *Modern Muslim states between Islamic law and international human rights law*. PhD Thesis. University of Nottingham. Retrieved from https://www.academia.edu/99853325/Modern_Muslim_states_between_Islamic_law_and_international_human_rights_law.
- [19] Madryha, T., Kornievskyy, O., Pereguda, Y., Bodrova, I., & Svorak, S. (2022). Transformation of civil society in the context of political radicalism in eastern Europe. *Cuestiones Politicas*, 40(74), 268-292. <https://doi.org/10.46398/cuestpol.4074.14> <https://produccioncientificaluz.org/index.php/cuestiones/article/view/38901/43438>.
- [20] *Constitutions of Islamic states*. Retrieved from <https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en&q=islam>.
- [21] Al-Qaradawi, Yu. (2010). *The Lawful And Prohibited in Islam*. Dar Al Taqwa, London, UK. Retrieved from <https://thequranblog.files.wordpress.com/2010/06/the-lawful-and-the-prohibited-in-islam.pdf>.
- [22] Human Rights Watch Report "Promises Betrayed: Denial of Rights of Bidun, Women, and Freedom of Expression". VI. Restrictions on freedom of expression. Retrieved from <https://www.hrw.org/legacy/reports/2000/kuwait/>.

- [23] Shestopalets, D. (2021). There's More Than One Way to Tie a Hijāb: Female Conversion to Islam in Ukraine. *Islam and Christian–Muslim Relations*, 32(1), 97-119. <https://doi.org/10.1080/09596410.2021.1882144>.
- [24] *Islam and the West: A Conversation with Bernard Lewis*. Retrieved from <https://www.pewresearch.org/religion/2006/04/27/islam-and-the-west-a-conversation-with-bernard-lewis/>.
- [25] Damirli, M.A. (2015). *Islamic Law in Secular Societies: Some Theoretical Issues*. Retrieved from [http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/2662/Дамирли MA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/2662/Дамирли%20МА.pdf?sequence=1&isAllowed=y).
- [26] Zachariah, M. (2015). *The Place of Ijtihad in Islamic Law and the Necessary Conditions to be Qualified a Mujtahid*. Retrieved from https://www.academia.edu/35093074/The_place_of_ijtihad_in_Islamic_law_and_the_necessary_conditions_to_be_qualified_a_mujtahid.
- [27] *UN Human Rights Council*. Report of the Working Group on the Universal Periodic Review; Saudi Arabia [A/HRC/11/23]. Retrieved from https://www.ecoi.net/en/file/local/1351444/1227_1248628374_saudiaarabia.pdf.

Алла Анатоліївна Гринчак

кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри державного будівництва
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: a.a.grynchak@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0003-1246-9968

Сергій Васильович Гринчак

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: s.v.grynchak@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0001-6858-9104

Alla A. Grynchak

Ph.D. in Law, Associate Professor,
Associate Professor of State Building Department
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: a.a.grynchak@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0003-1246-9968

Serhii V. Grynchak

Ph.D. in Law, Associate Professor,
Associate Professor of Criminal Law Department
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: s.v.grynchak@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0001-6858-9104

Рекомендоване цитування: Гринчак А. А., Гринчак С. В. Права людини в ісламському праві й інтеграція мусульман у європейських державах. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 162. С. 256–278. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.286086>.

Suggested Citation: Grynchak, A.A., & Grynchak, S.V. (2023). Human Rights in Islamic Law and the Integration of Muslims in European Countries. *Problems of Legality*, 162, 256-278. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.286086>.

Статтю подано / Submitted: 19.08.2023

Доопрацьовано / Revised: 02.09.2023

Схвалено до друку / Accepted: 08.09.2023

Опубліковано / Published: 28.09.2023

Суб'єктивна сторона (*mens rea*) пособництва і підбурювання воєнним злочинам і злочинам проти людяності в контексті американського Закону про деліктні позови іноземців

Богдан Петрович Карнаух*

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

*e-mail: karnaukh.bogdan@gmail.com

Анотація

Американський Закон про деліктні позови іноземців (*Alien Tort Statute, ATS*) – це документ, що є знаковим у світовому масштабі, через те, що посилаючись на його положення, позивачі в американських судах домагалися відшкодування шкоди за порушення прав людини, які мали місце на інших континентах. Чимало таких справ стосувалися воєнних злочинів і злочинів проти людяності. І оскільки подібного роду масштабні злочинства майже ніколи не вчиняються єдиним виконавцем, одним із ключових питань, що поставало перед судами при розгляді відповідних справ, було питання установаження стандартів відповідальності за співучасть, пособництво і підбурювання таким злочинам. Розглядаючи ці справи, американські суди обґрунтовували свої рішення положеннями норм міжнародного права і, таким чином, напрацювали масив прецедентного права, вивчення якого, безсумнівно, буде корисним у світлі правових проблем, що породила війна в Україні. Саме цим зумовлено актуальність дослідження. Мета статті полягає в дослідженні вимог до суб'єктивної сторони (*mens rea*) пособництва і підбурювання воєнних злочинів і злочинів проти людяності крізь призму прецедентної практики за Законом про деліктні позови іноземців. Методологічно дослідження зводиться до аналізу прецедентної практики американських судів крізь призму норм міжнародного права. Важливою складовою розвідки є віднаходження змісту норм міжнародного звичаєвого права, положення якого окремо підлягають доказуванню у відповідних справах. Саме дослідження є частиною порівняльно-правових пошуків із метою винести уроки, які могли б прислужитися до розв'язання складних юридичних проблем, що постають у зв'язку з війною в Україні. У статті досліджено два стандарти суб'єктивної сторони пособництва і підбурювання, які використовуються американськими судами при розгляді справ за Законом про деліктні позови іноземців, а саме: стандарт мети і стандарт знання. Розглянуто американські прецеденти, в яких суди використали той або інший стандарт. Обґрунтовано, що витоки розбіжності варто шукати в міжнародному праві, позаяк американські суди у відповідній категорії справ послу-

говуються саме міжнародним правом. Проаналізовано аргументи судді Кацмана, чия позиція лежить в основі усіх подальших рішень, що спираються на стандарт мети. Критичний аналіз аргументів судді Кацмана доповнено ретельним розбором практики міжнародних кримінальних трибуналів – від Нюрнберзького до пізніших трибуналів по Югославії, Руанді і Сьєрра-Леоне. Зроблено висновок, що стандарт знання є переважачим, і саме він має вважатися нормою міжнародного звичаєвого права, і саме він має визначати критерії відповідальності за шкоду, завдану грубим порушенням міжнародно визнаних прав людини.

Ключові слова: суб'єктивна сторона; пособництво і підбурювання; воєнні злочини; злочини проти людяності; відшкодування шкоди; деліктне право.

Subjective Side (Mens Rea) of Aiding and Abetting War Crimes and Crimes Against Humanity in the Context of the Alien Tort Statute

Bohdan P. Karnaukh*

Yaroslav Mudryi National Law University,
Kharkiv, Ukraine

*e-mail: karnaukh.bogdan@gmail.com

Abstract

The American Alien Tort Statute (ATS) is a landmark instrument on a global scale, since, based on its provisions, plaintiffs in American courts have sought compensation for human rights violations committed on other continents. Many of these cases involved war crimes and crimes against humanity. And since such large-scale crimes are almost never committed by a single perpetrator, one of the key issues before the courts in these cases was the question of establishing standards of liability for aiding and abetting such crimes. In considering these cases, the American courts based their decisions on the provisions of international law and thus developed a substantial body of case law, the study of which will undoubtedly be valuable in light of the legal challenges posed by the war in Ukraine. The objective of the article is to examine the requirements for the mens rea of aiding and abetting war crimes and crimes against humanity through the prism of the case law applying the Alien Tort Statute. From a methodological point of view, the study focuses on the analysis of the case law of American courts through the prism of international law. An important component of the research is to determine the contents of customary international law, the provisions of which are subject to separate proof in the relevant cases. The article itself is a part of comparative legal research with the aim of drawing lessons that could be used to solve the complex legal problems arising from the war in Ukraine. The article examines two standards of aiding and abetting used by American courts in cases under the Alien Tort Statute, namely, the purpose standard and the knowledge standard. The author examines the American precedents in which the courts have used one or the other standard. It is argued that the origins of the disagreement

should be sought in international law, since American courts in the relevant category of cases rely on international law. The author analyses the arguments of Judge Katzmann, whose position forms the basis for all subsequent decisions applying the purpose standard. The critical analysis of Judge Katzmann's arguments is complemented by a thorough examination of the practice of international criminal tribunals - from the Nuremberg Tribunal to the later tribunals for Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone. The author concludes that the standard of knowledge is predominant and should be considered a rule of customary international law and should define the criteria of liability for harm caused by gross violations of internationally recognised human rights.

Keywords: mens rea; aiding and abetting; war crimes; crimes against humanity; compensation for damage; tort law.

Вступ

Американський Закон про деліктні позови іноземців (Alien Tort Statute, ATS¹) – це знаковий у світовому масштабі документ. Попри те, що цей Закон включає одну-єдину статтю, історія його застосування буремна, а засяг дії – напевно грандіозний. Свого часу, користуючись цим Законом, позивачі в американських судах домагалися відшкодування за порушення прав людини, які мали місце на інших континентах. Прямо зараз Апеляційний суд Округу Колумбія розглядає справу, в якій мешканці Демократичної Республіки Конго вимагають відшкодування від світових техногігантів «Епл», «Тесла», «Майкрософт», «Дел» і «Алфавет» (материнська компанія «Гугл») за те, що останні, на думку позивачів, були пособниками та/або підбурювачами використання примусової праці дітей у кустарних кобальтових шахтах Конго [1].

Сучасна редакція ATS кодифікована в §1350 титулу 28 Кодексу США (USC): «Окружні суди мають первісну юрисдикцію щодо будь-якого цивільного позову іноземця, якщо тільки він стосується делікту, скоєного на порушення права народів або міжнародного договору Сполучених Штатів». Отже, ATS застосовується за наявності таких умов: а) пред'явлено цивільний позов; б) позивач – іноземець; в) позов – про відшкодування шкоди (деліктний); і г) шкоди завдано внаслідок порушення норм міжнародного права – звичаєвого чи закріпленого в міжнародних договорах [2, с. 1]. Якщо ці вимоги виконуються, то справа підсудна американському суду.

Чимало ATS-справ стосувалися воєнних злочинів і злочинів проти людяності. І оскільки подібного роду масштабні злочинства майже ніколи не вчиняються єдиним виконавцем, одним із ключових питань, що поставало перед судами при розгляді відповідних справ, було питання установлення стандартів відповідальності за співучасть, пособництво і підбурювання таким злочинам. Розглядаючи ці справи, американські суди обґрунтовували свої

¹ Інколи також вживається абревіатура ATCA – Alien Tort Claims Act.

рішення положеннями норм міжнародного права і, таким чином, напрацювали масив прецедентного права, вивчення якого, безсумнівно, буде корисним у світлі правових проблем, що породила війна в Україні.

Мета статті – дослідити вимоги до суб'єктивної сторони (*mens rea*) пособництва і підбурювання воєнних злочинів і злочинів проти людяності крізь призму прецедентної практики американських судів за Законом про деліктні позови іноземців. Досягнення мети дослідження передбачає вирішення таких завдань: 1) огляд практики американських судів щодо застосування Закону про деліктні позови іноземців; 2) виявлення розбіжності у зазначеній практиці щодо необхідної для пособництва і підбурювання суб'єктивної сторони діяння (*mens rea*); 3) з'ясування першопричин зазначеної розбіжності; 4) докладний аналіз аргументів на користь кожного із двох альтернативних підходів; та 5) визначення підходу, якому належить віддати перевагу, як такому, що є усталеним у міжнародному праві.

Матеріали та методи

Емпіричним матеріалом дослідження є рішення американських судів щодо застосування Закону про деліктні позови іноземців, а також рішення міжнародних кримінальних трибуналів (Нюрнберзького та пізніших трибуналів по Югославії, Руанді і Сьєрра-Леоне). Методологічно дослідження зводиться до аналізу прецедентної практики судів крізь призму норм міжнародного права. Висновки засновуються на відстеженні складних взаємозв'язків між нормами американського деліктного права та нормами міжнародного кримінального права. Важливою складовою розвідки є віднаходження змісту норм міжнародного звичаєвого права, положення якого окремо підлягають доказуванню у відповідних справах. Саме дослідження є частиною порівняльно-правових пошуків із метою винести уроки, які могли б прислужитися до розв'язання складних юридичних проблем, що постають у зв'язку із війною в Україні.

У пособництві і підбурюванні воєнним злочинам і злочинам проти людяності – як у будь-якому злочинному діянні – прийнято виділяти дві сторони: об'єктивну (*actus reus*) і суб'єктивну (*mens rea*). І якщо стосовно об'єктивної сторони є відносна одностайність¹, то стосовно суб'єктивної – поміж американських судів відбувся справжній розкол. Цей розкол є предметом широкої наукової полеміки. Зокрема, дослідженню відповідної проблеми присвячено публікації E. Beavers, M. J. Ventura, O.A. Hathaway, A. Francis, A.A. Naviland, S.R. Kethireddy, R.S. Lincoln та S. Khakurel [4–8].

В одних округах [9–10] суди стоять на позиції, що пособник чи підбурювач мають діяти з *наміром* на досягнення злочинного результату: потрібно, щоб

¹ Докладніше див.: [3].

особа *свідомо прагнула* посприяти безпосередньому виконавцеві у вчиненні задуманого ним злочину (тобто поділяла намір виконавця). У такому разі скоєння злочину – це *мета*, заради досягнення якої діє пособник чи підбурювач. Відповідно, якщо особа не має спеціальної мети посприяти скоєнню злочину і сама не бажає настання шкідливих наслідків, то вона не може підлягати кримінальній відповідальності з точки зору міжнародного права, а отже, і деліктній відповідальності в контексті ATS. Такий підхід називають стандартом *мети*.

На противагу цьому суди в інших округах [11–14] додержуються думки, що для пособництва чи підбурювання не обов'язково самому поділяти злочинні наміри виконавця і бажати настання шкідливих наслідків – достатньо *розуміти*, що дії виконавця, яким надається сприяння, або до яких його підбурювано, є злочинними. Іншими словами, не вимагається намір – досить лише обізнаності. Такий стандарт називають стандартом *знання*.

Перший стандарт більш вимогливий, адже довести спеціальну спрямованість умислу значно важче, ніж довести просто обізнаність щодо злочинного характеру дій виконавця.

У цій статті ми спершу звертаємося до конкретних справ, у яких американські суди використали той або інший стандарт. Далі ми обґрунтуємо, що витоки досліджуваної розбіжності варто шукати в міжнародному праві, адже американські суди у відповідній категорії справ послуговуються саме ним, а не національними законоположеннями. Насамкінець третя частина дослідження присвячена розбору аргументів судді Кацмана, чия позиція послугувала опертям для усіх подальших справ, де перевагу було віддано стандартів мети. Суддя Кацман, зокрема, покликається на положення п. (с) ч. 3 ст. 25 Статуту Міжнародного кримінального суду (Римський статут) і так звану «Міністерську справу», в якій Нюрнберзький трибунал виправдав очільника німецького банку, що кредитував підприємства СС. Критичний аналіз аргументів судді Кацмана ми доповнимо ретельним розбором практики міжнародних кримінальних трибуналів – від Нюрнберзького до пізніших трибуналів по Югославії, Руанді і Сьєрра-Леоне.

Результати та обговорення

Справи, де застосовано стандарт мети

Для першого підходу знаковою є збіжна думка судді Кацмана у справі за позовом до корпорацій, що сприяли режимові апартеїду в Південній Африці (справа *Khulumani* [15]). Суддя Кацман зауважив: «Я доходжу висновку, що відповідач згідно з міжнародним правом може бути визнаний відповідальним

за пособництво і підбурювання до порушення [міжнародного] права іншою особою, коли відповідач (1) надає практичну допомогу виконавцеві, яка має істотне значення для скоєння злочину, і (2) робить це з метою посприяти (курсив наш. – Б.К.) скоєнню відповідного злочину» [15, с. 38–39].

Позиція судді Кацмана послугувала опертям для рішення у справі *Aziz v. Alcolac, Inc.* 658 F.3d 388 (4th Cir. 2011) [9]. У цій справі йшлося про події Ірано-іракської війни 80-х років минулого століття. Під час цієї війни активно використовувалася хімічна зброя, і зокрема гірчичний газ, що підтверджували розслідування міжнародних організацій [16]. Режим Саддама Хусейна використовував гірчичний газ також проти курдів північного Іраку, яких режим уважав причетними до співпраці з Іраном. Жертви хімічних атак та родичі померлих звернулися із позовом до Alcolac, компанії-виробника тіодигліколю (TDG) – речовини, яка використовується для виготовлення гірчичного газу. Позивачі стверджували, що компанія через посередників і всупереч експортним заборонам постачала тіодигліколь режиму Саддама Хусейна, який виготовляв із нього гірчичний газ для атак на курдів.

Утім позов було відхилено. Ключовим аргументом стало те, що позивачі не довели наявність суб'єктивної сторони злочину, яка, на думку суду, мала визначатися через стандарт мети [9, с. 5–6]. У першій інстанції суд виходив із того, що вимоги позивачів до Республіки Ірак були б цілком життєздатними, бо вони спиралися б на порушення останньою міжнародного права, що забороняє розроблення, виробництво, зберігання й використання хімічної зброї. Але вимоги до компанії Alcolac – це інша річ: вона не є безпосереднім виконавцем вищезазначених злочинів, а звинувачується лише в тому, що продавала тіодигліколь іншій компанії NuKraft, знаючи, що речовина зрештою потрапить до рук злочинного режиму, який використовуватиме її для виробництва гірчичного газу й атак на курдів. Для життєздатності таких вимог у суді потрібно довести, що компанія постачала хімікат спеціально із наміром сприяти убивствам цивільних. Однак цього позивачі не доводили, а лише голослівно заявляли. З таким висновком погодився і Апеляційний суд.

На міркування судді Кацмана значною мірою спирається рішення у справі *Presbyterian Church of Sudan v. Republic of the Sudan* [10] – ще одній справі, де питання про стандарт пособництва і підбурювання стало центральним¹.

Справи, де застосовано стандарт знання

Обізнаність була визнана достатньою для покладення відповідальності за пособництво і підбурювання у справі *Doe I v. Unocal Corp.* 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002) [12].

¹ Докладний аналіз справи див.: [17; 18].

Компанія Upocal займалася видобуванням газу в М'янмі і для цих цілей будувала трубопровід, що сполучав узбережжя М'янми із Таїландом. Для охорони трубопроводу компанія уклала договір із урядом, згідно з яким урядові збройні сили відповідали за охорону трубопровідного коридору (загалом було найнято чотири батальйони по 600 військових кожен, а також по 50 солдатів для захисту кожної дослідницької команди).

Позивачі стверджували, що військові, які охороняли трубопровід, залучали місцеве населення до примусової праці носильниками і чорноробами. Незгодних – убивали, гвалтували і піддавали тортурам. Відповідно, позивачі уважали компанію пособником звірств, скоюваних військовими, і на цій підставі вимагали компенсації завданої шкоди.

Суд ухвалив, що належним стандартом психічного ставлення при пособництві й підбурюванні є стандарт знання. Пособник чи підбурювач не повинен поділяти наміри безпосереднього виконавця злочину. Більше того, він може навіть не знати, який саме злочин буде вчинено – достатньо, щоб він знав, що той або інший злочин вірогідно буде вчинений виконавцем завдяки допомозі, або моральній підтримці, яку він надає [12, с. 15]. Також суд підкреслив, що описаному стандарту задовільняє не лише дійсне знання (коли доведено, що особа насправді «знала»), а й так зване «конструйоване» або «розумне» знання (коли доведено, що особа «розумно повинна була знати»).

Згідно з міркуваннями суду, коли менеджмент компанії на робочих нарадах указував військовим ділянки, де слід забезпечити охорону й будувати інфраструктуру, при цьому достеменно знаючи, що військові використовуватимуть для цього примусову працю, то тим самим він спонукав військових до використання примусової праці, надавав моральну підтримку таким діям, і зрештою, заохочував їх до цих дій, оплачуючи надані послуги. На підтвердження суд навів слова президента компанії, пана Імле, який сказав: «якщо примусова праця іде в парі з військовими, то так, буде більше примусової праці».

Ще одна справа, пов'язана з порушеннями під час видобування корисних копалин на іноземній території, – *Doe v. Exxon Mobil Corp.* 654 F.3d 11 (D.C. Cir. 2011) [13]. Суд дійшов висновку що «не вимагається, аби пособник чи підбурювач поділяв психічне ставлення злочинця, тобто мав позитивний намір учинити злочин, за умови, що він був обізнаний, що його дії допоможуть злочинцеві» [13, с. 39–40].

Стандарт знання був підтриманий також у справі *Mehinovic v. Vuckovic* 198 F. Supp. 2d 1322 (N.D. Ga. 2002) [14], яка стосувалась етнічних чисток у колишній Югославії. Відповідача, сербського військового, було визнано

відповідальним не лише за злочини, які він учиняв особисто, але також за катування і знущання, вчинювані іншими, – кому він допомагав у цьому, або кого до цього підбурював. Суд із посиланням на практику міжнародних кримінальних трибуналів виснував, що належним стандартом *mens rea* є стандарт знання, для якого достатньо обізнаності про те, що відповідні дії допоможуть вчиненню злочину, і не вимагається власне бажання, щоб цей злочин було вчинено. Суд зауважив: «[д]окази вказують, що діючи так, Вукович надавав допомогу і спонукав тих, хто безпосередньо вчиняв катування й побої позивачів, і що він *знав* (курсив наш. – Б.К.), що його власна участь і спонукування до цих дій допоможуть іншим у їх вчиненні» [14, с. 29].

Такий же стандарт (знання) дістав застосування і в справі *Cabello v. Fernandez-Larios* 402 F.3d 1148 (11th Cir. 2005) [11], в якій ішлося про події, пов'язані із військовим переворотом, організованим Августо Піночетом 1973 р. у Чилі.

Витоки розбіжності щодо застосовного стандарту mens rea

Тож, чому суди різних округів додержуються різних точок зору щодо суб'єктивної сторони пособництва і підбурювання? Першоджерело цієї розбіжності слід шукати в міжнародному праві, позаяк американські суди, реалізуючи юрисдикцію, надану за ATS, керуються матеріальними нормами міжнародного права. Іншими словами, критерії криміналізованого пособництва і підбурювання американські суди беруть саме із міжнародного права. І в цьому саме і криється корінь проблеми, адже зміст міжнародного права не завжди легко встановити, особливо – коли йдеться про міжнародне звичаєве право (а саме воно й перебуває у фокусі усіх наведених справ)¹.

Норми звичаєвого міжнародного права ніде «чорним по білому» не написані, тому його контури часто невизначені, а точний зміст тієї чи іншої норми підлягає доведенню шляхом ретельного аналізу національної і міжнародної практики. Та оскільки ця практика майже ніколи не буває абсолютно однорідною, віднаходження норми звичаєвого міжнародного права часто передбачає зважування різних тенденцій і визначення тієї, котра має бути визнана домінантною. У цьому копіткому процесі не уникнути похибок, зумовлених тим, що один суд може надати більшої ваги одному напрямку практики, а інший – іншому. Саме це ми й спостерігаємо в юриспруденції американських судів щодо ATS-позовів.

¹ Загалом, перелік джерел міжнародного права передбачений у ст. 38 Статуту Міжнародного суду ООН. Докладніше про застосування різних джерел міжнародного права американськими судами див.: [19].

Однак, попри те, що визначення змісту міжнародного права, по суті, передбачає оціночне судження, це не означає, що таке судження може бути цілком довільним. Авжеж ні. Відповідно, для того, аби визначити, котрий зі стандартів краще відображає міжнародне право (і є достатньо усталеним, аби вважатися звичаєм), належить розібратися в аргументах, наведених судами на користь кожного з них.

Розбір аргументів і практика міжнародних кримінальних трибуналів

Обстоюючи стандарт мети, суддя Кацман спирається насамперед на положення п. (с) ч. 3 ст. 25 Статуту Міжнародного кримінального суду (Римський статут), відповідно до якого «особа визнається відповідальною згідно з кримінальним правом і підлягає покаранню за злочин, підсудний цьому Суду, якщо ця особа... (с) *з метою сприяти вчиненню такого злочину* (курсив наш. – Б.К.) допомагає, підбурює, або іншим чином пособляє його вчиненню або замаху на його вчинення, зокрема, надаючи засоби до його вчинення».

Із наведеного формулювання суддя Кацман робить висновок, що в міжнародному кримінальному праві обов'язковою суб'єктивною ознакою пособництва і підбурювання є мета сприяти вчиненню злочину.

Однак стосовно такого висновку є декілька заперечень. Перше – формального характеру. Сполучені Штати Америки не належать до кола держав-учасниць Римського статуту. Отже, у своїй безпосередній якості – як обов'язкова міжнародна конвенція (п. (а) ст. 38 Статуту ІСД) – Римський статут не підлягає застосуванню. Утім, як відомо, подеколи та або інша багатостороння міжнародна конвенція може визнаватися застосовною навіть до держави, яка її не ратифікувала, – за умови, що конвенція буде розцінена як доказ існування усталеного звичаю в міжнародній практиці (п. (а) ст. 38 Статуту ІСД). У цьому контексті число держав-сторін Римського статуту, а саме – 123, безумовно, має відчутну вагу як доказ загального визнання позначених у Статуті норм. І на цій цифрі небезпідставно наголошують суди, що покликаються на Статут. Проте, чи дійсно Римський статут лише зафіксував усталену міжнародну практику, чи навпаки – запровадив не узвичаєне до того правило? – щодо цього дискусії продовжуються [6, с. 1634; 8, с. 2980].

Утім, на наш погляд, більш вагомим є змістове заперечення проти аргументу, побудованого на використанні Римського статуту. Річ у тім, що в тій же статті Статуту, на яку посилається суддя Кацман обґрунтовуючи стандарт мети, є наступний пункт, із якого виходить протилежний висновок. Так, відповідно до п. (d) ч. 3 ст. 25 Римського статуту «особа визнається відповідальною згідно з кримінальним правом і підлягає покаранню за злочин, підсудний цьому Суду, якщо ця особа... (d) в будь-який інший спосіб

долучається до вчинення або замаху на вчинення такого злочину групою осіб, що діють зі спільним наміром. Таке долучення має бути навмисним і має бути або (i) скоєне із метою сприяти злочинній діяльності або злочинній меті групи, коли така діяльність або мета охоплює вчинення злочину, підсудного цьому Суду; або (ii) скоєне зі знанням наміру групи скоїти відповідний злочин».

Отже, якщо йдеться про злочин, скоєний групою осіб зі спільним наміром, то для пособника чи підбурювача, який сприяє такій групі, альтернативно вимагається *або* намір, *або* знання. А це рівнозначно тому, що знання є достатнім. І оскільки масштабні злочини, про які йшлося в АТС-позовах, описаних вище, вчинялися не поодинокими виконавцями, а, як правило, групами осіб за змовою, то звідси виходить, що навіть за умови визнання Римського статуту застосовним перевагу належало віддати стандартіві знання [7, с. 615; 8, с. 2980; 20, р. 310–315].

Другим аргументом судді Кацмана було посилання на справу *The United States of America vs. Ernst von Weizsäcker et al.* [21], яку розглядав Нюрнберзький трибунал. Обвинуваченими у цій справі були високопосадовці й чиновники різних міністерств і відомств нацистської Німеччини (звідси і неофіційна назва справи – «Міністерська справа», або «Справа Вільгельмштрассе» – за назвою вулиці в Берліні, на якій розташовувалися відповідні установи).

Суддя Кацман звертає увагу на виправдання одного з обвинувачених – Карла Раше, генерального директора Дрезденського банку. Його банк надавав великі суми коштів у позику підприємствам СС, на яких масово використовувалася праця в'язнів концентраційних таборів.

Попри очевидну обізнаність пана Раше із тим, як «ведуть справи» позичальники його банку, його, тим не менше, було виправдано. На цій підставі суддя Кацман робить висновок, що знання не є достатнім для притягнення до відповідальності за пособництво і підбурювання, а потребується спільність намірів із виконавцем.

Однак поза увагою судді Кацмана залишилося, що в цій же справі інший високопоставлений банкір, Еміль Йоган Пуль, директор і віцепрезидент Рейхсбанку, був визнаний винним попри те, що він, на думку Трибуналу, очевидно не поділяв намірів нацистського керівництва щодо системного винищення євреїв [8, с. 2978–2979].

Пуля було обвинувачувано в тому, що він організував приймання, сортування, облік і збут грошей, прикрас, коштовностей, годинників і дорого-

цінних металів, у тому числі золотих коронок і пломб, які СС вилучали від страчених у концтаборах в'язнів.

Ось що написав Трибунал стосовно намірів обвинуваченого Пуля: «На його користь має бути сказано те, що він не був засновником цієї справи, і вона, ймовірно, була йому огидною. Він не брав участі у винищенні євреїв чи інших в'язнів концтаборів, і в нас немає сумнівів, що він би не брав участі в цій частині плану, навіть якби йому наказали. Та він, безсумнівно, був добровільним учасником певної частини загального плану, хоч його роль і не була ключовою» [21, с. 226].

У цьому уривку Трибунал вважав за потрібне віддати належне обвинуваченому, підкресливши, що Трибунал розуміє, що він не мав на меті винищення євреїв і масові убивства в'язнів, але, тим не менше, його причетність була достатньо вагомою, щоб тягнути за собою відповідальність. Цей уривок не узгоджується із міркуванням судді Кацмана, адже в ньому Трибунал визнає Пуля пособником нацистських злочинів, одночасно із цим констатує, що Пуль не поділяв злочинних намірів нацистської верхівки.

Отож, виходить, що обидва банкіри – Раше і Пуль – не мали наміру сприяти злочинам проти людяності, але одного із них було визнано винним у пособництві цим злочинам, а іншого – виправдано. Відповідно, різні вирокі не можна пояснити тим, що застосовним стандартом пособництва і підбурювання є стандарт мети, і стосовно одного з обвинувачених мету доведено, а щодо іншого – ні. Так, пояснення різних вироків слід шукати в чомусь іншому. У справі *Exxon Mobil* суд припустив, що відмінність між двома обвинуваченими криється не в суб'єктивній стороні скоєного ними (*mens rea*), а в об'єктивній (*actus reus*) [13, с. 48–49].

Раше робив для нацистської верхівки те, що він робив і для усіх інших клієнтів, – надавав кошти в позику, тобто, з об'єктивної точки зору, його операції не відрізнялися від інших банківських операцій, які повсякденно проводила його фінансова установа. На противагу цьому збут награвованого через мережу ломбардів і переплавку золотих коронок на злитки банківських металів (що їх організував Пуль) не можна вважати звичайною для банківської установи операцією. Це підтверджується, зокрема й тим, що обладка проводилася таємно за вказівкою Пуля, незважаючи на численні перестороги інших банківських посадовців, а кошти надходили на рахунок з фіктивним іменем «Max Heiliger».

Цікаво також те, що сторона захисту намагалася обґрунтувати звичайність, нормальність операцій, організовуваних Пулем, наполягаючи на тому, що банк був зобов'язаний приймати на рахунки відповідні кошти й майно

(зокрема, згідно із законом, що вимагав, аби вся іноземна валюта й золото передавалися Рейхсбанку). Проте Трибунал відхилив цей аргумент, зауваживши таке: «Якби мета цього закону охоплювала також і власність, викрадену в мешканців окупованих територій... в ході ведення агресивної війни, то таке положення було б нікчемним, як таке, що порушує міжнародне право, і не служило б виправданням. Ми не припускаємо і не вважаємо, що подібна мета закладалась у момент, коли проголошувалися Закон про Рейхсбанк чи Регламенти щодо іноземної валюти» [21, с. 224].

Трактування Міністерської справи, запропоноване суддею Роджерсом у справі *Exxon Mobil*, видається слушним. Трибунал у декількох місцях підкреслює, що послуги, які надавав Пуль, «не були звичайними транзакціями», і що він «вийшов за межі звичайного кола своїх обов'язків». Натомість Раше Трибунал уподібнює до торговця, який продає будівельні матеріали, знаючи, що будований із них дім буде використовуватися для протиправних цілей (і не вбачає у цьому злочину).

Свої міркування щодо Еміля Раше Трибунал завершує таким пасажем: «Справжнє питання в тому, чи є злочином надавати кредит, знаючи або маючи вагомі підстави вважати, що позичальник використає кошти на фінансування підприємств, які використовують працю всупереч національному або міжнародному праву? Чи відрізняється він від того, хто продає інструменти чи матеріали будівельникові для будівництва будинку, знаючи, що споруда служитиме незаконним цілям? Банк продає гроші чи кредит так само, як торговець продає будь-які інші товари. Він не стає учасником підприємства, а проценти, які стягуються, – це лише валовий дохід, який банк отримує від транзакції, і з якого слід вирахувати витрати, і сподіватися в кінцевому підсумку на чистий прибуток. Кредити або продаж товарів для використання в незаконній діяльності справедливо можуть бути засуджені з моральної точки зору, і не дають кредитодавцеві чи продавцеві підстав пишатися, але угоду навряд чи можна назвати злочином. Наш обов'язок – судити й карати винних у порушенні міжнародного права, і ми не готові сказати, що такі кредити порушують міжнародне право, як і не траплялися нашій увазі будь-які рішення протилежного змісту» [21, с. 227].

Зупинімося докладніше на цьому уривкові. У ньому Трибунал (майже) риторично запитує, хіба можна з юридичної точки зору засуджувати банк, за те, що він надає кредит підприємству, знаючи що це підприємство використовує примусову працю в'язнів концтабору? Це ж його звичайна робота – видавати кредити! Мовляв, «нічого особистого, це лише бізнес».

Однак сьогодні, більш як сімдесят років по тому, як ці слова були написані, запитання викликає зовсім іншу реакцію. За цей час світ змінився, і змінилося право. Сьогодні, коли стрижневими ідеями, які скеровують еволюцію економічного права, є сталий розвиток [22], соціально відповідальне підприємництво і політики належної обачності бізнесу у сфері прав людини [23]; коли обов'язок забезпечувати «чистоту ланцюга поставок» (тобто запобігати порушенням прав людини не лише на власному підприємстві, але й на підприємствах, із якими є комерційні зв'язки) культивується міжнародними організаціями [24] і знаходить пряме закріплення в національному законодавстві [25; 26]; коли американський суд розглядає позов до найбільших світових техногігантів (Apple, Microsoft, Tesla, Google, Dell) через те, що вони через багатьох посередників закупають кобальт, котрий видобувається малолітніми дітьми в небезпечних шахтах [1], – сьогодні питання про те, чи правозгідно надавати кредити, знаючи, що отримані кошти підтримуватимуть масштабні злочини проти людяності, здається, має отримати рішучу заперечну відповідь.

Трибунал вказав, що такі дії є (тобто були) огудними із моральної точки зору, але не з юридичної. Проте за час що минув звідтоді, моральна настанова еволюціонувала в юридичний обов'язок (або, принаймні, перебуває у стадії такої еволюції).

Право тепер набагато далекоглядніше, ніж воно було сімдесят років тому: видимий горизонт так званої «віддаленості» шкоди розширяється, а ланцюг юридично значимого причинного зв'язку міцнішає, і вже не рветься щораз, коли в нього «вклинюється» дія третьої особи. За цієї, нової, парадигми межа між «просто бізнесом» і «особистим» вже не здається такою чіткою, як раніше, а питання про те, чи можна кредитувати рабовласника, перестає бути риторичним і дістає заперечну відповідь – не тільки з моральної, а й із правової точки зору.

Серед справ Нюрбернського трибуналу на окрему увагу заслуговує ще одна – «Циклон-Б» [27]. У цій справі обвинуваченими були троє осіб – власник, його перший заступник і технік промислової компанії *Tesch and Stabenow*, яка постачала СС отруйний газ під назвою «Циклон-Б», що його потім СС використовували для масових страт у концтаборі Аушвіц.

Прикметно те, що в цій справі сторона обвинувачення взагалі не порушувала питання про наміри обвинувачених, і те, чи прагнули вони сприяти убивствам громадян союзних держав. Обвинувачення будувалося на самому факті, що обвинувачені, продаючи газ, знали, для чого він буде використаний.

Сторона захисту, серед іншого, зауважувала на тому, що газ постачався для законних цілей (дезінфекція і боротьба зі шкідниками). Однак цей аргумент був відхилений з огляду на незвичайно великі (як для таких цілей) обсяги поставок.

У підсумку процесу було зауважено, що вагомими для суду були три факти: «перше, що громадяни союзних Держав були убиті із використанням “Цикло-ну-Б”; друге, що цей газ постачався компанією *Tesch and Stabenow*; і третє, що обвинувачені знали, що газ був призначений для убивства людей». Двох обвинувачених – власника компанії та його заступника – було засуджено. Техніка було виправдано через те, що він не мав жодного впливу на ухвалення рішень про те, кому і на яких умовах компанія має постачати газ.

Неважко помітити, що обставини цієї справи напрочуд подібні до обставин справи *Aziz v. Alcolac, Inc.*, у якій ішлося про поставку тіодигліколю для режиму Саддама Хусейна. Рішення, утім, діаметрально протилежні: американський суд відмовив у позові через відсутність у постачальника мети убивати цивільних, а Трибунал взагалі не торкався питання мети постачальника, вважаючи, що його обізнаності про спосіб використання газу достатньо. Пояснити цю розбіжність, можливо, було б легше, якби американські суди не наполягали на тому, що в цій категорії справ вони застосовують міжнародне звичаєве право (зміст якого значною мірою визначає практика міжнародних трибуналів).

На користь стандарту знання свідчать не лише матеріали Нюрнбернського трибуналу, а й інших міжнародних кримінальних трибуналів, що були створені пізніше. Серед них – Міжнародний трибунал для колишньої Югославії (ICTY), Міжнародний трибунал щодо Руанди (ICTR) та Спеціальний суд щодо Сьєрра-Леоне (SCSL). Усі ці суди застосовують у своїй практиці міжнародне звичаєве право [28, § 191], а їхні висновки спираються на ретельний аналіз масиву попередньої практики схожих трибуналів.

Так, приміром ICTY у справі *Prosecutor v. Furundžija* (IT-95-17/1) [28] зазначив: «не обов'язково, щоб пособник поділяв *mens rea* виконавця, в розумінні дійсного наміру вчинити злочин. Натомість, ясна вимога у переважній більшості справ – це щоб пособник був обізнаний щодо того, що його дії допоможуть виконавцеві у вчиненні злочину. Це особливо наочно в усіх справах, де осіб було засуджено за транспортування жертв або злочинців до місця страти. У цих справах обвинувачення не доказувало, що водій віз саме для того, щоб допомогти убивству, тобто, що він мав намір убити. Обізнаність про злочинну мету виконавців – ось що робило водія відповідальним як пособника й підбурювача» [28, § 245].

Питання про належний стандарт пособництва стало центральним у відносно новій справі, яку розглядав SCSSL, – *Prosecutor v. Taylor* [29]. У цій справі йшлося про події громадянської війни в Сьєрра-Леоне (1991–2002). Обвинуваченим у цій справі був колишній президент сусідньої Ліберії, Чарльз Тайлор. Він був обвинувачений у допомозі Революційному об'єднаному фронту, який під час громадянської війни тероризував цивільне населення, використовував примусову працю, чинив убивства, згвалтування, калічив людей і викрадав неповнолітніх для поповнення рядів своїх збройних формувань. Допомога Тайлора Революційному об'єднаному фронту полягала в наданні зброї, боєприпасів, персоналу, а також в операційній, логістичній та моральній підтримці.

Суд визнав Тайлора винним за одинадцятьма пунктами обвинувачення саме як пособника і підбурювача. Суд прямо відхилив стандарт мети, і щодо застосовного *mens rea* зауважив таке: «Аналіз повоєнної юриспруденції, проведений Апеляційною Палатою, доводить, що згідно зі звичаєвим міжнародним правом обізнаність обвинуваченого щодо наслідків його дій чи поведінки – тобто свідома участь обвинуваченого у злочинах – це стандарт винуватості *mens rea*, що вимагається для персональної кримінальної відповідальності... відповідно до звичаєвого міжнародного права – обізнаність щодо акту участі, поєднана зі свідомим рішенням взяти участь у вчиненні злочину, тягне за собою персональну кримінальну відповідальність. Проект Кодексу ІЛС 1996 р. це підтверджує, а стаття 25(3)(с) Римського статуту не є доказом протилежної національної практики» [29, § 436].

Висновки

Розкол у практиці американських судів у питанні щодо правильного стандарту *mens rea*, який слід застосовувати при розгляді АТС-справ, зумовлений тим, що американські суди як першоджерело використовують міжнародне звичаєве право. Установлення точного змісту тієї або іншої норми міжнародного звичаєвого права – не завжди легке завдання. Її успішне виконання потребує ретельного аналізу міжнародної та національної практики. У даному випадку йдеться насамперед про практику міжнародних кримінальних трибуналів. І оскільки ця практика не завжди одноманітна, дослідникові не уникнути оціночних суджень щодо ваги і переконливості окремих рішень та їх переважаючої сили над іншими.

У тому, що стосується *mens rea* пособництва і підбурювання воєнним злочинам і злочинам проти людяності, слід дійти висновку, що переважаючим стандартом є стандарт знання: пособникові і підбурювачу не обов'язково поділяти намір виконавця – достатньо надавати сприяння злочинові, знаючи,

що відповідні дії допоможуть реалізації злочинного наміру виконавця. На це вказує численна практика міжнародних кримінальних трибуналів – від Нюрнберзького до пізніших трибуналів по Югославії, Руанді і Сьєрра-Леоне. Окрім того, належить зважити й на те, що розвиток права оприявнює виразну тенденцію до розширення діапазону юридично значимої причинності: те, що раніше вважалося «просто бізнесом» і занадто «віддаленим» від злочинства клієнтів цього бізнесу, сьогодні зазнає пильного дослідження на предмет додержання бізнесом належної обачності щодо прав людини. У такій парадигмі стандартові мети немає місця.

References

- [1] Kelly, A. (December 16, 2019). Apple and Google Named in US Lawsuit over Congolese Child Cobalt Mining Deaths. *The Guardian*. Retrieved from <https://www.theguardian.com/global-development/2019/dec/16/apple-and-google-named-in-us-lawsuit-over-congolese-child-cobalt-mining-deaths>.
- [2] Congressional Research Service. (2022). *The Alien Tort Statute: A Primer*. Updated January 11, 2022. Retrieved from <https://sgp.fas.org/crs/misc/R44947.pdf>.
- [3] Karnaukh, B.P. (2023). Objective Side (Actus Reus) of Aiding and Abetting war Crimes and Crimes Against Humanity. *Problems of Legality*, 160, 212-229. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.273626>.
- [4] Beavers, E. (2021). War Crimes, Inc.: The ATS Case Against the U.S. Weapons Industry for Aiding and Abetting Atrocities in Yemen. *Florida Journal of International Law*, 31(2), Art.1, 179-210.
- [5] Ventura, M.J. (May 1, 2014). Farewell "Specific Direction": Aiding and Abetting War Crimes and Crimes Against Humanity in Perišić, Taylor, Šainović et al., and US Alien Tort Statute Jurisprudence. In Stuart Casey-Maslen (Ed.). *The War Report: Armed Conflict in 2013* (pp. 511-553). Oxford: Oxford University Press. Retrieved from <https://ssrn.com/abstract=24355156>.
- [6] Hathaway, O.A., Francis, A. Haviland, A.A., Kethireddy, S.R., & Yamamoto, A.T. (2020). Aiding and Abetting in International Criminal Law. *Cornell Law Review*, 104(6), 1630-1641. Retrieved from <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol104/iss6/4/>.
- [7] Lincoln, R.S. (2010) To Proceed with Caution? Aiding and Abetting Liability Under the Alien Tort Statute. *Berkeley Journal of International Law (BJIL)*, 28(2), 604-618.
- [8] Khakurel, S. (2018). The Circuit Split on Mens Rea for Aiding and Abetting Liability Under the Alien Tort Statute. *Boston College Law Review*, 59, 2953-2982.
- [9] *Aziz v. Alcolac, Inc.* 658 F.3d 388 (4th Cir. 2011).
- [10] *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 244 F. Supp. 2d 289 (S.D.N.Y. 2003).
- [11] *Cabello v. Fernandez-Larios* 402 F.3d 1148 (11th Cir. 2005).
- [12] *Doe I v. Unocal Corp.* 395 F.3d 932 (9th Cir. 2002).
- [13] *Doe v. Exxon Mobil Corp.* 654 F.3d 11 (D.C. Cir. 2011).
- [14] *Mehinovic v. Vuckovic* 198 F. Supp. 2d 1322 (N.D. Ga. 2002).
- [15] *Khulumani v. Nat. Bank LTD*, 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007) (Katzmann C.J., Concurring).

- [16] Report of The Mission Dispatched by The Secretary-General to Investigate Allegations of the Use of Chemical Weapons in the Conflict Between the Islamic Republic of Iran and Iraq (S/19823, [New York] : UN, 25 Apr. 1988). Retrieved from <https://digitallibrary.un.org/record/161012>.
- [17] Kobrin, S. (2003). Oil and Politics: Talisman Energy and Sudan. *New York University Journal of International Law & Politics*, 36, 425-456.
- [18] Morrissey, J. (2011). Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.: Aiding and Abetting Liability Under the Alien Tort Statute. *Minnesota Journal of International Law*, 20, 144-170.
- [19] Martin, F. (2001). *Challenging Human Rights Violations: Using International Law in U.S. Courts*. Transnational Publishers Inc. Ardsley NY.
- [20] Cassel, D. (2008). Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts. *Northwestern Journal of International Human Rights*, 6(2), 304-326.
- [21] *The United States of America vs. Ernst von Weizsäcker et al* (The Ministries Case), Judgment (U.S. Military Tribunal, Nuremberg, April 11-13, 1949). Retrieved from <https://casebook.icrc.org/case-study/united-states-military-tribunal-nuremberg-ministries-case>.
- [22] Resolution A/RES/70/1 adopted by the UN General Assembly on 25 September 2015 "Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development". Retrieved from <https://sdgs.un.org/2030agenda/>.
- [23] United Nations, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework. New York and Geneva: Publishing Service UN, 2011. 36 pp. Retrieved from https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_en.pdf.
- [24] Torres-Cortés, F., Salinier, C., & Deringer, H. et al. (2020). *Study on due diligence requirements through the supply chain: final report*. European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers. Publications Office. Retrieved from <https://data.europa.eu/doi/10.2838/39830>.
- [25] Modern Slavery Act 2015. Retrieved from: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted>.
- [26] Loi No. 2017-399 du 27 mars 2017 Relative au Devoir de Vigilance des Sociétés Mères et des Entreprises Donneuses d'Ordre (1). Retrieved from <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626>.
- [27] The Zyklon B, Case Trial of Bruno Tesch and Two Others, Case No. 9. (British Military Court, Hamburg, 1st-8th March, 1946).
- [28] *Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, Judgment (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Dec. 10, 1998).
- [29] *Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-03-01-A, Judgment (Spec. Ct. for Sierra Leone Sept. 26, 2013).

Богдан Петрович Карнаух

кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: karnaukh.bogdan@gmail.com
ORCID 0000-0003-1968-3051

Bohdan P. Karnaukh

Ph.D. in Law, Associate Professor at the Department of Civil Law
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: karnaukh.bogdan@gmail.com
ORCID 0000-0003-1968-3051

Рекомендоване цитування: Карнаух Б. П. Суб'єктивна сторона (mens rea) пособництва і підбурювання воєнним злочинам і злочинам проти людяності в контексті американського Закону про деліктні позови іноземців. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 162. С. 279–296. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.283690>.

Suggested Citation: Karnaukh, B.P. (2023). Subjective Side (Mens Rea) of Aiding and Abetting War Crimes and Crimes Against Humanity in the Context of the Alien Tort Statute. *Problems of Legality*, 162, 279-296. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.283690>.

Статтю подано / Submitted: 04.07.2023
Доопрацьовано / Revised: 18.08.2023
Схвалено до друку / Accepted: 28.08.2023
Опубліковано / Published: 28.09.2023

Основи правового регулювання статусу почесних консулів

Ніка Миколаївна Корелова*

*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна*

**e-mail: nikakorelova@gmail.com*

Анотація

Актуальність теми зумовлено тенденціями глобалізації й розвитку двостороннього співробітництва між державами, що призводить до дедалі частішого звернення до інституту почесного консула, а також необхідністю нормативного визначення правового статусу і приведення до єдиного стандарту національного законодавства. Мета статті полягає в розкритті особливостей нормативного регулювання правового статусу почесних консулів в Україні, висвітленні й аналізі недоліків законодавства в цій сфері та наданні пропозицій щодо врегулювання наявної правової невизначеності. Досягнення окресленої мети стало можливим завдяки використанню комплексу методів наукового пізнання різних рівнів, зокрема, діалектичного, порівняльно-правового, методу аналізу та синтезу, а також низки традиційних для юриспруденції методів, таких як: історичний, системний та логічний. У статті проаналізовано чинне законодавство, що визначає статус почесних консулів, висвітлено проблемні аспекти таких «оціночних понять», як «помітне становище», «вагомий суспільний статус» та «активна участь у політичному житті», що широко використовуються нормотворцем, а також розглянуто, як на практиці наявність оціночних понять може призвести до реальних зловживань. Як результат проведеного дослідження сформульовано висновки щодо потреби в окресленні меж використання оціночних понять при визначенні правового статусу почесного консула, також указано на необхідність доповнення наявних нормативних актів критеріями, що чітко виокремлять площину, в межах якої почесні консули мають використовувати свої повноваження, не порушуючи при цьому законодавчі вимоги.

Ключові слова: почесний консул; статус почесного консула; Віденська конвенція про консульські зносини; оціночне поняття; вагомий суспільний статус; помітне становище.

Fundamentals of Legal Regulation of the Status of Honorary Consuls

Nika M. Korelova*

Yaroslav Mudryi National Law University,
Kharkiv, Ukraine

* e-mail: nikakorelova@gmail.com

Abstract

The relevance of this topic is determined by the trends of globalization and the development of bilateral cooperation between states, which leads to more and more frequent appeals to the institution of the honorary consul, as well as the need for a normative definition of legal status and bringing it to a uniform standard of national legislation. The purpose of the article is to reveal the peculiarities of the normative regulation features of the honorary consuls' legal status in Ukraine, highlight and analyze the legislation's shortcomings in this area, and provide proposals for resolving the existing legal uncertainty. Achieving the outlined purpose became possible thanks to the use complex of methods of scientific knowledge at various levels, in particular, the dialectical method (to identify and analyze the peculiarities of the normative regulation of the status of an honorary consul, differences in practical application, as well as the justification of introducing changes to the existing system), the comparative legal method (to establish the content of legal norms and analyze the practice of application), the method of analysis and synthesis (to highlight aspects and criteria that collectively determine the legal status of an honorary consul), the observation method (to highlight the experience of other countries), as well as a number of traditional for jurisprudence methods such as: historical, systematic and logical. The article analyzes the current legislation defining the status of honorary consuls, and highlights the problematic aspects of such «evaluative concepts» as «prominent position», «important social status» and «active participation in political life», which are widely used by the lawmaker, and also analyzes how in practice, the presence of evaluative concepts can lead to real misapplication. As a result of the conducted research, conclusions were formulated regarding the need to delineate the limits of the use of evaluative concepts in determining the legal status of an honorary consul, as well as the need to supplement existing regulatory acts with standards that would clearly distinguish the area within which honorary consuls should use their powers without violating the legislative requirements.

Keywords: honorary consul; honorary consul status; Vienna Convention on Consular Relations; evaluative concepts; important social status; prominent position.

Вступ

У сучасних умовах регіоналізації та глобалізації світу розвиток двостороннього співробітництва між державами відіграє важливу роль у їх політиках. З огляду на певну стриманість та бюрократизм, характерні для діяльності міністерств закордонних справ та політики економії коштів на утримання

їх апарату, що призводить до ускладнення створення дипломатичних представництв в усіх країнах світу, створення почесних (нештатних) консульств стає доволі поширеною практикою та є ефективним механізмом розширення співпраці. Інститут почесних консулів здебільшого спрямований на просування та поглиблення партнерських відносин у таких сферах, як економіка, культура, наука, спорт, туризм, які мають доволі важливе значення, проте, залишаються поза увагою традиційної класичної дипломатії, сконцентрованої виключно на політичному складнику. Отже, питання правових аспектів діяльності почесних (нештатних) консульств є актуальними для нашого дослідження.

Метою статті є розкриття особливостей нормативного регулювання правового статусу почесних консулів в Україні, висвітлення й аналіз недоліків законодавства в цій сфері та надання пропозицій щодо врегулювання наявної правової невизначеності. Досягнення мети дослідження передбачає вирішення таких завдань: формування структурного уявлення про джерела права, які регулюють визначену сферу, а також окреслення законодавчих прогалин та шляхів усунення виокремлених недоліків.

Огляд літератури

Варто відзначити ту обставину, що в науковій літературі питанню вивчення як теорії, так і практики інституту почесних консулів відводиться не так багато місця. Потрібно виокремити дисертаційне дослідження С. Лозінської [1], статтю О. Мірошниченко [2] та Т. Грачевської [3], в якій детально розглянуто й проаналізовано головні напрями діяльності почесних консулів іноземних держав в Україні. Дослідженню цього інституту також приділили свою увагу зарубіжні науковці Sami Green [4] та Kevin D. Stringer [5].

Діяльність почесних консулів регламентується Віденською конвенцією про консульські зносини 1963 р. [6], яка набула чинності 19 березня 1967 р. (ратифікована Україною у складі СРСР 23 березня 1989 р.), Консульським статутом України, затвердженим Указом Президента України від 2 квітня 1994 р. № 127/94 [7], Положенням про нештатних (почесних) консулів України, затвердженим Указом Президента України від 17 лютого 1997 р. № 150/97 (далі – Положення № 150/97) [8], та Порядком призначення, діяльності і припинення повноважень нештатних (почесних) консулів України за кордоном та започаткування, функціонування і припинення діяльності консульських установ, що очолюються нештатними (почесними) консулами України, затвердженим наказом Міністерства закордонних справ України від 4 серпня 2014 р. № 332 (далі – Порядок) [9], а також Положенням про почесних консулів іноземних держав в Україні та консульські установи,

що очолюються такими консулами, затвердженим наказом Міністерства закордонних справ України від 17 грудня 2021 р. № 591 (далі – Положення № 591) [10]. Останній у попередньому переліку наказ був також підставою для втрати чинності Положенням про почесних (нештатних) консульських посадових осіб іноземних держав в Україні та консульські установи, що очолюються такими посадовими особами, що було затверджене наказом Міністерства закордонних справ України від 25 травня 2007 р. № 111 (далі – Положення № 111) [11], яке ми також вважаємо за потрібне згадати.

Матеріали та методи

Підґрунтя методології цього дослідження становить комплексний підхід до аналізу й сутності правового статусу почесного консула, зокрема особливостей критеріїв визначення вимог до осіб, які претендують на отримання статусу почесного консула в Україні та деяких європейських державах, що полягає у застосуванні філософських підходів, загальнонаукових і спеціально-наукових, а також, власне, правових методів. Так, ключовим методом філософського рівня в дослідженні є діалектичний метод, який застосовано для виявлення та аналізу особливостей нормативного регулювання статусу почесного консула, відмінності нормативного закріплення від практичного застосування, дослідження зв'язків міжнародного законодавства з національним, а також обґрунтування необхідності впровадження змін до наявної нормативної системи. Водночас застосовано такі емпіричні методи, як порівняльний – для встановлення змісту правових норм, аналізу практики їх застосування в різних державах в різні періоди та метод спостереження – для підтвердження постійного розвитку та вдосконалення інституту почесного консула. Також використано метод аналізу та синтезу для виокремлення аспектів і критеріїв, що визначають у сукупності правовий статус почесного консула, а також низку традиційних для юриспруденції методів, таких як: історичний, системний та логічний.

Результати та обговорення

Нормативне регулювання Віденською конвенцією про консульські зносини

Віденська конвенція в ч. 2 ст. 1 виокремлює дві категорії консулів: штатні консульські посадові особи та почесні консульські посадові особи, а ось таке поняття, як «нештатний консул» у договорі 1963 р. не фігурує. Проте в національному законодавстві терміни «почесний» та «нештатний» часто застосовуються як змістовно тотожні для позначення одного й того самого поняття. Синонімія характерна для термінології Положення № 150/97, Порядку та Положення №111, яке діяло до набрання чинності 4 січня

2022 р. Положенням № 591. В останньому ж законодавець вже відійшов від дублювання і вживає тільки термін «почесний консул». На нашу думку, такий підхід позитивно впливає на точність розуміння інформації, приводить до необхідної стандартизації юридичного тексту та відповідає принципу юридичної визначеності. Вважаємо, що збереження тенденції уніфікації викладу нормативно-правового акта спростить його розуміння й тлумачення.

Також саме у Віденській конвенції про консульські зносини вперше було введено поняття «почесний консул», проте чіткої дефініції надано не було. Глава III цього договору визначає правовий статус почесних консульських посадових осіб та правовий режим консульських установ, які очолюються такими особами. Однак, оскільки Конвенція має рамковий характер, у тексті відсутня детальна регламентація, а також не сформульований перелік повноважень та обов'язків почесних консулів. Це дає змогу кожній державі самостійно визначати особливості діяльності та компетенції почесних консулів на рівні національного законодавства. Враховуючи це, повноваження та функції почесних консульств у різних державах можуть варіюватись і часто не є чітко обмеженими, що, у свою чергу, свідчить про широкі можливості залучення цього інституту для швидкого реагування на завдання, що постають перед окремою державою на місцях.

Національне законодавство, що регулює правовий статус почесного консула України в іноземній державі

На відміну від Віденської конвенції, у національному законодавстві, а саме у Положенні № 591, надано чітке визначення поняття «почесний консул» – особа, яка очолює почесне консульство та виконує окремі консульські функції від імені держави, що акредитує, у межах визначеного консульського округу [10]. Це визначення використовується в контексті діяльності почесних консулів іноземних держав в Україні. Різні держави по-різному тлумачать це поняття, наприклад, згідно з Консульським законом Естонської Республіки від 2003 р. зазначається, що почесний консул – це особа, яка надає консульські послуги та консульську допомогу в межах компетенції, визначеної Міністром закордонних справ і який призначається Міністром закордонних справ на визначений або невизначений термін [12, с. 196].

З огляду на зазначене вважаємо за потрібне детально зупинитися на характеристиці норм, які визначають правовий статус почесних консулів України в іноземних державах. Так, у Положенні про нештатних (почесних) консулів України 1997 р. вказано, що виконання окремих консульських функцій може бути доручено Міністерством закордонних справ України (далі – МЗС України) за погодженням з державою перебування нештатним

(почесним) консулам України. Призначаються на посаду, згідно із ст. 10 Віденської конвенції, акредитуючою державою (у цьому випадку – Україною), й допускаються до виконання своїх функцій державою перебування. В Україні вирішення питання про доцільність призначення почесних консулів у тих чи інших державах є виключною компетенцією МЗС України, а безпосереднє призначення здійснює Міністр закордонних справ України.

У законодавстві України нормативно визначено вимоги до осіб, які претендують на набуття статусу почесного консула. Потрібно зазначити, що почесним консулом України в іноземній державі не обов'язково має бути громадянин України. Ним, відповідно до Положення № 150/97, може стати й іноземець, який постійно проживає на території свого консульського округу протягом терміну виконання своїх функцій, а також займає помітне становище в суспільстві держави перебування і має необхідні особисті якості, бездоганну репутацію, добре знає особливості державного, політичного та суспільного устрою держави перебування, має вагомий суспільний статус та сталі контакти з представниками урядових, ділових та громадських кіл держави перебування, орієнтується в законодавстві [8]. Нормотворцем ці поняття не розтлумачені, не визначені критерії «помітного становища» та «вагомого суспільного статусу», тому вони залишаються оціночними. Проте, коротко ознайомившись із сферами діяльності деяких почесних консулів України, можемо сказати, що ці терміни містять у собі позитивну сукупність характеристик особи в професійній, громадській та культурних сферах. Наприклад, серед почесних консулів України є правники, громадські діячі, науковці, підприємці, дипломати, інженери, економісти, культурні діячі, спортсмени тощо. Так, почесний консул України в місті Хелм (Польща) Станіслав Адамяк є активним громадським діячем та підприємцем, який з 2004 р. вибудовує польсько-українську співпрацю на всіх рівнях економічних та соціальних відносин двох країн [13].

Оціночний характер законодавчо визначених критеріїв при обранні на посаду почесного консула

Варто зазначити, що правова невизначеність дефініцій критеріїв, які застосовуються при обранні почесних консулів, характерна не тільки для законодавства України. Так, наприклад, у Протоколі Уряду Канади Департаменту закордонних справ, торгівлі та розвитку (DFATD) передбачено, що при наймі почесних консулів дипломатичні представництва повинні уникати суперечливих чи політично активних осіб або осіб, чия професійна діяльність може заважати ефективному виконанню консульських функцій. Загалом, запропоновані кандидати повинні мати добру репутацію в місцевій

громаді. Здатність підтримувати добрі стосунки з місцевими органами влади також є важливим фактором при обранні кандидата на посаду почесного консула [14, с. 94].

Цікавим також є історичний аспект оціночного характеру поняття «вагомий суспільний статус». Так, професорка І. Матяш у своїй статті «Заснування інституту почесних консулів України в 1918–1923 рр.: правові засади та ключові основи» зауважувала, що в Українській Державі «на посади почесних консулів могли претендувати лише люди маєтні, з добрим іменням і як такі повинні сповняти свої обов'язки без претензій на винагородження». Як визначальні критерії для ухвалення рішення про призначення таких осіб розглядалися «маєткові відносини, соціальне і торговельне становище та особливі здібності» [15, с. 6]. Отже, вагомий суспільний статус особи при обранні на посаду почесного консула має значення як сьогодні, так мав значення і 100 років тому, просто його розуміння дещо відрізнялося.

Нормативне регулювання статусу почесного консула іноземної держави в Україні

Сьогодні почесним консулом іноземної держави в Україні, відповідно до Положення № 591, може бути громадянин України або за обґрунтуванням держави, що акредитує, іноземець, який постійно проживає протягом останніх п'яти років та має зареєстроване місце проживання на території України [10]. Раніше до почесного консула в Україні, з-поміж наведених, також висувалась вимога обов'язкового проживання на території свого консульського округу протягом терміну виконання ним консульських функцій [11]. Зараз такої необхідності не визначено, проте, вважаємо її наявність у переліку вимог доречною, адже одним із ключових завдань почесного консула є швидке вирішення тієї чи іншої проблеми, зокрема у форс-мажорних обставинах. Якщо ж почесний консул, якому доручено виконання функцій у певному регіоні, області, місті, не проживає за місцем виконання своїх обов'язків, то це, фактично, нівелює його значення як почесного консула певної визначеної територіальної одиниці, а також втрачається необхідний для якісного виконання покладених обов'язків критерій доступності.

Такі правила не визначені Віденською конвенцією, проте, і не суперечать їй, адже у ч. 2 ст. 10 зазначено, що за умови дотримання положень Конвенції формальності відносно призначення й допущення глави консульської установи визначаються, відповідно, законами, правилами й звичаями держави, яка представляється, і держави перебування [6]. Цікаво, що у Федеративній Республіці Німеччина почесними консулами можуть бути як громадяни цієї держави, так і іноземці, хоча перевага зазвичай надається саме громадянам

ФРН. В Україні працюють чотири почесних консули Німеччини в містах Харків, Чернівці, Одеса та Львів. Три з них – українські правники, зокрема адвокати і нотаріус, які є уродженцями України [16]. А враховуючи норму ч. 2 ст. 3 Закону України «Про нотаріат», яка говорить, що нотаріус має бути громадянином України, один із почесних консулів точно громадянин України. При цьому при доборі посольством кандидата обов'язково враховуються особисті дані: суспільне становище, фінансовий стан, обізнаність у ситуації в консульському окрузі, володіння німецькою мовою [17, с. 11].

Почесні консули іноземних держав в Україні можуть займатися будь-якою професійною діяльністю, що не суперечить законодавству України, за винятком визначених у Положенні № 591 обмежень. Так, на посаді почесного консула не може перебувати особа, яка перебуває на державній службі в Україні або в державі, що акредитує, або особа, що є суддею, прокурором, обрана до органу законодавчої влади чи до органів місцевого самоврядування, а також особа, яка бере активну участь у політичному житті як в Україні, так і в державі, що акредитує, або виконує функції почесного консула іншої держави. Не може бути почесним консулом особа, яка має судимість за вчинення кримінального правопорушення, якщо така судимість не погашена або не знята в установленому законом порядку (крім реабілітованої особи) [10].

Почесні консули України можуть займатися будь-якою професійною або підприємницькою діяльністю, якщо це не суперечить законодавству держави перебування та загальновизнаним нормам міжнародного права. Відповідно до Положення № 150/97, вони не повинні перебувати на державній службі в Україні чи у державі перебування або брати активну участь у політичному житті України та у державі перебування [8]. Водночас хотіли звернути увагу, що поняття «активна участь» вбачається таким, що є оціночним та не знаходить детального тлумачення у жодному з положень. Тому логічно прогнозувати, що це може слугувати підставою для, як мінімум, широкого тлумачення цього терміна самими консулами, або навіть до відвертих зловживань.

Так, почесний консул України у місті Клівленд (штат Огайо) Андрій Фуртей, у 2004 р. працював на користь передвиборчої кампанії Джорджа Буша на посаду президента США, проводив активну агітаційну політику та був одним з ініціаторів створення організації «Українці за Буша» [18]. Такі активні політичні дії почесного консула вказують на ймовірне порушення ним п. 13 Положення № 150/97 [8], однак до будь-якої відповідальності за це пана Фуртея притягнуто не було.

Ураховуючи викладене в попередніх абзацах, бачимо, що нечіткість нормативного визначення таких понять, як «активна участь», «помітне становище» та «вагомий суспільний статус» фактично може призвести до зловживань при виборі кандидатів на посаду почесного консула, та, як результат, до виникнення конфлікту інтересів чи інших (зокрема корупційних) ризиків. Тому вважаємо, що відсутність детальної дефініції визначених термінів є суттєвою проблемою в нормативному аспекті, який є важливим підґрунтям для ефективного застосування та діяльності інституту почесного консула на практиці.

Функції почесних консулів

Основними функціями почесних консулів України в іноземних державах, відповідно до Положення № 150/97, є захист інтересів України та її громадян у державі перебування, сприяння розвитку торговельних, економічних, культурних та наукових зв'язків, а також надання допомоги та сприяння громадянам України, її юридичним особам [8]. Згідно з п. 2 розд. III Порядку, у разі необхідності почесні консули можуть виконувати й інші функції, які не суперечать законодавству України, держави перебування та міжнародному праву за погодженням держави перебування [9]. Варто зазначити, що до повноважень почесного консула не входить самостійне оформлення документів, паспортів чи віз, однак, він є посередником між Генеральним консульством України та жителями певного регіону акредитуючої держави.

Не можна переоцінити обсяг функцій, які виконують почесні консули під час виникнення форс-мажорних обставин, збройних конфліктів, катастроф як техногенного, так і природного характеру, задля надання допомоги своїм громадянам (надання притулку, сприяння в пошуку зниклих рідних, забезпечення вчасної та якісної медичної допомоги). З початком повномасштабної війни 24 лютого 2022 р. робота почесних консулів України в іноземних державах стала вкрай значуща, адже практично всі країни Європейського Союзу, Канада, США та інші прийняли багато українців, які втікали від війни та вимушено опинилися за кордоном. Наші громадяни потребували допомоги в усіх аспектах їх життєдіяльності, починаючи від харчування, пошуку тимчасового житла та роботи, надання медичної допомоги до вивчення мови та адаптації в новому для себе суспільстві. Враховуючи реалії сьогодення, підтримка роботи наявних консульств та відкриття нових стає важливим зовнішньополітичним елементом розвитку двосторонніх відносин між Україною та країнами світу. За інформацією департаменту консульської служби МЗС України, станом на 2021 р. налічувалось 130 почесних консулів України за кордоном [19]. Варто зауважити, що навіть у сучасних надважких

умовах Україна не зупиняється в розвитку з цього напрямку. Так, 7 червня 2022 р. було відкрите сьоме почесне консульство України в Австрії в місті Санкт-Пельтен [20].

Імунітети почесних консулів

На почесних консулів поширюються переваги, привілеї та імунітети, передбачені Віденською конвенцією про консульські зносини, серед них: надання можливостей, необхідних для виконання функцій консула; право на вивішування національного прапора та герба на території консульства, консульської резиденції та на транспорті при здійсненні офіційних поїздок; допомога у придбанні територій та приміщень для консульства та житла; свобода пересування для всіх членів консульства; свобода та особиста недоторканність; право на стягнення консульських платежів та зборів; звільнення від всіх форм податків щодо нерухомості консульства, крім сплати за комунальні послуги; недоторканність консульських архівів та документів у будь-який час та в будь-якому місці; надання на один транспортний засіб, що належить почесному консулу або почесному консульству, номерного знаку, передбаченого для транспортних засобів дипломатичних представництв, на звільнення від мит та інших сплат на предмети, необхідні для діяльності консульства [6].

Проте, на відміну від штатного консула, привілеї та імунітети, які надаються почесному (нештатному) консулу, не поширюються на членів його родини та членів сімей консульських співробітників, якщо таке консульство очолюється почесним консулом. Також до приміщення почесного консульства не застосовується правовий режим недоторканності, який поширюється на приміщення штатних консулів [6]. Таке обмеження, у свою чергу, мінімізує ризики зловживання службовими привілеями в особистих цілях, наприклад, для безпечного провадження приватного бізнесу. Важливо зазначити, що відповідно до ст. 61 Віденської конвенції, режим недоторканності поширюється на консульський архів, а ось визначити, яке саме приміщення є архівом та чи справді в ньому розташовані тільки архівні документи, залишається питанням.

Висновки

Розглянувши все наведене вище, можна резюмувати, що правовий статус почесних консулів України в іноземних державах визначений низкою нормативно-правових актів, що деталізують положення Віденської конвенції про консульські зносини. Актуальність функціонування та важливість ролі інституту почесних консулів в підтримці та розвитку міждержавного співробітництва засвідчує широка практика його застосування не тільки Україною, а й більшістю країн світу.

У сучасних умовах стає очевидним, що інститут почесного консула, як зазначає професор Стрінгер у своїй роботі «Думай глобально, дій локально: почесні консули в дипломатичному світі, що трансформується», слугує перетворенню консульських справ у ключовий елемент дипломатичної влади шляхом потенційного створення можливостей комерційного розвитку, що призводить до просування національних економік [5, с. 4]. Значна кількість почесних консулів, що працюють у різних містах держав світу, роблять свою роботу насамперед задля оперативної допомоги своїм громадянам, які опинилися у складній ситуації.

Вважаємо за потрібне вказати на наявність нормативних прогалин у національному законодавстві, усунення яких дозволить інституту почесних консулів працювати більш злагоджено і прозоро. Цікаво, що схожі проблеми наявні в законодавствах й інших держав, наприклад Канади та Сполучених Штатів Америки, що свідчить про актуальність висвітлених у статті питань не тільки на національному, а й на міжнародному рівні. Так, правова невизначеність дефініції таких термінів, як «помітне становище у суспільстві», «вагомий суспільний статус» та «активна участь у політичному житті», що, зокрема, містяться в нормативно-правових актах України, може слугувати підґрунтям для зловживань та використання привілеїв посади почесного консула в корисливих мотивах.

Особливу увагу, на нашу думку, варто звернути на тлумачення терміна «активна участь у політичному житті». Доречно було б окреслити допустимі межі участі кандидата на посаду почесного консула або вже призначеного почесного консула в політичному житті України і країни перебування та обмежити можливість проведення будь-якої передвиборної агітації, а також визначити алгоритми притягнення до відповідальності та правові наслідки порушення таких норм.

Запропоновані у висновках зміни до нормативного регулювання висвітлених у статті питань допоможуть чітко виокремити площину, в межах якої почесні консули мають використовувати свої повноваження, не порушуючи при цьому законодавчі вимоги. Підсумовуючи, можна чітко визначити, що проведене нами в цій роботі дослідження відкриває простір для подальших змін та розвитку не тільки інституту почесного консула як такого, а й слугує фундаментом для удосконалення законодавства.

Список використаних джерел

- [1] Лозінська С. В. Інститут почесних консулів в міжнародному праві та практиці України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11 / Київський нац. ун-т імені Тараса Шевченка. Київ, 2000. 15 с.

- [2] Мірошниченко О. А. Почесний консул: міжнародне право та національне законодавство України. *Форум права*. 2010. № 2. С. 303–307. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2010_2_48 (дата звернення: 04.06.2023).
- [3] Грачевська Т. О. Особливості правового статусу та головні напрямки діяльності почесних консульств іноземних держав в Україні. *Епістемологічні дослідження у філософії, соціальних і політичних науках*. 2019 Т. 2(1). С. 49–58. <https://doi.org/10.15421/341905>.
- [4] Green C. Counsel, Consul, or Diplomat: Is There Any Practical Significance for Practitioners? *Miami Int'l & Comp. L. Rev.* 1991 URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/214371804.pdf> (дата звернення: 04.06.2023).
- [5] Stringer K. D. Think Global, Act Local: Honorary Consuls in a Transforming Diplomatic World. *The Hague Journal of Diplomacy*. 2007. 20 с. URL: https://www.clingendael.org/sites/default/files/2016-02/20071100_cdsp_diplomacy_stringer.pdf (дата звернення: 04.06.2023).
- [6] Венская конвенция о консульских сношениях : Міжнародний документ від 24.04.1963 р. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/MU63K02R> (дата звернення: 04.06.2023).
- [7] Консульський статут України : Указ Президента України від 02.04.1994 р. № 127/94. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/127/94#Text> (дата звернення: 04.06.2023).
- [8] Положення про нештатних (почесних) консулів України : Указ Президента України від 17.02.1997 р. № 150/97. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/150/97#Text> (дата звернення: 04.06.2023).
- [9] Порядок призначення, діяльності і припинення повноважень нештатних (почесних) консулів України за кордоном та започаткування, функціонування і припинення діяльності консульських установ, що очолюються нештатними (почесними) консулами України : наказ МЗС України від 04.08.2014 р. № 332. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1047-14#Text> (дата звернення: 04.06.2023).
- [10] Положення про почесних консулів іноземних держав в Україні та консульські установи, що очолюються такими консулами : наказ МЗС України від 17.12.2021 р. № 591. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1649-21#Text> (дата звернення: 04.06.2023).
- [11] Положення про почесних (нештатних) консульських посадових осіб іноземних держав в Україні та консульські установи, що очолюються такими посадовими особами : наказ МЗС України від 25.05.2007 р. № 111. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0617-07#Text> (дата звернення: 04.06.2023).
- [12] Панфілова Ю. М. Міжнародно-правові аспекти діяльності інституту нештатних (почесних) консулів. *Проблеми міжнародних відносин*. 2018. Вип. 13. С. 189–210. URL: http://vmv.kyumu.edu.ua/series/vipusk13/pv_13.pdf (дата звернення: 04.06.2023).
- [13] Адамьяк С. Офіційний вебсайт Почесного Консула України в Хелмі. URL: <https://konsulatuachelm.pl/stanislaw-adamiak-konsul-honorowy-ukrainy-w-chelmie/?lang=uk> (дата звернення: 31.03.2023).
- [14] Griffiths R. H. The Honorary Consul in International Law: a vital foreign policy tool in need of modernisation and reform : Masters Thesis. London, 2019. 201 с. <https://doi.org/10.18744/lbsu.89yzv>.

- [15] Матяш І. Б. Заснування інституту почесних консулів України в 1918–1923 рр.: правові засади та ключові основи. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2016. Вип. 127. Ч. 1. С. 4–13. URL: <http://apir.iir.edu.ua/index.php/apmv/article/view/2942/2635> (дата звернення: 14.03.2023).
- [16] Посольство Федеративної Республіки Німеччини. Наші почесні консули. URL: <https://kiew.diplo.de/ua-uk/botschaft/honorarkonsuln> (дата звернення: 04.06.2023).
- [17] Балабанов К. В., Трофименко М. В. Інститут нештатних (почесних) консулів в Україні. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2012. Вип. 105. Ч. 1. С. 9–14. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/apmv_2012_105\(1\)_4](http://nbuv.gov.ua/UJRN/apmv_2012_105(1)_4).
- [18] Кулея С. Почесний консул України у США агітує за Буша. URL: <https://web.archive.org/web/20181204151638/https://www.radiosvoboda.org/a/918439.html> (дата звернення: 04.06.2023).
- [19] Посольство України в Республіці Австрія. В місті Санкт-Польтен офіційно відкрито Почесне консульство України в землі Нижня Австрія. URL: <https://austria.mfa.gov.ua/news/v-misti-sankt-polten-oficijno-vidkrito-pochesne-konsulstvoukrayini-v-zemli-nizhnya-avstriya> (дата звернення: 04.06.2023).
- [20] Почесні консули України за кордоном станом на 2021 рік (за даними департаменту консульської служби МЗС України). URL: <https://mfa.gov.ua/storage/app/sites/1/71/uahonoraryconsuls-2021.pdf> (дата звернення: 04.06.2023).

References

- [1] Lozinska, S.V. (2000). *The institute of honorary consuls in International law and in practice of Ukraine*. PhD Thesis. Kyiv: Taras Shevchenko National University of Kyiv.
- [2] Miroshnichenko, O.A. (2010). The Honorable Consul: International Law and the National Legislation of Ukraine. *Forum Prava*, 2, 303-307. Retrieved from http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2010_2_48.
- [3] Hrachevska, T.O. (2019). Features of the legal status and main areas of activities of honorary consulates of foreign countries in Ukraine. *Epistemological studies in Philosophy, Social and Political Sciences*, 2(1), 49-58. <https://doi.org/10.15421/341905>.
- [4] Green, C. (1991) Counsel, Consul, or Diplomat: Is There Any Practical Significance for Practitioners? *U. Miami Int'l & Comp. L. Rev.* Retrieved from <https://core.ac.uk/download/pdf/214371804.pdf>.
- [5] Stringer, K.D. (2007). Think Global, Act Local: Honorary Consuls in a Transforming Diplomatic World. *The Hague Journal of Diplomacy*, 20. Retrieved from https://www.clingendael.org/sites/default/files/2016-02/20071100_cdsp_diplomacy_stringer.pdf.
- [6] Vienna Convention on Consular Relations (April 24, 1963). Retrieved from <https://ips.ligazakon.net/document/MU63K02R>.
- [7] Decree of the President of Ukraine No. 127/94 "Consular Statute of Ukraine". (April 2, 1994). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/127/94#Text>.
- [8] Decree of the President of Ukraine No. 150/97 "About non-regular (honorary) consuls of Ukraine". (February 17, 1997). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/150/97#Text>.
- [9] Order of the Ministry of Foreign Affairs of Ukraine No. 332 "The procedure for the appointment, operation and termination of the powers of non-status (honorary) consuls of Ukraine abroad and the initiation, operation and termination of consular

- institutions headed by non-status (honorary) consuls of Ukraine". (August 4, 2014). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1047-14#Text>.
- [10] Order of the Ministry of Foreign Affairs of Ukraine No. 591 "Regulations on honorary consuls of foreign countries in Ukraine and consular institutions headed by such consuls". (December 17, 2021). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1649-21#Text>.
- [11] Order of the Ministry of Foreign Affairs of Ukraine No. 111 "Regulations on honorary (part-time) consular officials of foreign countries in Ukraine and consular institutions headed by such officials". (May 25, 2007). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0617-07#Text>.
- [12] Panfilola, Y.M. (2018). International legal aspects of activity institute of honorary consular. *Problems of International Relations*, 13, 189-210. Retrieved from http://vmv.kymu.edu.ua/series/vipusk13/pv_13.pdf.
- [13] Official website of the Honorary Consul of Ukraine in Chelm – Stanislav Adamyak. Retrieved from <https://konsulatuachelm.pl/stanislaw-adamiak-konsul-honorowy-ukrainy-w-chelmie/?lang=uk>.
- [14] Griffiths, R.H. (2019). *The Honorary Consul in International Law: a vital foreign policy tool in need of modernisation and reform*. Masters Thesis. London: London South Bank University. <https://doi.org/10.18744/lbsu.89yzv>.
- [15] Matiash, I.B. (2016). Foundation of the institution of honorary consuls in Ukraine, 1918-1923: legislative base and key person. *Actual problems of international relation*, 127(1), 4-13. Retrieved from <http://apir.iir.edu.ua/index.php/apmv/article/view/2942/2635>.
- [16] Official website of the Embassy of the Federal Republic of Germany. Our honorary consuls. Retrieved from <https://kiew.diplo.de/ua-uk/botschaft/honorarkonsuln>.
- [17] Balabanov, K.V., & Trofymenko, M.V. (2012). Institute of honorary consuls in Ukraine. *Actual problems of international relation*, 105(1), 9-14. Retrieved from [http://nbuv.gov.ua/UJRN/apmv_2012_105\(1\)_4](http://nbuv.gov.ua/UJRN/apmv_2012_105(1)_4).
- [18] The honorary consul of Ukraine in the USA campaigns for Bush. (2004). Retrieved from <https://web.archive.org/web/20181204151638/https://www.radiosvoboda.org/a/918439.html>.
- [19] Embassy of Ukraine in the Republic of Austria. The Honorary Consulate of Ukraine in Lower Austria was officially opened in St. Polten. (2022). Retrieved from <https://austria.mfa.gov.ua/news/v-misti-sankt-polten-oficijno-vidkrito-pochesne-konsulstvo-ukrayini-v-zemli-nizhnya-avstriya>.
- [20] Honorary consuls of Ukraine abroad as of 2021 (according to the Consular Department of the Ministry of Foreign Affairs of Ukraine). (2021). Retrieved from <https://mfa.gov.ua/storage/app/sites/1/71/uahonoraryconsuls-2021.pdf>.

Ніка Миколаївна Корелова

аспірантка кафедри права Європейського Союзу

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна

e-mail: nikakorelova@gmail.com

ORCID 0009-0000-9359-0692

Nika M. Korelova

Postgraduate Student of the European Union Law Department

Yaroslav Mudryi National Law University

61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine

e-mail: nikakorelova@gmail.com

ORCID 0009-0000-9359-069

Рекомендоване цитування: Корелова Н. М. Основи правового регулювання статусу почесних консулів. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 162. С. 297–311. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.281221>.

Suggested Citation: Korelova, N.M. (2023). Fundamentals of Legal Regulation of the Status of Honorary Consuls. *Problems of Legality*, 162, 297-311. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.281221>.

Статтю подано / Submitted: 19.08.2023

Доопрацьовано / Revised: 02.09.2023

Схвалено до друку / Accepted: 04.09.2023

Опубліковано / Published: 28.09.2023

Online Platforms and New Challenges for Modern Law on E-Commerce

Nataliia Ju. Filatova-Bilous*

Yaroslav Mudryi National Law University,
Kharkiv, Ukraine

*e-mail: filatovaukraine@gmail.com

Abstract

This article provides a legal analysis of the nature of online platforms. The subject of the article is widely discussed among modern legal scholars since the legal nature of online platforms is very controversial: it is hard to determine the very essence of services provided by platform operators as well as to ensure fair balance of interests between platform operators and their users. The aim of the article is to provide a comprehensive analysis of the relationships emerging between platforms and their users and to show the main challenges brought about by online platforms for the legal regulation and for legal practice. The author starts with analyzing the notion of online platforms and their role in the transformation of modern economy. A special attention is paid on the essence of sharing economy which is considered as a product of platforms' activity. Then the legal nature of relationships between platforms and their users is explored, i.e. operator-supplier and operator-customer relationships. In this regard, various cases concerning these relationships as well as the most recent European legal acts regulating platforms are analyzed. The main problems arising in practice of platforms' activities are discussed and the need to provide an appropriate regulation to address them is explained.

Keywords: online platforms; sharing economy; platform operator; contract law; online intermediary service; e-commerce.

Онлайн-платформи і нові виклики для сучасного законодавства про електронну комерцію

Наталія Юліївна Філатова-Білоус*

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

*e-mail: filatovaukraine@gmail.com

Анотація

Статтю присвячено правовому аналізу природи онлайн-платформ. Ця тема є актуальною і широко обговорюваною серед учених-правників, оскільки правова природа онлайн-платформ є досить суперечливою. У практиці трапляються випадки, коли складно визначити саму суть послуг, що надаються операторами платформи, а також забезпечити справедливий баланс інтересів між операторами платформи та їх користувачами. Метою статті є комплексний аналіз взаємовідносин, що виникають між платформами та їх користувачами, а також показати основні виклики, які створюють онлайн-платформи для правового регулювання і правозастосовної практики. Розглянуто поняття онлайн-платформ та їх роль у трансформації сучасної економіки. Окрему увагу приділено сутності економіки спільного використання, що розглядається як продукт діяльності платформ. Досліджено правову природу відносин між платформами та їх користувачами, тобто відносини оператор-постачальник і оператор-клієнт. У зв'язку з цим проаналізовано різні судові спори, що виникали в цих відносинах, а також останні європейські правові акти, що регулюють діяльність платформ. Обговорено основні проблеми, що виникають у практиці діяльності платформ, та роз'яснено необхідність прийняття відповідного нормативного акта для їх вирішення.

Ключові слова: онлайн-платформи; економіка спільного використання; оператор платформ; договірне право; онлайн-посередницька послуга; електронна комерція.

Introduction

Modern information technologies undoubtedly have a great impact on the modern society. Not only do they help to automatize and speed up information exchange or fulfilment of certain tasks, but they are also a driving force of the modern economy changing and transforming it day by day.

Among modern communicative technologies online platforms turned out to be one of the most powerful instruments influencing the global economy. Platforms like Booking.com, Airbnb, Uber, Amazon.com and others have fundamentally changed the way people get access to various assets, perceive their basic economic necessities, and communicate with each other. All in all, the rapid development of platforms has dramatically changed modern economy in the whole world. The new type of economy is often called "sharing economy" or "collaborative economy" (as the European Commission calls it) [1]. What is typical for it is that end users of various goods and services as well as providers of these goods (services) basically get in touch with each other via professional intermediaries – online platforms – facilitating transactions between them. Since everyone can get access to online platforms all over the world, the main peculiarity of the sharing economy is its peer-to-peer nature: it gives an opportunity for non-professionals to offer goods and services, which leads to decentralization and de-professionalization of the distinction between the producer and the consumer [2, p. 12].

For the law it means that "off-on" categories (like "consumer-business" or "professional-non-professional trader") are no longer viable as organizing frameworks' [3, p. 144]. When analyzing the "triangle of relations" between suppliers of goods and services, online platforms and customers, the following problems may be pointed out.

First, it is doubtful whether the relationship between a supplier of goods or services and an online platform as an intermediary may be considered a peer-to-peer one. Usually, the online platform is a more powerful party to the contract, than the supplier, since it drafts the contract, has an opportunity to unilaterally alter it, and has a technical control over the contract performance [4].

Second, it is not less doubtful whether a supplier of goods or services not being a professional one (like an Airbnb host) may be considered a "business" in relationship with a customer. Consequently, it is doubtful whether provisions of consumer protection legislation may be applied [5].

Finally, the nature of relationship between a customer and a platform, on the one hand, and a customer and a supplier, on the other hand, is ambiguous as well. Although initially online platforms have been considered merely intermediaries who generally do not bear liability for the content and conduct of the suppliers, nowadays this rule is rather questionable since modern platforms differ a lot from their predecessors. All in all, it gave rise to a serious debate among scholars on whether platforms may be liable for the violations caused by suppliers of goods and services.

In this article the mentioned issues will be analyzed. In Part I the general overview of the modern online platforms will be provided. In Part II the relationship between suppliers of goods and services and platform operators will be analyzed. In Part III I will analyze the relationship between platform operators and their customers. Liability issues will be discussed as well. In Part IV the relationships between platform users will be analyzed. A special attention will be paid on whether these relationships may be considered of a "business-to-consumer" (B2C) or "consumer-to-consumer" (C2C) nature. In the conclusion I will sum up the results of the research.

Materials and Methods

There are three main methods which have been used to conduct the research.

The first one is an analytical method. This method helps to point out the main features and peculiarities of the modern online platforms and to structure the relationships emerging between platform operators and their users. By virtue of thorough analysis of the way modern platforms conduct their activities it has

become possible to outline the critical points which need special legal regulation or need to be treated carefully in the legal practice.

The second method is an empirical one. The article is based on the analysis of case law originating in various modern jurisdictions (France, Spain, Denmark, the USA etc.). Among these cases are American cases concerning Amazon.com (*Oberdorf v. Amazon.com Inc* [6], *Bolger v. Amazon.com, LLC* [7]), Danish cases concerning Booking.com and other platforms [8] and judgements delivered by European Court of Justice (CJEU) (*Uber Systems Spain SL* [9], *Airbnb Ireland* [10], *L'Oréal SA and Others v eBay International AG and Others* [11], *Google France SARL and Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA* [12]). These and other cases demonstrate that the nature of relationships between platforms and their users is very unusual, which explains why in case law new approaches need to be developed to resolve disputes arising between platforms and their users. The cases analyzed when preparing this article show that courts in various jurisdictions have already started applying special approaches when resolving these disputes. However, not always are these approaches balanced and justified.

Finally, the third method is a comparative one. The main feature of modern platform economy is that it is extremely globalized: the platforms usually conduct their activity worldwide or at least for several jurisdictions, which is why the main issues concerning platforms are actual to some extent for all modern countries. Some jurisdictions have already started developing special legislation concerning platforms and their activities. The most prominent example is the European Union, which has been among the first not only to start elaborating special secondary legislation on platforms, but also to adopt it. The most significant amendments may be found both in directives and in regulations, and the latter have an extraterritorial effect allowing to apply them not only to platforms incorporated in the EU, but also to platforms domiciled in other jurisdictions. One of the most prominent examples of directives concerning platforms is the Directive (EU) 2019/2161 as regards the better enforcement and modernization of Union consumer protection rules, which laid down the so-called European "New deal for consumers" and tackled the relationships between platforms and their customers (consumers) [13]. What about regulations, the most prominent among them are Regulation 2019/1150 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services [14] and Regulation (EU) 2022/2065 on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) [15]. While the former regulates relationships between platforms and their business users, the latter imposes the wide range of obligations for platforms with regard to their scale, functions and the number of active subscribers. Thus, the EU demonstrates the attempts to adopt a full-

fledged and comprehensive regulation on various types of relationships emerging with platforms (platforms-to-business, platforms-to-consumers, and user-to-user relationships). These legislative developments are worth analyzing since they are the most comprehensive among those existing in the world. Thus, they may be used as patterns when developing Ukrainian legislation in the same field.

Results and Discussion

Online platforms and relationships arising between platforms and their users

The term "online platform" is mainly a technical one. Currently there is no legal definition of the this term in Ukrainian legislation. However, the definition for this term has been recently introduced in the European legislation. In Article 3 of Regulation (EU) 2022/2065 on Digital Services Act online platform is defined as a hosting service that, at the request of a recipient of the service, stores and disseminates information to the public, unless that activity is a minor and purely ancillary feature of another service or a minor functionality of the principal service [15]. As explained in recital 13 of the preamble to the Regulation, the main feature of platforms is that they not only store content placed by other users, but also share this content with other users of a platform. A special attention in this Regulation is paid on "online platforms that allow consumers to conclude distance contracts with traders" (so-called transaction platforms) which allow not only to share some content online, but also to offer and to order some goods, services etc.

Thus, generally a term "online platform" covers all services which allow their users to share content with each other. However, this term may have a narrower meaning, when it is used only for platforms facilitating bargains between their users. In this narrower meaning platforms are usually called "online marketplaces" or "transaction platforms". In this article the term 'online platform' is used in this narrow meaning.

The European Commission in its Agenda on Collaborative Economy stressed that platforms activities "create an open marketplace for the temporary usage of goods or services" [1]. Consequently, online platforms have been considered as networks or marketplaces – virtual places for peers to meet each other [2, p. 13].

Scholars have underlined other characteristics of online platforms. Sometimes online platforms are defined as "multi-sided markets that disrupt traditional offline interactions by reshaping the ways individuals transact" [3, p. 94]. It is often stressed that "platforms are in essence contract-based architectures" [16, p. 150]. Indeed, online platforms may be considered as nets of contracts between various participants.

Nowadays there is a plenty of platforms which differ in their technical characteristics. Earlier platforms like eBay and Amazon provided for their users merely an opportunity to buy and sell goods and enter retail contracts. They represented a so-called Web 2.0. However, modern platforms (Airbnb, Glovo, Uber etc.) represent the new generation of the Internet, Web 3.0, and provide larger opportunities to their users. While some of them allow to get a needed service wholly online, others, like car-sharing platforms, allow their users to get even an offline service or asset wholly online, and in this regard connect two worlds (online and offline) by virtue of smart devices and programs. In fact, these platforms made a kind of a revolution in a way people use various assets, perceive their necessities, and communicate in order to get what they need [3, p. 96]. The newest platforms allow users to enter a wide range of contracts (not only retail contracts, but also rent, service, labor contracts etc.) and continue revolutionizing economic and social life.

However, despite the difference in functional peculiarities, all the online platforms have a common structure. Generally, they have several groups of participants. First, there is an operator of online platform who runs the platform, i.e. creates, manages, regulates, and supervises a digital environment for users [16; 157]. In particular, the operator develops (or manages the development) the website or the app enabling users to get in contact and negotiate, drafts contractual framework for users, enters various contracts with users, which all in all helps to regulate the relationships between users and defend their rights and interests [17; 4].

Second, there are various platform users being counterpart of the platform operator in the membership agreement [16, p. 157]. Users in their turn may be divided into two groups: customers (consumers) and suppliers (business users). While customers connect to a platform to use its main opportunities (buy, rent, get access to the assets offered on a platform), suppliers are natural or legal persons who offer some assets or services on the platform to customers.

Thus, the typical structure of modern online platforms resembles a triangle, where all the 'corners' are bound by a contract (see Figure 1).

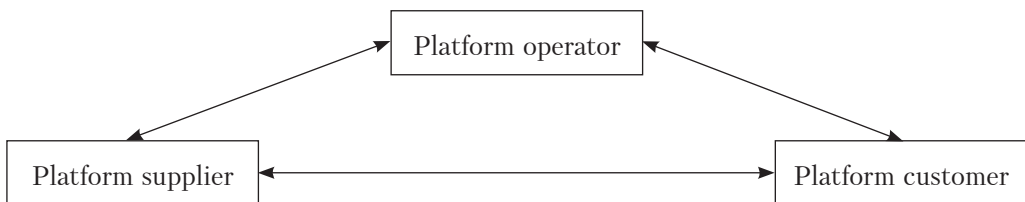


Figure 1

Although from the first site it may seem that the relationships arising on platforms are rather typical (they are contractual by their nature and they emerge between typical participants – legal and natural persons), these relationships have a lot of peculiarities. In the further parts of the article these peculiarities will be analyzed separately for each type of the relationships. Since these relationships constitute some "side" of the "platform triangle" for the sake of clarity they will be called "dimensions".

Dimension 1: platform operator-platform supplier relationship

Both in legal doctrine and in the recent documents prepared by the European Commission the relationships between platform operators and platform suppliers have been called "platform-to-business" or P2B ones. Although usually they are merely a type of traditional business-to-business (B2B) relationships, they have a lot of peculiarities which attest their special nature.

What is crucial for P2B relations is the imbalance of power between a platform and its suppliers: the platform operator turns out to be a more powerful party to the contract since it unilaterally determines the content of the contract, takes control over the data provided by both suppliers and their customers, and usually is represented by a large business structure, whereas suppliers are usually small and medium enterprises (SMEs) [18, p. 1-2].

The imbalance of power between platform operators and suppliers naturally causes various risks for the latter, which was revealed by the fact-finding research on P2B relations undertaken by the European Commission in 2016-2017. The research has shown that there is a high percent of business users (suppliers), 46 %, who had experienced problems and disagreements with the platforms in the course of their business relationships. This percentage was even higher among business users with more than half turnover generated via online platforms [19].

All in all, this research acknowledged the need to provide a special regulation for P2B relationships. As a response, in the EU in 2018 the Proposal for a Regulation on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services was introduced [20]. The Commission pointed out the following aim of the Regulation: to ensure a fair, predictable, sustainable and trusted legal environment for business users, corporate website users, providers of online intermediation services and online search engines alike, which will limit the occurrence and the impact of harmful platform-to-business trading practices occurring in certain online activities, thereby safeguarding trust in the online platform economy and preventing further legal fragmentation of the Digital Single Market.

The Proposal was approved by the Council of the European Union, and on 20th of June 2019 the Regulation 2019/1150 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services was finally adopted [14].

What is essential about the Regulation is its contract-based approach: it seeks to address the concerns through the contents of the contract between a platform and its suppliers [18, p. 6]. Thus, it focuses on the content of so-called "terms and conditions" to ensure their transparency, fairness, and sustainability. Noticeably, the approach used to tackle these issues is rather unusual from the contract law perspective.

First, the Regulation apparently brings some tunes of B2C legislation into P2B sphere. Just like the law regulating B2C relationships, the Regulation requires platform operators to ensure that their terms and conditions are drafted in plain and intelligible language and are easily available to the counterpart at all stages of their commercial relationship (article 3 paragraph 1). Moreover, the Regulation provides a specific formal requirement for various notifications addressed to a supplier by the platform operator: just like directives of the EU focusing on B2C issues (Directive 2011/83/EU, Directive 2008/48/EC), the Regulation requires all the notifications addressed to platform suppliers to be on a durable medium (article 3, paragraph 2, article 4, paragraph 1, 2). All in all, it attests that the European Parliament and the Council consider the business user (the supplier) as a weaker party to a contract, which justifies the B2C-like provisions regulating these relationships.

Second, the Regulation encourages creation of organizations and public bodies entitled to defend the rights of business users in courts instead of creating a special administrative body to resolve disputes and sanction platform operators for violations. In its article 14 the Regulation introduces an interesting model of class actions allowing organizations and associations that have a legitimate interest in representing business users as well as public bodies set up in Member States to take action before competent national courts in the Union to stop or prohibit any non-compliance by platform operators [14]. This feature demonstrates that the Regulation focuses on private law mechanisms of defense and stands for civil liability of violators instead of administrative sanctioning.

Third, the Regulation obviously gives preference to internal complaint-handling systems and mediation. Not only does it encourage the use of these mechanisms of dispute resolution, but it also obliges platform operators to provide easily accessible internal systems (article 11) as well as identify in their terms and conditions two or more mediators (article 12) [14]. These provisions demonstrate

the shift from judicial dispute resolution to alternative one, attesting the effectiveness of the latter.

Therefore, the Regulation is rather comprehensive in its scope. Since in Ukraine there are a lot of local and global online platforms offering their services to Ukrainian business users, provisions of the Regulation could be used as a pattern to regulate the same issues in Ukrainian practice. The need to implement these provisions is actual also because the provisions of the Regulation have an extraterritorial scope and can be applied to Ukrainian platforms offering their services to European business users (article 1(2) [14]). Thus, it would be natural to impose the same obligations for European platforms offering their services in Ukraine.

However, some provisions of the Regulation still need further development.

The first and the most essential issue is a scope of the Regulation, which is still determined rather ambiguously. Article 1(2) of the Regulation says that it shall be applied to online intermediation services provided to business users. Thus, the Regulation applies only when one of the parties to a contract is a platform operator providing information society services and the other party is *a business user*, i.e. any private individual acting in a *commercial* or *professional* capacity who, or any legal person which, through online intermediation services offers goods or services to *consumers* for purposes relating to its trade, business, craft or profession (article 2, paragraph 1(1)).

However, it is unclear whether the Regulation is applicable when it is not a business user, but a natural person who offers goods (services) on a platform. Most of the modern online platforms provide an opportunity to offer goods (services) not only for professional business-users, but also for ordinary natural persons having some spare sources. For example, in Ukraine Olx platform allows both business and non-business users to offer their goods and services to other users. Literally in this case the Regulation may not be applied, but the laws on B2C relationships seem to be applicable since a platform operator is a business and a non-professional user offering goods (services) is a consumer. However, the main problem here is that the relationships between the platform operator and the user still stuck between B2B and B2C since essentially the user is neither the business, nor the consumer in the classical meaning of these terms.

Second, it is doubtful whether the Regulation may apply when a business user offers goods (services) via a platform not only to consumers, but to businesses as well. This problem has already been discussed by scholars: literally the Regulation would not apply where the customers are businesses themselves, because the definition of a "business user" does not extend to instances where

goods or services are supplied to non-consumers (i.e., businesses) [18, p. 9]. However, this may create problems in practice since it might be rather hard to ensure a comprehensive application of the Regulation to the relationships between a platform operator and a business user if a platform provides an opportunity to offer goods (services) both to consumers and to businesses.

All in all, the analysis above proves that although the EU have put many efforts trying to address issues arising in P2B relationships, still there are a lot of challenges, which need to be solved.

Dimension 2: platform operator-customer relationships

Customers ordering goods or services via an online platform are bound by a contract with its operator. Usually, the contract merely outlines the main rules of how a platform should be used and which responsibilities are carried out by the platform operator and the customer in this regard.

However generally the contractual relationships between the platform operator and a customer end up once the customer orders a good (a service) offered by a supplier: here the direct contractual relationship between the customer and the supplier arise. In practice this peculiarity has given rise to many disputes on the liability of the platform operators for the violations of the customers' rights by the suppliers.

Of course, according to the general rule platform operators are not considered liable for the suppliers' violations. This rule stems from the presumption that online platforms usually are merely providers of intermediation services and thus enjoy a "safe harbor" regime. This regime was introduced by the Directive 2000/31/EC on electronic commerce back in 2000 [21]. According to articles 12 through 15 of the Directive providers of caching, hosting and "mere conduit" services generally are not liable for the content which is placed by their users. Since platforms are the type of hosting providers and thus an intermediation service, these rules are applicable to them.

However, the modern practice shows that not always may online platforms be regarded as mere intermediaries. Moreover, not always can platforms be considered even as providers of information society service within the meaning of Directive (EU) 2015/1535 on Information Society services [22]. On the contrary, some of them are considered as providers of the main service together with platform suppliers, i.e. as sellers, drivers, hosters etc., but not as those who merely facilitate the provision of the goods or services.

In this context the CJEU judgement on *Uber Spain* is of particular interest [9]. The proceeding in this case was initiated by Asociaciyn Profesional Elite Taxi ("Elite Taxi"), a professional taxi drivers' association in Barcelona (Spain).

CJEU was asked for a preliminary ruling on whether the activity carried out by Uber Systems Spain was merely a transport service or an electronic intermediary service or an information society service. The Court came to the general conclusion that intermediation service such as that at issue in the main proceedings, the purpose of which was to connect, by means of a smartphone application and for remuneration, non-professional drivers using their own vehicle with persons who wished to make urban journeys, was inherently linked to a transport service and, accordingly, was classified as "a service in the field of transport" within the meaning of Article 58(1) TFEU [9]. Among other, the Court pointed out that Uber exercised *decisive influence* over the conditions under which transport service was provided by drivers. In particular, Uber determined at least the maximum fare by means of the eponymous application, that the company received that amount from the client before paying part of it to the non-professional driver of the vehicle, and that it exercised a certain control over the quality of the vehicles, the drivers and their conduct, which could, in some circumstances, result in their exclusion.

Much the same approach has been taken by the United States Court of Appeals for the Third Circuit in case *Oberdorf v. Amazon*. In this case the plaintiff, Ms. Oberdorf, sued Amazon for the damages she suffered because of the defects of the dog collar and a retractable leash she had bought on the Amazon (the collar broke during her walk with the dog, and, as a result, her eye was hit and she was left blind). Although Amazon argued that they were not liable for damages since they were not sellers of the collar, the Court supported the plaintiff's position and considered Amazon a "seller" being subject to the Pennsylvania strict products liability law [6].

Of course, Uber and Amazon are very special services having significant influence on their suppliers (taxi drivers and sellers). Most of the platforms do not have that much influence and thus fall within the notion of providers of information society services (ISS). However, even being a provider of ISS not all platforms may be regarded as intermediation service, in particular, as hosting providers, which is attested in practice.

One of the most prominent examples in this context is the decision of Danish Eastern High Court on GoLeif.dk platform. The platform is a search service which allows to look for airline tickets, compare prices, and buy tickets online. One of its customers bought a ticket, but the airline company failed to properly serve him since it went bankrupt. So, the customer decided to sue the platform. The Court supported the plaintiff and stated that the platform was directly liable since it could not be clear for an average customer that he or she was dealing with

an airline company, not with the platform. The court stressed that the GoLeif.dk website did not make it sufficiently clear that customers were not trading with GoLeif.dk, but instead with the airline delivering the flight [23, p. 28].

The mentioned cases demonstrate that classical provisions on ISS and intermediation service providers do not fit well regarding online platforms. Thus, there is a need for a more detailed regulation of their status in the relationships with their customers, and more exceptions should be provided to the general 'safe harbor' regime, which was established long before Web 2.0 and Web 3.0 platforms have emerged.

Ukrainian legislation and case law in this regard continue following classical rule treating online platforms as mere type of hosting service providers and thus as intermediaries enjoying exemptions from liability in the relationships with their customers. These rules are laid down in article 9 (4) of the Law on electronic commerce [24]. However, the rapid growth of famous Ukrainian platforms (like Rozetka, Olx, Ontaxi, Prom.ua etc.) and cases emerging in their practice prove that this approach needs more nuances and details.

Meanwhile, the European Union has already made a lot of efforts to bring its legislation in conformity with the modern realms in the area of platforms activities. These efforts have resulted in the Regulation (EU) 2022/2065 on Digital Services Act [15], which has been recently adopted. Provisions on liability of hosting service providers are introduced in article 6 of this Regulation. Although paragraph 1 of this article duplicates the wording of the traditional 'safe harbor' provision contained in the Directive on e-commerce in its article 14, the next paragraphs introduce new details. In particular, paragraph 2 rules that the safe harbor regime is not applicable where the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider [15]. This means that an online platform is liable towards its customers if the supplier of goods or services is in fact under the authority of the platform. As explained in recital 23 of the Regulation this may be the case where the provider of an online platform that allows consumers to conclude distance contracts with traders determines the price of the goods or services offered by the trader (like Uber, for example, does).

The other exemption is contained in paragraph 3 of article 6. It sets that the safe harbor regime shall not apply with respect to the liability under consumer protection law of online platforms that allow consumers to conclude distance contracts with traders, where such an online platform presents the specific item of information or otherwise enables the specific transaction at issue in a way that would lead an average consumer to believe that the information, or the

product or service that is the object of the transaction, is provided either by the online platform itself or by a recipient of the service who is acting under its authority or control [15]. As explained in recital 24 of the Regulation examples of such behavior could be where an online platform fails to display clearly the identity of the trader, as required by this Regulation, where an online platform withholds the identity or contact details of the trader until after the conclusion of the contract concluded between the trader and the consumer, or where an online platform markets the product or service in its own name rather than in the name of the trader who will supply that product or service. In that regard, it should be determined objectively, based on all relevant circumstances, whether the presentation could lead an average consumer to believe that the information in question was provided by the online platform itself or by traders acting under its authority or control [15].

The new rules introduced in the European Digital Services Act are balanced and justified by modern realms and may serve as the criteria and instructions in cases concerning liability of platforms towards their customers. Considering the Ukrainian course towards the European integration these rules are worth implementing in the national legislation.

Dimension 3: supplier-customer relationships

The bottom line of the "triangle" is represented by the relationships between suppliers and customers. Although these relationships are regulated by the contracts drafted by the platform operators, they are more or less independent from the operator (depending on the platform structure and on the powers of the operator) and resemble ordinary relationships between buyers and sellers, service providers and their customers etc.

However, these relationships also have significant peculiarities challenging their legal regulation.

The main peculiarity is the vagueness of the status of their parties. Traditionally, the legislation regulates contractual relationships depending on the status of the contracting parties. From this perspective there are B2B, B2C and C2C relationships. While B2B and C2C relationships are typically presumed to be the ones where the contracting parties have equal position, in B2C relationships there is a weaker party (the consumer) which needs a support to balance their interests. For this reason, modern contract law contains additional guaranties for consumers in B2C contractual relationships.

However, the status of parties in the relationships arising between platform users is usually unclear. As mentioned above, a lot of modern platforms allow not

only business users, but also ordinary natural persons to offer their goods and services on the platform. Often it may lead to a conundrum of legal statuses of platform users: users who do not have a status of an entrepreneur may offer their goods and services just like professional entrepreneurs do, while business users offering their goods and services on the platform may in some moment decide to order some goods and services in the status of platform customer. This issue challenges modern law, which is used to the strict distinction of B2B, C2C and B2C relationships.

In some jurisdictions certain attempts to respond to this challenge have already been made. An interesting approach is applied in Denmark. According to the Danish Consumer Contract Act of 1977 a consumer contract is not only a contract between a consumer and a person acting within his trade or business, but also a contract on goods and services from non-traders, if the contract is concluded or mediated through or with the help from a business [25, p. 79]. If applied to platforms, this rule means that relationships between platform users regardless of their legal status are classified as B2C ones since they are intermediated by a business (by the platform).

Although being preferable for consumers, the approach introduced in Danish legislation is rather strict for non-business suppliers. That is why in the European secondary legislation a softer approach is currently chosen, which comes down to imposition of additional information duties on platforms and platform suppliers. In particular, Directive (EU) 2019/2161 as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection imposes on platform an obligation to ask platform suppliers for the information on whether they are traders or non-traders. Further this information shall be provided to consumers in a clear and comprehensible manner, and if a supplier is not a trader, the platform shall support their offers with a disclaimer that the consumer rights stemming from Union consumer protection law do not apply to the contract [13].

In Ukraine certain provisions purporting to address the issue of vagueness of legal status of platform users have been also introduced. Recently a new Law on consumer protection has been adopted, which sets new terms and rules concerning e-commerce. The law has not entered into force yet, but its provisions are worth analysis since soon after the cancelation of the military regime in Ukraine it will become applicable. In particular, the law introduces the notion of "marketplace" and "classified", where the former means services allowing the consumers to get information on the goods and to conclude distance contracts with subjects of e-commerce, and the latter means services allowing natural and legal persons to

place their offers on goods, which can be ordered both via the classified service system and outside this system. The law obliges classifieds to inform their customers if the goods or services are offered by a natural person having no entrepreneur status and acting as an ordinary non-business subject [26].

However, this provision is not comprehensive. First, it does not oblige platforms to place a disclaimer that in case the offer comes from an ordinary natural person the guarantees laid down by consumer protection legislation do not apply. Meanwhile, this disclaimer is very important since not all the consumers know that bargaining with natural persons deprives them from these important guarantees. Second, the mentioned provisions impose the mentioned obligation only on classifieds, but not on marketplaces. Meanwhile, it is not clear enough why marketplaces do not carry out this obligation, although their suppliers can also be ordinary natural persons. All in all, both issues show that Ukrainian legislation does not fully comply with the European one and needs to dwell on the harmonization with the latter.

Conclusions

Sharing economy and various issues concerning online platforms nowadays are one of the most debatable topics among legal scholars. Although the structure of online platforms and their main features seem to be clear enough, the practice has shown that the essence of services provided by platform operators as well as the legal nature of relationships surrounding platforms remain puzzling. Thus, there is a need to set new rules and provisions helping to resolve disputes which may arise between platform operators and their users.

Since 2016 European Commission as well as other bodies of the EU have put a lot of efforts to develop an appropriate legislative framework for platform economy. After years of work special legal acts regulating various relationships between users and platform operators have been developed and some of them adopted. Ukraine attempts to follow the same pass since full harmonization of national legislation with the European one is one of the main priorities of Ukrainian policy strengthened after the beginning of the full-scale invasion. However, the efforts made during the last years are not enough, which evidences the need for Ukrainian policy makers and scholars to start a thorough analysis of the recent developments of European Commission and European Parliament and to dwell on the accurate and comprehensive harmonization of Ukrainian legislation with the European one concerning online platforms.

Acknowledgements

This research is part of the Jean Monnet Center of Excellence project "European Fundamental Values in Digital Era", 101085385 – EFVDE – ERASMUS-JMO-

2022-HEI-TCH-RSCH. Funded by the European Union. Views and opinions expressed are however those of the author(s) only and do not necessarily reflect those of the European Union or EACEA. Neither the European Union nor the granting authority can be held responsible for them.

References

- [1] European Commission. (2016). Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the Committee of the regions – A European agenda for the collaborative economy COM/2016/356. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52016DC0356>.
- [2] Critical assessment of European Agenda for the collaborative economy – Directorate General for Internal Policies, Policy Department A: Economic and Scientific Policy. (2017). Retrieved from http://www.astrid-online.it/static/upload/ep_i/ep_imco_sharing_assessment_02_2017.pdf.
- [3] Lobel, O. (2016). The Law of the Platform. *Minnesota Law Review*, 101(1), 87-166.
- [4] Commission Staff Working Document Impact Assessment Annexes Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services SWD(2018) 139 final Proposal for a Regulation on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services 2018/0112 (COD).
- [5] Cohen, J.E. (2017). Law for the Platform Economy. *U.C. Davis Law Review*, 51(1), 133-204.
- [6] Oberdorf v. Amazon.com Inc, No. 18-1041 (United States Court of Appeals for the Third Circuit. July 3, 2019). Retrieved from <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca3/18-1041/18-1041-2019-07-03.html>.
- [7] Bolger v. Amazon.com, LLC, No. 37-2017-00003009-CU-PL-CTL (Court of Appeal, Fourth Appellate District. Division One, State of California August 13, 2020). Retrieved from <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/2020/d075738.html>.
- [8] de Reuver, M., Sørensen, C., & Basole, R.C. (2018). The digital platform: A research agenda. *Journal of Information Technology*, 33(2), 124-135. <https://doi.org/10.1057/s41265-016-0033-3>.
- [9] Judgement of 20 December 2017, Uber Systems Spain SL, C-434/15, EU:C:2017:981.
- [10] Judgement of 19 December 2019, Airbnb Ireland, C-390/18, EU:C:2019:1112.
- [11] Judgement of 12 July 2011, L'Oréal SA and Others v eBay International AG and Others, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, points 122, 124.
- [12] Judgement of 23 March 2010, Google France SARL and Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA, Case C-236/08, ECLI:EU:C:2010:159.
- [13] Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules (Text with EEA relevance), 32019L2161, EP, CONSIL, OJ L 328 7 (2019).
- [14] Regulation 2019/1150 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services. (July 11, 2019). Official Journal of the European Union, 186, 57-80.

- [15] Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) (Text with EEA relevance) *OJ L* 277. (October 27, 2022). *Official Journal of the European Union*, 65, 1-102.
- [16] De las Heras Ballell, T. R. (2017). The Legal Anatomy of Electronic Platforms: A Prior Study to Assess the Need of a Law of Platforms in the EU. *Italian Law Journal*, 3(1), 149-176.
- [17] Filatova-Bilous, N. (2021). Once again platform liability: On the edge of the "Uber" and "Airbnb" cases. *Internet Policy Review*, 10(2), 1-27.
- [18] Twigg-Flesner, C. (2018). The EU's Proposals for Regulating B2B Relationships on Online Platforms – Transparency, Fairness and Beyond. *Journal of European Consumer and Markets Law*, 6, 222-233.
- [19] Commission Staff Working Document Impact Assessment Annexes Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services SWD(2018) 139 final.
- [20] Proposal for a Regulation on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services 2018/0112 (COD).
- [21] Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ("Directive on electronic commerce"), 32000L0031, CONSIL, EP. *OJ L*, 178 (2000). Retrieved from <http://data.europa.eu/eli/dir/2000/31/oj/eng>.
- [22] Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical regulations and of rules on Information Society services (Text with EEA relevance), 32015L1535, EP, CONSIL. *OJ L*, 241. (2015). Retrieved from <http://data.europa.eu/eli/dir/2015/1535/oj/eng>.
- [23] Sandfeld Jakobsen, S., & Ostergaard, K. (2019). Platform Intermediaries in the Sharing Economy: Questions of Liability and Remedy. *Nordic Journal of Commercial Law*, 1, 20-41. <https://doi.org/10.5278/ojs.njcl.v0i1.3299>.
- [24] Law of Ukraine No. 675-VIII "On Electronic Commerce". (September 3, 2015). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-19#Text>.
- [25] Marie Jull Sørensen. (2018). Intermediary Platforms – The Contractual Legal Framework. *Nordic Journal of Commercial Law*, 1, 62-90. <https://doi.org/10.5278/ojs.njcl.v0i1.2485>.
- [26] Law of Ukraine No. 3153-IX "On consumer protection". (June 10, 2023). Retrieved from <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3153-20#Text>.

Nataliia Ju. Filatova-Bilous

Ph.D. in Law, Associate Professor,
Associate Professor at the Department of Civil Procedure,
Arbitration and International Private Law
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: filatovaukraine@gmail.com
ORCID 0000-0003-4243-3990

Наталія Юліївна Філатова-Білоус

кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри цивільного судочинства,
арбітражу і міжнародного приватного права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: filatovaukraine@gmail.com
ORCID 0000-0003-4243-3990

Suggested Citation: Filatova-Bilous, N.J. (2023). Online Platforms and New Challenges for Modern Law on E-Commerce. *Problems of Legality*, 162, 312-329. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.284666>.

Рекомендоване цитування: Filatova-Bilous N. J. Online Platforms and New Challenges for Modern Law on E-Commerce. *Problems of Legality*. 2023. Issue 162. P. 312–329. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.284666>.

Статтю подано / Submitted: 14.07.2023

Доопрацьовано / Revised: 22.08.2023

Схвалено до друку / Accepted: 28.08.2023

Опубліковано / Published: 28.09.2023

Legal Strength of Peace Deeds Made by Notary in Efforts to Settle Civil Law Conflict in Indonesia

Aulia D. Wibowo*

Collage, Jenderal Soedirman University, Grendeng-Purwokerto, Indonesia

**e-mail: aulia.darmantyo@gmail.com*

Siti Kunarti

Jenderal Soedirman University, Grendeng-Purwokerto, Indonesia

Rahadi W. Bintoro

Jenderal Soedirman University, Grendeng-Purwokerto, Indonesia

Abstract

The peace that has been made by the disputing parties, in the presence of a notary with a notarial deed, is expected to end the dispute, provide legal certainty between those who are in dispute. The peace deed is also expected to provide legal certainty, benefit and provide justice between those who are in dispute and for their future descendants. Thus it will create a calm life, peace and harmony between those who are at odds. However, if the peace deed that has been made between them, especially what has been made before a notary with a notarized peace deed, can then be disputed again, the problem raised in this study is the legal force of the peace deed made by a notary in an effort to resolve civil law conflicts in Indonesia. In the example case of the Gianyar District Court decision No. 54/Pdt.G/2015/PN.Gir. To answer these problems, normative juridical legal research methods are used with prescriptive research methods. The results of the analysis and research are that the binding power of a notarial peace deed in proof is a deed that has the power of a judge's decision at the final level. The peace deed that was made was also useless and violated the sense of justice of the parties who made it in good faith. Of course this will also cause doubts both among the parties and in society. Therefore, understanding and clarity are needed regarding the nature of the peace itself and the binding power of the notarized peace deed in proof in court. Extensive knowledge so that the word published does not cause problems in the future for the parties involved.

Keywords: Notary; Peace Deed; Legal Force.

Юридична сила мирових правочинів, укладених нотаріусом із метою врегулювання цивільно-правового конфлікту в Індонезії

Аулія Дармантьо Вібово*

Коледж, Університет імені генерала Судірманана,
Гренденг-Пурвокетто, Індонезія
*e-mail: aulia.darmantyo@gmail.com

Ситі Кунарті

Університет імені генерала Судірманана,
Гренденг-Пурвокетто, Індонезія

Рахаді Васі Бінторо

Університет імені генерала Судірманана,
Гренденг-Пурвокетто, Індонезія

Анотація

У статті розглянуто проблему юридичної сили мирових правочинів, укладених нотаріусом із метою врегулювання цивільно-правового конфлікту. Очікується, що мирова угода, укладена сторонами, які сперечаються, у присутності нотаріуса з нотаріальним актом, завершить суперечку, забезпечить юридичну визначеність між цими сторонами. Водночас мирова угода також буде корисною і забезпечить справедливість між тими, хто перебуває в суперечці, і для їхніх майбутніх нащадків. Отже, це створить умови для спокійного життя, миру і злагоди між тими, хто ворогує. Проте мирову угоду, яку було укладено між сторонами, що сперечаються, особливо ту, яку було укладено з нотаріальним посвідченням, може бути знову оскаржено. Проблема, порушена в цьому дослідженні, полягає в юридичній силі мирової угоди, укладеної з нотаріальним посвідченням, з метою вирішення цивільно-правових конфліктів в Індонезії на прикладі рішення районного суду Гіаньяр № 54/Pdt.G/2015/PN.Gir. Для вирішення цих проблем використовуються нормативно-правові методи дослідження. Результати аналізу та дослідження свідчать про те, що обов'язкова сила нотаріальної мирової угоди має силу рішення судді на остаточному рівні. Укладена мирова угода не мала користі й порушувала почуття справедливості сторін, які добросовісно її уклали. Звичайно, це також спричиняє сумніви як у сторін, так і в суспільстві. Тому необхідні розуміння та ясність щодо природи самої угоди і обов'язкової сили нотаріально посвідченої мирової угоди для доказування в суді, а також упевненість у тому, що друковане слово не створить проблем у майбутньому для залучених сторін.

Ключові слова: мирова угода; нотаріус; юридична сила.

Introduction

Everyone in essence desires a peaceful life. But in reality, disputes or disputes often occur in this life. In living that life, it is inseparable from differences of opinion regarding how to achieve the intended goal, thus causing disputes caused by friction between individuals which therefore makes one party feel disadvantaged. A dispute is a right that occurs between two or more parties, because one party is dissatisfied or aggrieved. Civil disputes are civil cases where there are two or more parties, which are usually referred to in the trial as Plaintiffs and Defendants.

In general, the disputes arise, the parties to the dispute prefer to resolve it themselves by deliberation between the disputing parties without going through or with assistance from third parties. It depends on the *goodwill* of both parties and the complexity of the dispute itself [1].

In relation to the parties binding themselves to an agreement either in a treaty or a peace, known as the principle of *Pacta Sunt Servanda* or the principle of legal certainty, it will basically relate to the effect or peace.

Civil Law in Indonesia regulates the way of peace either non-litigation or litigation. The settlement of the problem of fulfilling obligations in a non-litigation manner with peace has been recognized and regulated for a long time in the Civil Code in Article 1851 of the Civil Code. Under the provisions of Article 1851 of the Civil Code, a peace must be made in writing. In practice in society, the written form is made in a deed under hand or an authentic deed. If the written form of peace is made under the hands it is often called a peace treaty. However, if it is made in the form of an authentic deed, it is called a peace deed that can be made by a notary or court institution

Peace itself must basically end the case, and is stated in written form and must be done by all parties involved in the case. The peace agreement is the beginning of the issuance of a peace deed from the Court which has the same position as a permanent Court decision. The peace agreement can essentially be made by the parties before or by the Judge who examines the case, and it can also be made by the parties outside the Court and then brought to the Court by the person concerned to be confirmed into a peace deed [2].

At In principle, the disputants want it to be resolved quickly, accurately, fairly and cheaply. But the question is, which of these institutions is the most capable to implement the problem. One alternative in the appropriate peaceful dispute resolution is through mediation, mediation is one way of effective resolution and opens wider access to the parties to obtain a satisfactory and fair

settlement. Article 1 paragraph (1) of Supreme Court Regulation Number 1 of 2016 concerning Mediation procedures in Court explains, mediation is a way of resolving disputes through the negotiation process to obtain agreement between the parties assisted by the Mediator [3].

Peace is an agreement by which both parties by surrendering, promising or withholding a thing, end a matter that is hanging or prevent a matter from arising. This Agreement is not valid but is made in writing. In peace both sides pass each other as they demand, in order to put an end to a dependent cause or to prevent a cause from arising [4].

According to Mulyoto in his book explains that the peace deed is one of the legal products made by a notary. Because making an authentic deed is one of the notary's authorities in making a deed. However, the explanation of the notary's authority does not contain provisions regarding the making of peace deeds related to land disputes. In fact, there is a peace deed made by a notary, namely a peace deed [5].

The peace deed is basically made by a notary to resolve conflicts between parties outside the court by fulfilling the conditions for the validity of the agreement, so that a peace deed made by a notary is a deed born from an agreement or agreement of the parties who want peace, which has fulfilled the legal conditions of the agreement and the deed has the power of a judge's decision at the final level [6].

According to the author, the binding legal force of the notary peace deed is made in court evidence, in this article the author analyzes the peace deed which is used as evidence in the trial but the judge does not consider the existence of the deed. As in the decision of the Gianyar District Court Number 54 / Pdt.G / 2015 / PN. Gear. About the sitting of the case, there was a sale and purchase between Soewardi Sastro Admojo as the seller and Tohom Edison Tampubolom as the buyer with the object of land certificate of title number 424 of 1991. On August 9, 2002 Soewardi Sastro Admojo passed away. On January 24, 2014 without the permission of the heirs of the late Soewardi Sastro Admojo and the late Soemilah, the land object of dispute was carried out the sale and purchase transaction process recorded in the Sale and Purchase Deed Number: 16/I/2014 between the Seller Party Soewardi Sastro Admojo and the Buyer Party Tohom Edison Tampubolom before a Notary as the Land Deed Making Officer, namely H. Ainur Rofiq, S.H., (Defendant II), which subsequently by the Land Office of Nganjuk Regency (Defendant III) has been ratified in the certificate of title number 424 of 1991 (land object of dispute) there was a change of owner from the name Soewardi Sastro Admojo to the name Tohom Edison Tampubolom.

The face of the Notary as the Land Deed Making Officer, namely H. Ainur Rofiq, S.H., (Defendant II) who claimed to be Soewardi Sastro Admojo was not the real Soewardi Sastro Admojo, because on August 9, 2002 Soewardi Sastro Admojo had passed away. However, the certificate was resold by Tohom Edison Tampubolon to YusikArianto (Defendant 1). Thus, the heirs filed a lawsuit at the Nganjuk District Court. However, in the Gianyar District Court Number 54/Pdt.G/2015/PN. Gir in the peace deed of his signing did not present several parties related to the case. The ruling cannot be carried out, because there is no legal certainty for parties who are not included in the peace.

The parties are willing to make peaceful efforts. The peace deed is made because it is desired by the interested parties to ensure the rights and obligations of the parties for the certainty, order, and legal protection for the interested parties. The peace deed that is executed is not a court peace deed decision, but a peace deed made by the parties before notary X number 90 in Nganjuk Regency domiciled at Jalan MT Haryono Number 3 which is a form of agreement in general. Based on decision 39/Gn. G/2016/PN. Njk in the peace deed of signing did not present several parties related to the case. The decision cannot be carried out, because there is no certainty and legal protection for parties who are not included in the peace.

According to Soedharyo Soimin, in making peace deeds, Article 1851 of the Civil Code stipulates that peace can be made on existing cases either in court or will be submitted to court. But in fact the peace deed was made after a peace decision by the court. Regarding the authority of notaries in making peace deeds after a court decision is not regulated in law, so in this case there is a legal vacuum [7].

There are related problems regarding the legal certainty of peace deeds made by notaries that do not have executory powers, such as peace deed decisions in civil disputes. So that the notary peace deed can be disputed in the future, if it causes losses to other parties.

The topic presented in this article is to understand the peace deed as a deed that has excutory power in Indonesia so that it can be used as a basis in deciding a conflict that occurs between the parties, but in fact in practice there are still many who consider that the legal force of the peace deed in civil cases is still unclear and has no civil legal force, This is where the author will analyze the effectiveness of the peace deed in deciding a civil conflict that occurs in Indonesia.

The purpose of this study is to analyze the legal strength of the Peace Deed made before a Noatartist in terms of the Civil Code and its usefulness in court decisions in Indonesia The purpose of this paper is to provide knowledge about

the nature and importance of the peace deed in civil cases in court related to the notary's authority in making peace deeds. The legal force of a peace deed made by a notary and the judgment of the court's peace deed in a dispute between the parties

Which is the subject of the first discussion, what is the legal force of the Peace Deed made by a notary in resolving civil conflicts in Indonesian courts? And second, what is the essence of a peace deed made by a notary in resolving civil conflicts in Indonesia?

Materials and Methods

In this study, an in-depth examination was carried out on legal facts which are then used in answering legal issues. Legal issues have a central position in research law as the position of the problem in research others, because it is the legal issue that must be resolved internally legal research as the problems to be answered in non-legal research. This research begins by formulating problem.

The problem arises because there are two propositions that have relationship, both functional, causal, and one confirms another. This type of research is normative legal research Normative legal research is legal research that lays down law as a building system of norms regarding principles, norms, rules of laws and regulations, court decisions, agreements and doctrines (teachings).

Normative legal research must be seen from a juris viewpoint, who conduct research with the aim of legal problem solving which ultimately has benefits and benefits for society. Study normative law is done to generate arguments, theories, or new concept as a prescriptive in solving problems that faced. The answer expected in legal research is right (correct), appropriate, in-appropriate or wrong, so that the results obtained already contain value. The nature of this research is descriptive analysis, which is a method used to depict a current condition or situation with the aim of providing data.

The object of this research is to explore ideal aspects and analyze them based on legal theories or regulations in effect. The descriptive analysis method is employed to provide an overview of a phenomenon related to the study of the legal act of borrowing a name. For academic research, it is essential to search for the ratio legis and the ontological basis behind the enactment of the law so that researchers can grasp the philosophical content underlying the law. By doing so, researchers will be able to draw conclusions regarding the existence or absence of philosophical conflicts between the law and the issues at hand [8].

The approach used in this research is the case approach and the statute approach. The case approach is employed to understand the application of legal norms/

principles in legal practice. It involves examining specific cases to analyze how legal rules are applied and interpreted in real-life situations. On the other hand, the statute approach focuses on studying and analyzing legal statutes and regulations themselves to gain insights into their content, intent, and implications. Both approaches contribute to a comprehensive understanding of the research subject from different angles.

The statute approach is conducted by examining all relevant laws and regulations pertaining to the legal issue being addressed. For research purposes, it involves studying and analyzing the entire body of laws and regulations that are applicable to the subject matter. This approach ensures a comprehensive understanding of the legal framework and provides insights into the specific provisions, requirements, and implications of the laws and regulations related to the research topic. By conducting a thorough analysis of the statutes, researchers can gain a deeper understanding of the legal context surrounding the issue being investigated.

The statute approach provides a practical method for researchers to explore the consistency and compatibility between different laws, as well as between laws and the constitution or regulations. By examining these relationships, researchers can identify any inconsistencies or discrepancies that may exist. The findings of such an analysis can serve as arguments or evidence to address the issues at hand. It enables researchers to critically evaluate the legal framework, identify potential conflicts or gaps, and propose solutions or recommendations to resolve the legal issues being studied. This approach contributes to the development of a more coherent and effective legal system.

Results and Discussion

The Legal Force of the Peace Deed Made by a Notary in Resolving Conflicts Civilly in Indonesian Courts

The agreement basically has two elements, namely the first objective element in the form of a certain object (*Clear and definite*), namely the object of the agreement which can be interpreted as the entire rights and obligations arising from the agreement. The object of the agreement must be determinable, tradable (allowed), May be done, Can be valued with money meaning that only tradable goods can be the subject of the agreement, no matter whether the goods already exist or will only exist in the future [9].

The second object element is the substance of the agreement, which is something that is permissible both according to law, custom, decency, decency and public order in force at the time the agreement is made and when it will be implemented [10].

The object of the agreement is regulated in Article 1853 of the Civil Code. The objects of the peace agreement are:

- a) Peace can be held regarding civil interests arising from a crime or violation. In this case, peace does not at all prevent the prosecution from prosecuting the crime or offense concerned;
- b) Every peace concerns only the matters listed in it. While the waiver of all rights and demands is related to the dispute that is the cause of the peace.

From the terms of the peace agreement through the peace deed made before the notary mentioned above have several problems by the first consideration, the Judge's Consideration considers that the peace deed does not meet the requirements of an agreement because its position is not balanced because the defendant at that time was in custody. Second, judging from the Civil Code, the agreement is valid if it has agreed on the main matters and no formalities are needed [10].

In the event of the validity of an agreement, stipulated in Article 1320 of the Civil Code states:

- a) Agree those who bind themselves.
- b) Able to make an agreement.
- c) About a particular thing.
- d) A lawful cause.

The deed of peace made before notary X contained in notarial deed number 03 and number 04 when viewed from the terms of the agreement is a valid deed because it has fulfilled the conditions for the validity of the agreement and for an unequal position because in custody it is contrary to the law because formally civil peace does not affect criminal proceedings.

The judge's consideration that the peace deed does not meet the formal requirements because not all litigants are involved in the peace deed. The formal terms of the peace agreement concern matters in accordance with Article 1851 of the Civil Code in the sense that it is stated in writing and Article 1320 jo 1330 jo 1852 of the Civil Code which explains that the party making the agreement is a person who has authority and all parties involved in the case participate in the peace agreement, then if it is ruled out it will contain defects of the *prulium litis consortium*, namely the incompleteness of the parties Terms. A peace agreement through a peace deed made before a notary must meet certain conditions so that it is included in the juridical formulation of an authentic deed according to Article 1868 of the Civil Code, that is, the deed is made by or before a general official., The deed must be made in the form prescribed by law, The general official must have the authority to make the deed [11].

The peace agreement made in the form of a peace deed made before a notary has fulfilled these requirements because the litigants in the dispute are only the Plaintiff and the Defendant and no other party is a party to the peace deed, so the peace deed is not declared as a formally defective and valid deed and there is evidence that the legal parties have come before the notary.

The peace effort was successful, so a Peace Deed was made which punished both parties to fulfill the content of the peace that had been made between them. If the peace agreement occurs without the intervention of the judge, it is called approval in the form of a peace deed. If the disputed parties have or have not been filed as a lawsuit to the court. For example, the dispute has been filed as a lawsuit to the court, then the intervention of the judge of the parties to the notary makes a peace agreement in the form of a peace deed and with the peace deed the parties withdraw their case from the court and do not ask for approval it is confirmed by a court decision [12].

Written evidence is placed in the first order, this is in accordance with the fact that the type of letter or deed in civil cases plays a very important role. In all activities that concern the field of civil law, deliberately recorded or written in letters or deeds. This is in addition to being determined by law to be made in written form, it is also intended deliberately in written form as an intention to be evidence of legal events that occur if at any time a dispute arises over the event so that the problem and truth can be proven by the relevant deed before the court. In this case, the evidence that is considered the most acceptable is the evidence of letters and writings.

Thus, the author does not agree with the consideration of the Law of Rights in the judgment which has misapplied the law and does not reflect a sense of justice not looking at the legal facts or evidence that emerged in the trial (notarial peace deed). Regarding this matter, the judge's consideration regarding the peace deed as evidence in dispute resolution that the peace deed provides perfect proof because it has absolute legal force so that it must be considered by the judge in examining the case in the application of the law in deciding a case.

According to the author, basically, a peace decision must be made in writing, it is not justified if a peace decision or peace agreement is made orally, meaning it must be stated in a deed, the written understanding here is not only stated in the form of an authentic deed, it could be that the decision or peace agreement is stated in a deed under hand, this Syatat is coercive, in line with Article 1851 of the Civil Code so there is no Peace agreement if executed orally even in the presence of an authorized official.

That the binding power of the peace deed in evidence in court is a deed that has the force of a final judgment, which means that the power of the peace deed has strong legal force as formal and material evidence, because the existence of the peace deed made by agreement of the parties, has mentioned the reasons or considerations of the existence of the peace deed itself. The peace deed has the power of formal proof that proves the parties that they explained what is written in the deed [13].

The requirement for all court decisions to obtain is to have an executory title by inscribed above it which reads "For Justice Based on the Power of the Almighty", as well as including the peace deed if affixed with the title then it has executory power and can also have the power of proof both formal and material.

The Nature of a Peace Deed Made by a Notary in Resolving Civil Conflicts in Indonesia

The legal position of a peace deed made before a notary can be carried out on a case that is currently running in a court trial, as long as there is no permanent legal force on the case. And the legal position of the peace deed is the same as the judge's decision which already has permanent legal force. This is based on the legal position of the peace deed when viewed based on the provisions of the applicable laws and regulations. Such as Article 1858 of the Civil Code and Article 130 paragraphs (2) and (3) of HIR. Peace efforts can be made both before the court proceedings are carried out, and after the judicial hearing is held both inside and outside the court of the court. The notarial peace deed has permanent legal force, and executory power with a determination issued by the chief justice of the district court containing an execution order so that the peace deed can be implemented.

The position of a Notary Deed that has the power of proof as a Deed under hand is the value of an evidence that cannot be claimed with compensation in any form. When the complainant comes to the Notary so that his action or deed is formulated in an authentic Deed in accordance with the authority of the Notary, and then the Notary makes a Deed at the request or desire of the notary, then in this case providing a foundation between the Notary and the facers there has been a legal relationship. A legal relationship is a relationship that consequently is governed by law [14].

The deed made before the Notary is the Deed of the parties who come to face, so the legal relationship between the Notary and the client is not a legal relationship that occurs because of something agreed, as is usually done by the parties in making an agreement.

The notary must guarantee that the Deed made is in accordance with the rules of law that have been determined, so that the interests concerned are protected by the Deed. Notaries in making Deeds must conduct counseling related to legal issues to the face so that the face understands the logical consequences of the Deed he wants. Therefore, Notaries must understand legal issues substantially so that in addition to the Deed they make does not contradict the law, Notaries can also legally account for the existence of the Deed. A substantial understanding of law by a Notary Public will ensure that legal certainty can be applied to provide order and legal protection for the community. Legal certainty is a human condition, both individuals, groups, and organizations, bound and within the corridors outlined by the rule of law (Satjipto Rahardjo, 1998: 25). This certainty means a guarantee from the State that the law is really enforced in accordance with applicable rules.

An agreement made by the parties, so that in the future or in time it can function as valid evidence / meet the requirements of proof, must be recognized its existence by the parties, both orally and in writing But in modern times like today, oral agreements have too many weaknesses so they are not recommended and must be made in writing. Similarly, an agreement made in writing, but made under the hands of the parties, has many disadvantages as well, compared to an agreement made notarially [15].

A treaty made by a notarial deed has a more privileged position than an agreement made under the hand. The privilege of the notary agreement itself is because the nature of the notarial agreement itself is an agreement made with an authentic deed. An authentic deed, (as stipulated in article 1868 of the Indonesian Civil Code), is: a deed made in the form prescribed by the Act by or before a public officer authorized for it at the place where the deed was made).

According to Sudikno, a Notary Deed is an authentic deed made by a notary or made before a Notary who is authorized to make it, according to the forms and procedures stipulated in the Notary Office Law. Whether or not a deed is authentic is not enough if the deed is made by or before an official (notary) only. However, the way to make an authentic deed must be according to the provisions stipulated by the Law. A deed made by an official without any authority and without any ability to make it or unqualified, cannot be considered an authentic deed, but has the power of a deed under the hand if signed by the parties concerned.

The author agrees with Sudikno's views mentioned above. Therefore, according to the author, in order for a deed made to be an authentic deed and not lose its

authenticity, the deed made must meet all that is required for an authentic deed. If the disputing parties want to end a dispute between them, it usually begins with a deliberation to reach a consensus. However, consensus reached by the parties to the dispute is often carried out in a notarial deed. Of course, this is done by the parties in order to be able to realize a legal certainty and as a perfect evidence tool for the parties. Ending disputes between the parties, can be done by entering into a peace agreement / peace treaty or peace treaty.

Peace is an agreement by both parties, which contains that by surrendering, promising or withholding an item, both parties terminate a case being examined in court or prevent a case from arising if it is made in writing, as stipulated in Article 1851 of the Civil Code (Burgelijk Wetboek). Thus, the peace carried out by the parties or both parties aims to prevent disputes / disputes between those who are disputing / disputing. In addition to such purposes, this peace can also be done for the purpose of ending a dispute. As with the conditions for the validity of an agreement based on the Civil Code, this peace agreement is also valid if it fulfills the conditions for the validity of the peace agreement itself, namely fulfilling the four legal conditions of an agreement as stipulated in article 1320 of the Indonesian Civil Code.

According to the author, Notarial peace deed is a deed of agreement / agreement between the parties to prevent disputes / disputes or end a dispute / dispute between those who are disputing / disputing. Notarial peace deeds are made before a notary, who has the authority and ability to make them. Notarial peace deeds must be made in accordance with and fulfill the conditions of the validity of an agreement. Notarial peace deeds are made with procedures and provisions that have been stipulated by the rules and regulations applicable to it. Thus, the essence of a notarial peace deed is a deed of agreement born of a peace agreement or agreement, which has fulfilled the requirements for the validity of an agreement, which is carried out before a notary and the deed has the force of a judge's decision at the final level. But on the contrary, the notarial peace deed will lose its authenticity and only have the power of a deed under hand, if the deed is made not in accordance with the procedures and provisions stipulated by the Law.

Conclusions

Based on the description that has been explained above on the two problems in this study, the conclusion that can be stated is that the peace deed has executory legal force if it contains an executory title as well as in the final decision at the judge level which reads "For Justice Based on the One and Only God", while the essence of a notarial peace deed is a deed of agreement born from an agreement

or peace agreement, which has fulfilled the requirements for the validity of an agreement, which is made before a notary and the deed has the force of a judge's decision at the final level. But on the contrary, the notarial peace deed will lose its authenticity and only have the power of a deed under the hand, if the deed is made not in accordance with the procedures and provisions stipulated by the Law.

Recommendations

The advice that can be given related to this conclusion is that Notaries in making marriage deeds need to pay attention to the customs that apply in the community so that in making deeds for Notary faces have extensive knowledge so that the words issued do not cause problems in the future for the parties concerned. And there needs to be a deeper understanding, among the public, legal practitioners (including: notaries, lawyers), judges and all elements of the State, the nature of a notary peace deed.

References

- [1] Anshori, Abdul Ghofur. (2009). *Lembaga Kenotariatan Indonesia: Perspektif Hukum dan Etika*. Yogyakarta: UII Press.
- [2] Anak Agung Istri, Agung. (2016). Akta Perdamaian Notariil Dalam Pembuktian di Pengadilan. *Jurnal Notariil*, 1(1), 3-18. <https://doi.org/10.22225/jn.1.1.107.51-68>.
- [3] Adjie, Habib. (2015). *Hukum Notaris Indonesia: (Tafsir Tematik Terhadap Undang-Undang Jabatan Notaris)*, Cetakan Ketiga. Bandung: Refika Aditama.
- [4] Budiono, Herlien. (2007). *Kumpulan Tulisan Hukum Perdata di Bidang Kenotariatan*. Bandung: Citra Aditya Bakti.
- [5] Arto, Mukti. (2018). *Praktek Perkara Perdata Pada Pengadilan Agama*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- [6] Notodisoerdjo, Soegondo. (2019). *Hukum Notariat di Indonesia Suatu Penjelasan*. Jakarta: Raja Grafindo Persada.
- [7] Subekti. (2010). *Hukum Perjanjian*. Jakarta: PT. Intermedia.
- [8] Martokusumo, Sudikno. (2009). *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti.
- [9] Abdulah, H. (2007). *Perancang Kontrak dan MOU*. Jakarta: Sinar Grafika.
- [10] Kadir, Muhammad Abdul. (1986). *Hukum Perjanjian*. Alumni, Bandung.
- [11] Salim, H.S. (2007). *Perancangan Kontrak dan Memorandum of Understanding (M.o.U)*. Sinar Grafika, Jakarta.
- [12] Huda, Ni'matul et. al. (2021). The urgency of the constitutional preview of law on the ratification of international treaty by the Constitutional Court in Indonesia. *Heliyon*, 7(9), 1-4. <https://doi.org/10.1016/j.heliyon.2021.e07886>.
- [13] Prayitno, Herman Bastiaji, & Cecep, Miptahudin. (2021). Kepastian Hukum Akta Perdamaian Yang Dibuat Oleh Notaris Dengan Mengesampingkan Perbuatan Tindak Pidana. *Pamulang Review*, 4(2), 1-10. <http://dx.doi.org/10.32493/palrev.v4i2.17751>.
- [14] Sudiarawan Kadek, Agus et. al. (2022). Discourses on Citizen Lawsuit as Administrative Dispute Object: Government Administration Law vs. Administrative Court Law.

Journal of Indonesian Legal Studies, 7(2), 449-486. <https://doi.org/10.15294/jils.v7i2.60166>.

- [15] Yuanitasari, D. (2017). Role of Public Notary in Providing Legal Protection on Standard Contracts for Indonesian Consumers. *Sriwijaya Law Review*, 2(2), 179-190. <http://Dx.Doi.Org/10.28946/Slrev.Vol1.Iss2.43.Pp179-190>.

Aulia D. Wibowo

Master of Notary, Collage, Faculty of Law
Jenderal Soedirman University, Grendeng-Purwokerto, Indonesia
e-mail: aulia.darmantyo@gmail.com
ORCID 0000-0004-4336-4063

Siti Kunarti

Lecturer, Faculty of Law
Jenderal Soedirman University, Grendeng-Purwokerto, Indonesia
e-mail: siti_kunarti@yahoo.co.id
ORCID 0000-0002-1478-2758

Rahadi W. Bintoro

Lecturer, Faculty of Law
Jenderal Soedirman University, Grendeng-Purwokerto, Indonesia
e-mail: rahadi.bintoro@unsoed.ac.id.
ORCID 0000-0003-1079-3342

Аулія Дармантьо Вібово

магістр нотаріату, коледж, юридичний факультет
Університет імені генерала Судірмана, Гренденг-Пурвокетто, Індонезія
e-mail: aulia.darmantyo@gmail.com
ORCID 0000-0004-4336-4063

Сіті Кунарті

викладач, юридичний факультет
Університет імені генерала Судірмана, Гренденг-Пурвокетто, Індонезія
e-mail: siti_kunarti@yahoo.co.id
ORCID 0000-0002-1478-2758

Рахаді Васі Бінторо

викладач, юридичний факультет
Університет імені генерала Судірмана, Гренденг-Пурвокетто, Індонезія
e-mail: rahadi.bintoro@unsoed.ac.id
ORCID 0000-0003-1079-3342

Suggested Citation: Wibowo, A.D., Kunarti, S., & Bintoro, R.W. (2023). Legal Strength of Peace Deeds Made by Notary in Efforts to Settle Civil Law Conflict in Indonesia. *Problems of Legality*, 162, 330-344. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.283091>.

Рекомендоване цитування: Wibowo A. D., Kunarti S., Bintoro R. W. (2023). Legal Strength of Peace Deeds Made by Notary in Efforts to Settle Civil Law Conflict in Indonesia. *Problems of Legality*. 2023. Issue 162. P. 330–344. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.283091>.

Статтю подано / Submitted: 27.06.2023

Доопрацьовано / Revised: 19.07.2023

Схвалено до друку / Accepted: 28.08.2023

Опубліковано / Published: 28.09.2023

Local Working of Patents: a Comparative Study of Europe and Indonesia

Ika C. Dewi*

*Bandung Islamic University,
Bandung, Indonesia*

**e-mail: ikacitradewi1@gmail.com*

A. Harits Nu'man

*Bandung Islamic University,
Bandung, Indonesia*

Neni Ruhaeni

*Bandung Islamic University,
Bandung, Indonesia*

Dini D. Heniarti

*Bandung Islamic University,
Bandung, Indonesia*

Abstract

This study analyzes the implementation mechanism of local working patents from both European and Indonesian perspectives, using normative research methods and secondary data obtained from library research. The implementation of Patent Act Number 13 of 2016 has faced criticism from various parties, including patent holders who find it complicated and difficult to comply with the local working patent provisions. The Ministry of Law and Human Rights has issued regulations to facilitate patent holders who are unable to implement Article 20 by allowing them to request patent postponement. However, the Job Creation Act No. 11 of 2022 has made it easier for patent holders to fulfill their obligations regarding local working patents. The Directorate General of Intellectual Property (DGIP) is responsible for monitoring, evaluating, and reporting on intellectual property protection. However, rules and procedures related to monitoring mechanisms, especially those related to implementing local working patents, have not been fully regulated by the DGIP Office.

Keywords: local working; patent; monitoring mechanism.

Локальна робота з патентами: порівняльно-правове дослідження патентного права Європи та Індонезії

Іка Цитра Деві*

Бандунзький ісламський університет,

Бандунг, Індонезія

**e-mail: ikacitradewi1@gmail.com*

А. Харіц Нуман

Бандунзький ісламський університет,

Бандунг, Індонезія

Нені Рухаені

Бандунзький ісламський університет,

Бандунг, Індонезія

Діні Деві Хеніарті

Бандунзький ісламський університет,

Бандунг, Індонезія

Анотація

У роботі проаналізовано механізм імплементації європейських місцевих робочих патентів та, з індонезійської точки зору, з використанням нормативних методів дослідження і вторинних даних, отриманих на основі аналізу наукових публікацій. Наголошено, що імплементація Патентного закону № 13 від 2016 р. зазнала критики з боку різних сторін, включаючи власників патентів, які вважають, що дотримання місцевих положень про робочі патенти є складним і важким завданням. Міністерство юстиції та прав людини видало підзаконні акти, що полегшують життя власникам патентів, які не можуть виконати статтю 20, дозволивши їм просити про відтермінування дії патенту. Однак Закон про створення робочих місць № 11 від 2022 р. спростив для власників патентів виконання їхніх зобов'язань щодо місцевих робочих патентів. Генеральний директорат інтелектуальної власності (DGIP) відповідає за моніторинг, оцінку та звітність у сфері захисту інтелектуальної власності. Однак правила і процедури, пов'язані з механізмами моніторингу, особливо ті, що стосуються впровадження місцевих робочих патентів, не були повністю врегульовані Офісом DGIP.

Ключові слова: локальна робота; патент; механізм моніторингу.

Introduction

Intellectual property is becoming more valuable in the global market. As technology and innovation continue to advance, the ability to create and protect intellectual property is crucial for businesses to stay competitive. Inventions,

patents, and other forms of intellectual property can provide a significant advantage to companies in various industries. However, it is important to ensure that intellectual property rights are respected and enforced to promote fair competition and innovation. This requires effective regulations and monitoring mechanisms, such as the ones implemented by the DGIP in Indonesia, to protect the interests of patent holders and promote the development of intellectual capital [1].

The complexity of IP protection which has legal, economic, and cultural dimensions, needs serious attention from the Indonesian government. The IP system is a private right. One is free to apply or register intellectual works or not. The exclusive rights granted by the state to individual IPR actors (inventors, creators, designers, and so on) are nothing but appreciation for their work (creativity) [2]. Any intellectual property issue should be resolved by national laws. Because intellectual property rights have one characteristic which other national rights do not have [3].

It is unavoidable impact of the Industrial Revolution 4.0 era that intellectual property (IP) law has more important and strategic role in supporting the economic development, including industry and the growth of the business sector [4]. Technology has an important role in developing the economy in a country. Therefore, there is an assumption from many countries in the world that economic development cannot be separated from industrialization. Technology as an intellectual creativity of human beings, where its creation sacrifices abundant number of thoughts, time, and funds, has valuable economic benefit. Therefore, the inventors of those technologies are given legal protections, named patents [5]. Patent regulations designed to protect intellectual property and stimulate innovation have been introduced in Indonesia. Regulations were originally introduced by decree in 1953 and the Patent Law of 1989, which complied with international standards, was the first patent law to be introduced [6]. Then, it was amended by Law No. 14 of 2014. And, amended again by Law No. 13 of 2016.

However, Article 20 of the Patent Law has risen a debate that the Government disregarded the international trade obligations it undertook under the TRIPS Agreement which is a "hard law" in nature and subsequently binding to the WTO member States [7]. This provision requires patent holders to manufacture products and use processes in Indonesia to support technology transfer, absorption of investment, and/or provision of employment. This provision is also referred to as "local working". Essentially, the local working of a patent entails that the 'patentee must manufacture the patented product, or apply the patented process, within the patent granting country [8]. Some companies from

the United States of America have objected to this provision, saying that it will not only make things difficult for them, but also contradicts the International Agreement [9].

The Job Creation Law passed by the Indonesian Parliament in November 2020, which took effect on the same day, includes changes to the Patent Law No. 13 of 2016. Article 107 of the Job Creation Law amends certain provisions in the Patent Law, including the removal of the requirement for patent use to be limited to production in Indonesia. The changes also include an increase in clarity for simple patents and a shorter substantive examination period for trademarks. The aim of these changes is to boost economic recovery and position Indonesia competitively in ASEAN. The Job Creation GRL, a revised version of the Job Creation Law, also streamlines the process of obtaining halal certification and allows for outsourcing agreements between companies. However, the mechanism for monitoring the activities of the implementation of Article 107 has not been regulated [10–12].

Based on the brief description above, it is necessary to conduct in-depth research studies related to the following problem how is the mechanism for monitoring the implementation of local working patent if compared to the Europe perspective.

Materials and Methods

This research approach can provide valuable insights into the legal framework and regulations related to intellectual property rights in Indonesia, particularly in the context of patent regulations. By analyzing the relevant legal materials and conducting qualitative analysis, it will be possible to identify any gaps or areas for improvement in the current system, as well as potential best practices and solutions for effective implementation and enforcement of patent regulations. Additionally, comparing the mechanism for monitoring the implementation of local working patents in Indonesia and Europe could provide valuable insights into best practices for IP regulation and enforcement, which can ultimately encourage investment in research and development, leading to new and innovative products and services that benefit society.

Results and Discussion

Mechanism for Monitoring the Implementation of Local Working Patents

In the end of 2019, the Indonesian president Joko Widodo for the period 2019-2024 brought a new view of changing the concept of statutory law, namely the Job Creation Act No. 11 of 2020. The goal of this Act is to increase the investor confidence in Indonesia by reducing rules and simplifying the licensing procedure [11]. There are several points of amendments in the provisions of patent-related

regulations in the JCA compared to the currently Patent Law which have been summarized by the researcher as follows (see table).

PATENT ACT NUMBER 13 YEAR 2016	JOB CREATION ACT NUMBER 11 YEAR 2020 CHAPTER VI EASE OF DOING BUSINESS ARTICLE 107
<p>Article 20</p> <p>(1) Patent holders are required to make their product or use the process in Indonesia.</p> <p>(2) making the product or using the process as referred to in paragraph (1) must support technology transfer, investment absorption, and/or job creation.</p>	<p>1. The provisions of Article 20 have been amended to read as follows:</p> <p>(1) Patents must be worked or implemented in Indonesia.</p> <p>(2) Patent implementation as referred to in paragraph (1), is as follows:</p> <ul style="list-style-type: none">a. the implementation of product patents, which involve various activities such as making, importing, or licensing the patented product;b. Implementation of the patented process which involves manufacturing, licensing, or importing products resulting from a patented process; orc. Implementation of the patented methods, systems, and uses which involves manufacturing, importing, or licensing products resulting from the patented methods, systems and uses.
<p>Article 82</p> <p>(1) A compulsory license shall mean a license to implement a patent which has been granted based on decision of the Minister based on an application with the following legal grounds:</p> <ul style="list-style-type: none">a. Patent Holders do not carry out the obligation to manufacture products or to use processes in Indonesia as referred to in Article 20 paragraph (1) within 36 (thirty-six) months as of the date of grant of a patent.	<p>2. The provisions of Article 82 have been amended to read as follows:</p> <p>(1) A compulsory license shall mean a license to implement a patent which has been granted based on decision of the Minister based on an application with the following legal grounds:</p> <ul style="list-style-type: none">a. Patents are not implemented in Indonesia as referred to in Article 20 within 36 (thirty-six) months as of the date of grant of a patent.

<p>PATENT ACT NUMBER 13 YEAR 2016</p>	<p>JOB CREATION ACT NUMBER 11 YEAR 2020 CHAPTER VI EASE OF DOING BUSINESS ARTICLE 107</p>
<p>b. The relevant patent has been implemented by the patent holder or the licensee in a form and manner that contravenes the public interest; or</p> <p>c. Patents developed from previously granted patents cannot be implemented without using the patents of other parties which are still under protection.</p> <p>(2) A request for a compulsory license as referred to in paragraph (1) shall be subject to a fee.</p>	<p>b. The relevant patent has been implemented by the patent holder or the licensee in a form and manner that contravenes the public interest; or</p> <p>c. Patents developed from previously granted patents cannot be implemented without using the patents of other parties which are still under protection.</p> <p>(2) A request for a compulsory license as referred to in paragraph (1) shall be subject to a fee.</p>

The definition of local working requirements should be understood. "Local working requirements are domestic provisions which allow for the grant of a compulsory license when a patent is not 'worked' in that country" [12] considering whether Article 30 and 31 of TRIPS would make legitimate the compulsory license based on local working requirements. Part IV concludes that local working requirements and the compulsory licenses they guarantee are permitted under the TRIPS. "Domestic legislation providing for local working requirements does not unjustifiably discriminate against other WTO members in violation of Article 27 of the TRIPS."

Author: [{"dropping-particle": "", "family": "Lee", "given": "Chia-Ling", "non-dropping-particle": "", "parse-names": false, "suffix": ""}], [{"dropping-particle": "", "family": "Graduate", "given": "J D", "non-dropping-particle": "", "parse-names": false, "suffix": ""}], "id": "ITEM-1", "issued": {"date-parts": [{"2013}]}, "publisher": "NTUT J. of Intell. Prop. L. & Mgmt", "title": "THE LEGALITY OF LOCAL PATENT WORKING REQUIREMENTS UNDER THE TRIPS AGREEMENT", "type": "report", "volume": "2", "uris": [{"http://www.mendeley.com/documents/?uuid=28fa8db1-fcb2-3b61-aab5-0c31d4e61323"}], "mendeley": {"formattedCitation": "[12]", "plainTextFormattedCitation": "[12]", "previouslyFormattedCitation": "[14]"}, "properties": {"noteIndex": 0, "schema": "https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"}. It is claimed that the local production of patented inventions would decrease transport costs, cut dependence on foreign suppliers, provide local jobs, increase expertise, cause transfer of technology and lead to innovation [13].

The TRIPS Agreement in Article 27(1) stipulates that patents shall be available and patent rights enjoyable without discrimination as to the place of invention, the field of technology and whether products are imported or locally produced. A combined reading of the above interrelated provisions leads to the conclusion that Article 27(1) is to be read alongside all the other provisions and therefore "local working" is an essential precondition for the patentee to meet his obligations to the society and to the country in which the patent is granted [14]. The Job Creation Act (JCA) passed in November 2020 removed the requirement for local working patents in Indonesia, which was seen as a move to attract more foreign investment and increase competitiveness within the ASEAN region. This change has been met with mixed reactions, as some argue that it may lead to a lack of regulation and monitoring of patent use, particularly for process patents. However, proponents of the change argue that it will spur economic growth and increase innovation within the country. It remains to be seen how the implementation of these changes will play out in practice.

According to recent changes in the Patent Law through the Job Creation Law in Indonesia, the requirement for local working patents has been removed [15]. This has raised concerns about the lack of regulation and monitoring of patent use, as it may lead to the exploitation of patents without any benefit to the public interest. The concept of a "license of right" patent, which creates an obligation for patent owners to license their patents and ensure their working in the public interest, has been proposed to address this issue [16]. However, the rules on what constitutes "working" vary from country to country, with some countries requiring manufacture in that country to a level sufficient to meet local demand, while others are satisfied with manufacture in any WTO country or anywhere in the EU [17].

Provisions for a "license of right" have been introduced in several European countries and are available for the new European patent with unitary effect. This creates an obligation for patent owners to license their patents, similar to the obligation created by competition law for standard-essential patents. With a "license of right" patent, the actual working of the patent is secured regardless of whether or not someone is willing to work it, as the license constitutes the working of the patent. However, the implementation of such licenses must be regulated to prevent abuse and ensure they are used in the public interest [18]

Countries that belong to IP5 (The five largest patent offices: the Japan Patent Office, the European Patent Office, the Korean Intellectual Property Office, the China National Intellectual Property Administration, and the United States Patent and Trademark Office), have relatively minimal standards for working requirements. For example, some European countries (for example, Great Britain, Italy, Czech Republic, among others) and Korea share similar requirements in which a patented invention should be sufficiently worked within 3 (three) years (or sometimes four years) from filing the application or the patent may become subject to the risk of compulsory licensing. In these countries, no annual statement of working is required to prove working of a patent. Similarly, Brazil requires a patent be worked by three years from grant, with no annual statement of working required. In Brazil, a non-worked patent could theoretically also be at risk for compulsory licensing [19]"6", "16"]}, {"author":{"dropping-particle":"","family":"Bergman","given":"Osha","non-dropping-particle":"","parse-names":false,"suffix":""}, {"dropping-particle":"","family":"Burton","given":"Watanabase","non-dropping-particle":"","parse-names":false,"suffix":""}, {"id":"ITEM-1","issued":{"date-parts":[["2022","11","30"]]}, {"title":"Working on It: An Overview of Patent Working Requirements, Part 2","type":"webpage"}, {"uris":["http://www.mendeley.com/documents/?uuid=5d515e53-fcac-3f30-b1bf-6f6bb990f649"]}], {"mendeley":{"formattedCitation":"[19]","plainTextFormattedCitation":"[19]","previouslyFormattedCitation":"[21]"},"properties":{"noteIndex":0,"schema":"https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"}.

With the enactment of the new local working patent provisions in JCA, it is now easier for foreign applicants to implement the local working patent provisions by carrying out importation activities of patent-protected products/process. However, the mechanism related to the monitoring of the implementation of these importation activities has not been regulated in the Patent Act or other related regulations. And this will have an impact on the emergence of problems such as for example the importation activities cannot stand alone and be supervised by the Directorate General of IP but there are other institutions, namely the Directorate General of Customs and Excise who are authorized to handle it.

In addition, the rapid pace of free trade and the increasing number of trade agreements that Indonesia is participating in, brings the issue of intellectual property rights (IPR) protection to the government's main concern. In connection with the above, Directorate General of Customs and Excise based on Law Number 17 Year 2006 on Customs, is also tasked with carry out law enforcement in the field of IP. Customs and Excise Institution together with the Directorate General of Intellectual Property (DGIP) of the Ministry of Law and

Human Rights signed a cooperation agreement related to law enforcement in the field of intellectual property in a press conference in 2021 [20].

The Minister of Finance Regulation (PMK) number 40 of 2018 is an important step towards protecting intellectual property rights (IPR) in Indonesia. With this regulation, the Customs Institution has the authority to prevent the import or export of goods suspected of infringing IP, provided that the goods are recorded in the Customs record system. This regulation empowers Customs officers to conduct surveillance and supervision of imported or exported goods suspected of infringing IP, using a database of IP recordation by owners or rights holders. This surveillance can be conducted through intelligence data collection, physical inspection of goods, or document research, with the aim of preventing the import or export of infringing goods and promoting IPR protection in Indonesia [21].

Further, the Minister of Law and Human Rights has issued the following 3 (three) newest Regulations as the implementing regulations to the Act Number 11 Year 2020 on Job Creation related to Patent and Trademark.

Type of Regulation	Regulation Number	Date		Concerning
		Date of Ratification	Date of Promulgation	
Ministerial Regulation	Number 12 of 2021	29 January 2021	3 February 2021	Amendment to Ministerial Regulation Number 67 Year 2016 concerning Trademark Registration
Ministerial Regulation	Number 13 of 2021	29 January 2021	3 February 2021	Amendment to Ministerial Regulation Number 38 Year 2018 concerning Patent Application
Ministerial Regulation	Number 14 of 2021	29 January 2021	3 February 2021	Amendment to Ministerial Regulation Number 30 Year 2019 concerning Procedures for Granting of Patent Compulsory License

The Indonesian Patent Act No. 13 of 2016 stipulates that a Compulsory License can be granted if the Patent Holder fails to fulfill its obligation to make the product or use the process in Indonesia within 36 months after the patent is granted. However, a ministerial regulation Number 30 of 2019 allowed the applicant to file a postponement of the implementation of local working patents.

Conclusions

The lack of uniformity in working requirements for patents has been a topic of discussion in international patent law forums. However, the Indonesian government has taken steps to protect intellectual property rights (IPR) through regulations and cooperation agreements between the Customs and Excise Institution and the Directorate General of Intellectual Property (DGIP) [22]. The Compulsory License provision in the Indonesian Patent Act No. 13 of 2016 can be granted if the Patent Holder fails to fulfill its obligation to make the product or use the process in Indonesia within 36 months after the patent is granted. The newest Act Number 11 of 2020 on Job Creation and the Ministerial Regulation Number 14 of 2021 have revoked the regulation that allowed applicants to file a postponement of the implementation of local working patents. This means that the Indonesian government is taking a stronger stance on enforcing patent laws and encouraging the local production of patented products.

The implementation of local working patents in the newest Job Creation Act includes manufacturing, importing, or licensing the patented products, process, methods, systems, and uses. This means that patent holders are required to produce or use their patented products, processes, methods, systems, and uses in Indonesia within 36 months after the patent is granted. The Compulsory License provision in the Indonesian Patent Act No. 13 of 2016 can be granted if the Patent Holder fails to fulfill its obligation to make the product or use the process in Indonesia within the given time frame. These steps taken by the Indonesian government show their commitment towards protecting intellectual property rights (IPR) in the country [23].

In view of the above, the Patent Holder has the option to manufacture, import, or license their patented products or products resulting from a patented process in Indonesia. In our opinion, more clarification is needed regarding the "standard measurement" for determining whether the Patent Holder has implemented the patented product by manufacturing, importing, or licensing the patented products in accordance with the provision of Article 107 of Law No. 11 of 2020 on Job Creation Act. However, it is not explicitly stated in the law whether the Patent Holder is required to report or submit proof of importation documents to the Ministry of Law and Human Rights. It is important for the Indonesian Government to establish clear and effective measurement, reporting, and verification procedures to ensure that the Patent Holder has fulfilled their obligation to make or use the product in Indonesia within 36 months after the patent is granted. This will not only protect the interests of the Patent Holder but also promote innovation and development in Indonesia.

The lack of clarity in this matter may cause confusion and uncertainty for the Patent Holder, as well as for the Ministry of Law and Human Rights. Therefore, it is important for the DGIP Office to provide further clarification on this matter and establish effective and transparent reporting and verification measures to ensure that the Patent Holder has fulfilled their obligation to implement their patented product in Indonesia.

Recommendations

In view of the above, it is advisable for patent holders exporting their products to Indonesia to keep detailed records of their importation activities. This is because there is currently no clear requirement for patent holders to submit proof of importation documents to the Ministry of Law and Human Rights in Indonesia as a proof of implementing local working of patent. However, in case the DGIP Office issues a policy requiring patent holders to submit an annual report as proof of compliance with Article 20 of the Indonesian Patent Law, it would be beneficial for patent holders to have these records to avoid any potential legal issues. It is also important for the Indonesian government to consider the provisions of the TRIPs Agreement Article 27, which states that patents should be available and patent rights should be enjoyed without discrimination, regardless of the place of invention, field of technology, or whether products are imported or locally produced. However, there is also a national constitutional mandate as regulated in Law Number 7 of 1994 concerning the ratification of the World Trade Organization agreement.

Recording patent data with Customs Institution can help prevent intellectual property crimes such as counterfeiting and piracy. This is particularly important for patent holders exporting their products to Indonesia, as the lack of clarity in the Indonesian Patent Law can make it difficult to ensure compliance. By working closely with Customs, patent holders can help ensure that their products are protected and that they are in compliance with all relevant laws and regulations. It is important for governments to take a comprehensive approach to intellectual property protection, and working with Customs is an important part of this effort.

References

- [1] Mashdurohatur, A. (2013). *Hak Kekayaan Intelektual (HKI) Dalam Perspektif Sejarah Di Indonesia*. Semarang: Madina Semarang.
- [2] Atikah, I., Zaini, A., & Sumirat, I.R. (2022). Intellectual Property Rights as The Resource for Creative Economic in Indonesia. *Jurnal Penelitian Hukum De Jure*, 22(4), 451-464. <https://doi.org/10.30641/dejure.2022.v22.451-464>.
- [3] Mersha, B., & Hadush, H. (2009). *Law of Intellectual Property*. Retrieved from <https://eopcw.com/find/downloadFiles/40>.

- [4] Budi, V.H.S. (2019). Policy Study In Indonesia's Patent Legal System. *Law Reform*, 15(2), 206-224. <https://doi.org/10.14710/lr.v15i2.26179>.
- [5] Sulistianingsih, D. (2013). Enforceability of Patent Law In Indonesia (Juridical And Historical Perspective). *International Journal of Business, Economics and Law*, 3(3), 5-8. Retrieved from <https://ijbel.com/wp-content/uploads/2014/01/KLL3310-DEWI-ENFORCEABILITY-OF-PATENT-LAW-IN-INDONESIA.pdf>.
- [6] Nugroho, Y., Hutschenreiter, G., Pawennei, I.A., & Amalia, M. (2013). Innovation in Southeast Asia. *OECD Reviews of Innovation Policy*. Paris: OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264128712-en>.
- [7] Jean, M., Geoffrey, C., & Roisah, K. (2020). Patenting Deal in Indonesia: Article 20 of The Patent Law in The Political Perspective of International Trade Law. *Law Reform* 16(1), 19-31 <https://doi.org/10.14710/lr.v16i1.30302>.
- [8] Marsoof, A. (2018). Local Working of Patents: The Perspective of Developing Countries. In A. Bharadwaj, V.H. Devaiah, & I. Gupta (Eds.). *Multi-dimensional Approaches Towards New Technology* (pp. 315-337).
- [9] Hediyanto, F.D., Roisah, K., & Doramia, A. (2021). Kendala Regulasi Kewajiban Pemegang Paten oleh Investor Asing di Indonesia. *Notarius*, 14(1), 616-627. <https://doi.org/10.14710/nts.v14i1.39137>.
- [10] Yong, L., Fajra, A., & Astary, Y. (2020). *Indonesia: New Amendments to IP Laws*. Retrieved from <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=099eb106-00aa-45d5-8b1a-f020458cba55>.
- [11] "Omnibus Law" on Job Creation has been Enacted. (November 2, 2020). *Investment Policy Hub*. Retrieved from <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-policy-monitor/measures/3567/indonesia-omnibus-law-on-job-creation-has-been-enacted>.
- [12] *Indonesia: The New Job Creation Government Regulation in lieu of Law*. (January 12, 2023). *Baker McKenzie*. Retrieved from https://insightplus.bakermckenzie.com/bm/energy-mining-infrastructure_1/indonesia-the-new-job-creation-government-regulation-in-lieu-of-law_1.
- [13] Septihana, A.R., & Cahyarini, L.L. (2021). Borobudur Law Review Legal-Political Study of the Job Creation Law on Revocation of Article 20 of Law Number 13 of 2016 concerning Patents Article info. *Borobudur Law Review*, 3(1), 13-23, <https://doi.org/10.31603/burrev.7082>.
- [14] Lee, C.-L., & Graduate, J.D. (2013). The Legality of Local Patent Working Requirements under the Trips Agreement. *NTUT J. of Intell. Prop. L. & Mgmt*, 2, 39-48.
- [15] Reddy, G.B., & Kadri, H.A. (2013). Local Working of Patents-Law and Implementation in India. *Journal of Intellectual Property Rights*, 18, 15-27.
- [16] Ganguli, P. The Issue of Working of Patents and Its Implications for Domestic Trade, Economic Development and Technology Transfer. Retrieved from https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/colloquium_papers_e/2014/chapter_7_2014_e.pdf.
- [17] Session, E. (2012). *Standing Committee on the Law of Patents*. (pp. 1-15). Geneva.
- [18] U. M. D. E. C. D. E. Los, "No主観的健康感を中心とした在宅高齢者における健康関連指標に関する共分散構造分析Title".
- [19] Lippert, O. (2000). Competitive Strategies for the Protection of Intellectual. *World Patent Information*, 22(3), 266.
- [20] Trimble, M. (2016). Patent Working Requirements: Historical and Comparative Perspectives. *6 U.C. Irvine L. Rev.*, 6(3), 482-508. Retrieved from <https://scholarship.law.uci.edu/ucilrhttps://scholarship.law.uci.edu/ucilr/vol6/iss3/8>.

- [21] Bergman, O., & Burton, W. (November 30, 2022). *Working on It: An Overview of Patent Working Requirements*. Retrieved from <https://www.obwbip.com/newsletter/working-on-it-an-overview-of-patent-working-requirements-part-2>.
- [22] Bea Cukai-DJKI Teken Perjanjian Kerja Sama Penegakan Hukum di Bidang Kekayaan Intelektual. (October 06, 2021). Retrieved from <https://www.beacukai.go.id/berita/-siaran-pers-bea-cukai-djki-teken-perjanjian-kerja-sama-penegakan-hukum-di-bidang-kekayaan-intelektual.html>.
- [23] Mau Hindari Pemalsuan, Segera Daftarkan Barang Hak Kekayaan Intelektual ke Bea Cukai. (April 26, 2022). Retrieved from <https://www.beacukai.go.id/berita/mau-hindari-pemalsuan-segera-daftarkan-barang-hak-kekayaan-intelektual-ke-bea-cukai.html>.

Ika C. Dewi

Doctoral Student, Faculty of Law
Bandung Islamic University, Bandung, Indonesia
e-mail: ikacitradewi1@gmail.com
ORCID 0000-0001-8977-2696

A. Harits Nu'man

Lecturer, Department of Industrial Engineering
Faculty of Engineering
Bandung Islamic University, Bandung, Indonesia
e-mail: haritsnuman.djaohari@gmail.com
ORCID 0000-0001-7778-9538

Neni Ruhaeni

Lecturer, Faculty of Law
Bandung Islamic University, Bandung, Indonesia
e-mail: nenihayat@unisba.ac.id
ORCID 0000-0001-9737-0216

Dini D. Heniarti

Lecturer, Faculty of Law
Bandung Islamic University, Bandung, Indonesia
e-mail: dini.dewiheniarti@gmail.com
ORCID 0000-0002-1456-5729

Ика Цитра Деві

докторант, юридичний факультет
Бандунзький ісламський університет, Бандунг, Індонезія
e-mail: ikacitradewi1@gmail.com
ORCID 0000-0001-8977-2696

А. Харіц Нуман

викладач кафедри промислового інжинірингу
Бандунзький ісламський університет, Бандунг, Індонезія
e-mail: haritsnuman.djaohari@gmail.com
ORCID 0000-0001-7778-9538

Нені Рухаені

викладач, юридичний факультет
Бандунзький ісламський університет, Бандунг, Індонезія
e-mail: nenihayat@unisba.ac.id
ORCID 0000-0001-9737-0216

Діні Деві Хеніарті

викладач, юридичний факультет
Бандунзький ісламський університет, Бандунг, Індонезія
e-mail: dini.dewiheniarti@gmail.com
ORCID 0000-0002-1456-5729

Suggested Citation: Dewi, I.C., Nu'man, A.H., Ruhaeni, N., & Heniarti, D.D. (2023). Local Working of Patents: a Comparative Study of Europe and Indonesia. *Problems of Legality*, 162, 345-358. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.285119>.

Рекомендоване цитування: Dewi I. C., Nu'man A. H., Ruhaeni N., Heniarti D. D. Local Working of Patents: a Comparative Study of Europe and Indonesia. *Problems of Legality*. 2023. Issue 162. P. 345–358. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.162.285119>.

Статтю подано / Submitted: 25.07.2023
Доопрацьовано / Revised: 24.08.2023
Схвалено до друку / Accepted: 29.08.2023
Опубліковано / Published: 28.09.2023

Наукове видання

**ПРОБЛЕМИ
ЗАКОННОСТІ**

**PROBLEMS
OF LEGALITY**

Збірник наукових праць

Випуск 162

Мови видання: українська, англійська

Відповідальний за випуск проф. *Д. В. Лученко*

Редакторка *С. А. Пашинська*

Коректорка *І. А. Гребцова*

Комп'ютерне макетування *А. Г. Якшиної*

Підп. до друку 28.09.2023 р. Формат 70×100 ¹/₁₆. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 25,85. Обл.-вид. арк. 23,25.
Тираж 50 прим. Зам. № 23-09/1. 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; сайт: <http://plaw.nlu.edu.ua>

Свідоцтво
про внесення суб'єкта видавничої справи до Державного реєстру видавців,
виготовлювачів і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 7560 від 28.12.2021 р.

Віддруковано у ФОП Єфименко С. А.
61166, м. Харків, вул. Коломенська, 27

Свідоцтво
про внесення суб'єкта видавничої справи до Державного реєстру видавців,
виготовлювачів і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 6869 від 08.08.2019 р.