

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

Держава і право

ЗБІРНИК
НАУКОВИХ ПРАЦЬ

Серія ЮРИДИЧНІ НАУКИ

Випуск 75



Київ
Видавництво «Юридична думка»
2017

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

**Збірник включено до міжнародної наукометричної бази
Index Copernicus international (Варшава, Польща). Статті збірника
привірюються до публікацій у зарубіжних фахових виданнях**

Редакційна колегія

Шемшученко Ю. С. – доктор юридичних наук, академік НАН України (голова редколегії);
Кресіна І. О. – доктор політичних наук (головний редактор); **Акуленко В. І.** – доктор юридичних наук;
Андрійко О. Ф. – доктор юридичних наук; **Бабкін В. Д.** – доктор юридичних наук; **Батанов О. В.** – доктор юридичних наук; **Батлер Уільям Елліот** – доктор юридичних наук, іноземний член НАН України (США); **Голосов Г. В.** – доктор політичних наук (Європейський університет, м. Санкт-Петербург, РФ);
Горбатенко В. П. – доктор політичних наук; **Денисов В. Н.** – доктор юридичних наук; **Кваша О. О.** – доктор юридичних наук; **Коваленко А. А.** – доктор політичних наук; **Костенко О. М.** – доктор юридичних наук; **Кресін О. В.** – кандидат юридичних наук; **Кулинич П. Ф.** – доктор юридичних наук; **Лойко Л. І.** – доктор політичних наук; **Малишева Н. Р.** – доктор юридичних наук; **Нагребельний В. П.** – кандидат юридичних наук; **Оніщенко І. Г.** – доктор політичних наук; **Оніщенко Н. М.** – доктор юридичних наук;
Пархоменко Н. М. – доктор юридичних наук; **Прилуцький С. В.** – доктор юридичних наук; **Сіренко В. Ф.** – доктор юридичних наук, член-кореспондент НАН України; **Скрипнюк О. В.** – доктор юридичних наук; **Тимченко Г. П.** – доктор юридичних наук; **Усенко І. Б.** – кандидат юридичних наук; **Хуторян Н. М.** – доктор юридичних наук; **Шкляр Л. Є.** – доктор політичних наук; **Ющик О. І.** – доктор юридичних наук.

Д 36 Держава і право: Збірник наукових праць. Серія Юридичні науки. Випуск 75 /
Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Київ: Вид-во «Юри-
дична думка», 2017. 414 с.

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

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

Адреса редакції

01601, Київ, вул. Трьохсвятительська, 4, к. 211
Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України
тел. 279-73-96, факс 278-54-74

ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 340.1

Н. М. ОНИЩЕНКО

ОБІЗНАНІСТЬ В ПРАВІ: ДЕЯКІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ

Запропонована до вивчення категорія «обізнаність в праві». Зокрема, в її структурі аналізуються дві складові, що охоплюють вивчення, ознайомлення з відповідним правовим матеріалом, та «оволодіння» ним з метою захисту прав, свобод та законних інтересів людини. Досліджуються умови, що пов'язані з реалізацією феномена «обізнаність в праві», зокрема, якість та доступність законодавства, поінформованість тощо. Окремий вектор викладу складає взаємопов'язаність правової активності членів громадянського суспільства та їх обізнаність в праві.

Ключові слова: право, обізнаність в праві, правова освіта, правовий всеобуч, правова активність, правові знання.

Онищенко Н. Н. Осведомленность в праве: некоторые подходы к определению

Предложена к изучению категория «осведомленность в праве». В частности, в ее структуре анализируются две составляющие, охватывающие изучение, ознакомление с соответствующим правовым материалом и «овладение» им с целью защиты прав, свобод и законных интересов человека.

© ОНИЩЕНКО Наталія Миколаївна – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, Заслужений юрист України, завідувач відділу теорії держави і права Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

Исследуются условия, связанные с реализацией феномена «осведомленность в праве», в частности, качество и доступность законодательства, информированность и тому подобное. Отдельный вектор изложения составляет взаимосвязанность правовой активности членов гражданского общества и их осведомленность в праве.

Ключевые слова: право, осведомленность в праве, правовое образование, правовой всеобуч, правовая активность, правовые знания.

Onishchenko Natalij. Legal awareness: some definition approaches

In the article the category of "awareness with law" had been proposed; in its structure two elements are analyzed, covering the study, acquaintance with relevant legal material and "mastering" it to protect the rights, freedoms and legitimate interests of people. Also conditions related to the awareness with law implementation, in particular the quality and accessibility of legislation, information knowledge and others are investigated. A separate attention is paid to the civil society members legal activity and their awareness with law interconnectedness.

Key words: law, awareness with law, legal education, popular legal education, legal activity, legal knowledge.

Широкому науковому загалу та представникам юридичної практики хотілося б запропонувати для більш детального ознайомлення, а, можливо, вивчення і аналізу категорію «обізнаність в праві». Необхідність її дослідження продиктована, на наш погляд, декількома причинами. Серед яких: ускладнення суспільних відносин, трансформаційні зміни в право-державотворенні, гостра необхідність підвищення як загальнокультурного, так і «правокультурного» рівня представників соціуму. Отже, на разі і на часі аналіз явища «правова обізнаність» в контексті не тільки, а, можливо, не стільки правовиховного потенціалу, скільки саме правової обізнаності як самореалізації в освоєнні правового інформативного поля.

Не слід доводити зайвий раз, що якість нашого життя в той чи інший спосіб залежить від якості законодавства. Кожного дня представники і юридичної доктрини, і юридичної практики «ламають списи» в боротьбі за «законодавчу досконалість». Зрозуміло, втім, що яким би не був рівень (хай буде найвищим) прийнятої норми, «оволодіння» нею, можливість користуватися, розуміючи всю палітру наданих та гарантованих прав і свобод, залежить безпосередньо від такого явища, як обізнаність в праві.

Спробуємо проаналізувати цю правову категорію, яка, на жаль, ще не стала предметом ретельної уваги і вивчення науковців.

Спочатку, як і годиться, словниковий аналіз. «Обізнаний – який знається на чому-небудь, добре ознайомлений з чимось». І далі – «обізнаватися – вивчати що-небудь, знайомитися з чимось»¹.

Отже, як бачимо, співіснують дві складові або два елементи сутності цього поняття : по-перше, слід бути добре ознайомленим з певним явищем (предметом, поняттям тощо); по-друге, що впливає з першого – вивчати що-небудь.

Отже, структурно «обізнаність в праві» полягає в можливості ретельно ознайомитися, вивчити правові норми, а отже, оволодіти тими знаннями в необхідному обсязі і на необхідному (для захисту прав, свобод і законних інтересів) рівні.

Почнемо з першого кроку, а саме, із ознайомлення з правовим матеріалом.

Вивчення норм права передбачає багато різних складових, аспектів доктрини і практики як правотворчості, так і правореалізації. Безумовно, таке вивчення передбачає як інструментальні, так і сутнісні складові. Правотворчість – це специфічна діяльність, суб'єкти якої не можуть діяти без певних правил і вимог. Сукупність цих правил і утворює техніку правотворчості. Правила правотворчості і правила правозастосування, правила формулювання нормативних і індивідуальних правових актів утворюють юридичну техніку. Правила юридичної техніки склалися протягом всього існування права. Зрозуміло, що юридична техніка – складне юридичне поняття. Традиційно юридична техніка розглядається як система правил і прийомів підготовки і прийняття найбільш досконалих за формою і структурою нормативних актів; відповідність змісту і форми нормативних приписів; доступність і простоту нормативних матеріалів. В такий спосіб «вивчення» передбачає і пов'язане з категоріально-понятійним апаратом.

Не викликає сумнівів теза про те, що стандартизація термінів та їх дефініцій допоможе забезпечити визначеність термінологічної бази українського законодавства: запобігти колізіям, підвищити якість законодавчих актів, сприяти їх конструктивній дії, а отже, підвищить результативність вивчення запропонованого юридичного продукту. Непересічного значення в цьому контексті здобувають дефініції.

Проблематика дефініцій була в центрі уваги від часів Арістотеля, безпосередньо нею опікувався Джон Локк. Декарт вважав, що визначеність слів позбавить світ від половини помилок. Термін «дефініція» походить з латинської мови і в законотворчій діяльності використовується зі значенням: стисле визначення будь-якого поняття, яке відображає найістотніші ознаки предмета чи явища².

Слід враховувати, і ту обставину що досконалість дефініцій допоможе:

- а) нормуванню нашого розуміння юридичного тексту;
- б) удосконаленню техніко-юридичного інструментарію без якого неможливо удосконалити правореалізаційні форми.

Спробуємо зараз довести, що розв'язання проблеми законодавчих дефініцій на науковому та прикладному рівнях є не лише передумовою створення впорядкованої узгодженої системи законодавства, але й сприяє підвищенню якості і ефективності нормативно-правової бази в цілому.

Крім того, слід також зважити й на те, що дефініція може визначатися як поняття залежно і від тої класифікації, яка пропонується в тому чи іншому дослідженні. Так, зокрема, найбільш уживаний поділ це: а) дефініції доктринальні (наукові); б) дефініції легальні (законодавчі); в) дефініції, що виникли в юридичній практиці.

Важливість сприйняття дефініцій проілюструємо наступним: у юридичній літературі серед форм народного волевиявлення запропоновано: народовладдя, народний суверенітет, суверенітет народу, безпосередня демократія, народне представництво, право народу на належне урядування. Щодо народовладдя, то під ним розуміють належність усієї суспільної влади, в тому числі державної, народові³. Суверенітет народу – визначають як засноване на природному праві повновладдя народу, яке полягає в його повноваженні приймати, змінювати і відмінити свою Конституцію⁴. Безпосередньою демократією вважають безпосереднє волевиявлення народу⁵. Народне представництво, з точки зору юридичної науки, це система влади народу, яка здійснюється через виборних представників. Ще один термін – право народу на належне урядування, тобто процес прийняття рішень та процес, яким це рішення впроваджується (імплементується) або не впроваджується (не імплементується)⁶. Слід

вказати, втім, що в юридичній науці сама категорія «народне волевиявлення» не є достойменно визначеною. Тому всі попередньо наведені дефініції можуть суттєво відрізнитися навіть, визначаючи однойменні явища чи категорії. В такий спосіб можемо констатувати, що розбіжність дефініцій, їх невизначеність, партикуляризм в означеній сфері можна буде подолати, якщо забезпечити сьогодні відповідну термінологію. Без цього якісне «оволодіння» і використання нормативного матеріалу неможливе.

Ще один аспект проблеми – інформаційне джерело, що обирається для вивчення необхідного нормативного матеріалу. Безумовно, юридичний продукт, запропонований соціальними мережами повинен мати статус офіційного (наприклад, сайти Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України, міністерств тощо), що слугуватиме гарантією якості під час процесу освоєння (ознайомлення) з юридичними матеріалами в інформаційному просторі.

Після вивчення, усвідомлення нормативного матеріалу іманентно необхідним виступає процес «у форматі добре ознайомлений» або «ознайомлений на достатньому рівні» щодо здійснення, використання, дотримання та застосування норм права.

Сучасне українське суспільство характеризується багатьма різними протиріччями, серед яких спостерігається прийняття значної кількості нормативно-правових актів, і, в той же час розповсюдження тотального правового нігілізму. Причому прийняті закони відверто ігноруються, порушуються, не виконуються, їх не поважають і не поцінують.

Одним з відправних моментів тут виступає зневажливе, високомірне, скептичне сприйняття права, оцінка його не як базової, фундаментальної ідеї, а як другорядного явища в загальній шкалі людських цінностей, що, у свою чергу, характеризує міру цивілізованості суспільства, стан його духу, світогляду, соціальних почуттів, звичок.

Стійка недовіра у високе призначення, потенціал, універсальність, можливості і, навіть, необхідність права – такий морально-психологічний генезис цього феномену.

Нескладно припустити, що однією з першопричин цього явища є недостатній рівень оволодіння правовою матерією. Слід також вра-

ховувати, що сьогодні вкрай важливий не «мінімум» правових знань, а «максимум», не «абетка», а «енциклопедія» права. Можливо тоді сприйняття права буде якраз визначатися тим, що право – це «фортеця», «захисник», «оберіг» від чиновницької сваволі, це провідник «у простір свободи, безпеки і правосуддя»⁷, це індикатор дотримання і забезпечення прав і свобод людини, це показник досягнутого рівня гендерної рівності, а головне – ідеалів верховенства права в суспільстві.

В таких спосіб обізнаність в праві – це засвоєння людиною різнобічних правових знань з метою їх використання в усіх сферах життєдіяльності задля найбільш повної реалізації прав, свобод і законних інтересів.

Цей процес окреслений такими завданнями:

- 1) формування та розвиток правових знань особи у сфері державного управління;
- 2) виховання поваги до права як соціальної цінності та до принципів правозаконності;
- 3) вироблення потреб та навичок активного захисту своїх прав, свобод та законних інтересів у встановленому законом порядку.

Реалізація вищезазначених цілей та завдань дозволить сформулювати належний рівень обізнаності в праві.

Успішними умовами формування цього процесу слід вважати:

- створення і діяльність громадських організацій (можливо на базі великих юридичних центрів), що приймають участь у різних правових та соціальних проектах;
- проведення семінарів, що забезпечують профільне розширення і поглиблення уяви про право як особливого соціального інституту, феномен правової культури, її принципів, особливостей регулювання різних форм суспільних відносин, особливо в політичній та економічній сферах для широкого загалу.

Чому цю місію не взяти на себе юридичним коледжам, інститутам, факультетам в рамках і форматах визначених державою? Принаймні, це підвищило б їх суспільну корисність і необхідність. Як приклад, це стає вкрай необхідним при запровадженні у правову тканину нових інститутів таких, як, скажімо, безоплатна правова допомога, захист прав учасників АТО та членів їх сімей, реформи освітнього процесу, новели пенітенціарної системи тощо.

Обізнаність в праві передбачає можливість транслювати правову культуру, акумулювати правовий досвід і механізм правової діяльності, сприяти подоланню правового нігілізму, правового песимізму, вирішенню конфліктів у суспільстві. Таким чином вказана робота спрямована на розвиток самої людини, її правової свідомості і правової культури. Правознавці-вчені та представники юридичної практики наголошують, що правова обізнаність є важливим комплексним компонентом механізму правової соціалізації особи, як процесу засвоєння, сприйняття і реалізації суб'єктами правових цінностей суспільства, ідей, переживань, почуттів і емоцій людей, а також правових оцінок, норм і моделей поведінки. При цьому суспільство і сама правова практика визначають правові соціалізації. Саме обізнаність в праві здатна спрямувати цей процес в цілеспрямоване позитивне русло. Таким чином, вивчення питань правової соціалізації безпосередньо пов'язано з явищем «обізнаність в праві» в певному суспільстві, середовищі, де здійснюються (відбуваються) ці процеси.

Цікавим, мало вивченим і надзвичайно важливим з огляду на сучасні політико-правові процеси в Україні, стають питання, пов'язані з правовою активністю громадян. Не є секретом, що під час переломних процесів в право-державотворенні значно зростає соціальна взагалі, і правова активність зокрема.

Практична складова феномену «обізнаність в праві» прямо пов'язана з вивченням феномена правової активності членів громадянського суспільства під час трансформаційних демократичних зрушень. Зокрема, оцінка співвідносності правової активності та юридично значущої поведінки, вивчення ролі народної правосвідомості як джерела права, розгляд формування правового світогляду особистості наділеної соціальною свободою тощо. Все це так чи інакше має або повинно мати своїм підґрунтям належний рівень обізнаності в праві або певний рівень правової поінформованості.

Безсумнівно, що правова активність є передумовою, засадою демократичної розбудови держави. Зрозуміло, що будь-яка правова активність громадян спрямована саме на результат, на виникнення відповідних правовідносин, регулювання відповідних суспільних відносин, розробку актів правотворчості, створення необхідних структурних ланок або скасування деяких в існуючому механізмі

держави, з метою забезпечення права народу на належне урядування в умовах суспільного прогресу.

Отже однією з важливих прикмет реформування і оновлення правової системи можна вважати серед інших і процеси, що спрямовуються по удосконаленню «обізнаності в праві» кожної людини.

1. *Великий* тлумачний словник сучасної укр. мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. Київ; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. С. 804. 2. *Куньч З.Й.* Універсальний словник української мови. Тернопіль: Навчальна книга – Богдан, 2005. С. 213. 3. *Конституційне* право України // За ред. В.Ф. Погорілка. Київ: Наукова думка. С. 286. 4. *Фрицький О.Ф.* Конституційне право України: підручник. Київ: Юрінком Інтер, 2004. С. 201. 5. *Скрипнюк О.В.* Курс сучасного конституційного права України: академічне видання. Харків: Право, 2009. С. 246. 6. *Концепція* удосконалення інституту юридичної відповідальності держави перед громадянським суспільством та особою в Україні. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2014. С. 94. 7. *Конституційні* акти Європейського Союзу (в редакції Лісабонського договору) пер. Геннадія Друзенка та Світлани Друзенко, за заг. ред. Геннадія Друзенка. Київ: «К.І.С.», 2010. С. 35.

Onishchenko Natalij. Legal awareness: some definition approaches

In the article the category of "awareness with law" had been proposed; in its structure two elements are analyzed, covering the study, acquaintance with relevant legal material and "mastering" it to protect the rights, freedoms and legitimate interests of people. Also conditions related to the awareness with law implementation, in particular the quality and accessibility of legislation, information knowledge and others are investigated. A separate attention is paid to the civil society members legal activity and their awareness with law interconnectedness.

Awareness with law is a human assimilation of diverse legal knowledge to be used in all areas of life activities with the aim of the full rights, freedoms and legal interests implementation. This process is outlined with the tasks of: the formation and development of people legal knowledge of public administration; respect for law as social value and the rule of law principle; needs and skills development for the active protection of the rights, freedoms and legitimate interests in accordance with the law.

Awareness with law allows the possibility to broadcast legal culture, accumulate the legal experience and mechanism for legal activities, assist to overcome legal nihilism, legal pessimism, settlement of conflicts in society. Thus the study aimed at the development of a person, his/her legal consciousness and legal culture.

The phenomenon of "awareness with law" practical element is directly related to the study of the legal activity phenomenon of civil society members in the democratic transformation shifts. In particular, the assessment of legal activity and legally significant behavior correlation, studying the role of people's legal identity as a source of law, formation of legal outlook of a person endowed with a social

freedom consideration and so on. All these somehow has or should have as its basis a proper awareness with law or a certain acquaintance with law.

Key words: law, awareness with law, legal education, popular legal education, legal activity, legal knowledge.

УДК 340.132

А. В. СКОРОБОГАТОВ

ПРАВОПРИМЕНЕНИЕ В КОНТЕКСТЕ ПРАВОВОЙ РЕАЛЬНОСТИ

Исследована категория правоприменения, выявлено ее место в функционировании и развитии правовой реальности. На основе постклассической методологии сделан вывод, что правоприменение выступает как средство государственно-правового влияния на общественные отношения, способ осуществления взаимосвязи между различными структурными, темпоральными и пространственными компонентами правовой реальности. Правоприменение не только оказывает непосредственное влияние на конструирование нужной государству правовой реальности, но и сглаживает противоречия между юридической нормой и правовым поведением, способствуя гармонизации правовой реальности.

Ключевые слова: правоприменение, правореализация, правовая реальность, профессиональное правосознание, вторичная правовая социализация.

Скоробогатов А. В. Правозастосування в контексті правової реальності

Досліджено категорію правозастосування, виявлено її місце у функціонуванні і розвитку правової реальності. На основі посткласичної методології зроблено висновок, що правозастосування виступає як засіб державно-правового впливу на громадські стосунки, спосіб здійснення взаємозв'язку між різними структурними, темпоральними і просторовими компонентами правової реальності. Правозастосування не лише робить безпосередній вплив на конструювання потрібної державі правової реальності, але і згладжує суперечності між юридичною нормою і правовою поведінкою, сприяючи гармонізації правової реальності.

Ключові слова: правозастосування, правореалізація, правова реальність, професійна правосвідомість, вторинна правова соціалізація.

© СКОРОБОГАТОВ Андрей Васильевич – доктор исторических наук, доцент, профессор кафедры теории государства и права и публично-правовых дисциплин Казанского Инновационного университета им. В.Г. Тимирязева

Skorobogatov Andrey. Legal enforcement in the context of law reality

Article is devoted to a research of category of legal enforcement, identification of her place in functioning and development of law reality. On the basis of post-classical methodology it is concluded that legal enforcement acts as means of state and legal influence on the public relations, a way of implementation of interrelation between various structural, temporal and space components of law reality. Legal enforcement not only has direct impact on designing of law reality which is favorable and pleasing to the state, but also smoothes contradictions between legal norm and law behavior, promoting harmonization of law reality.

Key words: *legal enforcement, legal realization, law reality, professional law-awareness, secondary law socialization.*

Правовая реальность обозначает особый относительно автономный мир права, многоуровневую систему правовых феноменов, определяющих процесс социального взаимодействия между индивидом, социальной группой (реальной и номинальной) и обществом, с одной стороны, и государством, с другой, в определенном пространственно-временном континууме. Будучи полиструктурным образованием, правовая реальность включает в себя несколько элементов: правотворчество, правореализация (включая правоприменение), правовое поведение и правопонимание¹. Правоприменение в этой структуре занимает особое место.

Традиционно правоприменение рассматривается как управленческая, государственно-властная, организующая деятельность компетентных субъектов права с целью реализации юридических норм и оказать влияние на правовое поведение субъекта путем принятия индивидуально-конкретизированных предписаний. Устанавливая права и обязанности индивида в конкретной правовой ситуации, правоприменение предусматривает формирование установки на совершение субъектом действий, выгодных и угодных государству. Однако правоприменением предусматривается не только осуществление субъектом полномочий, предоставленных государством, путем принятия индивидуальных предписаний, но и подведение конкретного жизненного случая под общую юридическую норму (выступающую эталоном правомерного поведения) и решение на ее основе реальной правовой ситуации, т.е. выступает связующим звеном между правотворчеством (как уровнем правовой реальности, основанным на нормативном регулировании), и правореализацией (как уровнем правовой реальности, основанным на индивидуальном

регулюванні). Іменно завдяки застосуванню позитивного (державно встановлене право) здатно впливати на правове поведінку індивіда, поряд з соціальним і індивідуальним правом. В останньому випадку застосування можна розглядати як специфічний варіант соціального правового досвіду.

Велику роль в процесі застосування грає професійне правосвідомість виконавців його функцій. При цьому ми виходимо з того, що правосвідомість складається з двох взаємопов'язаних компонентів: правового свідомості (сукупність правових знань, уявлень і оціночних суджень індивіда по відношенню до правових явищ, що відбуваються на різних рівнях правової реальності) і правової ментальності (історично сформована, специфічна, найбільш типовою і стійкою для певного суспільства або місцевої громади система світоглядних уявлень про право і правову реальність, оцінки і реакції на минулі, поточні і майбутні правові відносини)². В процесі застосування правової ментальності буде представляти собою правові знання, цінності і установки номінальної професійної групи, а правове свідомість сукупність знань, уявлень і ціннісних суджень індивіда в відповідності з ціннісними установками реальної професійної групи.

Формування професійного правосвідомості застосувачів здійснюється в процесі вторинної правової соціалізації, тобто в процесі оволодіння індивідом правових норм, принципів і цінностей певної соціальної групи (реальної і номінальної), що дозволяє йому стати актором правової реальності³.

В ході вторинної правової соціалізації індивід ідентифікує себе як члена номінальної соціальної групи (професійного суспільства, наприклад, судового), так і реальної групи застосувачів (наприклад, складу суду). В процесі правової адаптації індивід пристосовується до зовнішніх умов існування, розвитку і функціонування обраного професійного суспільства шляхом сприйняття вербальних і невербальних символів діяльності, формування установок на виконання дій, відповідних нормам, цінностям і установкам даної

ного сообщества. Интериоризация в этом случае будет представлять собой не только усвоение процессуальных и процедурных правил, но и воспроизводство их на практике не столько в контексте нормы, сколько с учетом максимального соответствия своих поступков действиям реальной группы. Это достигается благодаря правовой аккумуляции, в процессе которой индивид воспринимает правовые ценности профессионального сообщества⁴.

Результатом вторичной правовой социализации является идентификация индивида с определенным профессиональным юридическим сообществом (реальной и номинальной профессиональной группой). Поскольку этот процесс носит активный характер и обусловлен стремлением индивида не к формальной, а к реальной правовой аккумуляции, происходит его когнитивная корреляция со знаниями, ценностями и установками реальной профессиональной группы, а через нее с номинальным профессиональным сообществом. Благодаря этому, профессиональная деятельность индивида становится органичным продолжением его правосознания, что способствует тождеству правомерного и правового поведения субъекта. В этом процессе большое место занимает корреляция интерпретации юридической нормы и справедливости и их органичное сочетание в профессиональной деятельности как процессуально (в процессе вынесения решения), так и материально (в тексте сформулированного решения).

Справедливость в правоприменении характеризуется тремя чертами: ситуативность, нормативная обусловленность и субъективная обусловленность⁵. Ситуативность проявляется в том, что справедливость в правоприменительной деятельности устанавливается через анализ конкретной правовой ситуации, по поводу которой применяется юридическая норма. Нормативная обусловленность заключается в том, что законодатель определяет нормативное пространство для поиска справедливого решения по делу на основании юридической нормы. Субъективная обусловленность связана с тем, что на формулировку справедливого правоприменительного решения влияет не только его корреляция с юридической нормой, но и совесть правоприменителя, лежащая в основе свободы усмотрения.

Алгоритм вынесения правоприменительного решения⁶ выглядит следующим образом.

На стадії установлення фактичних обставин справи (юридически значимого факта) правоприменитель установлює обставини, які мають юридическе значення для справи, а також обставини, не мають такого значення, але впливають на рішення справи по суті, т.е. пов'язані з ситуативним аспектом юридического факта.

Стадія установлення юридическої норми, підлящій примененню, найбільш отчетливо відображає нормативну умовленість справедливості правоприменення, пов'язану з техніко-юридическою характеристикою даної норми.

В найбільшій ступені суб'єктивна умовленість справедливості проявляється на стадії винесення правоприменительного рішення. Професіональне юридическе правосвідомість орієнтує правоприменителя на необхідність багатоаспектної оцінки фактів і доказів по певній справі і прийняття рішення з урахування соціальних правових цінностей, в т.ч. і не закріплених в юридическій нормі⁷.

Виходячи з цього, мету правоприменення можна визначити як реалізацію юридических норм шляхом прийняття індивідуально-конкретизованих предписань, направлених на гармонізацію правової реальності. Іменно в процесі правоприменення в найбільшій ступені проявляється не тільки юридическа ефективність норм позитивного (державно установленого) права, але і соціальна, їх кореляція з правовими цінностями. В разі їх невідповідності правоприменитель, керуючись своєю совістю і почуттям справедливості здатний скорректировать таку ситуацію⁸.

Правоприменення, як управлінська по характеру діяльність, поряд з правотворчеством є одним з засобів державно-правового впливу на суспільні відносини з метою їх регулювання і установлення єдності або гармонізації всіх рівнів правової реальності. Осуществлення його виключно суб'єктами, наділеними властними повноваженнями і в межах їх повноважень, закріплених нормативно⁹, свідчить про державно-владний характер правоприменення. Іменно це обумовлює виключну роль правоприменення в формуванні вигідної і зручної державі правової реальності.

Будучи организационной деятельностью уполномоченных субъектов, правоприменение нацелено на развитие отношений между субъектами права в нормативно установленных пределах. Оно призвано оказывать влияние на правовое поведение индивида не только в конфликтных ситуациях, но и трансформировать правовое поведение в правомерное в случае их несогласованности.

В последнем случае правоприменение предусматривает принятие конкретизированных и индивидуализированных властных предписаний, которые определяют субъективные права и обязанности адресатов предписаний, и обеспечивают их фактическую реализацию адресатами. Таким образом достигается индивидуализация, персонификация юридических норм¹⁰ и обеспечивается их влияние на формирование и функционирование правовой реальности.

Поскольку правоприменение осуществляется на основе действующего законодательства и в его пределах, в том числе и в случаях применения юридической нормы по аналогии, оно имеет подзаконный (поднормативный) характер.

Однако правоприменитель при этом не связан юридической нормой, имея свободу усмотрения. Возможность усмотрения в процессе правоприменения представляет собой субъектно детерминированный и осуществляемый на основании его внутреннего убеждения выбор оптимального правоприменительного решения по конкретному юридическому делу, направленный на защиту прав и законных интересов личности, общества и государства, достижение социальной и юридической эффективности позитивного права и осуществляемый в пределах, установленных законом.

Возможность усмотрения при принятии решения способствует присутствию в правоприменении не только юридического, но и правового начала. Благодаря этому, в процессе правоприменения существует возможность интерпретации юридической нормы применительно к конкретной ситуации, что дает возможность преодолеть возможный конфликт между позитивным правом и правовой жизнью.

Будучи государственно-властной формой реализации юридических норм правоприменение осуществляется в установленной законодательством процессуальной форме, представляя собой не одноразовый акт, а процесс, состоящий из последовательных стадий.

Правоприменение имеет специфичную связь с правотворчеством. Органы правотворчества закладывают в правовую реальность общую программу правового поведения (правила, нормы, эталоны) с целью трансформировать это поведение в правомерное, в то время как органы правоприменения призваны обеспечить приведение в жизнь этой программы, конкретизировав нормативные эталоны применительно к конкретным обстоятельствам с целью оценки их правомерности. Исходя из этого можно заключить, что правотворчество (нормативный уровень правового регулирования) и правоприменение (индивидуальный уровень правового регулирования) соотносятся как возможность и действительность.

Однако правоприменение связано не только с властной деятельностью государственных органов, но и призвано разрешать правовые конфликты между иными субъектами права. Оно оказывает влияние не только на публичную, но и на частную сферу, которая связана не только с уровнем правореализации, но и правового поведения. Именно благодаря правоприменению различия между правореализацией и правовым поведением могут быть минимизированы настолько, что станут несущественными, т.е. произойдет максимальная гармонизация всех уровней правовой реальности.

Анализируя правоприменение как одну из форм реализации права, необходимо отметить, что оно отличается от других форм тем, что основано на императивном методе, предоставляя субъекту лишь один вариант правильного поведения, выгодного и удобного государству. Лишь этот вариант правового поведения будет правомерным. Любое отклонение от заданного эталона будет восприниматься как правонарушение. Однако вопрос о неправомерности действий индивида решается не априори, а именно в правоприменительной деятельности.

В этом смысле правоприменение связывает юридическую норму с реализацией права и правовым поведением. Правоприменение предусматривает обязательное участие компетентных органов, наделенных властной компетенцией. Последнее и обеспечивает в этих случаях воплощение в жизнь требований юридических норм. Государство с помощью правоприменения организует, упорядочивает общественные отношения. Выступая от имени государства, компетентный орган принимает решение по делу на основе юриди-

ческой нормы, но с учетом особенностей фактических обстоятельств дела. Поведение субъектов, реализующих юридическую норму, опосредствуется путем определения государственным органом конкретных прав и обязанностей этих субъектов в рамках применяемой нормы.

Таким образом, правоприменение занимает особое место в структуре правовой реальности. Его следует рассматривать не только как вид правореализации, связанный с властной реализацией юридических норм и принципов, но и как средство государственно-правового влияния на общественные отношения, способ осуществления взаимосвязи между различными структурными, темпоральными и пространственными компонентами правовой реальности. Правоприменение является единственным средством реализации государственного принуждения в процессе правового регулирования и призвано не только оказывать непосредственное влияние на конструирование выгодной и угодной государству правовой реальности, но и сглаживать коллизии между содержанием и реализацией юридической нормы и правовым поведением, тем самым способствуя гармонизации правовой реальности.

1. *Скоробогатов А.В., Краснов А.В.* Правовая реальность России: философско-правовой анализ // Российский журнал правовых исследований. 2015. № 1(2). С. 79-85. 2. *Краснов А.В., Скоробогатов А.В.* Роль правосознания в развитии правовой реальности // Балтийский гуманитарный журнал. 2015. № 2(11). С. 18-21. 3. *Гуляихин Н.Н.* Вторичная правовая социализация человека // Право и политика. 2011. № 9 (141). С. 1583-1590. 4. *Белик М.А., Рябцев Г.В.* Правовая социализация и правовая инкультурация личности // Ученые записки Российского государственного социального университета. 2011. № 4. С. 94-99. 5. *Павлов В.И., Воропаев Д.А.* Реализация справедливости в правоприменительной деятельности: теоретико-правовые основания и методологические особенности // Проблемы управления. Минск, 2016. № 1. С. 146-150. 6. *Воропаев Д.А.* Усмотрение и справедливость правоприменительного решения в деятельности органов внутренних дел (теоретико-правовой аспект): автореф. ... канд. юрид. наук. Минск, 2016. С. 6-7. 7. *Глубоченко С.М.* Аксиологічні основи світогляду суб'єктів судової правозастосовчої діяльності // Вісник Вищої ради юстиції. 2011. № 2 (6). С. 34-41. 8. *Сунегін С.О.* Система координат «особа – громадянське суспільство – держава»: у пошуках концепції ефективної взаємодії // Держава і право: Збірник наукових праць. Серія Юридичні науки. Вип. 68 / Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2015. С. 43-61. 9. *Барандич С.* Правозастосування в су-

часному вимірі юридичної науки // Науковий часопис Національної академії прокуратури України. 2014. № 4. С. 1-7. 10. *Александров Н.Г.* Применение норм советского социалистического права. Москва: Госюриздат, 1958. С. 14.

Skorobogatov Andrey. Legal enforcement in the context of law reality

Law reality is the multilevel system of the legal phenomena. It includes legal-making, legal realization, law behavior and law understanding. Legal enforcement is the form of legal realization.

Legal enforcement is administrative, state-imperious, organizing activity of competent legal subjects for the realization of legal norms. It has influence on legal behavior of subject by the acceptance of the individual concretized instructions.

Aim of the legal enforcement is the realization of legal norms by the acceptance of the individual concretized instructions, which are sent to harmonization of law reality.

The legal enforcement is the means of state and legal influence on public relations with the purpose of their adjusting and establishment of unity or harmonization of all levels of law reality.

The legal enforcement is called to have influence on legal behavior of individual and transform its to legitimate. It foresees the acceptance of the specified and individualized imperious binding overs. These binding overs determine maintenance and realization of equitable law and duties of recipients.

The legal enforcement has subnormative character. It comes true in the judicial form set by a legislation.

The legal enforcement is correlated with legal-making as possibility and reality. Legal and social efficiency of norms of positive law, their correlation with legal values show up in the process of the legal enforcement.

A major role in the process of the legal enforcement is played by professional sense of justice of carrying out its persons. Forming of professional sense of justice of the legal enforcement official is carried out in the process of secondary legal socialization. During secondary legal socialization an individual identifies itself with certain task force (nominal and real).

The legal enforcement official possesses freedom of discretion. Possibility of discretion assists the being in legal enforcement of not only legal but also law beginning. There is possibility of interpretation of legal norm in the process of the legal enforcement as it applies to a concrete situation. It makes possible to overcome a possible conflict between a positive right and legal life.

A legal-enforcement decision darts out on the basis of legal norm and social justice of this group. Justice in legal enforcement is characterized by three lines: situationality, normative conditionality and subjective conditionality.

The legal enforcement is means of state and legal influence on public relations, method of realization of intercommunication between the different structural, temporal and space components of law reality. It is the only means of realization of state compulsion in the process of the legal adjusting. It is called to have direct influence on constructing of advantageous and pleasing to the state legal reality and smooth out

collisions between maintenance and realization of legal norm and legal behavior. It assists harmonization of legal reality.

Key words: legal enforcement, legal realization, law reality, professional law-awareness, secondary law socialization.

УДК 341.231.14

Б. В. ОСТРОВСЬКА

ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВА НА ЖИТТЯ У БІОЕТИЧНИХ ПИТАННЯХ

Досліджуються біоетичні питання, що стосуються права на життя у справах Європейського суду з прав людини. Висвітлюється актуальна проблема правового статусу ембріонів (при штучному заплідненні, проведенні на них досліджень, штучному перериванні вагітності) та евтаназії. Робиться висновок про необхідність розширеного тлумачення норми щодо права на життя з урахуванням поєднання наукової (юридичної, біологічної) та морально-етичної (філософської, релігійної) позицій щодо життя людини для вироблення універсальних міжнародних стандартів без будь-яких дискримінаційних ознак, а також формування нової концепції стосовно цінності життя людини від моменту її зародження і до біологічної смерті з урахуванням даних природничих наук.

Ключові слова: право на життя, Конвенція, Європейський суд з прав людини, ембріон людини, евтаназія, біоетика.

Островская Б. В. Практика Европейского суда по правам человека по защите права на жизнь в биоэтических вопросах

Исследуются биоэтические вопросы, касающиеся права на жизнь по делам Европейского суда по правам человека. Освещается актуальная проблема правового статуса эмбрионов (при искусственном оплодотворении, проведении на них исследований, искусственном прерывании беременности) и эвтаназии. Делается вывод о необходимости расширенного толкования нормы о праве на жизнь на основании сочетания научной (юридической, биологической) и морально-этической (философской, религиозной) позиций относительно жизни человека для выработки универсальных международных стандартов без каких-либо дискриминационных признаков, а также формирование новой концепции о ценности жизни человека

© **ОСТРОВСЬКА Богдана Василівна** – кандидат юридичних наук, доцент кафедри права Київського національного лінгвістичного університету

с момента ее зарождения и до биологической смерти с учетом данных естественных наук.

Ключевые слова: право на жизнь, Конвенция, Европейский суд по правам человека, эмбрион человека, этаназия, биоэтика.

Ostrowska Bohdana. The practice of European court of human rights on protecting the rights to life in bioethical issues

The right to life is defined by Art. 2 of the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (1950). In the context of this article The European Court of Human Rights considers bioethical issues concerning artificial insemination, surrogacy, embryos right to life, conducting researches on them, problem of abortion and euthanasia. The most common is the question on relationship between the right to life and the right to privacy, with the implementation of reproductive rights etc.

Cases on the right to life and bioethical aspects that the European Court received can be divided into the cases related to the legal status of the embryo (fetus) and cases of euthanasia.

Key words: right to life, the Convention, the European Court of Human Rights, human embryo, euthanasia, bioethics.

Захист права на життя є імперативом світової міжнародно-правової політики держав. Основною із форм захисту цього права є судовий захист, потреба у якому обумовлюється розвитком соціально-демографічної, економічної та політичної криз, а також загостренням на їх ґрунті протиріч у суспільстві. Після вичерпання всіх національних засобів юридичного захисту захист прав людини в рамках Ради Європи (у порядку подачі індивідуальних заяв) переходить на міжнародний судовий рівень до Європейського суду з прав людини (далі – Європейський суд). У своїх рішеннях він керується нормами Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод¹ (04.11.1950) (далі – Конвенція), у результаті чого вони стають важливими актами міжнародного правосуддя, обов'язковими для країн-членів Ради Європи (у тому числі – для України²), які підпадають під його юрисдикцію у зв'язку з ратифікацією Конвенції.

Сучасна міжнародна судова практика стосується принципово важливих аспектів права на життя, а саме початку та закінчення життя людини. Європейський суд як авторитетний орган міжнародного судочинства відіграє важливу роль у сучасному тлумаченні права на життя з огляду на фундаментальність цього права. Часто судові рішення за рахунок тлумачення розширює зміст правової

норми Конвенції та стає важливим джерелом права при прийнятті подальших рішень з аналогічних справ. Однак на основі тлумачення норм Конвенції щодо різних аспектів права людини на життя виникають протиріччя між національними правовими системами держав-учасниць Конвенції, що призводить до суперечностей у сфері застосування міжнародного (зокрема, європейського) права, а також здійснення міжнародного правосуддя.

А з огляду на те, що рішення Європейського суду є джерелом міжнародного права для судової практики та розвитку національних правових систем, це зумовлює необхідність визначення єдиної позиції Європейського суду щодо важливих біоетичних питань, які відносяться до захисту права на життя.

Право на життя визначається ст. 2 Конвенції. Її зміст зводиться до правової охорони цього права законом та заборони умисного незаконного позбавлення життя людини (ч. 1 ст. 2), тобто стосується насамперед обов'язку держави захищати право людини на життя (державний захист), а також чітко окреслюється перелік обставин (виключно необхідного застосування сили), що виключають відповідальність за порушення цієї статті (ч. 2 ст. 2). Згідно ст. 2 на державу покладаються два види зобов'язань. По-перше, позитивне зобов'язання щодо охорони законом права кожного на життя, а по-друге, негативне зобов'язання щодо заборони умисного незаконного позбавлення життя.

У контексті цієї статті Європейський суд розглядає біоетичні питання щодо штучного запліднення, сурогатного материнства, права ембріонів на життя, проведення на них досліджень, проблеми штучного переривання вагітності та евтаназії. Найбільш поширеними є питання співвідношення права на життя з правом на недоторканість приватного життя («правом на приватність»), з реалізацією репродуктивних прав людини («свободою репродуктивного вибору») тощо³.

Загалом справи, що надходили до Європейського суду щодо права на життя з біоетичними аспектами можна поділити на ті, що стосуються правового статусу ембріону (зародку, плоду) людини та справи про евтаназію.

До першої категорії відносяться справи, пов'язані із зародженням (штучним заплідненням) та припиненням життя (штучним перериванням вагітності) на пренатальній стадії розвитку людини.

Перед Європейським судом у процесі прийняття рішення піднімається питання, чи захищається життя людини на пренатальній стадії її розвитку ст. 2 Конвенції. Право на життя ембріонів важко тлумачити крізь зміст цієї статті. Загалом питання визначення початку життя людини у практиці Європейського суду породжує численні правові колізії у зв'язку із різницею правової охорони життя людини на пренатальній стадії її розвитку в різних країнах, від чого залежить легалізація штучного переривання вагітності на різних строках вагітності та можливості маніпуляцій над ембріонами.

Також існує етико-проблема визнання права ембріона на життя при застосуванні різних методів запліднення (*in vitro*, *in utero*), що зводиться до закріплення його правового статусу як людини (у тому числі, до моменту його імплантації). Але різниця у статусі цих ембріонів є штучною, оскільки при умовах вдалої імплантації ембріона, заплідненого *in vitro*, він отримує рівні можливості для свого подальшого розвитку *in utero*. Тобто людина незалежно від методу запліднення однаково залишається людиною, яка проходить усі фази внутрішньоутробного розвитку до моменту свого народження. Отже питання чи має ембріон право на життя має вирішуватися не у судовому порядку.

Заявники, що скаржилися до Європейського суду, посилаючись на ст. 8 Конвенції, стверджували, що відбувається порушення їх права на повагу до приватного життя, передбаченого міжнародно-правовою нормою. Зокрема, що: «1. Кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя ... 2. Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб»⁴.

Наведемо деякі справи у практиці Європейського суду (в хронологічному порядку), що стосуються цінності життя ембріона як при здійсненні штучного переривання вагітності, так і при застосуванні різних методів допоміжних репродуктивних технологій (далі - ДРТ) в контексті права на життя в розумінні Конвенції.

У справі *Vo v. France*⁵ (8.07.2004) заявниця (в'єтнамка Thi-Nho Vo, яка проживала у Франції), будучи вагітною звернулася у лікарню

для огляду і була помилково прийняла за іншу пацієнтку з аналогічним прізвищем. У результаті лікарської помилки їй були проведені процедури, після яких вагітність заявниці не могла тривати за медичними показниками, а тому дитину строком 20-21 тиждень не змогли врятувати.

Касаційний суд Франції відмовився визнати плід *in utero* людською істотою, яка б користувалася захистом кримінального права згідно французького законодавства. Однак заявниця стверджувала, що відсутність правового захисту дитини на пренатальній стадії її розвитку з боку держави є порушенням ст. 2 Конвенції.

Європейський суд встановив, що «ні бажано, ні навіть можливо при існуючому стані справ відповісти на абстрактне питання – чи підпадає ненароджена дитина під дію статті 2 Конвенції». Натомість у своєму висновку він вказав, що «за обставин цієї справи життя зародка було безпосередньо пов'язане з життям матері та могло бути захищене нею, особливо враховуючи відсутність конфлікту прав матері та батька, так само як прав ненародженої дитини та її батьків, тоді як втрата зародка була викликана ненавмисною недбалістю з боку третіх осіб». У підсумку Європейський суд постановив про відсутність порушення ст. 2.

Водночас Європейським судом було зазначено, що хоча на європейському рівні не існує єдиної думки щодо статусу ембріона та/або плоду, однак він визнав, що ембріон/плід належить до людського роду («the human race»).

У справі *Evans v. the United Kingdom*⁶ (7.03.2006) заявниця (піддана Великобританії Natallie Evans) скаржилася на відмову у імплантації генетично споріднених їй ембріонів після розриву стосунків з її партнером (при відсутності його згоди на проведення запліднення), а також на подальше знищення ембріонів, що на її думку становило порушення права на життя (ст. 2) стосовно ембріона, а також права на повагу до приватного та сімейного життя (ст. 8) і заборона дискримінації (ст. 14) стосовно неї самої. Натомість Європейський суд виніс рішення, у якому постановив про відсутність порушень вищезазначених статей.

У цьому контексті цікавим є аргумент Європейського суду щодо відсутності порушення права на життя: «Суд нагадав, що питання про те, коли виникає право на життя у людської істоти, входить до сфери оцінювання держави. Відповідно до законодавства Сполуче-

ного Королівства ембріон не має незалежних прав чи інтересів і не може претендувати – як і від його імені ніхто не може претендувати – на те, аби мати право на життя згідно зі ст. 2 Конвенції. Отже Суд вважає, що порушення ст. 2 не було».

У справі *A, B AND C v. Ireland Judgment*⁷ (16.12.2010) Європейським судом розглядалося питання, що стосується обмеження на здійснення штучного переривання вагітності у Ірландії у контексті ст. 8 Конвенції (як порушення окремих аспектів права на повагу до приватного життя).

Загалом у Ірландії існує заборона на здійснення штучного переривання вагітності з мотивів здоров'я або достатку «на підставі глибоко вкорінених моральних цінностей ірландського народу». У ірландському праві встановлено кримінальну заборону штучного переривання вагітності згідно зі ст. 58, 59 Закону від 1861 р. про злочини проти особистості; 8 поправкою ст. 40.3.3 Конституції, що була внесена за результатами референдуму 1983 р., за якою визнається право на життя ще ненародженої дитини з належним врахуванням рівного права на життя матері дитини; 13-14 поправками до Конституції за результатами референдуму 1992 р., якими скасовувалася заборона виїжджати з Ірландії для здійснення легального штучного переривання вагітності за кордоном та дозволялося розповсюдження про це інформації.

Перша та друга заявниці зверталися до Європейського суду у зв'язку із неможливістю перервати вагітність з мотивів здоров'я та/чи достатку з огляду на втручання у їх право на повагу до приватного життя в сенсі ст. 8 Конвенції, яка включає також право на особисту самостійність та на фізичну і психологічну недоторканість. Однак у висновку Європейський суд констатував відсутність порушення відносно першої та другої заявниць. Третя заявниця скаржилася на державу за відсутність процедури, яка б дозволила їй встановити, чи підпадає вона під умови для легального здійснення штучного переривання вагітності у Ірландії, враховуючи ризик від неможливості отримання лікування її хвороби на рак під час вагітності, що становить загрозу для її життя.

Отже Європейський суд встановив наявність порушення вищезгаданої ст. 8, оскільки державні органи не дотримали свого позитивного зобов'язання по забезпеченню щодо заявниці ефективної поваги до її приватного життя не ухваливши таке законодавство, за

яким би запроваджувалася доступна процедура для з'ясувати можливості чи неможливості для неї робити штучне переривання вагітності в Ірландії у зв'язку із ризиком для її життя⁸. Також Європейський суд наголосив на необхідності надання державам оціночного простору в питанні вибору способу забезпечення рівноваги між захистом ще ненародженої дитини та захистом конкуруючих прав вагітної жінки.

У справі *Parillo v. Italy*⁹ (27.08.2015) заявниці (громадянка Італії Adelina Parrillo) скориставшись ДРТ у результаті запліднення *in vitro* отримала п'ять ембріонів, які у подальшому були заморожені шляхом кріоконсервування. Однак партнер заявниці помер ще до моменту імплантації ембріонів, а тому вона вирішила віддати їх для наукових досліджень, які спрямовані на боротьбу з невиліковними хворобами. Водночас директор медичного центру відмовив їй у проханні тому, що проведення таких досліджень у Італії заборонено під загрозою кримінального покарання у вигляді ув'язнення, строком від двох до шести років та штрафом від 50000 до 150000 євро та позбавленням права на медичну практику на 1-3 роки (згідно зі ст. 13 Закону № 40 від 19.02.2004 р., яка прямо визначає, що «1. Будь-які експерименти на людському ембріоні забороняються.». При цьому законом визначається однаковий захист права на життя ембріона, незалежно від того, чи вони зачаті природним шляхом, чи за допомогою ДРТ – *in vitro*).

Це, на думку заявниці, призвело до порушення її права на повагу до приватного життя та права на мирне володіння власним майном, визначених ст. 8 Конвенції та ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції, а також на порушення свободи вираження поглядів відповідно до ст. 10 Конвенції. Натомість Європейський суд зазначив, що бажання заявниці пожертвувати ембріони не стосується її батьківства та не є одним із основних прав, що підпадають під ст. 8 Конвенції, а також, що ембріони людини не можна розглядати в контексті поняття власність. У результаті було ухвалено судове рішення про відсутність порушення ст. 8 державою на національному рівні по відношенню до заявниці.

Щодо проблеми евтаназії найбільш вираженою є позиція Європейського суду по справі *Pretty v. The United Kingdom* (29.04.2002)¹⁰. Заявниця (піддана Великобританії Diane Pretty), страждаючи невиліковним захворюванням, звернулася до Директора публічних пе-

реслідувань «з проханням дати зобов'язання не піддавати її чоловіка судовому переслідуванню у випадку, якщо останній надасть їй допомогу в здійсненні самогубства». Своє бажання вона відстоювала у судовому порядку на національному рівні. До Європейського суду вона звернулася з заявою, у якій зазначала про численні порушення державою її прав, зокрема права на життя (ст. 2), заборони катування (ст. 3), права на свободу думки і переконань (ст. 8) та захисту від дискримінації (ст. 14).

Аргументуючи посилання на ст. 2 Конвенції заявниця стверджувала, що положення статті також «захищає право померти, щоб уникнути нестерпних страждань та приниження». Проте Європейський суд виніс рішення, де зазначив, що «Суд не схильний вважати, що «право на життя», гарантоване статтею 2 Конвенції, може бути інтерпретовано у негативній формі ... При тлумаченні статті 2 Конвенції не можливо, якщо не перекручувати її текст, прийти до висновку, що вона наділяє людину діаметрально протилежним правом — правом на смерть; так само як воно не може створити право на самовизначення у сенсі надання особі права на вибір смерті замість життя».

Однією із нещодавніх справ щодо евтаназії є справа *Lambert and others v. France* (5.06.2015)¹¹, що стосувалася оскарження постанови Державної Ради Франції про визнання законним рішення лікаря перервати штучне живлення і гідратацію відносно громадянина Vincent Lambert. Сутність розгляду справи Європейським судом зводилася до відповіді на питання, чи можна вважати умисним позбавленням життя (в контексті ст. 2 Конвенції) законодавчо закріплений дозвіл держави на припинення або незастосування лікування, що штучно підтримує життя особи, яка перебуває у стані повної залежності (тобто фактичне визнання права на пасивну евтаназію через медичне утримання від дій або асистування самогубству).

У рішенні Європейський суд вказав на те, що дана справа не стосується негативних зобов'язань держави (умисного позбавлення життя) у розумінні ст. 2, а її розгляд спиратиметься виключно на позитивні зобов'язання держави (охорони життя усіх, хто підпадає під її юрисдикцію). А тому у цьому сенсі він констатував відсутність порушення ст. 2.

Підводячи підсумок практики Європейського суду з біоетичних питань можна констатувати відсутність спільних висновків судових рішень на основі відмінностей національного законодавства різних

країн, що регулює ці питання. Тому права людини, зокрема право на життя, можуть бути порушені *de facto*, однак *de jure* у розумінні положень Конвенції – можуть бути визнані як такі, що не порушені. Такий правовий казус виник у зв'язку із впливом на права людини досягнень сучасного наукового прогресу, який був відсутній на момент прийняття Конвенції.

Щодо неоднозначності рішень Європейського суду слід наголосити, що на даний час, навіть на регіональному (європейському) рівні, не можна однозначно вирішити складні біоетичні справи шляхом єдиного «європейського консенсусу». Оскільки навіть спільний географічний фактор не є передумовою уніфікації національного законодавства різних країн з їх власною правовою культурою та традиціями.

Правова норма Конвенції щодо права на життя не охоплює того реального змісту, яким наповнюється поняття життя з урахуванням сучасних досягнень науки (біології, медицини) та техніки. Вона має бути розширена за рахунок тлумачення (судового, експертного) вищезазначеної норми, а також потребує поєднання наукової (юридичної, біологічної) та морально-етичної (філософської, релігійної) позицій щодо життя людини для вироблення універсальних міжнародних стандартів без будь-яких дискримінаційних ознак (незалежно від політико-правової системи країни, рівня її економічного розвитку, расової, національної чи іншої приналежності її громадян). Таке розширене тлумачення Конвенції є необхідним, оскільки її порушення є єдиною правовою підставою звернення до Європейського суду.

Отже досліджуючи практику Європейського суду слід зазначити, що складні біоетичні питання щодо захисту права на життя потребують комплексного підходу до їх об'єктивного розв'язання для вироблення не лише спільної позиції Європейського суду при винесенні індивідуальних рішень, але і для формування нової концепції стосовно цінності життя людини від моменту її зародження і до біологічної смерті з урахуванням даних природничих наук¹².

1. *The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* // The official Website of the European Court of Human Rights. URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf. – Дата доступу: 24.02.2017. 2. *Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини*: Закон України від 23.02.2006 № 3477-IV // Офіційний Веб-

портал Верховної Ради України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/ru/3477-15>. – Дата доступу: 24.02.2017. **3.** *Ostrowska B. V.* Bioethical aspects of ratio between reproductive rights of a human being and his right to life in the process of using assisted reproductive technologies // "Evropský politický a právní diskurz". 2017. Svazek 4. 1. vydání. S.83-90. **4.** *The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* // The official Website of the European Court of Human Rights. URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf. – Дата доступу: 24.02.2017. **5.** *Case Vo v. France* // The official Website of the European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61887>. – Дата доступу: 24.02.2017. **6.** *Case of Evans v. the United Kingdom* // The official Website of the European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80046>. – Дата доступу: 24.02.2017. **7.** *Case of A, B and C v. Ireland* // The official Website of the European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102332>. Дата доступу: 24.02.2017. **8.** *Reports of Judgments and Decisions of European Court of Human Rights. Volume 2010-VI.* Wolf Legal Publishers. 2013. P. 185-283. // The official Website of the European Court of Human Rights. URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2010-VI.pdf. Дата доступу: 24.02.2017. **9.** *Case of Parillo v. Italy* // The official Website of the European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-157263>. Дата доступу: 24.02.2017. **10.** *Case of Pretty v. The United Kingdom* // The official Website of the European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60448>. Дата доступу: 24.02.2017. **11.** *Case of Lambert and others v. France* // The official Website of the European Court of Human Rights. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155352>. Дата доступу: 24.02.2017. **12.** *Островська Б.* Право людини на життя від моменту її зародження в контексті права та моралі // Філософські та методологічні проблеми права: наук. журн. / [редкол.: В. В. Черней (голова) та ін.]. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2016. № 2 (12). С. 141-150.

***Ostrowska Bohdana.* The practice of European court of human rights on protecting the rights to life in bioethical issues**

The right to life is defined by Art. 2 of the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (1950). In the context of this article The European Court of Human Rights considers bioethical issues concerning artificial insemination, surrogacy, embryos right to life, conducting researches on them, problem of abortion and euthanasia. The most common is the question on relationship between the right to life and the right to privacy, with the implementation of reproductive rights etc.

Cases on the right to life and bioethical aspects that the European Court received can be divided into the cases related to the legal status of the embryo (fetus) and cases of euthanasia.

The first category includes cases related to birth (artificial insemination) and termination of life (induced abortion) at the prenatal stage of human development. As an example, the case *A, B and C v. Ireland Judgment, Parillo v. Italy, Vo v. France, Evans*

v. the United Kingdom are considered. The cases *Pretty v. The United Kingdom* and *Lambert and others v. France* are considered to express the position of the European Court on the problem of euthanasia.

Summing up we can confirm that there aren't common justification judgments on the practice of European Court on bioethical issues because of differences in national legislation in different countries that regulate these issues. Thus human rights, including the right to life can be affected by de facto, but de jure within the meaning of the Convention - they can be considered as being not affected. This legal casus arose because of the effect on human rights achievements of modern scientific progress that did not exist at the time of the Convention adoption.

Legal rule of the Convention on the right to life does not include the actual content which fills the concept of life based on the modern achievements in science (biology, medicine) and technology. It should be expanded by interpretation (legal, expert) of aforementioned norm and requires the combination of scientific (legal, biological) and moral-ethical (philosophical, religious) positions on human life for the development of universal international standards without any discrimination. This improvement on the Convention is necessary as the violation of its norms is the only legal ground to appeal to the European Court.

Thus, there is a need in formation of a new concept of the value of human life from the moment of its inception and to biological death based on the scientific data for developing the common position of the European Court on bioethical issues.

Key words: right to life, the Convention, the European Court of Human Rights, human embryo, euthanasia, bioethics.

УДК 340.136

К. О. ДЕЙНЕКА

СУТНІСТЬ КОДИФІКАЦІЇ В ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ УКРАЇНИ

Розглядається питання сутності кодифікації в правовій системі України. На основі проведеного аналізу пропонується авторське визначення поняття «кодифікації», а також істотні умови даного поняття. Доведено, що кодифікація є найбільш ефективною формою систематизації нормативних актів, за допомогою якої долаються суперечності між правовими нормами, скасовуються застарілі норми і створюються нові. Зроблено висновок про те, що кодифікація забезпечує цілісність та системність у врегулюванні якісно однорідних суспільних відносин.

Ключові слова: сутність кодифікації, систематизація, правова система, проблеми, колізії законодавства.

© **ДЕЙНЕКА Крістіна Олександрівна** – аспірант відділу теорії держави і права Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

Дейнека К. А. Сущность кодификации в правовой системе Украины

Рассматривается вопрос сущности кодификации в правовой системе Украины. На основе проведенного анализа предлагается авторское определение понятия «кодификации», а также существенные условия данного понятия. Доказано, что кодификация является наиболее эффективной формой систематизации нормативных актов, с помощью которой преодолеваются противоречия между правовыми нормами, отменяются устаревшие нормы и создаются новые. Сделан вывод о том, что кодификация обеспечивает целостность и системность в урегулировании качественно однородных общественных отношений.

Ключевые слова: сущность кодификации, систематизация, правовая система, проблемы, коллизии законодательства.

Deineka Kristina. The essence of codification in the legal system of Ukraine

The issue of the essence of codification of the legal system of Ukraine is considered. Based on the analysis the author proposes a definition of "codification" and the essential terms of the concept. Proved that codification is the most effective form of systematization of legislation by which overcome contradictions between legal norms, repealed obsolete regulations and created new ones. It is concluded that the codification ensures the integrity and consistency in the settlement of similar quality public relations.

Key words: essence of codification, classification, legal system, problems and conflicts of law.

Суспільні відносини є настільки багатоманітними та динамічними за своєю природою, що законодавство не завжди встигає їх врегульовувати на достатньому рівні. Правотворча діяльність законодавчого органу направлена на постійне реформування законодавства України з тією метою, щоб останнє відповідало рівню розвитку суспільних відносин. Разом з тим, спонтанні та фрагментарні зміни законодавства обумовлюють неузгодженості між положеннями, колізії та прогалини. Багато законодавчих актів характеризуються повтореннями або ж, навпаки, відсутністю чіткості в правовому регулюванні. Останнє закономірно обумовлює потребу систематизувати законодавчу базу, зробити її організованою та зручною для застосування на практиці.

Не можна не погодитись з Н.М. Оніщенко, яка акцентувала увагу, що актуальність дослідження процесів систематизації в умовах сьогодення обумовлюється триваючим процесом кодифікації нового українського законодавства і незавершеністю його теоретичного осмислення. На сьогоднішній день робота з упоряд-

кування законів і нормативно-правових актів є слабкою та недостатньо ефективною. Це пояснюється тим, що правотворча практика носить неузгоджений, нестабільний і характер. Внаслідок цього інколи виникає своєрідне відчуття безперспективності в проведенні систематизаційних заходів. Протиприродність такого стану виявилася в тому, що в умовах росту законодавчої активності різко знизився організаційно-технічний рівень систематизації правових положень. Тому є зрозумілою роль юридичної науки в дослідженні зазначених процесів та виробленні необхідних рекомендацій¹.

Доречним також буде додати тезу В.М. Баранова про те, що кодифікація значно відрізняється від усіх видів систематизації і являє собою абсолютно особливу змістовну форму упорядкування нормативного матеріалу, отже виводить даний вид діяльності за межі систематизації². Кодифікація є найбільш досконалою формою систематизації, оскільки її результатом є перегляд та впорядкування законодавства на рівні Верховної Ради України. Основною цінністю даної форми систематизації є те, що вона передбачає не просто перегляд законодавства, а його зміну з метою повного та ефективного врегулювання однорідної сфери суспільних відносин.

Питання сутності кодифікації в правовій системі України досліджували такі відомі вчені, як Т.М. Барабаш, В.М. Баранов, Є.А. Гетьман, Л.М. Горбунова, О.В. Зайчук, О.Л. Копиленко, М.П. Недюха, Н.М. Оніщенко, Н.М. Пархоменко, Є.В. Погорелов, В.А. Рибаків, О.Я. Рогач, Л.А. Савченко, О.М. Чашин, А.Ф. Шебанов, В.С. Шилінгов, О.І. Ющик та інші.

Незважаючи на наявність в правовій доктрині великої кількості досліджень, на жаль не можна говорити про єдність наукових поглядів хоча б з принципових положень щодо сутності кодифікації в правовій системі України. Тривала дискусія вчених та юристів-практиків, яка триває і до нині, свідчить про складність та багатофакторність кодифікації.

Проаналізуємо основні наукові підходи до розуміння сутності кодифікації та спробуємо окреслити ключові проблеми.

С.С. Алексєєв акцентує увагу на тому, що кодифікацію слід розглядати в якості першочергового, ключового фактору розвитку права як системи, оскільки при кодифікації не тільки впорядковується діюче право і в нього вносяться необхідні зміни, але і формується

узгоджена гармонічна його система³. Як справедливо відзначає видатний радянський теоретик права А.Ф. Шебанов, саме кодифікація є найбільш досконалою формою систематизації нормативних актів, яка ставить за мету систематичне викладення всього накопиченого нормативного матеріалу у певній галузі права⁴. Дійсно, із даними твердженнями важко посперечатись, однак на даний момент в умовах українського правового простору кодифікацію не варто розглядати як спосіб систематизації галузі права, оскільки кодифікації, у більшій чи меншій мірі, можуть бути піддані і піддаються не тільки галузі права, а і, зокрема, інститути права (наприклад, інститут адміністративної відповідальності оформлено у Кодексі України про адміністративні правопорушення). З іншої сторони, кодифікації можуть бути піддані і міжгалузеві утворення системи права, наприклад, правове регулювання юридичної відповідальності може віднайти своє втілення у формі кодифікованого акту.

Правовою метою кодифікації, як вдало зазначає О.Я. Рогач, є впорядкування нормативної основи права, забезпечення найбільш доцільного процесу реалізації права, поліпшення структури кодифікаційних актів, удосконалення їх мови, логіки, стилю⁵.

В.А. Рибаків, узагальнивши існуючі підходи до розуміння кодифікації, зазначає, що це правове явище має принаймні два значення:

1) кодифікація – це результат переробки деякого нормативного масиву і зведення його в окремий документ (кодекс, основи, устав і т.п.);

2) кодифікація – це процес даної переробки, що передбачає осмислення ситуації, що склалась, вироблення концепції обробки і зведення нормативного матеріалу у вигляді відміни, доповнень чи прийняття нового нормативного акту⁶.

О.М. Чашин, в свою чергу, всі доктринальні підходи щодо розуміння сутності кодифікації поділяє на три групи:

1) кодифікація – це вид правотворчості, за якого забезпечується єдине, погоджене та впорядковане нормативне регулювання даного виду відносин і тим самим досягається системний розвиток нормативного матеріалу;

2) кодифікацію можна визначити як особливий вид систематизації законодавства, який представляє собою вираження норм права,

що містяться у нормативних правових актах, які систематизуються, в одному новому кодифікованому акті, з прийняттям якого втрачають законну силу усі ці акти;

3) кодифікація – найбільш складна і досконала форма систематизації, яка представляє собою діяльність, спрямовану на докорінну (зовнішню та внутрішню) переробку діючого законодавства шляхом підготовки та прийняття нового кодифікованого акту⁷.

А.П. Альбов та С.В. Ніколюкін пропонують визначати поняття «кодифікація», як такий правотворчий вид впорядкування нормативно-правових актів, при якому на основі цих актів, на їх розвиток або навіть заміну створюється якісно новий зведений акт з юридичними нормами, які цілісно і максимально повно регулюють ті чи інші групи (сфери) суспільних відносин на єдиних началах. Вона суттєво відрізняється від усіх інших форм систематизації нормативно-правових актів як по змісту і методами здійснення, так і по значенню для розвитку права⁸. Даний підхід можна назвати універсальним, оскільки він передбачає загальноновизнані в правовій науці уявлення про кодифікацію.

Є.В. Погорелов визначає кодифікаційну діяльність як зумовлений потребами суспільного розвитку та системністю права, здійснюваний на основі певних принципів правотворчий процес по переробці змісту і форми групи чинних нормативно-правових приписів, їх узгодження та об'єднання в єдиному кодифікованому акті з метою удосконалення законодавства⁹.

Із вище зазначеного слідує, що кодифікація завжди має ознаку офіційності проведення. Не вбачається за справедливе твердження про те, що кодифікація проводиться державними органами. Ми вважаємо, що державний апарат безперечно відіграє центральну роль у процесі кодифікації, однак досить часто рутинну кодифікаційну роботу може бути доручено зовнішнім експертам, а не державним службовцям бюрократичної системи України. Однак, дійсно неможливо провести та завершити кодифікацію без участі держави. Але разом із тим, кодифікаційна діяльність передбачає певний алгоритм свого проведення. Масив норм, що вже існує, виявляється, тобто виявляються джерела, що містять нормативні приписи, проводиться ревізія нормативного матеріалу, відбувається попереднє групування норм, формується структура нормативного акту, знаходяться дуб-

лювання та суперечності у регулюванні, зайве відсіюється, колізії вирішуються, прогалини заповнюються, формуються нові інститути (за необхідності).

Є.А. Гетьман розглядає кодифікацію як форму систематизації, що здійснюється уповноваженими органами державної влади в процесі законотворчості і підзаконної нормотворчості, результатом чого стає прийняття нового, як за формою, так і за змістом кодифікаційного нормативно-правового акту (кодекс, основи законодавства, регламент, статут, правила та ін.)¹⁰. Схожий підхід має О.І. Ющик, який під кодифікацією законодавства розуміє таку форму його систематизації, яка передбачає системне упорядкування відповідних юридичних норм у рамках правових інститутів, закріплення галузевої структури законодавства та розвиток правових інститутів і галузей законодавства як органічних складових єдиної системи законодавства шляхом уніфікації положень чинних нормативних актів однакової юридичної сили і зведення їх до єдиного кодифікованого акту¹¹.

З огляду на викладене резюмує, що кодифікація є одним із видів нормотворчої діяльності. У процесі кодифікації відбувається цілеспрямоване впорядкування і вдосконалення законодавства держави за допомогою методу трансформації нормативного матеріалу і створення кардинально оновлених актів державної влади. Створення кодексів для будь-якої держави є завжди важливим етапом у розвитку її права, оскільки правова система суспільства отримує новий формат.

У процесі кодифікації відбувається докорінне перероблення чинних нормативних актів в певній сфері відносин. Законодавство очищується від застарілих положень, решта нормативного матеріалу якісно упорядковується та структурується, виявляються та нівелюються суперечності, додаються положення, що закривають прогалини, нормативний масив поповнюється законодавчими новелами, від чого виникає внутрішня узгодженість та компактність правового регулювання, створюється новий «логічний» нормативний акт. При цьому нормативно-правові акти, які стали базисом для проведення кодифікації, втрачають чинність у момент прийняття кодифікованого акту або, за наявності необхідності, пізніше.

Також варто додати, що систематизація і її продукти, як зазначає О.В. Зайчук, є суб'єктивним феноменом. Від волі упорядника багато в чому залежить, яким буде той чи інший звідний акт. Систематиза-

ція в кінцевому рахунку також обумовлена об'єктивно існуючою системою права (кодекси, наприклад, об'єднують юридичні норми однієї і тієї ж галузі права), змістом систематизованих правил поведінки, об'єктивною потребою в збірниках нормативних актів того чи іншого роду. Але за формою свого викладу вона завжди суб'єктивна¹². Останнє дає можливість нам стверджувати, що якість кодифікації залежить від конкретних осіб, які займаються розробкою кодексу. Кодифікаційна техніка є тим поняттям, яке виходить на перший план при будь-якій кодифікаційній діяльності.

Дослідивши доктринальні підходи до розуміння сутності кодифікації, Н.М. Оніщенко та Н.М. Пархоменко виокремили наступні сутнісні ознаки даного поняття: 1) ця діяльність має правовий характер, оскільки здійснюється тільки компетентними державними органами; 2) кінцевим результатом кодифікації є створення нового нормативно-правового акта, який за своїм змістом суттєво відрізняється від попередніх; 3) за своєю суттю кодифікаційний акт є зведеним актом, оскільки він охоплює норми, які раніше містилися в різних нормативно-правових актах, хоча регулювали однорідну сферу суспільних відносин; 4) кодифікаційний акт є основним серед актів, які діють у певній галузі суспільного життя; 5) нормативно-правові акти, що створюються в результаті кодифікації, розраховані на досить тривалий час регулювання суспільних відносин. Вони враховують можливі зміни в житті і здатні регулювати суспільні відносини, що виникатимуть у майбутньому^{13, 14}. Є. В. Погорєлов доповнює зазначений перелік ще двома ознаками (характерними особливостями), які полягають у тому, що кодифікація: 1) впорядковує не тільки форму законодавства, а його зміст; в процесі кодифікації скасовуються, змінюються, доповнюються чинні юридичні норми, встановлюються нові, в зв'язку з чим вона розглядається і як форма систематизації законодавства, і як вид правотворчості (законотворчості); 2) усуває дефекти законодавства: заповнює прогалини в праві, усуває дублювання юридичних норм, протиріччя між ними, зменшує кількість нормативних актів з одного і того ж питання¹⁵.

З огляду на вище викладене приходимо до висновку, що кодифікація має щонайменше два розуміння: діяльність із переробки нормативного матеріалу у новий нормативний акт та результат даної

переробки – кодифікований нормативний акт. Кодифікація як діяльність має цілеспрямований характер. Досить поширеним в правовій доктрині є позиція того, що метою кодифікації є створення кодифікованого нормативного акту. Однак, на нашу думку, не завжди доцільно у процесі кодифікації прив'язуватись до її результату. Ставлячи за мету створення кодексу, законотворець може стати і, зазвичай, стає заручником намічених цілей – у процесі кодифікації створюється кодекс, а не якісне законодавство. Так, дійсно створення кодексу не завжди означає покращення правового регулювання. Тому, варто відзначити, що метою кодифікації повинно бути не створення кодексу, як такого, а необхідно передбачати ціллію покращення законодавства, впорядкування правових відносин у державі, забезпечення найбільш доцільного процесу реалізації права і, якщо у процесі кодифікації чи посткодифікації виявиться, що кращим способом врегулювання є відмова від створення кодексу, то необхідно прямувати саме до цього.

З даного приводу О.Л. Копиленко та Л.М. Горбунова пишуть про те, що низький якісний рівень, нестабільний характер окремих кодексів, їх ігнорування при прийнятті нових законів не в останню чергу зумовлюються тим, що при ухваленні кодексу недостатньою мірою оцінюється необхідність та актуальність прийняття даного кодексу. На жаль, сьогодні поширено спрощене розуміння кодифікації законодавства, як механічного скупчення певного масиву правових норм. Однак необхідність кодифікації потрібно пов'язувати передусім із наявністю достатніх передумов для її здійснення, тобто за наявності значної кількості законодавчих актів, якими не досить послідовно, суперечливо врегульована певна сфера суспільних відносин, а також за умови вироблення системного цілісного підходу до правового регулювання даної сфери відносин, повної ревізії чинного законодавства¹⁶.

Цілком погоджуємось із тезою про те, що не існує жодного успішного кодексу без соціальної потреби в ньому. Іншими словами, кодекс повинен виходити не тільки і не стільки «зверху», скільки «знизу». На перший план виходить функціональний критерій кодифікації, оскільки правозастосовнику байдужі наукові амбіції розробників кодексу і навіть назва останнього. Правозастосовнику потрібна правова визначеність, тобто можливість без зайвих зусиль

і неймовірних затрат часу знайти всі необхідні для застосування у конкретному випадку правові норми¹⁷.

Таким чином, перед тим як здійснювати кодифікацію потрібно визначити провести глибокий аналіз наявного правового регулювання і з'ясувати, чи є необхідність у відповідній кодифікаційній діяльності. Після встановлення необхідності потрібно визначитись із «дорожньою картою реформ», тобто конкретним алгоритмом досягнення поставлених завдань. Ключовим в кодифікаційній діяльності, на наш погляд, є не просто зведення великої кількості нормативних актів в один загальний, а внутрішнє узгодження нормативних актів з метою практичності у застосуванні. Кодифікаційна діяльність повинна супроводжуватись залученням широкого кола науковців та юристів-практиків. Публічні обговорення та громадська думка повинні стати ефективним інструментом для доопрацювання пропонуваного проекту кодексу.

Кодифікація, зазвичай, є досить наукоємною. Складний науковий характер кодифікаційних робіт пояснює, чому розробка і прийняття найважливіших кодифікованих актів у деяких країнах займає до 20-30 років. Так, для прикладу, розробку Цивільного кодексу Австрії 1786 року було розпочато у 1753 році. З цією метою імперський уряд створив низку комісій: Компіляційну комісію; Ревізійну комісію як інстанція з перевірки; Законотворчу комісію, утворену після ліквідації компіляційної комісії¹⁸. Однак, навіть, після прийняття даного кодифікованого акту кодифікаційні роботи не було припинено. Серед кодифікованих актів сучасної України привертає увагу Цивільний кодекс України, розробка якого тривала 12 років.

Доречним буде також додати висновок О.В. Зайчука, що негативною особливістю кодексів нового покоління є низький рівень законодавчої техніки їх складання, прийняття та введення в дію. З метою підвищення якості чинного законодавства потрібно посилити контроль за дотриманням розробниками кодексів вимог юридичної техніки, зокрема, передбачений нею мовно-лінгвістичний підхід до законопроектної діяльності. Актуальність цього питання пояснюється тим, що поняття та терміни, які використовуються, у своїй сукупності становлять необхідний понятійний апарат національного законодавства і є відповідною точкою для формування всього законодавчого масиву¹⁹.

Важливою ознакою кодифікації є наявність значного масиву норм писаного права, сконцентрованих у розрізних фізично відокремлених джерелах. Тобто для кодифікації притаманною є переробка вже існуючого нормативного матеріалу. Разом з тим не можемо погодитись із О.І. Ющиком з приводу того, що кодифікації підлягають нормативно-правові акти однакової юридичної сили²⁰, оскільки кодифікації підпадають нормативні приписи незалежно від джерела походження. Ця теза породжена баченням того, що не завжди якісне регулювання встановлюється законом; досить часто відбувається навпаки – підзаконне регулювання більш точно відповідає потребам суспільства у впорядкуванні суспільних відносин. Тому на підготовчому (пошуковому) етапі кодифікації не варто нехтувати приписами підзаконних актів чи актів правозастосування.

Періодичність кодифікації залежить від впливу факторів суспільної потреби у проведенні кодифікації та наявності політичної волі для проведення кодифікації. Необхідність періодичного перегляду пояснюється постійним розвитком законодавчого та підзаконного регулювання без єдиної мети даного розвитку, тобто здебільшого хаотично під впливом політичних груп тиску. Наслідком цього є нагромадження значного нормативного масиву неузгоджених, а іноді протидіючих норм, які викликають стрес та загальне невдоволення у суспільства. Як наслідок суспільство за наявності сил для впливу на владу сприяє проведенню кодифікації. Однак влада не обмежена бажаннями суспільства та може за наявності політичної волі провести кодифікацію самостійно. Прикладом проведення подібної кодифікації в Україні є проведення кодифікації податкового законодавства України.

Під поняттям «кодифікація» пропонуємо розуміти форму систематизації законодавства, яка полягає в упорядкуванні нормативно-правової бази, що регламентує певну сферу суспільних відносин, шляхом цілеспрямованого впливу на неупорядковану або недостатньо упорядковану та взаємодіючу сукупність нормативно-правових актів і правових норм, з метою скасування, зміни, доповнення чинних юридичних норм та встановлення нових, усунення дефектів законодавства (заповнення прогалин в праві, усунення дублювання юридичних норм, протиріч між ними, зменшення кількості нормативних актів з одного і того ж питання), що полягає у докорінній

(зовнішній та внутрішній) переробці діючого законодавства шляхом підготовки та прийняття єдиного, стійкого, логічно цілісного та системного нормативного акта, який у результаті заміщує суттєву частину нормативно-правової регламентації у межах певної галузі права та реалізує галезеутворюючу функцію, і здійснюється під егідою держави та носить офіційний характер.

Кодифікація є найбільш ефективною формою систематизації нормативних актів, за допомогою якої долаються суперечності між правовими нормами, скасовуються застарілі норми і створюються нові. Кодифікація забезпечує цілісність та системність у врегулюванні якісно однорідних суспільних відносин. Кодифікаційна діяльність не обмежується виключно узагальненням діючого правового регулювання, але і передбачає прийняття нових норм з метою заміни застарілих або з метою подолання прогалин. Таким чином, кодифікація за своєю сутністю є формою вдосконалення законодавства, результатом якого є зведений законодавчий акт стабільного характеру.

1. Оніщенко Н.М. Систематизація законодавства в контексті сучасної юридичної науки // Актуальні питання кодифікації законодавства України / за ред. В.О. Зайчука. Вип. 1. Київ, 2009. С. 20. **2. Бабаєв В.К.** Теория государства и права: учеб. пособ. Москва, 2003. С. 352. **3. Алексеев С.С.** Советское право как система: методологические принципы исследования // Советское государство и право. 1974. № 1. С.15. **4. Шмелева Г.Г.** Конкретизация правовых норм в правовом регулировании. Львов: Изд-во при Львовском гос. Ун-те изд. Объед. «Выща школа», 1988. С. 37. **5. Рогач О.Я.** Кодифікаційні акти в системі законодавства України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук; Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Київ, 2013. С.10. **6. Рыбаков В. А.** Премственность в праве и кодификация права // Журнал российского права. 2007. № 7. С. 44. **7. Чернобель Г.Т.** Теоретические основы упорядочения юридической терминологии // Проблемы совершенствования советского законодательства. 1983. Вып. 27. С. 41. **8. Теория государства и права / А.П. Альбов [и др.];** под общ. ред. А.П. Альбова, С.В. Николоукина. Москва, 2016. С.186. **9. Погорелов С.В.** Кодифікаційна діяльність в правовій системі України (загальнотеоретичний аспект): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Харків: НАВС України, 2000. С.44. **10. Гетьман Є.А.** Кодифікація законодавства України: поняття, особливості, види: дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2003. С.183. **11. Ющик О.І.** Теоретичні основи законодавчого процесу: монографія. Київ: Парламентське видавництво, 2004. С.81-82. **12. Копиленко О.Л., Горбунова Л.М.** Кодифікація законодавства України на сучасному етапі державотворення // Актуальні питання кодифікації законодавства України / за ред. В.О. Зайчука. Вип. 1. Київ, 2009. С.15. **13. Оніщенко Н. М.** Кодифікація та ін-

корпорація як методи систематизації законодавства // *Правова держава: Щорічник наукових праць*, 1997. Вип. 8. С. 85–86. **14.** *Пархоменко Н. М.* Кодифікація законодавства України: історія, стан та перспективи // *Проблеми вдосконалення та кодифікації законодавства України на сучасному етапі: матеріали всеукраїнської наукової конференції молодих учених (Київ, 11 квітня 2012 р.)*. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2012. С. 13-14. **15.** *Погорелов С.В.* Цит. праця. С. 48. **16.** *Копиленко О.Л., Горбунова Л.М.* Цит. праця. С.10. **17.** *Шилінгов В.С.* Кодифікація – пріоритетний напрямок удосконалення механізму нормативно-правового регулювання освітньої діяльності в Україні // *Актуальні питання кодифікації законодавства України / за ред. В.О. Зайчука*. Вип. 1. Київ, 2009. С.10. **18.** *Braunader W.* Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811. *Gutenberg-Jahrbuch*, 1987. P. 208. **19.** *Зайчук О.В.* До питання про деякі види систематизації сучасного законодавства // *Актуальні питання кодифікації законодавства України / За ред. В.О. Зайчука*. Вип. 1. Київ, 2009. С. 11. **20.** *Ющик О.І.* Теоретичні основи законодавчого процесу: монографія. Київ: Парламентське видавництво, 2004. С. 82.

***Deineka Kristina.* The essence of codification in the legal system of Ukraine**

Public relations are so diverse and dynamic by its nature, that the law does not always regulate them at a sufficient level. Law-making body aimed at permanent law reform Ukraine with a view to meet the effective regulation to the level of public relations. However, spontaneous and fragmented legislation changes cause inconsistencies between regulations, conflicts and gaps. Many legislative acts characterizes by repetitions or the lack of clarity in the legal regulation. The latter naturally determines the need to codify legislative framework to make it organized and easy to apply in practice.

There are two types of codification: 1) vertical - one original act and its amendments are incorporated in a single new act; 2) horizontal - two or more original acts covering related subjects - and the amendments to them - are incorporated in a single new act. In the process of codification is conducting a radical rework of existing regulations in a certain field of relations. The legislation is clearing from outdated and contradictory provisions. The term codification means the creation of codes, which are compilations of written statutes, rules, and regulations that inform the public of acceptable and unacceptable behavior. Codification rearranges and displaces prior regulations. Codification of the separate legal field generally constitutes the whole source that is relied upon for a legal question in that area. Codification has at least two understanding: the activities of the regulatory material processing in the new regulation and the result of processing - codified regulation.

Before the codification legislative body should conduct deep analysis of existing regulation and determine whether there is a need in the relevant codification work. After establishing the need to figure a "roadmap of reforms", that is a spe-

cific algorithm for achieving the objectives. The key to codification activities, in our view, is not merely the construction of a large number of regulations into a single, and internal harmonization of regulations to practicality in application. Codification work must be accompanied by the involvement of a wide range of scholars and practitioners. Public discussion and public opinion should become an effective tool to finalize the proposed draft code.

Codification frequency depends on the influence of social need for the codification and political will for codification. The need for periodic review explains the constant development of legislative and regulatory regulation without a common goal of development is largely randomly influenced by political pressure groups. The result is accumulation of significant regulatory array of uncoordinated and sometimes opposing regulations that cause stress and general dissatisfaction in society. As a result, if society forces the government promotes the codification. But government is not limited to the wishes of society and may hold codification in their is political will. An example of such a codification in Ukraine is the codification of the tax legislation of Ukraine.

Codification is the most effective form of systematization of legislation by which overcome contradictions between legal norms repealed obsolete regulations and created new ones. Codification ensures the integrity and consistency in the settlement of similar quality public relations. Codification activity is not limited to a generalization of the current legal regulations, but also provides for the adoption of new rules to replace obsolete or to address the gaps. Thus, the codification in essence a form of improving legislation, resulting in a consolidated statute stable.

Key words: essence of codification, classification, legal system, problems and conflicts of law.

УДК 340.132

О. В. ХОМЕНКО

ПРАВОВІ ДЕФІНІЦІЇ: СУТНІСНІ ОЗНАКИ

Розглянуто «сутнісне наповнення» категорії «дефініція», її ознаки та характеристики. Окремий вектор розгляду присвячений відмінностям принципів права та дефініцій, дефініцій та правових аксіом. Крім того, автор підкреслює, що є істотні характеристики дефініцій та так звані інструментальні або технічні.

Ключові слова: право, правова дефініція, принципи права, правові аксіоми, норма права.

Хоменко А. В. Правовые дефиниции: сущностные признаки

Рассмотрено «сущностное наполнение» категории «дефиниция», ее признакам и характеристикам. Отдельный вектор рассмотрения посвященный отличиям принципов права и дефиниций, определений и правовых аксиом. Кроме того, автор подчеркивает, что имеются существенные характеристики дефиниций и так называемые инструментальные или технические.

Ключевые слова: право, правовая дефиниция, принципы права, правовые аксиомы, норма права.

Khomenko Oleksandr. Legal definitions and essential features

The article deals with the "essential content" category "definition", its attributes and characteristics. A separate dedicated vector consider differences of law principles and definitions, legal definitions and axioms. The author also stresses that there are significant characteristics and definitions so-called instrumental or technical.

Key words: law, legal definition, principles of law, the legal axioms.

Сучасне право є таким, що повинне реагувати на всі виклики нашого життя і при чому робити це вчасно. Однією з проблематик, яка обговорюється під час визнання ефективності, дієвості, конструктиву права пов'язана із семантичною вираженістю правових норм.

Ця вимога виникає ще за часів Стародавнього Риму. Безумовно ця проблема стосується дефініціарного насичення права, тобто, дефініцій, визначень, терміно-понять, правопізнавальних конструкцій¹. В даному обсязі спробуємо зосередити свою увагу саме на дефініціях. При тому, слід нагадати, що дефініції були ще в полі зору Арістотеля, ними опікувався Джон Локк, а Декарт взагалі вважав, що визначеність слів позбавить світ половини помилок. Отже, можна навести одне з найпростіших визначень дефініції, а саме: «це стисле визначення певного поняття, що відображає найістотніші сторони певного явища чи предмета»

Проте, слід також зважити на те, що дефініція може визначатися як поняття залежно і від тої класифікації, яка пропонується в тому чи іншому дослідженні. Так, зокрема, найбільш уживаний поділ це: а) дефініції доктринальні (наукові); б) дефініції нормативні, легальні (законодавчі); в) дефініції, що виникли в юридичній практиці.

Зрозуміло, що всі перераховані дефініції можна об'єднати в загальну групу правових дефініцій і визначити їх спільні ознаки :

1) Дефініція повинна враховувати істотні якісні ознаки, які імаєнтно властиві явищу або предмету, що визначається;

2) Мова, що використовується у дефініції повинна бути стислою, зрозумілою, не перевантаженою спеціальними термінами, запозиченими із інших наукових спрямувань. В історичній ретроспективі траплялися випадки, коли окремі нормативні акти (наприклад Цивільне Германське Уложення 1900 р.) одержували назву «каучукові» правила саме враховуючи дуже розтягнуті, багатосторінкові дефініції.

3) Крім того, слід враховувати і таку якість дефініцій, як її зв'язок з науковими теоріями, узагальненнями, концепціями, тобто дефініція це скоріше «витвір» правової теорії, ніж юридичної практики. Хоч ця точка зору може вважатися не беззаперечно, оскільки певні дефініції мають своїм підґрунтям саме юридичну практику, її наробки та напрацювання. Мова йде, скажімо, про поняття конституційної скарги, хоча її дефініційному опрацюванню передували доктринальні обговорення (П. Євграфов, М. Костицький, А. Селіванов тощо).

Проте все ж в ній більше узагальнень саме практичного гатунку (Ю. Бакулін, І. Спіденко тощо). Крім того, слід зазначити, що зв'язок між правовими дефініціями і юридичною наукою має двосторонній характер. Вчені і практики підкреслюють, що законодавче закріплення нової дефініції: «не тільки вносить певні корективи у правозастосовну практику, а й обов'язково тягне за собою появу цілого комплексу наукових досліджень, присвячених ролі і значущості даної дефініції».

Таким чином, деякі дефініції стають результатом і засобом оновлення теоретичної бази законодавства².

4) Ні в якому разі не слід ототожнювати правові дефініції з принципами права. Принципи права – керівні, основоположні начала. Принципи права беззаперечно приналежать до його основних механізмів. Принцип - це завжди вихідне начало, це - завжди ідея, а крім неї і норми, і соціальні відносини, оскільки принципи набувають нормативного і правозастосовного змісту.

Принципи розповсюджуються на багато сфер життєдіяльності людини. Вони реально перетворюються в дійсність мають певне ідеологічне і виховне значення. Погоджуючись з тим, що принципи права в даному викладі не є здобутком права однієї якої-небудь держави або ряду держав певного історичного періоду, слід зазначити, що вони

відтворенні всією історією права та всього правового розвитку, деякі з принципів сформовані ще в період формування римського права і здобули свого втілення та застосування в різних історичних умовах.

Втім, хотілося б висловити думку, що правове поле кожної країни в кожний історичний період включає в себе дві складові: одна - це загальні глибинні підвалини права, що відтворюють історію і втілюють правоприємство; інша складова - це особливості пов'язані із специфікою кожної країни. Поєднання цих двох складових надають індивідуальну, неповторну «картину» права різних країн. Слід визнати, що всі вони в демократичних суспільствах спираються на загальну основу правових принципів³.

Отже слід усвідомлювати, що в різних темпоральних рамках правові принципи можуть відігравати і відіграють доволі різну роль в правовому та державному розвитку.

Так в країнах із сталою демократією, стабільним правовим порядком домінує принцип верховенства права, який пронизує всю правову тканину, є головним засобом і метою суспільного розвитку.

Принцип верховенства права є одним з основних, основоположних принципів правової матерії, правової доктрини та правового життя. Він є визначальним при формуванні всіх інститутів держави і суспільства в цілому. В такому розумінні право виступає найвищою соціальною цінністю, найголовнішим суспільним орієнтиром. Саме на них має спиратися законодавець, закріплюючи загальнообов'язкові приписи, надаючи їм нормативного характеру.

Проте, при загостренні кризових явищ та їх проявів, девальвації ідеалів законності, корупції в органах державної влади та управління, дискримінації прав людини, на наш погляд, в системі правових принципів неминуче починає домінувати принцип верховенства закону (не в розумінні його диктатури, а скоріше в розумінні суверенітету закону).

В такий спосіб слід зазначити, що право, яке втілює принципи соціальної свободи, соціальної справедливості, демократизму, гуманізму, рівноправності, законності, принцип взаємної відповідальності особи і держави в залежності від багатьох внутрішніх та зовнішніх умов розвитку відповідної держави буде або менше, або більше регулювати відносини, відображені відповідними правовими принципами, а отже мати більшу або меншу «насиченість» ними⁴.

Що ж стосовно дефініцій – це не стільки сутність, «душа» певного явища чи предмета в сфері права, скільки окреслення його назви означення в цілому в Всесвіті інших понять та визначень правової матерії. Крім того, неможна ототожнювати дефініції та аксіоми, оскільки останні є істинами, які не потребують доведення, тобто їх істинність існує вочевидь.

Дефініція – це визначення предмета чи явища в певних вимірах часу, але це не означає, що дефініції не підлягають переосмисленню та зміні, появи нових рис, які мають бути обов'язково в них відображеними. Тобто дефініція в порівнянні з аксіомою це істинна певного етапу наукового досягнення в тій чи іншій науковій площині.

5) особливої уваги, на наш погляд, потребує призначення дефініції. Тобто її функціональна роль в правовому вжитку та розвитку правової матерії. Тобто «місія» правових дефініцій - чітко окреслювати відповідні поняття, а отже – бути орієнтирами поведінкового гатунку. Причому, слід зазначити, що дефініції займають відповідне місце в «регулюючому» чи «охоронному» процесах права. Тому правовим дефініціям в тій чи іншій мірі властиві «регулятивні» чи «охоронні» властивості як і власне нормам права взагалі. Отже певні дефініції виконують своєрідні функції визначення «напрямів» поведінки, яка бажана або, принаймні, дозволена правом.

Слід зазначити, що даний виклад в більшій мірі стосувався саме змістовних характеристик правових дефініцій. Крім того, існують так звані технічні або інструментальні їх характеристики. Зокрема, до таких може належати аналіз розміщення правових дефініцій в різних типах нормативно-правових актів. Слід зазначити, що фахівці в сфері юридичної техніки неодноразово звертали увагу на слабкий аналіз конкретних правил розташування дефініцій.

1. *Артикуца Н. В.* Мова права і юридична термінологія: навч. посіб. для студ. юрид. спец. вищих навч. закладів; Нац. ун-т «Києво-Могилянська академія», Центр інноваційних методик правичної освіти. Київ: Стислос, 2004. 277 с. 2. *Подорожна Т.* Законодавчі дефініції і поняття, структура, функції: монографія. Львів: ПАІС, 2009. С.11-60 та ін. 3. *Ковальський В. С.* Охоронна функція права: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2010. С. 9-20; 101-119. 4. *Онїщенко Н.М.* Сучасне праворозуміння у контексті витоків, постулатів, основних принципів та функціонального призначення права // Право України. 2010. №4. С.156-163.

ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 340.15

О. К. КАНЕНБЕРГ-САНДУЛ

ЕВОЛЮЦІЯ ПОЛІТИКИ РОСІЙСЬКОГО УРЯДУ СТОСОВНО НІМЕЦЬКИХ КОЛОНІСТІВ У XVIII – XIX СТ.: ЕТАПИ, ЗМІСТ, ПРАВОВЕ ОФОРМЛЕННЯ

Розглянута концепція зміни національної політики Російської імперії щодо правового статусу німецьких колоністів. Проаналізовані положення законів про переселенців, зроблено порівняльний аналіз прав та привілеїв німецьких колоністів у період XVIII – XIX ст. та визначені причини і наслідки трансформації державної політики щодо колоністів .

Ключові слова: *правове становище німецьких колоністів, права та привілеї німецьких колоністів, релігійна політика, меноніти.*

Каненберг-Сандул О. К. Эволюция политики российского правительства относительно немецких колонистов в XVIII– XIX ст.: этапы, содержание, правовое оформление

Рассмотрены изменения национальной политики Российской империи относительно правового статуса немецких колонистов. Проанализированы положения законов о переселенцах, сделан сравнительный анализ прав и привилегий немецких колонистов в период XVIII – XIX ст., а так же причины и последствия трансформации государственной политики в отношении колонистов.

© КАНЕНБЕРГ-САНДУЛ Оксана Костянтинівна – аспірантка кафедри історії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія»

Ключевые слова: правовое положение немецких колонистов, права и привелегии колонистов, религиозная политика, менониты.

Kanenberg-Sandul Oksana. The evolution of the Russian government politics towards German colonists during the XVIII - XIX century: stages, content, legal regulation

The article deals with the changes of the Russian Empire national policy on the legal status of German colonists during the XVIII - XIX century. As a result of analysis, the following conclusions were obtained. Legal provisions about immigrants are analysed, the comparative analysis of the rights and privileges of the German colonists during XVIII - XIX century and also the causes and consequences of the transformation of the state policy towards the colonists.

Key words: legal position of the German colonists, the rights and privileges of the colonists, religious policy, the Mennonites.

Національне питання тривалий час являлося ключовим у Російській імперії, і було тісно пов'язано з процесами внутріполітичного та зовнішньополітичного розвитку цієї держави. В цьому немає нічого дивного, адже сама імперія являла собою багатонаціональну країну до складу якої входили представники різних народів та етносів. Входження це не завжди відбувалося на добровільній основі, частина представників цих народностей проживали на землях, що входили до складу інших держав, між окремими народностями продовжували зберігатися тривалі, історично обумовлені, протиріччя. За таких умов, національне питання ставало для російської монархії одним з ключових факторів, що визначав характер і напрямок розвитку імперії Романових. В свою чергу, знаходячись в центрі уваги російського політикуму та суспільства, це питання досить часто ставало розмінною картою при проведенні реформ, вирішенні зовнішньополітичних проблем тощо. Яскравим прикладом цього стала еволюція державної політики по відношенню до німецьких колоністів, які проживали в Російській імперії, зокрема на Півдні України. Відповідно, завданням статі є окреслення основних етапів політики російського уряду стосовно німецьких колоністів та її законодавчого оформлення у XVIII – XIX ст.

Перший етап урядової політики стосовно німецьких колоністів може бути хронологічно окреслений у рамках XVIII - першої половини XIX ст. Це був т.зв. «медовий місяць» у відносинах між росій-

ською владою та переселенцями. Характерними рисами цього періоду стають:

А. Організаційні заходи з боку російської держави спрямовані на переселення до Росії вихідців з німецьких держав. Сюди слід віднести, перш за все, дипломатичні заходи спрямовані на отримання дозволів від урядів німецьких держав на організацію переселення великих груп людей, допомога в оформленні відповідних супровідних документів, забезпечення комунікації між представниками переселенців та російським урядом тощо. Російським дипломатичним установам було надано вказівку всіляко сприяти бажачучи переселитися до Росії, надавати кошти необхідні для переселення, проводити агітацію серед місцевого населення. Так, показовою в цьому відношенні є історія появи на українських землях переселенців-менонітів, яким була надана допомога для переїзду генерал-губернатором Григорієм Потьомкіним та російським чиновником Георгом фон Траппе¹.

Б. Надання належного фінансового та матеріально-технічного забезпечення колоністам, яке б дозволило сприятливі умови переселенцям на новому місці і допомогло уникнути серйозних труднощів при облаштуванні на новому місці. В першу чергу мова йшла про землезабезпечення, оскільки однією з головних причин переселення виступало саме відсутність вільних земель у місці постійного проживання колонізаторів. Згідно указу 1784 року² урядом було зарезервовано для майбутніх колоністів значні земельні наділи, зокрема в межах Катеринославської губернії передавалося більш ніж 52 тисячі десятин землі, у Херсонській губернії – 253 тис. дес. зем., у Таврійській губернії – 214 тис. дес. Зем³. Кожній родині гарантувалося отримання 30 десятин земельного наділу, а на теренах Новоросійського краю ця норма була збільшена до 60 десятин⁴. Ведучи мову про масштабні роздачі земельних наділів, слід врахувати, що внутрішнім колоністам держава виділяла набагато менші ділянки землі. Так, родинам болгар та греків, які не отримали статус іноземних колоністів, було виділено 12 десятин землі на родину замість 60-ти⁵. Також слід підкреслити, що при вирішенні земельного питання німецькі колоністи досить часто опинялися у більш привілейованому становищі серед інших іноземців. Наприклад, згідно договору представникам Марієнвердського братства їм надавалося «по 65 десятин на родину незалежно від кількості душ у сім'ї»⁶.

Уряд не обмежувався лише наданням земельних наділів, а й брав на себе фінансово-матеріальне забезпечення переселенців на першому етапі його облаштування, що було сталою практикою у тогочасній Європі⁷. Імігрантам видавалися кормові з дня прибуття до Російської імперії по 10 коп. дорослим і по 6 коп. дітям, а з дня прибуття на місце до першого власного врожаю від 5 до 10 коп. кожній особі. На будівництво житла, купівлю худоби і обзаведення господарством кожній родині виділялося до 300 руб. Загалом, витрати російської держави на облаштування колоністів, за підрахунками до революційних дослідників становили майже 2,5 млн. карбованців⁸. Аналіз розмірів цих витрат в контексті походження переселенців, дозволяє говорити, що держава віддавала перевагу саме німецьким колоністам, виділяючи на їх влаштування значно більші кошти, ніж на інших іноземців. Так, за підрахунками О. Турчиновича, видатки на утримання з державного бюджету однієї німецької родини коливалися від 700 до 1000 карбованців, натомість родини болгарських колоністів отримували маже вдвічі менше – від 400 до 500 карбованців⁹.

В. Надання переселенцям права самостійно вирішувати питання організації внутрішнього життя колоній, їх соціально-економічного, культурного та релігійного розвитку. Хоча держава і не відмовлялася від звичної для себе практики адміністративного контролю, водночас у порівнянні з іншими системами самоврядування, німецькі колонії, що виникли в Південній Україні зберігали значну внутрішню самостійність. В Маніфесті Катерини II від 22 липня 1793 р. наголошувалось, що «колоністам, які поселяться окремими колоніями та містечками, буде належати вся внутрішня юрисдикція, а Наші керівники у внутрішніх справах ніякої участі брати не будуть»¹⁰. Колоністам надавалася можливість самостійно розробити і подати на затвердження бажану для них модель системи самоврядування визначивши структуру органів самоуправління, порядок їх формування, основні повноваження тощо. Подібна лояльність пояснюється тим, що «на початок переселення колоністів в Росію німецькі сільські общини вже набули рис державного інституту, мали сталу складну внутрішню структуру, яка включала в себе різноманітні адміністративні посади»¹¹. За таких умов, спроба насадити звичні для російської держави моделі управління, які передбачали широке втручання у внут-

рішні справи сільської громади, могли мати негативні наслідки і зрештою зменшити потік переселенців.

Г. Закріплення у законодавстві високого привілейованого статусу колоністів, надання їм прав і свобод відмінних від російських підданих насамперед у сфері релігії та культури. З метою залучення колоністів у Маніфесті Катерини II 1763 року іноземцям гарантувалося надання різноманітних прав і свобод, а також звільнення від ряду обов'язкових для російських підданих повинностей. Насамперед, мова йшла про: релігійні права та свободи, що включали право вільно сповідувати свою релігію, будувати церковні споруди, відправляти богослужіння за своїми обрядами та соціально-економічні привілеї – звільнення на певний період від сплати податків і виконання обов'язкових повинностей тощо¹². Крім того, передбачалася можливість звернення до царського уряду з проханням про розширення обсягу цих прав і надання додаткових привілеїв. Як показує аналіз тогочасних документів, держава загалом лояльно ставилася до звернень з боку німецьких колоністів та йшов на зустріч їхнім вимогам. Так, у «Височайшій грамоті Менонітам», яка була видана російським імператором Павлом I у 1800 році, колоністи крім загальних прав, також отримували право на вільне здійснення окремих видів господарської діяльності, а також, що було вельми важливо для цієї релігійної групи, звільнялися від обов'язкової військової та цивільної служби¹³.

Таким чином, перший етап державної політики стосовно переселенців-колоністів, зокрема німецького походження, загалом базувався на принципі максимального сприяння, що знайшло своє відображення, як у нормативно-правових актах, так і організаційно-розпорядчих діях російської влади.

Причинами подібного лояльного ставлення слід визнати, перш за все, дефіцит вільних робочих рук та прагнення швидко заселити приєднані землі з метою їх подальшої експлуатації. Як справедливо зауважує дореволюційний дослідник колонізаційного руху А.Клаус: «Усі набуті величезні степові простори планувалося оживити осілим землеробським населенням, зробивши ці придбання вигідними, корисними, безпечними ... Однак для здійснення цього не було у нас ані людей взагалі, ані надійних колонізаторів.. І тут полягають причини колонізації з закордону»¹⁴. Звісно, в сучасних дослідженнях вказуються і на інші фактори (військовий, зовнішньополітичний,

національний), які також мали місце при визначенні характеру колонізаційної політики Російської імперії у вказаний період, але саме необхідність швидкого перетворення малозаселених родючих земель на розвинений аграрний регіон, виходила в цей період на перше місце.

Однак, вже в першій чверті XIX ст. політика сприяння колоністам починає поступово згортатися, натомість основним завданням стає посилення державного контролю за колоністами, та зрівняння їх у правовому статусі з іншими групами населення. Причиною відходу від режиму найбільшого сприяння колоністам слід вважати, перш за все, виконання на першому етапі поставлених завдань щодо колонізації вільних земельних ресурсів та наростання соціального конфлікту в умовах швидкого обезземелення російського селянства. У доповіді Міністра внутрішніх справ В.П.Кочубея зазначалося: «Імператриця Катерина II зважилася на виклик іноземців, бажаючи заселити порожні степи. Але коли зростання кількості народу у внутрішніх губерніях і тіснота вимагають розселення своїх підданих, а земель зручних до колонізації в південному краї залишається не так багато, то слід обмежити кількість іноземних переселенців»¹⁵.

Перш за все, були проведені заходи спрямовані на регулювання міграційного потоку, з метою зменшення кількості іноземних колоністів з однієї сторони, та водночас підвищення їх якості. На попередніх етапі російський уряд стикнувся з проблемою невідповідності рівня підготовки переселенців тим завданням, які висувала перед ними держава – прибували «колоністи, які не тримали в руках сохи, які не принесли з собою ані робочих навичок, ані капіталу»¹⁶. Наслідком цього стала низька продуктивність окремих колоній, а також підвищення видатків на їх утримання. Так, за результатами обстеження новоросійських колоній початку XIX ст. виявлено, що частина господарств знаходиться в занедбаному стані. Спроби ввести нові методики господарювання провалюються внаслідок нерозуміння або небажання («лінощі») колоністів. Натомість, «при падеже скота или недороде хлеба, сии празднолюбцы надеются на помощь от Коронь»¹⁷. За таких умов, уряд у 1804 році надає право на переселення виключно особам «гарної поведінки ... сімейним та заможним колоністам, які зможуть засвідчити наявність у них капіталу та майна вартістю 300 карбованців». Одночасно, закріплювалася річна квота переселенців з Німеччини – «не більш 200 родин»¹⁸.

Подальше обмеження щодо порядку прийому іноземців відбулося у 1810 р., коли було припинено виплату фінансової допомоги для переселення. За підрахунками урядовців, коштів які в попередні роки виділися на переїзд та утримання однієї німецької родини вистачило б для фінансування переселення з внутрішніх регіонів 50 родин російських селян¹⁹. Вищезазначені заходи не дали повного ефекту, оскільки в умовах військового протистояння в Європі, розорення господарств, політичних переслідувань кількість бажаючих переселитися на нові землі все одно залишалось доволі високою. Проведений Кабузаном В.М. аналіз статистичних даних ревізій (переписів населення) першої чверті XIX ст. переконливо доводить, що у зазначений період продовжувала зберігатися тенденція зростання кількості переселенців-іноземців²⁰.

За таких умов, російська держава вдалася до більш жорстких форм контролю за переселенцями і указом 1819 р. було заборонено іноземним колоністам переселятися в Росію на казенні землі²¹. Закон не встановлював абсолютної заборони на переселення, оскільки зберігалася можливість для переселення на поміщицькі землі, та й сам імператор міг видати спеціальний дозвіл на переселення в разі необхідності, що неодноразово траплялося в наступні роки²².

Одночасно з процесом обмеження притоку нових колоністів російський уряд почав проводити політику спрямовану на інтеграцію німецьких колоністів в російське суспільство, їх поступове злиття з іншими групами населення Російської імперії. Саме в зазначений період в середовищі російської політичної еліти починає формуватися точка зору, що відособлення колоністів, збереження їх окремого статусу може викликати в майбутньому проблему забезпечення їх лояльності. Відомі публіцисти Ю. Самарін, К.Аксаков, М.Катков гостро критикували владу за проведення державної політики в результаті якої «німці, меноніти, болгари виокремилися завдяки наданому статусу» і попереджали, що у випадку конфлікту з Німеччиною «внутрішні німці будуть діяти в інтересах своєї етнічної Батьківщини»²³. Ці настрої співпали з проведенням російською владою серії реформ, які повинні були здійснити уніфікацію правового статусу та системи управління населенням. Як наслідок, колишні права та привілеї надані німецьким колоністам вступали в суперечність з загальною логікою реформ, що проводила центральна влада.

В економічній сфері політика уніфікації правового статусу з однієї сторони розширювала економічні права і свободи, ліквідовувала штучні кордони, які перешкождали втягненню іноземців в єдиний економічний простір. З іншої сторони, це обернулося втратою раніше наданих привілеїв, насамперед у податковій сфері. В уряді неодноразово наголошували, що скарбниця втрачає значні кошти через податкові пільги колоністам і прагнули розширити джерело надходжень до бюджету. Так, в 1862-1863 рр. були скасовані окремі податкові пільги для менонітських колоній, а також підвищені податки з німецьких колоністів Новоросії та Бессарабії²⁴.

Ще більш значні зміни відбулися внаслідок проведенням Олександром II серії «великих реформ», та їх поширення всі верстви населення, в тому числі і на іноземних колоністів. Спеціальна створена при уряді комісія розробила ряд нормативно-правових актів, які регулювали процедуру поширення на колоністів нових правових норм. Відповідно до ст. 2 «Правил щодо облаштування поселення власників, які знаходяться на казенних землях» від 4 червня 1871 року, німецькі колоністи-селяни у правовому статусі зрівнювалися з російськими селянами та набували ідентичних прав та обов'язків. Для колоністів це означало, що вони повинні будуть виплачувати усі державні податки, а також нести як земські, так і інші, передбачені законодавством грошові і натуральні повинності. Частково обмежувалися земельні права колоністів, оскільки якщо наділи, надані їм при колонізації, не були використанні у сільськогосподарському виробництві або перевищували земельну норму, то вони могли бути відібрані державою²⁵.

Були урізані права колоністів в сфері самоуправління, оскільки згідно «Правил..» ліквідовувалася особлива система управління колоніями: переставали існувати органи опіки колоніями, колоністи в шестимісячний термін повинні були передаватися у відання загальних державних установ. Замість традиційних для колоністів національних органів самоврядування повинні були впроваджуватися загальноросійські сільські та волосні установи. Мовою офіційного діловодства ставала російська²⁶. Також слід зазначити, що відповідно до відповідно до «Положення» 1861 року, а також ряду нормативно-правових актів, які з'явилися в 60-70-х рр. XIX ст. центральні та місцеві органи влади отримували значні повноваження у сфері контролю за діяльністю сільських органів самоврядування, мали право втручатися в їх

роботу, впливати на кадрові призначення тощо²⁷. Для багатьох німецьких колоністів, насамперед для менонітів, посилення контролю за їх внутрішнім життям зі сторони світської влади йшло всупереч їх релігійним переконанням, і викликало негативну реакцію.

Реформи зачепили і освітньо-мовне питання. Політика русифікації, що активно проводилася центральною владою в прибалтійських губерніях, практично не зачепила життя в німецьких колоніях Півдня України, тож до 1862 року основною мовою викладання в школах виступала німецька. Внаслідок цього, масовим було явище незнання колоністами російської мови, при збереженні рідних діалектів²⁸. Однак реформи 60-х рр. XIX ст. поклали край мовній ізоляції колоністів і змусили їх перейти на навчання російською мовою – переважна більшість предметів у школах починає викладатися виключено російською мовою, і лише такі дисципліни як Закон Божий та історія релігії продовжували опановуватися рідною, німецькою, мовою²⁹. Звісно, що цілком об'єктивні вимоги влади щодо оволодіння державною мовою не були радісно зустрінуті частиною колоністів, які бачили в цьому чергове адміністративне втручання в їх внутрішні питання та порушенням наданих їм привілеїв.

Однак найбільш гостро постало питання про звільнення колоністів від військової повинності. Згідно планів проведення військової реформи передбачалося перейти від рекрутського набору до загальної військової повинності. Комісія яка розробляла проект «Статуту військової повинності» не передбачила жодних пільг іноземним колоністам Півдня України при проходженні військової служби, окрім менонітів, яким, відповідно до ст. II глави VI Статуту, визначалося проходити альтернативну службу у госпіталях чи в майстернях військового відомства³⁰. Це рішення викликало доволі серйозний протест серед колоністів, насамперед менонітів, позаяк служба в армії розходилася з їхніми релігійними переконаннями та суперечила первинним умовам переселення до Росії. На бажачучи служити в армії колоністи переїжджали на нові малозаселені території Сибіру або взагалі покидали країну. За підрахунками дослідників з 1871 по 1880 р. країну покинули 15 тисяч менонітів, або 3/4 представників цієї конфесії³¹. Подібний відтік людських ресурсів змусив владу піти на часткові поступки, насамперед представникам менонітів. В квітні 1874р. була досягнута згода, що меноніти відбуватимуть військову

повинність у «лісових» та «пожежних» командах, а також матимуть право об'єднуватися в особливі групи для проведення своєї релігійних зборів та обрядів³². Інші релігійні групи німецьких колоністів подібних пільг не отримали і змушені були відбувати обов'язкову повинність.

Найменшими виявились зміни в конфесійній політиці держави щодо протестантизму, який був поширений в середовищі німецьких колоністів. З одного боку це пояснювалось тим, що держава та православна церков не вважали протестантизм серйозним суперником, а навпаки вбачали його союзником у боротьбі з римо-католицькою церквою. З іншого, зважали на той факт, що саме релігійні конфлікти були однією з причин міграційна російські землі. Внаслідок цього, в законодавчих актах середини XIX ст. значна увага приділялася закріпленню правового статусу протестантських вірувань, їх охорони від посягань зі сторони представників інших конфесій. Проведені дослідження переконливо доводять, що в цей період протестанти, насамперед лютерани, займали привілейоване становище в середовищі неправославних християн³³. Водночас, державою були зроблені певні кроки спрямовані на забезпечення централізації управління та посилення державного контролю за церковним життям. Важливими кроками у цьому напрямку стали:

- утворення в 1810 році Головного управління духовних справ іноземних віросповідань (протягом XIX ст. декілька разів перепідпорядковувалося різним міністерствам та змінювало свою назву) який став вищою адміністративною установою, що контролювала та керувала всім духовенством і прихожанами

- затвердження у 1832 році «Статуту Євангелістсько-лютеранської церкви», в якому, зокрема передбачався контроль представників влади за обранням протестантських пасторів, впроваджував вимогу до священнослужителів на володіння російською мовою та її використання у процесі богослужіння, забороняв приймати до своєї конфесії осіб православного віросповідання тощо³⁴.

Таким чином, в ході другого етапу відбулося обмеження колонізаційного руху на територію Російської імперії, встановлений більш жорсткий контроль за переселенцями, а в 60-х – 70-х р. XIX ст. проведені реформи призвели до часткової ліквідації отриманих раніше прав та привілеїв. Ця політика не була результатом упередженого

ставлення дон німецьких колоністів, а являлась результатом прагнення російського уряду до уніфікації правового статусу населення, системи управління, соціально-економічних відносин. Водночас вона виявила ряд болісних проблем, пов'язаних з прагненням колоністів зберегти основи свого укладу та надані їм права і привілеї.

1. *Эпп Д.Г., Бергман Г.А.* К вопросу о происхождении меннонитов. Петербург: Издание Г.А.Б., 1915. 34 с. 2. *Полное собрание законов Российской империи (ПСЗРИ). Собрание I. Т. XXII.* Санкт-Пб, 1830. №16654. 3. *Хижняк А.А.* Запорізька область. Географічні нариси. Запоріжжя, 1959. С. 21. 4. ПСЗРИ. Собрание 2. Т. VI. Санкт-Петербург, 1832. № 4616. 5. *Носкова И.А.* Внутренняя миграция болгарского населения Крыма во второй половине XIX века и образование новых дочерних поселений // *Культура народов Причерноморья.* 2000. № 14. С. 77. 6. *Клаус А.А.* Наши колонии опыты и материалы по истории и статистике иностранной колонизации в России. Санкт – Петербург, 1869. С. 116. 7. *Черказьянова И.В.* К 250-летию манифеста Императрицы Екатерины Второй о приглашении иностранных колонистов в Россию. URL: http://www.kunstkamera.ru/files/lib/978-5-88431-248-7/978-5-88431-248-7_01.pdf 8. *Турчинович О.* История сельского хозяйства России от времен исторических до 1850 года. Санкт – Петербург, 1854 г. С. 86. 9. Там само. 10. Там само. 11. *Лебедева (Бахмутская) О.В.* Община немецких-колонистов и российское государство в XVIII-XIX вв. : эволюция взаимоотношений (на примере колоний Северо-Запада). // *Российское государство, общество и этнические немцы: основные этапы и характер взаимоотношений (XVIII-XXI вв.): материалы XI международной научной конференции.* 2006. С. 62. 12. ПСЗРИ. – Собрание 2. Т. XVI. Санкт-Петербург, 1841. № 11880. 13. ПСЗРИ. Собрание I. Т. XXVI. Санкт-Петербург, 1830. № 19546. 14. *Клаус А.А.* Цит. работа. С. 7. 15. ПСЗРИ. Собрание I. Т. XXVIII. Санкт-Петербург, 1830. №21163. 16. *Турчинович О.* Цит. работа. С. 82. 17. *Немцы в истории России: Документы высших органов власти и военного командования. 1652-1917 / сост. В.Ф. Дизендорф.* Москва, 2006. С. 136-138. 18. ПСЗРИ. Собрание I. Т. XXVIII. Санкт-Петербург, 1830. №21163. 19. *Немцы в истории России: Документы высших органов власти и военного командования. 1652-1917 / сост. В.Ф. Дизендорф.* С. 167. 20. *Кабузан В. М.* Заселение Новороссии (Екатеринославской и Херсонской губерний) в XVIII - первой половине XIX века (1719-1858). Москва: издательство «Наука», 1976. С. 270. 21. *Немцы в истории России: Документы высших органов власти и военного командования. 1652-1917 / сост. В.Ф. Дизендорф.* С. 199. 22. *Кулинич І.М.* Німецькі колонії на Україні (60-ті роки XVIII ст.-1917р.). // *Український історичний журнал.* 1990. №9. С.21. 23. *Венгер Н.* Меннониты и власть в конфликте 1860–1870-х гг.: pro et contra реформ уніфікації // *Гражданская идентичность и внутренний мир российских немцев в годы Великой Отечественной войны и в исторической памяти потомков : материалы XIII международной научной конференции.*

Москва, 21–23 октября 2010 г. – С. 455-458. **24.** ПСЗРИ. Собрание II. Т. XXXVI. Санкт-Петербург, 1862. №37062. **25.** ПСЗРИ. Собрание II. Т. XLVI. Санкт-Петербург, 1871. №49705. **26.** *Петровська Н.В.* Сільське самоврядування на землях Лівобережної України у другій половині XIX – на початку XX ст.: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01; Нац. ун.-т "Одеська юридична академія". Одеса, 2009. – 20 с. **27.** *Бугай Н.Ф., Чеботарева В.Г.* Страницы истории немецкого крестьянства России // *NB: Исторические исследования.* 2013. № 1. С.70-128. **28.** ПСЗРИ. – Собрание 2. Т. XVI. Санкт-Петербург, 1841. № 11880. **29.** *Wiebe J.* Ein deutsches Dorf an der Wolga, dass es nicht mehr gibt // *Mennoniten in Mittelasien.* Steinhagen, 2010. S. 197. **30.** *Нелипович С.Г.* Военная повинность в России и иностранные колонисты // *Военно-исторический журнал.* 2003. №2. С.40. **31.** *Причерноморские немцы: Их вклад в развитие г. Одессы и региона 1803-1917 гг.* Одесса: Астро-Принт, 1999. С. 35. **32.** ПСЗРИ. Собрание II. Т. L. Санкт-Петербург, 1875. №54568. **33.** *Лиценбергер О.* Немцы-католики и правовое положение Римско-католической церкви в России в конце XIX - начале XX в. // *Немцы в России: социально-экономическое и духовное развитие (1871-1941 гг.).* – М., 2002. – С. 256-269; *Машковцев А. А.* Конфессиональная политика государства в отношении католиков и протестантов Среднего Поволжья и Приуралья во второй половине XIX - начале XX века. Киров, 2015. 380 с. **34.** *Ткаченко П.Г.* Государственно-правовое регулирование Евангелическо-лютеранской и Реформатской церковью в Российской империи в XIX - начале XX вв. // *Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики.* 2011. № 5-4. С. 183-185.

Kanenberg-Sandul Oksana. The evolution of the Russian government politics towards German colonists during the XVIII - XIX century: stages, content, legal regulation

The article deals with the changes of the Russian Empire national policy on the legal status of German colonists during the XVIII - XIX century. As a result of analysis, the following conclusions were obtained.

Policy of the Russian state against German colonists can be divided into two stages.

The first stage dates from the mid XVIII - the beginning of XIX century and it is characterized by the loyal attitude of the Russian authorities in relation to the immigrants. The need for the settlement of vacant agricultural land in the southern regions of the Russian Empire demanded to attract more human resources. The existing system of serfdom and low productivity of Russian farms led to the invitation of foreign colonists, primarily from the German states.

To attract colonists the state was developed the system of measures which were to facilitate the transfer and settlement on the new lands. The state bodies were created in order to work with immigrants, Russian diplomats campaigned abroad and helped to draw up the necessary documents. The state allotted money and material resources required to move to Russia.

Wishing to increase the interest in moving to Russia the government reserved legislatively for the colonists a significant volume of the rights and privileges which are not used by the internally immigrants. First and foremost, it is about the size of a large allotment of land, the right not to pay taxes for a certain period, the right to receive subsidies from the state, the right to engage in various economic activities, the right to independently decide the colony's life. Moreover, knowing about one of the causes of migration were religious conflicts, the Russian government gave the colonists right to freely practice their religion and build their temples. The colonists were exempted from military service, which was extremely important for a large part of German immigrants who belonged to the Mennonite. The fundamental rights and privileges have been recorded at the highest legal acts signed by Russian emperors in Manifesto (1763), literacy Mennonite (1800), Decree (1804).

The second stage of the state policy towards the colonists begins with the 20-ies, XIX century. By this time, a significant portion of vacant land was already inhabited, and the state is now less in need of a large number of colonists. As a consequence, in the legislation acts spells out the greater requirements for colonists (a profession, money, etc.), set the maximum number of colonists, and the funds for their maintenance is greatly reduced.

With respect to the colonists and members of their families, the state began a policy of limiting the rights previously granted by. In the new conditions, these privileges are no longer needed the state, their performance led to significant waste and caused discontent among Russian citizens. The course is to unify the legal status of the colonists, its equalizing with the legal status of indigenous people of the Russian Empire led to the restriction of the right to self-government in the German colonies, the loss of the rights of land ownership, limiting the use of German in the field of education and office work.

Significant repercussions caused the abolition of exemption from military service of the colonists, which led to a mass migration of Mennonite Germans in other countries.

So, reforms in the mid XIX century showed that the colonists fulfilled the task set by the state and the need to maintain their position stopped to exist

Key words: legal position of the German colonists, the rights and privileges of the colonists, religious policy, the Mennonites.

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

УДК 342.41

В. В. КОЛЮХ

ВИЩА РАДА ПРАВОСУДДЯ: КОНСТИТУЦІЙНИЙ СТАТУС В КОНТЕКСТІ УКРАЇНСЬКОГО ТА ЗАРУБІЖНОГО ДОСВІДУ

Розкриваються особливості конституційного статусу Вищої ради правосуддя як органу управління судової влади України у порівнянні з конституційним статусом її попередника – Вищої ради юстиції та аналогічних органів зарубіжних країн. Порівнюються компетенція, склад, порядок формування та вимоги щодо членів таких органів.

Ключові слова: Вища рада правосуддя, Вища рада юстиції, Вища рада магістратури, судовою владою, судовою реформою, конституційний статус.

Коліух В. В. Высший совет правосудия: конституционный статус в контексте украинского и зарубежного опыта

Раскрываются особенности конституционного статуса Высшего совета правосудия как органа управления судебной властью Украины в сравнении с конституционным статусом предшествовавшего ей Высшего совета юстиции и аналогичных органов зарубежных стран. Сравниваются компетенция, состав, порядок формирования и требования к членам таких органов.

Ключевые слова: Высший совет правосудия, Высший совет юстиции, Высший совет магистратуры, судебная власть, судебная реформа, конституционный статус.

Kolyukh Valeriy. Supreme Council of Justice: constitutional status in the context of Ukrainian and foreign experience

The Law of Ukraine No.1401-VIII "On Amendments to the Constitution of Ukraine (on Justice)" as of June 02, 2016, provides for the features of the constitutional status of the Supreme Council of Justice as the regulatory body of the judiciary of Ukraine in comparison with the constitutional status of its predecessor – the High Council of Justice and similar bodies of foreign countries. Comparison of the competencies, composition, formation procedure and requirements for the members of such bodies is being carried out.

Key words: *the Supreme Council of Justice, the High Council of Justice, the Supreme Council of Magistracy, judiciary, judicial reform, constitutional status.*

Однією з найважливіших особливостей судової влади є її децентралізований характер, відсутність будь-якого підпорядкування одних судів іншим. Якщо виконавча влада є жорстко ієрархізованою системою, у якій одні органи підпорядковуються іншим (від місцевих органів виконавчої влади до уряду і глави держави – у разі, якщо згідно з конституцією, він цю владу очолює), то в системі судової влади кожний суд діє самостійно, незалежно від решти судів і будь-яких інших державних органів.

Децентралізований характер судової влади породжує проблему управління судовою системою – координації дії різних її ланок, вирішення загальних для судової системи питань та тих, що не входять безпосередньо до компетенції судів. В одних країнах такі управлінські функції виконуються міністерством юстиції, в інших – верховним судом. Для європейських країн характерним є створення спеціального органу управління в системі судової влади. Найпоширеніша назва такого органу в країнах Європи – Вища рада магістратури. Інші назви такого органу – Генеральна рада судової влади (Іспанія), Всепольська Судова Рада (Польща), Вища судова рада (Болгарія) тощо.

У країнах з романською правовою системою та деяких інших країнах, які сприйняли їх окремі інститути, судді, а також прокурори і слідчі (слідчі судді), які діють при судах, називаються «магістра-тами», а вся їх сукупність зазвичай об'єднується загальним поняттям «магістратура». Відповідно, повноваження Вищої ради магістратури, крім суддів, поширюються також на прокурорів і слідчих. Статус Вищої ради магістратури, її функції та повноваження, як його найважливіші складові, порядок її формування зазвичай ви-

значаються в конституції і конкретизуються у спеціальному законі про таку раду.

Досить докладно це зроблено, наприклад, в Конституції Франції 1958 року: «Стаття 64. Президент Республіки є гарантом незалежності судової влади. Йому допомагає Вища рада магістратури. Статус магістратів встановлюється органічним законом. Магістрати незмінювані.

Стаття 65. Вища рада магістратури очолюється Президентом Республіки. Міністр юстиції є віце-головою за законом. Він може заміщати Президента Республіки.

Вища рада магістратури складається з двох палат, одна з яких має юрисдикцію щодо суддів, друга – щодо прокурорів.

Палата, компетентна щодо суддів, включає крім Президента Республіки і міністра юстиції п'ять суддів та одного прокурора, одного державного радника, призначуваного Державною радою (вищим органом у системі адміністративної юстиції. – В.К.), і трьох осіб, які не входять ні до складу Парламенту, ні до органів судової влади і призначаються відповідно Президентом Республіки, головою Національних зборів (нижньої палати Парламенту. – В.К.) і головою Сенату (верхньої палати Парламенту. – В.К.).

Палата, компетентна щодо прокурорів, включає крім Президента Республіки і міністра юстиції п'ять прокурорів та одного суддю, одного державного радника і трьох, згадуваних у попередньому абзаці.

Палата Вищої ради магістратури, компетентна щодо суддів, робить пропозиції про призначення суддів Касаційного суду, призначення перших голів апеляційних судів і призначення голів судів великої інстанції. Інші судді призначаються за отримання відповідного висновку палати.

Палата в якості дисциплінарної ради ухвалює рішення щодо суддів. У цьому разі головує перший голова Касаційного суду.

Палата Вищої ради магістратури, компетентна щодо прокурорів, надає свій висновок при призначеннях, що стосуються прокурорів, за винятком призначуваних на посаду в Раді міністрів (засіданні уряду під головуванням Президента Республіки. – В.К.).

Палата надає свій висновок про дисциплінарні санкції щодо прокурорів. У цьому разі головує Генеральний прокурор при Касаційному суді.

Органічний закон встановлює умови застосування даної статті»¹.

В Конституції Італії 1947 року статус Вищої ради магістратури визначено таким чином: «Стаття 104. Магістратура утворює автономну і незалежну від будь-якої іншої влади корпорацію.

У Вищій раді магістратури головує Президент Республіки.

Перший голова і Генеральний прокурор Касаційного суду за правом входять до складу Ради.

Дві третини решти членів обираються всіма ординарними суддями з числа осіб, які належать до різних категорій магістратури, а одна третина – Парламентом на спільному засіданні палат з числа ординарних професорів права університетів та з адвокатів, які мають не менше ніж п'ятнадцятирічний стаж.

Рада обирає віце-голову із членів, обраних Парламентом.

Вибірні члени залишаються на посаді чотири роки і не можуть бути безпосередньо потім знову обрані.

Вони не можуть, залишаючись на посаді, бути включеними до кадрових списків за своєю професією, а також бути членами Парламенту чи обласної ради.

Стаття 105. У Вищій раді магістратури згідно із законом про судоустрій розглядаються зарахування на службу до магістратури, призначення і переміщення магістратів, їх підвищення по службі, дисциплінарні заходи щодо магістратів»².

Для прикладу і порівняння наведемо також відповідне положення Конституції Португалії 1976 року: «Стаття 219... 1. Призначення, уведення на посаду, переведення і просування по службі суддів судів загальної юрисдикції і застосування дисциплінарних заходів входить до компетенції Вищої ради магістратури, згідно із законом...

Стаття 220... 1. У Вищій раді магістратури головує Голова Верховного Суду, а до її складу входять наступні гласні:

а) дві особи, призначені Президентом Республіки, причому одна з них є магістратом, який працює в судовій системі;

б) семеро осіб, обраних Асамблеєю Республіки (однопалатним парламентом. – В.К.);

с) семеро суддів, обраних їх колегами відповідно до принципу пропорційного представництва.

2. Норми про гарантії суддям застосовуються до всіх гласних Вищої ради магістратури.

3. Закон може передбачити, що до складу Вищої ради магістратури можуть входити державні службовці, які працюють в галузі юстиції, з правом участі в обговоренні і голосуванні винятково з питань оцінки професійних заслуг і застосування дисциплінарних заходів щодо державних службовців, які працюють у галузі юстиції»³.

Таким чином, компетенція Вищої ради магістратури охоплює призначення на посаду, переміщення з однієї посади на іншу, звільнення з посади суддів, застосування дисциплінарних заходів щодо суддів і прокурорів (магістратів). Рішення Вищої ради магістратури про призначення суддів оформлюється її актом або актом глави держави – залежно від того, які саме судді чи інші посадові особи призначаються (це визначається законом).

Окрім особливої компетенції, особливістю конституційного статусу Вищої ради магістратури є порядок формування її складу: основний склад членів ради призначають чи обирають частинами президент, парламент і суддівський корпус. Крім суддів, до складу Вищої ради магістратури входять представники прокуратури, адвокатури та науковці у галузі права.

У контексті наведених положень конституцій зарубіжних держав розглянемо трансформацію конституційного статусу органу управління судової влади (але не органу управління судовою владою) в Україні. Такий орган із назвою «Вища рада юстиції» було запроваджено Конституцією України 1996 року⁴.

Згідно з Конституцією України: «В Україні діє Вища рада юстиції, до відання якої належить:

1) внесення подання про призначення суддів на посади або про звільнення їх з посад;

2) прийняття рішення стосовно порушення суддями і прокурорами вимог щодо несумісності;

3) здійснення дисциплінарного провадження стосовно суддів Верховного Суду України і суддів вищих спеціалізованих судів та розгляд скарг на рішення про притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів апеляційних та місцевих судів, а також прокурорів» (ч.1 ст.131).

Конституційною реформою, здійсненою Законом України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004 року № 2222-IV, зміни до розділу VIII «Правосуддя» Конституції України не вносились. Значні зміни до цього розділу, у тому числі щодо статусу органу управління судової влади, було внесено Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 2 червня 2016 року № 1401-VIII⁵, що є підставою визначати їх як судову реформу. Згідно з цим законом: «В Україні діє Вища рада правосуддя, яка:

- 1) вносить подання про призначення судді на посаду;
- 2) ухвалює рішення стосовно порушення суддею чи прокурором вимог щодо несумісності;
- 3) розглядає скарги на рішення відповідного органу про притягнення до дисциплінарної відповідальності судді чи прокурора;
- 4) ухвалює рішення про звільнення судді з посади;
- 5) надає згоду на затримання судді чи утримання його під вартою;
- 6) ухвалює рішення про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя;
- 7) вживає заходів щодо забезпечення незалежності суддів;
- 8) ухвалює рішення про переведення судді з одного суду до іншого;
- 9) здійснює інші повноваження, визначені цією Конституцією та законами України» (ч.1 ст.131).

На нашу думку, нова назва органу управління судової влади – «Вища рада правосуддя» є менш вдалою, ніж попередня – «Вища рада юстиції». За своїми функціями і повноваженнями цей орган є саме органом юстиції, а не правосуддя. Адже правосуддя, згідно з енциклопедичним визначенням, – це «правозастосовча діяльність суду з розгляду і вирішення у встановленому законом процесуальному порядку віднесених до його компетенції цивільних, господарських, кримінальних і адміністративних справ з метою охорони прав та свобод людини і громадянина. прав і законних інтересів юридичних осіб та інтересів держави»⁶, тоді як юстиція – це «система судових та пов'язаних з їх діяльністю установ. Крім судів, до цієї системи включають прокуратуру, органи слідства, адвокатуру, нотаріат тощо»⁷. Вища рада правосуддя, всупереч її назві, не є

судом, не розглядає і не вирішує судові справи, тому є органом саме юстиції, а не правосуддя.

Під кутом зору наявності органу управління судової влади та його назви цікавим є конституційний досвід колишніх радянських республік, які після розпаду СРСР стали незалежними державами і прийняли відповідні конституції. В семи із них: Азербайджані, Білорусі, Естонії, Латвії, Росії, Туркменістані, Узбекистані конституції створення такого органу взагалі не передбачають. У Грузії орган управління судової влади має назву «Вища рада юстиції Грузії», в Казахстані – «Вища Судова Рада», в Киргизстані – «Рада з відбору суддів», в Молдові – «Вища рада магістратури», в Таджикистані – «Рада юстиції». Тільки у Вірменії він має назву «Рада правосуддя». В Конституції Литви 1992 року такий орган власної назви не має, йдеться лише про те, що «Президенту Республіки поради щодо призначення, підвищення, переведення або звільнення із займаних посад даються передбаченою законом спеціальною судовою інстанцією» (ч. 5 ст.112)⁸.

В компетенції органу управління судової влади найважливішими є повноваження щодо призначення на посади суддів та звільнення суддів з посад. Повноваження щодо призначення на посади суддів Вищої ради юстиції («внесення подання про призначення суддів на посади») і Вищої ради правосуддя («вносить подання про призначення судді на посаду») (особа, яка призначається на посаду судді, ще не є суддею, тому коректнішим є формулювання «призначення на посаду судді») за формулюванням є майже ідентичними, проте між ними є істотна змістовна різниця, пов'язана зі зміною порядку призначення на посади суддів. Якщо згідно з Конституцією України в редакції 1996 року «Перше призначення на посаду професійного судді строком на п'ять років здійснюється Президентом України. Всі інші судді, крім суддів Конституційного Суду України, обираються Верховною Радою України безстроково, в порядку, встановленому законом» (ч.1 ст.128), то згідно із Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 2 червня 2016 року № 1401-VIII «Призначення на посаду судді здійснюється Президентом України за поданням Вищої ради правосуддя в порядку, встановленому законом» (ч.1 ст.128).

Згідно з конституційними змінами Верховна Рада України вже не обиратиме суддів, на посади суддів призначатиме лише Президент України за поданням Вищої ради правосуддя. Це сприятиме деполітизації судової влади (парламент є найбільш політизованим органом) і підвищенню ролі Вищої ради правосуддя як неполітичного органу у формуванні суддівського корпусу. Вважається, що за такого порядку вирішальну роль у призначенні на посаду судді надалі відіграватиме Вища рада правосуддя, а роль Президента України при цьому буде «суто церемоніальною». Так, у розробленій українськими науковцями «Концепції реформування судової влади України» зазначається: «Такі повноваження (щодо призначення на посаду звичайного судді. – В.К.) варто передати главі держави – Президенту України, але його функція в цьому випадку має бути суто церемоніальною. Він повинен видавати указ про призначення на посаду судді... на підставі та в межах подання Вищої ради юстиції і не має права відмовити в призначенні... , як і не має права призначити суддею... ту особу, кандидатуру якої Вища рада юстиції не вносила»⁹. У Пояснювальній записці до проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» наголошується: «Призначення на посаду судді здійснюватиметься Президентом України за поданням Вищої ради правосуддя, що забезпечить виключно церемоніальну роль Глави держави у цьому процесі»¹⁰.

Ще більше зросла роль Вищої ради правосуддя у звільненні судді з посади. Якщо згідно з Конституцією України в редакції 1996 року повноваження Вищої ради юстиції щодо звільнення суддів з посади обмежувалося внесенням відповідного подання (п.1 ч.1 ст.131), суддю звільняв з посади орган, що його обрав (Верховна Рада України) або призначив (Президент України) (ч.5 ст.125), то згідно із Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 2 червня 2016 року № 1401-VIII Вища рада правосуддя «ухвалює рішення про звільнення судді з посади» (п.4 ч.1 ст.131). Тобто, звільняє суддю з посади не Президент України, а Вища рада правосуддя.

Важливою складовою судової реформи є обмеження недоторканності суддів. Згідно з Конституцією України в редакції 1996 року «Суддя не може бути без згоди Верховної Ради України затриманий

чи заарештований до винесення обвинувального вироку судом» (ч.3 ст.126), згідно із Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 2 червня 2016 року № 1401-VIII надання згоди на затримання судді чи утримання його під вартою є повноваженням Вищої ради правосуддя (п.5 ч.1 ст.131). У разі затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину його затримання або утримання під вартою чи арештом здійснюється без згоди Вищої ради правосуддя (ч.3 ст.126).

До компетенції Вищої ради правосуддя належать також інші конституційні повноваження, яких не було у Вищої ради юстиції. Це ухвалення рішення про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя, про переведення судді з одного суду до іншого, а також вжиття заходів щодо забезпечення незалежності суддів (п.6,7,8 ч.1 ст.131).

Судова реформа змінила також порядок формування органу управління судової влади. Згідно з Конституції України в редакції 1996 року: «Вища рада юстиції складається з двадцяти членів. Верховна Рада України, Президент України, з'їзд суддів України, з'їзд адвокатів України, з'їзд представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ призначають до Вищої ради юстиції по три члени, а всеукраїнська конференція працівників прокуратури – двох членів Вищої ради юстиції».

До складу Вищої ради юстиції входять за посадою: Голова Верховного Суду України, Міністр юстиції України, Генеральний прокурор України» (ч.2,3 ст.131).

Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 2 червня 2016 року № 1401-VIII встановив такий порядок формування Вищої ради правосуддя: «Вища рада правосуддя складається з двадцяти одного члена, з яких десятьох – обирає з'їзд суддів України з числа суддів чи суддів у відставці, двох – призначає Президент України, двох – обирає Верховна Рада України, двох – обирає з'їзд адвокатів України, двох – обирає всеукраїнська конференція прокурорів, двох – обирає з'їзд представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ...

Голова Верховного Суду входить до складу Вищої ради правосуддя за посадою» (ч.2,4 ст.131).

Половину складу Вищої ради правосуддя, отже, становитимуть судді, що сприятиме професіоналізації та підвищенню ефективності її діяльності. Такий порядок формування складу Вищої ради правосуддя відображає європейський стандарт, що застосовується до такого органу і полягає у тому, що судді, обрані суддями, повинні складати більшість його членів. Оскільки Голова Верховного Суду, який за посадою входить до складу Вищої ради правосуддя, також є суддею, то більшість у її складі становитимуть саме судді. Міністр юстиції України і Генеральний прокурор не входитимуть до складу Вищої ради правосуддя.

Основні вимоги до члена Вищої ради правосуддя визначено на конституційному рівні, чого не було щодо члена Вищої ради юстиції. Згідно із Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 2 червня 2016 року № 1401-VIII:

«Строк повноважень обраних (призначених) членів Вищої ради правосуддя становить чотири роки. Одна й та ж особа не може обіймати посаду члена Вищої ради правосуддя два строки поспіль.

Член Вищої ради правосуддя не може належати до політичних партій, профспілок, брати участь у будь-якій політичній діяльності, мати представницький мандат, обіймати будь-які інші оплачувані посади (крім посади Голови Верховного Суду), виконувати іншу оплачувану роботу, крім наукової, викладацької чи творчої.

Член Вищої ради правосуддя має належати до правничої професії та відповідати критерію політичної нейтральності.

Законом можуть бути передбачені додаткові вимоги до члена Вищої ради правосуддя» (ч.2,4,5,6,7,8 ст.131).

Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 2 червня 2016 року № 1401-VIII встановив, що «Вища рада правосуддя набуває повноважень за умови обрання (призначення) щонайменше п'ятнадцяти її членів, серед яких більшість становлять судді» (ч.9 ст.131).

Конституція України встановлює тільки основи правового статусу Вищої ради правосуддя. Конституційні положення щодо правового статусу Вищої ради правосуддя конкретизовано в Законі України «Про Вищу раду правосуддя» від 21 грудня 2016 року № 1798-VIII¹¹, аналіз якого виходить за межі проблематики цієї статті, оскільки в ній йдеться лише про конституційний статус Вищої ради правосуддя.

Таким чином, Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 2 червня 2016 року № 1401-VIII змінено назву органу управління судової влади України – з «Вища рада юстиції» на «Вища рада правосуддя», значно розширено повноваження Вищої ради правосуддя, передусім щодо призначення на посаду судді та звільнення судді з посади, переведення судді з одного суду до іншого, притягнення до дисциплінарної відповідальності судді чи прокурора, надання згоди на затримання судді чи утримання його під вартою. Передача частини таких повноважень від Верховної Ради України та Президента України до Вищої ради правосуддя сприятиме деполітизації і зміцненню незалежності судової влади. Підвищення вимог до професійного складу та членів Вищої ради правосуддя сприятиме професіоналізації та підвищенню ефективності діяльності Вищої ради правосуддя. Такі зміни в компетенції, складі та порядку формування органу управління судової влади України наближають його статус до статусу аналогічного органу в зарубіжних європейських країнах, найпоширеніша назва якого – Вища рада магістратури.

1. *Конституционные акты Франции* // Конституции зарубежных государств: учебное пособие / сост. В.В.Маклаков. Москва: Волтерс Клувер, 2003. С.47-87. 2. *Конституция Италии* // Там же. С.180-212. 3. *Конституция Португальской Республики* // Конституции государств Европы: в 3 т. / Л.А.Окуньков (общ. ред. и вступ. ст.). Москва: НОРМА, 2001. Т.2. С.748-836. 4. *Конституція України*. Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 2-го скликання 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст.141. 5. *Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)*: Закон України від 2 червня 2016 року № 1401-VIII // Голос України. 2016. 29 червня. 6. *Юридична енциклопедія*: в 6 т. / редкол.: Ю.С.Шемшученко (голова редкол.) та ін. – Київ: Українська енциклопедія, 2003. Т.5. С.50. 7. *Юридична енциклопедія*: в 6 т. / редкол.: Ю.С.Шемшученко (голова редкол.) та ін. – Київ: Українська енциклопедія, 2004. Т.6. С.499. 8. *Конституция Литовской Республики* // Конституции государств Европы: в 3 т. / Л.А.Окуньков (общ. ред. и вступ. ст.). Москва: НОРМА, 2001. Т.2. С.332-362. 9. *Коргод С.О., Кресіна І.О., Прилуцький С.В.* Концепція реформування судової влади України // Судова апеляція. Науково-практичний журнал. 2015. № 3(40). С.25. 10. *Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)»*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57209. 11. *Про вищу раду правосуддя*: Закон України від 21 грудня 2016 року № 1798-VIII // Голос України. – 2017. – 4 січня.

Kolyukh Valeriy. Supreme Council of Justice: constitutional status in the context of Ukrainian and foreign experience

One of the most important features of the judiciary is its decentralized nature, absence of any subordination of some courts to the others. In the judiciary system each court operates independently of all other courts and any other public authorities.

Decentralized nature of the judiciary raises the problem of the court administration – coordination of actions of its different units, settlement of the common issues of the judiciary system and those that do not fall under the competence of the courts. In some countries, these administrative functions are performed by the Ministry of Justice, in others – by the Supreme Court. It is typical of the European countries to establish special regulatory body in the judiciary system. The most common name of such body in European countries is the Supreme Council of Magistracy. Other names of this body are as follows: the General Council of the Judiciary (Spain), National Judiciary Council (Poland), Supreme Judicial Council (Bulgaria), etc.

Significant amendments to the status of the regulatory body of the judiciary were introduced by the Law of Ukraine No. 1401-VIII "On Amendments to the Constitution of Ukraine (on Justice)" as of June 02, 2016, which serves as the basis for defining it as judicial reform.

Pursuant to constitutional amendments, the Verkhovna Rada of Ukraine shall not elect the judges; they shall be appointed only by the President of Ukraine upon the recommendation of a new regulatory body of the judiciary – the Supreme Council of Justice. It shall promote depoliticization of the judiciary and increase the role of the Supreme Council of Justice as a non-political body in the formation of the judiciary establishment.

The essential component of the judicial reform shall be limitation of the immunity of the judges.

The Judicial reform has also changed the procedure for formation of the regulatory body of the judiciary. Half of the Supreme Council of Justice shall be composed of the judges, thereby facilitating the professionalization and improving efficiency of its performance.

Thus, the Law of Ukraine No. 1401-VIII "On Amendments to the Constitution of Ukraine (on Justice)" as of June 02, 2016, changed the name of the regulatory body of the judiciary of Ukraine from the "High Council of Justice" to the "Supreme Council of Justice", greatly extended its authorities, especially with regard to appointment and dismissal of the judges, transfer of the judge from one court to the other, bringing judges to disciplinary liability, granting consent to arrest or detention of a judge in custody. Delegation of such authorities of the Verkhovna Rada of Ukraine and the President of Ukraine to the Supreme Council of Justice shall promote depoliticization and strengthen independence of the judiciary. Severization of requirements for professional composition and members of the Supreme Council of Justice shall contribute to the professionalization and improvement of efficiency of its performance.

Key words: the Supreme Council of Justice, the High Council of Justice, the Supreme Council of Magistracy, judiciary, judicial reform, constitutional status.

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ УСТАНОВЧОЇ ВЛАДИ НАРОДУ

Досліджуються концептуальні підходи до визначення поняття «установча влада народу», висвітлюються історичне та лексичне значення даного терміну, виокремлюються основні ознаки даного поняття на підставі чого пропонується авторське визначення поняття «установча влада народу»

Ключові слова: установча влада народу, установча влада, народний суверенітет, безпосередня демократія, народовладдя.

Янчук А. А. Актуальные вопросы определения понятия учредительной власти народа

Исследуются концептуальные подходы к определению понятия «учредительная власть народа», освещаются историческое и лексическое значение данного термина, выделяются основные признаки данного понятия, на основании чего предлагается авторское определение понятия «учредительная власть народа».

Ключевые слова: учредительная власть народа, учредительная власть, народный суверенитет, непосредственная демократия, народовластие.

Yanchuk Artem. Current issue definition of constituent power of the people

The article examines the conceptual approaches to the definition of «constituent power of the people», highlights the historical and lexical meaning of the term, distinguishes main features of this concept. Author proposes a definition of «constituent power of the people».

Key words: constitutive power of the people, constituent power, people's sovereignty, direct democracy, government by the people.

Безпосереднє здійснення влади народом характеризується наявністю послідовних, взаємообумовлених, врегульованих матеріальними і процесуальними конституційно-правовими нормами, видами діяльності народу. Саме тому дослідження видів, що направлені на безпосередню реалізацію належної народу влади є досить актуальним з точки зору вивчення правової природи безпосереднього народовладдя.

© ЯНЧУК Артем Олександрович – доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, заступник директора Інституту законодавства Верховної Ради України

Надзвичайно важливим видом діяльності народу, спрямованим на безпосереднє здійснення належної йому влади є установча діяльність народу. Здійснюючи установчу діяльність народ реалізує належну йому установчу владу, встановлює основні засади тих чи інших відносин, визначає форми державного правління чи територіального устрою, вирішує в якій державі хоче жити та з якими народами перебувати в одній державі тощо.

З огляду на зазначене впливає закономірне питання – а що ж саме необхідно розуміти під установчою владою народу? На актуальності даного питання повсякчас наголошують українські дослідники, стверджуючи, що ключовою проблемою розвитку вітчизняного конституціоналізму є формування науково обґрунтованої концепції установчої влади українського народу¹.

Дослідженню питань установчої влади народу присвячували свої праці такі дослідники як Ю.Г. Барабаш, О.В. Батанов, О.Л. Копиленко, В.Ф. Коток, В.В.Копейчиков, В.В. Кравченко, В.В. Комарова, М.В. Оніщук, В.Ф. Погорілко, О.В. Прієшкіна, І.Д. Сліденко, Л. Тельєн, О.Ю. Тодика, Р.Г. Гезей, Т.І. Кронін, Л. ЛеДюк, О.Г. Мурашин, Д. Хеллоуелл, В.Л. Федоренко, В.Є. Чиркін, В.М. Шаповал, Л.М. Шипілов, О.І. Ющик та ряд інших вчених.

Установча влада народу, як впливає з контексту частини другої статті 5 Конституції України може здійснюватися безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. В межах же даної статті ми будемо досліджувати тільки безпосередню установчу владу народу, адже питання щодо можливості здійснення органами державної влади та органами місцевого самоврядування установчої влади від імені народу вбачається вельми суперечливою, про що буде зазначено нижче.

Переважає більшість джерел установчу діяльність народу досліджує з точки зору визначення поняття «установчої влади», «здійснення установчої влади». Ми ж дані терміни в межах статті будемо використовувати як синоніми, вживаючи також і термін «установча діяльність народу», адже здійснюючи будь-який з видів діяльності, направлений на безпосередню реалізації належної йому влади, народ буде діяти владно, імперативно, а, отже, реалізуючи будь-який з видів діяльності, направлений на реалізацію належної йому влади, народ по суті буде здійснювати відповідну владу безпосеред-

ньо, тобто будь-якому з видів діяльності народу щодо безпосередньої реалізації належної йому влади, здебільшого, може кореспондувати якась з форм влади – контрольна, установча тощо.

При цьому різні автори, вживаючи різну термінологію, часто вкладають у неї і різний зміст, що пов'язано, в першу чергу, з відсутністю визначення відповідного поняття у Конституції України та діючому законодавстві.

Установча влада в контексті здійснення її народом уже стала предметом дослідження знаних українських конституціоналістів. Так, зокрема, Ю. Барабаш вивчаючи дану проблематику, зазначає, що установча влада Українського народу як конституційний феномен лише набуває своїх чітких рис².

На думку М. Савчина, установча влада — це правовий порядок реалізації суверенної влади народу України визначати та змінювати конституційний лад шляхом поєднання засобів безпосередньої та представницької демократії³. А Ю. Мірошніченко вважає, що установча влада Українського народу — це сукупність природних та закріплених Конституцією України виключних прав народу, наслідком реалізації яких є утворення власної держави з визначенням її території та конституційного ладу, а також періодичне переобрання вищого представницького органу і глави держави⁴.

Поняття установчої влади народу та форми її реалізації стали також і предметом вивчення українського вченого О.І. Ющика, який зазначає, що установча влада в сучасному суспільстві – один із видів суспільно-політичної влади, поряд з такими її видами, як законодавча, контрольна, судова тощо, котрі належать народу й здійснюються народом як єдина влада народу (народовладдя) безпосередньо та через органи державної влади й органи місцевого самоврядування, як зазначено у ст. 5 Конституції України⁵.

Таким чином, як ми бачимо, практично всі наведені визначення опосередковують установчу владу з можливістю її здійснення як безпосередньо народом, так і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. А деякі автори навіть намагалися дослідити функції парламенту та установчу владу народу з точки зору їх взаємодії⁶. Домінування зазначеного підходу, його панування в конституційній правосвідомості, доктрині та практиці, дозволяє окремим дослідникам навіть стверджувати про те, що виконання

єдиним органом законодавчої влади України деяких повноважень Українського народу, які є частиною змісту установчої влади, не перетворює Верховну Раду України в «орган» установчої влади⁷.

Однак, у даному питанні конституційно-науковий простір України не є однорідним. Так, наприклад, Т. Стецьків вважає, що за своїм змістом установча влада – це первинна влада, що належить безпосередньо установчому суб'єкту. Колись таким суб'єктом вважалися боги, що диктували посвяченим норми вічного Закону; потім роль такого суб'єкту узурпували монархи, що своєю милістю дарували закони своєму народу. Сьогодні ніхто не наслідиться підважувати думку, що таким сувереном є народ, який реалізує свій суверенітет як безпосередньо, так і через певні інституції, в тому числі виборні⁸. При цьому, Т. Стецьків зазначив, що Парламент є одним із елементів системи влади. І якщо він – парламент – приймає акт установчого характеру, тобто Конституцію, то це створює базову нерівноцінність вищих суб'єктів владних повноважень. А це означає певне узалежнення усіх інших інститутів влади від суб'єктивної волі того, хто приймає рішення, тобто парламенту⁹.

Пов'язана дана проблема з тим, що правова природа, роль конституцій у житті держави стала відігравати ключову юридичну і політичну роль, що й зумовило теоретичне обґрунтування необхідності прийняття конституції саме установчою, а не будь-якою іншою владою.

На сьогоднішній день наука навіть виробила теорію установчої влади, під якою сучасна юридична доктрина розуміє вчення, за яким конституція як основний закон держави визнається актом первинної (установчої) влади, що безпосередньо належить народові. Виникнення цієї теорії було зумовлене поширенням у 18 столітті концепції народного суверенітету та ідеї суспільного договору. Теорія концептуально сформульована в 1789 Е.Ж. Сьєєсом, який першим ужив відповідний термін. Він стверджував, що конституція є актом установчої влади. В тому самому 18 столітті спочатку було задекларовано, що зміни до конституції як основного закону можуть бути внесені лише за згодою усіх громадян (ідея суспільного договору)¹⁰.

Отже, сучасна наукова доктрина прямо пов'язує поняття «конституція» та «установча влада», вбачаючи діяльність останньої переважно у прийнятті чи ухваленні конституції. Через це, питання

щодо можливості здійснення установчої влади парламентом стоїть доволі гостро. Особливо в контексті прийняття, розробки та ухвалення конституцій та інших рішень установчого характеру.

Для розв'язання та теоретичного обґрунтування даного питання – щодо меж здійснення іншими порівняно з народом суб'єктами владних повноважень функцій щодо прийняття, розробки та ухвалення конституцій (а інколи і прийняття інших рішень установчого характеру) доктрина конституційного права вводить в науковий обіг та теоретично обґрунтовує поняття «конституанта». Так, юридична енциклопедія визначає конституанту (франц. *Constituante*, букв. установча – складова назви *Asamblee nationale constituante* – Національні установчі збори) як загальнонаціональний колегіальний представницький орган держави, спеціально утворюваний для розробки і прийняття конституції. У різних країнах конституанта має різні назви – власне установчі збори, конституційні збори (асамблея, конгрес, конвент), великі народні збори тощо. Нині прийняття основного закону конституантою як спеціальним представницьким органом є звичайною, хоч і не загальною практикою. З мотивів прагматизму нерідко застосовується прийняття конституцій парламентом¹¹.

Виходячи із зазначеного, на нашу думку, парламент або інший орган державної влади при здійсненні окремих дій, спрямованих на реалізацію належної народу установчої влади буде конституантою, а відповідно, швидше за все, здійснюватиме конституантну, аніж установчу діяльність.

Деякі ж автори розв'язують проблему даного співвідношення через пояснення дворівневості феномену установчої влади, що й впливає на існування відповідних конституант, зазначаючи, що установча влада – це форма для створення і творення конституції. Установчі збори, конституційний конвент, конституційна асамблея, врешті-решт – конституанта – все це форми первинного встановлення конституції. Вторинна установча влада – творить конституцію, тобто змінює її. За логікою демократії це може бути або парламент, або конституанта, або народ через відповідні організаційні форми (референдум тощо)¹².

Зазначений підхід до розуміння установчої влади, практика і аналіз чинної Конституції України дозволив Сліденку І.Д. зробити

висновок, що Верховна Рада узурпувала владу щодо зміни Конституції. Парламент, на його думку, за жодних умов не може бути ані єдиним, ані навіть основним суб'єктом установчої влади, оскільки це явно суперечить принципу належності влади народу, а установча влада – першоджерело влади і конституції¹³.

Ми ж не будемо детально зупинятися на дослідженні питання щодо можливості здійснення органами державної влади установчої влади народу, адже це не є предметом нашого дослідження, а зосередимось безпосередньо на вивченні самого поняття установчої влади народу.

Як уже зазначалося, термін та зміст установчої влади напряму пов'язаний з поняттям «конституція», а, можливо і прямо походить від нього, адже конституція з латинського *constitutio* – устрій, установлення¹⁴.

Термін установча влада перекладається з англійської мови як «*constituent power*», що свідчить про спільний корінь слів конституція та установча влада, а, отже, і про можливе походження даного терміну з поняття конституція, виділення з нього.

При цьому, даний термін має і певне вітчизняне історичне коріння. Так, поняття «устав», «уставне письмо», «урочисте письмо» почалося вживатися на наших теренах, як почерк давніх грецьких та слов'янських рукописів¹⁵. Згодом, у Київській Русі, Великому князівстві Литовському, Московському царстві, а згодом і в Російській імперії термін «устав», «устава» вживався в значенні закон, звід правил тощо (наприклад, Устав князя Ярослава)¹⁶. Таке лексичне, етимологічне та історичне значення даного терміну на українських землях означає, що воно могло лягти в основу використання терміну «установча влада народу», адже Устав передбачав здебільшого зводи законів князя, який на той час був абсолютним сувереном, володарем влади в державі, повним та непохитним авторитетом у суспільстві та здійснював належну йому владу переважно самостійно, одноособово.

Таким чином, історично поняття установчої влади народу увібрало в себе значення чогось вищого, важливого, установлюючого, неподільного, встановленого вищим володарем.

Для більш детального дослідження поняття установчої влади народу, на нашу думку, необхідно звернутися до розуміння поняття «установча, установчий», надати йому визначення.

Так, словник термінів і понять Законотворчої діяльності під поняттям установчої влади розуміє незалежну та самостійну публічну владу, яка займає місце в поділі влад поряд із законодавчою, виконавчою та судовою. Змістом установчої влади є повноваження з прийняття або внесення істотних змін до конституції держави¹⁷.

Великий тлумачний словник сучасної української мови під поняттям «встановлювати, установляти, установлювати, установити» розуміє ставити, поміщати десь що-небудь певним чином, підготовляючи до використання; споруджувати що-небудь на певному місці; взагалі ставити зручно, надійно; організовувати, здійснювати, налагоджувати; визначати, розпізнавати за певними ознаками; відкривати або стверджувати що-небудь, довівши, обґрунтувавши; створюючи, утверджувати, узаконювати що-небудь; вводити в дію, визначати що-небудь якимись заходами¹⁸.

Отже, установча діяльність – це та діяльність, яка передбачає заснування, створення чогось уповноваженим суб'єктом – засновником. В тлумачному словнику Ожегова С.І. і Шведової Н. Ю. заснувати означає заснувати, створити¹⁹, а засновник визначається як той, хто щось засновує, заснував що-небудь²⁰ тощо.

Таким чином, здійснення установчої влади народу передбачає в першу чергу заснування, створення чогось нового або істотно зміненого, вдосконаленого. А творцем цього, засновником може і має бути тільки народ. Зазначене дозволяє виділити такі ознаки установчої влади народу як самостійність та засновництво чогось нового або істотно зміненого (вдосконаленого).

Отже, лексичний та історичний аналіз терміну «установча», «установчий» дозволяє в загальному визначити поняття установчої влади народу, як спеціальної діяльності народу що має важливе значення, самостійний та засновницький характер і здійснюється вищим суб'єктом в ієрархічній системі владарювання – народом.

Проте, крім ознак установчої влади народу, які можна виявити в результаті історичного та лексичного аналізу даного терміну, необхідно також звернути увагу на певні ознаки установчої влади народу, які можна виокремити в результаті аналізу правових позицій Конституційного Суду України, який неодноразово вдавався до конституціоналізації або ж консервації конституційних положень про народовладдя, форми безпосередньої демократії, безпосереднє здій-

снення влади народом, а в окремих випадках, прямо вказував на установчий характер тієї чи іншої діяльності народу.

Рішення Конституційного Суду України, на жаль, не дають відповіді на питання, що ж саме розуміється під установчою владою народу. Однак аналіз даних рішень та правових позицій Суду, дозволяють, як уже зазначалося, виділити певні ознаки такої влади, зокрема:

- ознаки первинності, невідчужуваності та єдності установчої влади впливають з абзацу першого пункту 1 резолютивної частини Рішення від 5 жовтня 2005 року № 6-рп/2005²¹;

- важливою ознакою установчої діяльності народу є можливість встановлення та зміни конституційного ладу, що впливає з абзацу другого пункту 2 резолютивної частини Рішення від 5 жовтня 2005 року № 6-рп/2005²². А в пункті 1 Рішення від 16 квітня 2008 року № 6-рп/2008²³ Конституційний Суд України також передбачає спосіб безпосередньої діяльності народу щодо визначення основ конституційного ладу – шляхом прийняття Конституції України у порядку, який має бути визначений Конституцією і законами України;

- визначеність видів установчої діяльності як одна з ознак установчої влади народу впливає з абзацу третього пункту 4.2 мотивувальної частини Рішення від 5 жовтня 2005 року № 6-рп/2005²⁴, в якому Конституційний Суд України виходячи з аналізу норм чинної Конституції визначив види установчої діяльності народу щодо реалізації належної йому влади;

- у абзаці другому пункту 1 резолютивної частини Рішення від 5 жовтня 2005 року опосередковується така важлива ознака установчої влади народу, як обов'язковість наслідків, результатів такої діяльності²⁵;

- ознака виключності установчої влади народу та її належності тільки народу впливає з абзацу третього пункту 4 мотивувальної частини Рішення від 16 квітня 2008 року № 6-рп/2008²⁶;

- ознаки первинності та домінування установчої влади народу над іншими формами публічної влади органів державної влади та органів місцевого самоврядування впливають з абзаців другого, третього пункту 2 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 3 жовтня 1997 року № 4-зп/1997²⁷.

Крім наведеного, необхідно звернути увагу на те, що установча влада народу може виходити за межі реалізації результатів такої діяльності в межах держави, а, отже, в окремих випадках мати позадержавний механізм реалізації. Відбуватися це може, наприклад, тоді, коли народ у мирний або інший спосіб демонструє свою волю щодо бажання приєднатися до іншого народу, держави, створити абсолютно іншу державу, тощо.

Яскравим прикладом такої діяльності є проведення 1 грудня 1991 року всеукраїнського референдуму²⁸ на якому вирішувалося питання про підтвердження Акту проголошення незалежності України²⁹. Його результати були більш ніж переконливими – 90, 3 відсотка громадян Української РСР підтвердили чинність Акту проголошення незалежності України, що стало юридичним оформленням, легітимацією створення нової держави.

З зазначеного випливає, що результати установчої влади народу можуть втілюватися через санкціонування їх державою, або виходити за встановлені державою інституційні межі і реалізовуватися шляхом створення нової держави або приєднання до вже існуючої, делегування частини свого суверенітету іншим народам, державним або наддержавним утворенням тощо.

Виходячи з наведеного вище, лексичного та історичного аналізу терміну «установча влада народу», наукової літератури, правових позицій Конституційного Суду України, можна виділити наступні ознаки установчої влади народу: є виключним правом народу; має самостійний характер; має засновницький характер; має первинний та невідчужуваний характер; має обов'язковий, владний характер; характеризується єдністю визначальних елементів такої діяльності; характеризується повнотою такої діяльності; носить первинний та домінуючий характер по відношенню до діяльності органів публічної влади; є безпосереднім втіленням та реалізацією народного суверенітету; полягає у виключному праві визначати і змінювати конституційний лад в Україні; результати установчої діяльності народу можуть втілюватися через санкціонування їх державою або виходити за встановлені державою інституційні межі; втілюється у певних видах установчої діяльності, за допомогою якої народ визначає і змінює конституційний лад шляхом прийняття Конституції України, ухвалення і затвердження відповідних рішень, законів

(інших правових актів) і формування органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні; порядок здійснення установчої діяльності народом визначається Конституцією і законами України.

Підсумовуючи зазначене, та виходячи з наведених вище ознак, поняття «установча влада народу» необхідно визначати як виключне право народу на здійснення владної, самостійної діяльності, що має засновницький, первинний, обов'язковий та невідчужуваний характер, опосередковується повнотою та єдністю визначальних елементів такої діяльності та полягає в виключному праві прийняття найважливіших для існування народу та держави рішень, визначення і зміни конституційного ладу в Україні шляхом прийняття Конституції України, ухвалення і затвердження законів (інших правових актів), формування органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні або прийняття рішень, реалізація результатів яких виходить за встановлені державою інституційні межі.

1. *Максакова Р.* Ідея установчої влади народу в Декларації про державний суверенітет та Конституції України: проблеми співвідношення. URL: <http://www.viche.info/journal/2189/>. 2. *Барабаш Ю. Г.* Установча влада українського народу як конституційний феномен // *Право України*. 2009. № 11. С. 73-79. 3. *Савчин М.В.* Конституційний лад і Конституція : проблема співвідношення установчої та інституційної демократії // *Держава і право*. 2005. № 28. С. 226. 4. *Мірошніченко Ю.Р.* Установча влада Українського народу: сутність, зміст, проблеми та перспективи. URL: <http://www.miroshnychenko.ua>. 5. *Ющик О.І.* Конституційно-правові проблеми установчої влади в Україні. URL: <http://www.viche.info/journal/1778/>. 6. *Снігур І. Й.* Установча влада народу та установча функція парламенту (окремі аспекти взаємодії) // *Юридична наука*. 2011. № 1. С. 54–57. 7. *Мірошніченко Ю.Р.* Цит. праця. 8. *Стецьків Т.* Первородний гріх української конституції. URL: <http://zgroup.com.ua/article.php?articleid=2264>. 9. Там само. 10. *Юридична енциклопедія*: в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: “Укр. енцикл.”, 1998. Т. 6: Т–Я. 2004. С. 230. 11. *Юридична енциклопедія*: в 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: “Укр. енцикл.”, 2001. Т.3: К–М. 2001. С. 272-273. 12. *Сліденко І.Д.* Феноменологія конституційного контролю. Генеза, природа і позиціонування в контексті аксіологічних, епістемологічних, праксіологічних, синергетичних аспектів: монографія. Київ: Істина, 2010. С. 333-334. 13. Там само. С. 334. 14. *Юридична енциклопедія*: в 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: “Укр. енцикл.”, 2001. Т.3: К–М. 2001. С. 272-273. 15. *Українська радянська енциклопедія*. Т. 11, книга перша. Київ, Головна редакція Української радянської енциклопедії, 1984.

С. 510. **16.** *Юридична* енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: “Укр. енцикл.”, 1998. Т. 6: Т–Я. 2004. С. 226. **17.** *Законотворча* діяльність: Словник термінів і понять / за ред. акад. НАН України В.М. Литвина. Київ: Парламентське вид-во, 2004. 327. **18.** *Великий* тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь: ВТФ “Перун”, 2003. С. 1305. **19.** *Ожегов С.И., Шведова Н.Ю.* Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений / Российская академия наук. Институт русского языка им. В.В. Виноградова. Москва: Азбуковник, 1998. С. 846. **20.** Там же. С. 846. **21.** *Рішення* Конституційного Суду від 05.10.2005, № 6-рп/2005 “У справі за конституційним поданням 60 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частини першої статті 103 Конституції України в контексті положень її статей 5, 156 та за конституційним зверненням громадян Галайчука Вадима Сергійовича, Подгорної Вікторії Валентинівни, Кислої Тетяни Володимирівни про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої, четвертої статті 5 Конституції України (справа про здійснення влади народом) // Офіційний вісник України. 2005. № 41. Ст. 2605. **22.** Там само. **23.** *Рішення* Конституційного Суду від 16.04.2008, № 6-рп/2008 “У справі за конституційними поданнями Президента України про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої статті 5, статті 69, частини другої статті 72, статті 74, частини другої статті 94, частини першої статті 156 Конституції України (справа про прийняття Конституції та законів України на референдумі // Офіційний вісник України, 2008, № 32, ст. 1056. **24.** *Рішення* Конституційного Суду від 05.10.2005, № 6-рп/2005 “У справі за конституційним поданням 60 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частини першої статті 103 Конституції України в контексті положень її статей 5, 156 та за конституційним зверненням громадян Галайчука Вадима Сергійовича, Подгорної Вікторії Валентинівни, Кислої Тетяни Володимирівни про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої, четвертої статті 5 Конституції України (справа про здійснення влади народом) // Офіційний вісник України. 2005. № 41. Ст. 2605. **25.** Там само. **26.** *Рішення* Конституційного Суду від 16.04.2008, № 6-рп/2008 “У справі за конституційними поданнями Президента України про офіційне тлумачення положень частин другої, третьої статті 5, статті 69, частини другої статті 72, статті 74, частини другої статті 94, частини першої статті 156 Конституції України (справа про прийняття Конституції та законів України на референдумі // Офіційний вісник України, 2008, № 32, ст. 1056. **27.** *Рішення* Конституційного Суду у справі за конституційним зверненням Барабаша Олександра Леонідовича щодо офіційного тлумачення частини п'ятої статті 94 та статті 160 Конституції України (справа про набуття чинності Конституцією України) від 3 жовтня 1997 року № 4-зп/1997 // Офіційний вісник України. 1997. № 42. С. 59. **28.** *Про проведення* всеукраїнського референдуму в питанні про проголошення незалежності України : Постанова Верховної Ради України від 11 жовтня 1991 року № 1660-XII // ВВР України. 1991. № 48. Ст. 663. **29.** *Про проголошення* незалежності

України: Постанова Верховної Ради Української РСР від 24 серпня 1991 року № 1427-XII // ВВР України. 1991. № 38. Ст. 502.

***Yanchuk Artem.* Current issue definition of constituent power of the people** **Summary**

The article examines the conceptual approaches to the definition of «constituent power of the people», highlights the historical and lexical meaning of the term, distinguishes main features of this concept. One of the most important activities of people aimed at direct implementation of power is constituent activity of the people. In carrying out the constituent activity, the people realize the constituent power that belongs to him, establish the basic principles of these or those relations, determine the forms of state government or territorial organization, decide in what state to live and with what nations to be in one state etc. The constituent power of the people, as follows from the context of part two of Article 5 of the Constitution of Ukraine, can be exercised directly and through state authorities and local self-government bodies. Proceeding from the lexical and historical analysis of the term «constituent power of the people», scientific literature, legal positions of the Constitutional Court of Ukraine, we can distinguish the following characteristic features of the constituent power of the people: it is the exclusive right of the people; it has an independent character; has a constituent character; has a primary and inalienable character; has an obligatory, authoritative character; characterized by the unity of the defining elements of such activities; characterized by the completeness of such activities; is primary and dominant in relation to the activities of public authorities; is the direct embodiment and realization of people's sovereignty; is the exclusive right to determine and change the constitutional order in Ukraine; the results of the constituent activity of the people can be implemented through authorization by the state or go beyond the state institutional framework established by the state; is embodied in certain types of constituent activity with the help of which the people determine and change the constitutional system by adopting the Constitution of Ukraine, adopting and approving the relevant decisions, laws (other legal acts) and the formation of state authorities and local self-government bodies in Ukraine; the procedure for the implementation of the constituent activity of the people is determined by the Constitution and laws of Ukraine. Thus, the concept of «constituent power of the people» must be defined as the exclusive right of the people to exercise power, independent activity, has a constituent, primary, binding and inalienable character, is mediated by the completeness and unity of the defining elements of such activity and is the exclusive right to adopt decisions crucial for the existence of the people and the state, the definition and amendment of the constitutional order in Ukraine through the adoption of the Constitution of Ukraine, the adoption and approval of laws (other legal acts), the formation of public authorities and local government in Ukraine or decision-making, the implementation of which goes beyond the state institutional framework.

МІСЦЕВЕ САМОВРЯДУВАННЯ ЯК ПРИРОДНИЙ ПРОСТІР ТА ПРІОРИТЕТНА СФЕРА ЛЮДСЬКОЇ ЖИТТЄДІЯЛЬНОСТІ

Досліджено феномен місцевого самоврядування як природному простору та пріоритетної сфери людської діяльності. Розглядається життєдіяльність людини в умовах повсякденності в рамках територіальної громади і в умовах місцевого самоврядування як важливіший фактор в процесі формування її екзистенційних інтересів та потреб, що фактично детермінує таку діяльність в рамках життєвого циклу людини та її локальних асоціацій, а також в умовах формування та функціонування державності, причому як в ординарних, так і в екстраординарних її умовах.

Ключові слова: територіальна громада, місцеве самоврядування, екзистенційні інтереси людини, державність, людська діяльність.

Боярский А. А. Местное самоуправление как естественное пространство и приоритетная сфера человеческой жизнедеятельности

Исследован феномен местного самоуправления как естественного пространства и приоритетной сферы человеческой деятельности. Рассматривается жизнедеятельность человека в условиях повседневности в рамках территориальной громады и в условиях местного самоуправления как важный фактор в процессе формирования его экзистенциальных интересов и потребностей, фактически детерминируя такую деятельность в рамках жизненного цикла человека и его локальных ассоциаций, а также в условиях формирования и функционирования государственности, причем как в ординарных, так и в экстраординарных ее условиях.

Ключевые слова: территориальная громада, местное самоуправление, экзистенциальные интересы человека, государственность, человеческая деятельность.

Boyarisky Alexandr. Local government as a natural space and priority areas of human activity

The article investigates the phenomenon of local government as a natural space and priority spheres of human activity. The author examines human activity in terms of everyday life within a territorial community in terms of local government as an important factor in the formation of its existential interests and needs, which actually determines such activities within the life cycle of man and its local

associations, as well as the formation of the state, both in ordinary, and so extraordinary in terms of its operation.

Key words: *local community, local government, the existential interests of the human, state, human activity.*

Серед найбільших досягнень людської цивілізації особливо виокремлюється місцеве самоврядування як недержавний інститут самоорганізації та самоврядування жителів відповідних адміністративно-територіальних одиниць держави, що створюється з метою вирішення ними питань місцевого значення, які мають екзистенційний (життєво важливий) характер та здійснюється на основі Конституції держави та її законів.

В історичній ретроспективі інститут місцевого самоврядування трансформувався з самоорганізації людей в рамках первісної общини до системи суб'єктів місцевого самоврядування, включаючи й органи місцевого самоврядування, що набули статус органів публічної влади та функціонують в суспільстві і державі, володіючи конституційно-правовим статусом (ст. 7, Розділ XI Конституції України¹). Таким же правовим статусом, але первинним, володіє й територіальна громада як сукупність жителів відповідної території, що продукує відповідні інтереси та вирішує їх самостійно або під відповідальність органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб (ст. 140 Конституції України, ст. 2 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 р.²).

Звідси виникає проблематика «первинності» правосуб'єктності територіальної громади, що торкається не тільки, по-перше, глибинних онтологічних та аксіологічних засад місцевого самоврядування як локального соціального управління, по-друге, засад публічної влади, органи якої на різних рівнях здійснюють представництво народу як верховного суверена влади (публічна державна влада) та представництво територіальної громади на рівні місцевого самоврядування (публічна самоврядна (муніципальна) влада)³, а й, по-третє, організації та побудови на основі місцевого самоврядування життєвого простору, в якому люди-члени відповідної територіальної громади реалізують свій життєвий цикл, продукуючи та здійснюючи свої життєві устремління та інтереси, формуючи та використовуючи свої права.

Така первинність в системі суб'єктів місцевого самоврядування в гносеологічному розумінні означає, що саме з територіальної громади починається місцеве самоврядування; саме вона детермінує систему його суб'єктів і органів; саме в її інтересах діють всі інші суб'єкти та органи місцевого самоврядування.

Участь місцевого самоврядування в реалізації системного комплексу прав людини на відповідній території є одночасно і засобом реалізації гуманітарних функцій держави, що спрямовані на створення умов, які забезпечують нормальні умови життя людини, її вільний розвиток, створення рівних можливостей для кожного у досягненні суспільного добробуту та соціальної захищеності. У цьому аспекті реалізація місцевим самоврядуванням прав людини не тільки сприяє становленню та подальшому розвитку України як демократичної, правової, соціальної держави, а й трансформує територіальний та гуманітарно-ідеологічний простір навколо жителів відповідних її територій, що в свою чергу, модифікує, трансформує, вдосконалює у якісних характеристиках їх життєвий простір. Водночас, слід зазначити, що існуюча в Україні модель місцевого самоврядування сьогодні не відповідає соціальним очікуванням та потребам суспільства. Функціонування місцевого самоврядування у більшості територіальних громад не забезпечує створення та підтримки сприятливого життєвого середовища, необхідного для всебічного розвитку людини, її самореалізації, захисту її прав, надання якісних та доступних соціальних послуг, сталого розвитку сіл, селищ, міст тощо.

Доктринальні та прикладні аспекти функціонування місцевого самоврядування та його суб'єктів досліджували у своїх працях М. О. Баймуратов, І. В. Балабанова, Ю. Ю. Бальцій, О. В. Батанов, В. І. Борденюк, Є. А. Василькова, В. П. Грובה, В. М. Кампо, М. І. Корнієнко, В. В. Кравченко, А. Р. Крусян, П. М. Любченко, Н. В. Мішина, М. П. Орзіх, О. В. Прієшкіна, Х. В. Приходько, М. О. Пухтинський, О. В. Скрипнюк та ін. Однак, незважаючи на значний інтерес до конституційно-правових проблем реалізації місцевого самоврядування в Україні, комплексні дослідження у контексті формування життєвого простору для здійснення людської діяльності у вітчизняній юридичній науці поки що відсутні. Стан і недоліки конституційно-правового регулювання та практики функціонування місцевого самоврядування у сфері існування і діяльності локального

соціуму у вигляді територіальної громади, об'єктивують, актуалізують й обумовлюють необхідність здійснення такого дослідження в контексті наукового й праксеологічного забезпечення муніципальної реформи в Україні.

Системний аналіз місцевого самоврядування як найважливішого соціального та політико-правового феномену демократичної правової державності, дає змогу зробити висновок про те, що в основі «первинності» правосуб'єктності територіальної громади насамперед лежить людська діяльність, що здійснюється її членами – жителями відповідної території в умовах повсякденності⁴.

Більш того, питання місцевого значення, що вирішується членами територіальних громад в умовах своєї життєдіяльності, фактично формують основний об'єкт місцевого самоврядування та базуються на продукуванні та прояві різнорівневих та багато об'єктних інтересів, що мають життєво важливе, екзистенційне значення як для самої спільноти (колективний характер таких інтересів), так й для кожного її члена (груповий, індивідуальний характер таких інтересів).

Важливою ознакою здійснення людини своєї життєдіяльності є здійснення такої діяльності у рамках локального соціуму. Звідсіля локальний соціум, тобто територіальний колектив, територіальна спільнота, територіальна громада – виступають для людини: по-перше, як природна сфера її життєдіяльності; по-друге, як сфера прояву і реалізації всіх життєвих устремлінь та інтересів; по-третє, як сфера її фактичного життя в соціумі; по-четверте, сфера в рамках якої формуються та функціонують інститути локальної демократії, насамперед, інститути місцевого самоврядування; по-п'яте, як сфера в якій продукуються індивідуальні та колективні інтереси людини (жителя-членів територіальної громади); по-шосте, як сфера, в якій виникають муніципальні права людини і особистості; по-сьоме, сфера, що функціонує в ординарних та екстраординарних умовах існування державності; по-восьме, як в умовах ординарного, так й в умовах екстраординарного функціонування державності локальний соціум виступає природною сферою охорони і захисту прав і свобод людини.

Останній підхід є вельми важливим, як з онтологічної, так й з праксеологічної позицій, бо проблема людини і суспільства в таких умовах – нестабільності, перехідного періоду розвитку і кризи, військових конфліктів, екологічних і техногенних катастроф – є однією з

актуальніших, причому не тільки у філософській, соціальній, політичній та економічній науках, а й в правовій науці – особливо в конституційно-правовій та муніципально-правовій, що вибудовують парадигму нормативних взаємних відносин між державою, соціумом і особистістю як на макрорівні держави, так й на мікрорівні – на рівні територіальних громад.

Справа в тому, що екологічна криза, інформаційний та демографічний вибухи, небачені соціальні потрясіння, інтенсивна трансформація суспільних інститутів, усієї економічної, політичної, соціокультурної сфери в період трансформації соціуму призводять до розширення зон нестійкості і нестабільності, які оточують людину, змінюють її саму, її погляди, цінності, уявлення про сенс і мету буття. В цих умовах екстраординарного функціонування державності саме місцеве самоврядування становиться природною охоронюваною зоною існування, комфортного перебування і функціонування людини, хоча й місцеве самоврядування зазнає негативного впливу від наведених та інших чинників у вигляді негативних наслідків щодо звуження його компетенційної бази, появи втручання з боку органів державної публічної влади, відповідних змін в матеріальному чи фінансовому забезпеченні тощо – людина продовжує в його межах свою життєдіяльність та іншу діяльність у відповідності до своєї професійної та інших видів соціальних ролей.

Необхідно зазначити, що відмінною особливістю економічних, політичних і соціокультурних кризових процесів, що відбуваються сьогодні в нашому суспільстві, є переоцінка цінностей і переосмислення ролі, значимості людини і її вибору щодо сформованих глобальних проблем сучасності. Дійсно, те, що зовсім недавно сприймалося як непорушні постулати, сьогодні або повністю відкидається, або викликає сумнів в його «корисності», значущості, що призводить до невизначеності і навіть розгубленості людини, нездатності до швидкої трансформації її уявлень, установок, ціннісних орієнтацій – і як наслідок недоліків в мобільності життєвих устремлінь та інтересів. А це веде до того, що під загрозою знаходяться сама вкоріненість людини, її уявлення про соціальні цінності, рольові позиції в соціумі, прогрес, освіту, раціональність тощо. Таким чином, людина опиняється в епіцентрі як глобальних викликів і протиріч, так й їх локальних наслідків, що трансформують

звичні умови її життєдіяльності та деформують її життєві настанови.

Суперечливість і подвійність самої природи людини та невідзначеність суспільних процесів, що хаотично відбуваються навколо неї в оточуючому локальному, регіональному та глобальному світі, сприяють загостренню протиріч між прагненнями людини до стабільності і необхідністю його докорінної зміни, переоцінки своїх власних уявлень з метою виживання і адаптації в агресивному, а іноді й в альтернативному соціальному середовищі.

Треба визнати, що у наявності криза не тільки змістотворних життєвих і професійних цінностей, криза ідентичності, які сприяють деформації самосвідомості людини, втрату сенсу життя і професійної діяльності, а в підсумку й криза екзистенційних настанов, що завжди охороняли людину від негативу, бо містилися в її локальному житті та базувалися на комунікаційній взаємодії з іншими членами територіальної громади, з якими людина знаходилась в системних міжособистісних та колективних відносинах, що вели до задоволення її індивідуальних інтересів та потреб. Підсумком такого «локального розлому» є відсутність усвідомлення відповідальності не тільки перед самим собою, але й перед первинною мікрогромадою, членом якої людина є – рідними, близькими, родиною, друзями тощо, а також і перед макросуспільством (в нашому випадку перед територіальною громадою) в цілому, а також «розмиття» та нівелювання перспектив на майбутнє. Таку ситуацію в сучасній науці нерідко визначають, користуючись мовою синергетики, як «знаходження людини в точці біфуркації», тобто в критичній точці.

Разом з тим, слід наголосити, що в умовах кризового, перехідного періоду розвитку суспільства на всіх його рівнях (мікро-, мезо-, макросоціуму) відбувається трансформація змісту багатьох наукових категорій з використанням мови синергетики, яка фактично не тільки характеризує стратегію існування локальної територіальної спільноти, а й вибудовує концепт її функціонування, причому як в ординарних, так й в кризових умовах функціонування державності. В наукових дослідженнях це призводить або до формального перенесення понять з природничої області в гуманітарну, або до підміни смислів взагалі. Однак, в наведених умовах складний науково-теоретичний конструкт синергетики сьогодні адаптується до суперечливої

соціальної проблематики саме через можливість створення, існування, функціонування та розвиток колективних суб'єктів права, до яких й відноситься територіальна громада, що заснована на комунікаційній взаємодії її членів та їх спільній діяльності в рамках вирішення питань місцевого значення.

Необхідно вказати, що територіальна громада виступає одним з яскравіших соціальних феноменів, в якому евристичність міждисциплінарних і трансдисциплінарних стратегій, філософсько-методологічних і світоглядних можливостей синергетики є цілком очевидною і обґрунтованою не тільки цілою низкою сучасних наукових досліджень, а й результатами соціальної практики, що базується на спільному проживанні та стабільному функціонуванні людей в рамках територіальної громади, а точніше в межах дії місцевого самоврядування, його суб'єктів та органів⁵.

Складний науково-теоретичний конструкт синергетики адаптується до соціальної проблематики й в контексті історичного дискурсу. Розвиток людського суспільства на кожному конкретному історичному етапі в тій чи іншій мірі залежав від різних факторів – природних, соціальних, антропогенних і, останнім часом, техногенних, значення яких все більше наростає. Синергетична взаємодія була характерною для взаємодії природи і суспільства на різних етапах історичного розвитку, відігрававши свою позитивну роль у розвитку людини і природи. В кінцевому підсумку, людина в даний час настільки змінила навколишнє природне середовище, що в ньому відбуваються незворотні зміни, причому, як локального, так і глобального характеру – синергетичній взаємодії прийшов край. Але нічого більш ефективного ніж синергетична взаємодія з природою у людини і людства не існує – тільки такий шлях є єдиним і оптимальним заради відновлення природного балансу. Такий висновок можна зробити та він є застосовуваним й відносно спільної життєдіяльності людей в рамках територіальної громади.

Слід зазначити, що діяльність – це специфічно людська форма активного ставлення до світу, спосіб буття людини. Саме тим вона відрізняється від тварини, яка також діє, але зміст її дій і поведінки є пристосуванням до природних умов життя, її дії визначено успадкованими біологічними особливостями, видовими ознаками тваринного

світу. Більш того, поведінка тварини регулюється в основному інстинктами, і набутими умовними рефlekсами.

Людина ж не тільки і не просто пристосовується до природи, а й пристосовує природу до себе, перетворює її предмети так, щоб вони служили людським потребам – по великому рахунку вона «олюднює» природу і робить це в таких формах, такими способами, які створюються в процесі самої діяльності і розвиваються історично.

Функціонування людини в умовах первісного суспільства в первісній общині, в період існування міст-полісів Давньої Греції, муніципій в Стародавньому Римі, в умовах формування і функціонування міст за Магдебурзьким правом, в межах Запорізької Сечі, в умовах діяльності земських установ в період Російської імперії, в період жорсткої централізації державної влади у Радянський період, нарешті, формування і функціонування органів місцевого самоврядування європейського зразку в Українській незалежній державі – все це відклалося в історичній пам'яті народу України та лягло в основу його менталітету.

Слід зазначити, що територіальна громада в Україні з її звичаями і традиціями має суттєву історичну ретроспективу та ознаки глибокої давнини. Дослідник громади в Україні І. Черкаський слушно писав: «... про початок походження цієї установи ми не знаходимо жодних відомостей ні в літописах, ні в писаних законодавчих пам'ятках. З великою ймовірністю можна думати, що сільські громади постали за тих часів, коли слов'янські племена, які заселяли теперішню південно-західну Русь, ще не були об'єднанні в державні спілки під зверхньою владою господарів»⁶. Це підтверджує нашу позицію, що спільне існування людей обумовило та зробило актуальним саме колективістські засади такої взаємодії.

Видатний український науковець М. Грушевський, досліджуючи еволюцію територіальної громади в період Київської Русі, простежив процес розвитку такого соціального феномену, починаючи з родин та родів, і показав, як на певному етапі розвитку родинні зв'язки слабшали і зміцнювалися «мотиви територіальної близькості, сусідства, солідарності територіальної й економічної», як внаслідок поділу родин «рідні осідали побіч себе групами, і пізніше, як розросталися й ділилися ширші родини, на старих займанщинах повставали нові родини, зв'язані спорідненням і творили громаду»⁷. За М. Грушевсь-

ким, «сільській групі «родів» – дворищ досить близько відповідає громада Руської Правди – «вервь». Вона, з одного боку, не стільки не велика, що може ручити за своїх членів і відповідати за переступ, счинений на її території, з другого боку – се союз свобідний, її члени самі розпоряджають собою і укладають між собою умови»⁸. Вважаємо, що такий науковий підхід є дуже важливим не тільки з позицій ілюстративності виникнення територіальної громади – він демонструє:

а) глибинний функціональний потенціал цього об'єднання людей, що фактично ослабляє їх родинні зв'язки та посилює зв'язки територіально-функціональні;

б) фіксує виникнення нової ідеології, що виникає на засадах спорідненості людей, виходячи з загального місця їх мешкання;

в) демонструє інтеграційні засади нової людської соціальної спільноти, що викликає до життя якісно нову спорідненість в її рамках;

г) звертає увагу на договірний характер виникнення такої соціальної спільноти;

д) акцентує увагу на добровільному характері виникнення такої спільноти, що обумовлено ініціативою її членів.

Загальним для всіх наведених чинників є територіальна й економічна солідарність, що виникає як результат сумісної людської діяльності.

Необхідно вказати, що «Руська Правда» вже досить конкретно регулювала діяльність верві (територіальної громади). Системний аналіз цього історичного джерела свідчить, що «Руська Правда» прямо говорить про вервь або має її на увазі у 15 статтях. У них вона виразно значиться як територіальна організація сільського населення з конкретно визначеними функціями. На це передусім указує обширна територія, яку займає вервь, що закріплено в «Руській Правді»⁹. Таким чином, тут підтверджується особливе значення людської діяльності на відповідній території у виникненні самоврядних механізмів та інституцій.

У багатьох статтях «Руська Правда» накладає матеріальну відповідальність за злочини, вчинені на території верві, найперше на конкретну особу – злочинця, а вервь відповідає лише тоді, коли його не знайдено¹⁰. А те, що відповідальність виражається у матеріальному

відшкодуванні у вигляді штрафу, означає, що конкретна особа, член верві, мала економічну самостійність, що проявлялась в процесі індивідуальної праці чи колективної співпраці членів такої територіальної громади.

Пояснюючи термін «верв» М. Владимирський-Буданов, писав: «... та сама одиниця провінціального поділу як у південних і в північних землях називається верв'ю (корінь слова спільний індоєвропейський *worf*). Тій самій одиниці відповідають і назви «сотня» не тільки в міському, але і в провінціальному поділі»¹¹. Таким чином, колективне існування людей, що були об'єднані спільною діяльністю, було перенесено й розповсюджено з сільського на міський та провінціальний рівні.

Згодом, як підкреслює С. Юшков, «верв – це архаїчний інститут, який в основних руських центрах повинен був зникнути з розвитком феодалних відносин. Замість верві стали оформлятися сільські громади»¹². Наведений дослідник прямо вказує на трансформаційні процеси, що виникають в межах територіальної спільноти, вони базуються на її внутрішньому колективістському потенціалі та є безпосередньо пов'язаними з спільною діяльністю людей на відповідній території, з метою реалізації екзистенційних колективних та індивідуальних потреб.

Дійсно, еволюція територіальної громади в Україні тривала століттями. Тому роль та значення громади та інституту місцевого самоврядування, що є природною формою її існування та пріоритетною сферою в якій здійснюється багатоманітна людська діяльність, завжди були важливими в українському суспільстві.

Наприкінці ХІХ ст. І. Франко, розмірковуючи над значенням громад у політичному житті держави, писав: «... коли кожний повіт, кожний край, кожна держава складається з громад – сільських чи міських, то все одно перша і найголовніша задача тих, що управляють державою, краями, повітами, повинна би бути така, щоб добре упорядкувати і мудрими правами якнайліпше забезпечити ту найменшу, але основну одиницю. Бо коли громада зле впорядкована, бідна, темна і сама в собі розлазиться, то очевидно, ще й увесь побудований на ній порядок повітовий, крайовий і державний не може бути тривалий»¹³.

Слід зазначити, що не зважаючи на часовий континуум, в наведеній позиції І. Франка знайшли своє відображення фактично всі си-

стемні недоліки сучасного місцевого самоврядування, що не дають можливості йому розвиватися належним чином – відсутність належної правосуб'єктності територіальної громади, встановлення якої на пряму залежить від держави, недостатня матеріальна та фінансова база місцевого самоврядування, констатація факту «соціальної анемії» в процесі створення, існування і функціонування територіальних громад, відсутність мотивації у членів територіальної громади щодо активної участі в місцевому самоврядування, фіксація факту про структурну побудови держави, що складається з територіальних громад та ослаблення феномену державності в умовах наявності «слабкого» місцевого самоврядування тощо. Всі наведені тенденції на пряму є пов'язаними з людською діяльністю, що здійснюється в рамках місцевого самоврядування в процесі функціонування територіальної громади, в рамках якої люди вирішують свої екзистенційні потреби і інтереси.

Разом з тим, слід враховувати й той безперечний факт, що людина змінює не тільки простір навколо себе, а й саму діяльність, спираючись на свої знання про предмети та явища, їх властивості, причинні зв'язки й закономірності. Більш того, самі знання вона набуває, розширює, поглиблює на основі своєї діяльності та набутого в її результаті досвіду. Таким чином, людська діяльність має свідомий, осмислений, цілеспрямований характер. Форми її є різноманітними, вони залежать не тільки від властивостей самої людини, але й головне – від властивостей тих предметів, на які вона діє. Форми і способи діяльності закріплюються в колективному досвіді. За своєю онтологічною суттю діяльність має соціальну природу, бо вона: по-перше, відбувається в локальному соціумі по місцю проживання людини, тобто в територіальній громаді; по-друге, вона є пов'язаною з генерацією та продукуванням екзистенційних інтересів людини; по-третє, ці інтереси спрямовано на досягнення відповідного соціального результату – у підсумку вони трансформуються в питання місцевого значення, проходячи через індивідуальну, групову або колективну свідомість; по-четверте, вони реалізуються у переважній більшості в межах місцевого самоврядування.

Отже, можна констатувати, що саме місцеве самоврядування є тим соціальним і правовим простором в якому людина здійснює свою життєву діяльність та реалізує свої життєві устремління.

Важливим фактором формування інтересів людини в здійсненні своєї діяльності є умови повсякденності в яких вона діє. Повсякденність, повсякденне життя – є одним з процесів життєдіяльності людини, що виявляється в звичних загальновідомих ситуаціях і характеризується нереклексивністю, відсутністю особистісної залученості в ситуації, типологічним сприйняттям учасників взаємодії і мотивів їх участі¹⁴. Це область соціальної реальності, цілісний соціокультурний життєвий світ, котрий постає «природною», самоочевидною умовою життя людини. Це цілісний соціокультурний, життєвий світ, котрий постає у функціонуванні суспільства як «природна», самоочевидна умова людської життєдіяльності. Повсякденність може розглядатися як онтологія, як гранична умова людської діяльності. Дослідження повсякденності мають на увазі підхід до світу людини і до її життя як до цінності¹⁵.

Зазвичай поняття повсякденності розглядають на наступних протиставленнях: будні – дозвілля, свято; загальнодоступні форми діяльності – вищі спеціалізовані форми діяльності; життєва рутинна – моменти психологічної напруги; дійсність – ідеал.

При цьому люди виконують такий режим повсякденності або спільно, або так, що діяльність окремої людини є певною частиною, ланкою діяльності суспільства. Тому саме повсякденність дає, поперше, поштовх до виникнення, продукування екзистенційних інтересів окремої людини, груп людей, мікро-, мезо- і макротериторіальних спільнот та їх наступної реалізації, а, по-друге, вибудовують відповідну процесуалізацію такої повсякденності, що може бути відображеним у відповідному процесуальному ланцюжку: «людина» – «повсякденність» – «інтереси» – «громада» – «місцеве самоврядування» – «реалізація інтересів».

Якщо досліджувати більш глибокі мотивації людини в повсякденному житті в умовах повсякденності, які виникають в просторі місцевого самоврядування, то слід акцентувати увагу на тому, що системний аналіз її діяльності саме в такому просторі дає змогу виділити наступні моменти які є результатом «кристалізації» таких мотивацій: а) потреби, б) інтереси, в) мотиви, г) цілі, д) засоби, д) процес діяльності, е) її результат.

Потреби – це ті «вимоги», які людина ставить до навколишнього світу, природи, речей, суспільства і вирішення яких необхідне для по-

ліпшення її життя і благополуччя. Людські потреби є дуже різноманітними і належать до різних «рівнів» – від елементарних біологічних до найвищих духовних. У свою чергу, вони визначають інтереси. Інтерес – це об'єктивно обумовлене і соціально опосередковане (тобто, таке, що залежить від соціальної сутності людини, суспільних умов її життя) спрямування уваги і устремлінь на ті предмети і дії, якими можуть бути задоволені певні особи. Потреби властиві й тваринам, інтереси мають тільки люди.

Усвідомлені потреби і інтереси стають мотивами – спонуками, рушійними силами діяльності. Що саме, і для чого робить людина, безпосередньо визначається її мотивами. Знання мотивів є умовою правильної моральної оцінки вчинків, поведінки. Мета – це те, чого саме людина прагне досягти, щоб прийти до цього своєю діяльністю. Оскільки людина діє свідомо, вона, починаючи діяти, ставить перед собою мету (ідеальний образ бажаного майбутнього). При цьому використовуються різні засоби діяльності – матеріальні (знаряддя та ін.), інтелектуальні (знання, прийоми мислення, розв'язання задач). Система штучно створених засобів діяльності становить техніку, яку можна розділити на техніку матеріальної і техніку духовної діяльності. Одним з показників суспільного прогресу є розвиток техніки, її ускладнення, вдосконалення, поява нових її видів.

Здійснюючи індивідуально чи колективно мотивовану діяльність в локальному соціумі в рамках територіальної громади, людина досягає (повністю, частково або не досягає. – *Авт.*) відповідного соціального результату, до якого вона прагнула.

Таким чином, в межах місцевого самоврядування, що є природним простором для організації і реалізації людської діяльності, людина в умовах своєї повсякденної діяльності створює систему інтересів, реалізація яких впливає на формування її життєвих устремлінь через потреби, систему цілей і форм діяльності, а також на місцеве самоврядування у вигляді його об'єктного складу – що знаходить свій прояв у формуванні відповідного переліку питань місцевого значення.

Резюмуючи викладене вище, можна дійти наступних висновків:
- сучасна історія людської цивілізації є історією спільною людської діяльності, що здійснюється людьми на локальному рівні соціуму в рамках місцевої соціальної спільноти – територіальної громади, що

зазвичай конституюється, функціонує та розвивається в умовах місцевого самоврядування;

- проблематика «первинності» правосуб'єктності територіальної громади базується по-перше, на глибинних онтологічних та аксіологічних засадах місцевого самоврядування як локального соціального управління, по-друге, на засадах публічної влади, органи якої на різних рівнях здійснюють представництво народу як верховного суверена влади (публічна державна влада) та представництво територіальної громади на рівні місцевого самоврядування (публічна самоврядна (муніципальна) влада); по-третє, на організації та побудові на основі місцевого самоврядування життєвого простору, в якому люди-члени відповідної територіальної громади реалізують свій життєвий цикл, продукуючи та здійснюючи свої життєві устремління та інтереси, формуючи та використовуючи свої права;

- первинність територіальної громади в системі суб'єктів місцевого самоврядування в гносеологічному розумінні означає, що саме з територіальної громади починається місцеве самоврядування; саме вона детермінує систему його суб'єктів і органів; саме в її інтересах діють всі інші суб'єкти та органи місцевого самоврядування;

- хоча участь місцевого самоврядування в реалізації системного комплексу прав людини на відповідній території є одночасно і засобом реалізації гуманітарних функцій держави, що спрямовані на створення умов, які забезпечують нормальні умови життя людини, її вільний розвиток, створення рівних можливостей для кожного у досягненні суспільного добробуту та соціальної захищеності, тобто є пов'язаною з реалізацією основоположних прав людини – слід визнати, що існуюча в Україні модель місцевого самоврядування сьогодні не відповідає соціальним очікуванням та потребам суспільства, не забезпечуючи створення та підтримку сприятливого життєвого середовища, необхідного для всебічного розвитку людини, її самореалізації, захисту її прав, надання якісних та доступних соціальних послуг, сталого розвитку сіл, селищ, міст тощо;

- важливою ознакою здійснення людини своєї життєдіяльності є здійснення такої діяльності у рамках локального соціуму – звідсіля саме територіальний колектив, територіальна спільнота, територіальна громада – виступають для людини: як природна сфера її життєдіяльності; як сфера прояву і реалізації всіх життєвих устремлень

та інтересів; як сфера її фактичного життя в соціумі; сфера в рамках якої формуються та функціонують інститути локальної демократії, насамперед, інститути місцевого самоврядування; як сфера в якій продукуються індивідуальні та колективні інтереси людини (жителя-членів територіальної громади); як сфера, в якій виникають муніципальні права людини і особистості; сфера, що функціонує в ординарних та екстраординарних умовах існування державності, що на неї суттєво впливають; як в умовах ординарного, так й в умовах екстраординарного функціонування державності локальний соціум виступає природною сферою охорони і захисту прав і свобод людини;

- в умовах екстраординарного функціонування державності до суперечливої соціальної проблематики адаптується складний науково-теоретичний конструкт синергетики саме через можливість створення, існування, функціонування та розвиток колективних суб'єктів права, до яких й відноситься територіальна громада, що заснована на комунікаційній взаємодії її членів та їх спільній діяльності в рамках вирішення питань місцевого значення – це знаходить своє підтвердження як в умовах сьогодення, так й в історичній ретроспективі;

- за своєю онтологічною суттю діяльність людини має соціальну природу, бо вона: відбувається в локальному соціумі по місцю проживання людини, тобто в територіальній громаді; є пов'язаною з генерацією та продукуванням екзистенційних інтересів людини; ці інтереси спрямовано на досягнення відповідного соціального результату – у підсумку вони трансформуються в питання місцевого значення, проходячи через індивідуальну, групову або колективну свідомість; вони реалізуються у переважній більшості в межах місцевого самоврядування;

- люди виконуючи в своїй діяльності режим повсякденності – індивідуально, по-перше, дають поштовх до виникнення, продукування екзистенційних інтересів окремої людини, груп людей, мікро-, мезо- і макро- територіальних спільнот та їх наступної реалізації, а, по-друге, вибудовують відповідну процесуалізацію такої повсякденності, що може бути відображеним у відповідному процесуальному ланцюжку: «людина» – «повсякденність» – «інте-

реси) – «громада» – «місцеве самоврядування» – «реалізація інтересів»;

- досліджуючи більш глибокі мотивації людини в повсякденному житті в умовах повсякденності, які виникають в просторі місцевого самоврядування, слід акцентувати увагу на тому, що саме в цьому просторі виникає «кристалізація» таких її мотивацій: а) потреби, б) інтереси, в) мотиви, г) цілі, д) засоби, д) процес діяльності, е) її результат;

- в межах місцевого самоврядування, що є природним простором для організації і реалізації людської діяльності, людина в умовах своєї повсякденної діяльності створює систему інтересів, реалізація яких впливає на формування її життєвих устремлень через потреби, систему цілей і форм діяльності, а також на місцеве самоврядування у вигляді його об'єктного складу – що знаходить свій прояв у формуванні відповідного переліку питань місцевого значення.

1. Конституція України 1996 року // ВВР України. 1996. № 30. Ст. 141:
2. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21 травня 1997 року // ВВР України. 1997. № 24. Ст. 170. 3. Баймуратов М. А., Григорьев В.А. Муниципальная власть: актуальные проблемы становления и развития в Украине. Одесса: «Юридична література», 2003. 244 с. 4. Баймуратов М. А., Буряк Т.М. Объектный состав публичной самоуправленческой (муниципальной) власти: телеологические установки, идентификация, конституционно-правовая регламентация. Сумы: Університетська книга, 2007. 232 с. 5. Синергетическая парадигма. Человек и общество в условиях нестабильности: сб. статей [отв. ред. и сост. О. Н. Астафьева]. Москва: Прогресс-Традиция, 2003. 584 с. 6. Черкаський І. Громадський (копний) суд на Україні-Русі XVI – XVIII ст.: Праці комісії. Київ, 1928. С. 45. 7. Грушевський М. Історія України-Русі: в 11 т. Т. 2. Київ: Наукова думка, 1991. С. 352. 8. Там само. С. 360. 9. Довженко В.І. Землеробство Древньої Русі. Київ, 1961. С. 236. 10. Правда Русская. Москва; Ленинград: Изд-во АН СССР, 1940. Т.1. С. 404, 434. 11. Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. Київ, 1907. С. 79. 12. Юшков С.В. Русская Правда: происхождение, источники, её значение. Москва, 1950. С. 73-74. 13. Франко І. Що таке громада і чим вона повинна бути? // Збір. творів: у 50 т. Київ, 1985. Т. 44 кн. 1. С. 175. 14. Повседневность // Википедия. Свободная энциклопедия. URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/6> 15. Повседневность // Философский словарь. URL: http://dic.academic.ru/dic.nsf/enc_philosophy/8884/%D0%9F%D0%9E%D0%92%D0%A1%D0%95%D0%94%D0%9D%D0%95%D0%92%D0%9D%D0%9E%D0%A1%D0%A2%D0%AC

Boyarsky Alexandr. Local government as a natural space and priority areas of human activity

The article investigates the phenomenon of local government as a natural space and priority spheres of human activity. The author examines human activity in terms of everyday life within a territorial community in terms of local government as an important factor in the formation of its existential interests and needs, which actually determines such activities within the life cycle of man and its local associations, as well as the formation of the state, both in ordinary, and so extraordinary in terms of its operation.

The author argues that the modern history of human civilization is a history of common human activities carried out by people at the local level of society within local social community – the local community, which is usually constituted, operates and develops in local government.

Argues that the problems of "primacy" legal territorial community based, firstly, on the deep ontological and axiological principles of local government as local social control, and secondly, on the basis of public bodies, which carry different levels of the people as the supreme sovereign authority (public state authority) and of territorial communities at the local government (public self-governing (municipal) authorities); thirdly, the organization and building on the basis of local government living space in which people, members of the territorial community realize its life cycle, producing and performing their vital interests and aspirations, creating and using their rights.

Primacy of territorial communities in the system of local government in the epistemological sense means that it begins with the territorial community of local government; it is the system determines its agents and agencies; it is in the interests of all other operating entities and local governments.

An important feature of the implementation of its human life are such activities within local society – hence it is a territorial collective, territorial community, local community – appear to man, as its natural sphere of life; as the field of display and sale of all life aspirations and interests; as the scope of actual life in society; sphere in which are formed and functioning institutions of local democracy, above all, institutions of local government; a sector which produced individual and collective interests of the person (resident member community); as an area where there are municipal and individual rights; area, functioning in ordinary and extraordinary conditions of existence of the state, on which significant influence; as in the ordinary, and so extraordinary in terms of functioning local state society in favor of natural sphere of security and protection of rights and freedoms.

In terms of extraordinary operation state to controversial social issues adaptable complex scientific-theoretical construct synergy because of the possibility of establishing the existence, operation and development of collective rights, which include local community and that communication is based on the interaction of its members and their joint activities within the issues of local importance - it is confirmed as in the present, and so historically.

Exploring the deeper motivations of man in everyday life in terms of everyday life that occur in the area of local government, should focus on the fact that in this area

there is a "crystallization" of its motivations: a) needs b) interests c) motives d) purposes, g') means e) of the process, e) its result.

Within local government, which is a natural space for the organization and implementation of human activity, a person in terms of day to day operations creates a system of interest, the implementation of which affects the formation of its life aspirations because of needs, system objectives and modalities, as well as local governments in the form of its object - which finds its expression in the formation of the list of issues of local importance.

Key words: local community, local government, the existential interests of the human, state, human activity.

УДК 342.7

Б. Я. КОФМАН

ПРАВОРОЗУМІННЯ ЯК ОСНОВНИЙ ФАКТОР КОМУНІКАЦІЙНОЇ ВЗАЄМОДІЇ ЛЮДИНИ З ПРАВОМ

Досліджено праворозуміння як основному фактору комунікаційної взаємодії людини з правом. Розглядаються сутність, зміст і форми праворозуміння в контексті його ролі і значення в будівництві процесуальної взаємодії людини з правом. Доводиться існування процесуального ланцюжка, що відображає важливу і позитивну роль праворозуміння у комунікативній взаємодії права і людини, до якого входять такі ланки: «людина (суб'єкт праворозуміння)» – «право у широкому розумінні (правові цінності, ідеали, теорії, принципи, норми тощо)» – «розумовий процес в свідомості людини (суб'єкта праворозуміння) в контексті сприйняття та аналізу правових явищ (індивідуальне, групове, колективне праворозуміння)» – «правова соціалізація суб'єкта праворозуміння».

Ключові слова: *людина, право, праворозуміння, суб'єкт праворозуміння, об'єкт праворозуміння, зміст праворозуміння, результат праворозуміння, правова соціалізація.*

Кофман Б. Я. Правопонимание как основной фактор коммуникационного взаимодействия человека с правом

Исследован феномен правопонимания как основной фактор коммуникационного взаимодействия человека с правом. Рассматриваются сущность, содержание и формы правопонимания в контексте его роли и значения в строительстве процессуального взаимодействия человека с правом. Доказывается существование процессуальной цепочки, отражающей важную и по-

ложительную роль правопонимания в коммуникативном взаимодействии права и человека, в которую входят такие звенья: «человек (субъект правопонимания)» - «право в широком смысле (правовые ценности, идеалы, теории, принципы, нормы и т.д.)» - «мыслительный процесс в сознании человека (субъекта правопонимания) в контексте восприятия и анализа правовых явлений (индивидуальное, групповое, коллективное правопонимания)» - «правовая социализация субъекта правопонимания».

Ключевые слова: человек, право, правопонимание, субъект правопонимания, объект правопонимания, содержание правопонимания, результат правопонимания, правовая социализация.

Kofman Boris. Legal thinking as a communication stage human interaction with law

The article investigates the phenomenon of legal thinking as a fundamental factor of human interaction with the communication right. We consider the nature, content and form of thinking in the context of its role and importance in building human procedural interaction with law. The existence of procedural chain, reflecting the important and positive role in thinking communicative interaction and human rights, which includes the following links: "man (thinking subject)" - "right in the broadest sense (legal values, ideals, theories, principles, norms etc.)" - "the thought process in the mind (thinking subject) in the context of perception and analysis of legal phenomena (individual, group, collective thinking)" - "legal entity socialization thinking subject".

Key words: man, law, legal thinking, the subject of legal thinking, of legal thinking entity, of legal thinking content, of legal thinking result, legal socialization.

Загальновідомо, що право є одним із надзвичайно складних соціальних явищ, причому як для розуміння, так й для виконання. Право виникло у далекій історичній ретроспективі і формувалося протягом тривалого історичного періоду, більш того, кожна історична епоха виробила своє розуміння права. І тому феномен праворозуміння неможливо пізнати без висвітлення історичних аспектів виникнення, становлення і розвитку права.

На думку визначного вітчизняного вченого-теоретика права М.І. Козюбри, проблему розуміння права без перебільшення можна віднести до числа «вічних». Починаючи з виникнення професійної юридичної діяльності й до сьогодні не було й немає, мабуть, жодного юриста, який би не замислювався над питанням, що таке право, і не намагався дати відповідь на нього. Тим більше зросла увага до цього питання із зародженням теоретичних знань про право. Сотні й тисячі років мислителі різних народів – філософи, соціологи, пра-

вознавці – намагалися його з'ясувати. Проте проблема праворозуміння і нині залишається центральною для юриспруденції¹.

В цьому контексті треба навести слова нашого співвітчизника – видатного теоретика права і соціолога Б. Кістяківського, який ще на початку XX століття писав: «У жодній іншій науці немає стільки суперечливих теорій, як в науці про право. При першому знайомстві з нею виникає таке враження, ніби вона тільки й складається з теорій, що взаємно виключають одна одну. Найбільш суттєві питання про сутність і невід'ємні властивості права вирішуються різними представниками науки про право зовсім по-різному. Суперечка між теоретиками права виникає вже на початку наукового пізнання права, навіть більшою мірою, саме з приводу вихідного питання – до якої сфери явищ належить право – починається непримириме розділення напрямів і шкіл у цій науці. Достатньо згадати найсуттєвіші відповіді на останнє запитання, щоб відразу отримати яскраве уявлення про те, в якому невизначеному стані перебуває ця сфера наукового знання»². Системний аналіз наведеного доктринального підходу яскраво свідчить про те, що проблематика праворозуміння, по-перше, залишається не тільки актуальною, але, по-друге, виступає в якості питання, що рефлексує та об'єктивує всю правову науку як складний пізнавальний та досить конфліктогенний простір. Крім того, по-третє, особливо важливу роль праворозуміння грає не стільки на професійному, скільки на повсякденному рівні серед пересичених фізичних осіб, громадян держави, що повинні виконувати правові приписи та керуватися у своєму житті його настановами, а це робить праворозуміння центральною проблемою складних відносин між людиною і правом, надає цій проблематиці особливого значення та обґрунтовує її важливу роль у житті суспільства і держави.

Звідси такий підхід детермінований не тільки і не стільки різними доктринальними підходами до визначення та пізнання права, але й особливою важливістю феноменології права для стабільного функціонування особистості, соціуму і держави. У процесі взаємодії людини з правом саме праворозумінню належить велике функціональне, гносеологічне, аксіологічне, праксеологічне і інституційне значення як соціально-індивідуальному, соціально-груповому і соціально-колективному феномену, який безпосередньо впливає на

становлення правової свідомості індивідуума, групи індивідуумів та їх великих спільнот. Більш того, саме праворозуміння виступає, по-перше, процесом пізнання людиною права; по-друге, засобом такого пізнання; по-третє, результатом такого пізнання, який формується у підсумку комунікативного зв'язку людини з правом та закріплюється у відповідній формі праворозуміння.

Теоретичною основою дослідження соціального і правового феномену праворозуміння стали концептуальні узагальнені положення, що містяться в роботах як вітчизняних, так і зарубіжних учених пострадянського простору, серед яких: А.В. Аверін, С.С. Алексєєв, М.Й. Байтін, В.М. Баранов, Х. Бехруз, М.А. Дамірлі, В.В. Дудченко, О.В. Зайчук, А.А. Козловський, М.І. Козюбра, В.М. Кудрявцев, В.В. Лазарев, Р.З. Лівшиць, Л.А. Луць, Н.І. Максимова, А.В. Малько, Г.В. Мальцев, М.М. Марченко, М.І. Матузов, В.С. Нерсисянц, Ю.М. Оборотов, Н.М. Оніщенко, М.П. Орзіх, А.В. Петров, А.В. Поляков, П.М. Рабінович, О.М. Савчин, О.Ф. Скакун, В.П. Сальников, І.М. Сенякін, В.М. Синюков, В.М. Сирих, О.Д. Тихомиров, Ю.О. Тихомиров, Р.О. Халфіна, С.О. Харитонов, Л.С. Явич, О.Н. Ярмиш та ін.

Проблематика праворозуміння знаходилась і знаходиться в фокусі наукових досліджень широкого кола іноземних фахівців, які розглядають важливі для її визначення питання: Б. Аннерса, А. Барака, К. Барнара, Г. Дж. Бермана, Дж. Бернала, Г.В.Ф. Гегеля, Р. Давида, Е. Дженкса, М. Коена, Р. Кросса, Т. Куна, І. Лакагоса, Ж.-М. Ламбера, Ш.-Л. Монтеск'є, К. Осакве, М. Полані, К. Поппера, Р. Рорті, П. Сандевутара, Е. Сервері, С. Тулміна, Р. Волкера, П. Фейєрабенда, Л. Фрідмана, М. Фуко та ін.

В останнє десятиріччя проблематика праворозуміння вийшла на передній план юридичної науки України. Так, лише протягом означеного періоду в Україні було захищено саме з питань праворозуміння понад 10 кандидатських і 3 докторських дисертацій. Крім того, на пострадянському просторі із зазначеного напрямку були опубліковані монографічні праці С. Алексєєва, М. Байтіна, Г. Бернадського, В. Дудченко, А. Козловського, С. Максимова, Г. Мальцева, М. Марченка, П. Оля, Л. Петрової, А. Полякова, В. Пристенського, І. Тімуш, Н. Царькова, І. Честнова, В. Шафірова та ін.

Разом з тим, проблематика праворозуміння, особливо в контексті комунікаційної взаємодії людини і права, не дивлячись на велику кількість наукових робіт, залишається явно не досліджуваною, тому темою даної статті є розгляд концептуальних питань щодо ролі феномену праворозуміння як основного комунікаційного етапу взаємодії людини з правом.

Дослідженню феноменології праворозуміння в науці завжди приділялося багато уваги. Більш того, й до революції, за радянської влади, і в даний час пошук визначення права має постійний характер. Але єдиного визначення права не сформовано до теперішнього часу. Для визначення ролі праворозуміння у відносинах людини і права, вважаємо за потрібне зробити декілька зауважень методологічного характеру.

По-перше, треба враховувати, що право – є явищем багатограним. Тому його розуміння, звичайно, є складним не тільки інтелектуально-розумовим процесом, а й виступає як процесуально обтяжливе явище, що має внутрішньоструктурну, етапно-стадійну характеристику, бо включає ряд етапів вироблення ставлення до права, його усвідомлення, формулювання його поняття. Право, є явищем, що може бути конкретизованим. Тобто його розуміння, насамперед, являє собою основу правової системи суспільства, так як саме праворозуміння є тим ключовим фактором, що безпосередньо впливає на розуміння інших категорій правової системи.

По-друге, визначення категорії «праворозуміння» представляє не тільки найбільший доктринальний інтерес, а й відповідні труднощі в семантичному розумінні цього феномену, насамперед, відносно його змістовного навантаження. Так, вважаємо, що слід погодитись з дослідником В.І. Поповим, який вважає, що «праворозуміння не повинно зводитися лише до дефініції права. Це комплексне поняття, що охоплює закономірності виникнення, розвитку і функціонування права, правосвідомість, правовідносини і т.д.»³. Тобто, наведений вчений-теоретик права виступає за широке тлумачення праворозуміння та включення до його складу великої кількості правових явищ, що є тісно пов'язаними між собою не тільки загальним явищем права, а й відповідним причинно-наслідковим зв'язком. Разом з тим, саме по цих аспектах інший дослідник Є.М. Арістов пропонує не погоджуватися з твердженням В.І. Попова

в тій частині, де поняттям праворозуміння охоплюються правосвідомість і правовідносини. На його погляд, ці категорії пов'язані з розумінням права, можна сказати, «йдуть» за ним, але не входять до його поняття⁴.

Особливо цінним і спірним в доктринальній позиції В.І. Попова є визначення онтологічної природи праворозуміння та його структури. Так, він вказує, що «праворозуміння – це філософсько-правова категорія, що відноситься до області доктринальної правосвідомості, що охоплює закономірності виникнення, розвитку, функціонування права і правових явищ. Праворозуміння, – говорить він, – представлено у вигляді конкретних правових ідей, систем поглядів, теоретичних конструкцій, що містять в собі певні закономірності як генетичного, так і гносеологічного плану»⁵. Аксиологічна цінність цієї позиції міститься в структурному визначенні праворозуміння, що постає перед нами у вигляді: а) конкретних правових ідей (праксеологічні засади), б) систем поглядів (соціально-аксіологічні засади), в) теоретичних конструкцій (доктринальні засади), що містять в собі певні закономірності як генетичного, так і гносеологічного плану.

Разом з тим, по-перше, спірною в наведеній доктринальній думці є пропозиція автора про відношення праворозуміння до області доктринальної правосвідомості, що є невірним не тільки з позиції обмеження кола суб'єктів праворозуміння – бо таке вузьке поняття праворозуміння абсолютно виключає можливість розуміння права суб'єктами, що не мають доктринальної правосвідомості – тобто, якщо ми погодимось з цією авторською пропозицією, то праворозуміння – це доля винятково вчених-юристів, але ніяк не юристів-практиків або взагалі не юристів. Разом з тим, є загальновідомим, що у процесі розуміння права, брати участь в розумовому пізнавальному процесі може будь-яка людина або навіть група осіб.

По-друге, така доктринальна думка є спірною з позицій формальної логіки, так як спочатку потрібно зрозуміти, що є право, і тільки вже потім на підставі такого розуміння можуть виникнути і виникають емоції, почуття, погляди, настрої, які виражають ставлення до права, що діяло, чинному праву і праву бажаному.

По-третє, наведена думка страждає відсутністю чітких гносеологічних орієнтирів – введення автором в поняття праворозуміння

правових ідей, теоретичних конструкцій щодо права є позитивним, бо таким чином, в поняття праворозуміння автор включає результат розумової діяльності людини, однак він одночасно не акцентує увагу на тому, що праворозуміння, насамперед, є процесом пізнання, спрямованим на отримання таких знань. З такої точки зору, цей момент, на думку Є.М. Арістова, є принциповим, тому що таке визначення праворозуміння максимально зближує його з поняттям «концепція праворозуміння», яка, по суті, є результатом пізнання⁶.

Інший, більш складний у психологічному аспекті підхід до розуміння категорії «праворозуміння», демонструє дослідник А.В. Скоробагатов, який вважає, що «розуміння права розглядається як метод конструювання або породження сенсу права, дорефлективне (іраціональне) схоплювання змісту правових явищ, що передують будь-якій подальшій аналітичній пізнавальній діяльності, що є пов'язаною з реконструкцією особистісних вимірів об'єктивованих явищ»⁷. Системний аналіз наведеної доктринальної позиції свідчить про те, що, по-перше, цей автор вважає, що праворозуміння будується не на пізнанні права, а на розумінні правових явищ, їх інтуїтивному осягненні і є основою подальшого сприйняття права; по-друге, такий підхід є контроверсивним, бо фактично підміняє послідовність розуміння стадійної характеристики праворозуміння – його автор робить акцентуацію скоріше на передрозумінні, як елементі герменевтичного кола, що сприяє і передбачає пояснення явища права, а не праворозуміння в чистому вигляді; по-третє, такий підхід перетворює праворозуміння з аналітичної пізнавальної діяльності, що є суто раціональною, в іраціональну діяльність, що виникає на рівні рефлексії оточуючого світу; і, по-четверте, хоча автор й пов'язує праворозуміння з реконструкцією особистісних вимірів об'єктивованих явищ, він не робить акцент на тому, що така реконструкція відбувається під впливом відповідної правової установки особистості, тобто під впливом соціалізації, а точніше, правової соціалізації особистості.

Інший варіант визначення праворозуміння можна зустріти у С.А. Олександрової. Вона вказує, що це, перш за все, «процес пізнання, пізнавальна діяльність, спрямована на вивчення, пояснення і вироблення уявлення про право, визначення системи елементів, що становлять його сутність»⁸. На наш погляд, автор у своєму ви-

значенні, по-перше, за структурними елементами результативності праворозуміння втрачає його змістовне навантаження; по-друге, наведена авторська дефініція праворозуміння не відображає кінцевий результат процесу пізнання права, тобто, онтологічну характеристику праворозуміння – визначення сукупності ідей, теорій про право, що з'явилися результатом процесу розуміння.

Резюмуючи, можна дійти висновку, що наведені вище визначення праворозуміння, на наш погляд, не носять не тільки універсального характеру, а й є фрагментарними, бо так чи інакше відображають лише якусь одну його складову. Найбільший праксеологічний інтерес у цьому питанні представляє позиція Н.Д. Железної, яка пропонує виділяти два аспекти праворозуміння:

1) як наукову категорію, що з'явилася результатом наукової активності і осмислення, і сприйняттю науковим співтовариством шляхом введення в загальну теорію права (доктринальний аспект), і

2) як процес наукового пізнання права, його сутності, принципів і ознак, що носить соціальний характер⁹ (філософсько-соціальний аспект).

Вважаємо, що такий підхід до виділення аспектів праворозуміння несе в собі раціональний потенціал, бо фактично дозволяє найбільш повно розкрити гносеологічне навантаження терміну «праворозуміння». Виходячи з його першого, доктринального аспекту, на думку цього представника доктрини, під праворозумінням слід розуміти «систему знань про найбільш загальні закономірності становлення і функціонування права, визнаних логічно і об'єктивно істинними, і як такі включених до складу науки правознавства, що існує в даному, певному конкретно-історичному суспільстві»¹⁰. Таким чином, праворозуміння як наукова категорія являє собою результат, систему знань, що має логічний і впорядкований характер та відповідає вимогам організації та філософії науки. Ці знання виражені в поняттях, принципах, дефініціях, доктринально-теоретичних конструкціях, взаємозв'язках тощо – тобто, в тих категоріях, якими користується будь-яка наукова теорія. Більш того, така наукова теорія праворозуміння відображає як технологію, так й підсумки пізнання об'єктивних закономірностей функціонування права.

У другому аспекті, що акцентує увагу на феномені праворозуміння, як процесі пізнання права, названий автор пропонує тлу-

мачити і розуміти його саме в діяльнісному аспекті як особливий спосіб соціальної діяльності, спрямований на пізнання загальних закономірностей функціонування права, на представлення отриманих знань у формі наукового (логічно і об'єктивно істинного) знання, а також на впровадження теорій і концепцій, що утворилися в результаті цього в якості загальноновизнаних підстав правових практик, що реалізовується особливими (науково-правовими) соціальними інститутами та суб'єктами в специфічній формі і з застосуванням спеціального (науково-правового) інструментарію пізнання (методу)¹¹.

Тобто, праворозуміння розуміється як розумова (інтелектуальна, раціональна) діяльність, що є пов'язаною з формуванням самого поняття права (його ідентифікацією), його сутності (його онтологією), його розумінням (його гносеологією), його цінністю (його аксіологією), його елементним складом і побудовою системи права (його структурною характеристикою). Разом з тим, слід наголосити, що не дивлячись на досить позитивні результати такого «двоїстого» визначення праворозуміння, автору такого підходу не вдалось виробити єдине, інтеграційне визначення праворозуміння, яке об'єднало б обидва виділені аспекти.

В цьому контексті привертає увагу інтеграційна дефініція праворозуміння, що пропонується Є.М. Арістовим, згідно якої праворозуміння як наукова категорія означає «розумовий процес, який здійснюється окремою людиною або групою осіб, спрямований на пізнання права, а також його результат, що виражається у формулюванні знань про право, які представляють певну систему»¹².

Системний підхід до тлумачення цієї доктринальної позиції дає змогу зробити декілька висновків, що мають методологічне значення не тільки для розуміння і визначення конституційно-інституційних складових феномену праворозуміння, а для з'ясування його засадничої ролі як комунікативно-медіаторського фактора у взаємодії людини з правом:

- по-перше, оскільки праворозуміння завжди здійснюється окремою людиною або групою осіб, воно носить суб'єктивний характер (суб'єктивна складова);

- по-друге, оскільки праворозуміння завжди здійснюється окремою людиною або групою осіб, воно може бути охарактеризовано

як діяльність, що здійснюється відповідними суб'єктами (суб'єктна складова);

- по-третє, оскільки праворозуміння – це розумовий процес, який здійснюється окремою людиною або групою осіб, спрямований на пізнання права, а також його результат, воно може бути кваліфіковано як раціонально-інтелектуальна діяльність (раціонально-інтелектуальна складова);

- по-четверте, оскільки праворозуміння – це розумовий процес, який здійснюється окремою людиною або групою осіб, спрямований на пізнання права, а також його результат, воно може бути кваліфіковано як об'єктна діяльність (об'єктна складова);

- по-п'яте, оскільки результат праворозуміння виражається у формулюванні знань про право, то воно може бути охарактеризовано як наративно-результативна діяльність (наративна-результативна складова);

- по-шосте, оскільки праворозуміння є розумовим процесом, що виражається у формулюванні знань про право (наявність причинно-наслідкового зв'язку), то воно може бути кваліфіковано як системна діяльність (системна складова);

- по-сьоме, оскільки праворозуміння сприяє виникненню стійкого зв'язку між людиною чи групою людей і правом, то можна стверджувати, що воно володіє комунікаційним потенціалом (комунікативна складова);

- по-восьме, оскільки праворозуміння демонструє важливі соціально-ціннісні орієнтири, що виникають в державно організованому соціумі в процесі комунікації людини з правом, можна стверджувати про наявність в ньому могутнього аксіологічного потенціалу (аксіологічна складова);

- по-дев'яте, оскільки праворозуміння реалізується в рамках людського соціуму та виступає обов'язковим фактором у побудові правової соціалізації людини, можна стверджувати, що воно володіє могутнім соціальним наповненням (соціальна складова);

- по-десяте, оскільки праворозуміння лежить в основі виникнення, функціонування та розвитку державноорганізованого суспільства, державності, наявності системи державно-правових інститутів та існування прав людини, можна стверджувати про на-

явність його могутнього онтологічного (епістемологічного) потенціалу (онтологічна складова);

- по-одинадцять, оскільки праворозуміння веде до усвідомлення процесів формування правового положення особистості, реалізації її правового статусу, можна стверджувати про його великий гуманістичний потенціал (гуманістична складова);

- по-дванадцять, оскільки праворозуміння веде до виникнення системи знань про право, а основу останнього складають правові норми, можна стверджувати про його реалізацію завдяки застосуванню останніх, та отже, наявність нормативної характеристики праворозуміння у його різних варіаціях (нормативна складова);

- по-тринадцять, оскільки праворозуміння веде до виникнення у людини (групи людей) системи знань про право, що будуть використані в процесі їх функціонування в рамках соціуму, міжособистісних зв'язках та в рамках державно-правової реальності, можна говорити про наявність в праворозумінні могутнього праксеологічного потенціалу (праксеологічна складова);

- по-чотирнадцять, оскільки праворозуміння це розумовий процес, який здійснюється окремою людиною або групою осіб, спрямований на пізнання права, а також його результат, можна говорити про відповідний порядок його існування, здійснення та реалізації у відповідних формах, тобто про процесуальну характеристику праворозуміння як соціального феномену та наукового поняття (процесуальна складова).

Виходячи з попереднього аналізу, представляє інтерес у розрізі нашого дослідження наступні питання, що найбільш яскраво демонструють та підтверджують роль праворозуміння у становленні зв'язків людини і права:

- яким є суб'єктний склад праворозуміння?
- які існують типи (форми) праворозуміння?
- як відбувається правова соціалізація особистості?

Попередній аналіз феномену праворозуміння яскраво підтверджує, що воно є дуже складною і системною категорією. Тому, як і будь-яка складна категорія, праворозуміння має свою внутрішню структуру. Більшість представників доктрини вважає, що в такій структурі праворозуміння подібно правовідносинам можна виділити такі елементи, як суб'єкт праворозуміння, об'єкт, зміст і результат.

Вважаємо, що саме така побудова дасть відповіді на поставлені вище питання.

1. Досліджуючи суб'єкт праворозуміння треба акцентувати увагу на його природі – воно є розумовим процесом, отже, за допомогою методу виключення, можна однозначно стверджувати, що воно може здійснюватися тільки фізичними особами, людьми. Але вже серед людей можна говорити про наявність праворозуміння окремої людини, групи осіб або всього суспільства в цілому, причому можна виділити праворозуміння, властиве суспільству на певному етапі історичного розвитку. Виходячи за межі кількісної характеристики праворозуміння можна дійти її якісних характеристик, що також є пов'язаними з фізичними особами, що фактично виступають його носіями і продуцентами. Так, з точки зору володіння суб'єктом правовими знаннями можна виділити:

1. праворозуміння людини, не пов'язаної з правом (ординарне праворозуміння);

2. праворозуміння юристів-професіоналів (професійне праворозуміння);

3. праворозуміння вчених-юристів (доктринальне праворозуміння).

Вважаємо, що в контексті дослідження, що проводиться найбільший науковий інтерес викликає як раз перша група – праворозуміння людини, не пов'язаної з правом, бо саме вона представляє найбільший масив носіїв феномену праворозуміння – дві інших групи у порівнянні з першою є мінімальними.

Для характеристики феномену праворозуміння у суб'єктному контексті можна використовувати й інші кваліфікаційні ознаки. Так, враховуючи те, що категорії праворозуміння і правосвідомості є тісно пов'язаними, по аналогії з видами правосвідомості можна виділити наступні види праворозуміння в залежності від суб'єкта, що його здійснює:

а) індивідуальне – праворозуміння окремої людини, сукупність знань про право, якими володіє одна людина. Рівень індивідуального праворозуміння залежить від багатьох факторів, до яких можна віднести, наприклад, інтелектуальний розвиток людини, її освіту, її знання про власні права і обов'язки і т. ін.

б) групове (колективне) – праворозуміння, що є властивим окремим соціальним групам або колективам, як формальним, так і неформальним. У цьому зв'язку можна говорити, наприклад, про розуміння права членами сім'ї або групою підлітків, пенсіонерів тощо.

в) корпоративне – це праворозуміння великих соціальних груп, представників різних професій. Сюди можна віднести, наприклад, праворозуміння студентів або медичних працівників, військово-службовців, членів відповідної політичної партії тощо.

г) суспільне – це праворозуміння всього суспільства в цілому. На цей вид розуміння права більш, ніж на попередні, впливають такі чинники, як формування концепції права в науці і реалізація її на практиці; історичні, духовні умови розвитку суспільства. Це більш узагальнений рівень праворозуміння, який фактично відображає сприйняття складних правових процесів, що здійснюються в державі і суспільстві.

Звідсіля, суб'єкт праворозуміння – це або окрема людина, або сукупність людей, від невеликих груп до всього суспільства в цілому. Разом з цим, розумовий процес суб'єкта, що здійснюється в процесі праворозуміння є спрямованим на об'єкт останнього.

2. Об'єкт праворозуміння – це феноменологія права у різних його проявах, в різних масштабах, у вигляді окремих норм або їх системи, тобто те, на що прямо спрямовано пізнання суб'єкта праворозуміння. Причому об'єктом останнього може виступати як окрема норма – якщо пізнання спрямовано на її розуміння, так й сукупність норм – окремий правовий інститут, галузь права, правова система (право державно організованого суспільства в цілому). Звідсіля можна констатувати, що об'єктом праворозуміння є складний системний комплекс суспільних відносин, що відображає правову реальність у її сучасному існуванні, а також в ретроспективному і перспективному аспектах. Вплив розумової діяльності людини або групи людей в контексті пізнання права завжди веде до відповідного соціального результату, який знаходить свій прояв у змісті праворозуміння.

3. Звідсіля зміст – це розумовий процес суб'єкта, спрямований на пізнання права, тобто, на пізнання об'єкта. Цей інтелектуальний, раціональний процес здійснюється безпосередньо в свідомості

суб'єкта і є процесом переробки інформації в системі переконань людини, існуючих в її свідомості. На думку Л.С. Столяренко, під розумовим процесом в психологічній науці розуміється «процес, якому передуює усвідомлення вихідної ситуації (умови завдання), який є свідомим і цілеспрямованим, оперує поняттями і образами і який завершується будь-яким результатом (переосмислення ситуації, знаходження рішення, формування судження, і т. ін.)»¹³.

Системний аналіз цієї дефініції дає змогу охарактеризувати розумову діяльність з наступних позицій:

А) процесуальної – це є процес – тобто діяльність, що складається з відповідних послідовних дій, що є взаємно погодженими та логічно пов'язаними;

Б) підготовчої – він має передпочаток – йому передуює усвідомлення суб'єктом відповідної вихідної ситуації (умови завдання);

В) раціональної – сам процес розуміння суб'єкта є свідомим і цілеспрямованим, тобто інтелектуальним процесом, в якому є задіяним його свідомість та спрямованим на досягнення відповідного результату;

Г) інтелектуально-операційної – для здійснення такої розумової діяльності суб'єкту необхідно здійснити оперування поняттями і образами, що вже є в його свідомості;

Д) підсумкової – цей процес обов'язково є результативним, причому він завершується будь-яким результатом, який включає до себе різні варіанти – переосмислення ситуації, знаходження рішення, формування судження, і т. ін.

Наші авторські уточнення співпадають та йдуть паралельно з теоретичними напрацюваннями психологічної науки, що виокремлює у розумовій діяльності наступні етапно-стадійні характеристики та транспонує отримані результати на праворозуміння:

1) мотивація – як бажання суб'єкту праворозуміння вирішити проблему. У процесі розуміння права – це наявність бажання зрозуміти, що є право, яка його сутність і роль в регулюванні суспільних відносин на рівні міжсуб'єктної комунікації, а також у функціонуванні держави і соціуму;

2) аналіз проблеми – акцентуація та виділення даних і їх оцінка. При розумінні права аналіз проблеми полягає в аналізі суб'єктом

вихідних даних про право, його феноменологію – нормативно-правових актів, навчань і теорій про право;

3) пошук рішення – це процес підбору у свідомості логічного інструментарію для вирішення проблеми. Він може здійснюватися різними шляхами: а) на основі вже відомих алгоритмів (праксеологічний підхід); б) носити творчий характер і тоді здійснюватися на основі логічних міркувань або встановлення аналогій (інструментальний підхід). Відносно праворозуміння пошук рішення полягає в пошуку поняття (змісту) права, прийнятного для конкретного суб'єкта або соціальної групи;

4) логічне обґрунтування знайденої ідеї, доказ її правильності. У свідомості суб'єкта відбувається інтеграція фрагментарних відомостей, знань, інформації у єдине ціле – йде вибудовування єдиної правової системи, в основі якої лежить певний тип (форма) праворозуміння. Така система повинна бути внутрішньо несуперечливою, взаємопов'язаною, не повинна містити елементів, які є антагоністичними і не співпадають з іншими її елементами;

5) перевірка знайденого рішення – здійснюється суб'єктом виключно за допомогою і в процесі соціальної практики. Перевірка знайденого і обґрунтованого поняття права, тобто праворозуміння, також здійснюється, і в першу чергу, практикою – якщо на практиці можна побачити відображення встановленого праворозуміння і всієї правової системи, то вироблений тип праворозуміння можна вважати вірним.

Таким чином, проходження всіх етапів розумового процесу призводить суб'єкта до певного результату, тобто, до певного висновку про те, що є право.

4. Результат – це кінцевий висновок, сформульовані знання про право, до яких приходять суб'єкт в результаті пізнання досить складного об'єкта, яким є право. В оптимальному варіанті це має бути теорія чи концепція, що представляє собою систему знань про право і наслідків, що виникають як результат його наявності та дії у вигляді відповідних правових наслідків. При цьому, слід наголосити, що результати можуть бути різними: по-перше, така концепція не обов'язково має носити авторський, унікальний характер. По-друге, кінцевим результатом пізнання права окремим суб'єктом може бути вироблення альтернативних аргументів – або «за», або «проти» вже

існуючих теорій. По-третє, слід акцентувати увагу на прямій ролі і значенні при отриманні рівню результату суб'єктивного фактору – тобто від знань суб'єкта про право, від певних якостей суб'єкта, наприклад, від наявності або відсутності юридичної освіти, криміналізації особистості тощо. По-четверте, враховуючи суб'єктивний фактор, в деяких випадках сформульований результат – знання про право – може носити утилітарний, спрощений характер і не мати ніякого відношення до наукової теорії. Це часто-густо стає можливим в тих випадках, коли праворозуміння здійснюється на буденному рівні суб'єктом, що не має правових знань.

Основним результатом праворозуміння виступає правова соціалізація – як процес засвоєння людиною системи правових знань, цінностей і норм, завдяки якому відбувається її успішна адаптація до суспільно-правового життя¹⁴.

Таким чином, якщо праворозуміння веде до з'ясування права як соціального феномену і явища, його ролі і значення для життєдіяльності соціуму і держави, то правова соціалізація є фактором, що знаходиться з праворозумінням у причинно-наслідковому зв'язку, бо вимагає від суб'єкта засвоєння всієї різноманітності і багатоманітності права, а саме системи правових знань (гносеологія праворозуміння), правових цінностей (аксіологія праворозуміння) і правових норм (структурно-змістовна характеристика праворозуміння), завдяки якому відбувається її успішна (реальна, практична, наявна, оптимальна тощо) адаптація до суспільно-правового життя (праксеологія праворозуміння).

І хоча згідно сутнісного змісту правової соціалізації її результатом у широкому розумінні є прийняття індивідом частини культурно-правової спадщини, яка актуальна не тільки для його соціальних інтересів, а й в цілому для суспільно-історичного процесу, суб'єктом якого він є – у вузькому, специфічному розумінні, правова соціалізація є логічним завершенням, результатом праворозуміння і наслідком впливу права на людину в результаті комунікативної взаємодії права і людини. Причому праворозуміння в цьому процесі відіграє важливу роль медіатора і основної комунікативної ланки.

Позитивом праворозуміння і правової соціалізації є не тільки набуття людиною знань про право, а й можливість користуватися

ним, його засобами, принципами, нормами шляхом їх практичного використання і застосування, в результаті чого суб'єкт отримує, набирає і накопляє досвід функціонування в правовій сфері, бо долучаючись до регламенту життєдіяльності своєї соціальної групи, котрий склався в процесі її існування і функціонування (родина, трудовий колектив, територіальна громада, населення, громадяни тощо) людина не тільки починає моделювати свою поведінку у відповідності до принципів, стандартів, норм права, а й проявляти негативне ставлення до будь-яких відхилень від діючих соціально-правових установок і бере участь в протистоянні деструктивним силам, дії яких спрямовані проти сформованого громадського порядку. Таке розумне ставлення до права є проявом позитивного праворозуміння та позитивної правової соціалізації, що веде до виникнення у людини правової мотивації до дотримання та виконання правових норм. Але це не єдиний позитивний результат, бо отримавши необхідні правові вміння і навички врегулювання відносин з іншими членами суспільства у міжособистісних та групових правовідносинах, людина може не тільки продуктивно взаємодіяти з ними, а й закріплювати, вдосконалювати, модернізувати, в тому числі й навіть підвищувати свій статус у суспільстві, розширюючи коло своїх ролевих позицій, успішно виконуючи вказану їй у межах її правового статусу та на виконання її правового становища, соціально-правову роль.

Резюмуючи викладене вище, можна запропонувати процесуальний ланцюжок, що відображає важливу і позитивну роль праворозуміння у комунікативній взаємодії права і людини. На нашу думку окремими ланками в цьому ланцюжку можуть виступати наступні: «людина (суб'єкт праворозуміння)» – «право у широкому розумінні (правові цінності, ідеали, теорії, принципи, норми тощо)» – «розумовий процес в свідомості людини (суб'єкта праворозуміння) в контексті сприйняття та аналізу правових явищ (індивідуальне, групове, колективне праворозуміння)» – «правова соціалізація суб'єкта праворозуміння».

Вважаємо, що спроба «схематизації» феномену праворозуміння носить лише науково-прикладний характер, причому лише для фіксації та акцентуації уваги на основоположних етапах його реалізації. Такий висновок логічно слідує, виходячи з великого суб'єктивного потенціалу дефінітивної характеристики праворозуміння, бо, по-

перше, розумова діяльність людини, який би напрямок вона не носила, завжди є суб'єктивною; по-друге, наслідок цього, і результат такого пізнання не може претендувати на об'єктивність; а, по-третє, саме тому різноманіття теорій і дефініцій розуміння права спрямоване на виявлення різних його граней і сторін.

В цьому контексті велике теоретичне і практичне значення набуває питання відносно того, зміниться розуміння системи права в залежності від того, що ми розуміємо під правом:

1) або сукупність норм, що виходять від держави і забезпечуються її примусовою силою (легістський підхід),

2) або ж сукупність вічних, стабільних, невідчужуваних від людини ідей про права і свободи особистості, заданих самою природою людини і людського суспільства, таких, як право на життя, рівність, справедливість, свободу, щастя, думка (природно-правовий підхід).

Слід наголосити на тому, що таке питання не носить схоластичного характеру, бо у першому випадку, під системою права ми будемо розуміти лише її структурну основу – внутрішню узгодженість і єдність юридичних норм і одночасно їх диференціацію, тобто поділ на галузі та інститути. А в другому випадку ми стикнемося з явною неможливістю встановити розуміння системи права, бо вона буде включатиме лише ефемерну сукупність прав людини, яка ніде не закріплена і тому не піддається систематизації, що призводить до ускладнення її використання. Але вважаємо, що й тут є ефективний вихід, який бачиться в констатації факту, що пізнання права не носить відірваного характеру, а є нерозривно пов'язаним з пізнанням похідних від нього явищ і категорій і понять, що їх відображають. Тут слід погодитись з дослідником В.С. Веденіним, який вважає, що до таких явищ відносяться «крім сутності і змісту права, його роль, функції, призначення, механізм правового регулювання, система права і правова система, а також деякі інші»¹⁵. Таким чином, категорія «правова система» є відображенням поняття «праворозуміння». Така позиція детермінована тим, що право є системним явищем – тому вивчення його поняття веде до вивчення не тільки його дефінітивних характеристик, а й до вивчення його елементів і системи зв'язків між ними. Можна також навести висловлювання В.В. Лапаєва: «сутність права, виражена в його понятті, визначає

побудову загальної теорії права, яка являє собою конкретизоване, розгорнуте поняття права»¹⁶. Тобто, слідуючи за онтологічним змістом права, ми зможемо розкрити, з'ясувати та усвідомити всі його ознаки і характеристики.

Саме в цьому контексті спостерігається глибинний зв'язок праворозуміння з правовою соціалізацією. Бо людина не народжується громадянином, вона їм стає в результаті тривалої взаємодії з навколишнім середовищем. Її життя в суспільстві підпорядковане безлічі писаних і неписаних законів. Тому процес правової соціалізації включає в себе безліч задач щодо засвоєння цих законів, правових знань і вимог, що визначають міру можливої і належної поведінки, поступове оволодіння необхідними соціальними навичками, усвідомлення своїх прав і способів їх реалізації, розуміння складних взаємин між різними людьми і соціальними інститутами. Найбільш важливими й в той же час ординарними задачами процесу правової соціалізації є: а) засвоєння критеріїв оцінок юридично значущих ситуацій; б) вивчення законів і правил як таких, безвідносно до самого себе; в) навчання тому, як користуватися цими правилами.

Тут важливим є те, що людина повинна не тільки усвідомити, що в суспільстві діють об'єктивні закони, їй необхідно ще й віднести їх до себе, тобто усвідомити, що вони означають для неї, що їй дозволено, а що не дозволено, які покарання вона може понести за порушення законів, які існують способи захисту своїх законних прав тощо.

Але тут слід мати на увазі відповідну соціальну «волатильність», нестабільність феномену праворозуміння, що характеризує його зміни під впливом різних соціальних факторів. Так, часто-густо на конкретне розуміння права впливає політична обстановка, пріоритети, що встановлюються державою на конкретному етапі історичного розвитку. Крім цього, в даний час в юридичній науці спостерігається відмова від можливості об'єктивного, строго наукового соціального пізнання і зміщення акценту в бік суб'єктивності пізнання і розуміння людини як активного соціального суб'єкта. У праві і його розумінні це веде до нечіткості понять і встановленні зв'язків права з людиною. Також, можна встановити залежність праворозуміння від світогляду окремої людини: «який світогляд – таке і праворозуміння»¹⁷. Таким чином, можна стверджувати про наявні

і можливі зміни в праворозумінні на рівні суспільної, групової чи індивідуальної правосвідомості.

Іншою особливістю феномену праворозуміння, на слушно думку дослідника С.А. Полякова, є плюралізм його концепцій, який, сьогодні вітається, бо єдине визначення права, придатне для всіх часів і всіх народів, знайти неможливо¹⁸. Дійсно, треба погодитись з такою точкою зору, бо право багатогранно і на різних етапах розвитку суспільства може домінувати той чи інший його прояв. Відповідно, різні підходи до розуміння права спрямовані на виявлення різних його сторін. Так, дослідник С.М. Фролов розкриває своєрідну технологію такого розуміння права, що претендує на роль відповідної методологічної парадигми – «Через суперечки про те, що є право, вирішуються багато практичних питань: підстави права, джерела права, межі правового впливу, ефективність права, розв'язання суперечностей права»¹⁹. Однак тут неможливо й не визнати відповідну правоту судження дослідника В.С. Веденіна, який вказує: «У теоретичному плані плюралізм думок з питання праворозуміння слід визнати прийнятним або навіть необхідним, але в прикладному значенні неоднозначні, а часом, і протилежні думки з питання розуміння права мають більше негативного, ніж позитивного сенсу»²⁰. Тобто представники доктрини бачать в наявності плюралізму думок і позицій відносно праворозуміння не тільки позитивні, а й негативні риси, що не тільки об'єктивує досліджувану проблематику, а й робить її більш актуальною з позицій наукової спроможності і такою, яка підлягає більш прискіпливій увазі з боку науковців – філософів і правників. Крім того, в контексті нашого дослідження, це актуалізує проблематику праворозуміння та його результатів саме в контексті взаємодії людини з правом, підвищує не тільки соціальну значущість феномену праворозуміння, а й робить його універсальним засобом у комунікації людини і права, що забезпечує відповідний рівень правової соціалізації людини та надає їй можливості щодо використання регулятивних можливостей права для належного функціонування в умовах державно організованого соціуму.

Такий висновок все більш актуалізується завдяки виходу проблематики праворозуміння на глобальний універсальний рівень управління міжнародними справами, де феноменологія прав людини залишається основоположним фактором в організації міжнародного

міждержавного співробітництва, обумовлює і активізує розвиток правової глобалізації як нової форми глобалізації, що викликає до життя нові девіації міжнародного правового порядку на стику міжнародного та національного конституційного права у вигляді глобального конституціоналізму²¹.

Саме в таких умовах нечітке й неоднозначне розуміння права на практиці може призвести не тільки до нерозуміння між представниками різних концепцій, а й до виникнення правових конфліктів між суб'єктами міжнародного права. Так, на думку дослідника А.А. Матюхіна, «доктринальні відмінності в праворозумінні породжують суперечності в оцінці дій держав на міжнародній арені, несхожість пропонованих моделей нових принципів відносин в співтоваристві націй, правового порядку в світі»²². Таким чином, можна говорити не тільки про велику праксеологічну роль праворозуміння, а й про наявність в ньому колізій, які виражаються в тому, що є відсутньою єдина концепція, яка могла б стати основою не тільки правопорядку в суспільстві, а й основою міжнародної правової системи.

Виходячи з цього, слід визнати, що саме праворозуміння породжує складні горизонтально-вертикальні управлінські зв'язки, що складають сучасні державні правові системи і сучасну міжнародну правову систему, більш того, саме воно лежить в основі сучасного політичного (державного) режиму та в основі міжнародного правопорядку. Звідсіля роль і значення праворозуміння у відносинах людини і права є не тільки визначальною, а й стратегічно обґрунтованою і детермінованою.

Резюмуючи викладене вище, можна дійти наступних висновків:

- праворозуміння відіграє визначальну роль у відносинах людини і права;

- хоча плюралізм в праворозумінні оцінюється вченими по-різному: хтось бачить в ньому пошук граней права, визначення права як багатоаспектного явища; з іншого боку, противники такого плюралізму говорять про плутанині, що виникає у правозастосовній діяльності в зв'язку з різними підходами до права – формування концепції розуміння права, має велике значення як така, а також й для визначення самого процесу отримання знання про право, пізна-

вальної сторони праворозуміння, коли здійснюється правова соціалізація людини;

- запропонований процесуальний ланцюжок відображає важливу і позитивну роль праворозуміння у комунікативній взаємодії права і людини – на нашу думку окремими ланками в цьому ланцюжку можуть виступати наступні: «людина (суб'єкт праворозуміння)» – «право у широкому розумінні (правові цінності, ідеали, теорії, принципи, норми тощо)» – «розумовий процес в свідомості людини (суб'єкта праворозуміння) в контексті сприйняття та аналізу правових явищ (індивідуальне, групове, колективне праворозуміння)» – «правова соціалізація суб'єкта праворозуміння»;

- праворозуміння веде до з'ясування права як соціального феномену і явища, його ролі і значення для життєдіяльності соціуму і держави, а правова соціалізація є фактором, що знаходиться з праворозумінням у причинно-наслідковому зв'язку, бо вимагає від суб'єкта засвоєння всієї різноманітності і багатоманітності права, а саме системи правових знань (гносеологія праворозуміння), правових цінностей (аксіологія праворозуміння) і правових норм (структурно-змістовна характеристика праворозуміння), завдяки якому відбувається її успішна (реальна, практична, наявна, оптимальна тощо) адаптація до суспільно-правового життя (праксеологія праворозуміння).

1. Козюбра М. Праворозуміння: поняття, типи та рівні // Право України. 2010. № 4. С. 10. **2.** Кістяківський Б. О. Вибране. Бібліотека часопису «Філософська і соціологічна думка». Серія «Українські мислителі». Київ, 1996. С. 371. **3.** Попов В.И. Правопонимание в советской юридической науке: дис. ... канд. юр. наук: 12.00.01. Москва, 2001. С. 3. **4.** Аристов Е. Н. Понятие и структура правопонимания. URL: <http://cyberleninka.ru/article/n/ponyatie-i-struktura-pravoponimaniya#ixzz4TAyIjEsk> **5.** Попов В.И. Цит. работа. С. 8. **6.** Аристов Е.Н. Цит. работа. **7.** Скоробогатов А. В. Современные концепции правопонимания: учеб. пособие. Казань, 2010. С. 6. **8.** Александрова С.А. Правопонимание и права человека: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2007. С. 8. **9.** Железнова Н.Д. Правопонимание и судебная практика: теоретические проблемы взаимодействия: автореф. дис. ... канд. юр. наук. Нижний Новгород, 2001. С. 13. **10.** Там же. С. 14. **11.** Там же. С. 13. **12.** Аристов Е.Н. Цит. работа. **13.** Столяренко Л.Д., Самыгин С.И. Сто экзаменационных ответов по психологии. Ростов-на-Дону: Изд. Центр «МарТ», 2001. С. 101. **14.** Правовая социализация // Википедия. Свободная энциклопедия. URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%9F%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D1%>

8F_%D1%81%D0%BE%D1%86%D0%B8%D0%B0%D0%BB%D0%B8%D0%B7%D0%B0%D1%86%D0%B8%D1%8F 15. *Веденин В.С.* Влияние правопонимания на становление и развитие институтов российского права (на примере патентного права): автореф. дис. ... канд. юр. наук: 12.00.0. Владимир, 2007. С. 13. 16. *Лапаева В.В.* Типы правопонимания: правовая теория и практика. М.лсква: РАП, 2012. С. 11. 17. *Костенко А.Н.* Что есть право? Правопонимание в контексте натуралистического мировоззрения // Правовестник. 2012. 28 окт. 18. *Поляков А. В.* Общая теория: проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода: курс лекций. Санкт-Петербург: Изд. дом С.-Петерб. гос. ун-та, 2004. С. 43. 19. *Фролов С.Н.* Связь концепций происхождения права и типов правопонимания: дис. ... канд. юр. наук: 12.00.01. Москва, 2007. С. 156. 20. *Железнова Н.Д.* Цит. работа. С. 9. 21. *Гончаров В.В.* Основные тенденции развития глобального конституционализма в современном мире // Социодинамика. 2016. № 8. С.1-13; Львова Є. До питання про формування та розвиток новітнього конституціоналізму в умовах глобального врядування// Вісник Центральної виборчої комісії України. 2013. № 2. С. 44-47. 22. *Матюхин А.А.* Поиски оснований правопонимания в условиях общественных изменений // Научные труды «Адилет» (Алматы). 2003. № 2 (14)б URL: <http://www.fondgp.ru/lib/mmk/95>

Kofman Boris. Legal thinking as a communication stage human interaction with law

The article investigates the phenomenon of legal thinking as the main factor of human interaction with the communication right.

The author argues that legal thinking plays a decisive role in the relationship between man and law. Problems legal thinking, first, is not only relevant, but, secondly, serves as issues reflects all the legal and objectifying science as a complex cognitive and enough space by the conflict. In addition, the third, a particularly important role legal thinking plays not only the professional, but on the everyday level of jaded individuals, citizens of the state, must fulfill legal requirements and to guide the life of his instructions, and this makes legal thinking the central problem of difficult relations between man and the law provides that the issue of special importance and justify its role in society and the state.

Hence, this approach is determined not only and not so much different doctrinal approaches to identify and knowledge of law, but the particular importance of phenomenology rights for stable functioning of the individual, society and state. In the process of human interaction with the law just thinking owned large functional, epistemological, axiological, praxeological and institutional importance as a social individual, social group, social and collective phenomenon that directly affects the formation of legal consciousness of individuals, groups of individuals and their larger communities. Moreover, it stands thinking, first, the process of man's knowledge of law; secondly, this means knowledge; thirdly, the result of this knowledge, which is formed as a result of human communicative connection with law and secured in the appropriate form of legal thinking.

Although pluralism in thinking scientists evaluated differently: someone sees it Search facets law, the definition of law as multidimensional phenomena; on the other hand, opponents of the plurality speak of the confusion that arises in enforcement activity due to the different approaches to the law – the concept of forming an understanding of law is important in itself, and also to determine the process of getting the right knowledge, cognitive party thinking when making a legal socialization.

The proposed procedural chain author reflects an important and positive role in thinking communicative interaction and human rights – we believe individual links in the chain can act as follows: "a man (thinking subject)" – "right in the broadest sense (legal values, ideals, theories, principles, standards, etc.)" – "the thought process in the mind (thinking subject) in the context of perception and analysis of legal phenomena (individual, group, collective thinking)" – "legal entity socialization thinking".

The author argues that legal thinking is to clarify the law as a social phenomenon and the phenomenon, its role and importance for the life of society and state, and legal socialization is a factor that is of thinking in cause-effect relationships because of sub demands' object of mastering all the variety and diversity of law, namely the system of legal knowledge (epistemology legal thinking), legal values (axiology legal thinking) and regulations (structurally meaningful description of legal thinking), so is its success (real, practical, available, optimal etc.) adaptation to social and legal life (praxeology legal thinking).

Key words: man, law, thinking, thinking subject, the object of thinking, the content of thinking, the outcome of legal thinking, legal socialization.

УДК 342.5 (045)

В. А. МИКОЛЕНКО

РОЛЬ ІНТЕГРАЦІЙНИХ ПРОЦЕСІВ У КОНСТИТУЦІЙНІЙ МОДЕРНІЗАЦІЇ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ПРАВООХОРОННИХ СИСТЕМ

Досліджено специфічні особливості впливу інтеграційних процесів на конституційну модернізацію національних правоохоронних систем європейських держав.

Наголошується, що рекомендаційна форма впливу інтеграційних правових процесів є найбільш юридично виправданою для здійснення конституційної модернізації національної правоохоронної системи у сучасних умовах європейської міждержавної інтеграції, оскільки дозволяє врахувати корисний досвід

© **МИКОЛЕНКО Віктор Андрійович** – кандидат юридичних наук, проректор Східноєвропейського університету економіки та менеджменту

національного правового розвитку, провести якісний порівняльно-правовий аналіз та обрати оптимальні шляхи подальшої конституційної модернізації організації та діяльності правоохоронних органів.

Ключові слова: прокуратура, правоохоронна система, правоохоронна діяльність, європейські стандарти, конституційна модернізація.

Миколенко В. А. Роль интеграционных процессов в конституционной модернизации европейских правоохранительных систем

Исследованы специфические особенности влияния интеграционных процессов на конституционную модернизацию национальных правоохранительных систем европейских государств.

Отмечается, что рекомендательная форма влияния интеграционных правовых процессов является наиболее юридически оправданной для осуществления конституционной модернизации национальной правоохранительной системы в современных условиях европейской межгосударственной интеграции, поскольку позволяет учесть полезный опыт национального правового развития, провести качественный сравнительно-правовой анализ и выбрать оптимальные пути дальнейшей конституционной модернизации организации и деятельности правоохранительных органов.

Ключевые слова: прокуратура, правоохранительная система, правоохранительная деятельность, европейские стандарты, конституционная модернизация.

Mykolenko Viktor. The role of integration processes in the modernization of European constitutional law systems

The article investigates specific features of the influence of integration processes on constitutional modernization of the national law enforcement systems of European countries.

It is noted that recommendatory form of influence of integration of legal processes is the most legally justified for constitutional modernization of the national law enforcement system in modern conditions of European interstate integration, because it allows to take into account useful experiences of the national legal development, to conduct a qualitative comparative legal analysis and choose the best way to further the constitutional modernization of the organization and law enforcement.

Key words: prosecutors, law enforcement system, law enforcement, the European standards, constitutional modernization.

Основним системоутворюючим чинником реформування правоохоронних органів у сучасних українських реаліях, безсумнівно, слід визнати інтенсивні інтеграційні процеси, які особливо посилися якісно та кількісно протягом 2014-2016 рр. після Революції Гідності, підписання Угоди про асоціацію між Україною та

Європейським Союзом та імплементації цілого комплексу європейських інституціональних стандартів до національної правової системи нашої держави.

У цьому зв'язку необхідно відзначити, що умовах постійного зростання ролі стандартів у розвитку демократичних принципів функціонування державності, актуалізується проблематика, що стосується визначення поняття європейського правового стандарту.

На сьогодні з приводу визначення поняття та класифікації європейських правових стандартів існує багато альтернативних точок зору як серед вітчизняних представників доктрини, так і серед зарубіжних, що потребує ретельного науково-практичного аналізу з точки зору визначення форм та особливостей впливу інтеграційних процесів на становлення і розвиток національних правоохоронних систем сучасних європейських держав.

Варто зазначити, що окремі питання конституційно-правового статусу, функціональних та організаційно-правових аспектів діяльності прокуратури неодноразово були безпосереднім предметом дослідження вітчизняної юридичної, зокрема – конституційно-правової, науки.

Серед інших, слід відзначити праці таких науковців, як О. В. Баганець, М. О. Баймуратов, Ю. Г. Барабаш, Ю. М. Бисага, С. В. Білошицький, Ю. О. Волошин, А. Г. Гаркуша, Л. Р. Грицаєнко, В. В. Долежан, О. Є. Єгоров, О. В. Зайчук, В. М. Кампо, В. Б. Ковальчук, О. Л. Копиленко, М. В. Косюта, В. В. Кравченко, В. Т. Маляренко, О. Р. Михайленко, М. І. Мичко, М. П. Орзіх, В. Ф. Погорілко, М. В. Руденко, М. В. Савчин, Ю. Г. Севрук, М. І. Ставнійчук, А. А. Стрижак, Ю. М. Тодика, В. Л. Федоренко, О. Ф. Фрицький, С. В. Шевчук, Ю. С. Шемшученко.

При цьому праці українських конституціоналістів та вчених суміжних галузей права здебільшого були зосереджені на дослідженні та науковому обґрунтуванні функціональної складової діяльності прокуратури України, її внутрішніх організаційно-правових питань, окремих питань взаємодії прокуратури з іншими правоохоронними та судовими органами, в той час як на сучасному етапі європейської міждержавної інтеграції України необхідним вбачається комплексний аналіз оптимальних шляхів удосконалення конституційно-правового статусу прокуратури у контексті загальних європейських

тенденцій інтернаціоналізації конституційного права, конституціоналізації міжнародних інституціональних стандартів правоохоронної діяльності, інтенсифікації сприйняття національної правовою системою України європейських правових стандартів.

У своєму етимологічному та онтологічному значенні стандарт (англ. – норма, зразок, модель, від франц. букв. – твердо стояти) – це документ, що встановлює для загального і багаторазового застосування правила, загальні принципи або характеристики, які стосуються діяльності чи її результатів, з метою досягнення оптимального ступеня впорядкованості у певній галузі. Приймається такий документ в установленому порядку на основі консенсусу¹.

Таким чином, як можна побачити з наведеної дефініції, під стандартами можна розуміти певні норми та принципи, які приймаються або санкціонуються у порядку, встановленому чинним законодавством.

Загальновідомо, що норма права – це загальнообов'язкове правило поведінки, сформоване в суспільстві відповідно до визнаної в ньому справедливої міри свободи і рівності та формально визначене (встановлене та санкціоноване) і гарантоване державою як правозначущий спосіб регулювання суспільних відносин. Норма права – це первинний елемент права, за допомогою якого відображається і закріплюється найпростіше правило юридично значущої поведінки².

Так, принципи права – це основоположні загальноприйняті норми-ідеї (вихідні начала), що виражають сутність права, закономірності його розвитку і мають найвищий авторитет, тобто є незаперечними вимогами, що висуваються до учасників суспільних відносин з метою встановлення соціального компромісу і порядку³.

Відповідно позиції українського вченого О. Мережка, в сучасних умовах міжнародне право не є повністю самостійною нормативною системою, абсолютно ізольованою від інших соціальних регуляторів міжнародних відносин. Норми міжнародного права разом з нормами національного права, що регулюють міжнародні відносини, входять в складну систему міжнародного порядку⁴.

Таким чином, говорячи про європейські правові стандарти з гносеологічних позицій, потрібно відмітити, що:

1) під ними, у першу чергу, розуміються єдині принципи і норми щодо поведінки суб'єктів права, які зафіксовані в основних джерелах міжнародного права як універсальних, так і в регіональних правових актах;

2) вони є оптимальними юридичними вимогами по відношенню до правових систем держав-учасниць міжнародного співтовариства;

3) вони розкривають найкращі правові досягнення міжнародного права та співробітництва держав-членів міжнародної спільноти та держав-членів універсальних і регіональних міжнародних міжурядових організацій;

4) вони відображаються у відповідних джерелах права в вигляді принципів і норм права;

5) вони є основою для узгодження міжнародного і національного права;

6) вони є обов'язковими вимогами для учасників міжнародних договорів, що включають такі правові стандарти.

З іншого боку, нормативно-правові стандарти можна класифікувати: за суб'єктами їх створення – на стандарти Ради Європи, Європейського Союзу, Організації з безпеки та співробітництва в Європі тощо. Також за галузевою приналежністю – на конституційно-правові, цивільно-правові, кримінально-правові та ін. За зовнішньою формою закріплення – на ті, що фіксуються у міжнародних договорах, практиці Європейського суду з прав людини, юридичних актах міжнародних організацій, що відносяться до джерел права⁵.

Так, загальновизнані європейські юридичні стандарти формуються перш за все правовими системами Ради Європи та Європейського Союзу, які є ефективними формами європейської правової інтеграції.

Варто відзначити, що міжнародні норми щодо організації та діяльності правоохоронної системи та окремих правоохоронних органів, зокрема – прокуратури, зазвичай представляють собою, в першу чергу, певний набір цінностей.

Іншими словами, як вже наголошувалося, вони відображають фундаментальні аксіологічні ідеї та уявлення, загальноприйняті в сучасній європейській правовій традиції.

Визначальну роль у цьому процесі відіграють рамкові джерела загальновизнаних стандартів забезпечення прав особистості, зокрема:

- Загальна декларація прав людини 1948 р.;
- Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 р.;
- Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. з протоколами, що до неї додаються.

Також потрібно відзначити і прецедентне право як джерело стандартів правоохоронної діяльності, оскільки воно окремо виділяється і створене практикою Європейського суду з прав людини⁶. Таким чином, Європейський суд з прав людини фактично встановлює нові правові норми та принципи, що повинні дотримуватися державами-учасниками названої Конвенції.

Для прикладу можна назвати наступне. Венеціанська комісія на запити Парламентської Асамблеї Ради Європи формулювала свої доповіді з певної проблематики в світлі Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та прецедентів побудованих Європейським судом з прав людини.

Проблематика формулювання європейських правових стандартів стала особливо значущою у ХХІ ст., коли багато держав прагнуть зробити гармонійними принципи, на яких формуються їх правові системи. І таким чином, визначаючи, наприклад, право громадян на рівний доступ до інформації, на участь в управлінні державою і таке інше, як основні права людини.

У свою чергу для прикладу можна виділити, що під міжнародними виборчими стандартами розуміють принципи міжнародного права, що стосуються виборчих прав громадян, організації і проведення виборів.

Принципи міжнародного права, як найбільш загальні правила поведінки учасників міжнародного спілкування, виражають певний вплив на встановлення міжнародно-правових норм як більш конкретних правил поведінки. Той чи інший принцип права не лише впливає на виникнення вищезазначених правил поведінки, проте й підпорядковує їх собі. У свою чергу найбільш конкретні правила поведінки узгоджуються між собою та у той же час з принципом, як більш загальним правилом поведінки.

Потрібно відзначити, роблячи певний узагальнюючий висновок, що норми міжнародного права закріплюють у якості принципів і у вигляді конкретних правил поведінки. До того ж конкретні правила поведінки постійно оформлюються у вигляді норм міжнарод-

них актів чи звичаїв. І кожен принцип може бути закріплений в якому-небудь міжнародному акті у формі деякої норми. Проте може і не отримати чіткого формулювання та виражатися в сукупності норм, аналіз яких дає змогу твердити про їх єдність та відповідність певному принципу.

У свою чергу, важливо розуміти, що європейські стандарти не можна сприймати як таке, що стоїть незмірно вище за будь-які правила, з позицій методології, які діють в окремо взятій державі.

Відносно класифікації міжнародних стандартів потрібно відзначити, що найбільша увага приділяється міжнародним стандартам у сфері прав людини та їх захисту, стандартам Міжнародної організації з питань стандартизації та стандартам в сфері локальної та регіональної демократії та європейським регіональним стандартам у сфері інституціонально-інструментального функціонування судової та правоохоронної системи.

Потрібно зазначити, що усі зазначені європейські стандарти концептуально та ідеологічно беруть свої первинні витоки із фундаментальних положень Загальної Декларації прав людини 1948 р. Достатньо важливо закріпити, що європейські стандарти у сфері прав людини найбільше конкретизуються у Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права та Міжнародному пакті про громадянські та політичні права, що були прийняті Генеральною Асамблеєю ООН 16 грудня 1966 р.

У свою чергу будь-які стандарти прав людини можна розподілити на класифікації за наступним:

- 1) за суб'єктом їх встановлення:
 - а) міжнародні (всесвітні, регіональні, двосторонні) та б) національні;
- 2) за ступенем визначеності змісту:
 - а) абсолютно визначені (у якісному та кількісному вираженні);
 - б) відносно визначені (зокрема, якщо застосовуються оціночні поняття);
- 3) за юридичною значимістю:
 - а) формально обов'язкові або декларативні;
 - б) рекомендаційні (так зване «м'яке» право);
 - в) формально обов'язкові.

Потрібно відзначити й ту обставину, що з аксіологічних позицій у європейських стандартах прав людини виконується позитивація найголовніших цінностей суспільства.

Такі цінності, як вважає дослідник С. Верланов, власне через європейські стандарти прав людини поширюються та укорінюються у національних правових системах, у яких їх первинний зміст зберігається, підкріплюється юридичною формою найчастіше як конституційні права або права за міжнародним договором, належним чином ратифікованим, котрий став частиною національного законодавства⁷, що має безпосередній вплив і на конституційно-правовий розвиток правоохоронної системи України у сучасних умовах європейської міждержавної інтеграції.

Таким чином, можна констатувати, що серед основних форм впливу європейського права на конституційне законодавство держав можна виділити: «примусову», «рекомендаційну», «добровільну». Примусова форма впливу передбачає розробку конституційних положень суб'єктом впливу, що позбавляє легітимності таку конституцію і не сприяє формуванню стійкого правопорядку. Добровільна форма впливу передбачає, що ініціатива зміни конституційних положень і зміст змін здійснюється самою державою, виходячи з її зацікавленості в співробітництві або входження в європейські міжнародні організації, що, в кінцевому рахунку, визначає зміст внесених змін. Рекомендаційна форма впливу передбачає сприяння державі у розробці конституційних положень, здійснюваних експертами у галузі конституційного права.

При цьому рекомендаційна форма впливу інтеграційних правових процесів є найбільш юридично виправданою для здійснення конституційної модернізації національної правоохоронної системи у сучасних умовах європейської міждержавної інтеграції, оскільки дозволяє врахувати корисний досвід національного правового розвитку, провести якісний порівняльно-правовий аналіз та обрати оптимальні шляхи подальшої конституційної модернізації організації та діяльності правоохоронних органів.

1. *Словарь иностранных слов*. Москва: Русский яз., 1989. С. 481. 2. *Чиркин В. Е. Сравнительное конституционное право*. Москва, 2002. С. 281. 3. Там само. С. 241. 4. *Мережко О.* Стівідношення міжнародного і національного права // *Юридичний журнал*. 2009. № 2. С. 85. 5. *Поленіна С. В.* Взаимо-

действие международной и внутригосударственной правовых систем. Москва, 1987. С. 17. 6. Чиркин В. Е. Цит. раббота. С. 124. 7. Гагаева Е. А. Влияние европейского права на конституционное законодательство государств Восточной Европы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02; Мордовский государственный университет им. Н. П. Огарева. Саранск, 2010. С_ 13.

Mykolenko Viktor. The role of integration processes in the modernization of European constitutional law systems.

The article investigates specific features of the influence of integration processes on constitutional modernization of the national law enforcement systems of European countries.

Constitutional law enforcement modernization of the state, including bodies and prosecutor's status in modern conditions of European integration intergovernmental directly related internally and determined process of internationalization of constitutional law defining the main directions and trends of modern constitutional law of Ukraine.

In this regard it should be noted that in recent years actively discussed the issue of the impact of international and European law in national legislation in the field of regulation of the principles and standards of law enforcement, including the basis of the legal status of the national police.

At the present stage of European integration interstate can be defined two main sources of the development of internationalization of Constitutional Law states in Europe – the economy, which is embodied in the development of the common market, increasingly penetrating the national economy, and political (constitutional) internationalization, which became the core of human rights and freedoms human and civil development of local self-government and democratic institutions, including - definition common to all European countries and the principles of the law enforcement system.

In the field of law enforcement and advocacy States embodiment European law is to secure a constitutional law right to liberty and security, which appears to prohibit detention of a person in custody without a court order, ie the right of the prosecutor to decide on such sanctions inherent to «soviet» model prosecution does not meet European constitutional and legal values and ideas about the proper ways to protect the rights of man and citizen.

International and constitutional law are independent, autonomous in relation to each other, and at the same time interacting and interrelated legal systems. Value and connection between constitutional norms and international law are characterized by their constant coordination and the complementary. Under conditions of deepening the integration process of outreach and increase the intensity of the interaction of international and constitutional law are fair, legitimate trend of social development, which encourages members to improve international communication legal forms, methods and mechanisms of interaction between these legal systems of both law-making and in law enforcement activities in the area of law enforcement.

As a result of the research indicates that international law is a tool for the internationalization of domestic law, turning it to the needs of external relations, on the one hand, and to bring a certain level of common standards on the other.

It is noted that recommendatory form of influence of integration of legal processes is the most legally justified for constitutional modernization of the national law enforcement system in modern conditions of European interstate integration, because it allows to take into account useful experiences of the national legal development, to conduct a qualitative comparative legal analysis and choose the best way to further the constitutional modernization of the organization and law enforcement.

Keywords: prosecutors, law enforcement system, law enforcement, the European standards, constitutional modernization

УДК 342.7(477)+342.72/73(438)(043.5)

О. Д. АГЄЄВ

НАУКОВО-МЕТОДОЛОГІЧНІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «ІНСТИТУТ ОМБУДСМАНА З ПИТАНЬ МІГРАЦІЇ»

Розглядаються проблеми методологічних підходів та розширення методологічного інструментарію наукових досліджень до визначення понять категорії «омбудсман» та «інститут омбудсмана з питань міграції». Доведено, що формування поняття «інститут омбудсмана» відбувається із застосуванням широкого переліку основних наукових підходів збору й опрацювання матеріалів правової дійсності та сукупності філософських, загальнонаукових і спеціальних методів. Пропонується авторське визначення поняття «інститут омбудсмана з питань міграції».

Ключові слова: омбудсман, спеціалізований омбудсман, інститут омбудсмана, права людини, міграція, мігрант, методологія, методи, юридична категорія, принципи, законність, незалежність.

Агеев А. Д. Научно-методологические подходы к определению понятия «институт омбудсмана по вопросам миграции»

Рассматриваются проблемы методологических подходов и расширения методологического инструментария научных исследований к определению понятий категории «омбудсман» и «институт омбудсмана по вопросам миграции». Доказано, что формирование понятия «институт омбудсмана» происходит с применением широкого перечня основных научных подходов

© АГЄЄВ Олександр Дмитрович – викладач кафедри конституційного права, історії та теорії держави і права Міжрегіональної академії управління персоналом

сбора и обработки материалов правовой действительности и совокупности философских, общенаучных и специальных методов. Предлагается авторское определение понятия «институт омбудсмана по вопросам миграции».

Ключевые слова: омбудсман, специализированный омбудсман, институт омбудсмана, права человека, миграция, мигрант, методология, методы, юридическая категория, принципы, законность, независимость.

Ageev Oleksandr. Scientific and Methodological Approaches to the definition of «ombudsman on migration issues»

We consider the theoretical and methodological aspects of the ombudsman institution. The problems of methodological approaches and methodological tools expand research to the definitions category of "ombudsman" and "Ombudsman Institute of Migration." It is proved that the formation of the term "Ombudsman institution" is using a wide range of basic scientific approach of gathering and processing of material legal reality and collectively philosophical, general and special methods. Author proposed definition of "institution of ombudsman for migration."

Key words: ombudsman, the ombudsman model, human rights, migration, the migrant, the principles of legality, independence, methodological aspects, general scientific and special methods.

Сучасний світ, на нинішньому етапі його розвитку, цілком обґрунтовано, можна охарактеризувати як епоху глобальних переміщень і міграції населення, яка уявляє собою комплексне явище та багатогранний процес, що має велике значення для розвитку всіх країн і до якого слід підходити узгоджено, всеохоплююче і виважено, з належним урахуванням соціальних, економічних і екологічних аспектів і в дусі поваги прав людини. В цілому, основні права людини мають універсальне застосування, адже вони мають відношення до всіх і кожного: громадян, іноземців, біженців та шукачів притулку, незалежно від того, законно чи незаконно вони знаходяться на території держави. Крім того, всі людські права - громадянські, політичні, економічні, соціальні і культурні визнаються однаково важливими і не залежними від доктрин або теорій будь-яких держав і урядів. Це знайшло відображення у безлічі резолюцій ООН. Так, Всесвітня Конференція з прав людини в 1993 р. підтвердила, що: «всі права людини універсальні, неподільні, взаємозалежні і взаємопов'язані. Міжнародне співтовариство повинно ставитися до прав людини справедливо і рівним чином. У той час як значення національних і регіональних особливостей має враховуватися, це борг держав, незважаючи на їхні політичні, економічні та культурні системи, покращувати і захищати усі

права людини та фундаментальні свободи»¹. Необхідність дієвого заохочення дотримання і захисту прав людини і основних свобод усіх мігрантів незалежно від їх міграційного статусу і рішення проблем міжнародної міграції на основі співпраці і діалогу і всеосяжного і збалансованого підходу, що характеризується визнанням обов'язків країн походження, транзиту і призначення в справі заохочення дотримання і захисту прав людини всіх мігрантів, а також відмови від підходів, здатних підвищити їх уразливість, визнана і Декларацією за підсумками діалогу на високому рівні з питань міжнародної міграції і розвитку, прийнятій Генеральною Асамблеєю ООН 3 жовтня 2013 року².

Розвиток забезпечення дотримання прав людини мігранта вимагає вдосконалення діючих і створення нових дієвих правових механізмів і інститутів, спрямованих на їх забезпечення. Одним з таких інститутів, покликаних забезпечувати додержання та повагу державними органами, органами місцевого самоврядування, посадовими особами прав і свобод людини мігранта, домагатися припинення бюрократичного і всякого іншого свавілля, викорінювати зневагу до законності і й загально визнаних міжнародних принципів ставлення до цієї уразливої групи, являється інститут омбудсмана з питань міграції.

Проблемам методології теорії, техніки, методів і організації науково-дослідної діяльності у сфері правознавства та окремих галузей правової науки присвячені роботи К. Бельського, Х. Бехруз, М. Кельмана, О. Київець, А. Маляренко, В. Нестерович, Н. Пархоменко, П. Рабіновича та ін. Питання правового статусу та функціонування інституту омбудсмана неодноразово входили у предмет досліджень таких авторів, як А. Автономов, О. Батанов, В. Барчук, М. Башимов, В. Бойцова, П. Бромхед, І. Вершиніна, Р. Грегорі, В. Заблоцька, К. Закоморна, Є. Калініна, Е. Лентовські, О. Марцеляк, Н. Наулік, Н. Оніщенко, А. Сунгуров, Н. Хаманєва, А. Хіль-Роблес та ін. Проте серед наукових робіт, присвячених інституту омбудсмана, недостатньо уваги приділяється з'ясуванню основних методологічних підходів до визначення поняття «інститут омбудсмана», не досліджується інститут омбудсмана з питань міграції.

Інститут омбудсмана для всіх країн, окрім Швеції, є «запозиченим» інститутом, розповсюдження якого відбувалося у рамках концепції «дифузії інновацій»³, «імпорту інновацій та імпорту інститутів»⁴ або «рецепції, як процесу запозичення і впровадження

правових цінностей іноземного походження»⁵, яка «полягає насамперед у тому, що це складний процес, який не зводиться до механічного перенесення певних нормативних положень, а включає й подальше засвоєння і використання ідей, принципів, інститутів тощо правової системи інших часів та інших народів»⁶.

Не менш актуальності даний аспект проблематики набуває в контексті демократичної трансформації в Україні в ході якої відбуваються різного роду запозичення в національну правову систему⁷. Запозичення інститутів із-зовні може набувати дві форми: запозичення самих передових інститутів у розвинених країнах безвідносно місцевих умов, існуючих норм, особливо неформальних, інфраструктури, кадрів та ін.; а також запозичення з адаптацією, що є більш продуктивним варіантом⁸. Тут, на думку Ю. Волошина, слід враховувати те, що держави запозичують одна в одної правові норми, інститути, галузі права, але не саму правову систему, під якою розуміють не лише норми, а й механізм їх функціонування в певному суспільстві. Імплементовані у правову систему, норми, набувають національної специфіки⁹.

Як відомо, поява будь-якого нового правового явища завжди викликає необхідність його «становлення» в правовій науці, тобто визначення його поняття в теорії права, отже, збагачення традиційних юридичних понять, вироблення нових загальних положень в теорії права і розвиток юридичної термінології¹⁰. Процес становлення передбачає, передусім, осмислення нової юридичної категорії чи поняття із застосуванням різних науково-методологічних підходів пізнання.

Таким відносно новим поняттям є інститут омбудсмана. Сучасні уявлення про інститут омбудсмана пов'язані з різними варіаціями й розмаїттям методологічних підходів до поняття як інституту омбудсмана в цілому, так і самого терміну «омбудсман». Розширення методологічного інструментарію наукових досліджень, зокрема, у галузі конституційного права, є однією з характерних тенденцій сучасної правової науки. За справедливим зауваженням О. Звонаревої, нині в юридичній науці «склалася ситуація, коли адекватне осмислення політико-правових явищ минулого і сучасність вимагає істотного розширення дослідницького контексту із залученням принципово нових для юридичної науки наукових методів, які носили б парадигмальний

характер»¹¹. Цю думку підтримує й Х. Бехруз, відмічаючи, що «сучасний етап розвитку науки вимагає застосування нового рівня методологічних підходів і принципів, обумовлених складним характером систематизації знань про навколишню реальність, що служить її об'єктом. Це повною мірою відноситься і до гуманітарної, в тому числі і правової сфери знань»¹². Інтерпретація цих змін, на думку І. Словської, як тенденція в динаміці наукової правосвідомості дозволяє розглядати перехід від моністичної методології до методології плюралізму як основного процесу, що характеризує філософсько-методологічну ситуацію у сучасному вітчизняному правознавстві¹³.

Складність тлумачення і формулювання терміну «омбудсман» пов'язана з його використанням в межах різних правових систем та національно-культурних традицій лексико-семантичних понять.

Для аналізу визначення поняття «інститут омбудсмана» з метою формування уяви про його сутність і зміст використовуються основні і спеціальні методи наукового пізнання. Не маючи на меті провести проблемний аналіз визначення методу пізнання, слід погодитися з тим, що метод пізнання - це перш за все розумовий процес, спосіб наукового мислення¹⁴, а методологія - «система координат» в пізнанні явищ, «система пізнавальних установок і механізмів, що сприяють досягненню конкретного предмета пізнання і безпосередньо здійснюють це досягнення відповідно до специфіки предмета і цілям пізнання»¹⁵. Як слушно зазначає О. Київець, «у певний момент людського розвитку метод перестає бути просто інструментом загальнонаукового пізнання та стає ефективним способом впливу науки на суспільне буття в будь-якій сфері і, власне, тим містком, який з'єднує науку в чистому вигляді з практикою»¹⁶.

Для більш повного розуміння сутності інституту омбудсмана з питань міграції варто зупинитись на дослідженні семантики та етимології терміну «омбудсман». Як відомо, «термін» є узагальненим найменуванням юридичного поняття. Відповідно до «Великого тлумачного словника сучасної української мови» категорія «термін» означає «слово або словосполучення з відтінком спеціального (наукового) його значення, яке уточнюється в контексті будь-якої теорії чи галузі знань, але відносно незалежного від контексту окремого висловлювання»¹⁷. Будучи нерозривно пов'язаним із виробленим юридичною наукою поняттям, термін, за словами В. Савицького, є не

лише представником, його символом у правотворчості, але й засобом встановлення обсягу даного поняття, а також передачі та адекватного сприйняття інформації, яка зосереджена у взаємопов'язаних термінах¹⁸. Саме тому, перш ніж розпочати аналіз змісту будь-якого поняття в праві, потрібно здійснити загальнометодологічне дослідження підходів до формулювання відповідних термінів.

Для методології пізнання юридичної термінології виключне як теоретичне, так і практичне значення має лінгвістичний підхід та семіотика – наука про комунікативні системи і «знаки», що зберігають й передають інформацію, в якості яких можуть виступати слова і словосполучення.

З використанням лінгвістичних методів дослідження та структурно-семіотичного аналізу з'ясуємо етимологію слова «омбудсман». Як відомо, цей термін був запозичений із середньовічної шведської мови і походить від слова „*ombud*” і має декілька значень: представник, агент, делегат, адвокат чи авторитет або особа, якій можна довіряти і яка представляла інтереси інших осіб¹⁹. Із норвезької „*ombud*” перекладається як особа, яка може бути послом чи делегатом, що зверталася до народу із посланням короля. Існують й інші пояснення його походження. Так, на думку В. Бойцової, цей термін має германське походження і його коріння сягають раннього періоду життя германських племен²⁰. Омбудсманом називали особу, яку обирали збирати штрафи з сімей, що були звинувачені у вчиненні злочину, на користь потерпілого чи його сім'ї. А шведи та інші скандинавські народи пристосували це слово до своїх культурних традицій й перекладали його як „повірений”, „управляючий справами”, „довірена особа”. З часом під словом „омбудсман” почали розуміти особу, яка наділена авторитетом і правом представництва громадян, та являється захисником інтересів «слабких» від порушень їх прав з боку «сильних»²¹.

Неадекватність перекладу і розуміння слова „омбудсман” простежується й у англійських країнах. Труднощі перекладу полягали, передусім, із тлумачення суфіксу „-man” („*ombudsman*”), який розглядали як вказівку на чоловічий рід цього слова. У зв'язку з цим для забезпечення гендерної рівності висувалися пропозиції замінити цей термін іншими - „*ombudsperson*”, „*ombuds*” „*ombud*”, а у випадку, якщо посаду омбудсмана обіймала жінка – то „*ombudswoman*”. Про-

тивники таких змін стверджували, що запропоновані замітники слова «омбудсман», навпаки, ще більш підкреслюють сексистські нахили й є не мають сенсу. Оскільки дане слово не є англійським, воно не повинно піддаватися перетворенню. Роз'яснення з приводу гендерної нейтральності слова «омбудсман» надав шведський парламентський омбудсман, котрий зазначив, що за висновками лінгвістичних експертів слова зі шведської мови із суфіксом «-man» (наприклад, «Talman», «fortroendeman» тощо) з гендерної точки зору являються нейтральними²². Однак, Міжнародна Асоціація омбудсманів (International Ombudsman Association (IOA)) має власний погляд на використання альтернативних варіантів слова «омбудсман» й зазначає, що «термін омбудсман використовується для зв'язку з максимально широкою громадськістю і не призначений, щоб перешкоджати іншим особам використовувати альтернативні варіанти. IOA шанобливо визнає, що багато хто на практиці використовують альтернативні форми цього слова, такі як «обудсперсон» чи «омбудс»²³.

Варто зауважити, що розбіжності у написанні слова «омбудсман» характерні й для вітчизняної та російської суспільно-політичної й юридичної літератури. Зокрема, в публікаціях наукового, правового та публіцистичного характеру, використовують два варіанти написання – „омбудсмен” і „омбудсман”. Наприклад, українська «Юридична енциклопедія» (за ред. Ю. Шемшученко)²⁴ та російський сучасний юридичний словник дає написання „омбудсмен”²⁵, тоді, як „Краткий юридический словарь”²⁶ пропонує написання „омбудсман”. Провідні українські науковці доктори юридичних наук О. Батанов²⁷, О. Марцеляк²⁸ та деякі інші, а також Уповноважений Верховної Ради України з прав людини використовують термін „омбудсман”²⁹. А російські науковці у сфері захисту прав людини, зокрема, В. Бойцова, Н. Хаманева та інші, застосовують написання „омбудсмен”³⁰, тоді як інші, наприклад, А. Сунгуров³¹, М. Тимофеев³² - «омбудсман».

Але при всьому розмаїтті використання терміну «омбудсман» спільним є розуміння його сутності як збірного, родового поняття, що слугує для визначення «спеціальної служби, яка не схожа на інші державні та громадські структури, незалежно від офіційно прийнятої її назви»³³.

Відповідно до загального поняття методології як вчення про наукові методи пізнання явищ, про систему наукових принципів, на ос-

нові яких будується дослідження, методологія дослідження інституту омбудсмана, що уможливило пізнання й підсумовування логічних висновків, є вченням про сукупність прийомів, способів і підходів аналізу поняття та сутнісних характеристик цього інституту. Методологічним підґрунтям дослідження категорії «інститут омбудсмана» виступає комплекс таких загальнонаукових методів, як діалектичний, структурно-функціональний, логічних методів теоретичного аналізу, які є основними способами об'єктивного і всебічного пізнання дійсності; а також ряд приватноправових методів, таких як логіко-юридичний, порівняльно-правовий, інституціонального аналізу, які у взаємодії дозволяють забезпечити глибоке дослідження всього комплексу проблеми дослідження, та інші дослідницькі методи, які, на думку П. Рабіновича, умовно можна поділити на емпіричні (способи виявлення, фіксування, збирання, систематизації інформації про факти та явища) і теоретичні (способи пояснення, тлумачення зібраних даних, побудови понять, концепцій, прогнозів та ін.)³⁴.

Поєднання і комплексне використання зазначених методів дозволяє виявити різні підходи до розуміння поняття, сутності, організаційно-правових форм та державницької природи інституту омбудсмана. При цьому визначення ґрунтуються на основі аналізу місця, яке омбудсман посідає у державно-правовій системі, способів його призначення, підзвітності тій або іншій гілці влади, обсягу повноважень та сфери впливу омбудсмана. Переважна більшість наукових досліджень в цьому плані присвячені аналізу діяльності парламентських омбудсманів так званої «загальної» компетенції.

Так, у науковій літературі омбудсман розглядається як служба, як орган представницької чи виконавчої вади, як посадова особа (неупереджений функціонер), як інститут. Наприклад, Міжнародна асоціація юристів визначає омбудсмана як службу, передбачену конституцією чи актом законодавчої влади³⁵; канадський науковець Д. Роуат - як незалежного і неупередженого функціонера законодавчого органу³⁶; В. Барчук визначає омбудсмана як вищу посадову особу³⁷, Н. Хаманева та інші розглядають омбудсмана як незалежну посадову особу³⁸, Американська асоціація адвокатів - як «незалежну, неупереджену особу, яка обіймає посаду високого рівня, і яка уповноважена отримувати і конфіденційно розглядати скарги і заяви, пов'язані з порушенням прав або вчиненням неправомірних дій адмі-

ністрацією, посадовими або іншими особами», А. Сунгуров під омбудсманом розуміє гідну довіри незалежну особу, яка уповноважена парламентом на охорону прав окремих громадян та здійснює опосередкований парламентський контроль у формі широкого нагляду за всіма державними посадами, проте без права зміни прийнятих ними рішень³⁹.

М. Башимов визнає його інститутом, що знаходиться між державою та громадянським суспільством та здійснює забезпечення прав і свобод людини⁴⁰, а Р. Давід, К. ЖофFRE-Спінозі розглядають омбудсман як спеціальний інститут контролю за адміністрацією⁴¹.

Частина науковців стоїть на позиції визнання омбудсмана органом. Наприклад, С. Глушкова вважає його «позасудовим органом», незалежним від виконавчої влади, в який громадянам можна звернутися зі своїми скаргами на органи державної влади на безоплатній основі⁴², І. Вершиніна визначає омбудсмана як самостійний державний орган, який має особливий статус і не входить в жодну з гілок влади⁴³, К. Закоморна визначає поняття омбудсмана як високоавторитетного, незалежного, функціонально самостійного, політично нейтрального державного органу, покликаного забезпечувати реалізацію прав та свобод особи⁴⁴.

На думку О. Марцеляка, омбудсман – це спеціальний контрольно-наглядовий, правозахисний орган державної влади (посадова особа), запровадження якого є реакцією суспільства на недосконалість існуючої в країні правозахисної системи, і є новим, більш ефективним інститутом, який став доповненням до існуючих форм контролю та нагляду у сфері забезпечення прав людини⁴⁵. Він зазначає, що цей інститут поєднує в собі риси державного інституту та інституту громадянського суспільства і має неформальний підхід до своєї діяльності⁴⁶.

Деякі науковці розглядають омбудсмана як політичний інститут. Так, М. Заблоцька зазначає, що політичний інститут омбудсмана – це «персоніфікований, неформальний, деполітизований, позбавлений адміністративно-владних повноважень інститут громадянського суспільства та держави, який розглядає скарги, виносить представлення, рекомендації, викладає думки, які стосуються посадових осіб та державних органів та здійснює раціоналізуючий та попереджувальний вплив на адміністрацію завдяки високому суспільному авторитету та публічному характеру розслідувань»⁴⁷.

Пояснення такої розрізненості у поглядах науковців щодо визначення поняття «омбудсман» пояснюється, по-перше, тим, що інститут омбудсмана формувався в різних країнах, з різними конституційно-політичними системами, з різним громадським середовищем, правовою культурою та різними філософськими підходами, а, по-друге, правовою природою і характерними особливостями самого інституту омбудсмана, які демонструють його універсальність і можливість модифікації стосовно до потреб тієї чи іншої правової системи.

Така модифікація класичного інституту омбудсмана має прояв у появі різних моделей омбудсмана, зокрема, спеціалізованих омбудсманів, розвиток функціональної спеціалізації яких зумовлюється та підтримується внутрішніми потребами та національними інтересами. До таких спеціалізованих омбудсманів відноситься й омбудсман з питань міграції, що має свою специфічну мету, функції і принципи діяльності щодо забезпечення прав людини-мігранта.

Варто зауважити, що при визначенні поняття спеціалізованого омбудсмана також застосовуються різні підходи, які залежать від моделі й правового статусу того чи іншого омбудсмана, діяльність якого досліджується. Світова практика не виробила єдиної моделі та загально прийнятого статусу спеціалізованих омбудсманів, тому на їх становлення також впливають особливості правових традицій та ідеології держав, в яких запроваджується посада спеціалізованого омбудсмана, та «політико-правові причини внутрішньодержавного розвитку, що обумовлюють їх становлення та розвиток»⁴⁸. До того ж, на відміну від омбудсманів загальної компетенції, спеціалізовані омбудсмани можуть запроваджуватись не тільки законодавчим органом і не тільки на загальнонаціональному рівні, а й на регіональному та муніципальному рівні і входити у структуру територіальної виконавчої влади.

Спеціалізовані омбудсмани визначаються і як посадові особи, і як органи державної чи виконавчої влади, і як інститут. Так, Є. Калініна вважає спеціалізованого омбудсмана незалежною посадовою особою, яка призначається у відповідності до конституції чи іншого нормативно правового акту держави, що має спеціальні повноваження по забезпеченню захисту певних прав і свобод чи прав окремої групи осіб, здійснює контроль за діяльністю державних органів, органів місцевого самоврядування щодо дотримання зазначених прав при формуванні та реалізації державної політики⁴⁹.

С. Грабовський визначає спеціалізованого омбудсмана як орган захисту прав людини, що представляє та відстоює інтереси осіб, які належать до етнічних, мовних та релігійних меншин, а також інтереси корінного населення, людей інших національностей, жінок, дітей та інших вразливих груп, який сприяє здійсненню державної чи соціальної політики, направленої на захист однієї чи декількох таких груп⁵⁰.

Л. Голяк вважає, що інститут спеціалізованого омбудсмана, можна визначити як незалежний, самостійний, публічно-правовий, як правило, державний або громадський інститут, запроваджений з метою забезпечення державного (або прирівняного до нього публічного) захисту прав і законних інтересів осіб, які належать до вразливих верств населення та соціальних груп, їх дотримання та поваги органами державної влади і місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами, а також організаціями, установами або іншими інституціями, що спеціалізуються на наданні публічних послуг⁵¹.

Проведений аналіз різних визначень інституту омбудсмана як загальної так і спеціальної компетенції дозволяє виокремити найбільш спільні ознаки, які розкривають сутність омбудсмана: є однією з форм демократичного позасудового контролю за діяльністю органів виконавчої влади для захисту прав громадян, особливою формою врегулювання розбіжностей, що стосуються прав громадян при розгляді їх скарг на порушення прав в різних сферах; є додатковим способом право забезпечення; є публічним, самостійним і незалежним від органа, який його призначає, відкритим і доступним для всіх громадян.

Таким чином, методом синтезу та правового моделювання, можемо визначити поняття інституту омбудсмана з питань міграції – це незалежний, самостійний, персоніфікований, деполітизований спеціальний інститут публічно-правового нагляду за державними структурами різного підпорядкування у сфері здійснення міграційної політики з точки зору дотримання останніми прав людини-мігранта, запроваджений вищим законодавчим органом влади або за згодою останнього, на основі Конституції чи уніфікованого або іншого спеціального нормативного акту, наділений профільними повноваженнями рекомендаційно-поновлювального характеру щодо спеціалізованого захисту прав мігрантів.

1. *Венская Декларация и Программа Действий*. Часть 1, пар. 5. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/viendec93.shtml 2. *Декларация* за підсумками діалогу на високому рівні з питань міжнародної міграції і розвитку /Резолюція ГА ООН 68/4 від 3 жовтня 2013 року. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/migrationdevelop.shtml
3. *Сунгуров А.Ю.* Институт Омбудсмана: эволюция традиций и современная практика (опыт сравнительного анализа). Санкт-Петербург: Норма, 2005. С.28.
4. *Peters B. G., Pierre J.* Institutions and time: Problems of conceptualization and explanation // Journal of Public Administration Research and Theory. Oct. 1998. Vol. 8. No 4. P. 565.
5. *Ткаченко С.В.* Рецепция права: идеологический компонент. Самара: СамГАПС, 2005. С. 5.
6. *Гомонай В.В.* Рецепція права як фактор євроінтеграційних процесів // Порівняльно-аналітичне право. 2013. №1. С.11.
7. *Інтеграційне право в умовах глобалізаційних процесів: концептуальні та методологічні підходи: зб. наук. праць (до 60-річчя зав. каф. конст., адмін. та міжнар. права Маріупольськ. держ. ун-ту, д.ю.н., проф., акад. Укр. акад. наук, Заслуж. діяча науки і техн. М.О. Баймуратова) / за ред. д.ю.н., проф. Ю.О. Волошина. Одеса: Фенікс, 2015. С. 11.*
8. *Ханін І.Г.* Методологічні позиції неінституціоналізму у вирішенні питань експорту інститутів. URL: <http://www.economy.nayka.com.ua/?op=1&z=1767>
9. *Волошин Ю. О.* Конституційно-правове забезпечення європейської міждержавної інтеграції: теоретико-методологічні аспекти: монографія / за ред. М. О. Баймуратова. Київ: Логос, 2010. С. 264.
10. *Алексеев С.С.* Общая теория права: в 2-х т. Млсква, 1981. Т.1. С. 81.
11. *Звонарева О. С.* О цивилизационном подходе в теории государства и права // Правоведение. 2003. №4. С. 173.
12. *Бехруз Х.* Аксіологічний підход в структурі порівняльно-правових досліджень // Актуальні проблеми держави і права. 2008. Вип. 40. С. 25.
13. *Словська І.Є.* Методологія наукового аналізу системи парламентаризму // Вісник Національного університету "Львівська політехніка". 2015. № 825. С. 274.
14. *Бельский К. С., Зайцева Л. А.* Методология и метод познания в праве (общетеоретические аспекты) // Юрид. образование и наука. 2010. № 3. С. 35.
15. *Малахов В. П.* Философия права: учеб. пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция». Москва: ЮНИТИ-ДАНА, 2007. С. 45.
16. *Кийвець О.* Методологія міжнародного права у контексті дослідження джерел міжнародного права: декілька загальних роздумів про вічне // Український часопис міжнародного права. № 1-2/2012. С. 42.
17. *Великий* тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. Київ; Ірпінь: ВТФ Перун, 2002. 1440 с.
18. *Савицкий В. М.* Язык процессуального закона. Вопросы терминологии / под ред.: Сухарев А. Я. Москва: Наука, 1987. С. 17.
19. *Всемирная энциклопедия* / [отв. ред. Б.Н. Топорнин]. Москва: Юрист, 2001. С. 841.
20. *Бойцова В.В.* Англосаксонские модели омбудсменов // Служба защиты прав человека и гражданина. Мировой опыт. Москва: БЕК, 1996. С. 173.
21. *Харитонов О.І., Харитонова С.О.* Порівняльне право Європи: Основи порівняльного правознавства. Європейські традиції. Видання друге, доповнене. Харків: Одисей, 2006. С. 432.
22. *Moore Tim.* Ombudsman Gender Neutral? Providing research and

information services to the Northern Ireland Assembly, 2015. P. 2. **23.** *International Ombudsman Association (IOA)*. URL: <https://www.ombudsassociation.org/Resources/Resource-Library/Tools-for-Ombuds-Office-Operations/Academic-PD.aspx>. **24.** *Юридична енциклопедія*: в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ: "Укр. енцикл.", 1998-2004. Т. 4: Н - П. С. 499. **25.** *Большой юридический словарь* / [под ред. А.Я. Сухарева, В.Е. Крутских. - 2-е изд., перераб. и доп.]. Москва: ИНФРА-М, 2002. С. 387. **26.** *Краткий юридический словарь* [Библиотека малых словарей "ИНФРА-М" / М.Е. Волосов, В.Н. Додонов, В.Е. Крутских]. Москва: ИНФРА-М, 2003. С. 198. **27.** *Батанов О. В.* Муниципальный омбудсман як елемент локальної системи захисту прав людини: інституційні та функціональні аспекти // Часопис Київського університету права. 2016. №1. С. 65. **28.** *Марцеляк О.В.* Конституційно-правовий статус інституту омбудсмана: світовий досвід та Українська модель: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: спец.: 12.00.02. Одеса, 2004. С. 2. **29.** *Карпачова Н.* Людське життя - найвища цінність: [Виступ під час представлення першої щорічної доповіді Уповноваженого з прав людини у Верховній Раді України] // Людина і політика. 2000. № 9-10. С. 26. **30.** *Бойцова В.В.* Англосаксонские модели омбудсменов // Служба защиты прав человека и гражданина. Мировой опыт. Москва: БЕК, 1996. С. 173; *Хаманева Н.Ю.* Охрана прав граждан зарубежных стран: институт омбудсмана (Сравнительный аспект) // Сб. обзоров. Москва, 1991. С. 5. **31.** *Сунгуров А.Ю.* Институт Омбудсмана: эволюция традиций и современная практика (опыт сравнительного анализа). Санкт-Петербург: Норма, 2005. С.28. **32.** *Тимофеев М. Т.* Конституционно-правовой институт омбудсмана в странах англосаксонской правовой семьи: на примере Соединенного Королевства и Республики Ирландии: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02. Москва, 2005. С. 2. **33.** *Хаманева Н.Ю.* Цит. работа. С. 7. **34.** *Рабинович П.М., Хавронюк М.Л.* Права людини і громадянина: навч. посіб. Київ: Атіка, 2004. С. 149. **35.** *American Bar Association.* 2001. "Standards for the Establishment and Operation of Ombuds Offices". URL: <http://www.ombuds-toa.org/downloads/ApprABAStand.doc> **36.** *Rowat D. C.* The Ombudsman, Citizens Defender: Preface to Second Edition. L., 1968. S.XXIV. **37.** *Барчук В.Б.* Уповноважений Верховної Ради України з прав людини як суб'єкт забезпечення національної безпеки: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02. Київ, 2006. С. 11. **38.** *Хаманева Н.Ю.* Цит. работа. С. 131. **39.** *Сунгуров А.Ю.* Цит. работа. С. 128. **40.** *Башимов М. С.* Институт омбудсмана в Республике Казахстан // Журнал российского права. 2003. № 12. С.175. **41.** *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. Москва: Международ. отношения, 1996. С. 66. **42.** *Глушкова С.И.* Права человека в России: теория, история, практика. Екатеринбург: изд-во Гуманитар. Ун-та, 2002. С.134. **43.** *Вершинина И.Ф.* Институт Уполномоченного по правам человека в субъектах Российской Федерации: конституционно-правовое исследование: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Москва, 2009. С.8-10. **44.** *Закоморна К.О.* Институт омбудсмана як засіб забезпечення прав і свобод людини та громадянина (порівняльно-правовий аналіз): автореф. дис. ... канд. юрид.

наук: 12.00.02. Харків, 2000. С. 7. **45. Марцеляк О.В.** Конституційно-правовий статус інституту омбудсмена: світовий досвід та Українська модель: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук: спец.: 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право». С. 12. **46. Марцеляк О.В.** Роль Уповноваженого з прав людини у розбудові демократії в Україні. Харків: Вид-во НУВС, 2007. С.7. **47. Заблоцька Н.В.** Інститут Уповноваженого з прав людини як предмет політологічного дослідження // Наукові записки Інституту політичних і етнонаціональних досліджень ім. І. Ф. Кураса НАН України. 2010. Вип.1. С.241. **48. Калинина Е. Г.** Специализированные Уполномоченные по правам человека в России и за рубежом: сравнительно-правовое исследование.: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02. Екатеринбург, 2016. С. 12. **49.** Там же. **50. Грабовский С.И.** Совершенствование специализированного института Уполномоченного по правам человека в России: проблемы и перспективы дальнейшего развития // Вестник Российского государственного торгово-экономического университета. 2009. №6 (33). С.149. **51. Голяк Л.В.** Інститут спеціалізованого омбудсмена: світовий досвід організації та діяльності: монографія. Львів: Видавництво «ЗУКЦ», 2011. С. 38.

Ageev Oleksandr. Scientific and Methodological Approaches to the definition of "ombudsman on migration issues "

The article analyses theoretical and methodological aspects of the ombudsman institution. The problems of methodological approaches and methodological tools expand research to the definitions category of "ombudsman" and "Ombudsman Institute of Migration." It is proved that the formation of the term "Ombudsman institution" is using a wide range of basic scientific approach of gathering and processing of material legal reality and collectively philosophical, general and special methods. Author proposed definition of "institution of ombudsman for migration."

The development of the legal system of each State is directly linked with the effective mechanisms of protection of human rights and fundamental freedoms. For a civilized society man, his rights and fundamental freedoms are the highest values and all necessary and possible measures are taken in order to create the most effective mechanisms to protect human rights and fundamental freedoms. The rapid development of democratic values throughout the world requires improvement of the existing and creation of new legal mechanisms aimed at ensuring human rights. In the legal systems of civilized countries, the institution of the Ombudsman is considered to be one of the most important mechanisms for protecting human rights and fundamental freedoms and for strengthening the legality in the activities of public authorities. Of course, in the Ukraine, where democratic values are rapidly evolving, exists the institution of the Ombudsman, that successfully functions. The purpose of this article is to show the importance of the institution of the Ombudsman on migration issues, to reveal the characteristics of the activities of Ombudsmen from different countries. One source provides the following comment regarding the word 'ombudsman' and background to the 'modern' use of the term. The word "Ombudsman" can be found in Old Swedish as the word umbudsmann (accusative) and as umbuds man, meaning "representative".

The modern meaning of the term emerged when the Swedish Parliament appointed an Ombudsman in 1809 to safeguard the rights of citizens through establishment of a supervisory agency independent of the executive branch. It has been argued that, based upon its Scandinavian roots, the word ombudsman is gender-neutral in origin, as the 'man' suffix itself is gender neutral. The International Ombudsman Association, for example, has stated that: The word "Ombudsman" is Scandinavian and means "representative" or "proxy." The term is gender-neutral in origin and is used by the International Ombudsman Association (IOA) to communicate to the widest possible community. Variations of the term exist (i.e. ombuds, ombudsperson) and are common among those practicing in the ombudsman field. Responding to a question regarding the gender neutrality of the word ombudsman and similar words with the suffix '-man', the Swedish Parliamentary Ombudsman has, in the past, written that the 'Government's linguistic experts had stated that ombudsman and other similar words with the suffix -man. i.a. [sic] talman, talesman, fortroendeman, are gender neutral in the Swedish Language. Regarding, the word ombudsman and alternatives, the International Ombudsman Association (IOA) states that 'The term ombudsman is used to communicate to the widest possible community and is not intended to discourage others from using alternatives. IOA respectfully acknowledges that many practitioners use alternative forms of this word, such as ombuds or ombudsperson'.

This article tries to broaden the academic literature and also the academic debate about ombudsman institutions and their powers and roles. As the explanatory articles on the ombudsman institutions have mostly been written by the ombudsmen themselves or members of their staff, another 'non-ombudsman personal' view on this topic can point to the specifics of these institutions as seen from the 'outside'.

Key words: ombudsman, the ombudsman model, human rights, migration, the migrant, the principles of legality, independence, methodological aspects, general scientific and special methods.

УДК 342.4; 341.1/8

В. С. МОГІЛЕВСЬКИЙ

ГЛОБАЛЬНИЙ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ: ТЕОРЕТИЧНІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ ТА ТЛУМАЧЕННЯ

Досліджуються теоретичні підходи до розуміння та тлумачення феномену глобального конституціоналізму. Досліджується його органічний зв'язок з загальним конституціоналізмом. Доводиться, що у нормативному розумінні глобальний конституціоналізм виникає на стику та в результаті взаємодії міжнародного публічного права, інтеграційного права і національ-

© **МОГІЛЕВСЬКИЙ Всеволод Сергійович** – аспірант Інституту законодавства Верховної Ради України

ного конституційного права держав-членів міжнародного співтовариства в результаті впровадження конституційних цінностей в міжнародний нормативний масив.

Ключові слова: конституціоналізм, глобальний конституціоналізм, конституціоналізація міжнародного права, інтернаціоналізація конституційного правопорядку держав, конституційні цінності, конституційне право держав, міжнародне право, інтеграційне право.

Могилевский В.С. Глобальный конституционализм: теоретические подходы к пониманию и толкованию

Исследуются теоретические подходы к пониманию и толкованию феномена глобального конституционализма. Исследуется его органическая связь с общим конституционализмом. Доказывается, что в нормативном смысле глобальный конституционализм возникает на стыке и в результате взаимодействия международного публичного права, интеграционного права и национального конституционного права государств-членов международного сообщества в результате внедрения конституционных ценностей в международный нормативный массив.

Ключевые слова: конституционализм, глобальный конституционализм, конституционализация международного права, интернационализация конституционного правопорядка государств, конституционные ценности, конституционное право государств, международное право, интеграционное право.

Mogilevsky Vsevolod. Global constitutionalism: theoretical approaches to understand and interpret

The article examines the theoretical approaches to the understanding and interpretation of the phenomenon of global constitutionalism. We study its organic connection with the general constitutionalism. It is proved that in the normative sense of global constitutionalism arises at the junction, and the interaction of public international law, integration law and national constitutional law of the member states of the international community as a result of the introduction of constitutional values in an array of international standard.

Key words: constitutionalism, global constitutionalism, constitutionalization of international law, the internationalization of the constitutional order of states, constitutional values, the constitutional law of the States, international law, integration law.

В умовах становлення та розвитку складних і суперечливих тенденцій економічної та політичної глобалізації починаються могутні процеси щодо формування і розвитку глобалізації правової. На слухну думку М. Алмохаммеда, для усвідомлення сутності правової глобалізації варто розуміти, що вже нині поверх установлених

державних кордонів відбувається дуже складний і всеосяжний процес людської взаємодії (фактор глобального колабораціонізму. – М.А.), що визначає існування сукупності політичних, економічних, культурних і суспільних зв'язків, пріоритетність яких стосовно місцевих, регіональних, національних обмежень (фактор пріоритетності глобальної взаємодії перед взаємодією національною. – М.А.), очевидно, забезпечує умови для створення нової транснаціональної цивілізації (фактор інституціоналізації якісно нової цивілізації. – М.А.)¹.

Не дивлячись на те, що в історичній ретроспективі існувало багато різного роду зв'язків, що пересікали межі людських співтовариств, нинішній масштаб таких комунікацій, їх інтенсивність, глибину, мобільність і динамізм, охоплення, предметність, швидкість реалізації завдяки існуванню сучасних нових інформаційних технологій, варто розглядати як ознаки, що носять якісно інший характер у порівнянні з попередніми історичними процесами. І таку іншу якість їм у тому числі забезпечує тенденція виникнення і розвитку правової однорідності, що базується не тільки на історичному минулому держав-членів міжнародної і регіональних спільнот (колишня колоніальна система, єдині підходи до релігії, відношення до єдиної правової родини тощо), а й їх об'єктивна тяга до спільного розвитку і функціонування на базі єдиних економічних, політичних, культурних і правових цінностей.

В цьому відношенні методологічно важливою виступає позиція іспанського філософа права Ф. Лапорта про те, «що нині постає перед нами, підпорядковується і буде завжди значною мірою підпорядковуватися логіці колективних дій, а це визначає високий рівень анонімності й знеособленості в діях людей і їхніх реакцій та, отже, призведе до зростання непередбачуваності в майбутніх результатах». Він вважає, що сама по собі ідея «управління» цими складними процесами, якими супроводжується глобалізація, чи навіть «повернення їх назад», якщо і не ілюзорна, то принаймні надзвичайно важко здійснювана².

Якщо системно тлумачити даний підхід, то за всієї своєї песимістичності, він містить і раціональний методологічний зміст, що базується на об'єктивізації основної управлінської парадигми, а саме:

- в умовах глобалізації державно організоване людство повинно підпорядковуватися загальній логіці колективних дій (колективістська складова);

- така парадигма дій об'єктивно викликає до життя необхідність управлінського забезпечення і супроводу (організаційна складова);

- таке управлінське забезпечення здійснюється виключно за допомогою права, що має вже не національний, а наднаціональний і міжнародний характер (нормативна складова);

- формуючи, конструюючи і вибудовуючи архітектоніку такого управлінського забезпечення і супроводу за допомогою права, держави-члени світового співтовариства запозичають нормативні конструкції в національному конституційному праві, що регламентує найбільш важливі, суттєві, фундаментальні суспільні відносини в рамках національної держави, інтерпретуючи їх на міжнародний і глобальний рівні (домінантно-національна складова);

- такий управлінський вплив на колективну поведінку держав і народів повинен мати знеособлений характер, що актуалізує уніфікацію правових і організаційних форм впливу (уніфікаційно-кодифікаційна складова);

- здійснення такого глобального управління за допомогою права завдання дуже важке, але здійснюване, прикладом чому служить співробітництво держав у рамках світового співтовариства і діяльність міждержавних інтеграційних об'єднань (інтеграційно-коллаборативна складова).

- реалізація такого глобального управління за допомогою права здійснюється на основі тісної взаємодії національного конституційного та загального міжнародного права в рамках глобального конституціоналізму, що базується на інтернаціоналізації конституційних цінностей держав-членів міжнародного співтовариства (синтетична складова).

Аналізу сутності, позитивним тенденціям, а також ризикам і загрозам світових глобалізаційних процесів в останні роки приділяється дуже серйозна увага. Однак початком активного вивчення процесів економічної і політичної глобалізації прийнято вважати останнє десятиліття минулого століття, зазначене серйозними геополітичними трансформаціями. В обговоренні процесів глобалізації та її форм беруть участь як зарубіжні вчені (З. Бжезінський, Б. Геншель, Б. Дікон, Г. Кіссінджер, Г. Мартін, А. Мей-Нинг, Д. Рітцер, Ф. Фукуяма, К. Хаусхофер та ін.), так і вчені вітчизняні. Одним з найбільш досліджуваних напрямків глобалізації є соціально-еконо-

мічне. Вивченню даного аспекту глобалізації присвячені праці зарубіжних вчених Л. Абалкіна, Г. Батигіна, І. Беляєвої, С. Веселовського, А. Грязнової, М. Делягіна, С. Долгова, В. Захарова, А. Ілларіонова, В. Іноземцева, Е. Кочетова, Д. Михайлова, А. Мовсесян, Л. Обухова, А. Уткіна, К. Шахназарова та ін.

Однак сфера вивчення не обмежується виключно проблемами економіки. У дослідженні процесів глобалізації беруть участь представники політології, соціології, правознавства та ряду інших наук. Політичні, геополітичні та соціологічні аспекти глобалізації представлені в дослідженнях М. Буроменського, Ю. Гаврилова, О. Грінченко, В. Денисова, М. Єфімова, О. Задорожного, Л. Капранової, Б. Ключникова, А. Панаріна, В. Пчелінцева та ін. При цьому з року в рік розширюється проблемне поле глобалізації за рахунок включення знань, що накопичуються в різних галузях природничих і гуманітарних наук, осмислюються особливості її багаторівневої структури, методів дослідження в їх співвідношенні з досліджуваною об'єктивною реальністю на державному та міжнаціональному рівні вже створено спеціальні дослідницькі інститути і програми, покликані сприяти вивченню проблем глобалізації та різних її аспектів вивчається вплив феномена глобалізації на науку, освіту, культуру, право, охорони навколишнього середовища, розвитку спорту і т. д.

В останні десятиліття в юридичній літературі з'явилася велика кількість робіт, автори, яких віддали перевагу вивченню правових аспектів глобалізації. Однак серйозних монографічних досліджень правових аспектів світових глобалізаційних процесів на сьогоднішній день не так багато.

Таке ж зауваження можна віднести й до досліджень глобального конституціоналізму в Україні, що знаходяться на початковій стадії, і у своїй більшості базуються на доктринальних дослідженнях зарубіжних вчених, а саме К. Веземана, А. Винера, Н. Гільмана, Е. Де Вета, Я. Дунофа, Ф. Еллоа, Я. Клабберса, М. Коскеньємі, М. Мадуро, А. Петерс, Д. Розенау, А. Стоун Світа, Е. Танчева, К. Томушата, Я. Трахтмана, К. Тускоза, М. Тушнета, Р. Фалька, К. Швებель, С. Чіампи та ін. Разом з тим, слід зазначити коло вітчизняних дослідників, що внесли відповідний внесок у актуалізацію цієї проблематики, серед них – М.О. Баймуратов, О.В. Батанов, Ю.М. Бисага, М.В. Буроменський, Ю.О. Волошин, В.М. Кампо,

О.Л. Копиленко, Є.О. Львова, Л.А. Луць, Н.Р. Нижник, М.П. Орзіх, В.Ф. Погорілко, О.Ф. Скакун, В.Я. Тацій, Ю.М. Тодика, О.Ф. Фрицький, В.М. Шаповал, Ю.С. Шемшученко та ін.

Зазначена тема дослідження актуалізується ще й тим фактом, що у зв'язку з посиленням значення правової глобалізації як системного фактору розвитку міжнародного права, все більшої уваги у правовій доктрині приділяється питанню формуванню новітніх нормативних засад, правосуб'єктності та трансформації суб'єктно-об'єктного складу міжнародного права та необхідності внесення коректувань і нововведень у його систему.

Досліджуючи феномен глобального конституціоналізму, слід визначити його правову природу і походження – зазначаючи, що в його основі лежить загальний феномен конституціоналізму, що визнається, насамперед, на рівні національної держави, але такий, який отримав своє розповсюдження та визнання на універсальному, глобальному рівні, тобто в межах міжнародного співтовариства держав.

Виходячи з того, що загальний концепт конституціоналізму розуміє під собою декілька змістів: по-перше, форма правління, політична система, яка спирається на конституцію, конституційні методи правління; по-друге, політико-правова теорія, що обґрунтовує необхідність встановлення конституційного ладу; по-третє, вчення про конституцію як основний інструмент політичної влади³ – можна стверджувати, що саме ці змістовні настанови загального конституціоналізму сприйняті та застосовані для конструювання і моделювання основоположних засад глобального конституціоналізму. Більш того, саме вони виступають в якості основних цінностей такого конституціоналізму, бо проблема визначення категорії конституційних цінностей сьогодні стає ключовою у сучасній теорії конституційного права – саме конституційна аксіологія, як сфера наукового знання обумовлює безперечну актуальність аналізу конституціоналізму у вимірі конституційних цінностей як на національному, так на міжнародному універсальному рівнях.

«Конституціоналізм, як я його розумію, ґрунтується на декількох елементах конституційного розвитку, – пояснює американський правознавець А. Е. Д. Ховард. – Деякі з них відносяться до історичних подій, як, наприклад, принципи, пов'язані з англійською Вели-

кою хартією вольностей чи Угорською золотою буллою. Інші розцвіли в епоху Просвітництва, сформовані мисленням, що базуються на природних законах. Інші ґрунтуються на більш сучасних подіях. Будь-яке визначення конституціоналізму включає в себе судження про очевидні цінності. У розмові про конституціоналізм пропоную наступні основні розділи: згода народу; обмежений (у владних про-*вах.* – *Авт.*) уряд; відкрите суспільство; недоторканість особи; правові норми; спадкоємність; проведення в життя Конституції; громадський контроль над урядом; поділ влади; федералізм; судовий нагляд»⁴.

Він же стверджує, що «громадянська освіта є істотним для здоров'я конституціоналізму. Люди, які не розуміють основних правил вільного уряду, швидше за все не зможуть зберегти його живим. Конституціоналізм, таким чином, спирається на підставу, що складається з обізнаного і поінформованого населення»⁵. Таким чином, можна стверджувати, що конституціоналізм є «живим» явищем, який суттєво впливає та модифікує поведінку громадян держави.

Французький конституціоналіст Ж.-Л. Шабо основними положеннями конституціоналізму вважає всього дві тези: перша з них стосується переваг застосування в межах політики писаного права, що припускає необхідність досягти підлеглості політики саме правовій нормі, причому нормі, яка відома всім, стабільна, публічна і закріплена в жорсткій писаній конституції. Ця теза виступає конститутивною основою правової держави і забезпечує абсолютну перевагу закону над необмеженою владою правителів; друга теза – можливість за допомогою писаного права (конституції) досягти соціальних перетворень і позбутися соціальних негараздів⁶.

Для більшої ясності необхідно відмітити, що у структурному контексті феноменологію загального конституціоналізму слід розуміти як історію, теорію і практику конституційного будівництва, що здійснюється в державі. Саме органічна взаємодія вказаних вище трьох елементів є запорукою існування не тільки конституціоналізму, а й формування засад демократичної правової державності, що функціонує та реалізується на основі Конституції держави.

В цьому контексті слушною, продуктивною, справедливою та ілюстративною є позиція українських учених М.П. Орзіх та А.Р. Крусян, які розглядають конституціоналізм як центр, навколо

якого «обертається» вся сучасна конституційно-правова проблематика. Адже категорія конституціоналізму є достатньо універсальним носієм теоретичної енергії сучасного конституційного права, основною парадигмою конституційної практики, критерієм конституційності діяльності та актів індивідуальних і колективних суб'єктів права, умовою становлення «динамічної конституційної юриспруденції», яка, на відміну від «статичної», орієнтована на формування і використання законів і технічних прийомів розвитку права, реформування конституційної дійсності⁷.

Звідсіля випливає особлива роль конституційного права не тільки в національному правопорядку, а й його провідна роль в нормопроекуванні і будівництві архітекtonіки сучасного міжнародного правопорядку на фоні глобалізації, й особливо, на фоні її правової форми⁸.

Як уявляється, важливі аспекти в досліджуваній проблематиці надає дослідник С. А. Щетинін, котрий у своєму науковому дослідженні «Правова глобалізація: поняття й основні форми: теоретико-методологічні аспекти»⁹ пропонує визначати її як процес формування нової, загальносвітової системи правових норм, що організують і забезпечують глобальну міждержавну взаємодію в різних сферах життя сучасного суспільства, у процесі якого міжнародне право, національне право, а також право міжнародних господарських об'єднань виявляються у стані тісної взаємозалежності. При цьому характер правової інтеграції й інтернаціоналізації визначається, з одного боку, участю держав у справах світового співтовариства, а з іншого – ступенем сприйняття країнами тих чи інших аспектів права інших держав.

Вважаємо, що такий підхід містить цілу низку методологічно й гносеологічно важливих критеріїв, що дозволяють уявити та уяснити феномен правової глобалізації саме у зв'язку з національним конституціоналізмом, а саме:

а) зазначаючи, що правова глобалізація є глобальним процесом, цей автор «втягує» в такий процес національне законодавство держав-членів міжнародної спільноти, й насамперед, їх конституційне право, як основоположну і профільну галузь національного законодавства через яке останнє може взаємодіяти з міжнародним правом (див., наприклад, ст.ст. 9, 18 Конституції України¹⁰ – таким чином,

конституційні норми і принципи як принципи національного конституціоналізму «переходять» на універсальний рівень управління (інтеграційний критерій);

б) визначаючи, що правова глобалізація є процесом формування нової, загальносвітової системи правових норм, автор будує таку систему на принципах міжнародного, національного права і права міжнародних господарських об'єднань (інтеграційного права), що виводить національне, й насамперед, конституційне право держав, на міжнародний універсальний рівень його функціонування, співвідношення, взаємодії та взаємозалежності – таким чином, норми і принципи національного конституціоналізму входять в міжнародну нормативну систему (інвазійний критерій);

в) визначаючи, що правова глобалізація є запорукою існування загальносвітової системи правових норм, що організують і забезпечують глобальну міждержавну взаємодію в різних сферах життя сучасного суспільства, автор підтверджує високий колабораційний потенціал норм національного конституційного права, його готовність до такої синергетичної співпраці, та його особливий вплив на становлення такої системи глобальної взаємодії (колабораційний критерій);

г) стверджуючи, що саме в умовах правової глобалізації процес взаємодії держав, за якого міжнародне право, національне право, а також право міжнародних господарських об'єднань (інтеграційне право) виявляються у стані тісної взаємозалежності, автор підтверджує особливе значення національного конституційного права у створенні нового глобального правопорядку і нового глобального права, заснованого на конституційних цінностях держав-членів міжнародного співтовариства, тобто на цінностях конституціоналізму (установчий критерій);

д) стверджуючи, що правова глобалізація виступає процесом, що викликає до життя правову інтеграцію й інтернаціоналізацію, автор фактично акцентує увагу на інтеграційному і інтернаціоналістичному потенціалі національного конституційного права держав, що базуються на його нормативній основі і лежать в основі таких могутніх об'єднувачих синергетичних тенденцій і процесах (потенційний критерій);

е) визначаючи правову інтеграцію й інтернаціоналізацію, в основі яких лежить дихотомія соціально-правового характеру: з одного боку, участь держав у справах міжнародного співтовариства, а з іншого – сприйняття країнами тих чи інших аспектів права інших держав, автор фактично легітимізує основну роль конституційного права в правовій акультурації національного права держав, що відносяться до різних правових систем і правових родин (інфільтративний критерій).

Таким чином, можна стверджувати, що саме в умовах правової глобалізації проходять інтенсивні процеси інфільтрації конституційних цінностей держав-членів міжнародної спільноти в міжнародне і інтеграційне право і створення з цими нормативними феноменами нової єдності органічного характеру, що детермінує:

- а) їх взаємодію;
- б) взаємопроникнення цінностей кожного з них в іншій нормативний масив;
- в) суттєве нормативне посилення кожного з них на основі мультиплікативного ефекту;
- г) створення нового єдиного нормативного масиву, що характеризується новими нормативно-регулятивними рисами;
- г²) активізацію сприйняття норм і принципів такого нового нормативного масиву національним конституційним правом держав-членів міжнародного співтовариства;
- д) виникнення якісно нової глобальної тенденції конституціоналізації міжнародного і інтеграційного права, а також інтернаціоналізації конституційного правопорядку держав.

Варто зазначити позитивний внесок С.О. Щетиніна в визначення характерних рис правової глобалізації, хоча із приводу деяких критеріїв виникають деякі сумніви. Так, наприклад, важко погодитися з автором у тому, що міжнародне право, національне право, а також право міжнародних господарських об'єднань в умовах правової глобалізації виявляються у стані тісної взаємозалежності. Вважаємо, що такий підхід скоріше є закріпленням складних координаційних (нормативні масиви співвідносяться між собою) або субординаційних відносин між цими правовими феноменами (нормативні масиви підкоряються чи міжнародному чи конституційному праву), (бо ніякого паритету між ними існувати принципово

не може, хоча сучасне загальне міжнародне право багато в чому ґрунтується, функціонує й розвивається за рахунок конституційних цінностей держав-членів міжнародної спільноти, що говорить о рерординаційній природі зв'язків між ними) і, отже, демонструє їхнє відповідне співвіднесення або протистояння, у той час коли, як обґрунтовано уявляється, варто говорити про їх гармонійну взаємодію з метою досягнення необхідного соціального результату на універсальному рівні управління.

Саме в умовах формування правового глобалізму й виникає феноменологія глобального конституціоналізму як новітній концепт, що має не тільки міждисциплінарний характер, а й стосується перегляду найважливішого питання конституційно-правового регулювання суспільних відносин в середині та за межами держав світу, що фактично є свідомством формування нової глобальної управлінської парадигми та побудови нової системи національного і міжнародного правопорядку, яка базується на складних та багатоаспектних нормативно-договірних горизонтально-вертикальних зв'язках між суб'єктами національного і міжнародного права.

Не зважаючи на те, що на слушну думку науковця П. Ф. Мартиненка, зовнішньодержавні правові відносини конституціоналізм сам по собі охопив пізно, причому й досі не повністю, – але в міру утвердження ідей правової держави, її еволюції в державу конституційну – базові засади демократії дедалі рішучіше застосувалися і у сфері зовнішньополітичної діяльності держави, вилившись після Другої світової війни у «міжнародну тенденцію» в розвитку демократичного конституціоналізму. Причому, незважаючи на обережні застереження проти цієї тенденції з боку юристів-міжнародників, її розмах небачено посилювався у зв'язку з відомими процесами європейської інтеграції та відновленням незалежності державами Центрально-Східної Європи, зокрема Україною¹¹.

Визнаючи саме наведену вище тенденцію, що сьогодні отримала назву «конституціоналізації міжнародного права та інтернаціоналізації конституційного правопорядку держав», засновники теорії глобального конституціоналізму Р. Фолк, Р. Йохансен, С. Кім у 1993 році вперше визначили глобальний конституціоналізм як набір транснаціональних норм, правил, процедур, та інституцій, створених для надання напрямку трансформаційній політиці, при-

свячений реалізації цінностей світового порядку як в середині, так і між трьома системами перехресної політичної діяльності в незалежному світі¹². Вважаємо, що наведена дефініція потребує свого роз'яснення.

Так, по-перше, нормативною основою глобального конституціоналізму виступає набір транснаціональних норм, правил, процедур, та інституцій, що створює відповідну системну єдність (нормативно-системний критерій), бо, по-друге, його телеологічною домінантою виступає надання напрямку трансформаційній політиці, присвячений реалізації цінностей світового порядку як в середині держави, так й за її межами, серед яких конституційні цінності займають найважливіше і основне місце (телеологічно-ціннісний критерій). По-третє, основними і найважливішими суб'єктами глобального конституціоналізму виступають три системи перехресної політичної діяльності в незалежному світі, що комунікують та взаємодіють між собою на основі принципу колаборації (суб'єктно-колабораційний критерій):

- перша система – державна система, яка, на думку вчених, складається з територіальних державних акторів та їх підтримуючих, значно транснаціоналізованих корпоративних інфраструктур, банків, військовий структур, та засобів масової інформації (внутрішньо-державні суб'єкти права);

- друга система складається з міжнародних урядових інституцій, в тому числі і системи ООН (міжнародні міжурядові (міждержавні) організації);

- третя система – представлена недержавними групами та індивідуумами, що діють через неурядові організації (НУО), громадські організації усілякого роду, та критичні суспільні рухи (національні і міжнародні неурядові (некомерційні) організації).

Таким чином, можна стверджувати, що глобальний конституціоналізм вже побудував свою достатньо складну структурну основу: а) він володіє нормативною основою; б) має чітко визначені телеологічні домінанти; в) володіє суб'єктним складом, що спирається на інституційну основу, що функціонує на основі синтезу національного конституційного та міжнародного права.

Але в досліджуваному феномені є й щось інше, нове, причому саме в якісному вимірюванні. Так, в своєму дослідженні Р. Фолк,

Р. Йохансен і С. Кім прийшли до висновку, що глобальний конституціоналізм – це щось ширше та глибше, ніж напрямок пропаганди системи війни/миру як політичного проекту, і щось менш законне, ніж позитивістське чи юстиніанське* (*тільки норми, підтримані ефективними санкціями кваліфікують як «право») поширення ефективного правового примусу на глобальний рівень. Тобто можна стверджувати, що з одного боку поєднання цінностей національного конституційного права з міжнародним правом, насамперед, створює відповідне «передправо», субправо у чисто нормативному позитивістському розумінні, і в той же час, на рівні телеології і аксіології такого нормативного масиву, володіє і характеризується «супердомінантами» відносно державного і світового розвитку, виходячи за межі «повсякденних» глобальних завдань міжнародної спільноти держав, бо спрямоване у майбутнє людської цивілізації.

Таким чином, в процесі дослідження рельєфно визначаються й структуруються поняття та змістовні (онтологічні, гносеологічні) сутності глобального конституціоналізму, завдяки чому можна дійти висновку, що визначення останнього носить синтетичний і інтегративний характер, та у структурному відношенні воно складається нібито з двох блоків:

1) містить загальне визначення загального конституціоналізму (дефінітивна характеристика);

2) містить найважливішу сутнісну прив'язку до глобальності світу та процесів глобалізації (змістовна характеристика).

Разом з тим, тут існують відповідні проблеми методологічного характеру. Вони є пов'язаними з тим, що в конституційно-правовій науці України, на жаль, ще не існує єдності у загальному визначенні терміну «конституціоналізм». Незважаючи на безліч підходів до проблеми виникнення конституціоналізму, домінує погляд, що сам термін «конституціоналізм» (франц. *Constitutionnalisme*, від лат. *Constitution* – устрій, установлення, положення) – з'явився вперше в американській політико-правовій думці наприкінці XVIII-на початку XIX століття, як верховенство писаної конституції над законами й іншими нормативними актами, що виходили в світ¹³.

Однак з часом дефінітивна характеристика конституціоналізму змінюється, розширяється, поглиблюється, набуває нового сенсу, систематизується, у зв'язку із суттєвими і якісними змінами в суспіль-

них відносинах, їх конституційно-правовій регламентації та конституційно-правовою практикою. Тому в наш час поняття конституціоналізму постає як складне, багатоаспектне, багаторівневе, системне явище, яке прийнято розглядати в політичному, філософському та юридичному аспектах.

На думку академіка М.П. Орзіх, у політичному розумінні конституціоналізм – це політична організація держави і громадянського суспільства (змістовно-управлінський аспект), в філософському сенсі – це філософія юридичного світогляду за постулатами правової держави, що має історико-філософські витоки в теологічній ідеології, ідеях природного права (світоглядний аспект)¹⁴. Визначаючи конституціоналізм у юридичному аспекті, професор Ю.О. Волошин, вважає, що тут конституціоналізм розуміється у вузькому значенні як особливий режим функціонування конституційного ладу на основі конституційних принципів і методів, в широкому ж розумінні – як складна політико-правова система¹⁵.

На нашу думку, в такому, саме юридичному аспекті, М.П. Орзіх зазначає, що конституціоналізм, як система теорії, ідеології та практики, містить наступні елементи:

1. Конституційну правосвідомість, що виходить за межі розуміння позитивного чинного законодавства у сферу дії верховенства права;

2. Конституційно-нормативні постулати (в тому числі правові принципи та норми-дефініції), які сприймаються не як щось застигле, статичне, а взяте разом з їх доктринальними основами, системою правових цінностей, що відображають концепцію, філософію, сутність конституції і практики її реалізації;

3. Конституційні правовідносини, що передбачають визнання та державний захист прав і свобод людини та асоціацій людей, а також суб'єктивні права та свободи (як такі, що можуть бути спрямовані проти державної влади за позитивною моделлю: громадянин А проти держави);

4. Конституційну законність (конституційність), що не обмежується неухильним виконанням законодавства з врахуванням внутрішньої його ієрархії, а є ознакою саме конституційних актів, дій та бездіяльності суб'єктів конституційного права¹⁶.

Такий номенологічний та структурний підхід до розуміння конституціоналізму робить його феноменологію не тільки більш ясною для «внутрішньодержавної» потреби, а й вельми привабливою для реалізації зовнішньополітичних домінант держави на міжнародній арені – бо чітко заявлені конституційні домінанти в діяльності держави є дуже позитивними задачами для побудови та функціонування міжнародної спільноти держав, причому, не тільки у відповідності з основними принципами Статуту ООН 1945 року¹⁷, а й на основі нового глобального правопорядку, що базується на найважливіших конституційних цінностях – свободі, справедливості, поваги до прав людини, вільних виборах для періодичної зміни та оновлення публічної влади, функціонуванні місцевого самоврядування тощо.

Крім того, тут особливо важливою є об'єктивована необхідність розрізнення реально існуючого (фактичного) конституціоналізму, тобто існуючої практики відповідних регламентації і регулювання фактичних суспільних відносин, від того ідеалу конституційного правопорядку, що базується на вказаних нормативних і інституціональних цінностях, і до якого прагне цивілізована держава та міжнародне співтовариство держав у своїй правотворчій діяльності, і який виступає основною метою сучасного правового регулювання (реальний конституціоналізм).

Другий блок розуміння поняття «глобального конституціоналізму» також має свої особливості, що пов'язані, по-перше, із дискусійним визначенням сутності глобалізації, а, по-друге, з визначенням ідеології глобальності.

Феномен «глобалізації» обґрунтовано має складний характер, оскільки містить як позитив – великі переваги для розвитку людства, і як негатив – значні проблеми та виклики для нього.

Так, дослідник, доктор історичних наук М. О. Мунтян, вважає, що глобалізація, що виступає відповідним продуктом поєднання стихійних процесів світового розвитку і свідомої цілеспрямованої діяльності людей, веде:

- до трансформації багатообразних національних приватних елементів в єдину загальнолюдську цивілізацію, перетворюючи світову спільноту народів у світове суспільство (гуманітарний фактор);
- до відокремлення деяких загальноприйнятих правил поведінки на планеті, що визнаються добровільно або під впливом (поведінковий фактор);

- до формування цілісної системи економічного і політичного світового порядку (нормативний фактор, що базується на правовій глобалізації) тощо¹⁸.

Крім того, М. О. Мунтян підкріплює свої теоретичні викладки, посилаючись на думку професора Паризького інституту політичних досліджень Б. Бадіє, який відокремлюючи три виміри поняття глобалізація, фактично не тільки будує нову структуру глобалізованого світу, а й фіксує поведінкові установки для його учасників: по-перше, це гомогенізація світу (життя за єдиними принципами, прихильність єдиним цінностям, керування єдиних звичаїв та нормам поведінки, тощо), по-друге, зростаюча взаємозалежність (поява нових акторів загально планетарної сцени – глобальних фірм та корпорацій, релігійних угруповань, транснаціональних управлінських та банківських структур), та по-третє, розуміння глобалізації як історичного процесу¹⁹.

Вказані чинники відображають дуже важливі тенденції щодо, по-перше, становлення нормативної основи глобального конституціоналізму, основним чинником якої виступає міжнародне право як сукупність норм, що прийняті завдяки збігу воель окремих держав; а, по-друге, щодо суб'єктної основи глобального конституціоналізму – це міжнародне співтовариство держав, бо в сучасних глобалізаційних умовах жодна держава не зможе розвиватись в умовах автаркії та суцільної ізоляції.

Тоді, саме в такому аспекті, глобальний конституціоналізм можна визначити як центр, навколо якого обертається сучасна міжнародна конституційно-правова доктрина, що пильнує застосування конституційних принципів (верховенство права, стримувань та противаг, захисту прав людини, демократизму) у міжнародній правовій сфері, задля того, щоб підвищити ефективність, транспарентність та чесність міжнародного правового порядку.

Однак, тут слід наголосити й на тому, що незважаючи на свої позитивні риси та значну кількість апологетів і прихильників, сьгодні ідеї глобального конституціоналізму викликають багато дискусій серед вчених-юристів та вважаються завчасними. Антагоністи глобального конституціоналізму свої побоювання пов'язують з наступними, на їх думку, недоліками: а) відсутністю конституційної методології глобального конституціоналізму; б) нереалістичністю

глобального конституціоналізму; в) відсутністю в умовах глобального конституціоналізму можливості революційних соціальних змін у майбутньому; г) надмірними сподіваннями, що пов'язані із глобальним конституціоналізмом; д) наявністю євроцентризму; е) формуванням конституційного імперіалізму (Н. Лахман, П. Еллот)²⁰, ж) появою антидемократичної юристократії²¹.

Вважаємо, що наведені критичні позиції хоча й мають право на життя, проте не є ґрунтовними, оскільки глобальний конституціоналізм вже містить не тільки свою методологію, а й володіє внутрішньою логікою розвитку, суб'єктно-об'єктним і елементним складом, доктринальними теоріями, механізмами, системою принципів, аксіологією і уявляється нам доволі реалістичним. Проте подальше формування і розвиток цих ознак, звісно, потребує часу, доктринальних пошуків і подальшої міжнародно-правової практики.

В цьому контексті вдається слушною позиція А. Петерс, одної з засновників теорії «глобального конституціоналізму», професора університету м. Базель (Швейцарія), яка підкреслює, що критична точка зору відносно того, що конституціоналістське прочитання міжнародного права може викликати плутанину в термінології через те, що термін «конституція» може бути неправильно визначений при застосуванні до міжнародного права, не є ґрунтовним. Бо юристи-міжнародники та конституціоналісти є досить досвідченими, для того, щоб не застосовувати термін конституціоналізм лише як «механізм, що в єдину мить подарує законність» та «готову відповідь», а зрозуміють його як перспективу, в якій будуть сфокусовані правильні питання справедливості, чесності та ефективності. А. Петерс визначає глобальний конституціоналізм як феномен, що знаходиться у правовому просторі, що є результатом різноманітних трансформацій, пов'язаних із глобалізацією та наступною «деконституціоналізацією» національних правових структур у все більш незалежному світі²².

Резюмуючи, можна дійти наступних висновків:

- глобальний конституціоналізм виникає з феномену загального конституціоналізму на основі якого існує і функціонує більшість демократичних держав світу;

- виникнення феноменології глобального конституціоналізму напряму є пов'язаною з правовою глобалізацією – якісно новою

формою глобалізації, що базується на впровадженні норм міжнародного права, міжнародних правових стандартів інших джерел права в національне конституційне право держав, з метою поглиблення взаємодії та співробітництва держав в контексті становлення глобального управління;

- глобальний конституціоналізм у гносеологічному розумінні є одним з найважливіших проявів глобальної тенденції конституціоналізації міжнародного права та інтернаціоналізації конституційного правопорядку держав, що є наслідковим результатом правової глобалізації;

- онтологічний зміст глобального конституціоналізму міститься в поєднанні і взаємодії загального міжнародного права, інтеграційного права та конституційного права держав, з метою впровадження конституційних цінностей в життєдіяльність та функціонування міжнародного співтовариства та їх держав-членів;

- аксіологічний зміст глобального конституціоналізму міститься в якісно новій поведінці держав як на своїй території, так й на міжнародній арені, з метою побудови якісно нових відносин, що базуються і реалізуються на конституційних цінностях;

- суб'єктний склад глобального конституціоналізму складають держави-члени міжнародного співтовариства;

- об'єктно-предметним складом глобального конституціоналізму є нова система міжнародно-правових відносин, що базується на основних цінностях конституціоналізму (демократія, права людини, законно обрана публічна влада, місцеве самоврядування тощо);

- мегазадачею глобального конституціоналізму виступає побудова нового міжнародного і національних правопорядків, що базується на загальносвітовій системі правових норм, які організують і забезпечують глобальну міждержавну взаємодію в різних сферах життя сучасного суспільства на засадах цінностей конституціоналізму, у процесі якої міжнародне, інтеграційне і національне право, не тільки знаходяться в стані тісної взаємозалежності, а й набувають нових якостей в результаті їх позитивної взаємодії;

- для демонстрації еволюції глобального конституціоналізму можливо побудувати процесуальну мотрійку, до якої увійдуть наступні елементи: «глобалізація (економічна та політична)» – «пра-

вова глобалізація» – «синтетичний нормативний масив правової глобалізації (загальне міжнародне право, інтеграційне право, національне конституційне право держав /національний конституціоналізм, конституційні цінності, норми, принципи.

1. *Мутана Аббас Абдалказим Алмохаммед*. Взаємодія конституційного та міжнародного права в умовах глобалізації: дис. ... канд.юрид.наук: 12.00.02. Маріуполь, 2015. С. 62. 2. *Ляпорта Ф.* Глобалізація и верховенство права. Некоторые сомнения вестфальда // Проблемы філософії права. 2006–2007. Т. IV-V. С. 35. 3. *Конституціоналізм* // Юридическая энциклопедия. URL: http://yuridicheskaya_encyclopediya.academic.ru/4616 4. *Howard G.* The New Despotism. L. 1929. P. 26. 5. *Ibid.* 6. *Шабо Ж.-Л.* Конституция и конституціоналізм // Полис. 1998. №6. С. 35. 7. *Орзих М.Ф, Крусян А.Р.* Современный конституціоналізм в Украине. Введение в украинское конституционное право. Київ: Алерта, 2006. С. 4. 8. *Баймуратов М.А.* Международный правопорядок: концептуальные подходы к становлению понятийной характеристики // Международное публичное и частное право. 2010. № 1. С. 2-10. 9. *Щетинин С. А.* Правовая глобалізація: понятие и основные формы: теоретико-методологические аспекты: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Ростов-на-Дону, 2009. С. 7. 10. *Конституція України 1996 року* // ВВР України. 1996. № 31. Ст. 140. 11. *Мартиненко П. Ф.* Насиченість державного права України міжнародним правовим порядком: конституційний аспект // Конституція і конституціоналізм в Україні: вибіркові проблеми. Збірник наукових праць членів Товариства конституційного права з нагоди десятої річниці Конституції України, Конституційного Суду України та самого Товариства / відповід. ред. Мартиненко П.Ф. і Кампо В.М. Київ: «Купріянова», 2007. С. 250-253. 12. *The Constitutional foundations of world peace.* (1993) Falk, Richard A.; Johansen, Robert C.; Kim, Samuel S. Albany, N.Y.: State University of New York Press. P. 9. 13. *Волошин Ю.О.* Конституційно-правове забезпечення європейської міждержавної інтеграції: теоретико-методологічні аспекти: монографія / за ред. М.О. Баймуратова. Київ: Логос, 2010. С. 197. 14. *Проблеми сучасної конституціоналістики: навч. посіб.* / М. П. Орзих, М.В. Афанасьева, В.Р. Барський [та ін.]; за ред. М.П. Орзіха. Київ: Юрінком Інтер, 2011. С. 23. 15. *Волошин Ю.О.* Цит. праця. С. 197. 16. *Проблеми сучасної конституціоналістики.* С. 24. 17. *Статут Організації Об'єднаних Націй 1945 року.* ООН, 1990. 16 с. 18. *Мунтян М.А.* Глобалізація: что это такое? URL: http://www.perspektivy.info/history/globalizacija_chno_eto_takoje_2007-01-01.htm 19. *Badie B.* La fin des territoires. Paris, 1995. 20. *La philosophie du droit international de Georges Scelle.* URL: [<http://www.denistouret.net/ideologues/Scelle.html>] 21. *The constitutionalist reconstruction of international law: Pros and cons* / NCCR trade working paper 2006/01. URL:<http://phase1.nccr-trade.org/images/stories/publications/IP1/Pro%20and%20con%20constitutionalization%20final.pdf>

Mogilevsky Vsevolod. Global constitutionalism: theoretical approaches to understand and interpret

The article deals with theoretical approaches to the understanding and interpretation of the phenomenon of global constitutionalism. We study its organic connection with the general constitutionalism. It is proved that in the normative sense of global constitutionalism arises at the junction, and the interaction of public international law, integration law and national constitutional law of the member states of the international community as a result of the introduction of constitutional values in an array of international standard.

The author argues that the global constitutionalism arises from the general phenomenon of constitutionalism on which exists and operates most democratic countries.

It is proved that the emergence of global constitutionalism phenomenology is directly related to the legal globalization – a qualitatively new form of globalization based on the implementation of international law and international legal standards elsewhere in national law constitutional right of states to enhance interaction and cooperation among States in the context of establishment of global governance.

The global constitutionalism in the epistemological sense is one of the most important manifestations of the global trend konstytutsionalizatsiyi international law and the internationalization of constitutional law and order states that the effect is the result of legal globalization.

The ontological meaning of global constitutionalism contained in the combination and interaction of general international law, integration law and the constitutional right of states to implement constitutional values in the life and operation of the international community and its member states.

Axiological content of global constitutionalism provides a qualitatively new behavior of states, whether on their territory, and on the international scene to build a qualitatively new relationship based on realized and constitutional values.

The subjective part of global constitutionalism constitute the member states of the international community. A tangible object composition of global constitutionalism is a new system of international legal relations, based on the fundamental values of constitutionalism (democracy, human rights, legally elected public authorities, local government, etc.).

This megaproblem global constitutionalism advocates building a new international and national law, which is based on a global system of legal norms that organize and ensure global inter-state cooperation in various spheres of modern life, during which international, integration and national law, not only in a state close interdependence, but also acquire new skills as a result of positive interaction.

Key words: constitutionalism, global constitutionalism, konstytutsionalizatsiya international law, constitutional law and order internationalization States constitutional values, the constitutional law of States, international law, integration law.

ЗАКОНОДАВЧЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПОРЯДКУ ВХОДУ І ВИХОДУ З ДОБРОВІЛЬНО ОБ'ЄДНАНОЇ ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ГРОМАДИ

Досліджується низка питань, що виникли у зв'язку з прийняттям Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад». Розглядається конституційно-правовий порядок входу і виходу громад з добровільного об'єднання. Досліджується роль статутів територіальних громад у системі місцевого самоврядування, а також основні проблеми, що виникають у зв'язку з їх прийняттям та реалізацією.

Ключові слова: територіальна громада, органи самоорганізації населення, загальні збори громадян, інвентаризація, статут територіальної громади.

Коновейчук Х. Б. Законодательное регулирование порядка входа и выхода из добровольно объединенной территориальной общины

Исследуется ряд вопросов, возникших в связи с принятием Закона Украины «О добровольном объединении территориальных общин». Рассматривается конституционно-правовой порядок входа и выхода общин с добровольного объединения. Исследуется роль уставов территориальных общин в системе местного самоуправления, а также основные проблемы, возникающие в связи с их принятием и реализацией.

Ключевые слова: территориальная община, органы самоорганизации населения, общее собрание граждан, инвентаризация, устав территориальной общины.

Konoveychuk Hrystyna. Legislation regulating the entry and exit of voluntary associations of territorial communities

The paper examines a number of issues that have arisen in connection with the adoption of the Law of Ukraine "On a voluntary association of local communities." We consider the constitutional and legal order of entry and exit of voluntary community association. The role of the statutes of local communities in the local government system and the main issues arising in connection with their adoption and implementation.

Key words: local community, community organizations, citizens' general assembly, inventory, status territorial community.

Відповідно до ч. 2 ст. 6 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» територіальні громади можуть об'єднуватися в одну сільську, селищну, міську громаду¹. Порядок такого об'єднання регулюється Законом України «Про добровільне об'єднання територіальних громад». Розділ II цього закону визначає поетапну процедуру об'єднання територіальних громад, від першого етапу – ініціювання і до моменту створення органів місцевого самоврядування - об'єднаної територіальної громади.

Статтею 5 Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» визначено, що ініціаторами добровільно об'єднаної громади можуть бути: а) сільський, селищний, міський голова; б) не менш як третина депутатів від загального складу сільської, селищної, міської ради; в) члени територіальної громади в порядку місцевої ініціативи; г) органи самоорганізації населення відповідної території². Офіційним початком процедури об'єднання має бути його ініціювання окремою територіальною громадою. Якщо ініціативи двох перших суб'єктів зрозуміла і не викликає питань, то стосовно ініціативи членів територіальної громади та органів самоорганізації населення є певні застереження. По-перше, процедура «місцевої ініціативи» має бути підтримана рішенням відповідного органу місцевого самоврядування. По-друге, відповідати вимогам статуту територіальної громади. Наразі склалася така ситуація, що в більшості громад не має свого статуту, а отже і не закріплено механізму реалізації «місцевої ініціативи». Тобто, не визначено нормативно-правового порядку проведення загальних зборів громадян за місцем проживання, громадських слухань, обговорень, конференцій та ін.

Якщо ж говорити про органи самоорганізації населення, то головною проблемою є те, що в сільській місцевості не має будинкових, вуличних та квартальних об'єднань. Тому організувати загальні збори за їх ініціативи майже неможливо.

У ст. 140 Конституції України³ та ст. 8 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні»⁴ говориться, що порядок проведення загальних зборів громадян за місцем проживання визначається законом та статутом територіальної громади. Наразі у базовому законі порядок проведення загальних зборів громадян не конкретизовано. На даний час керуються Положенням «Про загальні збори

громадян за місцем проживання в Україні». Однак, слід мати на увазі, що цей нормативний акт був прийнятий набагато раніше, ніж чинні Конституція і Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» і тому зараз діє лише в частині, що не суперечить їм.

Згідно ст. 3 цього Положення збори скликаються в міру необхідності і є правомочними за наявності на них більше половини громадян, які проживають на відповідній території, а в разі скликання зборів (конференції) представників громадян – не менше як дві третини представників відповідних територіальних утворень⁵.

В ч. 3 ст. 5 Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» говориться про те, що пропозиції про об'єднання виносяться на громадське обговорення. Різновидами громадського обговорення виступають: загальні збори громадян, громадські слухання, конференції та ін. Згідно ч. 4 ст. 5 цього закону порядок проведення таких обговорень визначається сільською, селищною, міською радою. Очевидно, що місцевим радам громадське обговорення пропозиції щодо об'єднання вигідніше проводити у формі громадських слухань, а не загальних зборів. Це пов'язано з тим, що зібрати більше половини жителів, які проживають на відповідній території для участі в загальних зборах практично не можливо. Якщо, сьогодні, середнє село налічує 2 тис. жителів, з яких більша половини мають право голосу, то для того щоб загальні збори були легітимними необхідна присутність близько 1 тис осіб. За таких обставин місцеві ради, у більшості випадків, ініціюють об'єднання на власний розсуд, визначають порядок його обговорення, а після цього доводять до членів територіальної громади інформацію про об'єднання без їхньої на те згоди. В результаті таке обговорення перетворюється на фікцію, дає змогу місцевим радам узурпувати право прийняття рішень про об'єднання територіальних громад. Було б добре, щоб усі питання вступу громади в добровільне об'єднання розглядалися за участю місцевих жителів на загальних зборах громадян, адже загальні збори як форма безпосереднього волевиявлення дозволяє врахувати думку більшості та прийняти легітимне рішення. Їх перевага перед іншими формами прямої демократії полягає в тому, що з організаційної точки зору відбувається спільне обговорення проблеми, колективний пошук рішення та його прийняття на основі певного компромісу⁶. А основна ідея

зборів полягає в тому, що вони мають бути доступними для реалізації пропозиції навіть невеликої групи громадян, які мають виборчі права і проживають у територіальній громаді. Тому, враховуючи організаційні складнощі у сільській місцевості краще проводити загальні збори (конференції) громадян за принципом делегування своїх представників від кожного виборчого округу.

Кожний депутат на своєму окрузі мав би провести зустрічі та проінформувати населення про можливі варіанти об'єднання. Скликати збори громадян, що проживають у відповідному виборчому окрузі та з їх числа обрати представників для участі в загальних зборах. Квоти щодо представництва на загальних зборах громадян мають визначатися сесією відповідної ради.

Коли громада не може прийти до спільної думки, то рішення про об'єднання слід вирішувати на місцевому референдумі.

Нині загальні положення про місцевий референдум містяться лише в ст. 38 Конституції України та ст. 7 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні». Згідно з п. 20 ч. 1 ст. 92 Основного Закону організація та порядок проведення референдумів визначається виключно законами України. На сьогоднішній день такого закону не має. Адже з прийняттям Закону України «Про всеукраїнський референдум»⁷ Закон України «Про всеукраїнський та місцевий референдуми» втратив чинність. Таким чином, законодавчі норми, які б надавали право і визначали порядок проведення місцевих референдумів відсутні.

В умовах децентралізації влади проблема прийняття спеціального закону про місцевий референдум набула своєї особливої актуальності. На думку В. Федоренка інститут місцевого референдуму має стати легітимним способом консолідації територіальної громади не лише у процесі прийняття шляхом голосування важливих муніципальних рішень, а й під час реалізації цих рішень⁸. Свого часу відомий французький мислитель Ж.-Ж. Руссо писав: «У народів, як у людей, є пора зрілості, якої слід дочекатися, перш ніж підпорядковувати їх законам. Але зрілість народу не завжди легко розпізнати, і якщо діяти поспіхом то вся праця піде намарне»⁹. Цю максиму з певними корективами, можна віднести й до інституту місцевого референдуму. Бо якщо не має права вибору і відповідних законів, то й про зрілість народу говорити зарано.

Для того, щоб сільська громада могла реалізувати своє право на безпосереднє волевиявлення необхідно прийняти Закон України «Про місцевий референдум». Прийняття цього закону стане, в нашому випадку, ще одним гарантом не тільки легітимного входу, але й виходу сільської громади із добровільного об'єднання шляхом прийняття такого рішення безпосередньо громадою.

Щоб бути повноважним суб'єктом об'єднання територіальна громада повинна мати статус юридичної особи публічного права, каже нам ст. 329 Цивільного кодексу України¹⁰.

Статут – це мала конституція територіальної громади. Будучи основним актом локальної саморегуляції, з ним мають співвідноситися інші акти, рішення то дії місцевого самоврядування.

Законом України «Про місцеве самоврядування в Україні» ч. 1 ст. 19 встановлено, що з метою врахування історичних, національно-культурних, соціально-економічних та інших особливостей здійснення місцевого самоврядування представницький орган місцевого самоврядування на основні Конституції України та в межах законодавства може прийняти статут територіальної громади села, селища, міста. Інакше кажучи, вказаною нормою передбачено врегулювання певних суспільних відносин, що пов'язані з функціонуванням місцевого самоврядування, не тільки на основі закону, але й на основі рішення громади.

У зв'язку з цим, статут територіальної громади набирає вагомого значення при вирішенні низки питань місцевого значення, зокрема у проведенні процедури безпосередньої демократії. Але, на жаль, у законодавстві України залишаються неврегульованими низка питань, що стосуються даної проблеми, а саме: законодавець а) обмежується лише загальним посиланням на мету прийняття статуту - врахування історичних, національно-культурних, соціально-економічних та інших особливостей, - без визначення переліку питань, які потребують такого урахування; б) не визначає предмета статуту. Лише окремі питання відповідно до Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» регулюються не тільки цим законодавчим актом, а й статутом територіальної громади. Йдеться про ті норми у Законі України «Про місцеве самоврядування в Україні» у випадках, у яких регулюються питання конкретних форм місцевої демократії: загальні збори громадян (стаття 8), місцеві ініціативи (стаття 9), громадські слухання (стаття 13).

Повноваження щодо затвердження статуту територіальної громади віднесене п. 48 ст. 26 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» до виключної компетенції сільських, селищних, міських рад¹¹. Але як показує практика ця норма реалізується не всіма місцевими радами. В більшості із них територіальні громади свого статуту не мають. Можливо причина в тому, що ч. 3. ст. 24 вище зазначеного закону, із встановлено переліку правових актів, якими мають керуватися у своїй діяльності органи місцевого самоврядування, статут територіальної громади не згадується. І це є суттєвим недоліком закону. Немає сумніву, що відповідну норму слід закласти в ст. 24 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», в якій визначити статут територіальної громади основним правовим актом локальної дії.

Прийняття статуту слід віднести до компетенції територіальної громади. Такої думки дотримуються й науковці. Деякі з них вважають, що статут територіальної громади має прийматися населенням на місцевому референдумі. Проте, як ми вже говорили, пропозиція щодо прийняття статуту територіальної громади на місцевому референдумі вимагає перегляду референтного законодавства та прийняття Закону України «Про місцевий референдум». Видається більш доцільним основні положення статуту обговорювати та приймати не на місцевому референдумі, а на загальних зборах громадян шляхом скликання зборів (конференції) представників громадян.

Важливим юридичним механізмом вступу в добровільне об'єднання має стати Угода (Договір) між сільськими громадами, які вирішили об'єднатися. В Угоді громада викладає умови за яких вона готова об'єднатися. Більше того в Угоді можна прописати всі майнові, фінансові та ін. ресурси з якими кожна із громад вступає в об'єднання. Щоб Угода в повній мірі відображала інтереси територіальної громади, необхідно зробити ще один важливий крок - провести суцільну інвентаризацію свого комунального майна.

Інвентаризація являє собою перевірку і документальне підтвердження наявності та стану, оцінку активів та зобов'язань. Згідно п. 6 Розділу I Положення «Про інвентаризацію активів та зобов'язань» інвентаризація проводиться суцільним методом та охоплює все майно бюджетних установ¹². А це всі види зобов'язань та

активів установ незалежно від їх місцезнаходження (у тому числі предмети, що передані у прокат, оренду або перебувають на реконструкції, модернізації, консервації, у ремонті, запасі або резерві незалежно від технічного стану). В положенні також визначено, що інвентаризації підлягають активи та зобов'язання, які обліковуються на позабалансових рахунках, тобто матеріальні цінності, які не належать установі, але знаходяться в її користуванні, розпорядженні або на зберіганні (об'єкти оренди, матеріальні цінності на відповідальному зберіганні, переробці, комісії, монтажі), умовні активи і зобов'язання (непередбачені активи та зобов'язання) установи (застави, гарантії, зобов'язання тощо), бланки документів суворої звітності, інші активи. В результаті проведення інвентаризації громада бачить, що їй належить до вступу в добровільне об'єднання територіальних громад, і на що вона може претендувати у випадку виходу із нього. Саме на основі проведеної інвентаризації сільські громади можуть заключити Угоду, яка стане юридичним підґрунтям для спільної господарської діяльності територіальних громад.

Порядок затвердження Угоди регулюється Цивільним кодексом України. Зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 2 цього кодексу територіальні громади є учасниками цивільних відносин. Територіальні громади, згідно ст. 169 кодексу, діють у цивільних відносинах на рівних правах з іншими учасниками цих відносин. Цивільний кодекс в ст. 172 надає територіальним громадам право здійснювати цивільні права та обов'язки через органи місцевого самоврядування. Крім того від імені територіальної громади за спеціальним дорученням можуть виступати й фізичні та юридичні особи (ст. 173). Сільські ради, як орган місцевого самоврядування, представляючи інтереси територіальної громади, можуть заключити багатосторонню Угоду з іншими сільськими радами. В такій Угоді сільські громади можуть врегулювати свої відносини на власний розсуд. Тим більше, що ч. 3 ст. 6 Цивільного кодексу їм це дозволяє. Зокрема визначити предмет Угоди, права і обов'язки сторін, умови на яких здійснюється вступ громади в добровільне об'єднання, визначити обсяг майнових, фінансових та інших ресурсів з якими кожна із громад вступає в об'єднання та ін. Дотримання умов Угоди є обов'язком для всіх громад, які його

підписали. Порушення хоча б однієї з цих умов, є підставою для виходу сільської громади з добровільного об'єднання.

В когось може виникнути питання, що така Угода не буде мати ніякої юридичної сили, адже суб'єкт, який його заключив після вступу в добровільне об'єднання територіальних громад припинить свою діяльність шляхом реорганізації. Але давайте не будемо забувати про норму ч. 8 ст. 8, яка викладена в Законі України «Про добровільне об'єднання територіальних громад». Суть її така: після припинення повноважень сільських, селищних, міських рад, обраних територіальними громадами, що об'єдналися, їхніх виконавчих комітетів, сільського голови, який одноособово виконував функції виконавчого органу сільської ради територіальної громади, що увійшла до об'єднаної територіальної громади, видані ними нормативно-правові акти, невиконані акти індивідуальної дії зберігають чинність на відповідних територіях та для відповідних осіб. Отже, Угода укладена між сільськими громадами буде вважатися юридично дійсною до і після вступу в одне добровільне об'єднання. Порушення умов цієї Угоди буде безпосередньою підставою й для виходу громади з об'єднання.

Ч. 3 ст. 6 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» надає право територіальним громадам, що добровільно об'єдналися можливість вийти із складу об'єднаної територіальної громади. Аналізуючи цю норму бачимо, що з одного боку, у сільських громад є право на об'єднання, яке чітко регламентується Законом України «Про місцеве самоврядування в Україні», а з іншого - відсутня законодавчо визначена процедура виходу із нього. Не тільки в цьому законі, але й в інших нормативно-правових актах не міститься положення, що встановлював би порядок виходу громади із добровільного об'єднання.

Вважаємо, що для надання можливості сільській громаді увійти та вийти із складу добровільно об'єднаної територіальної громади, необхідно: 1) прийняти Закон України «Про місцевий референдум»; 2) внести в ч. 3 ст. 24 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» норму про статут територіальної громади, яким мають керуватися органи місцевого самоврядування у своїй діяльності; 3) Кабінету Міністрів України розробити і затвердити нове Положення про загальні збори громадян за місцем проживання, в якому

передбачити проведення зборів за спрощеною процедурою, а саме шляхом скликання зборів (конференції) представників громадян. За територіальною громадою, яка увійшла в добровільне територіальне об'єднання слід залишити право проведення зборів жителів села, рішення яких має бути обов'язковим для представницьких органів об'єднаної громади.

Що стосується територіальних громад, які вступають в об'єднання і захочуть залишитися повноправними суб'єктами соціально-економічної діяльності доцільно: 1) прийняти статут; 2) провести інвентаризацію; 3) укласти Угоду з громадами, які теж вступають в одне добровільне об'єднання.

Запропоновані юридичні дії дозволять залучати жителів до вирішення питань місцевого значення та зберегти історичні, економічні, етнічні та культурні традиції кожної територіальної громади, які формувалися на протязі багатьох століть. І які до нині є тією цементуючою силою, яка попри усі лихоліття збереже етнічну пам'ять українського народу.

1. *Про місцеве самоврядування в Україні:* Закон України від 21 травня 1997 року № 280/97-ВР // ВВР України. 1997 р. **2.** *Про добровільне об'єднання територіальних громад:* Закон України від 05 лютого 2015 року № 157-VIII // ВВР України. 2015 р. **3.** *Конституція України.* Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28.06.1996 року № 254-ВР (зі змінами та доповненнями) // ВВР України. 1996. № 30. **4.** Там само. **5.** *Про затвердження Положення про загальні збори громадян за місцем проживання в Україні:* Постанова Верховної Ради України, Положення від 17 грудня 1993 року. N 3748-XII. **6.** *Липовська Н. А.* Загальні збори громадян: методологія проведення // *Аспекти публічного управління.* 2015. № 5-6 (19-20). С 90-97. **7.** *Про всеукраїнський референдум:* Закон України від 5 листопада 2012 року № 5475-VI // ВВР України. 2012 р. **8.** *Федоренко В.* Законодавче регулювання місцевих референдумів в Україні: досвід, проблеми та перспективи // *Вісник ЦВК.* 2014. № 1 (28). С. 64-69 **9.** *Руссо Жан-Жак.* Суспільний договір // *Антологія лібералізму: політико-правничі вчення та верховенство права / Упор.: С. Головатий, М. Козюбра, О. Сироїд; Відп. ред. С. Головатий; наук. ред. С. Головатий, О. Сироїд, О. Волкова, А. Черевко; вступне сл. С. Головатий.* Київ: «Книга для бізнесу», 2008. 1128 с. **10.** *Цивільний Кодекс України від 16.01.2003 року № 435-IV (зі змінами та доповненнями).* URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15> **11.** Там само. **12.** *Про затвердження Положення про інвентаризацію активів та зобов'язань Мінфін України:* Наказ, Положення від 02.09.2014. № 879

Konovejchuk Hrustyna. Legislation regulating the entry and exit of voluntary associations of territorial communities

In the article a number of issues that have arisen in connection with the adoption of the Law of Ukraine "On a voluntary association of local communities" is examined. We consider the constitutional and legal order of entry and exit from voluntary association of local communities. On this basis, a phased process of association of local communities, from the first phase – the initiation and to the moment of creation of local government - united local community is defined. It is emphasized the necessity to attract the general public into the process of decentralization of state power.

The basic forms of local initiatives including: general meeting (conference) of citizens in the community, public hearings, discussions and others are analyzed. The characteristic of such form of direct democracy as a general meeting (conference) of citizens in the community is defined. On this basis, a number of problem areas on the initiative subjects of general meetings convening and the organizational complexity of their meeting in the countryside is singled out.

General meetings of citizens by delegating of representatives from each constituency is proposed to hold. Through participating in the meeting can take into account the opinion of the majority and take the legitimate decisions, including on issues out of the territorial community from voluntary association. In the article the role of the statutes of local communities in Ukraine in the system of local government and the main issues arising in connection with their adoption and implementation is explored.

Recommendations for improving of norm and legal framework of statutes of local communities, particularly about the improvement of their status, the subject of regulation and approval procedures are given. Questions that should be regulation by the Charter of territorial community, and that the current legislation are considered.

Keywords: local community, community organizations, citizens' general assembly, inventory, status territorial community.

ДЕЛЕГУВАННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ В СИСТЕМІ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ: ВИЗНАЧЕННЯ СУТНОСТІ

Розкриваються історичні витoki та передумови появи інституту «делегування повноважень». Аналізуються різні підходи вітчизняних дослідників в сфері права та державного управління щодо визначення сутності та механізму реалізації делегування повноважень. Встановлено, що делегування як специфічний спосіб надання повноважень передбачає існування відносин між органом що надає та органом який приймає повноваження до реалізації. Розкрито відмінності між «делегуванням повноважень» та «передачею повноважень». Встановлено, що розподіл функцій і повноважень між елементами системи місцевого самоврядування здійснюється з огляду на оптимальне її функціонування та ефективне виконання покладених на неї завдань. Проаналізовано нормативно-правове забезпечення делегування повноважень в системі місцевого самоврядування. Розкрито основні недоліки та напрями підвищення ефективності делегування повноважень в системі місцевого самоврядування в Україні.

Ключові слова: міське самоврядування, делегування повноважень, функції, розподіл повноважень.

Давидова В. А. Делегирование полномочий в системе местного самоуправления в Украине: определение сущности

Раскрываются исторические истоки и причины возникновения института «делегирование полномочий». Анализируются различные подходы отечественных исследователей в области права и государственного управления по определению сущности и механизма реализации делегирования полномочий. Установлено, что делегирование как специфический способ предоставления полномочий предполагает существование отношений между органом предоставляющим и органом, который принимает полномочия к исполнению. Раскрыты различия между «делегированием полномочий» и «передачей полномочий». Установлено, что распределение функций и полномочий между элементами системы местного самоуправления осуществляется с учетом оптимального ее функционирования и эффективного выполнения возложенных на нее задач. Проанализированы нормативно-правовое обеспечение делегирования полномочий в системе местного самоуправления.

Ключевые слова: местное самоуправление, делегирование полномочий, функции, распределение полномочий.

Davydova Viktoria. Delegation of authority in the system of local government in Ukraine: determination of essence

The thesis deal with the problems of optimization the delegation of authority to the local government system in Ukraine. It was revealed the origins and historical prerequisites of "delegation of authority". Different approaches to local researchers in the field of law and public administration the nature and mechanism of implementation of delegation of authority were determined. It was established that the delegation as a specific way of empowerment implies the existence of relationship between the body and giving the body that accepts the authority to implement them with further support. The differences between such procedures as "delegation of authority" and "transfer of authority" were disclosed. The place procedures for delegating powers in the relations in the sphere of local government was identified. It was established that the allocation of functions and powers between the elements of local government carried out due to the optimal functioning and efficient performance of its tasks. Analysis of regulatory procedures to ensure the delegation of authority in local government was done. The Law of Ukraine "On local government in Ukraine" and "On the self-government bodies of population" were analyzed. The basic weaknesses and areas of increasing the effectiveness of the delegation of authority to the local government system in Ukraine were disclosed.

Key words: *local government, delegation of authority, functions, division of authority.*

На сучасному етапі розвитку системи місцевого самоврядування та адміністративно-територіального устрою в Україні надзвичайно гостро постає проблема пошуку оптимальних шляхів реалізації державної політики територіального розвитку. В цьому контексті закріплення на рівні нормативно-правових актів обсягів повноважень органів місцевого самоврядування та органів державної влади регіонального і територіального рівня не є достатнім. Більш нагальною є потреба пошуку такої оптимальної моделі перерозподілу повноважень за якої досягнення цілей територіального розвитку відбуватиметься якомога швидко та в межах наявних ресурсів. Останнє повинно відбуватися не лише з рівня держави на рівень місцевого самоврядування, але і в самій системі місцевого самоврядування в Україні.

На теоретичному рівні проблематиці делегування повноважень в системі місцевого управління присвячено чимало наукових досліджень як зарубіжних, так і вітчизняних авторів. Зокрема це такі вчені як С.В. Шевчук, В.І. Борденюк, П.М. Любченко, І.П. Сторожук, В.В. Мамонова, О.О. Дармограй, В.І. Шарий, Г.В. Одінцова,

В.В. Кравченко, Л.В. Ярічевска та ін. Серед зарубіжних авторів із зазначеної проблематики слід назвати розробки С. Моріса, Г. Вілконса, Дж. Колінза. Наукове опрацювання проблем функціонування та взаємодії органів місцевого управління проводиться вченими різних галузей, крім теорії державного управління це – теорія держави і права, конституційне право, державне будівництво, адміністративне, муніципальне право. Проте, незважаючи на велику кількість наукових праць, присвячених проблематиці делегування повноважень, дослідження проводились переважно в контексті перерозподілу повноважень між органами державної влади та органами місцевого самоврядування. Щодо делегування повноважень як елемента відносин між суб'єктами власне системи місцевого самоврядування, слід зазначити, що дана проблема не була предметом наукового розгляду.

Якщо звернутися до етимології терміна «делегування», то можна встановити, що він походить від латинського слова «*delegare*», яке перекладається як «посилати, призначати». Від нього походить іменник «делегат», що означає «наділений повноваженнями». В сучасній українській мові також зустрічається слово «делегувати». Глумачний словник сучасної української мови визначає делегування як передачу функцій, повноважень на певний час із збереженням у делегуючого суб'єкта права повернути їх до власного виконання¹.

Інститут делегування повноважень виник ще за часів Римської імперії, закони якої передбачали можливість делегування повноважень з одночасною забороною їх подальшого переделегування, а першим, хто застосував цей принцип у своїх наукових поглядах і роботах був філософ Джон Локк, який давав відповідну характеристику повноваженням як інструменту і вказував на можливість їх делегування².

Щоб досконально розкрити зміст категорії делегування повноважень, розглянемо підходи вітчизняних науковців щодо визначення сутності делегування.

П.М. Любченко та М. Корнієнко визначають делегування як специфічний спосіб надання повноважень, при якому один орган покладає на інший обв'язок і надає йому на визначений або невизначений час право вирішувати питання, віднесені до компетенції

першого органу. Делегування повноважень не є формою їх повного передання на рівень того, кому вони делегуються, вони залишаються повноваженнями органу, який їх делегував і який не втрачає при цьому права на прийняття рішень з питань, що входять до сфери делегування. Акт про делегування повинен точно визначати предмет і об'єм делегації, перелік повноважень, принципів і критеріїв, яких необхідно дотримуватись, форму контролю в ході здійснення цих повноважень. Делегування повноважень необхідно відрізнити від доручень органів вищих інстанцій нижчим, які є виявом звичайного керівництва, без внесення будь-яких змін до компетенції обох органів.

Досліджуючи проблему делегування в системі місцевого самоврядування О.О. Дармограй якраз акцентує увагу на тому, що в практиці постійно спостерігається підміна власне делегування повноважень розподілом функцій по ієрархії управління. Він зазначає, що делегування полягає у передачі одному органу або структурній одиниці одного й того ж органу, з волі іншого органу або керівника, частини закріплених за ним повноважень³.

Схожість у підходах до визначення сутності делегування повноважень у І.П. Сторожук і П.М. Любченко полягає в тому, що вони визначають делегування повноважень як двохсторонні імперативні правовідносини, в яких один орган має власну компетенцію, визначену нормативними актами, а інший — належну правоздатність на одержання і реалізацію цих повноважень, а компетенція першого органу є джерелом компетенції другого органу⁴.

М. Корнієнко вважає, що в основі делегування повноважень можуть бути як двохсторонні імперативні, так і договірні правовідносини, в яких один орган, що має власну компетенцію, визначену нормативними актами, а інший орган має належну правоздатність на одержання і реалізацію цих повноважень, компетенція першого органу є джерелом додаткової компетенції другого органу.

Натомість Г.В. Бублик визначаючи делегування повноважень як процес передачі власних повноважень делегуючого суб'єкта делегованому суб'єкту, акцентує увагу на вільному волевиявленні обох суб'єктів делегування, а також укладенні адміністративного договору для оформлення цих правовідносин⁵.

Схожість позицій І.П. Сторожук і С.В. Шевчук⁶ в тому, що делегування означає, як правило, надання повноважень на певний час

із збереженням у делегуючого суб'єкта права повернути їх до власного виконання. Водночас делегуючий суб'єкт набуває право контролю за станом і наслідками виконання делегованих повноважень. Він повинен фінансувати із власних коштів їх здійснення або передавати у користування необхідні для цього майнові об'єкти. Думку щодо передачі відповідних фінансових і матеріальних ресурсів поділяє і Г.В. Бублик.

В.І. Шарий зазначає, що доскональна детермінація повноважень, які передаються від одного органу в системі місцевого самоврядування до іншого не так важлива, наскільки важливим є сам механізм делегування. Організаційна, функціональна та правова складові такого механізму повинні визначати не просто загальні контури здійснення делегування, а сам алгоритм, формуючи процедурність уніфіковану та універсалізовану для всієї системи місцевого самоврядування країни⁷.

Окремо в проблемі делегування повноважень розкривається і проблема відповідальності. Так, Ю.В. Ковбасюк та К.О. Ващенко зауважують, що наділення законодавцем повноваженнями не територіальної громади, а органів місцевого самоврядування, передбачає наявність не одного, а кількох суб'єктів відповідальності – рад та їх виконавчих органів. При цьому відповідальність районних і обласних рад зумовлюється, з одного боку, тим, що частка їх повноважень є похідною від сільської, селищної, міської рад, а з другого – необхідністю делегування частки своїх повноважень районними і обласними державними адміністраціями⁸. Це яскраво демонструє неефективність системи розподілу та делегування повноважень. Більше того, такий розподіл відповідальності пояснює існування двох різних процедур «делегування повноважень» та «передачі повноважень». У другому випадку відповідальність за їх реалізацією залишається на суб'єкті, який наділений цими повноваженнями по законодавству.

Для розкриття поняття делегування в системі місцевого самоврядування варто розкрити сутність системи місцевого самоврядування.

Існують два основних підходи до тлумачення поняття «система місцевого самоврядування». Перший із них, правовий, ґрунтується на статті 5 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні»,

згідно з нормами якої до системи місцевого самоврядування в Україні входять: територіальна громада; сільська, селищна, міська рада; сільський, селищний, міський голова; виконавчі органи сільської, селищної, міської ради; староста; районні та обласні ради, що представляють спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ, міст; органи самоорганізації населення. У містах з районним поділом за рішенням територіальної громади міста або міської ради можуть утворюватись районні в місті ради.

Другий підхід, більш поширений у наукових колах, викладений у працях сучасних учених, зокрема В.В. Мамонової. Так, на її думку, «система місцевого самоврядування» (англ. System of local self-government) – впорядкована сукупність організаційних форм, інститутів місцевої демократії, зв'язків між ними та процесів, через які здійснюються функції місцевого самоврядування щодо вирішення питань місцевого значення, а також людський, правовий, матеріальний та фінансовий потенціал, необхідний для їх реалізації⁹.

Сучасна система місцевого самоврядування перебуває у центрі уваги багатьох дослідників і це не випадково. Адже ґрунтовних досліджень вимагають не тільки прикладні аспекти функціонування цієї системи, які зумовлені терміновістю реалізації тих чи інших варіантів реформування місцевого самоврядування в Україні. Глибокого вивчення потребують сутнісні характеристики самої природи місцевого самоврядування та її головної ознаки – фактору системності.

З позиції В.В. Мамонової: «Система місцевого самоврядування є складовою частиною публічного управління в державі поряд із системою державного управління. За своєю природою ... є децентралізованим компонентом системи публічного управління, виступає організаційно-політичною структурою із забезпечення життєдіяльності населення відповідно до державних стандартів»¹⁰. Цю думку поділяє також О.С. Ігнатенко, який, зокрема, зазначає: «однією з характерних особливостей місцевого самоврядування є те, що воно діє як певна система або той організаційно-правовий механізм, завдяки якому територіальні громади безпосередньо і через органи місцевого самоврядування здійснюють функції і повноваження місцевого самоврядування. При елементарній характеристиці місцевого самоврядування слід чітко розрізняти по-перше, систему

місцевого самоврядування взагалі і, по-друге, систему місцевого самоврядування конкретного села, селища, міста. Якщо система місцевого самоврядування конкретного села, селища, міста є цілісним утворенням, то система місцевого самоврядування взагалі за своїм характером є системним комплексом, який включає як системи місцевого самоврядування конкретних сіл, селищ, міст, так і районні та обласні ради – органи місцевого самоврядування, що представляють у районах та областях спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ, міст¹¹.

Система місцевого самоврядування має будуватись так, щоб забезпечити здійснення визначених законодавством і закріплених за місцевим самоврядуванням функцій. Розподіл функцій і повноважень між елементами цієї системи здійснюється з огляду на оптимальне її функціонування в цілому та найефективніше здійснення функцій та повноважень.

На сьогодні інститут делегування повноважень в системі місцевого самоврядування в Україні ще не набув розвинених форм, як це має місце в Західних країнах, де він впроваджений вже багато років і відповідно набуто певний досвід, відображений у правових формах, що дозволяють ефективно застосовувати його на практиці. На сьогоднішній день законодавче закріплення делегування повноважень в системі місцевого самоврядування відсутнє.

У чинному законодавстві України делегування повноважень закріплено у Законі України «Про місцеве самоврядування в Україні». Зокрема ст. 1 вказаного Закону дає нам визначення делегованих повноважень, а саме – це повноваження органів виконавчої влади, надані органам місцевого самоврядування законом, а також повноваження органів місцевого самоврядування, які передаються відповідним місцевим державним адміністраціям за рішенням районних, обласних рад. Подібне трактування не передбачає можливість передачі повноважень з одного рівня місцевого самоврядування на інший¹².

Аналізуючи далі законодавство України у сфері місцевого самоврядування, знаходимо законодавче закріплення поняття делегування повноважень в Законі України «Про органи самоорганізації населення», який визначає делеговані повноваження органу самоорганізації населення як повноваження сільської, селищної, міської,

районної в місті (у разі її створення) ради, якими вона додатково наділяє орган самоорганізації населення. Але, на жаль, ні вказаний Закон, ні Конституція України, ні Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» не містить чітких відповідей на питання про те, які конкретно повноваження місцевої ради можуть бути делеговані органам самоорганізації населення, коли і ким може підніматись питання про наділення додатковими повноваженнями органу самоорганізації населення, які особливості розгляду таких питань в місцевій раді тощо. Законодавець лише фрагментарно розкрив саму можливість такого делегування, не вдаючись в деталізацію¹³.

Разом з тим, концептуально важливим є Указ Президента «Про стратегію сталого розвитку «Україна – 2020»».

Так, одним із пріоритетів, які визначає даний Указ, встановлюється забезпечення спроможності місцевого самоврядування та реалізація у повній мірі положень Європейської хартії місцевого самоврядування, принципів субсидіарності, повсюдності і фінансової самодостатності місцевого самоврядування¹⁴.

Відтак, декларуючи необхідність і неухильність євроінтеграційного шляху розвитку України, а відтак і перебудови системи місцевого самоврядування у відповідності із європейськими стандартами Президент України заклав потребу у розробці дієвих процедурних елементів здійснення такого самоврядування. І одним із таких елементів як раз і є делегування повноважень в системі органів місцевого самоврядування.

В контексті впорядкування організаційного та правового забезпечення делегування повноважень в системі місцевого самоврядування в Україні заслуговує уваги проект закону України «Про порядок делегування повноважень органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування» (№344), який чітко визначає, що делеговані повноваження – ситуаційно, тимчасово або безстроково передані у відповідності із законом (делегування законом) або договором (делегування договором) органу виконавчої влади або органу місцевого самоврядування окремі повноваження або частина повноважень, які віднесені законом до компетенції іншого органу виконавчої влади або іншого органу місцевого самоврядування. Відтак делегування є будь-якою формою передачі повноважень. До того ж воно закріплюється відповідним договором про делегування по-

вноважень – актом про делегування повноважень, заснований на взаємній згоді сторін, що беруть участь у них, укладений для оптимальної реалізації владних функцій, що закріплені за суб'єктами права делегування повноважень¹⁵.

За результатами проведеного аналізу слід зауважити, що делегування повноважень в системі місцевого самоврядування – це передача повноважень від одного суб'єкта місцевого самоврядування, що має власну компетенцію, визначену нормативними актами, до іншого, який має належну правоздатність на одержання і реалізацію цих повноважень, (базуючись на принципі субсидіарності) з метою найбільш оптимального його реалізації, на підставі договору.

Основними засадами делегування повноважень в системі місцевого самоврядування мають бути такі: а) акт про делегування повинен обов'язково прийматися делегуючим органом; б) делегуватися можуть тільки окремі повноваження, які є частиною власної компетенції, орган не може делегувати більше, ніж має сам; в) після делегування повноважень компетенція делегуючого не змінюється, компетенція органа, якому делегуються ці повноваження, тимчасово розширюється за рахунок останніх; г) делеговані повноваження можуть бути в будь-який ас відкликані; якщо повноваження делегуються на визначений строк, то для припинення делегування не потрібно прийняття юридичного акта; компетенція органа, якому делегувалися повноваження, звужуються автоматично; якщо повноваження делегуються на невизначений строк, то орган, що делегував повноваження, може в будь-який час припинити делегування; д) переделегування (субделегування) повноважень не допускається, тому що це суперечить намірам органу, що делегував повноваження.

1. *Тлумачний* словник сучасної української мови. URL: <http://eslovnik.com> 2. *Баймуратов М., Резниченко С.* Нормативно-правовий договір як источник конституционного права Украины // Юридический вестник. 1998. № 1. С. 91. 3. *Дармограй О. О.* Делегування повноважень – важлива складова розвитку стилю державно-управлінської діяльності // Державне управління: теорія та практика. 2012. № 2. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Dutp_2012_2_13. 4. *Сторожук І. П.* Принцип делегування повноважень у місцевому управлінні // Університетські наукові записки. 2005. № 4. С. 231-2366 5. *Бублик Г. В.* Делегування повноважень місцевими органами влади: організаційно-правовий аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ: Київський національний економічний університет, 2005. С. 16. 6. *Шевчук С.В.*

Делегування державних повноважень: автореф. дис. ... канд. юрид. наук:12.00.01. – Харків: НЮАУ ім. Я. Мудрого, 1997. – С. 20. **7. Шарий В. І.** Особливості реалізації органами місцевого самоврядування державної політики в умовах трансформації українського суспільства: автореф. дис. ... д-ра наук с держ. управління. Київ: Б.в., 2013. С. 36. **8. Місцеве самоврядування в Україні: сучасний стан та основні напрями модернізації**: наук. доп. / [редкол.: Ю. В. Ковбасюк, К. О. Ващенко, В. В. Толкованов та ін.]; за заг. ред. д-ра наук з держ. упр., проф. Ю. В. Ковбасюка. Київ: НАДУ, 2014. С. 128. **9. Мамонтова В.**, Вишлова-Пилева. Концепція “Good governance” в Україні: особливості механізму виконання завдань”: зб. наук. пр. Донец. держ. ун-ту упр. Донецьк: “Державне управління”, 2011. Вип. 194. Т. XII. **10.** Там само. **11. Загальні засади місцевого самоврядування в Україні: підручник** / за заг. ред. В. М. Вакуленка, М. К. Орлатого. Київ: НАДУ; Вид-во “Фенікс”, 2010. С. 400. **12. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21.05.1997 № 280/97-ВР.** URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/280/97-вр> **13. Про органи самоорганізації населення: Закон України від 11.07.2001 № 2625-III.** URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2625-14> **14. Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020»:** Указ Президента України від 12 січня 2015 року № 5/2015. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/591-2014-р> **15. Про порядок делегування повноважень органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування: Проекту Закону України №344.** URL: w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id...31553

Davydova Viktoria. Delegation of authority in the system of local government in Ukraine: determination of essence

The article deals with the problems of optimization mechanism delegation of powers in the system of local government in Ukraine. The historical origins and prerequisites institute "delegation of powers" have been revealed. The problem of finding optimal ways to implement the state policy of territorial development is extremely acute at the present stage of development of local government and administrative-territorial reform in Ukraine. It has been stated that the local government system should be built so that the implementation by the legislation and assigned to local government functions are ensured.

The distribution of functions and powers between the elements of the system is conducted due to the optimal functioning as a whole and efficient implementation of the functions and powers.

The differences between such procedures as "delegation of authority" and "transfer of authority" have been revealed. The place of procedure for delegating powers has been determined in the system of relations in the sphere of local government. It has been established that the allocation of functions and powers between the elements of local government is carried out due to the optimal functioning and efficient performance of its tasks.

The legal and regulatory procedures to ensure the delegation of powers in local government have been analysed. It has been concluded that the delegation of powers

to the local government system is the transfer of power from one entity of local government with its jurisdiction defined by regulations, to another having adequate capacity to obtain and realize of these powers, with a view to its most optimal implementation based on administrative agreement. The Law of Ukraine "On local government in Ukraine" and "On the BSP" have been studied. The main weaknesses and areas of increasing the efficiency of the delegation of powers in the system of local government in Ukraine have been revealed.

Key words: local government, delegation of authority, functions, division of authority.

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

УДК 351.9: 351.74

Т. О. БАЙРАЧНА

ПРИНЦИПИ ЗДІЙСНЕННЯ КОНТРОЛЮ ЗА ДІЯЛЬНІСТЮ НАЦІОНАЛЬНОЇ ГВАРДІЇ УКРАЇНИ: ПОНЯТТЯ ТА КЛАСИФІКАЦІЯ

Проаналізовано сучасні підходи до розуміння змісту поняття «принципи контролю». Сформульовано поняття принципів здійснення контролю за діяльністю Національної гвардії України, запропоновано їх перелік та класифікацію. Наголошено на необхідності неухильного дотримання принципів здійснення контролю за діяльністю Національної гвардії України, адже якість контрольної діяльності визначатиме ефективність виконання покладених на Національну гвардію України завдань та функцій із захисту та охорони життя, прав, свобод і законних інтересів громадян, забезпечення публічної безпеки, трансформації Національної гвардії України, як правоохоронного органу, до міжнародних та європейських стандартів правоохоронної діяльності.

Ключові слова: *контроль, державний контроль, громадський контроль, принципи, принципи контролю, Національна гвардія України, військове формування.*

Байрачная Т. А. Принципы осуществления контроля за деятельностью Национальной гвардии Украины: понятие и классификация

Проанализированы современные подходы к пониманию содержания понятия «принципы контроля». Сформулировано понятие принципов контроля за

© БАЙРАЧНА Тетяна Олександрівна – аспірант кафедри загальноправових дисциплін факультету № 6 Харківського національного університету внутрішніх справ

деятельностью Национальной гвардии Украины. Выделено перечень и классифицировано принципы контроля за деятельностью Национальной гвардии Украины. Отмечено о необходимости неукоснительного соблюдения принципов осуществления контроля за деятельностью Национальной гвардии Украины, ведь качество осуществления контрольной деятельности будет определять эффективность выполнения возложенных на Национальную гвардию Украины задач и функций по защите и охране жизни, прав, свобод и законных интересов граждан, обеспечению общественной безопасности, трансформации Национальной гвардии Украины, как правоохранительных органов, с международными и европейскими стандартами правоохранительной деятельности.

Ключевые слова: контроль, государственный контроль, общественный контроль, принципы, принципы контроля, Национальная гвардия Украины, военное формирование.

Bairachnaia Tetana. Principles of executing control over the activities of the national guard of Ukraine: the concept and classification

Modern approaches to understanding the content of the concept of “principles of control” have been analyzed. The notion of the principles of executing control over the activities of the National Guard of Ukraine has been formulated; their list and classification have been suggested. The author has emphasized on the necessity of strict observance of the principles of executing control over the activities of the National Guard of Ukraine.

Key words: control, state control, public control, principles, principles of control, the National Guard of Ukraine, paramilitary unit.

В умовах реформування правоохоронної системи України підвищена увага зосереджується на діяльності і функціонуванні Національної гвардії України – військового формуванням з правоохоронними функціями, що входить до системи Міністерства внутрішніх справ України і призначено для виконання завдань із захисту та охорони життя, прав, свобод і законних інтересів громадян, суспільства і держави від злочинних та інших протиправних посягань, охорони громадського порядку та забезпечення громадської безпеки, а також у взаємодії з правоохоронними органами – із забезпечення державної безпеки і захисту державного кордону, припинення терористичної діяльності, діяльності незаконних воєнізованих або збройних формувань (груп), терористичних організацій, організованих груп та злочинних організацій¹.

Підвищення ролі і значення Національної гвардії України в системі правоохоронних органів держави повинно відбуватися з переглядом механізму контролю за її діяльністю, його вдосконалення

та правового забезпечення. Утім досягнення цілей контролю за діяльністю Національної гвардії України неможливо без визначення принципів його організації та здійснення. Принципи, будучи фундаментальними засадами, визначають організаційно-правовий механізм здійснення державного та громадського контролю за діяльністю Національної гвардії України. Саме тому своєчасним є з'ясування принципів контролю за діяльністю Національної гвардії України, визначення їх переліку та класифікація.

Принципам контролю в публічному управлінні присвячено чимало праць вітчизняних науковців, зокрема В. Б. Авер'янова, О. Ф. Андрійка, О. М. Бандурки, Ю. Б. Битяка, В. М. Гаращука, Т. О. Коломоець, А. Т. Комзюка, О. М. Музичука, В. І. Теремецького, В. С. Шестака та ін. Утім питання визначення переліку та класифікації принципів здійснення контролю за військовими формуваннями в Україні у вітчизняній науці є малодослідженими, тому потребують наукового обґрунтування.

Формулюючи поняття принципів організації і здійснення контролю за діяльністю Національної гвардії України, виходимо з того, що під принципами слід розуміти «... першопочаток; те, що лежить в основі певної теорії науки; внутрішнє переконання людини; основне правило поведінки; основну особливість у будові чого-небудь»². Філософська наука розглядає принципи, з одного боку, як першопочаток, тобто «... те, що лежить в основі певної сукупності фактів, теорії, науки», а з іншого – як «внутрішні переконання людини, ті практичні, моральні й теоретичні засади, якими вона керується в житті, в різноманітних сферах діяльності»³. В теорії управління принципи трактуються як «основні, вихідні положення теорії, основні правила діяльності; встановлені, загальноприйняті поширені правила господарських дій і властивостей економічних і соціальних процесів»⁴. В. Я. Малиновський під принципами розуміє базові істини, ключові ідеї, норми поведінки, які віддзеркалюють закони розвитку суспільних взаємовідносин і формулюються у формі наукових положень (більшою мірою в правовій формі)⁵. Тобто принципи це основні ідеї, базові положення, керівні засади, що визначають способи регулювання суспільних відносин.

В юридичній науці під принципами контролю слід розуміти розроблені з урахуванням досягнень науки управління і втілені в

практику організаційні та правові основи організації і здійснення контролю, що забезпечують його результативність. При цьому, як зазначає В. М. Гаращук, принципи контролю мають комплексний характер, завдяки тому, що вони поєднують у собі ознаки фундаменту, базису контрольної діяльності, правових вимог, які мають загальнообов'язковий характер, а також ознаки фундаменту форми державного управління⁶. П. С. Лютіков принципи контролю розглядає як вихідні, керівні, основоположні ідеї, що концентрують у собі досягнення науки та практики, виражають соціальні ідеї, виконують функцію загальнонормативного орієнтиру здійснення контрольної діяльності та спрямовані на вдосконалення і ефективність такої діяльності⁷.

Т. О. Коломоець та П. Д. Матвієнко, досліджуючи принципи контролю за діяльністю органів місцевого самоврядування як суб'єктів адміністративного права України, пропонують під ними розуміти вихідні, основоположні засади, ідеї, що концентрують у собі досягнення доктрини і практики, виражають соціальні ідеї, виконують функцію загальнонормативного орієнтиру здійснення контрольної діяльності з боку державних органів, громадськості за діяльністю органів місцевого самоврядування як суб'єктів адміністративного права, спрямовані на вдосконалення та забезпечення ефективності такої діяльності. Вони взаємодоповнюють один одного, перебувають між собою у зв'язках, формують систему⁸.

На підставі викладеного пропонуємо визначити принципи здійснення контролю за діяльністю Національної гвардії України як закріплені у правових нормах основні, об'єктивні закономірності, що відображають специфіку взаємовідносин між суб'єктами контролю та структурними підрозділами Національної гвардії України, спрямовані на закріплення та удосконалення контрольної діяльності.

Слід зазначити, що контрольна діяльність у вказаній сфері базується на різноманітних принципах, які взаємопов'язані між собою. Серед вчених-адміністративістів немає сталої думки щодо переліку принципів контролю та їх класифікації. Так, В. М. Гаращук пропонує виділяти серед принципів контролю у державному управлінні: законність, коректність, централізм або субординацію

у службових відносинах, планову організацію діяльності контролюючих органів, фахову спеціалізацію, професіоналізм, зрозумілість, науковість, відповідність заходів впливу, що застосовуються до порушників, здійсненим правопорушенням, реальність, об'єктивність (об'єктивну істину), повноту, комплексність, суттєвість, корисність (одну із сторін суттєвості) неупередженість, доброзичливість (коректність), універсальність, систематичність, дієвість, оперативність, результативність, гласність, офіційність, принцип взаємодії спеціалізованих контролюючих органів між собою та з правоохоронними органами, командний, раціонального розподілу контрольних повноважень між контролюючими органами, концентрації, допомоги підконтрольній структурі у виправленні помилок (наведенні порядку на об'єкті), збирання доказів, відповідальності контролюючого органу перед державою і підконтрольною структурою за об'єктивність контролю, раптовість⁹.

Ю. П. Битяк та В. В. Зуй пропонують серед принципів контролю виокремлювати: універсальність, систематичність, безсторонність, реальність, дієвість, оперативність, результативність, гласність¹⁰. С. В. Ківалов до основних принципів контролю відносить: об'єктивність, дієвість, систематичність (регулярність), гласність¹¹.

В. Ю. Кобринський, досліджуючи питання державного контролю у сфері національної безпеки, принципи контролю розглядає як «систему», яка включає п'ять груп – складових елементів: загальноправові принципи (верховенство права, неухильне дотримання вимог законодавства, підзвітність, відповідальність суб'єкта контролю за його ефективність, судовий захист прав суб'єктів контролю), інформаційні (прозорість, відкритість інформації про діяльність суб'єктів контролю, відповідальність посадових осіб за своєчасність, повноту і достовірність інформації, що надається, та за належне реагування на звернення громадян, громадських організацій, виступи у ЗМІ), управлінські (взаємодія та відповідальність суб'єктів контролю за реалізацію його завдань, належне ресурсне забезпечення, чітке розмежування контрольних функцій між суб'єктами контролю), фінансово-економічні (ефективність контролю за використанням ресурсів), приватні (деполітизація і деідеологізація контролю)¹². Запропонована В. Ю. Кобринським

класифікація принципів контролю є деталізованою, в якій враховані найважливіші орієнтири контрольної діяльності. Утім вона не позбавлена суперечливих моментів, адже в різних групах можна зустріти однакові за змістом принципи (наприклад, відповідальність суб'єкта контролю за його ефективність та відповідальність суб'єктів контролю за реалізацію його завдань), тоді як принципи повинні відображати основні, об'єктивні закономірності контрольної діяльності.

Отже, з урахуванням існуючих думок стосовно переліку принципів контролю, вважаємо, що принципи контролю мають відповідати таким вимогам:

1) відображати тільки найбільш суттєві, основні закономірності та взаємозв'язки між суб'єктами контрольної діяльності та об'єктом контролю;

2) охоплювати переважно ті закономірності, відносини, взаємозв'язки, які властиві лише контрольній діяльності;

3) відображати специфіку контрольної діяльності, її відмінність від інших видів управління.

Слід зазначити, що контроль за діяльністю Національної гвардії України здійснюється відповідно до основних принципів демократичного цивільного контролю, закріплених у ст. 4 Закону України «Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави»¹³, а саме: 1) верховенства права, неухильного дотримання вимог законодавства, яким регулюються цивільно-військові відносини, діяльність Збройних Сил України, інших військових формувань, правоохоронних органів; 2) розмежування функцій і повноважень політичного керівництва Воєнною організацією держави і правоохоронною діяльністю та професійного військового управління Збройними Силами України, іншими військовими формуваннями, правоохоронними органами, унеможливлення дублювання їхніх функцій; 3) взаємодії й відповідальності органів державної влади та органів військового управління і правоохоронних органів у межах, визначених законодавством, за здійснення оборонної політики та політики у справі зміцнення законності й громадського порядку, за своєчасне і всебічне матеріально-фінансове забезпечення Збройних Сил України, інших складових частин Воєнної органі-

зації, правоохоронних органів держави для виконання покладених на них функцій; 4) деполітизації та деідеологізації контролю. Службові (посадові) особи, здійснюючи згідно із цим Законом функції контролю у сфері оборони і безпеки держави та правоохоронної діяльності, не можуть бути зв'язані рішеннями політичних партій чи громадських організацій; 5) прозорості видатків на національну безпеку і оборону, правоохоронну діяльність, утилізацію та ліквідацію озброєнь, попередження і ліквідацію наслідків надзвичайних ситуацій; 6) здійснення діяльності Збройних Сил України, інших військових формувань на принципах єдиначальництва і суворої дисципліни; 7) відкритості для суспільства інформації про діяльність Збройних Сил України та інших складових частин Воєнної організації, правоохоронних органів держави, яка не становить державну таємницю, з урахуванням визначеної законами специфіки державних правоохоронних органів; 8) відповідальності посадових осіб за своєчасність, повноту і достовірність інформації, що надається, та за реагування на звернення громадян, громадських організацій, виступи засобів масової інформації; 9) судового захисту прав суб'єктів цивільного контролю.

Проаналізувавши наведені законодавчі положення можна зробити висновок, що принципи здійснення демократичного цивільного контролю за діяльністю воєнних організацій і правоохоронних органів мають як загальний, так і спеціальний характер. Тому принципи здійснення контролю за діяльністю Національної гвардії України можна класифікувати за такими критеріями:

1) загальноправові принципи (верховенство права; законність; демократизм);

2) загальноуправлінські принципи (чітке розмежування функцій і повноважень між суб'єктами контрольної діяльності; взаємодія і відповідальність суб'єктів контролю та підрозділів Національної гвардії України; гласність, яка передбачає інформування громадськості про стан та результати контрольної діяльності; системність; планомірність; неупередженість; професіоналізм; оперативність; об'єктивність; результативність);

3) спеціальні принципи (деполітизація та деідеологізація суб'єктів контрольної діяльності; судовий захист прав суб'єктів контрольної діяльності; прозорість видатків на контрольну діяльність).

Отже, принципи здійснення контролю за діяльністю Національної гвардії України – це закріплені у правових нормах основні, об'єктивні закономірності, що відображають специфіку взаємовідносин між суб'єктами контролю (Верховною Радою України; Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини; Президентом України; Радою національної безпеки і оборони України; Кабінетом Міністрів України; центральними та місцевими органами виконавчої влади; органами місцевого самоврядування; прокуратурою України; судовими органами України; громадянами України та громадськими організаціями, утворюваними відповідно до Конституції України для здійснення та захисту прав і свобод громадян та задоволення їхніх політичних, економічних, соціальних, культурних інтересів; засобами масової інформації) та структурними підрозділами Національної гвардії України, спрямовані на закріплення та удосконалення контрольної діяльності.

Сьогодні актуальним залишається питання неухильного дотримання принципів здійснення контролю за діяльністю Національної гвардії України, адже якість здійснення контрольної діяльності визначатиме ефективність виконання покладених на Національну гвардію України завдань та функцій із захисту та охорони життя, прав, свобод і законних інтересів громадян, забезпечення публічної безпеки, трансформації Національної гвардії України, як правоохоронного органу, до міжнародних та європейських стандартів правоохоронної діяльності.

Наступний етап дослідження у окресленому напрямку вбачаємо у вивченні сучасного стану контролю за діяльністю Національної гвардії України.

1. *Про Національну гвардію України*: Закон України від 13 бер. 2014 р. № 876-VII // ВВР України. 2014. № 17. Ст. 594. 2. *Словник іншомовних слів* / [укл.: С. М. Морозов, Л. М. Шкарапута]. Київ: Наук. думка, 2000. С. 461. 3. *Філософський енциклопедичний словник*. Київ: Абрикос, 2002. С. 519. 4. *Державне управління та державна служба: словник-довідник* / [уклад. О. Ю. Оболенський]. Київ: КНЕУ, 2005. С. 302–303. 5. *Малиновський В. Я.* Державне управління: навчальний посібник. Київ Атіка, 2003. С. 192. 6. *Гарашук В. М.* Контроль та нагляд у державному управлінні: монографія. Харків: Фоліо, 2002. С. 99. 7. *Коломосць Т. О., Лютиков П. С.* Державний контроль в галузі чорної металургії в Україні : організаційно-правовий аспект. Запоріжжя: Запорізький національний університет, 2009. С. 69. 8. *Коломосць Т. О., Матві-*

енко П.Д. Принципи як елемент механізму контролю за діяльністю органів місцевого самоврядування // *Адміністративне право і процес*. 2012. № 2(2). С. 41. **9.** *Гаращук В. М.* Контроль та нагляд у державному управлінні: монографія. Харків: Фоліо, 2002. С. 99–105. **10.** *Адміністративне право: підручник* / [за заг. ред. Ю. П. Битяка, В. М. Гаращука, В. В. Зуй]. Харків: Право, 2010. С. 255. **11.** *Адміністративне право України: підручник* / за заг. ред. С. В. Ківалова. Одеса: Юридична література, 2003. С. 296–298. **12.** *Кобринський В. Ю.* Державний контроль у сфері національної безпеки України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07. Київ, 2008. С. 9–10. **13.** *Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави: Закон України від 19 червн. 2003 р. № 975 – IV* / Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 46.

Bairachnaia Tetana. Principles of executing control over the activities of the national guard of Ukraine: the concept and classification

Modern approaches to understanding the content of the concept of “principles of control” have been analyzed. The notion of the principles of executing control over the activities of the National Guard of Ukraine has been formulated; their list and classification have been suggested. The author has emphasized on the necessity of strict observance of the principles of executing control over the activities of the National Guard of Ukraine, because the quality of the execution of control activities will determine the efficiency of performing the tasks and functions put on the National Guard of Ukraine in the field of securing and protecting the life, rights, freedoms and legal interests of citizens, keeping public safety, transformation of the National Guard of Ukraine as a law enforcement agency to international and European standards of law enforcement activities.

It has been noted that the principles of control must meet the following requirements: 1) to reflect only the most essential, basic patterns and mutual relationships between the subjects of control activities and the object of control; 2) to cover mainly those patterns, relations, mutual relationships that are unique to the control activities; 3) to reflect the specifics of control activity, its difference from other types of management.

The principles of executing control over the activities of the National Guard of Ukraine have been classified according to the following criteria: 1) general legal principles (rule of law, legality, democracy); 2) general managing principles (clear separation of functions and powers between the subjects of control activities; interaction and responsibility of the subjects of control and units of the National Guard of Ukraine; publicity, which provides public information on the state and results of control activities; consistency; sustainability; impartiality; professionalism; efficiency; objectivity; effectiveness); 3) special principles (depoliticization and deideologization of the subjects of control activities; judicial protection of the rights of the subjects of control activity; the transparency of expenses for control activities).

Key words: control, state control, public control, principles, principles of control, the National Guard of Ukraine, paramilitary unit.

Розділ 5

ЦИВІЛЬНЕ, ПІДПРИЄМНИЦЬКЕ ТА ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

УДК 347.91/.95

С. О. КОРОЄД

ПРОЦЕСУАЛЬНА ДІЯ ЯК ПЕРВИННИЙ ЕЛЕМЕНТ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

Здійснюється характеристика процесуальної дії та її місце як первинного елемента в структурі цивільного процесу. Процесуальна дія розглядається, з одного боку, як підстава виникнення цивільних процесуальних правовідносин, а з іншого боку, як засіб здійснення суб'єктами своїх процесуальних прав і обов'язків. Обґрунтовано, що процесуальні дії в цивільному процесі зумовлені специфікою цивільних процесуальних правовідносин. Доведено взаємопов'язаність і взаємозалежність процесуальних дій суду та процесуальних дій учасників процесу. Водночас визначено різні цілі таких дій: для суду вони є правосудними, а для сторін – спрямовані на реалізацію їх матеріальної та (або) процесуальної заінтересованості.

Ключові слова: *цивільний процес, процесуальна дія, процесуальна діяльність, цивільні процесуальні правовідносини, суд, учасники процесу, права, обов'язки, цілі.*

Короєд С. А. Процессуальное действие как первичный элемент гражданского процесса

Осуществляется характеристика процессуального действия и его месту в качестве первичного элемента в структуре гражданского процесса. Процес-

суальное действие рассматривается, с одной стороны, как основание возникновения гражданских процессуальных правоотношений, а с другой стороны, как средство осуществления субъектами своих процессуальных прав и обязанностей. Обосновано, что процессуальные действия в гражданском процессе обусловлены спецификой гражданских процессуальных правоотношений. Доказано взаимосвязанность и взаимозависимость процессуальных действий суда и процессуальных действий участников процесса. В то же время определены различные цели таких действий: для суда они правосудные, а для сторон - направлены на реализацию их материальной и (или) процессуальной заинтересованности.

Ключевые слова: гражданский процесс, процессуальное действие, процессуальная деятельность, гражданские процессуальные правоотношения, суд, участники процесса, права, обязанности, цели.

Koroed Sergij. Remedial action as a primary element of civil procedure

It is carried out characteristic of procedural action and its place as the primary element in the structure of civil procedure. Remedial action is considered, on one hand, as the foundation of civil procedural legal relationships, and on the other hand, as a means of implementation of subjects of their procedural rights and obligations. It is justified that the procedural actions in the civil proceedings are due to the specifics of civil procedural legal relationships. It is proved interrelatedness and interdependence of court procedural actions and legal procedural actions of participants of litigation. At the same time it is determined the different objectives of such actions: for the court they are rightly, and for parties – they are aimed at the realization of their material and (or) the procedural interest.

Key words: *civil procedure, procedural action, procedural activities, civil procedural legal relationships, court, participants of litigation, rights, responsibilities, purposes.*

В своїх попередніх дослідженнях ми вже висловлювались з приводу неоднозначного погляду науковців на зміст понять «цивільний процес» і «цивільне судочинство» та їх співвідношення між собою (як тотожних і одночасно різних за змістом понять). Було встановлено, що «цивільний процес» визначається науковцями двояко: по-перше, як порядок вчинення процесуальних дій, тобто як встановлені законом правила поведінки суду та інших учасників процесу; а по-друге, як процесуальна діяльність (сукупність процесуальних дій суду та інших учасників процесу) щодо розгляду і вирішення цивільних справ. Нами було обґрунтовано, що оскільки за змістом положень ЦПК процес «починається», «виникає», «здійснюється», «складається з ряду дій», то це вказує на те, що процес

є динамічним явищем, тобто діяльністю (сукупністю різнопланових процесуальних дій)¹.

В юридичній літературі також стверджується, що цивільний процес за своїм змістом завжди включає процесуальну діяльність суду, діяльність учасників цивільного судочинства, яка має певний зміст і процесуальну форму вираження та проводиться у відповідній послідовності, у певному порядку, встановленому нормами цивільного процесуального права. Тобто, це взаємодія процесуальної діяльності і процесуальних відносин, упорядкована в процесуальній формі².

У зв'язку з цим, саме цивільна процесуальна діяльність перебуває в центрі об'єкту дослідження науки цивільного процесуального права, задає вектор її розвитку і появу нових наукових доктрин в цивільному процесі, визначає прикладне значення науки тощо.

Водночас поділ цивільної процесуальної діяльності можна проводити на різних рівнях. З огляду на загальновизнане існування двох частин цивільного процесу, такими рівнями буде: а) вирішення спору і б) виконання (реалізація) судового рішення. В межах цих двох частин знаходяться стадії. Так, на рівні "вирішення спору" виділяють зазвичай стадії відкриття провадження, підготовку справи до розгляду і судовий розгляд. На рівні "виконавчого провадження": відкриття, здійснення заходів примусового виконання та закінчення.

Отже, розвиток цивільної процесуальної діяльності характеризується стадійністю. Проте, первинним елементом цивільної процесуальної діяльності, незалежно від її рівнів і стадій, все ж залишається процесуальна дія. Адже, як ще зазначав Є.О. Нефедьєв, саме окремі ланки (дії), що слідують одна за одною у часі та складають течію, утворюють діяльність³.

У науці цивільного процесуального права дія розглядається переважно в якості передумови виникнення процесуальних відносин. Причому мова йде не про правову або процесуальну дію, а про дію як підставу виникнення правовідносин. Тому вивчення (дослідження) проводиться в більшості випадків цивільних процесуальних правовідносин, а процесуальна дія залишається без уваги, на що вже звертали увагу вчені-процесуалісти⁴. Хоча сам по собі термін «процесуальна дія» чинний ЦПК України використовує як в однині (наприклад, ч. 5 ст. 70, ч.ч. 2, 3 ст. 73, ч. 3 ст. 75, ч. 2 ст. 48), так й

множині (наприклад, ч. 1 ст. 90, ч. 10 ст. 130), розглядаючи її в якості первинного елемента цивільного процесу. Так само законодавець використовує термін «дія» в Законі України «Про виконавче провадження».

Тому процесуальна дія, являючи собою конкретні заходи (вчинки, рішення), які здійснюються в цивільній процесуальній формі, об'єднуючись в стадії та утворюючи цивільний процес, будучи первинним елементом останнього, має стати предметом самостійного дослідження з метою вироблення методологічних передумов для всіх сучасних цивільних процесуальних досліджень, що й ставить за мету наша стаття.

Одразу з варто зауважити, що з огляду на теорію цивільних процесуальних правовідносин, обов'язковим суб'єктом цих відносин завжди є суд. Але, разом з тим, характерною властивістю процесуальних дій є те, що вони можуть вчинятися учасниками процесу без безпосередньої присутності та активної участі суду, хоча такі дії обов'язково мають бути спрямовані до суду (наприклад, це стосується таких ключових процесуальних дій, як подання позовних та інших заяв до суду, подання поза судовим засіданням доказів та клопотань)⁵.

При цьому, наприклад Є.В. Васьковський, вважав, що до числа процесуальних дій у власному розумінні слова не належать дії інших осіб, які беруть участь у провадженні (свідків, експертів, священників, перекладачів та ін.). Їх дії, як вважав вчений, можуть називатися процесуальними лише в широкому, не технічному сенсі⁶.

Проте, аналіз положень ч. 5 ст. 70, ч.ч. 2, 3 ст. 73, ч. 3 ст. 75, ч. 1 ст. 90 ЦПК України, в яких використовується термін «процесуальна дія», свідчить, що процесуальну дію варто розглядати не тільки як підставу виникнення цивільних процесуальних правовідносин, а й як засіб здійснення його суб'єктами своїх процесуальних прав і обов'язків (в тому числі й процесуальних обов'язків сторони, свідка і експерта тощо). Саме такий зміст в процесуальну дію почали вкладати теоретики права⁷.

Варто зауважити, що в науці цивільного процесуального права на різних етапах її розвитку, починаючи з дореволюційних часів, окремі вчені в своїх роботах також досліджують питання розуміння процесуальної дії. Так, зокрема, дореволюційний процесуаліст

Є.В. Васьковський зазначав, що як суд, так й сторони спору здійснюють, в силу належних їм процесуальних прав, різні дії: сторони спору, наприклад, подають папери, заявляють усно клопотання, повідомляють факти, наводять докази; суд читає змагальні папери, допитує свідків, ухвалює постанови і т.д. Всі такі дії суб'єктів процесу, за висновком Є.В. Васьковського, заслуговують назви процесуальних. Отже, під процесуальними діями в точному сенсі слова, на думку вченого, потрібно розуміти дії суб'єктів процесу, що здійснюються ними з метою здійснення своїх процесуальних прав⁸.

М.А. Гурвич під процесуальною дією розглядав будь-яку дію, що вчиняється в здійснення процесуальних прав і обов'язків⁹. В.Н. Щеглов вважав, що процесуальними можуть бути тільки ті дії, які передбачені нормами цивільного процесуального права і мають цивільні процесуальні наслідки¹⁰.

На думку І.А. Жеруоліса, одні і ті самі процесуальні дії можуть бути як юридичними фактами, що породжують процесуальні правовідносини, так і процесуальними діями, в формі яких реалізуються права і обов'язки суб'єктів цивільного процесу¹¹.

При цьому, як слушно зауважував М.Й. Штефан, процесуальні дії суб'єктів правовідносин не можуть бути об'єктом відносин, оскільки вони не є тією категорією, з приводу якої виникають самі відносини. Процесуальні дії входять до змісту процесуальних правовідносин і водночас є юридичними фактами, що спричиняють виникнення, розвиток і припинення цивільних процесуальних правовідносин¹².

Як вже було зазначено нами вище, процесуальні дії об'єднуються в певні групи, стадії, частини, а в підсумку становлять цивільну процесуальну діяльність. Будь-яке об'єднання процесуальних дій обумовлене перш за все спільністю їхніх цілей. Це стосується як усієї цивільної процесуальної діяльності, що має єдину мету, так і двох основних частин (вирішення спору і виконання судового рішення), а також стадій цивільного процесу. Саме мета передусім об'єднує процесуальні дії в певні групи. Інші фактори також мають значення при формуванні тієї чи іншої групи, але все ж є другорядними порівняно з цільовими установками.

Мета в цьому випадку також визначає ефективність цивільного процесуального регулювання, регламентація якого не обмежується

визначенням загального порядку цивільного судочинства в окремих стадіях. Особливість правового регулювання цивільних процесуальних відносин полягає і в тому, що правовій регламентації підлягає кожна процесуальна дія суду, який здійснює правосуддя в цивільних справах, кожна процесуальна дія учасника цивільного процесу (позивача, відповідача, свідка і т.д.). При цьому, цивільне процесуальне законодавство визначає допустимі процесуальні дії в цивільному процесі, послідовність здійснення процесуальних дій суб'єктами процесуальної діяльності, а також обов'язкове документальне їх оформлення у відповідних процесуальних актах – ухвалах, рішеннях, протоколах і т.д.)¹³.

Такі допустимі процесуальні дії передбачені цивільною процесуальною формою, яка, виступаючи регламентом цивільної процесуальної діяльності, передбачає оптимальний для здійснення тих чи інших цивільно-процесуальних дій визначений законом порядок, що містить єдину програму цивільної процесуальної діяльності, спрямовану на реалізацію її головного завдання, – справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави¹⁴.

І як раз механізм стадійного руху цивільної справи, взаємозв'язку процесуальних дій суб'єктів процесуальної діяльності та їх документального оформлення утворює цивільний процес (цивільне судочинство) як встановлений законом порядок розгляду і вирішення цивільних справ¹⁵.

При цьому, процесуальні дії утворюють цивільний процес не безпосередньо, а через відповідні стадії, під якими розуміють сукупність процесуальних дій суду, учасників процесу, спрямованих на певну процесуальну мету (порушення справи, підготовка справи до судового розгляду та ін.)¹⁶. А це означає, що самотійна процесуальна дія має не лише власну самотійну мету, а ще й спільну мету з іншими процесуальними діями, на досягнення якої спрямована відповідна стадія процесу.

Наведені вище характеристики процесуальної дії дозволяють виділити такі її основні властивості. Процесуальні дії вчиняються як судом, так й іншими суб'єктами цивільних процесуальних пра-

вовідносин, які передбачені нормами ЦПК. Будучи передумовою виникнення цивільних процесуальних правовідносин, процесуальні дії водночас є способами здійснення процесуальних прав і виконання процесуальних обов'язків. Адже, з огляду на зобов'язуючий тип правового регулювання (тип загальної заборони), суд та інші суб'єкти цивільних процесуальних відносин можуть вчиняти в процесі не будь-які дії, які забажають або будуть в них заінтересованими задля досягнення бажаної для себе мети процесу (адже, як відомо, у сторін цілі одні, пов'язані із задоволенням як матеріального, так й процесуального інтересу, а у суду – інші – правосудні), а лише ті, які їм дозволяє вчинити процесуальний закон, тобто ті дії, які випливають зі змісту та є необхідними для здійснення їх процесуальних прав, виконання процесуальних обов'язків чи здійснення правосудних функцій, з урахуванням загальнопроцесуальних засад судової діяльності.

Водночас, незважаючи на єдині засади, на яких мають ґрунтуватися процесуальні дії та єдину цивільну процесуальну форму, якій процесуальні дії підпорядковані, варто виокремити окремі ключові моменти, які відрізняють характер і зміст процесуальних дій учасників процесу від процесуальних дій суду. Як відомо, процесуальні права для суду, є його обов'язком. А відтак, для суду визначені процесуальним законом процесуальні дії є обов'язковими, на відміну від процесуальних дій учасників процесу, які вчиняють такі дії в переважній більшості випадків саме з метою реалізації своїх процесуальних прав, а не задля здійснення процесуальних обов'язків. А відтак, з огляду на диспозитивні засади цивільного процесуального законодавства та приватноправову основу цивільних справ, процесуальні дії сторін переважно є необов'язковими.

Крім того, з огляду на теорію цивільних процесуальних відносин, суд є обов'язковим їх суб'єктом, з яким ці відносини і виникають. А відтак, вбачається очевидна процесуальна пов'язаність процесуальних дій сторін із процесуальними діями суду, адже без вчинення останнім певних дій кінцева реалізація процесуальних прав учасників процесу неможлива. Але тут можна вести мову й про зворотній зв'язок, адже з огляду на принцип диспозитивності та відсутності судової ініціативи (активні сторони – пасивний суд), ініціювати цивільну процесуальну діяльність в конкретній справі

можуть лише заінтересовані особи, а не суд. Більше того, протягом всього розгляду справи передумовою вчинення судом певних процесуальних дій мають бути відповідні дії учасників процесу (заявлення клопотань, відводів, подача апеляційних скарг тощо).

Таким чином, будучи первинним елементом цивільного процесу та підпорядкованим єдиній цивільній процесуальній формі, процесуальні дії в цивільному процесі зумовлені специфікою цивільних процесуальних правовідносин, що визнає взаємопов'язаність і взаємозалежність процесуальних дій суду та процесуальних дій учасників процесу, хоча й цілі таких дій різняться: для суду вони є правосудними, а для сторін – спрямовані на реалізацію їх матеріальної та (або) процесуальної заінтересованості. Таке розуміння правової природи процесуальних дій має важливе значення для подальших процесуальних досліджень не лише цивільної процесуальної форми, а й питань ефективності цивільного судочинства, визначення оптимальної моделі цивільних процесуальних правовідносин.

1. *Короєд С. О.* Цивільний процес та цивільне судочинство: концепція уніфікованого розуміння понять // Держава і право: зб. наук. праць. Серія Юридичні науки. 2016. Вип. 73. С. 247-258. 2. *Штефан М. Й.* Цивільний процес: підручник. Київ, 2001. С. 9; *Телінко В. Е.* Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України. Станом на 01.11.2010 р. / за ред. Притики Ю. Д. Київ: Центр учбової літератури, 2011. С. 25. 3. *Нефедьев Е. А.* Избранные труды по гражданскому процессу. Краснодар, 2005. С. 241. 4. *Гражданский процесс: учебник / под ред. М. К. Треушникова.* Москва, 2009. С. 86. 5. *Островська Л. А.* Визначення поняття процесуальної дії в контексті компенсації витрат на правову допомогу у цивільних справах // Адвокат. 2012. № 4 (139). С. 26. 6. *Васьковський Е. В.* Учебник гражданского процесса; под редакцией и с предисловием В. А. Томсинова. Москва: Издательство "Зерцало", 2003. С. 185. 7. *Лукьянова Е. Г.* Теория процессуального права. Москва, 2003. С. 192. 8. *Васьковський Е. В.* Цит. работа. С. 184. 9. *Гурвич М. А.* Гражданские процессуальные правоотношения и процессуальные действия // Избранные труды. Т. 2. Краснодар, 2006. С. 53. 10. *Щеглов В. Н.* Гражданское процессуальное правоотношение. Москва, 1966. С. 78. 11. *Жеруолис И. А.* Сущность гражданского процесса // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2006-2007. № 5. С. 480. 12. *Штефан М. Й.* Цивільне процесуальне право України: академічний курс. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. С. 97-98. 13. *Цивільне процесуальне право України / за ред. В. В. Комарова.* Харків, 1999. С. 18. 14. *Короєд С. О.* Процесуальне забезпечення ефективності цивільного судочинства: монографія. Київ: "МП Леся",

2013. С. 65-66. **15.** *Громадянський процес: учебник / под ред. проф. Комарова В. В.* Харків: ООО "Одиссей", 2001. С. 28. **16.** *Комаров В. В.* Цивільне процесуальне законодавство у динаміці розвитку та практиці Верховного Суду України. Харків: Право, 2012. С. 47.

Koroed Sergij. Remedial action as a primary element of civil procedure

It is justified that civil litigation is a dynamic phenomenon that is the activity (diverse set of proceedings). In this regard, it is civil procedural activity in the center of the object of research in science of civil procedural law, that sets the vector of its development and the emergence of new scientific doctrines in civil proceedings, defines practical value of science and more. In the science of civil procedural law action is seen mainly as predictors of procedural relations. And it is not about legal or procedural action, and about action as the basis of emergence of relationships. Therefore, the study (research) is performed in most of the civil procedural relations and procedural action left unattended, and that fact has already drawn the attention of scientists.

Thus, a procedural action representing specific events (actions, decisions) which are carrying out in civil procedural are forming in stages and are creating a civil process, as a primary element of the latter should be the subject of independent research in order to develop methodological conditions for all modern civil procedural studies which is the purpose of our article.

It is highlighted the following main characteristics of procedural action. Procedural actions committed by the court as well as other subjects of civil legal proceedings, which are provided by the Civil Procedural Code. As a prerequisite of civil legal proceedings, procedural actions in the same time are ways to exercise procedural rights and fulfill procedural obligations. Indeed, given the binding (total ban) type of legal regulation, court and other participants of civil procedural relations can not perform, during the process, all actions they want or interested in to achieve the desired purpose of a process (as it is known that the parties have its purpose - both material and procedural interest, and court have the other purpose - justice), but only those that they allowed to commit under procedural law, that are the actions arising from the content and are required for them to exercise their procedural rights, implementation of procedural obligations or for them to exercise justice functions with the general procedural principles of judicial activities.

However, despite the common principles on which are based procedural actions and unified civil procedural form, which are subject to legal proceedings, it is important to highlight some key points that distinguish the nature and content of the procedural actions of participants from the procedural actions of the court. As you know, the procedural law for the court is his duty. Hence, for the court established by procedural law procedural actions are binding, unlike procedural actions of the participants who commit such actions in most cases is to implement their procedural rights, and not for execution of their procedural duties. Hence, given the discretionary principles of civil procedural law and private law foundation of civil cases, procedural actions of the participants are mostly optional.

In addition, given the theory of civil procedural relations, the court is their required subject with which these relationships are occurring. Hence, it is seen obvious procedural connectivity of procedural actions of the parties with the procedural actions of the court, because without committing certain acts by court implementation of the procedural rights of participants is not possible. But you can talk about and feedback, because in view of the principle of discretionary and lack of judicial initiative (active participants – passive court), only persons concerned can initiate a civil judicial process in a particular case, and not the courts themselves. Moreover, throughout the court proceedings a precondition for committing certain court actions is the appropriate action of participants (filing of certain motions, appeals, etc.).

Key words: civil procedure, procedural action, procedural activities, civil procedural legal relationships, court, participants of litigation, rights, responsibilities, purposes.

УДК 347.952

Є. О. ЯТЧЕНКО

ВИКОНАННЯ СУДОВИХ РІШЕНЬ ЯК ЗАКЛЮЧНА СТАДІЯ У ПРОЦЕСІ ЗАХИСТУ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ОСОБИ

Досліджується процедура виконання рішення як стадія процесу захисту прав фізичних та юридичних осіб. Значна увага приділяється розгляду відмінностей між стадіями та провадженнями, поділу стадії виконання судового рішення на підстадії.

Ключові слова: виконання судового рішення, захист прав особи, провадження, стадія, підстадія.

Ятченко Е. А. Исполнение судебных решений как заключительная стадия в процессе защиты гражданских прав личности

Исследуется процедура исполнения судебных решений как стадия процесса защиты прав физических и юридических лиц. Большое внимание уделяется рассмотрению отличий между стадиями и производствами, делению стадии исполнения судебных решений на подстадии.

Ключевые слова: исполнение решение суда, защита прав лица, производство, стадия, подстадия.

Yatchenko Evgen. Execution of judgments as the final stage in the protection of civil rights of the individual

We study the decision process as a stage of the process of protecting the rights of individuals and legal entities. Much attention is given to consideration of the

© ЯТЧЕНКО Євген Олександрович – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри господарського права факультету підприємництва та права Київського національного університету технологій та дизайну

differences between stages and proceedings under division on enforcement sub-stages.

Key words: *enforcement, protection of individual rights, proceedings, stage, substages.*

Процес захисту прав особи не закінчується у суді прийняттям рішення, ухвали, постанови, які підлягають виконанню, оскільки переважна більшість рішень суду потребують примусового виконання, яке має виконуватися у порядку, встановленому Законом України «Про виконавче провадження». Відповідно єдиний процес захисту прав особи слід поділяти на дві частини, а саме: захист прав в суді та захист прав за допомогою органів виконання рішень. Якщо процес захисту прав особи в суді є предметом розгляду багатьох науковців, зокрема: І. А. Балюка, С.В. Васильєва, О.В. Гетманцева, В.В. Комарова, Є.І. Фурси, С.Я. Фурси, М.Й. Штефана тощо, то дослідженню процесу виконання рішень поки що приділяється науковцями недостатньо уваги, попри те, що він потребує поглибленого дослідження та вдосконалення. Невиконання судових рішень негативно впливає на авторитет національної судової влади, та й держави України в цілому, оскільки в цьому разі не досягається кінцева мета правосуддя – захист прав та інтересів осіб, реальне поновлення їхніх порушених прав.

Традиційно розгляд конкретної справи в суді прийнято поділяти на стадії, однією із яких виступає стадія виконання рішень. Однак між науковцями точаться дискусії про те, чим саме є виконання рішень суду: однією із стадій цивільного, господарського, адміністративного процесу (в широкому розумінні – судочинства) або окремим провадженням із реалізації прав сторін.

Як зазначає І.А. Балюк, виконання судових рішень є стадією господарського процесу, в якому спеціальні державні органи провадять примусове здійснення прав суб'єктів господарювання, здійснюється у процесуальній формі¹. В підтвердження позиції, що стадія виконання рішень є стадією господарського процесу, окремі науковці як основний аргумент наводять те, що виконавче провадження здійснюється виконавчими органами в тісній взаємодії та під контролем суду, при цьому господарський суд бере активну та безпосередню участь у виконанні рішення². Автор підтримує думку про належність стадії виконання рішень до єдиного процесу захисту

прав особи в конкретному процесі, зокрема в господарському, а відтак вважає зазначену стадію стадією господарського процесу. Однак слід зауважити, що попри існуючу взаємодію господарського суду та органів виконання рішень, виконавець рішень в значній мірі є самостійним учасником процесу виконання, із відповідними правами та обов'язками, який безпосередньо не підпорядкований суду, при цьому дискусійним є питання активної та безпосередньої участі господарського суду у ряді процесуальних дій, які вчиняються в процесі виконання рішень. Крім цього процесуальні права суб'єкта господарювання при захисті прав у господарському суді відрізняються від його прав у виконавчому провадженні.

Як зазначає С.В. Васильєв, господарське судочинство розвивається у певній послідовності, за стадіями, при цьому стадію господарського процесу автор розглядає як сукупність процесуальних дій по конкретній справі, спрямованих на певну процесуальну мету, яка характеризується своїм специфічним змістом, колом суб'єктів процесуальної діяльності, особливим процесуально-документальним оформленням³. Цю позицію підтримують й інші науковці, при цьому зазначають, що у кожній стадії господарського процесу процесуальні відносини мають специфічний характер, який визначається об'єктом цих відносин, суб'єктивним складом учасників на кожній стадії, змістом і метою процесуальних дій, а стадією господарського процесу є сукупність процесуальних дій, спрямованих до однієї прилеглої мети⁴. В досліджуваному випадку такою прилеглою метою виступає приведення до виконання винесеного господарським судом рішення у конкретній справі, тобто виконання рішення є своєрідним продовженням господарського процесу, хоча й іншим юрисдикційним органом. Отже, саме зміст та мета, прилегла або ж проміжна, є основними критеріями поділу господарського процесу на стадії.

Цю позицію, тільки щодо цивільного процесу, підтримує О.М. Єфімов зазначаючи, що стадія цивільного процесу – це сукупність процесуальних дій, об'єднаних певною процесуальною метою, адже всі стадії цивільного судочинства скеровані на досягнення загальної мети – здійснення правосуддя, а найближча мета є особливою для кожної окремої стадії цивільного процесу⁵. С.Я. Фурса, Є.І. Фурса та О.В. Гетманцев також підкреслюють, що цивільне

судочинство складається з окремих частин або стадій, які характеризуються сукупністю процесуальних правовідносин і дій, об'єднаних найближчою метою⁶. На думку автора, слід погодитися з висновком, зробленим О.В. Гетманцевим після дослідження різних ознак стадій цивільного судочинства, що перевагу слід надати такій ознаці як вирішення тих завдань чи мети, що стоять перед стадією⁷. Отже, як цивільний, так і господарський та адміністративний процес, а отже судочинство, слід поділяти на стадії, кожна з яких відмінна від інших стадій своїм змістом та метою процесуальних дій, які вчиняються судом на учасниками процесу на цій стадії. Всі стадії впорядковані, скеровані на досягнення загальної мети судочинства, після досягнення найближчої особливої процесуальної мети, характерної для конкретної стадії, вона закінчується й розпочинається наступна. При цьому предметом дискусії є – чи слід відносити виконання рішень до стадій судочинства або ж конкретного процесу, зокрема цивільного? На думку О.М. Єфімова стадія виконання судових рішень цілком відповідає ознакам стадії цивільного процесу, а виконавче провадження є окремою стадією цивільного процесу, адже застосування матеріального права до спірних відносин з метою усунення порушення прав та інтересів особи ще не означає захист цих прав та інтересів⁸. Проте існує й інша позиція, зокрема І.В. Андронов погоджується з тим, що стадія цивільного процесу – це сукупність процесуальних дій, поєднаних найближчою процесуальною метою, однак виконання судових рішень не розглядає як стадію цивільного процесу⁹, а на думку М.І. Тітова, виконавче провадження є самостійним процесуальним провадженням, а не частиною певного процесу¹⁰. В традиційному розумінні одним із учасників цивільних правовідносин завжди виступає суд, відповідно не всі правовідносини, зокрема правовідносини виконавця рішень із боржником та стягувачем, а отже і процесуальні дії, які вчиняються на цій стадії, науковці розглядають як вчинені в межах цивільного процесу. При цьому слід врахувати, що виконання судових рішень, попри загальну єдність із процесом захисту прав особи в суді, в значній мірі є самостійним процесом, в якому правовий статус учасників (навіть і назви учасників) є відмінним від їх правового статусу в цивільному процесі, хоча загальна мета – захист права особи залишається не змінною. Автор підтримує позицію Л.Г. Талана, що

процес захисту судом прав або інтересів фізичних і юридичних осіб проходить два етапи: вирішення спору і виконання рішення суду, при цьому виконавче провадження слід розглядати як частину судового розгляду¹¹, а отже в процесі захисту прав особи можуть існувати як цивільно-процесуальні, так і виконавчі правовідносини, при цьому процес виконання рішення є не від'ємною, хоча й особливою, частиною захисту права особи в конкретному цивільному процесі. Заслуговує на увагу в частині визначення правової природи стадії виконання рішень й позиція С.О. Якимчук, яка розглядає цивільний процес як певний правозастосовчий цикл, до складу якого входить виконання судових рішень як цивілістична процедура¹².

Як цілком справедливо визначив В.В. Комаров, корінь дискусій між науковцями щодо стадій полягає в тому, що має місце ототожнення стадій з процесуальними провадженнями¹³. Дійсно слід розрізняти процес захисту права особи в суді та процес захисту права особи під час виконання рішень в першу чергу за суб'єктним складом та за змістом правовідносин, при цьому всі ці стадії залишаються складовими одного процесу захисту прав особи, який без належного виконання рішення суду не можна вважати закінченим. Оскільки, як уже зазначалося, в науковому середовищі має місце певне ототожнення понять «стадія» та «провадження», то варто зосередити увагу на розгляді процесу виконання рішень як провадження. Як зазначають С.Я. Фурса, Є.І. Фурса та О.В. Гетманцев під провадженням слід розуміти специфічний процесуальний порядок розгляду справ, які об'єднані у певні групи залежно від правової природи спору та вимог заявника чи позивача¹⁴. В.В. Комаров підкреслює, що цивільний процес характеризується у структурному плані як через стадії цивільного процесу, так і через судові провадження, однак їх не слід ототожнювати, при цьому провадження цивільного процесу він розглядає як специфічну конструкцію, морфологічну модель розгляду цивільної справи¹⁵. Із наведених визначень стає зрозумілим, що науковці поділяють на провадження процес розгляду справи в суді, а не процес виконання рішення, а також що існує певний зв'язок в структурному плані між стадіями та провадженнями у цивільному процесі. Здійснивши порівняння стадій та проваджень О.Б. Верба-Сидор дійшла висновку, що стадії виражають динамічну, а провадження - предметну характеристику

процесу, а тому теоретично правильно для позначення процедури виконання рішень юрисдикційних органів вживати термін «стадія», а не «провадження», останній же застосовується внаслідок так званої термінологічної інерції законодавця¹⁶. Автор підтримує зазначену позицію в частині того, що процес виконання рішень не слід розглядати як провадження, а також розглядає виконання рішень як заключну стадію захисту прав особи у конкретному судовому процесі.

Слід зазначити, що О.В. Гетманцевим здійснена спроба структурно поєднати провадження та стадії цивільного процесу. Він пропонує виділяти не стадії цивільного процесу в цілому, а стадії окремих видів проваджень за інстаційною ознакою, при цьому для кожного виду провадження можуть бути характерні свої стадії, визначено їх кількість, кожне провадження рухається відповідно до стадій, які послідовно заміщують одна одну¹⁷. На думку автора не слід в такий спосіб ототожнювати стадії та провадження, оскільки вони мають різну природу та можуть існувати паралельно. Стадією цивільного процесу є сукупність процесуальних дій по конкретній справі, спрямованих на певну процесуальну мету, а провадження – це специфічний процесуальний порядок розгляду справ. Стадії слідує розглядати одна за одною чим характеризують єдність та неподільність процесу захисту прав особи, а різні провадження можуть існувати і не залежно одне від одного, більше того вони можуть виключати існування одне одного, вибір провадження залежить від категорії цивільної справи, а стадії наявні в процесі розгляду будь-якої категорії справ, хоча й існують факультативні стадії.

Заслуговує на увагу позиція М.Й. Штефана, який вважає доцільним поділ цивільного процесу на три частини або стадії: розгляд і вирішення справи по суті; перевірка законності й обґрунтованості ухваленого по ній рішення; звернення рішення до виконання¹⁸. Автор вважає цю пропозицію слушною, та пропонує процес захисту прав особи в суді взагалі, або ж у цивільному процесі зокрема, поділяти на три стадії, а саме: захист прав особи в суді першої інстанції; захист прав особи під час перегляду рішення (факультативна); захист прав особи під час виконання рішення. Зазначені стадії слід поділяти на підстадії, а звернення рішення до виконання слід розглядати лише як підстадію стадії виконання рішення, до складу якої слід віднести процесуальні дії, що вчиняються після набрання рі-

шенням законної сили, але до звернення із заявою до органу виконання рішення. В свою чергу в межах кожної із зазначених трьох стадій захисту прав особи можуть існувати відповідні провадження. Зокрема, для захисту права особи в суді першої інстанції виділяють позовне, наказне та окреме провадження, для захисту права особи під час перегляду рішення виділяють апеляційне провадження, касаційне провадження, провадження у Верховному Суді України, провадження за нововиявленими обставинами (з розвитком процесуальної науки зазначені переліки можуть бути розширені). На стадії ж захисту права особи під час виконання рішення, на думку автора, слід виділяти якнайменше два види проваджень, а саме: традиційне виконання та негайне виконання. Заслуговує на окрему увагу та подальше дослідження можливість виділення в провадження процесу виконання рішення щодо конфіскації майна.

Як уже було зазначено, стадії слідує одна за однією чим характеризують єдність та неподільність процесу захисту прав особи, кожна стадія має свою процесуальну мету. Поділяючи процес захисту прав особи на стадії потрібно визначати процесуальну мету кожної стадії, при цьому кожна мета стадії повинна узгоджуватися із загальною метою – належним захистом прав особи, відповідно кожна стадія є проміжною ланкою процесу, наприклад цивільного, захисту прав особи у суді. Поділяючи кожну стадію на певну кількість підстадій, їх кількість та назви не обов'язково повинні бути однаковими для кожної стадії, слід виділяти відповідну проміжну мету для кожної підстадії, яка має узгоджуватися як із метою відповідної стадії, так і з метою процесу захисту прав особи взагалі. При цьому підстадії як і стадії є сукупністю процесуальних дій. На думку автора, саме запропонований поділ стадій на підстадії варто застосовувати і в процесі захисту прав в суді і в процесі виконання судових рішень.

Зокрема Ю.В. Білоусов пропонує розглядати стадії виконавчого провадження (в розумінні автора статті – підстадії стадії виконання рішення) як сукупність дій виконавця та інших учасників виконавчого провадження, спрямованих на досягнення певної процесуальної мети, при цьому виділяє такі основні стадії як: 1) відкриття виконавчого провадження; 2) підготовка до примусового виконання; 3) вжиття заходів примусового виконання рішення; 4) закінчення

виконавчого провадження¹⁹. На думку С.В. Щербак слід виділяти наступні стадії виконавчого провадження: 1) відкриття виконавчого провадження; 2) підготовка до виконання; 3) вжиття заходів примусового виконання до боржника; 4) заключна²⁰. В свою чергу О.Б. Верба-Сидор як етапи виконавчого провадження пропонує розглядати: 1) відкриття виконавчого провадження; 2) підготовка державного виконавця до примусового виконання; 3) застосування примусових заходів до боржника; 4) завершення виконавчого провадження²¹. Слід зазначити, що наведені класифікації є подібними і є певною теоретичною базою для подальших наукових пошуків оптимальної структури стадії виконання рішення.

Пропонується наступна класифікація підстадій стадії виконання рішення: 1) звернення рішення до виконання (суду або іншого органу); 2) початок процесу виконання рішення; 3) добровільне виконання рішення; 4) підготовка до примусового виконання; 5) примусове виконання рішення; 6) контроль за належністю виконання (в тому числі й оскарження); 7) закінчення процесу виконання рішення, при цьому окремі підстадії можуть бути факультативними. Метою такої підстадії як звернення рішення до виконання має стати належна підготовка необхідних матеріалів для звернення до органів виконання рішення. Серед процесуальних дій на цій підстадії слід виділити отримання виконавчого листа або судового наказу, а також отримання дозволу суду на примусове виконання рішення, за необхідності (наприклад, примусове виконання рішення третейського суду). Підстадія початок процесу виконання рішення за змістом аналогічна стадії відкриття виконавчого провадження у традиційному розумінні, розпочинається із моменту звернення стягувача до органу виконання рішення і закінчується винесенням постанови про відкриття відповідного виконавчого провадження. Підстадія добровільного виконання рішення може бути факультативною, не застосовуватись при негайному виконанні або при конфіскації, однак є дуже важливою в процесі виконання рішення для традиційного виконавчого провадження, оскільки дозволяє отримати результат з економією ресурсів. Метою підстадії контроль за належністю виконання є вчинення відповідним відділом управління юстиції перевірки в порядку нагляду правильності вчинення процесуальних дій виконавцем рішення. Дослідження інших підстадій стадії вико-

нання рішення заслуговують на окреме ґрунтовне дослідження, а відтак стануть предметом розгляду в наступних публікаціях.

Виходячи із вищезазначеного, автор вважає за можливе зробити такі висновки:

1. Процес судового захисту прав особи слід поділяти на три стадії: захист прав особи в суді першої інстанції; захист прав особи під час перегляду рішення (факультативна); захист прав особи під час виконання рішення.

2. Стадію виконання рішення пропонується поділяти на наступні підстадії: 1) звернення рішення до виконання; 2) початок процесу виконання рішення; 3) добровільне виконання рішення; 4) підготовка до примусового виконання; 5) примусове виконання рішення; 6) контроль за належністю виконання; 7) закінчення процесу виконання рішення.

3. Слід підтримати позицію науковців про різну правову природу стадій та проваджень у процесі захисту прав особи, при цьому пропонується в межах стадії захисту прав особи під час виконання рішення виділяти такі провадження як: традиційне виконання, негайне виконання та конфіскація майна.

1. *Балюк І.А.* Господарське процесуальне право: навч. посібник. Київ: КНЕУ, 2008. С. 165. 2. *Абрамов Н.А.* Обновленный Хозяйственный процесс Украины: учебное пособие (курс лекций). Харків: Бурун книга, 2012. С. 173-174. 3. *Васильєв С.В.* Господарський процес України: підручник. Харків: Еспада, 2010. С. 15-16. 4. *Господарський процес України:* навч.-практ. посіб. / Белов Д.М., Васильковський О.В., Калинюк С.С. та ін. Ужгород: Гельветика, 2014. С. 42. 5. *Цивільне процесуальне право:* підручник / [І.С. Ярошенко, І.О. Ізарова, О.Є. Єфімов та ін.]; за заг. ред. І.С. Ярошенко. Київ: КНЕУ, 2014. С. 22. 6. *Цивільний процес України:* академічний курс: підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / за ред. С.Я. Фурси. Київ: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2009. С. 57. 7. *Цивільний процес України:* підручник / за заг. ред. М.М. Ясинка. Київ: Алерта, 2014. С. 57. 8. *Цивільне процесуальне право:* підручник / [І.С. Ярошенко, І.О. Ізарова, О.Є. Єфімов та ін.]; за заг. ред. І.С. Ярошенко. С. 24. 9. *Мінченко Р.М., Погрібний С.О., Андронов І.В.* та ін. Цивільний процес України: підручник / за заг. ред. Р.М. Мінченко. Херсон: ОЛДІ-ПЛЮС, 2014. С. 18-19. 10. *Арбітражний процес:* навч. посіб. / Притика Д.М., Тітов М.І., Щербина В.С. Харків: Консум, 2001. С. 166. 11. *Талан Л.Г.* Реалізація судових рішень у виконавчому провадженні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2012. С. 12. 12. *Якимчук С.О.* Виконання судових рішень як частина судового розгляду: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків,

2015. С. 13. **13.** *Курс цивільного процесу: підручник* / В.В. Комаров, В.А. Бігун, В.В. Баранкова та ін.; за ред. В.В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 45. **14.** *Цивільний процес України: академічний курс: підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.* / за ред. С.Я. Фурси. С. 56-57. **15.** *Курс цивільного процесу: підручник* / В.В. Комаров, В.А. Бігун, В.В. Баранкова та ін.; за ред. В.В. Комарова. С. 44-45. **16.** *Навроцька Ю.В., Верба-Сидор О.Б., Воробель У.Б.* Цивільне процесуальне право України: навч. посіб. (у схемах і таблицях) / за заг. ред. Ю.В. Навроцької. Львів: ЛДУВС, 2013. С. 22. **17.** *Цивільний процес України: підручник* / за заг. ред. М.М. Ясинка. С. 37. **18.** *Штефан М.Й.* Цивільне процесуальне право України. Київ: Ін Юре, 2005. С. 31. **19.** *Білоусов Ю.В.* Виконавче провадження: навч. посіб. Київ: Прецедент, 2005. С. 64. **20.** *Фурса С.Я., Щербак С.В.* Виконавче провадження в Україні: навч. посіб. Київ: Атіка, 2002. С. 177. **21.** *Навроцька Ю.В., Верба-Сидор О.Б., Воробель У.Б.* Цит. праця. С. 349.

Yatchenko Evgen. Execution of judgments as the final stage in the protection of civil rights of the individual

The process of protecting individual rights does not end in court the decision, order or decision to be performed, as the majority judgments require enforcement. Failure to comply with judicial decisions a negative impact on the credibility of the national judiciary, and state Ukraine as a whole, as in this case not achieved the ultimate goal of justice - protecting the rights and interests of real restoration of their violated rights.

Traditionally consideration of the case the court decided to divide into stages, one of which serves enforcement stage. However, sustained debate between scientists about what exactly is the enforcement of court decisions, one of the stages of judicial proceedings or individual with the rights of the parties.

Stage of the protection of individual rights is a set of procedural action one intermediate goal. At each stage of the protection of individual rights procedural relations have a specific nature, which is determined by the subject of the relationship, subjective composition of participants at each stage, the content and purpose of the proceedings. This is the content and purpose are the main criteria for the division process protection of individual rights on the stage.

The process of court protection of rights or interests of individuals and businesses through several stages, with the court's decision should be seen as a specific phase of the trial, which may be a civil procedure and executive relationship. Proposed process of protecting individual rights in court divided into three stages, namely the protection of individual rights in the trial court; protection of individual rights while browsing solution (optional); protection of individual rights during execution.

It should be noted that in the literature there is a somewhat identification procedural stages of proceedings. The author should not be identified and the stage of the proceedings, as they have a different nature and can exist in parallel. Stage is set proceedings in a particular case aimed at a procedural purpose and procedure - a procedural order specific cases. Stages follow one by one than describing the unity and

indivisibility of the process of protecting individual rights, and the various proceedings can exist independently of each other, in fact they can exclude the existence of each other, the choice of procedure depends on the category of civil cases, and under existing pending any category of cases, although there are optional step. At the stage of protection of the right during the decision should provide three types of proceedings, namely the traditional, immediate execution and confiscation of property.

Sharing the process of protecting individual rights in procedural stage should determine the purpose of each stage, with the goal of each stage should be consistent with the overall aim - adequate protection of individuals' rights under each stage are intermediaries process of protection of individual rights in court. Sharing each stage a certain number substage, their number and names are not necessarily the same for each stage should provide the appropriate intermediate target for each substages, which is consistent with both the purpose of the respective stages, and in order to process the protection of individual rights in general . This substages as the stage is set of proceedings.

It is proposed to stage the decision to share the following substages: 1) the appeal decision for execution; 2) start the process of execution; 3) voluntary execution; 4) preparation to enforcement; 5) the enforcement of decisions; 6) monitoring the implementation affiliation; 7) completion of the execution.

Key words: enforcement, protection of individual rights, proceedings, stage, substages.

УДК 347.132

О. В. ГОРЕЦЬКИЙ

ПРИМИРНІ ПРОЦЕДУРИ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ: ПРОБЛЕМА СПІВВІДНОШЕННЯ ПРАВОВИХ КАТЕГОРІЙ

У статті аналізується проблема співвідношення поняття «примирення сторін» і суміжних правових категорій. Автор аналізує проект Закону України «Про медіацію», Директиву 2008/52 Європейського парламенту і Ради Європи щодо деяких аспектів медіації в цивільних і комерційних справах, Типовий закон Комісії ООН по праву міжнародної торгівлі «Про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру». Зазначається, що положення цих документів свідчать про протиставлення примирення і медіації. Дослідник доводить важливість гармонійного поєднання можливостей медіації та примирних процедур, передусім, в контексті процесуальної діяльності суду щодо примирення сторін. Аргументується необхідність розширювального тлумачення примирних процедур. Пропонується до їх числа відносити переговори, посередництво, в тому числі і

медіацію, примирення, здійснюване судом, а також інші процедури, що спрямовані на врегулювання спору мирним шляхом і які не суперечать закону.

Ключові слова: примирення сторін, медіація, примирні процедури, судові процедури, процесуальна діяльність суду, позасудові способи вирішення спорів.

Горецкий О. В. Примирительные процедуры в гражданском судопроизводстве: проблема соотношения правовых категорий

В статье анализируется проблема соотношения понятия «примирение сторон» и смежных правовых категорий. Автор анализирует проект Закона Украины «О медиации», Директиву 2008/52 Европейского парламента и Совета Европы относительно некоторых аспектов медиации в гражданских и коммерческих делах, Типовой закон Комиссии ООН по праву международной торговли «О международной коммерческой согласительной процедуре». Отмечается, что положения этих документов свидетельствуют о противопоставлении примирения и медиации. Исследователь обосновывает важность гармоничного соединения возможностей медиации и примирительных процедур, прежде всего, в контексте процессуальной деятельности суда по содействию в примирении сторон. Аргументируется необходимость расширительного толкования примирительных процедур. Предлагается к их числу относить переговоры, посредничество, в том числе и медиацию, примирение, осуществляемое судом, а также иные процедуры, направленные на урегулирование спора мирным путем и не противоречащие закону.

Ключевые слова: примирение сторон, медиация, примирительные процедуры, судебные процедуры, процессуальная деятельность суда, внесудебные способы разрешения споров.

Goretsky Oleg. The conciliation procedure in civil proceedings: the problem of correlation of legal categories

The article analyzes the problem of correlation between the concept of "conciliation" and related legal categories. The author analyzes the draft Law of Ukraine "About Mediation", Directive 2008/52 of the European Parliament and European Council concerning certain aspects of mediation in civil and commercial matters, the Model Law of the UN Commission on International Trade Law "About International Commercial Conciliation procedure". It is noted, that the provisions of these documents shows us opposition of conciliation and mediation.

Researcher proves that mediation is an independent way to resolve legal disputes. Reconciliation exists as long as conciliation procedures exist. It is argued, that reconciliation and conciliation procedures related as form and content. The content is the work of the various subjects and not only the court, aimed at resolving of the dispute. Conciliation procedures perform as form, the implementation of which is a part of the civil procedural activities.

Key words: conciliation, mediation, conciliation procedures, judicial procedures, procedural activity of the court, extrajudicial dispute resolution.

У контексті дослідження примирних процедур привертають увагу питання співвідношення понять «примирення» і «медіація», пошук вирішення яких є особливо актуальним на фоні численних проектів Закону України «Про медіацію» та досвіду міжнародно-правового регулювання даної сфери.

Стаття 2 проекту Закону України «Про медіацію» визначає медіацію як альтернативний (позасудовий) метод вирішення спорів, за допомогою якого дві або більше сторони спору намагаються в межах структурованого процесу самостійно, на добровільній основі досягти згоди для вирішення їх спору за допомогою медіатора.

Стаття 3 Директиви 2008/52 Європейського парламенту та Ради Європи щодо деяких аспектів медіації в цивільних та комерційних справах від 21 травня 2008 року розглядає медіацію як будь-який процес незалежно від того, як він називається, у якому дві або більше сторони спору вдаються до допомоги третьої сторони з метою досягнення угоди про вирішення їх спору, і незалежно від того, чи був цей процес ініційований сторонами, запропонований або призначений судом чи передбачений національним законодавством держави члена ЄС. При цьому в директиві особливо підкреслюється, що це визначення не включає в себе зусилля, вжиті судом або суддею, які прагнуть урегулювати суперечку в межах судових процедур, що стосуються відповідного спору.

Співзвучна позиція була сформульована і в Типовому законі Комісії ООН з права міжнародної торгівлі «Про міжнародну комерційну погоджувальну процедуру», де вказується, що його норми не застосовуються в тому числі і до випадків, коли суддя або арбітр у процесі судового або арбітражного провадження намагається сприяти врегулюванню спору (ст. 1).

Наведені положення свідчать у певному сенсі про протиставлення примирення та медіації. З одного боку, суддя, який, керуючи перебігом процесу, сприяє примиренню, з іншого, процедура медіації, яка проходить без участі суду. Здавалося б, у такому підході немає суперечностей. Однак, так може здатися лише при першому погляді на проблему.

На сьогоднішній день не викликає сумнівів те, що медіація є самостійним способом урегулювання правових спорів. Як відомо, спочатку процедура примирення за сприяння медіатора з'явилася у

країнах загального права як альтернатива тривалому і дорогому судовому розгляду. До цього часу в науковій літературі медіацію прийнято вважати способом альтернативного врегулювання спорів і тим самим протиставляти розгляду справ у судах та інших юрисдикційних органах¹.

Вбачається, що примирення існує там, де є примирні процедури. У цьому контексті можна стверджувати, що примирення і примирні процедури співвідносяться як форма і зміст. Змістом, як ми вже зазначали, є діяльність різних суб'єктів, і не тільки суду, спрямована на врегулювання спору. Формою виступають примирні процедури, які відбуваються в межах цивільної процесуальної діяльності. Це дає нам підставу вважати, що діяльність, яка здійснюється поза цивільним судочинством, не є процесуальною і не може охоплюватися поняттям «примирні процедури». Мова в даному випадку може йти виключно про сферу альтернативних способів вирішення правових спорів.

Цікавих висновків дійшла Ю. С. Коляснікова, досліджуючи відмінності між альтернативним вирішенням спорів (АВС) і примирними процедурами. Автор зазначає, що під час використання примирних процедур у врегулюванні конфлікту активну участь беруть самі сторони. Наявність третьої особи, що сприяє примиренню, можлива, але не обов'язкова. Під час використання способів АВС у процедурі спільно зі сторонами бере участь третя нейтральна особа. Її участь у цьому випадку є обов'язковою. Крім того, діяльність третьої особи, яка бере участь у примирних процедурах, спрямована на встановлення комунікації між сторонами та надання допомоги в досягненні згоди. Вона не наділена правом винесення обов'язкового для сторін рішення, тобто її функції – сприяти примиренню. Навпаки, при АВС третя особа не лише вислуховує думку сторін щодо спору; вона має право приймати обов'язкове для сторін рішення. Примирні процедури спрямовані саме на мирне врегулювання спору, у результаті якого сторони не відчують себе переможцями чи переможеними. У процесі примирення ними може бути вироблено взаємоприйнятне рішення. Цього не можна сказати про способи АВС. Третя особа в даному випадку буде приймати рішення на підставі викладених їй обставин, і зовсім не обов'язково, щоб це рішення задовольняло обидві сторони.

Ще одним характерним фактором дослідник називає момент застосування кожної із процедур. Сторони можуть вдатися до примирних процедур у будь-який момент – як до звернення до суду, так і після цього. Мирова угода може бути укладена сторонами на будь-якій стадії цивільного процесу і під час виконання судового рішення. Способи АВС можуть бути застосовані сторонами лише до звернення до державного суду.

Таким чином, робить висновок Ю. С. Коляснікова, примирні процедури і способи АВС є відокремленими самостійними видами ліквідації конфліктів, які існують паралельно і є альтернативними один щодо одного і до судового розгляду в державному суді. Особливості кожного з них за необхідності дозволяють визначити найбільш прийнятну процедуру для ліквідації конкретного спору².

Ми вважаємо, що на законодавчому та теоретичному рівнях відбувається штучне протиставлення медіації і примирних процедур. Зазначимо, що йдеться, насамперед, про так звану судову медіацію³. Не зовсім зрозуміла щодо цього думка законодавця, який відносить медіацію лише до позасудових способів вирішення спорів. Немає науково обґрунтованої концепції розвитку медіації та інших примирних процедур. Більш правильним, на нашу думку, є гармонійне поєднання можливостей медіації та примирних процедур, зокрема й у руслі процесуальної діяльності суду щодо сприяння у примиренні сторін. Як додатковий аргумент зазначимо, що навіть у тих випадках, коли суд процесуально оформлює результати медіації, він тим самим сприяє примиренню сторін.

Ми згодні з тими авторами, які переконують у тому, що на сьогодні медіація поступово втрачає альтернативний характер і все частіше застосовується нарівні і у взаємозв'язку з іншими способами захисту порушених суб'єктивних прав. Причина такої трансформації полягає в тому, що в сучасному суспільстві медіація здебільшого відповідає інтересам і потребам суб'єктів спірних правовідносин, оскільки дозволяє вирішувати розбіжності, які виникають, на взаємовигідній основі без зайвих грошових, часових і емоційних витрат⁴.

У такому розумінні медіація є перспективним напрямом теорії і практики законотворчості, оскільки надає можливість поєднати переваги медіації та інших примирних процедур і діяльності суду,

сприяє вибору судової процедури врегулювання спорів. Ця теза має принциповий характер і дозволяє обґрунтувати необхідність розширеного тлумачення примирних процедур. Автор до їх переліку пропонує відносити переговори, посередництво, зокрема й медіацію, примирення, здійснюване судом, а також інші процедури, які спрямовані на врегулювання спору мирним шляхом і не суперечать закону. Така позиція сприяє, на наш погляд, нівелюванню наявних сьогодні відмінностей між примиренням та медіацією, а особам, які беруть участь у справі, дозволить обирати найбільш зручний для них варіант урегулювання спору.

Цікаво, що вже згадуваний нами типовий закон ЮНСІТРАЛ дає таке визначення погоджувальної процедури. На думку розробників цього закону, погоджувальна процедура означає процедуру, яка може іменуватися погоджувальною, посередницькою або позначатися терміном аналогічного значення і в межах якої сторони просять третю особу або осіб (посередника) надати їм допомогу у спробі досягти мирного врегулювання їх спору, який виник із договірних чи інших правовідносин або у зв'язку з ними. Посередник не має права нав'язувати сторонам вирішення спору.

Як бачимо, у цьому визначенні акцент робиться як на широкій сфері застосування погоджувальних процедур, так і на тому, що обов'язковою умовою такої процедури є звернення до третьої особи за сприянням у врегулюванні спору.

Таким чином, сьогодні залишаються невирішеними питання про види примирних процедур, форми їх запровадження у правову систему, особливості регламентації на вітчизняному правознавчому ґрунті. Проте, можна говорити про формування двох основних напрямів розвитку медіації: як самостійного механізму врегулювання спору, що існує паралельно із традиційними способами захисту цивільних прав (поза юрисдикційною системою); а також як механізму, що забезпечує реалізацію основних повноважень органів цивільної юрисдикції (у межах юрисдикційної системи)⁵.

1. *Калашикова С. И.* Медиация в сфере гражданской юрисдикции: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2010. С. 16-17. 2. *Колясникова Ю. С.* Примирительные процедуры в арбитражном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2009. С. 39-42. 3. *Курс цивільного процесу: підручник / В. В. Комаров, В. А. Бігун, В. В. Баранкова та ін.; за ред. В. В. Комарова.*

Харків: Право, 2011. С. 1317-1319. 4. *Калашиникова С. И.* Цит. работа. С. 18-19. 5. Там же. С. 27.

***Goretskyy Oleg.* The conciliation procedure in civil proceedings: the problem of correlation of legal categories**

The article analyzes the problem of correlation between the concept of "conciliation" and related legal categories. The author analyzes the draft Law of Ukraine "About Mediation", Directive 2008/52 of the European Parliament and European Council concerning certain aspects of mediation in civil and commercial matters, the Model Law of the UN Commission on International Trade Law "About International Commercial Conciliation procedure". It is noted, that the provisions of these documents shows us opposition of conciliation and mediation.

Researcher proves that mediation is an independent way to resolve legal disputes. Reconciliation exists as long as conciliation procedures exist. It is argued, that reconciliation and conciliation procedures related as form and content. The content is the work of the various subjects and not only the court, aimed at resolving of the dispute. Conciliation procedures perform as form, the implementation of which is a part of the civil procedural activities.

The author believes that the activities carried out outside of civil legal proceedings is not procedural and they can't be covered by the term "conciliation procedures". A case in point could go entirely to the field of alternative methods of resolving legal disputes.

The study emphasizes that on the legislative and theoretical levels, there is an artificial opposition of mediation and conciliation procedures. The domestic legislator considers mediation only to extrajudicial ways of dispute resolution. The researcher argues that there is no scientifically based concept development of mediation and other conciliatory procedures in the field of domestic jurisprudence. The author notes that harmonious combination of opportunities of mediation and conciliation procedures, including the procedural activities of the court concerning the reconciliation of the parties seems promising.

The study supports the position that mediation facilitates to the choice of court dispute settlement procedures. The necessity of a broad interpretation of conciliation procedures is proved. Author offers to attribute negotiation, intermediation, including mediation, conciliation by the court, as well as other procedures aimed at resolving the dispute by peaceful means, and not contrary to law to one of conciliation procedures. This position is aimed at leveling of differences between reconciliation and mediation, which exist today, and the parties involved in the case get opportunity to select the most convenient option for them to settle the dispute.

Key words: conciliation, mediation, conciliation procedures, judicial procedures, procedural activity of the court, extrajudicial dispute resolution.

ПРАВОВЕ «ВІДЛУННЯ» ЧАСТИНИ 2 СТАТТІ 190 ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ У ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ ТА ЧОМУ «ПРАВО ОРЕНДИ» СТАЛО РЕЧОВИМ

Розглядаються спірні питання пов'язані з правовим «відлуння» ч. 2 ст. 190 Цивільного кодексу України та кореспондуючої їй ч. 7 ст. 5 Закону України № 898-IV «Про іпотеку» у законодавстві України, зокрема у част. 5 ст. 93 та част. 4 ст. 124 Земельного Кодексу України, ст. 8-1 Закону України № 161-XIV «Про оренду землі».

Ключові слова: уречевлення зобов'язальних прав, право оренди для цілей будівництва, оборотоздатність права оренди, право забудови (суперфіцій), право суборенди, сервітут, обмежене речове право, правове оформлення користування річчю, «Realobligation» (реальне зобов'язальне правовідношення), відчуження речового права, заміна сторони в договорі, реєстрація речових прав, зловживання у сфері земельних відносин, антикризові заходи.

Риш Ф. Ю. Правовое «эхо» части 2 статьи 190 Гражданского кодекса Украины в законодательстве Украины и почему «право аренды» стало вещественным

Рассматриваются спорные вопросы связанные с правовыми последствиями «эха» ч. 2 ст. 190 Гражданского кодекса Украины и корреспондирующие ей ч. 7 ст. 5 Закона Украины № 898-IV «Об ипотеке» в законодательстве Украины, в частности в част. 5 ст. 93 и част. 4 ст. 124 Земельного Кодекса Украины, ст. 8-1 Закона Украины № 161-XIV «Об аренде земли».

Ключевые слова: овецествление обязательственных прав, «право аренды для целей строительства», оборотоспособность права аренды, право застройки (суперфиций), право субаренды, сервитут, ограниченное вещное право, правовое оформление пользования вещью, «Realobligation» (реальное обязательственное правоотношение), отчуждение вещного права, замена стороны в договоре, регистрация прав, злоупотребления в сфере земельных отношений, антикризисные мероприятия.

Rysh Filipp. Legal «echo» of part 2, article 190 of the Civil Code of Ukraine in the Ukrainian legislation, and why «leasehold» has become a proprietary right

The present article covers disputable issues related to legal «echo» of part 2, article 190 of the Civil Code of Ukraine and the relevant part 7, article 5 of the Law

of Ukraine #898-IV «On Mortgage» in the legislation of Ukraine, in particular in part 5, article 93, and in part 4, article 124 of the Land Code of Ukraine, article 8-1 of the Law of Ukraine # 161-XIV «On Land Lease».

Key words: «objectivation of rights in personam», «leasehold for construction purposes», conveyancing of leasehold, building lease (superficies), sublease right, servitude, limited proprietary right, legal registration of the use of item of property, real obligation, alienation of proprietary right, substitution of a party in agreement, registration of proprietary rights, abusive practice in the sphere of land relations, crisis response measures.

У попередній статті констатувалося, що частина друга статті 190 ЦК України є логічно кореспондуючим регулюванням у загальному законі (*Цивільний Кодекс України – далі: ЦК України*)¹ до спеціального (*Закон України № 898-IV від 05.06.2003 р. «Про іпотеку» – далі: Закон «Про іпотеку»*) і через визнання майнових прав (зобов'язальних – «право оренди чи користування нерухомим майном, яке надає орендарю чи користувачу право будувати, володіти та відчужувати об'єкт нерухомого майна»²) речовими (уречевлення зобов'язальних прав) проявляється обмежене речове право – право забудови (суперфіцій)³. Із наведеного бачимо, що вихідним положенням є «право оренди», об'єм якого визначено «основоположним договором оренди».

В українських юридичних колах поняття «право оренди» викликає наукові дискусії. Як правило, найбільш часто непорозуміння виникають з приводу «відчуження права оренди»⁴, у тому числі «оборотоздатності» права оренди⁵ або «речовності» права оренди⁶.

Перед заглибленням у проблематику навколо «права оренди» слід поглянути на можливості правового оформлення користування річчю у державах, які тяжіють до романо-германської (континентальної) правової системи, саме до якої належить і Україна. Нехай нижче наведена категоризація слугує також твердою опорою при аналізі цивільно-правової природи «права оренди».

За романо-германською (континентальною) системою правове оформлення користування річчю передбачає наступні можливості: а) прекарне користування; б) зобов'язальне (особисте) правовідношення; в) попередньо помічене зобов'язальне правовідношення (відомості про яке вносяться у книгу записів, іншими словами – посилене); г) обмежене речове право⁷.

А. «Прекарне користування» розуміється, як отримання речі на своє прохання (*graces*) у безоплатне користування з умовою повернути цю річ на вимогу того, хто цю річ дав⁸. Його слід розглядати, як задоволення прохання шляхом надання дозволу. Фактично це односторонній дозвіл, що обумовлюється доброю ласкою власника без надання будь-якого права та без укладання договору. Для прикладу, особа може отримати дозвіл на безперешкодне та безоплатне користування річчю виключно до моменту висловлення власником цієї речі відмови на її використання.

Б. «Зобов'язальне (особисте) правовідношення», зокрема, найм (оренда) – права та обов'язки сторін договору визначаються положеннями договору та засадами зобов'язального права. «Наймач або орендар володіє правом користування, яке скеровується – як зобов'язальне право – лише проти сторони договору (орендодавець, наймодавець). У даному контексті слід згадувати принцип, що кожне правовідношення, що може бути змістом сервітуту (право користування, тобто обмеженого речового права), також може встановлюватися як зобов'язальне правовідношення :

~ оренда [зобов'язальне право] ↔ сервітут (право користування) [обмежене речове право], яке не підлягає відчуженню (ч. 4 ст. 403 ЦК України);

~ оренда з метою будівництва [зобов'язальне право] ↔ право забудови (суперфіцій) / емфітевзис [обмежене речове право], яке можна відчужити (суперфіцій ч. 2 ст. 413 ЦК України / емфітевзис ч. 2 ст. 407 ЦК України).

В. Попередньо помічене зобов'язальне правовідношення (вносяться у поземельну книгу, іншими словами – посилене зобов'язальне правовідношення). Згідно абз. 1 ст. 959 Цивільного кодексу Швейцарії у встановлених законом випадках особисті (зобов'язальні) права можуть помічатися у поземельній книзі⁹. Між іншим, це стосується оренди або переважного права купівлі.

Попередня «примітка» посилює зобов'язальне право. При реєстрації кожного ново набутого права ця «примітка» враховується.

Наукова доктрина та судова практика Швейцарії таке правовідношення кваліфікують як «*Realobligation*» (реальне зобов'язальне правовідношення). Наприклад, попередньо помічена оренда діє не лише проти орендодавця (сторона договору), а й проти кожної

особи, яка набуває пізніше речове право на річ, яка орендується. Кредитор/орендар цим поміченим способом володіє певним речовим забезпеченням (гарантіями захисту) у випадку, коли власник речі її перепродає або банкрутує.

В орендному праві (*Art. 261 Abs. 2 OR*) при зміні власників, попередня примітка захищає права орендаря, які були визначенні договором оренди, укладеним з попереднім власником. Для прикладу, якщо новий власник з власних потреб претендує на орендовану річ, то він не може розірвати уже укладений договір оренди¹⁰.

Отже, попередньо помічена оренда діє не лише проти орендодавця (сторона договору), а і проти кожної особи, яка пізніше набуває речове право на орендовану річ.

Виявляється, що у такому особистому праві є речова складова.

Про «*Realobligation*» (реальне зобов'язальне правовідношення) можна говорити тоді, коли:

– наявне зобов'язальне правовідношення («*Obligation*») скероване на виконання боржником свого обов'язку; (*власник/орендодавець надає право орендареві користуватися земельною ділянкою. Він є боржником, оскільки зобов'язаний надати дану ділянку та утримуватися від дій, які б перешкоджали орендареві користуватися цією ділянкою*);

– боржник зобов'язального правовідношення визначається через правомочність на річ («*real*», «речовим») (*заміна власника/орендодавця не впливає на право орендаря користуватися цією ділянкою*)¹¹.

Є і приклади в українському цивільному законодавстві з тим самим наслідком як і в швейцарській *Realobligation*» (реальне зобов'язальне правовідношення) з відмінністю, що в Україні правові наслідки виникають «по-закону», а не з реєстрації попередньої «примітки» «по волі» сторони договору ст. 810-1 ЦК України; част. 4 ст. 6 Закону «Про іпотеку» і т.д.

Г. Обмежена речова правомочність – найбільш «міцна» правомочність (не беручи до уваги право власності), яку отримує користувач речі, якому надано обмежене речове право користування. Здебільшого, мова йде про користування річчю у формі обмеженого речового права, що є правом користування (сервітут). Як обмежене речове право, право користування (сервітут) зберігається і тоді коли річ продається або стягується примусово.

Відповідно до названої категоризації у романо-германській (континентальній) системі право оренди є зобов'язальним особистим правовідношенням, що визначається засадами зобов'язального права та положеннями договору. Таким чином, «право оренди» в Україні, яка входить до цієї системи, насправді не може бути речовим. Далі ми дізналися, що кожне правовідношення, яке може бути змістом права користування (сервітуту) – обмеженого речового права, також може встановлюватися як зобов'язальне правовідношення або навпаки.

Отже, власник-орендодавець земельної ділянки на основі договору оренди надає орендареві земельну ділянку в платне **користування** з метою «будувати, володіти та відчужувати об'єкт нерухомого майна»¹², що можна виразити і речовим правом. У наведеному прикладі, згадані зобов'язальні права після переведення в речові виражають саме **зміст** обмеженого речового права – права забудови (суперфіції). Простіше кажучи, змістом права забудови (суперфіції) є саме те, що особа вправі мати споруду на чужій землі. Розмежовується власність на земельну ділянку від власності на споруду, а принцип «*superficies solo cedit*» не діє. Це видно із системного аналізу положень Глави 34 ЦК України.

Першою причиною особливого законодавчого регулювання (у ч. 2 ст. 190 ЦК України та ч. 7 ст. 5 Закону № 898-IV) є те, що Земельним Кодексом України (далі: ЗКУ) передбачається два види користування земельними ділянками, що перебувають у державній або комунальній власності: право постійного користування земельною ділянкою (безстрокове користування для підприємства, установи та організації, що належать до державної та комунальної власності; громадських організацій інвалідів України, їх підприємств (об'єднань), установ та організацій; релігійних організацій України; публічних акціонерних товариств залізничного транспорту загального користування; вищих навчальних закладів і т. д. [див. : ч. 2 ст. 92 ЗКУ]) або право оренди земельної ділянки (строкове користування для громадян та юридичних осіб України, іноземців і осіб без громадянства, іноземних юридичних осіб, міжнародних об'єднань і організацій, а також іноземних держав [див. : ч. 2 ст. 93 ЗКУ]). Таким чином, ведення будівництва «приватниками» на землі, яка перебуває у державній або комунальній власності, можливо здійснювати лише шляхом укладання договору оренди.

Другою причиною є те, що зведена на чужій земельній ділянці (на основі договору оренди) будівля до моменту оформлення забудовником на неї права власності, фактично перебуває у власності орендодавця, тобто – власника земельної ділянки. У забудовника не визначене правове положення, яке унеможливило б фінансування будівельного проекту впродовж його здійснення через попередній продаж або іпотеку. Право забудови (суперфіцій) на відміну від права користування на основі договору оренди можна використовувати як предмет забезпечення кредиту¹³.

Отже, беручи до уваги згадані причини, законодавець свідомо (можна навіть сказати, що навіть вимушено) та логічно перевів зобов'язальне право оренди «для цілей будівництва» в речове право: переведення у част. 2 ст. 190 ЦК України виглядає так, що він визнає майнові права речовими, а у част. 7 ст. 5 Закону «Про іпотеку» відповідні майнові права платного **користування** з метою «будувати, володіти та відчужувати об'єкт нерухомого майна» визнає нерухомістю. Таким чином, ще 15 грудня 2005 р. «право оренди для цілей будівництва» було по-закону інституціоналізовано¹⁴, як «право забудови (суперфіцій)» без називання його однойменним терміном.

Відлуння такого регулювання можна, наприклад, бачити у част. 5 ст. 93 та част. 4 ст. 124 ЗКУ¹⁵ або ст. 8-1 Закону України від 06.10.1998 р. № 161-XIV «Про оренду землі» (далі: Закон «Про оренду землі») ¹⁶. На час введення інституціоналізації право «збудови (суперфіцій)» Законом № 3201-IV від 15.12.2005 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» законодавець передбачав лише процедуру реєстрації договорів оренди земельних ділянок¹⁷. Із введенням реєстру речових прав, законодавець перевів зобов'язальне право оренди в речове та зобов'язав сторін усіх договорів оренди (не лише для цілей будівництва) провести реєстрацію цих договорів у реєстрі речових прав. Тим самим було повністю змінена правова природа зобов'язального права оренди на речове, що ми спостерігаємо у п. 2 част. 1 ст. 4 Закону України № 1952-IV від 01.07.2004 р. «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» (далі: Закон № 1952-IV)¹⁸ яким було передбачено державну реєстрацію речових прав, похідних від права власності, «як право постійного користування та право оренди (суборенди) земельної ділянки» та «право користування (найму,

оренди) будівлею або іншою капітальною спорудою (їх окремою частиною), що виникає на підставі договору найму (оренди) будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини), укладеного на строк не менш як три роки».

Пункт 2 част. 1 ст. 4 Закону «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» є спірним, оскільки суперечить фундаментальному принципу приватноправових відносин – «свободі договору». Можна ініціювати питання про конституційність згаданого положення, бо із запровадженням вимоги реєструвати договори оренди у реєстрі речових прав, законодавець позбавив учасників цивільно-правового обороту можливості правового оформлення користування річчю через зобов'язальні особисті правовідносини. До того ж, у контексті тлумачення принципу верховенства права та визнання України як соціальної, правової держави, що забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, соціальну спрямованість економіки, Конституційний Суд України своїм Рішенням від 10.11.2011 р. № 15-рп/2011 (*справі про захист прав споживачів кредитних послуг*) підтвердив значущість принципу «свободи договору»¹⁹.

Порівнюючи переліки речових прав, що визначені ст. 4 Закону № 1952-IV та ст. 3 Модельного закону «Про обмежені речові права»²⁰, що в принципі узгоджується із сучасною європейською цивілістичною доктриною речових прав, можна зауважити, що в Україні є набагато ширше коло речових прав. Проте, якщо Україна входить до континентальної системи, то перелік речових прав в Україні принаймні мав би дублюватися або бути узгодженим. Але на жаль, правова дійсність диктує нам свої особливості. Науковці вказують на «безсистемний та хаотичний характер формування переліку речових прав»²¹.

Перш, ніж у подальшому розкрити особливості відлуння част. 2 ст. 190 ЦК України в законодавстві України, варта було б звернути увагу на правове наповнення змісту понять «право оренди» та «право забудови (суперфіцій)».

Основна відмінність «права забудови (суперфіцій)» від «право оренди» полягає в його речовності. Речове право – «право забудови (суперфіцій)», як і зобов'язальне – «право оренди», виникає на основі договору. Договір оренди носить особистісний характер, так як

в загальному випадку орендар не може переуступити своє право оренди іншій особі без згоди орендодавця. Враховуючи ряд особливостей договору оренди, відносно нього при зміні осіб в зобов'язанні складно застосувати в чистому вигляді ті норми, які регулюють заміну боржника і кредитора. Тому вважаємо, найбільш доцільно до договору оренди землі застосовувати загальний термін – «заміна сторони у договорі»²².

Право забудови може бути відчужене шляхом продажу іншій особі без згоди власника ділянки, на нього може бути звернено стягнення за майновим позовом, а отже, воно може бути предметом іпотечної застави. Слід пам'ятати і те, що при відчуженні «права забудови (суперфіцію)» відбувається заміна сторони в основному договорі, який регулює відносини між власником /потенційно майбутнім власником земельної ділянки/ та землекористувачем /потенційно майбутніми землекористувачами/ упродовж усього строку дії договору²³. **Але можливий і варіант без заміни сторони в основоположному договорі:**

Ми знаємо, що в частині 7 статті 5 Закону «Про іпотеку» право оренди «як таке право» вважається нерухомими майном. Цим же Законом нерухомими майном визнається земельна ділянка (абз. 2 ст. 1). Отже, згідно цього положення орендар стає власником нової юридично створеної штучної ділянки, яку він може відчужувати. У разі продажу згаданої штучної земельної ділянки орендарем відбувається заміна сторони в основоположному договорі оренди (про що вже згадувалося). Проте, коли така штучна земельна ділянка відчужується орендарем (власником) шляхом оренди, то залишаючись стороною основоположного договору оренди, він вправі укласти з новим орендарем штучної земельної ділянки договір оренди, точніше, «технічно» це робиться шляхом укладання «договору суборенди» (див.: ст. 8 «Суборенда земельних ділянок» Закону «Про оренду землі») ²⁴.

Наприклад, на орендованій будівельником ділянці здійснюється проект багатоквартирного будинку. З метою його фінансування, будівельник розпочинає попередній продаж майбутніх квартир шляхом укладення договорів купівлі-продажу майнових прав на квартири, що будуються²⁵. Як уже згадувалося, у такому разі він продає частину в «праві забудови (суперфіції)», яка є похідною з до-

говору оренди. Отже, вихідним положенням цієї юридичної конструкції завжди є основоположний договір оренди. Продаючи майбутню квартиру, яка є неспоживна річ / частина в «праві забудови (суперфіції)» / майнові права на квартиру / частина в праві оренди, забудовник мав би це юридично оформити, як відчуження «частини права оренди», що «технічно» можливо зробити через укладення договору «суборенди», з подальшим занесенням до реєстру²⁶.

Новели Закону України № 509-VI від 16.09.2008 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сприяння будівництву» (далі: Закон № 509-VI «Щодо сприяння будівництву») ²⁷ у частині внесення доповнення до статті 93 ЗКУ «Право оренди земельної ділянки може відчужуватися, у тому числі продаватися на земельних торгах, а також передаватися у заставу, спадщину, вноситися до статутного капіталу власником земельної ділянки – на строк до 50 років, крім випадків, визначених законом» викликали та викликають непорозуміння до сьогоднішнього дня ²⁸.

Системний аналіз згаданої новели вказує, по-перше, що тут ми зустрічаємо наочний приклад відлуння частини другої статті 190 ЦК України та кореспондуючої до неї частини 7 статті 5 Закону № 898-IV від 05.06.2003 р. «Про іпотеку». Фахівці вважали, що законодавець перевів «право оренди» із категорії «зобов'язального» до категорії «речового» права. Насправді це лише був законодавчо інституціоналізоване «право забудови (суперфіції)» без називання його однойменним терміном.

По-друге, законодавець прагне додатково закріпити у ЗКУ можливість відчуження «такого права оренди» у широкому розумінні (через заміну сторони основоположного «договору оренди» або без заміни сторони шляхом укладання «договору суборенди»). Падає в око, що лише чомусь **«власник»** може передати «право оренди» земельної ділянки у статутний фонд. Таке регулювання видається ніби то не логічним, бо «право оренди» належить орендарю, а не власнику/орендодавцю ²⁹. Використання терміну «власник» створює певне непорозуміння. Необхідно зауважити, що Глава 15 «Право користування землею» ЗКУ встановлює правове регулювання користування землею, яка перебуває у державній та комунальній власності. Отже, коли у част. 5 ст. 93 ЗКУ мова йде про «власника», то законодавець очевидно має на увазі уповноважені органи держав-

ної влади, які вправі виконувати функцію власника від імені держави.

Враховуючи той факт у який час було прийнято згадану законодавчу новелу, то усе стає на своє місце. Адже лише у перші 9 місяців 2008 р. внаслідок глобальної фінансової кризи оголосили про банкрутство більше світових 10 банків із світовими іменами, мільярдні збитки світові страхових компаній, інвестиційних фондів та недержавних пенсійних фондів³⁰. Ця криза не обійшла і Україну, зокрема її будівельну галузь³¹. Держава була вимушена здійснити швидкі та ефективні кроки щодо стабілізації економіки. І як результат було прийнято цілий ряд законів України «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» (Закон від 25.12.2008 р. № 800-VI)³², «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сприяння будівництву» (Закон від 16.09.2008 р. № 509-VI)³³. Також у той час особлива увага приділялася діяльності Уряду України, функціональними обов'язками якого охоплювалася діяльність щодо створення сприятливих умов для інвестицій в будівництво, вдосконалення дозвільних процедур та їх здешевлення, запровадження конкурентних засад при набутті земельних ділянок та прав на них під забудову³⁴.

Для наочного розуміння наведемо кілька виразних прикладів. Зокрема у Законі України від 25.12.2008 р. № 800-VI «Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва» зазначається, що подолання кризових явищ у будівельній галузі та житловому будівництві здійснюється відповідно шляхом:

- **викупу в забудовників та/або фінансових установ нереалізованого житла** в об'єктах будівництва, що споруджувались із залученням коштів фізичних осіб у разі неспроможності забудовників продовжувати будівництво житла у зв'язку з недостатнім обсягом коштів для формування фондів соціального та службового житла {абз. 2 ч. 1 ст. 1};

- **збільшення статутних капіталів державних банків та Державної іпотечної установи** для надання кредитів на завершення будівництва багатоквартирних житлових будинків {абз. 6 ч. 1 ст. 1};

- **викупу державою у кредиторів іпотечних кредитів**, отриманих фізичними особами на будівництво та придбання житла до

набрання чинності цим Законом і віднесених до категорії ризикованих *{абз. 7 ч. 1 ст. 1}*;

- у разі неможливості повернення суб'єктом господарської діяльності, що здійснює будівництво (забудовником), такого кредиту у визначений договором термін, кредитно-фінансова установа в порядку, визначеному законодавством, **набуває майнових прав на збудоване житло та має право продати його** органам державної влади, органам місцевого самоврядування або Державній іпотечній установі з метою забезпечення громадян, які потребують поліпшення житлових умов відповідно до законодавства, чи здійснити його вільний продаж на ринку житла; *{абз. 5 ч. 1 ст. 3}*³⁵.

Слід зауважити, що із поєднанням власника (держава) та орендаря (будівельник, який веде будівництво на державній/комунальній землі) шляхом вище описаних варіантів викупу, «право оренди» [право забудови (суперфіцій)] автоматично не скасовується без згоди тих осіб, які придбали речові права (іпотекодержателів, майбутніх власників квартир) на «право оренди» = право забудови (суперфіцій) = нерухомість [*част. 7 ст. 5 Закону № 898-IV від 05.06.2003 р. «Про іпотеку»*] = неспоживна річ [*част. 2 ст. 190 ЦК*] = об'єкти незавершеного будівництва.

Порівнюючи внесені Законом № 509-VI від 16.09.2008 р. «Щодо сприяння будівництву»³⁶ зміни до ЗКУ (див.: част. 5 ст. 93) та Закону «Про оренду землі» (див.: ст. 8-1 «Відчуження орендарем права на оренду земельної ділянки державної або комунальної власності») зауважуємо звуження можливостей для орендаря відчуження права оренди земельних ділянок державної або комунальної власності, шляхом заборони відчуження права оренди через заміну сторони в основному договорі оренди. Залишається лише можливість відчуження права оренди шляхом укладення договору суборенди. Це навіть вбачається із законодавчої техніки, бо законодавець вставив новелу ст. 8-1 саме як додаткове продовження до ст. 8 «Суборенда земельних ділянок»³⁷.

Поясненням такого законодавчого задуму обмеження можливостей відчуження є не настільки введення обмежень³⁸ для будівництва на землях державної та комунальної власності, наскільки держава прагне керуючими заходами врегулювати відносини у галузі будівництва. У наведеному випадку держава виявляє не ба-

жання звільнити будівельників від юридичної відповідальності за їх недобросовісність. Для прикладу, у Пояснювальній записці до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо сприяння будівництву» («Про внесення змін до деяких законів України щодо сприяння будівництву») (Регстр. № 2543 від 22.12.2006 р.) наголошувалося на те, що будуть запроваджені між іншим нові підходи у боротьбі із зловживаннями у сфері земельних відносин та в будівництві³⁹. Ускладнився легкий продаж неіснуючих квартир, а потім «хоч трава не росте».

Отже, підсумовуючи викладене, слід зазначити:

1. Відповідно до названої категоризації у романо-германській (континентальній) системі «право оренди» є зобов'язальним особистим правовідношенням, що визначається засадами зобов'язального права та положеннями договору. Таким чином, відповідно до згаданої категоризації, «право оренди» в Україні насправді не може бути речовим, оскільки тоді вже йшла б мова про «право користування» – сервітут або за спеціальною метою будівництва – право забудови (суперфіцій).

2. Законом України № 3201-IV від 15.12.2005 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (част. 2 ст. 190 ЦК України та част. 7 ст. 5 Закону № 898-IV від 05.06.2003 р. «Про іпотеку») було законодавчо інституціоналізовано «право забудови (суперфіцій)» без називання його однойменним терміном.

3. Введенням част. 4 ст. 93 ЗК України [на теперішній час підготовки статті, частина 4 значилась уже як частина 5] сформувалось бачення, що «право оренди» стало речовим. Насправді, тут ми зустрічаємо наочний приклад відлуння частини другої статті 190 ЦК України та кореспондуючої до неї част. 7 ст. 5 Закону № 898-IV від 05.06.2003 р. «Про іпотеку».

4. Відчуження «права оренди» за част. 5 ст. 93 ЗК України може здійснюватися через заміну сторони основоположного «договору оренди» або без заміни сторони шляхом укладання «договору суборенди». Відчуження «прав оренди» державних та комунальних земель можливе лише через укладення договору суборенди (див. : ст. 8-1 Закону України № 161-XIV від 06.10.1998 р. «Про оренду землі»).

1. *Частина 2* статті 190 Цивільного Кодексу України у редакції Закону України № 3201-IV від 15.12.2005 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України». URL: // <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15> 2. *Частина 7* статті 5 Закону України № 898-IV від 05.06.2003 р. «Про іпотеку» (у ред.: Закону № 3201-IV від 15.12.2005 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України»). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/898-15>

3. *Риш Ф.* «Право очікування» в контексті частини 2 статті 190 Цивільного кодексу України // *Держава і право: зб. наук. праць. Серія Юридичні науки. Вип. 74 / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2016. С. 264-267, 273.* 4. *Спасибо-Фатеева І. В.* Відчуження права оренди // *Вісник Академії правових наук України. 2010. № 4 (63). С. 118-127.* 5. *Кулинич П. Ф.* Право оренди землі як об'єкт ринкового обігу в Україні: стан та перспективи // *Часопис Київського університету права. 2016. № 2. С. 7.* 6. *Мірошниченко А. М., Марусенко Р. І.* Науково-практичний коментар Земельного кодексу України. Київ: Алерта; КНУ; ЦУЛ, 2009. С. 234; *Мірошниченко А. М., Ріпенко А. І.* Зобов'язальні права користування земельною ділянкою // *Право України. 2012. № 7. С. 40-49; Мороз М. В.* Право найму (оренди) нерухомості як речове право на чуже майно // *Форум права. 2014. № 3. С. 249.* URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2014_3_42.pdf; *Нижний С. В.* Застава майнових прав, що виникають з орендних правовідносин // *Університетські наукові записки. 2005. № 1-2. 2005. С. 130-134; Фелів О.* Оренда землі згідно з законодавчими змінами від 16 вересня 2008 р. URL: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3140> 7. *Sachenrecht.* von Jörg Schmid. Professor an der Universität Freiburg/Schweiz. Schulthess Polygraphischer Verlag. Zürich. 1997. С. 244-245. № 1201-1205. 8. *Барон Ю.* Система римського громадянського права: в 6 кн.; Ассоциация Юридический центр. Санкт-Петербург: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. С. 315. 9. *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Januar 2017). URL: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/201701010000/210.pdf> 10. *Bundesgesetz* betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (Stand am 1. Januar 2017). URL: <https://www.admin.ch/opc/de/classifiedcompilation/19110009/201701010000/220.pdf> 11. *Sachenrecht* von Jörg Schmid. Professor an der Universität Freiburg/Schweiz. Schulthess Polygraphischer Verlag. Zürich. 1997. С. 5. № 22-23. 12. *Частина 7 статті 5* Закону України № 898-IV від 05.06.2003 р. «Про іпотеку» (у ред.: Закону № 3201-IV від 15.12.2005 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України»). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/898-15> 13. *Митилино М. И.* Право застройки. Опыт цивилистического исследования института. Киев: Тип. насл. Т. Г. Мейнандера, 1914. С. 2; *Balensiefen Gotthold, Bönker Christian, Geiger Norbert, Schaller Wolfgang Schaller.* Rechtshandbuch für die immobilien-praxis. Erwerb, Entwicklung, Bestandhaltung, Vermarktung. Vahlen. 2009. S. 184; *Яценко Д. М.* Право користування чужою земельною ділянкою для забудови: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03; Ін-т держ. і права ім. Корецького НАН України. Київ,

2010. С. 3. **14.** *Про внесення змін до деяких законодавчих актів України: Закон № 3201-IV від 15.12.2005 р.* // Офіційний вісник України. 2006. №1/1-2/. Ст. 6. – Код акту 34895/2006. **15.** *Земельний кодекс України від 25.10.2001 р. № 2768-III (у ред.: від 01.01.2017 р. № 1774-19).* URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2768-14> **16.** *Про оренду землі: Закон України від 06.10.1998 р. № 161-XIV.* URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/161-14>. **17.** *Про внесення змін до деяких законодавчих актів України: Закон № 3201-IV від 15.12.2005 р.* // Офіційний вісник України. 2006. №1/1-2/. Ст. 6. Код акту 34895/2006. **18.** *Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Закон України від 01.07.2004 р. № 1952-IV* // Офіційний вісник України. 2004. № 30. Т. 1. Ст. 1993. Код акту 29603/2004. **19.** *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Степаненка Андрія Миколайовича щодо офіційного тлумачення положень пунктів 22, 23 статті 1, статті 11, частини восьмої статті 18, частини третьої статті 22 Закону України «Про захист прав споживачів» у взаємозв'язку з положеннями частини четвертої статті 42 Конституції України (справа про захист прав споживачів кредитних послуг) від 10.11.2011 р. Справа № 1-26/2011* // Офіційний вісник України. 2011. № 90. Ст. 3274. Код акту 59188/2011. **20.** *Відповідно до ст. 3 Модельного закону до обмежених речових прав відносять: 1) емфітевзис; 2) суперфіцій; 3) сервітут; 4) узуфрукт; 5) право оперативного управління [Додаток до постанови МПА СНД від 27.11.2015 р. № 43-9].* **21.** *Мороз М. В.* Право найму (оренди) нерухомості як речове право на чуже майно // Форум права. 2014. № 3. С. 250. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2014_3_42.pdf; *Сулейменов М. К., Скрябин С.В.* Вещные права на чужую вещь. Вещные права: система, содержание, приобретение // Сборник научных трудов в честь проф. Б. Л. Хаскельберга / под ред Д. О. Тузова. Москва: Статут, 2008. С. 89. **22.** *Сніцина Л.* Заміна сторін у договорі оренди землі: підстави, порядок, наслідки [// Мала енциклопедія нотаріуса: Науково-практичний журнал Асоціації приватних нотаріусів Харківської області. 2010. № 4. С. 75-86. **23.** *Чернышов Л.* Право застройки как инструмент формирования рынка доступного жилья в России // Экономика России: XXI век. 2006. № 17. URL: http://portal.us.ru/modules/ruseconomics/print.php?subaction=show_full&id=1163833320&archive=1401252883&start_from=&ucat=& **24.** *Про оренду землі: Закон України від 06.10.1998 р. № 161-XIV.* URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/161-14> **25.** *Піу Ф.* «Право очікування» в контексті частини 2 статті 190 Цивільного кодексу України // Держава і право: Збірник наукових праць. Серія Юридичні науки. 2016. Вип. 74. С. 265. **26.** *Про затвердження порядку ведення державної реєстрації державних актів на право власності на земельну ділянку та на право постійного користування земельною ділянкою, договорів оренди землі: Постанова Кабінету Міністрів України від 09.09.2009 р. № 1021 {Постанова втратила чинність на підставі Постанови КМУ № 1051 від 17.10.2012 р.}; Порядок ведення Державного земельного кадастру: Постанова Кабінету Міністрів України від 17.10.2012 р. № 1051.* URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/>

show/1051-2012-п **27.** *Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сприяння будівництву:* Закон України від 16.09.2008 р. № 509-VI // Офіційний вісник України. 2008. № 77. Ст. 2583. Код акту 44599/2008.

28. *Фелів О.* Оренда землі згідно з законодавчими змінами від 16 вересня 2008 р. URL: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3140>; *Кулинич П. Ф.* Право оренди землі як об'єкт ринкового обігу в Україні: стан та перспективи // Часопис Київського університету права. 2016. № 2. С. 7.

29. *Кулинич П. Ф.* Там само.

30. *Пояснювальна записка від 27.10.2008 р. до проекту Закону України (№ реєстрації 3309-4, дата реєстрації від 28.10.2008 р.) «Про першочергові заходи щодо запобігання негативним наслідкам фінансової кризи та про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (Суб'єкт права законодавчої ініціативи: Президент України).* URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=33608

31. *Бум, который треснул // Зеркало недели.* 2008. № 42 (721). С. 9.

32. *Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва:* Закон України від 25.12.2008 р. № 800-VI // Офіційний вісник України 2009. № 1. С. 50. Стаття 10. Код акту 45460/2009.

33. *Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сприяння будівництву:* Закон України від 16.09.2008 р. № 509-VI // Офіційний вісник України. 2008. № 77. Ст. 2583. Код акту 44599/2008.

34. *Інформація про стан виконання програми діяльності Кабінету Міністрів України «Український прорив: для людей, а не політиків» та завдань і заходів, спрямованих на мінімізацію негативних наслідків впливу світової фінансової кризи у 2008 році.* URL: <http://uchebana5.ru/cont/2300972.html>.

35. *Про запобігання впливу світової фінансової кризи на розвиток будівельної галузі та житлового будівництва:* Закон України від 25.12.2008 р. № 800-VI // Офіційний вісник України. 2009. № 1. Ст. 10. Код акту 45460/2009.

36. *Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сприяння будівництву:* Закон України від 16.09.2008 р. № 509-VI // Офіційний вісник України. 2008. № 77. Ст. 2583. Код акту 44599/2008.

37. *Про оренду землі:* Закон України від 06.10.1998 р. № 161-XIV. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/161-14>

38. *Беручи до уваги останні законодавчі зміни, а саме, те що право оренди може заставлятися, однак, тільки щодо земельних ділянок приватної власності (ст. 81 Закону про оренду землі), виникає запитання практичності застави/іпотеки права оренди взагалі. Адже практична необхідність полягала саме в оренді комунальних та державних земельних ділянок, які забудовники хотіли використовувати як забезпечення зобов'язань з фінансування будівництва. Можна погодитися, що заборона застави права оренди комунальних і державних земель мала на те свої причини. Виникає запитання: для чого ж передбачати можливість її застави для приватних земель? (Фелів О. Оренда землі згідно з законодавчими змінами від 16 вересня 2008 р. URL: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3140>).*

39. *Подання до проекту Закону про внесення змін до деяких законів України щодо сприяння будівництву від 22 грудня 2006 р. (Законопроект Реєстр. № 2543 від 22.12.2006 р.).* URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=2543&skl=6.

Rysh Filipp. Legal «echo» of part 2, article 190 of the Civil Code of Ukraine in the Ukrainian legislation, and why «leasehold» has become a proprietary right

The present article covers disputable issues related to legal «echo» of part 2, article 190 of the Civil Code of Ukraine and the relevant part 7, article 5 of the Law of Ukraine #898-IV «On Mortgage» in the legislation of Ukraine, in particular in part 5, article 93, and in part 4, article 124 of the Land Code of Ukraine, article 8-1 of the Law of Ukraine # 161-XIV «On Land Lease».

In Romano-Germanic (continental) law system «leasehold» is a binding personal legal relation, determined by the principles of right in personam and contractual provisions. Pursuant to the above classification, «leasehold» in Ukraine can not as a matter of fact be proprietary, because in this case we would talk about the right of use, or servitude.

With the introduction of the register of proprietary rights, lawmaker transferred lease right in personam into proprietary right, and bound the parties of all lease agreements (not only those for construction purposes) to conduct registration of these agreements in the register of proprietary rights. By doing so, they completely changed the legal nature of lease right in personam into proprietary right, and clause 2 of part 1, article 4 of the Law of Ukraine #1952-IV dated 01.07.2004 «On State Registration of Rights to Immovable Property and their Encumbrances», which provided for the state registration of proprietary rights, is disputable as it contradicts the fundamental principle of private law relations, «the freedom of contracts».

Major difference of the «building lease (superficies)» from the «leasehold» lies in its proprietary essence. Both the proprietary right - «building lease (superficies)», and right in personam – «leasehold» arise from an agreement. Lease agreement bears personal nature, because in general lessee is not able to transfer his or her leasehold to any third party without the consent of lessor. Taking into consideration some peculiarities of lease agreement, it is difficult to administer law, governing substitution of debtor and creditor in its pure form, in relation to this agreement at the time of changing parties in obligation. Therefore, application of a general term «substitution of a party in agreement» would be the most advisable as far as land lease agreements are concerned.

Law of Ukraine #3201-IV dated 15.12.2005 legislatively institutionalized «building lease (superficies)» without giving it the same term. Pursuant to part 5, article 93 of the Land Code of Ukraine, alienation of «leasehold» can be effected by way of substitution of a party of the basic «lease agreement», or by way of entering into «sublease agreement» without substitution of a party. Alienation of «leasehold» of the state and municipal lands is possible by way of entering into sublease agreement only.

Key words: «objectivation of rights in personam», «leasehold for construction purposes», conveyancing of leasehold, building lease (superficies), sublease right, servitude, limited proprietary right, legal registration of the use of item of property, real obligation, alienation of proprietary right, substitution of a party in agreement, registration of proprietary rights, abusive practice in the sphere of land relations, crisis response measures.

РОЛЬ ПРАВОВИХ ФІКЦІЙ У ТЛУМАЧЕННІ ПРАВОВИХ НОРМ

На основі аналізу існуючих теоретико-правових постулатів щодо змісту, правил, прийомів та способів тлумачення норм права розкривається роль правових фікцій як об'єкта та способу юридичного тлумачення, визначається роль та значення юридичних фікцій для об'єктивного пізнання духу, букви закону, роз'яснення його змісту.

Ключові слова: юридична дійсність, правові фікції, тлумачення норм права, офіційне тлумачення норм права, юридична техніка, цілі правового регулювання, правозастосування, правові прогалини.

Павличенко О. В. Роль правових фікцій при тлумаченні норм права

На основе анализа существующих теоретико-правовых подходов к пониманию содержания, правил, приемов и способов толкования норм права в статье раскрывается правовая фикция как объект и способ юридического толкования, определяется роль и значение фикций для объективного познания духа, буквы закона и истинного разъяснения его содержания.

Ключевые слова: юридическая действительность, правовые фикции, толкование норм права, официальное толкование норм права, юридическая техника, цели правового регулирования, правоприменение, правовые пробелы.

Pavlichenko Olga. The Role of Legal Fictions while Interpreting the Law Norms

The author of the article focuses attention on the need to consider fictions as a method of legal interpretation. Special attention is paid to the fact that in most works on the topic of legal fictions in domestic and foreign jurisprudence, it has traditionally been treated solely as a method of norm-setting technique, which significantly reduces its potential and significance for jurisprudence. At the same time, in fact, various subjects of interpretation actively use fiction as a method for fully revealing the content of the law norms.

Key words: legal validity, legal fictions, interpretation of the law norms, official interpretation of the law norms, legal technique, objectives of legal regulation, law-enforcement, legal gaps.

У системі теоретико-правової науки проблематика юридичної інтерпретації, її техніко-правового супроводження займає широкий ареал серед інших не менш значимих фундаментальних питань

права. Проте чисельні публікації, присвячені аналізу прийомів та способів тлумачення норм права, вказують на те, що роль та місце правової фікції як об'єкту юридичного тлумачення, а також як способу тлумачення норм права, не знайшли належного відображення у працях вітчизняних та зарубіжних фахівців у галузі теорії права*. Водночас застосування фікції як прийому та способу пізнання правової матерії** викликає чисельні теоретичні та практичні дискурси, зокрема, про те, яким чином унеможливити звуження розуміння змісту та обсягу прав й свобод людини, в яких конкретних правових ситуаціях доцільно вживання фікції як способу пізнання норми права, а коли – навпаки це неприпустимо.

Ураховуючи наведені нюанси, а також те, що в Україні не має чітко закріплених нормативно прийомів та способів правоінтерпретаційної діяльності, питання про роль правових фікцій у тлумаченні правових норм виявляється як актуальна наукова проблема.

В сучасній теоретичній юриспруденції існує майже усталене розуміння поняття тлумачення норм права, яке розглядається як необхідний і важливий елемент процесу правореалізації, зокрема в правозастосуванні. Перш ніж застосувати ту чи іншу норму права необхідно з'ясувати її реальний зміст, а в деяких випадках і роз'яснити. Тлумачення це складна і багатоаспектна діяльність різних суб'єктів, яка має інтелектуально-вольовий характер і спрямована на пізнання і пояснення змісту правових норм. Тлумачення правових норм це вольовий процес, спрямований на з'ясування обсягу та точного змісту, який вміщений у нормі права і роз'яснення його для інших. Взаємовідносини з'ясування, роз'яснення та акту тлумачення як основних елементів поняття тлумачення можуть бути охаракте-

* О. Мельник звертає увагу на те, що має бути розрізнення фікції як прийому юридичної техніки, тобто норм створених за допомогою фікцій, від фіктивності праві, тобто деяких правових станів або дій, це принципово різні поняття Фікції як прийом юридичної техніки називаються легальними фікціями Вони нетипові правові конструкції, проте доброякісні, позитивні Легальні фікції спеціально створені, а фіктивні норми розглядаються як різновид дефектів нормотворчості і правореалізації, тобто фіктивні з точки зору їх змісту.

** М.П. Молибoga вказує на те, що пізнавальна функція тлумачення права виявляється у пізнанні інтерпретатором сутності норми права, яка знайшла свій вираз у нормативному розпорядженні.

ризовані на практиці взаємозв'язком філософських категорій змісту і форми. При цьому з'ясування і роз'яснення – це безпосередня пізнавальна діяльність, процес її об'єктивізації зовні виступає у вигляді специфічного змісту поняття тлумачення. В той же час акт тлумачення – це форма, у межах якої пізнається і роз'яснюється зміст правових норм. Тлумачення права, взяте в єдності його змісту (з'ясування і роз'яснення), виражається у встановленому акті, який служить оболонкою процесу пізнання й пояснення змісту юридичних норм. Звідси тлумачення можна визначити як інтелектуально-вольову діяльність щодо з'ясування і роз'яснення змісту норм права з метою їх найбільш правильної реалізації, яка знаходить відображення в особливому акті¹.

Н.Я. Лепіш вказує на те, що тлумачення як внутрішній розумовий процес, що триває у свідомості особи, яка застосовує правову норму, – це необхідний підготовчий етап, передумова для правильного вирішення конкретної справи, здійснення кодифікації, складання картотек законодавства, обліку нормативних актів. З'ясування характеризує гносеологічну природу тлумачення і спрямоване на пізнання права. Тлумачення з'ясування становить внутрішній розумовий процес, що триває у свідомості суб'єкта і спрямований на з'ясування норми права суб'єктом. Це з'ясування для себе, і тому воно не має зовнішніх форм вираження. Під час з'ясування воно не має зовнішніх форм вираження. У процесі з'ясування інтерпретатор використовує різні прийоми тлумачення, що забезпечують процес пізнання².

М.П. Молибога, кажучи про методи тлумачення права, вказує на те, що проблема визначення необхідних прийомів і правил з'ясування правових норм та обґрунтування підстав їх об'єднання у методи (способи) тлумачення правових норм має досить важливе значення для юридичної науки. Її вирішення сприятиме упорядкуванню методології тлумачення, і в результаті, підвищить його якість та ефективність. У правознавчій літературі зазначена проблема і на сьогодні залишається не вирішеною³.

Сучасною юридичною наукою прийнято лише кілька термінів на позначення тих засобів, за допомогою яких здійснюється з'ясування смислу норми права: «вид», «прийом», «метод», «спосіб» і «правила». Причому слід зазначити, що у роботах науковців і досі

відсутня єдність поглядів на смислове навантаження цих понять. У науковій літературі ця інваріантність пояснюється не лише недостатньою теоретичною розробкою проблем тлумачення, але й тим, що в різних мовах значення цих термінів неоднакове. Зокрема, в одних роботах ідеться про прийоми тлумачення. Всі відомі науці способи тлумачення норм права набувають статусу прийомів. Також використовується термін «метод тлумачення», позначаючи ним те саме, що інші автори розуміють під «прийомом» або «способом». Деякі науковці поділяють засоби тлумачення на способи, за якими стоять певні прийоми і правила⁴.

Свою чергою, В.І. Циганов зазначає, що традиційно вихідними методами, за допомогою яких досліджується склад юридичних норм, виражена в них воля законодавця, є детально розроблені методи тлумачення права, які використовуються і в практичній юриспруденції в процесі використання юридичних норм⁵.

О.Ф. Скакун звертає увагу на те, що методи тлумачення норм права сукупність однорідних прийомів та засобів, за допомогою яких установлюється зміст юридичних норм, об'єктивованих у нормативно-правових приписах відповідних джерел (форм) права. До їхнього числа належать:

граматичний (з'ясування змісту норми права на підставі засобів граматичного і лексичного аналізу її словесного формулювання);

системний (з'ясування змісту норми права встановленням її системних юридичних зв'язків з іншими нормами, її місця та ролі у системі права);

телеологічний (з'ясування змісту норми права відповідно до закладеної у ній мети орієнтира для поведінки);

історико-політичний (з'ясування змісту норм права на основі аналізу конкретних історичних умов їх прийняття; виявлення політичних цілей і завдань, закладених законодавцем);

функціональний (з'ясування змісту норм права на основі аналізу конкретних обставин, умов, в яких функціонує норма права);

логічний (з'ясування змісту норми права, не виходячи за рамки тексту нормативно-правового акта, на підставі використання законів, правил і прийомів формальної логіки);

спеціально-юридичний (з'ясування змісту норми, засноване на досягненнях юридичної науки і практики, знанні юридичної тех-

ніки, техніко-юридичних способів і прийомів, використовуваних нормотворцем для вираження своєї волі, на професійному умінні і навичках інтерпретатора)⁶.

Своєю чергою, К.К. Панько відзначає, що фікція є своєрідним рятувальним колом законодавця. За допомогою даного прийому досягаються цілі законодавчої політики. Особлива роль при цьому належить телеологічному тлумаченню в правотворчості, яке забезпечує встановлення цілей закону за допомогою відособлених сукупностей спеціальних прийомів, які направлені на розкриття загального змісту правових норм.

Формування мети закону в процесі його створення передбачає з'ясування не тільки об'єктивної потреби правового регулювання, але й необхідності вписатися в систему законодавчих цілей держави, виразити його законодавчу політику. Існують цілі, не у всьому співпадаючи з загальними цілями правового регулювання. В силу цього виникає необхідність їх спеціального визначення, коректування із загальними та іншими цілями законодавства, вибору відповідного правового засобу, котре найповніше відображає поставлену законодавцем ціль. Шляхом зіставлення логічного сенсу норми з її метою можна досягти, щоб правова норма активно сприяла розвитку регульованих відносин в напрямку досягнення поставленої цілі, була б ефективною⁷.

О. Мельник зазначає, що щоб краще зрозуміти суть легальних фікцій та фіктивного в праві потрібно їх розглянути окремо та більш детально охарактеризувати. Це дасть змогу ефективно дослідити дане питання на рівні права⁸. Правова реальність володіє особливими властивостями перенесення звичайної, повсякденної дійсності на мову права. Одним із таких засобів являється легальна фікція, адже задоволення потреб адекватного відображення не завжди буде сприяти досягненню кінцевої цілі законодавчої політики. Фікції не є результатом узагальнення, вони є результатом абстрагування. Фікції контролюють певний умовний об'єкт або відносини, які є необхідним фактором для виникнення дійсних відносин⁹.

Специфіка фікцій як правових припущень у тому, що вони є результатами юридичного конструювання, уособлюючи цілісність юридичної конструкції¹⁰. Фікція за природою імперативна, без огляду на приналежність до галузі права¹¹.

За допомогою фікцій як певних юридичних конструкцій досягається скорочення діючих правових норм, зберігається зв'язок між нормами та арсеналом ідей, понять, що уже містяться у існуючих правових нормах У ситуаціях, коли не вистачає якогось юридичного факту, фікція може заповнити недостачу Значення легальних фікцій полягає ще й в тому, що вони сприяють подоланню невизначеності, заповнюють правовий вакуум, викликаний часовим розривом між правом необхідним і правом наявним, коли суспільні відносини стрімко розвивається а право залишається на місці Вони спрямовані на те, щоб оптимально вирішити спір або досягти найоптимальнішого результату по справі, з їх допомогою забезпечується певна стійкість прийнятого акту¹².

Фіктивне у праві проявляється на різних рівнях: становлення та розвитку правових ідей та конструкцій, рівень правотворчої діяльності та рівень реалізації правових приписів. Прояви фіктивного на різних рівнях тісно взаємопов'язані і суттєво впливають один на одного¹³.

Своєю чергою, як вказує О.В. Зінченко функціональна роль юридичних конструкцій знаходить своє дієве виявлення у декількох різноманітних, рівноцінних, а тому однаково важливих, вимірах. Означена теза вказує на той факт, що основні функції юридичних конструкцій нерозривно пов'язані з правотворчою, правозастосовною, правоінтерпретаційною (правотлумачною) та доктринальною площинами. Звідси випливає, що своє реальне і закономірне застосування юридичні конструкції отримали у процесах правотворчості, систематизації законодавства, реалізації норм права, тлумачення права тощо¹⁴.

Отже, правові фікції мають суттєве значення в процесі тлумачення нормативно-правових актів, особливо тоді, коли мова йде про офіційне тлумачення, яке має зобов'язуючий характер. Маючи уяву про структуру, ознаки, та цілі створення, а також політичну ситуацію в країні інтерпретатор має змогу за допомогою певних припущень більш детально та правильно встановити істинний зміст волі законодавця, а правозастосувач – чітко реалізувати правовий припис.

Найбільш відомими правовими фікціями є такі використовувані у цивільному праві України фікції, як оголошення фізичної

особи померлою (ст.46 ЦК України¹⁴)* ** та визнання фізичної особи безвісно відсутньою (ст.43 ЦК України¹⁵), у сімейному праві – усиновлення (ст.207 Сімейного кодексу України¹⁶)* ***, у кримінальному праві – вік, з якого може наставати кримінальна відповідальність (ст.22 КК України¹⁷).

Своєю чергою, аналіз коментарів до вказаних вище статей свідчить про те, що фікція широко використовується як засіб тлумачення. Так, у коментарі до статті 46 Цивільного кодексу, наданому доцентом кафедри цивільного права КНУ ім. Т. Шевченк, к.ю.н. Є.О. Рябоконею, зазначається, що існують різні думки про вплив судового рішення про оголошення особи померлою на її правоздатність. Одні автори вважають, що при оголошенні особи померлою припиняється її правоздатність, аргументуючи це тим, що правові наслідки в цьому випадку є аналогічними смерті. Прихильники

*** Відповідно до ст. 46 Цивільного кодексу України, фізична особа може бути оголошена судом померлою, якщо у місці її постійного проживання немає відомостей про місце її перебування протягом трьох років, а якщо вона пропала безвісти за обставин, що загрожували їй смертю або дають підставу припускати її загибель від певного нещасного випадку, - протягом шести місяців, а за можливості вважати фізичну особу загиблою від певного нещасного випадку або інших обставин внаслідок надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру - протягом одного місяця після завершення роботи спеціальної комісії, утвореної внаслідок надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру (ч. 1).

Фізична особа, яка пропала безвісти у зв'язку з воєнними діями, може бути оголошена судом померлою після спливу двох років від дня закінчення воєнних дій. З урахуванням конкретних обставин справи суд може оголосити фізичну особу померлою і до спливу цього строку, але не раніше спливу шести місяців (ч. 2).

Фізична особа оголошується померлою від дня набрання законної сили рішенням суду про це. Фізична особа, яка пропала безвісти за обставин, що загрожували їй смертю або дають підстави припустити її загибель від певного нещасного випадку або у зв'язку з воєнними діями, може бути оголошена померлою від дня її вірогідної смерті (ч. 3).

Порядок оголошення фізичної особи померлою встановлюється Цивільним процесуальним кодексом України (ч. 4).

**** Згідно частини першої статті 207 Сімейного кодексу України, усиновленням є прийняття усиновлювачем у свою сім'ю особи на правах дочки чи сина, що здійснене на підставі рішення суду, крім випадку, передбаченого статтею 282 цього Кодексу.

іншої позиції вважають правоздатність невіддільною від самої особи і тому лише сама презумпція смерті не може припинити правоздатності. Той факт, що особа, оголошена померлою, може з'явитись, внаслідок чого рішення суду про оголошення особи померлою скасовується, свідчить на користь другої позиції. *Якщо особа, оголошена померлою, будучи в дійсності живою, вчинила правочини, вони вважаються дійсними, тобто цивільна правоздатність особи зберігається і після прийняття судом рішення*¹⁸.

Поряд з наведеним прикладом, фікція як засіб тлумачення вживається під час коментування вченими положень статті 207 Сімейного кодексу України. Зокрема, вказується на те, що ознаками усиновлення є:

добровільність, тобто прийняття особи у сім'ю у порядку усиновлення не може відбуватися проти волі особи, про своє бажання прийняти усиновлювач повинен подати заяву (ст. 223 СК України);

дія, яка вказує на прийняття у сім'ю іншої особи, яка не перебуває у правовому відношенні батько дитина. Це може бути як родич, так і той, хто не перебуває у жодних правових зв'язках. Ці зв'язки можуть ґрунтуватися, зокрема, на відносинах, котрі не регулюються правовими нормами (кумівство, сусідство та ін.);

внаслідок такого прийняття особа не просто стає членом сім'ї усиновлювача, а набуває правового статусу дитини з усіма наслідками, які випливають із факту біологічного походження;

проведення у передбаченому порядку. Крім окремого винятку, такий акт може відбуватися тільки на підставі рішення суду, яке ухвалене у передбаченому процесуальним законом порядку, відповідає вимогам, встановленим законом, а також набрало законної сили. Коментованою статтею встановлене загальне правило щодо порядку усиновлення, але воно може здійснюватися інакше, у порядку, встановленому ст. 282 СК України та іншими актами. Справи про усиновлення розглядаються порядком окремого провадження, визначеного Цивільним процесуальним кодексом України. Суди порядком окремого провадження також можуть встановлювати факти усиновлення (удочеріння), якщо в органах реєстрації актів громадянського стану не зберігся відповідний запис чи відмовлено у його відновленні або ж він може бути відновлений лише на підставі рішення суду про встановлення факту реєстрації акта громадянського

стану, однак це не стосується безпосередньо здійснення усиновлення;

Судом не може бути встановлений факт усиновлення лише у зв'язку із знаходженням дитини на вихованні і утриманні заявника (заявників), оскільки підставою для виникнення відносин із усиновлення є рішення суду, яке набрало законної сили. Тобто фактичне усиновлення не породжує правових наслідків;

у законодавстві застосовуються поняття «усиновлення» та «удочеріння», котрі розрізняються в залежності від статі особи, котру усиновляють. Тому їх слід розуміти як синоніми і у подальшому використовуємо поняття «усиновлення». У ряді випадків у законодавстві вживається поняття «всиновлення», яке слід вважати видозміною поняття «усиновлення». Як тотожні слід розуміти також поняття «усиновлювач» та «усиновитель»¹⁹.

Фікція як прийом тлумачення (інтерпретації) юридичних приписів зустрічається й в текстах рішень органів судової влади. Так, в Рішенні Конституційного Суду України № 015р710-00 від 14.12.2000 р. у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України Постанови Верховної Ради України «Про чинність Закону України «Про Рахункову палату», щодо офіційного тлумачення положень ч. 2 ст. 150 Конституції України, а також ч. 2 ст. 70 Закону України «Про Конституційний Суд України» стосовно порядку виконання рішень Конституційного Суду України, вказується, що: «Суб'єкт права на конституційне подання звертається до Конституційного Суду України з клопотанням про офіційне тлумачення положення ч. 2 ст. 150 Конституції України та ч. 2 ст. 70 Закону України «Про Конституційний Суд України» стосовно порядку виконання тих рішень Конституційного Суду України, в яких не визначено порядку їх виконання.

Системне тлумачення зазначених вказаних норм права свідчить, про те що рішення Конституційного Суду України незалежно від того, визначено в них порядок і строки їх виконання чи ні, є обов'язковими до виконання на всій території України. Органи державної влади, органи Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації, посадові та службові особи, громадяни та їх об'єднання, іноземці, особи без громадянства повинні утримуватись від застосування чи використання

правових актів або їх положень, визнаних неконституційними. Рішення Конституційного Суду України мають пряму дію і для набрання чинності не потребують підтверджень з боку будь-яких органів державної влади. Обов'язок виконання рішення Конституційного Суду України є вимогою Конституції України (ч. 2 ст. 150), яка має найвищу юридичну силу щодо всіх інших нормативно-правових актів. Закони, інші правові акти, їх окремі положення, визнані рішенням Конституційного Суду України такими, що не відповідають Конституції України (неконституційними), втрачають чинність з дня ухвалення відповідного рішення (ч. 2 ст. 152 Конституції України).

При цьому згідно з Рішенням Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо офіційного тлумачення положень ч. 2 ст. 158 та ст. 159 Конституції України від 9 червня 1998 року № 8-рп/98 всі рішення і висновки Конституційного Суду України є однаково обов'язковими до виконання.

Відповідно до змісту частини другої статті 70 Закону України «Про Конституційний Суд України» у разі необхідності Конституційний Суд України може визначити у своєму рішенні, висновку додаткові заходи, пов'язані з порядком їх виконання, звернувши увагу на терміновість чи обов'язки щодо його забезпечення. При цьому незалежно від того, чи визначено в рішенні, висновку Конституційного Суду України, зокрема, порядок його виконання, відповідні державні органи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Проте додаткове визначення у рішеннях, висновках Конституційного Суду України порядку їх виконання не скасовує і не підміняє загальної обов'язковості їх виконання. Незалежно від того, наявні чи відсутні в рішеннях, висновках Конституційного Суду України приписи щодо порядку їх виконання, відповідні закони, інші правові акти або їх окремі положення, визнані за цими рішеннями неконституційними, не підлягають застосуванню як такі, що втратили чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність²⁰.

1. Проведений аналіз питання про роль та значення норм фікцій в процесі тлумачення норм права вказує на те, що їхня юридична природа детермінує необхідність розгляду фікції у декількох вимірах: як об'єкту безпосереднього тлумачення, коли мова йде про розуміння змісту правового припису, як прийому юридичної техніки та засобу

тлумачення, за допомогою якого відбувається пізнання суті змісту норми права, у випадку якщо правовий припис не є фікцією як типом юридичної конструкції норми права.

2. Фікції є невід'ємною частиною процесу тлумачення норм права, як засіб, котрий дозволяє пізнати істину, з'ясувати зміст, букву та дух закону. Тому під час вирішення питання щодо формалізації у чинному законодавстві правил та прийомів офіційного тлумачення, фікція як правило, котре допускає певне припущення, має бути серед нормативно закріплених офіційних прийомів та способів тлумачення норм права.

3. Основна роль фікції як прийому тлумачення виявляється тоді коли, та під час з'ясування тієї чи іншої норми права виникає неоднозначна, навіть подвійна, інтерпретація її змісту. В такому випадку припущення про те чого фактично не існує, але приймається *de facto* за дійсність, надає можливість встановити обсяг правових можливостей, фактичний зміст правових обмежень, таким чином, створюючи належні умови гарантування прав та свобод людини.

4. Потенціал фікції як прийому тлумачення не може застосуватися для звуження змісту прав та свобод людини під час пізнання суті правового припису.

5. Ураховуючи юридичну природу фікції, її можливості як прийому інтерпретації нормативно-правових актів, свій потенціал вона розкриває в ході логічного тлумачення норм права, при роз'ясненні змісту диспозитивних у переважній більшості норм приватного права.

1. Кельман М.С., Мурашин О.Г. Загальна теорія держави і права: підручник. Київ: Кондор, 2006. С.282. 2. Лєніш Н.Я. Наукове розуміння тлумачення норм права. URL: http://journal.lvduvs.edu.ua/visnyky/nvsvy/04_2015/15lpyatnp.pdf. 3. Молибога М.П. Функції та методи тлумачення права. URL: www.irbis-nbuv.gov.ua/.../cgjirbis_64.exe? 4. Капліна О.В. Проблеми єдності термінологічного наукового інструментарію при означенні способів тлумачення норм права. URL: <http://www.apdp.in.ua/v63/05.pdf>. 5. Цыганов В.И. Теория государства и права: тезисы лекций. Н.Новгород, 2005. С. 103. 6. Скакун О.Ф. Теория права і держави: підручник. Київ: Алерта; ЦУЛ, 2011. С. 136-437. 7. Панько К.К. Методология и теория законодательной техники уголовного права: монография. Воронеж, Изд-во ВГУ, 2004. С. 152. 8. Мельник О. Фікції в конституційному праві. URL: https://law.knu.ua/images/abook_file/conf2011_konst_melnyk.pdf. 9. Там само. 10. Косович В.М. Загальнотеоретичні аспекти удосконалення нормативно-правових актів України: дис. ... д.ю.н.: 12.00.01. Львів, 2015. С. 220. 11. Мельник О. Цит. праця. 12. Там само. 13. Зінченко О.В. Функції юридичних

конструкцій: теоретико-правовий аналіз. URL: http://kul.kiev.ua/images/chasop/2012_2/58.pdf. **14.** Цивільний кодекс України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15/print1492101860428457>. **15.** Там само. **16.** Сімейний кодекс України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2947-14/print1492101930149974>. **17.** Кримінальний кодекс України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/ru/2341-14/print1492101860428457>. **18.** Коментар до статті 46 Цивільного кодексу України. URL: <http://legalexpert.in.ua/komkodeks/gk/79-gk/407-46.html>. **19.** Науково-практичний коментар до статті 207 Сімейного кодексу України. URL: <http://uazakon.ru/ukr/sku/207/default.htm>. **20.** Рішення Конституційного Суду України № 015р710-00 від 14.12.2000 р. у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Постанови Верховної Ради України «Про чинність Закону України «Про Рахункову палату», офіційного тлумачення положень частини другої статті 150 Конституції України, а також частини другої статті 70 Закону України «Про Конституційний Суд України» стосовно порядку виконання рішень Конституційного Суду України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-00/ed20120412>.

***Pavlichenko Olga.* The Role of Legal Fictions while Interpreting the Law Norms**

The author of the article focuses attention on the need to consider fictions as a method of legal interpretation. Special attention is paid to the fact that in most works on the topic of legal fictions in domestic and foreign jurisprudence, it has traditionally been treated solely as a method of norm-setting technique, which significantly reduces its potential and significance for jurisprudence. At the same time, in fact, various subjects of interpretation actively use fiction as a method for fully revealing the content of the law norms.

Further, the author of the article analyzes legal fiction as an object and method of legal interpretation, defines the role and significance of fictions for objective cognition of the spirit, the letter of the law and the true explanation of its content on the basis of the analysis of existing theoretical and legal approaches to understanding the content, rules, methods and ways of interpreting the law norms.

It is emphasized that the arsenal of fiction can fully be used in the course of logical interpretation, first of all, in dispositive law norms.

It is pointed out that the possibility of fiction as a method of interpretation of legal prescriptions can not be aimed at reducing the actual volume of the rights and freedoms of a person and citizen in the course of understanding the essence of legal matter.

It is stated that in the course of the interpretation, the fiction is binary: it can be an object of interpretation, if we talk about a norm-fiction and can be a way of interpretation, if it is necessary to reveal the content of a specific law norm.

Key words: legal validity, legal fictions, interpretation of the law norms, official interpretation of the law norms, legal technique, objectives of legal regulation, law-enforcement, legal gaps.

ТРУДОВЕ ПРАВО

УДК 349.2

О. С. БОЄВА

ДЕЯКІ АСПЕКТИ РОЗМЕЖУВАННЯ СУДОВИХ ЮРИСДИКЦІЙ ПРИ ЗАХИСТІ ТРУДОВИХ ПРАВ

Висвітлюються питання визначення та розмежування судової юрисдикції при вирішенні трудових спорів. Наголошено на тому, що розмежування юрисдикційних повноважень між судами та правильне визначення підвідомчості спору сприяє розглядові справи в розумні строки та є гарантією ефективного захисту трудових прав людини.

Ключові слова: *судова юрисдикція, трудові права, розмежування, суд, спеціалізація.*

Боева Е. С. Некоторые аспекты розграничения судебных юрисдикций при защите трудовых прав

Освещаются вопросы определения и розграничения судебной юрисдикции при разрешении трудовых споров. Сделан акцент на том, что розграничение юрисдикционных полномочий между судами и правильное определение подведомственности спора способствует рассмотрению дела в разумные сроки и является гарантией эффективной защиты трудовых прав человека.

Ключевые слова: *судебная юрисдикция, трудовые права, размежевание, суд, специализация.*

Boieva Olena. Some aspects of differentiation court jurisdiction in the protection of labor rights

The article is devoted to the problematic issues of court jurisdiction definition and distinction in the labor disputes resolution. It is noted that the distinction of jurisdictional powers between the courts and the proper determination of the dispute jurisdiction promotes case consideration within a reasonable period and guarantees the effective human labor rights protection.

Key words: *court jurisdiction, labor rights, distinction, court, specialization.*

Трудове право є комплексною галуззю права і йому притаманні цивільно-правовий, господарсько-правовий та адміністративно-правовий методи регулювання суспільних відносин, а тому судовий захист трудових прав та інтересів, який є найбільш ефективним в системі захисту трудових прав, здійснюється за правилами цивільного, господарського та адміністративного судочинства. З судової практики вбачається, що існують нагальні проблеми щодо визначення та розмежування судової юрисдикції при вирішенні трудових спорів.

Відсутність єдиних критеріїв розмежування судових юрисдикцій породжує неоднакову судову практику. Крім того, невірне визначення юрисдикції суду в силу положень пункту 1 частини 1 статті 205, статей 310, 340 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України)¹, пункту 1 частини 1 статті 157, статей 203, 228 Кодексу адміністративного судочинства (далі – КАС України)², пункту 1 частини 1 статті 80 і ст.ст. 104, 111-10 Господарського процесуального кодексу (далі – ГПК України)³ призводить до скасування судових рішень.

За умов розгляду судом неналежної юрисдикції трудового спору зазначені наслідки є вкрай негативними, оскільки позивач (працівник), який апріорі вважається в меншій мірі захищеним та в більшості випадків є юридично необізнаним і не має можливості оплатити послуги адвоката, вимушений знов звертатися до іншого суду, що є порушенням гарантованого статтею 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод права кожного на справедливий і публічний розгляд його справи впродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом⁴.

Також слід зазначити, що за наявності декількох судових юрисдикцій існують певні перешкоди у сфері захисту трудових прав, оскільки мають місце випадки, коли суди різних юрисдикцій

відмовляють у прийнятті позовної заяви працівника, який намагається шляхом подачі позову захистити свої права, посилаючись на те, що така справа не може бути розглянута судом даної юрисдикції, не зазначаючи у своїх ухвалах (постановах) вмотивованих причин відмови у прийнятті позову, оскільки не володіють закріпленим на законодавчому рівні інструментарієм визначення або розмежування судових юрисдикцій.

Зазначене, на жаль, не відповідає загальним засадам судочинства, порушує принцип верховенства права та суперечить висновкам Конституційного Суду України, викладеним у рішенні від 9 вересня 2010 р. № 19–рп/2010, про те, що системний аналіз норм Конституції та законів України дає підстави стверджувати, що розмежування юрисдикційних повноважень між загальними і спеціалізованими судами підпорядковано гарантіям права кожної людини на ефективний судовий захист⁵.

Проблемні питання розмежування судових юрисдикцій досліджували такі науковці та фахівці права, як В.І. Авсеєнко, В.М. Бевзенко, В.Ф. Бойко, І.Л. Бородін, С.В. Глущенко, К.В. Гусаров, Т.І. Дузінкевич, П. Ф. Єлисейкін, О.В. Іванов, С.В. Ківалов, М.І. Козюбра, С.О. Коросед, О.В. Лемак, М.В. Максютін, О. Пасенюк, Н.Н.Полянський, В.В. Сердюк, В.Є. Скомороха, М.І. Смокович, М. І. Черленяк, Д.М. Шадура, З.І. Шевчук, С.П. Штелик та ін.

Найбільша кількість досліджень присвячена розмежуванню судової юрисдикції при розгляді земельних, корпоративних, податкових, інвестиційних спорів, спорів стосовно інтелектуальної власності, а також спорів, що витікають з кредитних відносин та щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів та посадових осіб місцевого самоврядування.

В галузі трудового права в наукових працях Н. Б. Болотіної, В. С. Венедиктова, С.В. Венедиктова, Г.С. Гончарової, В.В. Жернакова, І.В. Зуба, М. І. Іншина, І. П. Лаврінчука, В.В. Лазора, Л.І. Лазор, П. Д. Пилипенка, С. М. Прилипка, В. І. Прокопенка, О.І. Процевського, В.Г. Ротаня, П. М. Рабіновича, Н. М. Хуторян, Г. І. Чанишевої, В.І. Щербини, О. М. Ярошенка та в дисертаційних дослідженнях І. В. Дашутіна, В.О. Кабанця, І.В. Лагутіної, В.Ю. Поплавського, І.Ф. Шелеп, О.В. Яснолобова також розкривалися деякі аспекти судового захисту трудових прав з урахуванням судової юрисдикції.

Оскільки до часу набрання чинності (01.09.2005 року) Кодексом адміністративного судочинства України та до моменту доповнення (згідно Закону України № 5518-VI від 06.12.2012 року) ч. 1 статті 12 ГПК України пунктом 7 всі трудові спори вирішувалися в порядку цивільного судочинства, як-то передбачено частиною 1 статті 15 ЦПК України, то не було крайньої необхідності досліджувати питання, пов'язані з визначенням та розмежуванням судових юрисдикцій при захисті трудових прав, а тому комплексні дослідження в цій сфері не проводилися.

Натепер за умов дії п. 2 ч. 2 ст. 17 КАС України, п. 7 ч. 1 ст. 12 ГПК України, ч. 1 ст. 15 ЦПК України суб'єктний склад сторін спору та характер спірних відносин вже не являються основними критеріями розмежування судових юрисдикцій, а тому в даній статті автор має на меті висвітлити основні аспекти у визначенні критеріїв розмежування судових юрисдикцій.

В нашій державі за всі роки незалежності правосуддя відбувалося виключно судами і здійснювалося у відповідності до Конституції України шляхом конституційного, адміністративного, цивільного, господарського, кримінального судочинства на основі процесуальних норм, а термін «юрисдикція» закріплено на конституційному рівні – для визначення повноважень і предмета діяльності Конституційного Суду України та судів загальної юрисдикції. Зазвичай виділяють такі види судової юрисдикції, як конституційна та загальна, а в межах загальної судової юрисдикції є поділ на цивільну, кримінальну, адміністративну, господарську.

Згідно Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 02.06.2016 р. стаття 124 Конституції України має нову редакцію, зокрема, нею визначено, що правосуддя в Україні здійснюють виключно суди... Юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення. У передбачених законом випадках суди розглядають також інші справи. Стаття 125 Конституції України також викладена в новій редакції: «Судоустрій в Україні будується за принципами територіальності та спеціалізації і визначається законом. Суд утворюється, реорганізовується і ліквідується законом, проект якого вносить до Верховної Ради України Президент України після консультацій з Вищою радою правосуддя. Верховний Суд є найвищим

судом у системі судоустрою України. Відповідно до закону можуть діяти вищі спеціалізовані суди. З метою захисту прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин діють адміністративні суди. Створення надзвичайних та особливих судів не допускається»⁶.

Слід також звернути увагу, що зміст частини 1 статті 8 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» № 1402-VIII від 02.06.2016 року: «Ніхто не може бути позбавлений права на розгляд його справи в суді, до юрисдикції якого вона віднесена процесуальним законом»⁷ якісно відрізняється від змісту цієї правової норми за Законом України «Про судоустрій і статус суддів» № 2453-VI від 07.07.2010 року, якою передбачалося: «Ніхто не може бути позбавлений права на розгляд його справи в суді, до підсудності якого вона віднесена процесуальним законом», оскільки закріплює саме поняття «юрисдикція», не допускаючи плутанини з поняттями підсудність або підвідомчість.

Аналіз судової практики свідчить про те, що питання віднесення трудових спорів до тієї чи іншої судової юрисдикції, тобто, фактично питання розмежування судових юрисдикцій, викликає певні труднощі не тільки у сторін позовного провадження і адвокатів, а нерідко є спірним і у суддів. При вирішенні питань, пов'язаних з визначенням та розмежуванням судових юрисдикцій, юристи-практики, судді користуються роз'ясненнями вищих судових органів, Рішеннями Конституційного Суду України, роз'ясненнями, викладеними у постановках Пленумів судів вищої ланки, роз'ясненнями, що містяться у листах та рекомендаціях.

Звертаємо увагу на те, що система судоустрою в Україні визначена статтею 17 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» № 1402-VIII від 02.06.2016р.: «Судоустрій будується за принципами територіальності, спеціалізації та інстанційності. Найвищим судом у системі судоустрою є Верховний Суд. Систему судоустрою складають: 1) місцеві суди; 2) апеляційні суди; 3) Верховний Суд»⁸.

Зі змісту частин 4 - 6 Розділу XII «Прикінцевих та перехідних положень» Закону України № 1402-VIII вбачається, що протягом шести місяців з дня набрання чинності цим Законом (тобто, після 30 березня 2017 року) має запрацювати Верховний Суд України у

складі, визначеному цим Законом та в якості суду касаційної інстанції.

За таких умов фактично недоцільно застосовувати роз'яснення щодо розмежування судових юрисдикцій, які надавалися раніше Вищими спеціалізованими судами, а тому на даному етапі судової реформи є слушний момент (до того часу як будуть прийняті нові процесуальні кодифіковані акти) для внесення змін та доповнень до відповідних процесуальних кодексів – щодо закріплення на законодавчому рівні критеріїв або принципів розмежування судових юрисдикцій при розгляді трудових спорів.

В межах даного дослідження розглянемо аспекти розмежування судових юрисдикцій (цивільної, адміністративної, господарської) при захисті трудових прав, взявши за основу такі критерії: суб'єктний склад спірних правовідносин; характер (зміст) спірних правовідносин; предмет спору.

Питання щодо наявності спору (спірних правовідносин) недоцільно досліджувати, оскільки за захистом трудових прав працівник звертається лише в разі наявності спору між ним та роботодавцем.

Досліджуючи питання розмежування судових юрисдикцій виходимо з того, що сучасне суспільне життя не можливо уявити поза різноманітними правовідносинами в різних сферах діяльності людини: суспільній, політичній, економічній, культурній тощо. З цього приводу вельми слушним є твердження, що правовідносини виникають і функціонують тільки на основі норм права. Правовідносини – це норма права в дії. Кінцеві цілі їх у принципі збігаються, вони покликані врегулювати ті чи інші суспільні відносини, координувати взаємну поведінку відповідних фізичних і юридичних осіб⁹.

Вочевидь, в разі порушення норми права виникає і порушення права або інтересу учасника (учасників) цих правовідносин. В силу того, що норма права встановлюється державою, то в разі порушення приписів цієї норми, особа (фізична або юридична) має право на державний захист порушених прав (інтересів), в тому числі, і на судовий захист. Таким чином, судовий захист прав (інтересів) в першу чергу є захистом учасників певних правовідносин – як-то вбачається зі змісту статті 15 ЦПК України, статті 17 КАС України, статті 12 ГПК України.

У сфері трудового права правовідносини – це відносини між суб'єктами трудового права, що врегульовані нормами трудового права та полягають у взаємозв'язку суб'єктивних трудових прав та юридичних обов'язків, передбачених нормами права... Центральне місце в системі правовідносин у сфері трудового права належить трудовим правовідносинам¹⁰.

Оскільки в даному дослідженні мова йде про захист трудових прав, то слід приділити увагу структурі трудових правовідносин, зокрема, структурі індивідуальних трудових відносин, які є основними в системі трудового права, а з приводу їх порушення і виникають трудові спори. Індивідуальні трудові відносини – це правовідносини, що виникають на підставі укладення трудового договору між працівником і роботодавцем, за яким працівник зобов'язаний виконувати роботу, визначену договором, дотримуватися правил внутрішнього трудового розпорядку, а роботодавець у свою чергу зобов'язаний виплачувати працівникові заробітну плату і забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи й передбачені законодавством про працю, колективним договором і угодою сторін¹¹.

Правовідносинам властива певна структура. Зокрема, О.Ф. Скакун зазначає, що до структури правових відносин входять суб'єкти, об'єкт та зміст правовідносин¹². Більш розширеним є трактування стосовно того, що до складу правовідносин входять такі елементи: 1) суб'єкти; 2) об'єкт; 3) суб'єктивне право; 4) юридичний обов'язок¹³.

Щодо структури трудових правовідносин, то слід зазначити, що трудові правовідносини є складними, змістом їх є не окремі права та обов'язки суб'єктів, а цілий комплекс (система прав та обов'язків), причому кожен із суб'єктів трудових правовідносин наділений одночасно як правами, так і певними обов'язками. Ці права та обов'язки є кореспондуючими відносно одне одного певному праву працівника відповідає відповідний обов'язок роботодавця, і навпаки¹⁴.

У даному випадку вважаємо найбільш придатним визначення структури трудових правовідносин, надане В.І. Щербиною. Посилаючись на те, що у правовій науці зазвичай вважають, що структуру правовідносин утворюють суб'єкти цих правовідносин, їх зміст

з розподілом на матеріальний зміст (поведінка суб'єктів) і юридичний зміст (суб'єктивні права та юридичні обов'язки) і об'єкти правовідносин, він вказує, що суб'єктів трудових правовідносин визначає ч. 1 ст. 21 КЗпП України – це працівник і власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган чи фізична особа, яка наймає працівника на роботу. Також вчений підкреслює, що для характеристики об'єкта трудових правовідносин концепція «об'єкт – матеріальне чи нематеріальне благо, яке здатне задовольнити інтерес уповноваженого», цілком прийнятна... Об'єктом трудових правовідносин виступає діяльність людини, яка виявляється у продуктивній і творчій праці, що трансформується у блага матеріального (грошова винагорода) і нематеріального (отримання соціального статусу). Визначаючи зміст трудових відносин, В.І. Щербина вказує, що зміст трудових правовідносин – це своєрідний синтез фактичного, тобто, здатність суб'єктів до вольових актів, до діяльності, та юридичного, тобто, норм права. Юридичним змістом у правовій науці визнають суб'єктивні права і юридичні обов'язки суб'єктів. Юридичний зміст трудових правовідносин – це можливість певних дій уповноваженої особи і необхідність певних дій зобов'язаної особи¹⁵.

Крім того, необхідно враховувати, що юридичний зміст трудових правовідносин утворюють суб'єктивні трудові права і обов'язки їх суб'єктів. Саме у правовідносинах права людини у сфері праці набувають статусу суб'єктивних прав і виражають забезпечену державою єдність трьох можливостей: право на свої дії, право вимагати певних дій від зобов'язаних осіб, право звернутися за захистом до держави у випадку невиконання або неналежного виконання зобов'язань¹⁶.

Таким чином, при розмежуванні цивільної, адміністративної та господарської юрисдикцій в разі захисту трудових прав в порядку позовного провадження слід враховувати такі аспекти (критерії) розмежування: суб'єктний склад правовідносин; об'єкт правовідносин (або предмет спору, оскільки в даному випадку маються на увазі спірні правовідносини), зміст (характер) правовідносин.

Розглянемо лише питання визначення суб'єктного складу спірних правовідносин при розгляді трудових спорів, яке має певну особливість, оскільки суб'єкти спірних трудових правовідносин

прямо встановлені пунктом 2 частини 2 статті 17 КАС України та пунктом 7 частини 1 статті 12 ГПК України.

Так, у пункті 2 частини 2 статті 17 КАС України вказано, що юрисдикція адміністративних судів поширюється на публічно-правові спори, зокрема, спори з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби. Визначення ж публічної служби надано у пункті 13 частини 1 статті 3 КАС України.

Пунктом 7 частини 1 статті 12 ГПК України передбачено, що господарським судам підвідомчі справи у спорах з майновими вимогами до боржника, стосовно якого порушено справу про банкрутство, у тому числі справи у спорах про визнання недійсними будь-яких правочинів (договорів), укладених боржником; стягнення заробітної плати; поновлення на роботі посадових та службових осіб боржника...

З цієї норми процесуального права вбачається, що позивачами можуть бути лише працівники підприємства боржника, стосовно якого порушено справу про банкрутство.

Стосовно відповідачів, то для визначення суб'єкта в трудових спорах, які підлягають розгляду в межах адміністративної юрисдикції важливо враховувати, що за пунктом 9 статті 3 КАС України відповідачем вказано суб'єкта владних повноважень, а у випадках, передбачених законом, й інших осіб, до яких звернена вимога позивача, а в пункті 7 цієї ж статті зазначено, що суб'єкт владних повноважень – орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їхня посадова чи службова особа, інший суб'єкт при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень.

Цікавим з наукової та практичної точки зору було, наприклад, те, що тривалий час мала місце судова практика, коли справи за позовами керівників комунальних підприємств щодо їх незаконного звільнення, переведення тощо розглядалися в порядку КАС України. При визначенні судової юрисдикції суди виходили зі змісту пункту 10 частини 4 статті 42 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» за яким сільський, селищний, міський голова призначає на посади та звільняє з посад керівників відділів, управлінь та інших виконавчих органів ради, підприємств, установ та організацій, що

належать до комунальної власності відповідних територіальних громад, вважаючи, що сільський, селищний або міський голова в цих питаннях реалізує надані йому Законом владні управлінські функції¹⁷.

Згодом питання щодо визначення судової юрисдикції при розгляді вищевказаних трудових спорів було обговорено на засіданні Пленуму Вищого адміністративного суду України та Постановою Пленуму Вищого адміністративного суду № 6 від 22.05.2015 року було доповнено зміст Постанови Пленуму Вищого № 8 від 20.05.2013 року «Про окремі питання юрисдикції адміністративних судів» пунктом 34. Цим пунктом було роз'яснено, що комунальні підприємства, установи чи організації не є суб'єктом владних повноважень у розумінні положень КАС України, а діяльність директора комунального підприємства, установи чи організації не належить до публічної служби, визначеної цим Кодексом. Відносини з приводу призначення чи звільнення директора комунального підприємства, установи чи організації є трудовими. Видання відповідного акта органом місцевого самоврядування не змінює правової природи цих відносин. Суди повинні враховувати, що спори, які виникають з приводу призначення чи звільнення директора комунального підприємства, установи чи організації, не належать до юрисдикції адміністративних судів»¹⁸.

Такі роз'яснення в певній мірі забезпечували правильне розмежування судових юрисдикцій при розгляді трудових спорів даної категорії, але за умов, коли у системі судоустрою України відсутній Вищий адміністративний суд України, відповідні Постанови Пленуму недоцільно застосовувати при здійсненні судочинства, слід внести відповідні зміни до КАС України – щодо визначення адміністративної юрисдикції в разі захисту трудових прав керівників комунальних підприємства, установ чи організацій – з огляду на чималу кількість таких справ по всій Україні.

Зокрема, пропонується викласти пункт 2 частини 2 статті 17 КАС України в такій редакції: «2) спори з приводу прийняття громадян на публічну службу, її проходження, звільнення з публічної служби (за винятком спорів, позивачами в яких є керівники комунальних підприємства, установ чи організацій)».

Також слід враховувати, що згідно пункту 1 частини 1 статті 15 ЦПК України суди розглядають у порядку цивільного судочинства справи щодо захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин, та в цій правовій нормі взагалі відсутнє посилання на суб'єктний склад. З метою забезпечення ефективного судового захисту трудових прав можливо внести пропозицію стосовно того, що за цим критерієм відмежування справ цивільної юрисдикції має проводитися за правилом «виключення»: якщо вказаний в позовній заяві суб'єктний склад не зазначається у відповідних нормах КАС України та ГПК України, то за суб'єктом справа може розглядатися судами цивільної юрисдикції не зважаючи на інші критерії – об'єкт (предмет) та зміст (характер) правовідносин, що відповідатиме загальноновизнаним засадам доступності до суду.

1. *Цивільний* процесуальний кодекс України : № 1618-IV від 18 березня 2004 року // ВВР України. 2004. № 40-41, № 42. Ст. 492. Із змін. **2.** *Кодекс* адміністративного судочинства України: № 2747-IV від 06 липня 2005 року // ВВР України. 2005. № 35-36, № 37. Ст. 446. Із змін. **3.** *Господарський* процесуальний кодекс України: № 1798-XII від 06 листопада 1991 року // ВВР України. 1992. № 6. Ст. 56. Із змін. **4.** *Конвенція* про захист прав людини і основоположних свобод: Міжнародний документ від 04 листопада 1950 року. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_004. **5.** *Рішення* Конституційного Суду України від 9 вересня 2010 р. № 19–рп/2010 у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвідомчості справ, пов'язаних із соціальними виплатами». URL: <http://zakon1.rada.gov.ua>. **6.** *Про внесення* змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України № 1401-VIII від 02.06.2016 р. // Голос України. 2016. № 118. **7.** *Про судоустрій* та статус суддів: Закон України від 02.06.2016 р. // Голос України. 2016. № 132-133. **8.** Там само. **9.** *Теорія* держави і права. Академічний курс: підручник / за ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. Київ: Юрінко Інтер, 2006. С. 437. **10.** *Прилипка С.М., Ярошенко О.М.* Трудове право України: підручник. Харків: Видавництво «ФІНН», 2009. С. 171-172. **11.** *Трудове* право України: навчальний посібник / за ред. П.Д. Пилипенка. Київ: Істина, 2007. С. 15. **12.** *Скакун О. Ф.* Теорія держави і права: підручник / пер. з рос. Харків: Консум, 2001. С. 348. **13.** *Теорія* держави і права. Академічний курс: підручник / за ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. С. 436. **14.** *Болотіна Н.Б.* Трудове право України: підручник. (Вища освіта ХХІ століття). Київ: Вікар, 2006. С. 129. **15.** *Щербина В.І.* Трудове право України: підручник / за ред. В.С. Венедіктова. Київ: Істина, 2008. С. 92-93.

16. *Болотіна Н.Б.* Цит. праця. С. 129. 17. *Про місцеве самоврядування в Україні*: Закон України № 280/97-ВР від 21.05.1997 р. // ВВР України. 1997. № 24. Ст. 170. Із змін. 18. *Про окремі питання юрисдикції адміністративних судів*: Постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України від 20 травня 2013 р. № 8. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v0008760-13>

Boieva Olena. Some aspects of differentiation court jurisdiction in the protection of labor rights

Labor law is a complex branch of law and civil, economic, administrative and legal methods of regulating public relations are inherent in it, and therefore judicial protection of labor rights and interests, which is the most effective method in the system of labor rights protection, is carried according to the rules of civil, economic and administrative proceedings. Judicial practice shows that there are urgent problems on the definition and distinction of court jurisdiction in the labor disputes resolution. Thus, currently, there are no uniform criteria for distinction of court jurisdiction, which generates different judicial practices. In addition to this, incorrect definition of the court jurisdiction in virtue of provisions of the Paragraph 1 Part 1 Article 205, Articles 310, 340 of the Civil Procedural Code, Paragraph 1 Part 1 Article 157, Articles 203, 228 of Administrative Court Procedural Code, Paragraph 1 Part 1 Article 80 and Articles 104, 111-10 of the Economic Procedural Code leads to the judicial decisions abolition. Plaintiff has to appeal again to the other court, which is the violation of the right guaranteed by the Article 6 of Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of everybody to due and public conduct of the proceeding within the reasonable period by the independent and unbiased court established by the law.

There are also certain obstacles in the sphere of labor rights protection, in the presence of several court jurisdictions, because there are cases when the courts of different jurisdictions refuse to accept the claim of the employee who is attempting to protect his rights by filing a lawsuit. Herewith the court refers to the fact that this case cannot be considered by the court of this jurisdiction, without indication in their decisions (resolutions) of motivated reasons for the refusal to accept the claim because they do not have legislatively fixed tools of court jurisdiction definition or distinction at their disposal.

Abovementioned, unfortunately, does not meet the general principles of justice and violates the law supremacy principle.

It is noted that at this stage of judicial reform there is an opportunity (up to the time when a new procedural codified acts will be adopted) to make amendments and additions to the relevant Procedural codes - on the court jurisdictions distinction criteria or principles fixing at the legislative level during the labor disputes consideration.

Key words: court jurisdiction, labor rights, distinction, court, specialization.

ЗЕМЕЛЬНЕ, АГРАРНЕ ТА ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

УДК 349.41

Т. О. КОВАЛЕНКО

ПРАВОВІ АСПЕКТИ СПАДКУВАННЯ ЗЕМЕЛЬНОЇ ДІЛЯНКИ ЗА ВІДСУТНОСТІ КАДАСТРОВОГО НОМЕРА

Досліджено приписи земельного та цивільного законодавства України, які визначають особливості успадкування земельних ділянок, право власності на які було набуто до 2013 року та які не мають кадастрових номерів. Виявлено юридичні дефекти, які ускладнюють отримання свідоцтва про право на спадщину на зазначені земельні ділянки, та обґрунтовано пропозиції щодо їх подолання і усунення.

Ключові слова: земельна ділянка, кадастровий номер, державна реєстрація земельної ділянки, спадкування земельної ділянки.

Коваленко Т. А. Правовые аспекты наследования земельного участка при отсутствии кадастрового номера

Исследованы предписания земельного и гражданского законодательства Украины, которые определяют особенности наследования земельных участков, право собственности на которые было приобретено до 2013 года и которые не имеют кадастровых номеров. Вывявлено юридические дефекты, которые затрудняют получение свидетельства о праве на наследство на ука-

занные земельные участки, и обоснованы предложения по их преодолению и устранению.

Ключевые слова: земельный участок, кадастровый номер, государственная регистрация земельного участка, наследование земельного участка.

Kovalenko Tetyana. Legal Aspects of Land Plot Inheritance in the Absence of Cadastral Number

The paper analyses the provisions of land and civil legislation of Ukraine, which defines the features of inheritance of land plots, ownership of which was acquired before 2013 and which do not have cadastral numbers. Legal defects, that make it difficult to obtain a certificate of inheritance for these plots, were identified and proposals for overcoming or eliminating them were substantiated.

Key words: land plot, cadastral number, state registration of land plot, inheritance of land plot.

Однією із підстав набуття права власності на земельну ділянку є її успадкування. У ст. 1225 Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р. передбачено, що право власності на земельну ділянку переходить до спадкоємців на загальних підставах, із збереженням її цільового призначення. Разом з тим, земельне законодавство містить приписи, які визначають специфіку успадкування земельних ділянок. Так, у ст. 79-1 Земельного кодексу України від 25 жовтня 2001 р. встановлено, що земельна ділянка як об'єкт цивільних прав має бути сформованою. Земельна ділянка вважається сформованою з моменту присвоєння їй кадастрового номера. Проте такі приписи з'явились у Земельному кодексі України лише у 2011 році у зв'язку із прийняттям Закону України «Про Державний земельний кадастр». У практиці регулювання земельних відносин виникають питання щодо порядку успадкування земельних ділянок, яким не присвоєно кадастровий номер, тобто які вважаються «не сформованими» згідно із приписами чинного Земельного кодексу України.

У юридичній науці України до проблем спадкування земельних ділянок та прав на них звертались як представники науки земельного права (А. Барабаш¹, І. І. Каракаш², В. М. Литвинець³, В. Палюк⁴, К. П. Пейчев⁵ та ін.), так і права цивільного (Е. К. Волков⁶, С. В. Губарєв⁷, О. Л. Зайцев⁸, Л. В. Лещенко⁹, О. П. Печений¹⁰, О. С. Уразовська¹¹ та ін.). Разом з тим, проблеми спадкування земельних ділянок за відсутності кадастрового номера не були об'єк-

том самостійного наукового дослідження, що зумовлює актуальність даної статті. Крім того, останні зміни земельного законодавства також спонукають звернутись до проблем успадкування земельних ділянок, які не мають кадастрового номера.

Відповідно до ст. 1297 Цивільного кодексу України спадкоємець, який прийняв спадщину, у складі якої є нерухоме майно, зобов'язаний звернутися до нотаріуса або в сільських населених пунктах – до уповноваженої на це посадової особи відповідного органу місцевого самоврядування за видачею йому свідоцтва про право на спадщину на нерухоме майно. Відповідно до п. 4.14, п. 4.18 та п. 4.20 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженому наказом Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 р. № 296/5, видача свідоцтва про право на спадщину на майно, право власності на яке підлягає державній реєстрації, проводиться нотаріусом після подання документів, що посвідчують право власності спадкодавця на таке майно та перевірки відсутності заборони або арешту цього майна. Якщо до складу спадкового майна входить нерухоме майно, нотаріус отримує інформацію з Державного реєстру речових прав на нерухоме майно шляхом безпосереднього доступу до нього. Видача свідоцтва про право на спадщину на земельну ділянку нотаріусом проводиться також за умови отримання витягу з Державного земельного кадастру, у тому числі шляхом безпосереднього доступу до нього. Чинним законодавством встановлена форма витягу з Державного земельного кадастру (додаток № 47 до Порядку ведення Державного земельного кадастру, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2012 р. № 1051), у якому повинен бути зазначений кадастровий номер земельної ділянки. Базуючись на вказаних приписах, нотаріуси відмовляють у видачі свідоцтва про право на спадщину на земельні ділянки, які: а) були набуті у власність спадкодавцем до 2013 року, б) права на які посвідчені Державними актами на право власності на землю, в) не зареєстровані у Державному земельному кадастрі та г) не мають кадастрового номера.

В юридичній науці зверталася увага на безпідставність рішень нотаріусів про відмову у видачі свідоцтва про право на спадщину на земельну ділянку, яка не має кадастрового номера, оскільки такий номер має здебільшого облікове, а не правовстановлююче значення

щодо земельної ділянки¹². Дійсно, відповідно до ст. 1 Закону України «Про Державний земельний кадастр» від 7 липня 2011 р. кадастровий номер земельної ділянки – це індивідуальна, що не повторюється на всій території України, послідовність цифр та знаків, яка присвоюється земельній ділянці під час її державної реєстрації і зберігається за нею протягом усього часу існування. Кадастровий номер земельної ділянки є її ідентифікатором у Державному земельному кадастрі та присвоюється під час державної реєстрації земельної ділянки у зазначеному Кадастрі.

Відповідно до п. 2 Розділу VII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про Державний земельний кадастр» земельні ділянки, право власності (користування) на які виникло до 2004 року, вважаються сформованими незалежно від присвоєння їм кадастрового номера. У разі, якщо відомості про зазначені земельні ділянки не внесені до Державного реєстру земель, їх державна реєстрація здійснюється на підставі технічної документації із землеустрою щодо встановлення (відновлення) меж земельної ділянки в натурі (на місцевості) за заявою їх власників (користувачів земельної ділянки державної чи комунальної власності). У 2016 році право подати заяву про державну реєстрацію земельної ділянки було надано також особам, які подали заяву про визнання спадщини відумерлою, якщо така справа прийнята до провадження судом¹³. При цьому серед цього переліку відсутні спадкоємці земельної ділянки за законом або за заповітом, що не може бути пояснено будь-якою доцільністю. Закритий перелік осіб, які можуть звернутися із заявою про державну реєстрацію земельної ділянки, істотно ускладнює процедуру оформлення права власності на земельну ділянку у випадку її успадкування.

У 2012 році Державне агентство земельних ресурсів України видало Лист від 17.04.2012 № 5789/17/12-12, відповідно до якого замовником послуги з державної реєстрації земельної ділянки може бути особа, яка визначена у запиті нотаріуса як спадкоємець, на підставі заведеної ним спадкової справи. Аналіз вказаного Листа показує, що він був виданий на основі законодавства, яке нині втратило чинність. Крім того, він має виключно рекомендаційне значення.

Для усунення зазначеного вище юридичного дефекту, що ускладнює процедуру успадкування земельних ділянок без кадастро-

вого номера, закріпленій у п. 2 Розділу VII Закону України «Про Державний земельний кадастр» перелік осіб, які мають право подавати заяви про державну реєстрацію земельної ділянки на підставі технічної документації із землеустрою щодо встановлення (відновлення) її меж в натурі (на місцевості), має бути доповнений спадкоємцями земельних ділянок, право власності на які посвідчено відповідно до вимог законодавства, чинного на момент набуття зазначеного права.

У п. 3 Розділу VII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про Державний земельний кадастр» зазначено, що у разі якщо на земельній ділянці, право власності (користування) на яку не зареєстровано, розташований житловий будинок, право власності на який зареєстровано, кадастровий номер на таку земельну ділянку присвоюється за заявою власників такого будинку на підставі технічної документації із землеустрою щодо встановлення (відновлення) меж земельної ділянки в натурі (на місцевості). Забороняється вимагати для присвоєння земельній ділянці кадастрового номера інші документи. Такий кадастровий номер є чинним з моменту його присвоєння. Аналіз зазначених приписів показує, що серед переліку заявників відсутні спадкоємці земельної ділянки, які прийняли спадщину. У спеціальній літературі пропонується вказану норму тлумачити розширювально, маючи на увазі не тільки власників, а й спадкоємців, які прийняли спадщину¹⁴. Подібні роз'яснення у 2014 році надав головний спеціаліст Департаменту землеустрою, використання та охорони земель Держземагенства України¹⁵.

У 2010 році Міністерство юстиції України видало Лист (№31-32/69 від 25.03.2010), відповідно до якого, базуючись на положення ст. 377 Цивільного кодексу України, якими передбачено, що розмір та кадастровий номер земельної ділянки, право на яку переходить у зв'язку з переходом права власності на житловий будинок, будівлю або споруду, є істотними умовами договору, який передбачає набуття права власності на ці об'єкти (крім багатоквартирних будинків), відсутність кадастрового номера земельної ділянки не може бути підставою відмови у видачі нотаріусами свідоцтв про право на спадщину на вищевказані об'єкти нерухомого майна та у посвідченні заповітів. Проте зазначений Лист був виданий до набуття чин-

ності Законом України «Про Державний земельний кадастр» та має виключно рекомендаційне значення.

Конституційний Суд України у Справі про постійне користування земельними ділянками зазначив, що із конституційних принципів рівності і справедливості випливає вимога визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі¹⁶. Відповідно до ст. 5 Земельного кодексу України одним із принципів земельного законодавства є забезпечення гарантій прав на землю.

Досліджені вище приписи земельного та цивільного законодавства щодо успадкування земельної ділянки за відсутності її кадастрового номера порушують вимоги правової визначеності та принцип гарантованості прав на землю, неоднозначно застосовуються на практиці, ускладнюють оформлення права власності на землю. Так, з однієї сторони, Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України умовою видачі свідоцтва про право на спадщину на земельну ділянку нотаріусом однозначно називає отримання витягу з Державного земельного кадастру. Буквальне тлумачення норм п. 2 та п. 3 Розділу VII Закону України «Про Державний земельний кадастр» дає підстави для висновку, що вони фактично «блокують» отримання свідоцтва про право на спадщину на земельну ділянку без кадастрового номера, право власності на яку виникло до 2004 року, оскільки безпідставно позбавляють спадкоємців права на реєстрацію таких земельних ділянок на підставі технічної документації із землеустрою щодо встановлення (відновлення) меж земельної ділянки в натурі (на місцевості). Зазначене істотно ускладнює порядок спадкування земельних ділянок, оскільки спадкоємці змушені звертатись до суду із позовом про визнання права власності на земельну ділянку у порядку спадкування.

З другої сторони, Закон України «Про Державний земельний кадастр» земельні ділянки, права на які виникли до 2004 року, вважає сформованими незалежно від присвоєння їм кадастрового номера. У своїх листах Міністерство юстиції України обґрунтовує, що відсутність кадастрового номера земельної ділянки не може бути підставою відмови у видачі нотаріусами свідоцтв про право на

спадщину на житловий будинок, будівлю, споруду. Колишнє Державне агентство України по земельних ресурсах відстоювало позицію, що замовником послуги з державної реєстрації земельної ділянки може бути особа, яка визначена у запиті нотаріуса як спадкоємець, на підставі заведеної ним спадкової справи.

Для мінімізації зазначеного юридичного дефекту при застосуванні приписів земельного та цивільного законодавства щодо спадкування земельних ділянок доцільно виходити із розширювального тлумачення норм п. 2 та п. 3 Розділу VII Закону України «Про Державний земельний кадастр», поширюючи на спадкоємців, які прийняли спадщину, право звернутися із заявою про реєстрацію земельних ділянок, права на які було набуто до 2004 року, на підставі технічної документації із землеустрою щодо встановлення (відновлення) меж земельної ділянки в натурі (на місцевості). Оскільки кадастровий номер присвоюється не на фізичну особу, а на земельну ділянку, спадкоємець не набуває при цьому жодних додаткових прав. Тому у територіальних органів Державної служби України з питань геодезії, картографії та кадастру відсутні підстави для відмови у реєстрації ділянок. Крім цього, у ч. 3 ст. 24 Закону України «Про Державний земельний кадастр» передбачено, що державна реєстрація земельних ділянок здійснюється за заявою власника земельної ділянки або уповноваженої особи. Такою особою може бути спадкоємець земельної ділянки, який прийняв спадщину.

З метою здійснення зазначеного вище права і отримання кадастрового номера земельної ділянки спадкоємець замовляє землевпорядній організації виготовлення технічної документації з встановлення (відновлення) меж земельної ділянки в натурі (на місцевості). Землевпорядна організація має виконати геодезичні роботи і розробити технічну документацію із землеустрою щодо встановлення (відновлення) меж земельної ділянки у строки, встановлені договором. Відповідно до ст. 55 Закону України «Про землеустрій» від 22 травня 2003 р. межі земельної ділянки, при потребі, мають бути закріплені межовими знаками встановленого зразка. У разі, якщо межі земельних ділянок в натурі (на місцевості) збігаються з природними та штучними лінійними спорудами і рубежами (річками, струмками, каналами, лісосмугами, шляхами, шляховими спорудами, парканами, огорожами, фасадами будівель та іншими

лінійними спорудами і рубежами тощо), межові знаки можуть не встановлюватися. Технічна документація має бути складена у паперовій формі та у формі електронного документу.

Виготовлення технічної документації із землеустрою щодо встановлення (відновлення) меж земельної ділянки дає можливість ініціювати державну реєстрацію земельної ділянки, яка здійснюється при її формуванні шляхом відкриття Поземельної книги на таку ділянку. Державна реєстрація земельних ділянок здійснюється за місцем їх розташування відповідним Державним кадастровим реєстратором Державної служби України з питань геодезії, картографії та кадастру. Для державної реєстрації земельної ділянки Державному кадастровому реєстратору, який здійснює таку реєстрацію, подаються: а) заява за встановленою формою; б) оригінал документації із землеустрою, яка є підставою для формування земельної ділянки; в) документація із землеустрою, яка є підставою для формування земельної ділянки у формі електронного документа. Заява з доданими документами надається заявником особисто чи уповноваженою ним особою або надсилається поштою цінним листом з описом вкладення та повідомленням про вручення. На підтвердження державної реєстрації земельної ділянки заявнику безоплатно видається витяг з Державного земельного кадастру про земельну ділянку, який містить всі відомості про земельну ділянку, внесені до Поземельної книги. При здійсненні державної реєстрації земельної ділянки їй присвоюється кадастровий номер.

В юридичній літературі пропонується технічну документацію з встановлення (відновлення) меж земельної ділянки в натурі (на місцевості) розробляти на ім'я спадкодавця, а витяг з Державного земельного кадастру видавати на ім'я спадкоємця, що зазначений у запиті нотаріуса¹⁷.

Після спливу шестимісячного строку з дня смерті спадкодавця, необхідно звернутись до нотаріуса, якому було подано заяву про прийняття спадщини. Нотаріус зобов'язаний зареєструвати право власності на земельну ділянку спадкоємця у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно.

Отже, приписи земельного та цивільного законодавства, які регулюють питання успадкування земельної ділянки за відсутності кадастрового номера, мають істотні юридичні дефекти, ускладнюють

набуття права власності на землю та порушують принцип гарантованості земельних прав. Для подолання таких юридичних дефектів на практиці бажано застосовувати розширювальне тлумачення норм п. 2 та п. 3 Розділу VII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про Державний земельний кадастр» Закону України «Про Державний земельний кадастр» щодо можливості здійснення державної реєстрації земельної ділянки на підставі технічної документації із землеустрою щодо встановлення (відновлення) меж земельної ділянки в натурі (на місцевості), поширивши їх на спадкоємців земельної ділянки, які прийняли спадщину. Усунення юридичних дефектів правового регулювання спадкування земельних ділянок можливо одним із двох шляхів: 1) доповнити Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України спеціальною нормою, що витяг з Державного земельного кадастру не надається у випадку успадкування земельної ділянки, право власності на яку виникло до 2004 року або 2) закріплений у п. 2 та п. 3 Розділу VII Закону України «Про Державний земельний кадастр» перелік осіб, які мають право подавати заяви про державну реєстрацію земельної ділянки на підставі технічної документації із землеустрою щодо встановлення (відновлення) її меж в натурі (на місцевості), доповнити спадкоємцями земельних ділянок, право власності на які виникло до 2004 року.

1. *Барабаш А.* Правові наслідки спадкування земельних ділянок сільськогосподарського призначення іноземними фізичними й юридичними особами // Підприємництво, господарство і право. 2008. № 12. С. 48-516 2. *Каракаш І. І.* Підстави й умови набуття прав на землю громадянами та юридичними особами // Земельне право України. 2006. № 2. С. 18-306 3. *Литвинець В.* Визнання спадщини відумерлою на землі сільськогосподарського призначення // Землевпорядний вісник. 2012. № 3. С. 34–376 4. *Паліюк В.* Врахування справедливості, добросовісності та розумності при вирішенні судами спорів з успадкування земельної частки (паю) // Підприємництво, господарство і право. 2003. № 3. С. 48-526 5. *Пейчев К. П.* Правове регулювання відчуження земельних ділянок: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2005. 18 с. 6. *Волков Е. К.* Земельна ділянка як об'єкт спадкових відносин // Науковий вісник Херсонського державного університету. 2014. Вип. 5. Т. 1. С. 150-154. 7. *Губарев С. В.* Право власності при спадкуванні земель // Право і суспільство. 2015. № 4. Ч. 2. С. 28-34. 8. *Зайцев О. Л.* Право спадкування землі в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03; Ун-т внутр. справ. Харків, 2003. 223 с. 9. *Леценко Л. В.* Права

на земельну ділянку у складі спадщини : деякі проблемні питання // Часопис Київського університету права. 2013. № 3. С. 192-195. **10.** Печений О. П., Лещенко Л.В. Проблемні питання спадкування прав на земельну ділянку // Розвиток організаційно-правових форм господарювання в аграрному секторі: матеріали «круглого столу», м. Харків, 13 червня 2014 р.: зб. тез наук. доповідей / за ред. А. П. Гетьмана, М. В. Шульги; Нац. юрид. ун-т України ім. Ярослава Мудрого. Харків: Оберіг, 2014. С. 144–146. **11.** Уразовська О. С. Оформлення спадщини на земельну ділянку : особливості та законодавчі новели // Науковий вісник Херсонського державного університету. 2014. Вип. 5. Т. 1. С. 238-242. **12.** Лещенко Л. В. Цит. праця. С. 194. **13.** Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо правової долі земельних ділянок, власники яких померли: Закон України від 20 вересня 2016 р. // ВВР України. 2016. № 44. Ст. 747. **14.** Лещенко Л. В. Цит. праця. С. 194. **15.** Чмихун Ю. Спадкування земель, право власності на які виникло до 2013 року // Землевпорядний вісник. 2014. № 8. С. 48. **16.** Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу Х «Перехідні положення» Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками) від 22 вересня 2005 р., Справа № 1-17/2005.

Kovalenko Tetyana. Legal Aspects of Land Plot Inheritance in the Absence of Cadastral Number

One of the grounds for the acquisition of ownership for a land plot is its inheritance. Article 1225 of the Civil Code of Ukraine on January 16, 2003 provides that ownership of land plots passes to heirs on general grounds, while preserving its purpose. However, land legislation contains provisions that define the specifics of land inheritance. Thus, Article 79-1 of the Land Code of Ukraine on October 25, 2001 establishes, that land plot, as an object of civil rights, must be formed. The land plot is considered to be formed after receipt of cadastral number. However, these provisions appeared in the Land Code of Ukraine only in 2011 in connection with the adoption of the Law of Ukraine «On State Land Cadaster». In practice of land relation' legal regulation issues arise about the succession of land plot without cadastral number, as it is considered as «not formed» in accordance with the requirements of the Land Code of Ukraine. In some cases notaries refuse to issue a Certificate of inheritance of land plot, that: a) was acquired in the property of testator before 2013, b) the property rights is certified by the State act on land ownership, c) is not registered in State Land Cadaster and d) do not have cadastral number.

The Constitutional Court of Ukraine in the Case «On Permanent Land Use» (September 22, 2005; Case № 1-17/2005) notes that from the constitutional principles of equality and justice follows the requirements of certainty and clarity of legal norms, as otherwise may not ensure its uniform application, does not preclude unboundedness of interpretation in enforcement practice and inevitably leads to tyranny. According to Article 5 of the Land Code Ukraine one of the principles of land legislation is to guar-

antee rights to land. Researched requirements of land and civil legislation on inheritance of land plots without cadastral numbers violate principles of legal certainty and security of land rights, are applied in practice controversial and complicate land ownership registration.

According to the Procedure of Executing of Notary Acts by Notaries of Ukraine, one of the conditions of issuance of the inheritance Certificate for a land plot by the notary is getting an extract from State Land Cadaster. Literal interpretation of norms of paragraphs 2 and 3 of Section VII of the Law of Ukraine «On State Land Cadaster» leads to the conclusion that they actually «block» the possibility of heirs to obtain the inheritance Certificate for a land plot without its cadastral number, ownership of which has been acquired by year 2004. Such norms arbitrarily deprive the heirs the right to register a land plot, based on the technical documentation on land management on the establishment (renewal) of land plot boundaries on location. The above mentioned complicates the order of land succession, because the heirs have to apply to the court with a claim for recognition of ownership for a land plot in inheritance.

However, the Law of Ukraine «On State Land Cadaster» considers the land plots, rights to which arose before year 2004, as «formed» regardless of assigning them the cadastral numbers. The Ministry of Justice of Ukraine in its letters proves that the absence of cadastral number of land plot cannot be a ground to notaries for the refusal to issue of inheritance Certificates on houses, buildings, constructions. Former State Agency of Ukraine for Land Resources defended the position that the person, who is defined by the notary as heir in hereditary case, can order the service of state registration of land plot.

The requirements of land and civil legislation, governing inheritance of land plot without cadastral number, has significant legal defects, which complicate the acquisition of land ownership and violate the principle of guaranteed land rights. To overcome such legal defects in practice it is desirable to apply an expansive interpretation of the Law of Ukraine «On State Land Cadaster» about the possibility of state registration of a land plot on the basis of technical documentation on land management on the establishment (renewal) of land plot boundaries on location, extending them on the heirs of land plot, who accepted the inheritance. Elimination of legal defects of legal regulation of land plots inheritance is possible in one of two ways: 1) it is necessary to amend the Procedure of Executing of Notary Acts by Notaries of Ukraine by special provisions, that extract from State Land Cadaster is not provided in the case of inheritance of land plot, the ownership right of which arose before year 2004 or 2) it is necessary to amend the list of persons, who are entitled to apply for state registration of land plots on the basis of technical documentation on land management on the establishment (restoration) of its boundaries on ground, fixed in paragraphs 2 and 3 Section VII of the Law of Ukraine «On State Land Cadaster», by heirs of land plots, ownership of which arose before year 2004.

Key words: land plot, cadastral number, state registration of land plot, inheritance of land plot.

ОКРЕМІ ОСОБЛИВОСТІ ВИРІШЕННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ СПОРІВ ЩОДО ПРИВАТИЗАЦІЇ ЗЕМЛІ

Розглядається приватизація як безоплатна передача земель державної та комунальної власності громадянам України та їх колективам. Проблемою є відсутність правових норм, які б регулювали реєстрацію заяв про приватизацію земель та пріоритетність надання земельних ділянок залежно від першочерговості їх подання та інших суттєвих обставин. Продовжується судова практика вирішення спорів у сфері приватизації земель, які спрямованні на визнання незаконними відмов суміжних землевласників і землекористувачів у погодженні меж земельної ділянки, яка приватизується. Судові роз'яснення також допомогли сформувати сталу практику стосовно питання виникнення права власності на землю у осіб, які перебувають у шлюбі під час приватизації земельної ділянки.

Ключові слова: приватизація землі; земельна реформа; судова практика; земельні спори; фактичне володіння землею.

Заец Е. И. Некоторые особенности разрешения земельных споров относительно приватизации земли

Рассматривается приватизация как бесплатная передача земель государственной и коммунальной собственности гражданам Украины и их коллективам. Проблемой является отсутствие правовых норм, которые бы регулировали регистрацию заявлений про приватизацию земель и приоритетность передачи земельных участков в зависимости от первоочередности их подачи и других существенных обстоятельств. Продолжается судебная практика разрешения споров в сфере приватизации земли, которые направлены на признание незаконными отказов смежных собственников земли и землепользователей в согласовании границ земельного участка, который приватизируется. Судебные разъяснения помогли сформировать постоянную практику относительно вопроса возникновения права собственности на землю у лиц, которые пребывают в браке во время приватизации земельного участка.

Ключевые слова: приватизация земли; земельная реформа; судебная практика; земельные споры; фактическое владение землей.

Zayets Olena. Some features of solving land disputes on land privatisation

In this article we will consider privatization as the procedural process of free transfer of land plots of state and communal property to citizens of Ukraine and some

legal entities. The problem that draws attention in given in the article judgements, is the lack of the legislation norms which regulate relations of registration applications for land privatization and priority allocation of land plots depending on their priority filing and other significant circumstances. Among these disputes there are such, which are aimed to recognize the refusals by adjacent landowners and land users to approve the boundaries of land that is being privatized as illegal. Judicial clarifications also helped to shape the established practice regarding the emergence of the right on land of people, who are married during the land privatization.

Key words: *land privatization; land reform; land disputes; court practice; factual land owning.*

Приватизація земельних ділянок розпочалася як захід земельної реформи в Україні, яка триває вже понад 25 років. Постанова Верховної ради України від 18.12.1990 р. (із змінами від 05.05.1993 р.) визначила основою земельної реформи перерозподіл земель з одночасною передачею їх у приватну та колективну власність, а також у користування підприємствам, установам і організаціям з метою створення умов для рівноправного розвитку різних форм господарювання на землі, формування багатокладної економіки, раціонального використання та охорони земель. До цього моменту землі перебували у виключній державній власності і надавались лише у користування. Можливість передачі земель у приватну власність завдячує Закону України від 30.01.1992 р. «Про форми власності на землю», процесуальна процедура - спочатку Земельному кодексу України в ред. 13.03.1992р., Декрету Кабінету від 26.12.1992р. «Про приватизацію земельних ділянок» (нині нечинні), а зараз Земельного кодексом України від 25.10. 2001 р. (далі – ЗКУ) та іншими нормативно-правовими актами. Думаємо, що процес приватизації земель завдяки його сучасному правовому забезпеченню трансформувався із заходу земельної реформи у одну із правових форм набуття прав на землю¹.

В умовах відсутності чіткого і однозначного законодавчого розуміння приватизації земельних ділянок ми підтримуємо так званий вузький підхід до визначення цієї категорії, висловлений Андрейцевим В.І., Ковальчук Т.Г., Мірошніченком А.М. та іншими вченими. Тобто в цій статті приватизація буде розглянута як процесуальна процедура безоплатної, бездоговірної, одноразової, в основному в межах встановлених норм, передачі земельних ділянок

державної та комунальної власності громадянам України та деяким юридичним особам.

Приватизація земельних ділянок за своїм внутрішнім змістом є явищем неоднорідним. Вона (завдячуючи законодавству та практиці його реалізації) може в сучасних умовах провадитися в таких правових формах (або моделях):

1. Повна модель приватизації земельних ділянок – приватизація земельних ділянок із земель із запасу (ч.ч.3,4 ст. 116, ч.ч.6-9 ст. 118, ст. 121, 186-1 ЗКУ, ст. 50 ЗУ «Про землеустрій», ЗУ «Про державну землевпорядку експертизу», ч. 3 ст. 35 ЗУ «Про соціальний та правовий статус осіб, що постраждали внаслідок аварії на Чорнобильській АЕС» тощо).

2. Спрощена модель приватизації земельних ділянок - приватизація земельних ділянок, які раніше надані у користування громадян-заявників (ч.ч.3,4 ст. 116, ч.ч. 1,2 ст. 118 ЗКУ, ст. 55 ЗУ «Про землеустрій» тощо). Ми не вважаємо варіантом спрощеної моделі державну реєстрацію земельних ділянок та прав на них відповідно до абз. 2 п. 1 Перехідних положень ЗК України, оскільки такі ділянки були приватизовані за Декретом Кабінету Міністрів України «Про приватизацію земельних ділянок», який втратив чинність. Передбачена державна реєстрація таких ділянок відповідно до сучасних вимог законодавства виконує не правовстановлюючу функцію (оскільки право власності у заявників вже виникло на підставі рішення органу приватизації за Декретом), а функцію занесення інформації при них до нових реєстрів та правопосвідчення.

3. Ускладнена модель приватизації земельних ділянок – приватизація земельних ділянок, що перебувають у користуванні інших осіб (не заявника), в тому числі за рахунок резервного фонду (ч.ч.10,11 ст. 25, ч.ч.3-5 ст. 116, ч.ч.6-9 ст. 118, ст. 121, 149, 186-1 ЗКУ, ст. 50 ЗУ «Про землеустрій», ЗУ «Про державну землевпорядку експертизу» тощо).

4. Приватизація земель державних і комунальних сільськогосподарських підприємств, установ і організацій (ст.25, ч.3 ст. 116, ч.ч. 3-5 ст. 118 ЗКУ).

5. Приватизація земельних ділянок колективами громадян. До юридичних осіб (колективів громадян), які можуть бути суб'єктами приватизації земельних ділянок, чинний ЗК України відносить са-

дівницькі товариства (ч.4 ст. 35 ЗКУ), житлово-будівельні (житлові) та гаражно-будівельні кооперативи (ч. 1 ст. 41 ЗКУ), об'єднання співвласників багатоквартирних будинків (ч. 2 ст. 42 ЗКУ), юридичні особи, які бажають отримати земельні ділянки із закритими природними водоймами до 3 га (ч. 2 ст. 59 ЗКУ) або закриті земельні ділянки лісогосподарського призначення до 5 га (ч.2 ст. 56 ЗКУ).

Основними ознаками приватизації землі в Україні є наступні:

1) Приватизація земельних ділянок – це різновид земельно-процесуальних правовідносин, у яких завдяки активній діяльності їх суб'єктів проводиться поетапна безоплатна передача земельних ділянок із державної або комунальної власності у приватну власність громадян та їх колективів.

2) В процесі приватизації земельна ділянка передається зацікавленій особі безоплатно, ніби дарується. Натомість оплатним є оформлення необхідних землепорядних та інших документів, що підтверджується абз. 2 ч.7 ст. 118 ЗКУ.

3) Ч. 4 ст. 116 ЗКУ передбачає одноразову передачу земельних ділянок громадянам по кожному з видів їх цільового використання, передбачених ст.ст. 25, 121 ЗКУ.

4) Нормованість розмірів земельних ділянок, що приватизуються, відповідно до ст.ст. 25, 121 ЗКУ.

5) Приватизація проводиться на підставі рішення уповноважених органів, компетенція яких визначена у ст. 122 ЗКУ, без укладення договору.

6) Обов'язкова державна реєстрація права власності зацікавленої особи на приватизовану земельну ділянку, на підставі якої виникає право приватної власності відповідно до ст.ст. 125, 126 ЗКУ.

7) Правосуб'єктність зацікавлених осіб у процесі приватизації як сукупність юридично значущих ознак особи, наявність яких дає останній можливість бути суб'єктом земельно-приватизаційного процесу².

Проблеми законодавчого забезпечення приватизації землі в Україні знайшли своє відображення в судовій практиці.

1. Справа № 278/3341/15-ц, розглянута Житомирським районним судом Житомирської області, за заявою ОСОБА_1 до Зарічанської сільської ради Житомирського району Житомирської області про

визнання дій протиправними та зобов'язання вчинити дії³ зачіпає ряд проблем приватизації землі.

Позивачка заявила вимоги про визнання незаконним та скасування рішення органу місцевого самоврядування щодо виділення земельної ділянки третій особі у справі. В обґрунтування позову представник позивача повідомила суду, що спірною земельною ділянкою користується родина позивача давно та в певний час вона була їм виділена в користування. Позивач подала заяву про приватизацію такої ділянки, однак відповідач незаконно виділив її третій особі у даній справі.

Представник сільської ради в судовому засіданні вимог не визнавав та в обґрунтування такої позиції зазначив наступне. Дійсно, на розгляді ради перебувало дві заяви позивача та третьої особи щодо однієї земельної ділянки і перевага у виділенні земельної ділянки була віддана третій особі, оскільки доступу до земельної ділянки позивач немає (вона оточена з усіх сторін приватними земельними ділянками). Передання земельної ділянки позивачеві вимагало б здійснення додаткових заходів щодо організації способу користування нею. Одночасно, представник сільської ради спростовував наявність у позивача будь-яких правостановлюючих документів на право користування спірною земельною ділянкою. ОСОБА_2 в судовому засіданні повністю підтримала позицію представника сільської ради та, крім цього, зазначила, що перша подала заяву про виділення даної земельної ділянки. Цьому передував спір, за яким позивач пропонувала ОСОБА_2, придбати в неї таку земельну ділянку, однак будь-яких правостановлюючих документів не демонструвала.

Крім досліджених матеріалів, представникові позивача пропонувалось надати суду документи, які б підтверджували наявність прав на користування спірною земельною ділянкою, однак таких матеріалів суду надано не було.

Правовими підставами заявленого позову позивачем наведено положення речення другого ч. 7 ст. 118 ЗКУ. Даною нормою визначено, що підставою відмови у наданні такого дозволу може бути лише невідповідність місця розташування об'єкта вимогам законів, прийнятих відповідно до них нормативно-правових актів, генеральних планів населених пунктів та іншої містобудівної документації,

схем землеустрою і техніко-економічних обґрунтувань використання та охорони земель адміністративно-територіальних одиниць, проєктів землеустрою щодо впорядкування територій населених пунктів, затверджених у встановленому законом порядку.

Судом встановлено, що на одну і ту ж земельну ділянку до органу місцевого самоврядування було подано заяви від двох осіб. Перевагу було віддано одній особі. Такими діями, на переконання позивача та враховуючи наведені норми матеріального закону, були порушені її права, адже відмовив у наданні дозволу на розробку проєкту землеустрою, відповідач діяв не у спосіб, визначений законом. З такими доводами позивача суд не погоджується, адже законом не визначено порядок дій у подібній ситуації, тобто при подачі двох або більше заяв про виділення однієї земельної ділянки і Рада мала діяти із врахуванням інших та маючих значення для справи обставин. Враховуючи наведені та описані вище мотиви, суд вважає, що рішення ради є правомірним і таким, яке було прийнято із врахуванням істотних для даної ситуації обставин. Недотримання відповідачем положень речення другого ч. 7 ст. 118 ЗКУ, в даній ситуації, суд вважає, не можна стверджувати про порушення норм закону відповідачем взагалі та в тому числі, щоб вимагало визнавати його незаконним. Саме за таких обставин суд вважає, що підстав для задоволення заявленого позову не має.

Проблемою, яка перш за все привертає увагу у даному рішенні, є відсутність у законодавстві норм, які б регулювали відносини реєстрації заяв (клопотань) про приватизацію земельних ділянок та пріоритетності надання земельних ділянок залежно від першочерговості їх подання та інших суттєвих обставин. Ця проблема виникла з початку приватизації земель в Україні, про що наголошувалося в юридичній літературі⁴, та законодавчо не вирішена і досі. Як зазначає Мірошниченко А.М., не відповідають закону спроби деяких органів місцевого самоврядування запровадити «черги» на отримання земельних ділянок⁵. Тому запропонований у судовому рішенні варіант подолання законодавчої прогалини за принципом справедливості є цілком прийнятним.

Принагідно зазначимо, що рядом Законів України передбачено переважне право на отримання земельних ділянок для деяких категорій осіб: ветеранів війни, громадян, потерпілих від Чорнобиль-

ської катастрофи, ветеранів праці, молодих сімей, інвалідів із захворюваннями опорно-рухового апарату. Але ці переважні права не забезпечені процедурно ст. 118 ЗКУ, оскільки процедура приватизації побудована за принципом «є вільна земельна ділянка – вона має бути безумовно надана»⁶.

В даному рішенні також є відповідь судових органів на проблему приватизації земельних ділянок, які перебувають у фактичному володінні осіб-заявників. При відсутності інших заяв на дану ділянку вичевидь фактичний володілець отримав би її у власність. Але при наявності іншої заяви на цю ділянку факт тривалого володіння не сприймається судом як перевага, оскільки остання не передбачена чинним законодавством. Норми ж про набувальну давність (ст. 119 ЗКУ) можуть бути застосовані тільки з 1 січня 2017 р. (п. 6) ч. 18 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 16.04.2004 р. № 7 «Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ»), але і вони з-за своєї недосконалості не є гарантією переважного отримання земельної ділянки у процесі приватизації.

До того ж, дане судове рішення ще раз доводить, що виключні випадки відмови у наданні дозволу на розробку проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки у процесі приватизації, передбачені у другому реченні ч. 7 ст. 118 ЗКУ, явно не відповідають реаліям. Адже дійсно можуть виникнути і інші підстави для відмови у приватизації, як, наприклад, у цій справі.

2. Продовжує існувати судова практика вирішення спорів у сфері приватизації земель за спрощеною моделлю, які спрямованні на визнання незаконними відмов суміжних землевласників і землекористувачів у погодженні меж земельної ділянки, яка приватизується.

Сучасним прикладом такої практики є справа № 615/1052/16-ц⁷, розглянута 6 вересня 2016 р. в м. Валки Валківським районним судом Харківської області, за позовом ОСОБА_1 до ОСОБА_2 про поновлення порушеного права щодо визначення спільних меж земельної ділянки.

У резолютивній частині рішення про задоволення позову зазначено:

«Визнати неправомірною відмову власника суміжної земельної ділянки, що знаходиться за адресою: вул. Нова, 9 «а», с. Новий Мер-

чик Валківського району Харківської області, - ОСОБА_2 у підписанні акту погодження меж земельної ділянки, що знаходиться за адресою: вул. Нова, 9, с. Новий Мерчик Валківського району Харківської області.

Поновити ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, ідентифікаційний номер НОМЕР_1, право на державну реєстрацію права приватної власності на земельну ділянку площею 0,50 га, що знаходиться за адресою: вул. Нова, 9, с. Новий Мерчик Валківського району Харківської області, та належить позивачу на підставі рішення Валківського районного суду Харківської області від 25.03.2013 року, без підпису власника суміжної земельної ділянки ОСОБА_2.»

Схожий вердикт, але з іншим формулюванням, винесено Київським районним судом м. Одеси 29 серпня 2016 р. у справі № 520/11611/15-ц⁸ за позовом ОСОБА_2 до ОСОБА_3, треті особи, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору на стороні позивача Департамент комунальної власності Одеської міської ради, Одеська міська рада, про визнання відмови неправомірною, усунення перешкод у реалізації права на приватизацію, визнання права на приватизацію земельної ділянки без погодження меж з суміжними землекористувачами, усунення перешкод в користуванні земельної ділянкою:

«Визнати за ОСОБА_2 право на приватизацію земельної ділянки, що знаходиться за адресою: м. Одеса, 1-ий Дачний провулок, будинок 5-А без погодження меж із суміжним власником земельної ділянки ОСОБА_3.»

З цього приводу ми повністю погоджуємося з думкою Мірошниченка А.М. про те, що підписання акту погодження меж самостійного значення не має, воно не призводить до виникнення, зміни або припинення права на земельну ділянку, як і будь-яких прав у процедурі приватизації. З огляду на це, слід вважати, що спір про право у випадку непідписання акту погодження меж відсутній, позовні вимоги з цього приводу судами розглядатися не повинні⁹.

3. В чинному земельному законодавстві (та й не тільки земельному) склалася ситуація, коли законодавець шляхом прийняття законів про внесення змін і доповнень часто змінює редакції окремих земельно-правових приписів, які регулюють однорідні земельні правовідносини.

А оскільки основний об'єкт земельних правовідносин - земельна ділянка – є об'єктом довготривалого існування, здійснення прав щодо неї вимагає постійного і уважного відслідковування, в який саме часовий період виникає, реалізується, переходить або відчужується право на землю. При цьому нерідко виникає потреба звертатися до нормативно-правових актів, які вже втратили чинність, але діяли на момент виникнення, зміни чи припинення земельних правовідносин. Прикладом цього є правові наслідки приватизації земельних ділянок громадянами у період шлюбу.

Традиційно громадяни сприймають майно, набуте за час шлюбу подружжям, за деякими виключеннями, об'єктом права спільної сумісної власності. Втім сьогодні чинне законодавство містить чимало виключень із цього звичного для всіх правила, з якими пересічні громадяни найчастіше не знайомі. Серед таких виключень чинна редакція ст. 57 Сімейного кодексу України від 10.01.2002 р. (далі – СКУ) передбачає земельні ділянки, приватизовані одним із подружжя. В контексті ст. 57 СКУ приватизація земельних ділянок, очевидно, вжита у вузькому розумінні як безоплатне, одноразове (в межах встановлених норм) відчуження земельних ділянок державної та комунальної власності громадянам України та деяким їх об'єднанням¹⁰.

Згідно із ч. 2 ст. 89 ЗКУ у спільній сумісній власності перебувають земельні ділянки в тому числі подружжя. Але оскільки дана стаття не містить прямого обов'язку у всіх випадках передавати земельні ділянки у спільну сумісну власність подружжя, то імперативна норма п. 5 ч. 1 ст. 57 СКУ, яка акцентує увагу саме на приватизованих земельних ділянках, має у даному випадку пріоритет.

Слід зауважити, що нинішня редакція ст. 57 СКУ вступила в силу лише 13.06.2012 р. (Закон України від 17.05.2012 р.). До цього з 08.02.2011 р. (Закон України від 11.01.2011 р.) діяла ст. 61 СКУ: "Об'єктом права спільної сумісної власності подружжя є житло, набуте одним із подружжя під час шлюбу внаслідок приватизації державного житлового фонду, та земельна ділянка, набута внаслідок безоплатної передачі її одному з подружжя із земель державної або комунальної власності, у тому числі приватизації".

Відповідно з початку приватизації земель в Україні (16.05.1992 р. – вступ в силу нової редакції Земельного кодексу

УРСР від 18.12.1990 р.) до 08.02.2011 р. питання про вид власності на землю подружжя в результаті приватизації був законодавчо не вирішеним. Тому в юридичній доктрині висловлювались протилежні позиції: як за одноосібну власність¹¹, так і за спільну сумісну власність¹².

Зрештою Верховний Суд України спочатку у своєму Листі від 29.10.2008 р. № 19-3767/0/8-08 (п.10) роз'яснив, що земельна ділянка, право власності на яку набуто шляхом приватизації, є особистою приватною власністю того із подружжя, кому вона безоплатно передана у власність, та не є спільною сумісною власністю подружжя.

Потім Постанова Пленуму Верховного Суду України від 16.04.2004 р. № 7 «Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ» (із змінами, внесеними згідно з Постановою Верховного Суду від 19.03.2010 р. № 2) у п. 18-2 роз'яснила: «Відповідно до положень статей 81, 116 ЗК окрема земельна ділянка, одержана громадянином у період шлюбу в приватну власність шляхом приватизації, є його особистою приватною власністю, а не спільною сумісною власністю подружжя, оскільки йдеться не про майно, нажите подружжям у шлюбі, а про одержану громадянином частку із земельного фонду».

У нотаріальній практиці, яка дотримувалась аналогічної позиції, пояснювали свій підхід тим, що в процесі приватизації держава у своєрідний спосіб начебто дарує земельні ділянки своїм громадянам, а подароване майно навіть у шлюбі є особистою приватною власністю(п.2 ч.1 ст. 57 СКУ).

Таким чином, в різні періоди приватизовані одним із подружжя за час шлюбу земельні ділянки мали різний статус права власності: 16.05.1992 р. до 08.02.2011 р. – особиста приватна власність одного з подружжя; з 08.02.2011 р. по 13.06.2012 р. – спільна сумісна власність; з 13.06.2012 р. по теперішній час – знову особиста приватна власність. Врахування виду права власності має значення при оформленні цивільно-правових угод стосовно таких земельних ділянок (потрібна згода другого з подружжя чи ні), а також для оформлення спадщини. При цьому слід мати на увазі, що у випадку знаходження на приватизованій у особиста приватна власність земельній ділянці житлового будинку, будівлі або споруди, які мають

статус спільної сумісної власності, та поділу їх в натурі між співвласниками, земельна ділянка також буде поділена між співвласниками в натурі за правилами ст. 120 ЗКУ. Це підтверджує і судова практика¹³.

З точки зору перспектив приватизації незайвим було б роз'яснювати громадянам особливості правосуб'єктності та наслідки їх участі у приватизаційному процесі. Знаючи це, подружжя зможе визначитися, приймати участь у приватизації одноосібно чи звернутися зі спільним клопотанням і отримати земельну ділянку у спільну сумісну власність.

(Продовження у наступному номері)

1. *Засць О.І.* Правові аспекти земельної реформи в Україні: монографія. Київ: ВПЦ “Київський університет”, 2006. С. 55. 2. *Засць О. І.* Правосуб'єктність громадян у процесі приватизації земель: проблеми правового забезпечення // Вісник КНУ ім. Тараса Шевченка. 2003. № 54. С. 111-113. 3. *Справа* № 278/3341/15-ц Житомирського районного суду Житомирської області. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/55292262> 4. *Засць О.І.* Правові аспекти земельної реформи в Україні. – Монографія. – К.: ВПЦ “Київський університет”. С. 47. 5. *Мірошніченко А.М.* Земельне право України: підручник. Київ: Алерта, 2013. С. 130. 6. Там само. 7. *Справа* № 615/1052/16-ц Валківського районного суду Харківської області. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/61405816> 8. *Справа* № 520/11611/15-ц Київського районного суду м. Одеси. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/60861074> 9. *Мірошніченко А.М.* Цит. праця. С.141. 10. Там само. С. 127. 11. Там само. 12. *Екологічне право: підручник / за ред. В.К. Попова, А.П.Гетьмана.* Харків, 2001. С. 94-96; *Федорченко М., Янов О.* Земельне право України: посібник для практиків: у 2 т. Т.1. Київ, 2006. С. 199. 13. *Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ: постанова Пленуму Верховного Суду України від 16.04.2004 р. № 7 // Вісник Верховного суду України. 2004. № 6.*

Zayets Olena. Some features of solving land disputes on land privatisation

Privatization of land plots started as a measure of land reform in Ukraine, which has lasted for more than 25 years and started with the adoption of the Decree by the Verkhovna Rada of Ukraine on December 18th, 1990. Before this Decree land was considered a state property only and could be made available for use only. The transfer of land to private ownership has started with the adoption of the Law of Ukraine “On the ownership of land” from January 30th, 1992. Now privatization of land is governed by the Land Code of Ukraine from October 25th, 2001 and by other normative legal acts. We think that due to its modern legal support the process of land privatization has transformed from the measure of land reform into one of the legal norms of land rights acquisition.

In this article we will consider privatization as the procedural process of free, agreementless, one-time, mainly within the established rules, transfer of land plots of state and communal property to citizens of Ukraine and some legal entities. Privatization of land plots is carried out in various legal forms: full model; simplified model; complicated model; privatization of state and communal agricultural enterprises, institutions and organizations; privatization of land plots by collectives of citizens.

The issues of legislative provision of land privatization in Ukraine are reflected in the jurisprudence. The problem that draws attention in given in the article judgments, is the lack of the legislation norms which regulate relations of registration applications for land privatization and priority allocation of land plots depending on their priority filing and other significant circumstances. This issue has arisen since the beginning of land privatization in Ukraine and has not been legally solved so far. As it is noted, the attempts of some local government authorities to introduce “queues” for obtaining land plots are not legal. That is why the suggested in the judgement option to overcome the legislative gap on the principle of justice is quite acceptable.

Settlement of disputes in the privatization of land under the simplified model is still in litigation. Among these disputes there are such, which are aimed to recognize the refusals by adjacent landowners and land users to approve the boundaries of land that is being privatized as illegal. We agree with the opinion that signing of the boundaries approval act does not have any independent value, and it does not cause the appearance, change or termination of rights on land. Therefore, the dispute on the right in case of not signing the boundaries approval act does not arise. The claims in this regard should not be considered by the courts.

Judicial clarifications also helped to shape the established practice regarding the emergence of the right on land of people, who are married during the land privatization. In different periods privatized by one of spouses during marriage land plots had different land ownership status: from 16.05.1992 till 08.02.2011 – personal private property of one spouse; from 08.02.2011 till 13.06.2012 – common joint property; since 13.06.2012 till present – personal private property of one spouse. Therefore, it is necessary to explain to citizens the legal consequences of their participation in the privatization process.

Key words: land privatization; land reform; land disputes; court practice; factual land owning.

ПТАХІВНИЧІ ГОСПОДАРСТВА ЯК СУБ'ЄКТИ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ТОВАРОВИРОБНИЦТВА, ЇХ ВИДИ

Розглядаються питання щодо змісту формулювання визначення поняття птахівничі господарства, виділяються їх істотні ознаки та види. Пропонуються шляхи удосконалення законодавства, що регулює відносини птахівничих господарств та окремих питань їх оподаткування.

Ключові слова: *птахівництво, птахівничі господарства, товарне сільськогосподарське виробництво, платник єдиного податку четвертої групи.*

Жмудинський В. П. Птицеводческие хозяйства как субъекты сельскохозяйственного товарнопроизводства, их виды

Рассматриваются вопросы содержания формулировки определения понятия птицеводческие хозяйства, выделяются их существенные признаки и виды. Предлагаются пути совершенствования законодательства, регулирующего отношения птицеводческих хозяйств и отдельных вопросов их налогообложения.

Ключевые слова: *птицеводство, птицеводческие хозяйства, товарное сельскохозяйственное производство, плательщик единого налога четвертой группы.*

Zhmudinskiy Vasyly. Poultry farms as subjects of agricultural commodity production, their types

The questions about the content of the wording of the definition of poultry farms, out of essential features and types are considered. There are offered the ways of improving the legislation, regulating relation poultry farms and certain aspects of their taxation.

Key words: *poultry breeding, poultry farming, commercial agriculture, single tax payer fourth group.*

На сьогоднішній день, птахівництво залишається однією з найважливіших галузей сільськогосподарського виробництва, спроможною забезпечувати населення найбільш біологічно повноцінними та відносно дешевими продуктами харчування.

Однак в агропромисловому виробництві України галузь птахівництва залишається проблемною, хоча в той же час стрімко розвивається. Створити сприятливі умови для підвищення ефективності

птахівництва в цілому, витримати значну конкуренцію на внутрішньому ринку і знайти шляхи виходу на зовнішній ринок – ось перелік далеко не всіх питань, які стоять перед галуззю на сучасному етапі розвитку¹.

Ефективність виробництва продукції птахівництва значною мірою залежить від організаційно-правової форми підприємства, що визначає вибір моделі органів управління виробництвом та зумовлює необхідність удосконалення господарчого механізму функціонування і внутрішньогосподарських відносин, пошук нових підходів до вибору стратегії розвитку та відповідальності за кінцеві результати дій підприємств у ринкових умовах. Зазначене викликає необхідність розвитку інтеграції процесів у сфері виробництва, переробки і реалізації продукції птахівництва. Тому господарський механізм птахівничих господарств розглядається як сукупність взаємопов'язаних економічних важелів і методів впливу на організацію виробництва продукції птахівництва, на товарно-грошові відносини підприємств, які забезпечують ефективне ведення і конкурентноспроможність птахівництва в ринковому середовищі.

Дослідження питань класифікації та видів суб'єктів сільськогосподарського виробництва, в тому числі і птахівничих господарств, присвячено науковій дослідженню таких вчених: С.Ф. Василюка, В.П. Жушмана, П.Ф. Кулинича, В.І. Семчика, А.М. Статівки, Н.І. Титової, В.Ю. Уркевича.

Теоретичні дослідження цих науковців зробили вагомий внесок у вирішення практичних аспектів галузі птахівництва, але необхідно більше акцентувати увагу саме на дослідженні правосуб'єктності птахівничих господарств, як одних із основних суб'єктів сільськогосподарського товаровиробництва.

Починаючи виклад матеріалу з досліджуваного питання, слід зазначити, що птахівництво - галузь сільського господарства, яка займається розведенням, створенням та використанням різних видів сільськогосподарської птиці для виробництва яєць, м'яса, пера, пуху тощо.

Відповідно до Національного класифікатора України класифікації видів економічної діяльності, до переліку видів економічної діяльності господарських суб'єктів до галузі сільського господарства віднесено такий вид діяльності, як тваринництво, який

включає в себе підклас - 01.24.0 - Розведення птиці. (Цей підклас включає: - відтворювання поголів'я свійської птиці (курей, гусей, індиків, цесарок, перепілок, страусів тощо), - вирощування свійської птиці, - одержування яєць).

У науковій літературі існують різні підходи щодо визначення понять суб'єктів господарської діяльності, які займаються розведенням птиці, однак найпоширенішими є поняття птахівничі господарства, виробники продукції птахівництва та птахопідприємства, які слід вважати тотожними, проте, законодавчого визначення вказані поняття не містять.

На думку, Кудіна С.Є., на сьогодні в Україні сформовано дві групи виробничих типів птахівничих господарств: племінні і то-варні. Виробництво товарної продукції птахівництва неможливе без своєчасного та якісного забезпечення товаровиробників племінною продукцією птахівництва². Для забезпечення господарств птахівничої продукції племінним матеріалом існує налагоджена схема взаємозв'язків племінних господарств різного рівня між собою та з виробниками товарної продукції.

Так, згідно ст. 5 Закону України «Про племінну справу у тваринництві» передбачено, що суб'єктами племінної справи у тваринництві є: власники племінних (генетичних) ресурсів; підприємства, установи та організації незалежно від форми власності та фізичні особи - суб'єкти підприємницької діяльності, які беруть участь у виробництві, збереженні, використанні, створенні, визначенні племінної цінності племінних (генетичних) ресурсів, торгівлі племінними (генетичними) ресурсами та надають послуги, пов'язані з племінною справою у тваринництві; власники не племінних тварин - споживачі племінних (генетичних) ресурсів та замовники послуг з племінної справи у тваринництві.

Пунктом 2 наказу Головного державного інспектора ветеринарної медицини України від 03.07.2001р. № 53 «Про затвердження Ветеринарно-санітарних правил для птахівничих господарств і вимог до їх проектування» визначено, що:

- племінний птахозавод - сільськогосподарське підприємство (господарство), що має стадо високопродуктивної племінної птиці однієї породи і застосовує її чистопородне розведення. Племінні заводи вдосконалюють птицю створених ліній, кросів і порід, розмно-

жують її і передають відповідні батьківські форми для гібридизації господарствам-репродукторам;

- племрепродуктор - сільськогосподарське підприємство, яке спеціалізується на виробництві племінної продукції для одержання батьківських форм гібридів або гібридної птиці певного кросу. Зазначені підприємства поділяються на: племптахорепродуктор I порядку - працює з прабатьківськими формами кросу та окремими породами, які отримує з племзаводу, схрещує прабатьківські форми за відповідними схемами, одержує батьківські форми і реалізує їх репродукторам II порядку; племптахорепродуктор II порядку - працює з батьківськими формами кросу, які отримує з репродуктору I порядку. Шляхом схрещування батьківських форм одержує племінну продукцію фінального гібриду (кросу), яку реалізує виробникам харчових яєць і м'яса птиці та населенню.

Також, до племінних птахівничих господарств відносяться:

- селекційно-генетичні станції і експериментальні господарства в наукових устано-вах, в яких створюються кроси спеціалізованих поєднаних ліній для вирощування високопродуктивної гібридної птиці, вдосконалюються і виводяться нові породи, розробляються різні методи і прийоми селекційної роботи;

- контрольно-випробувальна станція - сільськогосподарське підприємство (господарство), в якому систематично перевіряють та випробовують вітчизняні та імпортовані кроси чи породи птиці, надані власниками племінних (генетичних) ресурсів.

За ветеринарними вимогами контрольно-випробувальну станцію прирівнюють до біопідприємства закритого типу;

- інкубаторій (інкубаторно-птахівничі станції) - суб'єкт підприємницької діяльності будь-якої форми власності, що здійснює виробництво, інкубацію яєць та реалізацію виведеного добового молодняку (наказ Головного державного інспектора ветеринарної медицини України від 07.09.2001р. № 70 «Про затвердження Ветеринарно-санітарних правил для суб'єктів господарювання (підприємств, цехів) з переробки птиці та виробництва яйцепродуктів, Правил ветеринарно-санітарної експертизи яєць свійської птиці»).

Таким чином, племінні птахівничі господарства характеризуються тим, що їхньою основною товарною продукцією є яйця від

племінної птиці для інкубації або племінний молодняк курей, індиків, качок, гусей для відтворення стада.

Наступною групою виробничих типів птахівничих господарств є то–варні підприємства до яких відносяться:

- птахогосподарство - будь-який сільськогосподарський або інший об'єкт, де розводиться і утримується домашня птиця, а також інша птиця, що утримується в неволі, включаючи інкубаторії, цирку, зоопарки, зоомагазини з продажу декоративної птиці, пташині ринки та пташники, за винятком боєнь, карантинних об'єктів, прикордонних інспекційних пунктів, лабораторій тощо (наказ Міністерства аграрної політики та продовольства України від 17.10.2011р. № 547 «Про затвердження Інструкції з профілактики та ліквідації грипу птиці»);

- птахофабрика - підприємство з виробництва яєць або м'яса птиці (наказ Головного державного інспектора ветеринарної медицини України від 03.07.2001р. № 53 «Про затвердження Ветеринарно-санітарних правил для птахівничих господарств і вимог до їх проектування»);

- птахокомбінат (м'ясокомбінат) - суб'єкт підприємницької діяльності будь-якої форми власності з завершеним виробничим циклом, що здійснює забій птиці, переробку м'яса та інших продуктів забою, виробництво, зберігання та реалізацію м'ясних продуктів, технічної сировини відповідно до чинних нормативно-правових актів (наказ Державного департаменту ветеринарної медицини від 19.12.2006 р. № 100 «Про затвердження Ветеринарно-санітарних вимог утримання птиці в особистих селянських господарствах»).

Отже, виходячи із аналізу зазначених вище визначень вбачається, що законодавство розрізняє суб'єктів господарювання в галузі товарного птахівництва в залежності від продукції, яка виробляється на таких підприємствах.

В наукових працях Березівського П.С., спеціалізовані товарні підприємства з виробництва продукції птахівництва класифікуються наступним чином: державні птахофабрики - вузькоспеціалізовані підприємства промислового типу, які використовують корми з державних фондів, на основі потокової технології, комплексної механізації і автоматизації виробничих процесів, здійснюють одержання і рівномірне протягом року постачання в торгіву

мережу дієтичних яєць і м'яса птиці; птахівничі господарства - це господарства з поглибленою спеціалізацією, де розвиток птахівництва поєднується з іншими галузями, зокрема, з молочним скотарством, що дає можливість ефективно використовувати землю, трудові і матеріальні ресурси; міжгосподарські підприємства створюються шляхом добровільного об'єднання частини грошових і матеріальних ресурсів для сумісного виробництва продукції птахівництва, особливо м'яса. Одержаний приріст і прибуток розподіляється між господарствами-учасниками кооперації; виробничі об'єднання здійснюють свою діяльність на основі спеціалізації і концентрації поголів'я птиці, кооперуванні підприємств на виконанні окремих стадій єдиного технологічного процесу виробництва продукції (інкубації яєць, вирощування ремонтного молодняка, виробництва харчових яєць і м'яса птиці); птахівничі ферми господарств всіх форм власності, де птахівництво є додатковою галуззю, виробляють харчові яйця і м'ясо птиці, використовуючи корми власного виробництва³.

Як вірно зазначає В.І. Семчик, птахівничі господарства яєчного напрямку поділяються на: з повним, закінченим (замкнутим) виробничим циклом; з неповним циклом і спеціалізовані на окремих виробничих процесах. Птахофабрики яєчного напрямку здебільшого мають закінчений цикл виробництва. В них створюються цехи: промислового стада курей-несучок, батьківських форм, інкубації, вирощування молодняка до 60-денного віку, ремонтного молодняка до 150-денного віку, відгодівлі, кормоприготування, сортування і упакування яєць, бойневої переробки птиці з холодильником, утилізації відходів⁴.

Аналізуючи викладене вище, слід підсумувати, що діюче аграрне законодавство та проведені наукові дослідження, виділяють наступні види суб'єктів сільськогосподарського виробництва в галузі птахівництва:

- залежно від виробничого типу птахівничих господарств:
а) племінні; б) товарні;

- залежно від напрямку діяльності та якості племінних (генетичних) ресурсів: а) племінний завод; б) племінний птахорепродуктор; в) селекційний центр; г) контрольно-випробувальна станція з птахівництва;

- за напрямом виробництва: а) птахівничі господарства яєчного напрямку; б) птахівничі господарства м'ясного напрямку;

- залежно від поголів'я птиці: а) дрібне птахівниче господарство; б) мале сільськогосподарське підприємство; в) малі ферми, які входять до складу сільськогосподарських підприємств; г) птахофабрика - вузькоспеціалізоване велике підприємство, що працює переважно на купованих кормах;

- залежно від продукції, яка виробляється на підприємстві, розрізняють: а) інкубаторій (інкубаторно-птахівнича станція); б) птахогосподарство; в) птахокомбінат (забійне підприємство).

Тому, на основі визначеної вище класифікації, можна сформулювати таке визначення поняття птахівничі господарства – це юридичні особи, діяльність яких направлена на вирощування всіх видів сільськогосподарської птиці і яка (діяльність) включає наступні напрямки: племінну селекцію, підготовку яєць до інкубації, інкубацію, вивід молодняку, вирощування молодняку, утримання та годівля птиці, одержання яєць, забій та переробка кінцевого продукту.

На переконання В.В. Галанець, сучасна аграрна політика в Україні загалом є сприятливою для розвитку спеціалізованих птахівничих підприємств, їх стратегічний розвиток спрямовується на підвищення конкурентоспроможності підприємств галузі в контексті інтеграції України до світового економічного простору. Основним завданням при цьому є підтримка національних виробників продукції птахівництва шляхом розроблення комплексних цільових програм загальнодержавного та регіонального масштабів, наближення вітчизняних норм і стандартів до міжнародних вимог та забезпечення екологічної безпеки виробництва⁵.

Як правильно наголошував Б.А. Мельник, з метою підвищення ефективності птахівництва необхідно: відновити виробництво на промисловій основі на базі птахофабрик, бройлерних комплексів і спеціалізованих підприємств з виробництва продукції птахівництва; зміцнити матеріально-технічну базу птахопідприємств; забезпечити птахівництво збалансованими енергетичними комбікормами, ветпрепаратами, кормовими добавками та преміксами; надавати комплексам і птахопідприємствам можливість одержання пільгових кредитів⁶.

Погоджуючись із професором А.Л. Бейкун про те, що першочерговим завданням повинно стати прийняття нових законодавчих

актів, що відображають дію об'єктивних економічних законів і попереджають їх стихійний прояв як можливий наслідок неналежного або несвоечасного правового регулювання⁷, автор вважає за правильним розроблення і прийняття Закону України «Про птахівничі господарства», в якому повинні регламентуватися основні питання створення, функціонування та припинення діяльності птахівничих господарств, як суб'єктів господарювання зі спеціальним статусом.

Як раніше зазначалося, птахівничі господарства є одними із основних суб'єктів сільськогосподарського товаровиробництва, адже їхня господарська діяльність направлена виключно на виробництво товарної сільськогосподарської продукції (яєць, м'яса птиці).

Відповідно до п.п. 14.1.235. ст. 14 Податкового кодексу України (надалі – ПК України) визначено, що сільськогосподарський товаровиробник - юридична особа незалежно від організаційно-правової форми, яка займається виробництвом сільськогосподарської продукції та/або розведенням, вирощуванням та виловом риби у внутрішніх водоймах (озерах, ставках та водосховищах) та її переробкою на власних чи орендованих потужностях, у тому числі власновиробленої сировини на давальницьких умовах, та здійснює операції з її постачання.

На сьогоднішній день, можна констатувати, що птахівничі господарства протягом останніх років відновили і розширили виробництво продукції птахівництва, зміцнили матеріально-технічну базу, однак незважаючи на це, зазначена категорія виробників все ж таки потребує державної підтримки, яка повинна здійснюватися шляхом збереження існуючих спеціальних податкових режимів, надання бюджетних дотацій, здійснення фінансової підтримки через механізм здешевлення кредитів та інше.

Нормами ПК України, дійсно передбачено пільги в оподаткування для сільськогосподарських товаровиробників, в тому числі і для птахівничих господарств, зокрема передбачено можливість застосування такого спеціального податкового режиму як сплата єдиного податку четвертої групи.

Однак, при набутті та підтвердженні статусу такого платника податку, у птахівничих господарств виникають певні труднощі, пов'язані із недосконалістю окремих норм податкового законодавства, зокрема.

Об'єктом оподаткування для платників єдиного податку четвертої групи є площа сільськогосподарських угідь (ріллі, сіножатей, пасовищ і багаторічних насаджень), що перебуває у власності сільськогосподарського товаровиробника або надана йому у користування, у тому числі на умовах оренди.

Згідно ст. 22 Земельного кодексу України передбачено, що землями сільськогосподарського призначення визнаються землі, надані для виробництва сільськогосподарської продукції, здійснення сільськогосподарської науково-дослідної та навчальної діяльності, розміщення відповідної виробничої інфраструктури, у тому числі інфраструктури оптових ринків сільськогосподарської продукції, або призначені для цих цілей.

До земель сільськогосподарського призначення належать:

а) сільськогосподарські угіддя (рілля, багаторічні насадження, сіножаті, пасовища та перелоги);

б) несільськогосподарські угіддя (господарські шляхи і прогони, полезахисні лісові смуги та інші захисні насадження, крім тих, що віднесені до земель лісгосподарського призначення, землі під господарськими будівлями і дворами, землі під інфраструктурою оптових ринків сільськогосподарської продукції, землі тимчасової консервації тощо).

Тобто, можливість здійснення птахівничими господарствами своєї виробничої діяльності та правомірність отримання (підтвердження) статусу платника єдиного податку четвертої групи, безпосередньо залежить від наявності у таких господарств сільськогосподарських угідь (ріллі), які (угіддя) призначаються для вирощування рослинницької продукції.

Відповідно, не врегульованим залишається питання щодо доцільності отримання у власність або у користування сільськогосподарських угідь птахівничими господарствами, які здійснюють діяльність у сфері птахівництва (товарне виробництво) і які (птахівничі господарства) наявні сільськогосподарські угіддя практично не можуть використовувати для виробництва власної продукції, в силу специфіки її виробництва.

Особливістю виробництва продукції птахівничими господарствами є те, що їхня продукція виробляється не безпосередньо на земельних ділянках, а на виробничих потужностях, які розташовані

на земельних ділянках, що відносяться до несільськогосподарських угідь і наявність яких (угідь) не надає права птахівничим господарствам для набуття статусу платника єдиного податку четвертої групи.

Таким чином, законодавець зобов'язав птахівничі господарства, які мають намір набути (підтвердити) статус платника єдиного податку четвертої групи, отримати у власність або у користування сільськогосподарські угіддя (рілля, сіножаті, пасовища і багаторічні насадження), незважаючи на те, що цільове призначення таких угідь не відповідає характеру виробництва такої сільськогосподарської продукції і в той же час, законодавець не передбачив обов'язкової умови для птахівничих господарств щодо необхідності використання наявних угідь за призначенням саме для отримання підтвердження статусу платника такого податку.

З огляду на вказане, доречним було б внесення змін до ПК України, згідно яких, до об'єкту оподаткування для платників єдиного податку четвертої групи віднести і площу несільськогосподарських угідь, на яких розміщені виробничі потужності, оскільки такі угіддя також є землями сільськогосподарського призначення і надаються для товарного сільськогосподарського виробництва.

Віднесення несільськогосподарських угідь до умови щодо отримання (набуття) статусу платника єдиного податку четвертої групи, позбавило б необхідності птахівничі господарства оформляти земельні ділянки, які фактично не використовуються останніми у господарській діяльності та відповідно призвело б до додаткових надходжень до бюджету в якості сплати такого податку, який справлявся б із всієї площі таких угідь.

1. *Гудзь О.Є.* Забезпечення сільськогосподарських підприємств фінансовими ресурсами в період змін та стабілізації // Економіка АПК. 2007. № 3. С. 46-53. 2. *Кудін С.Є.* Сегментування ринку племінної продукції птахівництва // Луганський нац. аграр. ун-т: зб. наук. праць. Луганськ, 2002. № 14 (26), т. 1: Серія: економічні науки. С. 191. 3. *Березівський П.С.* Організація виробництва в аграрних формуваннях: навчн посібн / за ред. П.С. Березівського. Київ: Центр навчальної літератури, 2005. С. 499-500. 4. *Семчик В.І.* Правові аспекти аграрної політики і аграрної реформи в Україні // Організаційно-правові питання аграрної реформи в Україні: монографія / кол. авторів; за ред. В.І. Семчика. Київ: Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2003. С. 48. 5. *Галанець В.В.* Державне регулювання розвитку птахів-

ництва з метою прискореного забезпечення населення м'ясом // Ефективність державного управління. Львів, 2009. Вип. 18/19. С. 457. 6. Мельник Б.А. Сучасний рівень виробництва та перспективи розвитку м'ясного птахівництва в Україні // Економіка АПК. 2003. № 10. С. 26. 7. Бейкун А.Л. Нова методологічна спрямованість оновлення аграрного законодавства як складовий чинник реформацийних заходів в аграрному секторі // Актуальні проблеми реформування земельних, екологічних, аграрних та господарських правовідносин в Україні: Збірник наукових праць за результатами Міжнародної науково-практичної конференції (м. Хмельницький, 14-15 травня 2010 р.). Хмельницький, 2010. С. 143..

Zhmudinskiy Vasy. Poultry farms, as subjects of agricultural commodity production, their types

The article carries the material about legal status of subjects of such sector of agriculture as poultry, which remains one of the most important branches of agricultural production, capable to provide the most biologically completed and relatively cheap food.

Focus of research is legal analysis of norms of valid agricultural legislation, which define the concept of poultry farms and their types, as well as research of individual issues related to taxation of such manufacturers.

At the beginning we are talking about the fact that there are different approaches to the definition of economic entities which are engaged in the breeding of birds in the literature. The most common are the concepts of poultry farms, producers of poultry products, which should be considered identical, however, these concepts do not contain the legislative definition.

The review begins with the analysis of scientific works of eminent scholars who explored the concept of poultry farms, their types and specifics of implementation of economic activity. It was investigated that the producers of poultry products are divided into two types: breeding and commercial.

Then the author passes on to research legislative definitions of concepts of agricultural production subjects in the poultry industry, which include the following categories:

- depending on the production type of poultry farms: a) breeding; b) commercial;

- depending on the activity direction and quality of pedigree (genetic) resources: a) plant breeding b) breeding birds reproducer; c) selection center; d) control and testing poultry station;

- by the production line: a) poultry farms of an egg direction; b) poultry farms for meat production;

- depending on poultry: a) small poultry farms; b) small agricultural enterprise; c) small farms that are parts of agricultural enterprises; d) poultry is a highly specialized large enterprise that runs mainly on purchased feed;

- depending on the products manufactured at the enterprise are distinguished: a) hatchery (incubator-poultry station); b) poultry farming; c) poultry processing plant (slaughter plant).

Further, the author explains the distinguishing characteristics between breeding and commercial poultry farms. In particular, there is determined that the breeding poultry farms are characterized by the fact that their main commercial products are eggs from breeding birds for incubation or breeding young chickens, turkeys, ducks, geese for reproduction of the herd, and the activities of poultry farms aimed exclusively to the production of commercial agricultural products (eggs, poultry) for human consumption.

Based on the analysis of scientific research and legislation, the author offers his own definition of the concept of poultry farms. Namely – poultry farms are legal entities, whose activities are aimed at cultivation of all types of poultry and which (activities) includes the following directions: breeding selection and preparation of eggs for incubation, hatching, poultry-breeding, rearing, and feeding birds produce eggs, the slaughter and processing of the final product.

Also, in the article the author draws attention to the fact that today, the poultry farm was restored and expanded production of poultry products, strengthened material-technical base. However, despite this, such category of farmers needs state support, which should be implemented by preserving the existing special tax regimes, granting of budgetary subsidies and implementation of financial support through the mechanism of cheaper loans and so on.

However, the author explains that a special tax regime in the form of payment of the single tax of the fourth group, which exists for agricultural producers, including poultry farming is imperfect. Because there are some difficulties which arise in poultry farms, upon they receipt and confirmation of the status of the single tax payer.

In particular, the object of taxation for single tax payers of the fourth group is the area of agricultural land (arable land, hayfields, pastures and perennial plantings) owned by agricultural commodity producer or provided to its using, including under lease.

That is, the possibility of implementation production activities by poultry farms and the validity of the receipt (confirmation) the status of single tax payer of the fourth group directly depends on availability of these farms agricultural lands (arable lands), which (lands) are designed for growing crop production.

Accordingly, one question remains not resolved. This is the question about the expediency of obtaining ownership or use of agricultural land by poultry farms which operate in the poultry industry (production of commodities) and which (poultry farms) available agricultural land cannot hardly be used for its own production, due to the specificity of its production.

Next he gives a summary about the feature of the production poultry farms is that their products are made not directly on the land but at production facilities, which are located on the land plots belonging to agricultural land. The presence of such land does not provide the right to acquire the status of single tax payer of the fourth group for poultry farms.

The author notes that the legislator has ordered poultry farms which intend to receipt (confirm) the status of single tax payer of the fourth group, to ownership or use agricultural lands (arable land, hayfields, pastures and perennial plantings), de-

spite the fact that the purpose of these lands is not consistent with the nature of the production of such agricultural products. At the same time, the legislator has not provided the prerequisite for poultry farms about necessity of using available land by appointment exactly to get the confirmation of the status of such a tax payer.

To summarize the author writes about appropriateness of amendments to the Tax Code of Ukraine. According to these changes, the object of taxation for single tax payers of the fourth group must be included the area of non-agricultural lands that host the production capacity, because these lands are also agricultural lands available for agricultural production. As the result, there won't be necessary for poultry farms to register land plots, which are not actually used by the latter in economic activity, that will lead to additional revenues as the payment of such tax, which will cope with the entire area of such lands.

Key words: poultry breeding, poultry farming, commercial agriculture, single tax payer fourth group.

УДК 349.414

Е. С. ЮРЧЕНКО

ЮРИДИЧНА ПРИРОДА ПРАВА ОРЕНДИ ТА ПРАВА КОРОТКОСТРОКОВОГО КОРИСТУВАННЯ ЗЕМЛЯМИ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ В УКРАЇНІ

Проаналізовано наукові підходи до визначення юридичної природи права оренди земель сільськогосподарського призначення як речового та зобов'язального права. Досліджено особливості регулювання права оренди як речового права у законодавстві України. Розкрито ключові відмінні ознаки права оренди від права короткострокового користування землями сільськогосподарського призначення. Обґрунтовано практичну необхідність у правовому врегулюванні права короткострокового користування землями сільськогосподарського призначення.

Ключові слова: зобов'язальне право, речове право, право користування землею, право оренди землі, землі сільськогосподарського призначення.

Юрченко Э. С. Юридическая природа права аренды и права краткосрочного пользования землей сельскохозяйственного назначения в Украине

Проанализированы научные подходы к определению юридической природы права аренды земель сельскохозяйственного назначения как вещного и обязательственного права. Исследованы особенности регулирования права

© ЮРЧЕНКО Елліна Станіславівна – аспірант кафедри земельного та аграрного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

аренды как вещного права в законодательстве Украины. Раскрыты ключевые отличительные признаки права аренды от права краткосрочного пользования землями сельскохозяйственного назначения. Обоснованно практическую необходимость в правовом урегулировании права краткосрочного пользования землями сельскохозяйственного назначения.

Ключевые слова: обязательственное право, вещное право, право пользования землей, право аренды земли, земли сельскохозяйственного назначения.

Iurchenko Ellina. The legal temper of lease right and the right of short-term agricultural land use in Ukraine

The article analyzes the scientific approaches to the determination of the legal temper of the agricultural land lease right as a property and obligations right. Features of regulation the lease right as a property law in the legislation of Ukraine are investigated. The key features of the lease right and the right of short-term agricultural land use are disclosed. Author substantiates the necessity of legal regulation of the right of short-term agricultural land use.

Key words: obligations right, property right, land use right, land lease right, agricultural land.

Питання визначення юридичної природи права оренди земель сільськогосподарського призначення залишається актуальним у вітчизняній доктрині земельного права. На сучасному етапі право оренди земель сільськогосподарського призначення в Україні має всі ознаки речового права та підлягає державній реєстрації. З однієї сторони, це гарантує та захищає права орендаря. З другої сторони, набувають поширення випадки короткострокового сільськогосподарського землекористування, яке за змістом може бути повністю подібним до права оренди землі, проте механізм державної реєстрації права такого виду права землекористування є обтяжливим для сторін та не має практичної необхідності. Тому актуальним є з'ясування юридичної природи права орендного та права короткострокового користування землями сільськогосподарського призначення з метою їх розмежування на сучасному етапі розвитку земельних відносин в Україні.

У науці земельного права України питання юридичної природи права користування землями сільськогосподарського призначення досліджували А. Г. Брунь, Н. В. Ільків, І. І. Каракаш, Т. О. Коваленко, П. Ф. Кулинич, А. М. Мірошниченко, В. В. Носік, А. І. Ріпенко, О. В. Розгон, Н. І. Титова, М. В. Шульга та інші науковці. Позитивно оцінюючи надбання цих вчених, вважаємо, що в умовах формування

ринку прав користування землями сільськогосподарського призначення питання щодо правової природи права оренди землі та інших видів права сільськогосподарського землекористування потребує подальшого дослідження.

Історично, ще з часів римського права, право оренди мало зобов'язальний характер¹. Проте на сучасному етапі розвитку земельного та цивільного законодавства України право оренди земель сільськогосподарського призначення регулюється як речове право. В науці земельного права України А. М. Мірошниченко та А. І. Ріпенко стверджують, що право оренди землі за чинним законодавством України є речовим правом, адже підлягає державній реєстрації. Крім того, праву оренди землі в Україні притаманні такі ознаки як виключність, абсолютність, відчужуваність, право слідування тощо. Таке перетворення права оренди землі в речове право, на думку авторів, є шкідливим, оскільки заважає використанню земельної ділянки на підставі необмеженого кола зобов'язальних прав².

У цивільно-правовій науці є різні підходи до визначення юридичної природи права оренди землі. Так, О. В. Розгон стверджує, що широке розуміння сутності обмеженого речового права як користування чужою річчю надало можливість для ствердження, що і оренда є обмеженим речовим правом. Принциповою відмінністю права оренди від речового права є лише платність і строковість³.

На думку А. Г. Брунь право оренди земельної ділянки має подвійну правову природу, оскільки у випадку порушення орендодавцем права користування або володіння орендаря, мова буде йти про порушення умов договору, а, отже, позов про усунення порушення права орендаря буде носити зобов'язально-правовий характер⁴. Тобто, при укладанні договору оренди земельної ділянки між сторонами виникають зобов'язальні права, проте з моменту реєстрації права оренди у орендаря виникає речове право щодо земельної ділянки, що надає йому можливість самостійно вступати у правовідносини з третіми сторонами, заставляти право оренди, відчужувати його, вносити до статутного капіталу тощо.

Перетворення права оренди земельної ділянки із зобов'язального у речове призвело до існування на практиці обтяжливого механізму встановлення права оренди чи суборенди на сільськогосподарські землі. Щоб його уникнути, товарні сільськогосподарські виробники

застосовують правові механізми обміну правами користування земельними ділянками, реалізують інвестиційні проекти, об'єктами яких є права користування землями сільськогосподарського призначення, і таким чином консолідують сільськогосподарські землі з метою їх раціонального використання. За своєю правовою природою договори, якими оформлюються зазначені правовідносини, мають зобов'язально-правовий характер. Сторони зобов'язані раціонально та за цільовим призначенням використовувати земельні ділянки, дотримуватись вимог земельного та екологічного законодавства. Обмін правами користування земельними ділянками має переважно безоплатний характер, що не узгоджується із ознаками права орендного землекористування. Такі договори укладають на короткий строк – як правило, на один виробничий цикл або строк дії інвестиційної програми, що також не відповідає вимогам земельного законодавства щодо мінімального строку оренди земель сільськогосподарського призначення. Договори та набуті відповідно до них права сільськогосподарського землекористування не підлягають державній реєстрації.

В зарубіжних країнах існує практика укладання дозвільних договорів (*contractual license arrangements*), які полягають у тому, що землевласник за умовами договору надає земельну ділянку сільськогосподарського призначення для виконання на ній усіх або окремих сільськогосподарських робіт. Таким договором передбачається надання прав на землю, як правило, для доступу до землі з метою здійснення певних сільськогосподарських робіт⁵.

На нашу думку, було б доцільно законодавчо передбачити в Україні такий вид права короткострокового користування сільськогосподарськими землями, яке буде регулюватися як зобов'язальне право та не підлягатиме державній реєстрації. В такому випадку землевласник буде зобов'язаний передати землекористувачу земельну ділянку сільськогосподарського призначення, а землекористувач – виконувати дії, передбачені договором. За договором короткострокового землекористування можна передавати в користування земельні ділянки для сінокошення та випасання худоби, земельні ділянки для садівництва з метою вирощування сільськогосподарських культур, земельні ділянки для городництва та земельні ділянки для ведення підсобного господарства. Тобто, сільськогосподарське землекористу-

вання за таким договором матиме непідприємницький характер. На нашу думку, описаний вище правовий механізм застосування зобов'язального права при користуванні сільськогосподарськими землями сприятиме консолідації земель товарними сільськогосподарськими виробниками та розвитку ринку земель сільськогосподарського призначення. Адже, як зазначають А. М. Мірошниченко та А. І. Ріпенко, є недоцільним використання громіздкого та дорогого механізму встановлення речового права щодо короткострокового землекористування, наприклад, для розміщення пасіки тощо⁶. За зобов'язальним правом користувач не має будь-яких вимог до третіх осіб, а тягар реалізації права вимоги, зокрема і в суді, покладається на власника земельної ділянки. Крім того, сторони не повинні реєструвати таке право. Це є доречним, наприклад, коли сторона надає свою земельну ділянку сільськогосподарського призначення іншій особі для проведення робіт із обробітку земель або збирання врожаю⁷.

Короткострокове користування землями сільськогосподарського призначення може здійснюватись в інтересах землевласника та/або в інтересах землекористувача. Якщо землевласник надає в короткострокове користування земельну ділянку для задоволення власних потреб, а землекористувач тільки виконує обумовлені договором дії на земельній ділянці та не має особистої вигоди від використання земельної ділянки, то варто законодавчо передбачити безоплатну форму такого виду права землекористування. Пропоновані нами положення щодо безоплатної форми короткострокового користування землями сільськогосподарського призначення не можна врегулювати законодавчими приписами про право оренди земельної ділянки, істотною ознакою якого є оплатність, що передбачено ч. 1 ст. 759, ч. 1 ст. 792 Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р., ч. 1 ст. 93 ЗК України, ст. 1 Закону України «Про оренду землі» від 6 жовтня 1998 р. Тому необхідно внести зміни до ст. 206 Земельного кодексу України від 25 жовтня 2001 р. (далі – ЗК України), яка імперативно встановлює платність землекористування в Україні, та передбачити також безоплатне землекористування. Адже на думку А. М. Мірошниченко та Ю. Ю. Попова, положення ст. 206 ЗК України щодо платності землекористування обмежують право власності і її скасування сприятиме обороту земель⁸.

Якщо земельна ділянка використовується в інтересах землекористувача, то за бажанням сторін таке землекористування може мати також платний характер. Плата за користування може виплачуватись у грошовій чи натуральній формі. У випадку, коли земельна ділянка використовується в інтересах землевласника і землекористувача, то доцільно при визначенні плати за землекористування враховувати рівень внесення факторів виробництва⁹.

Враховуючи характер сільськогосподарських робіт, можна зробити висновок, що вони мають сезонний характер, а отже договори короткострокового користування землями сільськогосподарського призначення, на яких будуть виконуватись такі роботи, матимуть строк від кількох місяців до року. Тому, на наш погляд, буде не ефективним застосовувати до такого виду сільськогосподарського землекористування норм щодо державної реєстрації права, адже, не зважаючи на спрощення процедури реєстрації речових прав, сторони втратять достатньо часу на виконання всіх процедурних дій. В такому випадку передача в користування земельної ділянки може бути не доцільною. Окрім того, сторони витратять кошти на реєстрацію права короткострокового землекористування, яке не має на меті отримання прибутку.

Враховуючи особливості та цілі укладання договору короткострокового користування землями сільськогосподарського призначення, вважаємо вдалим застосування усної форми щодо такого договору, якщо сторонами є фізичні особи та договір має безоплатний характер. За бажання сторін договір може бути укладений в письмовій формі. Якщо стороною договору є юридична особа, державні органи чи органи місцевого самоврядування, то договір повинен обов'язково укладатись в письмовій формі.

Узагальнюючи викладене вище можна зробити висновки про практичну необхідність у різному правовому регулюванні:

1) *права короткострокового користування землями сільськогосподарського призначення* сільськогосподарськими товаровиробниками з метою: а) консолідації розпайованих земельних ділянок; б) забезпечення раціонального обробітку земель протягом одного виробничого циклу; в) вирощування сільськогосподарських культур для задоволення власних продовольчих потреб; г) виконання певних робіт на земельній ділянці тощо. Таке право повинно законодавчо регулю-

ватись як зобов'язальне, що позбавить сільськогосподарських товаровиробників обтяжливих процедур реєстрації речового права орендного землекористування та буде сприяти розвитку ринку прав користування землями сільськогосподарського призначення;

2) *права оренди сільськогосподарських земель* для ведення товарного сільськогосподарського виробництва, фермерського господарства, особистого селянського господарства строком від 7 років. Право довгострокового орендного землекористування забезпечить можливості орендарів, якими є переважно сільськогосподарські товаровиробники, самостійно вступати у правовідносини з третіми сторонами, заставляти право оренди, відчувувати його, вносити до статутного капіталу, тим самим залучати нові інвестиції у сільськогосподарське виробництво. У випадку оренди сільськогосподарських земель сільськогосподарськими товаровиробниками для здійснення підприємницької діяльності, інтерес у вирішенні спорів з третіми особами щодо орендованої земельної ділянки, як правило, виникає у орендарів, тому державна реєстрація права оренди землі забезпечує їх гарантії в реалізації та захисті земельних прав.

1. Новицький І. Римське право: підручник. Москва, 1997. С. 151-152.
2. Мірошніченко А. М., Ріпенко А.І. Зобов'язальні права користування земельною ділянкою // Право України. 2012. № 7. С. 42-47.
3. Розгон О. В. Межа та обмеження права власності: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2005. С. 152-154.
4. Брунь А. Г. Договір аренди земельних участків сільськогосподарського призначення: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2003. С. 46.
5. Good Practice Guidelines for Agricultural Leasing Arrangements. URL: <http://www.fao.org/docrep/004/Y2560E/Y2560E00.HTM>
6. Мірошніченко А. М., Ріпенко А.І. Цит. праця. 7. – С. 42-47.
7. Мірошніченко А. М., Попов Ю.Ю. Зобов'язальне право найму (оренди) та інше використання чужих земельних ділянок від імені володільця у зобов'язальних відносинах // Вісник Вищої ради юстиції. 2012. № 4 (12). С. 82.
8. Там само. С. 81.
9. Good Practice Guidelines for Agricultural Leasing Arrangements. URL: <http://www.fao.org/docrep/004/Y2560E/Y2560E00.HTM>

Iurchenko Ellina. The legal temper of lease right and the right of short-term agricultural land use in Ukraine

The issue of the definition of the legal nature of the agricultural land lease right remains relevant in the national land law doctrine. Historically, since the Roman law, the lease was obligations right. At present the agricultural land lease in Ukraine has all the features of property right and is a subject of state registration. This guarantees and protects the rights of the tenant. However, farmers use legal

mechanisms to exchange land use rights, implement investment projects, objects which are the agricultural land use right, thus consolidate agricultural land for their efficient use and to avoid burdensome procedure of state registration of the lease. Such agreements have obligations legal character. Nowadays cases of short-term agricultural land use are becoming more common. Elucidation of the legal nature and separation of the lease and the right short-term agricultural land use are important at the present stage of scientific development of the land law.

The right of agricultural land lease for 7 years period for commodity agricultural production, farming, subsidiary farming provides opportunities tenants, which are primarily agricultural commodity producers, enter into legal relations with third parties alone, pledge right to lease, dispose of it, to make the charter capital, thus attract new investments in agricultural production. If the agricultural land leases for business activity, the interest in resolving disputes with third parties on leased land usually occurs in tenants, so the state registration of land lease provides them with a guarantee and protect land rights.

In our opinion, the right short-term agricultural land use would be appropriate to legislate in Ukraine, this right is governed by an obligations right and not be subject of state registration. In this case, the landowner will be obliged to transfer to land user land for agricultural purposes, and the tenant will be obliged to perform actions provided by the agreement. For short-term agricultural land use contract can be transferred to the use of land for haying and grazing, land for gardening with the purpose of growing crops, land for gardening and land plots for subsistence farming. That agricultural land use under such agreement will be non-commercial in nature. The right of short-term agricultural land use by agricultural producers can be for land plots consolidation, ensuring sustainable cultivation of land within a production cycle of growing crops to satisfy their own food needs, performing certain work on the land and so on.

Key words: obligations right, property right, land use right, land lease right, agricultural land.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО, КРИМІНАЛЬНИЙ
ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА

УДК 340.12

В. І. ТИМОШЕНКО

**СОЦІАЛЬНА СУТНІСТЬ ЗЛОЧИННОСТІ
І ЗЛОЧИНУ У ВЧЕННІ Г. ТАРДА
(З ІСТОРІЇ ПОЛІТИЧНОЇ І ПРАВОВОЇ ДУМКИ)**

Розглядається вчення французького соціолога і кримінолога Г. Тарда, який досліджував злочин і злочинність у взаємозв'язку з еволюцією суспільства та суспільних відносин, акцентував увагу на вивченні особистості злочинця та причин злочину. Висвітлюються обґрунтовані Г. Тардом «закони наслідування», звертається увага на особливості поведінки натовпу, визначені Г. Тардом. Порушується проблема нейтралізації злочинності.

Ключові слова: злочин, злочинність, наслідування, суспільство, натовп.

Тимошенко В. И. Социальная сущность преступности и преступления в учении Г. Тарда (Из истории политической и правовой мысли)

Рассматривается учение французского социолога и криминолога Г. Тарда, который исследовал преступление и преступность во взаимосвязи с эволюцией общества и общественных отношений, акцентировал внимание на изучении личности преступника и причин преступления. Освещаются обоснованные Г. Тардом «законы подражания», обращается внимание на особенности по-

© ТИМОШЕНКО Віра Іванівна – доктор юридичних наук, професор, академік АН ВО України, головний науковий співробітник Національної академії внутрішніх справ

ведения толпы, отмеченные Г. Тардом. Поднимается проблема нейтрализации преступности.

Ключевые слова: преступление, преступность, подражание, общество, толпа.

Tymoshenko Vira. The social essence of criminality and crime in the doctrine of Gabriel Tarde (From the history of political and legal research)

The article considers the doctrine of a French sociologist and criminologist Gabriel Tarde, who studied crime and criminality in their interrelation with the evolution of the society and social relations, and focused attention on studying the criminal's personality and reasons for crime. 'Laws of imitation' substantiated by Gabriel Tarde are highlighted, more attention is paid to peculiarities of crowd behavior in the light of Gabriel Tarde's theories, and the issue of neutralizing crime is discussed.

Key words: crime, criminality, imitation, society, crowd.

Наша держава нині переживає складні часи. Політична та економічна система України виявилась малоефективною, якщо оцінювати її з точки зору наявності умов для демократичного розвитку суспільства, для скорочення відставання від розвинутих країн світу. Причиною цього є відсутність інституційних та структурних реформ, які були успішно реалізовані іншими країнами. Сьогодні Україна має ряд викликів, кожен з яких можна назвати історичним за масштабами та значенням для майбутньої долі держави. Першість серед соціальних проблем, які виникли останнім часом в Україні, займає війна на сході країни, невдалі або незавершені реформи в усіх сферах суспільного життя, повна підпорядкованість основних ресурсів держави меншості, ігнорування соціальних проблем більшості, економічна криза, девальвація національної валюти, безробіття, зубожіння населення, корупція, – все це стимулює катастрофічне зростання злочинності. Особливу небезпеку складає корупція, що набула надзвичайного поширення. Вона перешкоджає проведенню соціально-економічного реформування, дискредитує не лише державні інститути в очах населення, а й нашу державність перед світовою спільнотою. Корупція впливає на правосвідомість населення, деформує її, тим самим стимулює злочинність.

Нині криміногенна ситуація є надто тривожною, громадяни виявились беззахисними перед криміналітетом. Масштаби цієї проблеми вже свідчать про реальну загрозу національній безпеці.

Успіхи у боротьбі зі злочинністю, безумовно, багато в чому залежать від ефективної діяльності держави і правоохоронних органів. Разом з тим вирішення цього завдання неможливе без виявлення соціальної сутності злочинності. Адже для того, щоб ефективно боротись з явищем, необхідно знати його сутність і причини виникнення.

Злочинність, як відомо, є історично мінливе, соціальне та кримінально-правове явище, що являє собою сукупність (систему) злочинів, скоєних у відповідній державі (регіоні) за той чи інший період часу. Головною, найбільш суттєвою ознакою в цьому визначенні є сукупність, сума злочинів. Злочинність породжується соціальними явищами і процесами, проявляється в масштабі всього суспільства, найповніше виявляє себе через масу злочинів.

Поняття ж злочину держава визначає у кримінальному законі. Так, згідно ч.1 ст.11 Кримінального кодексу України, злочином є передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину. Злочин – це завжди винне діяння осудного суб'єкта, який досяг певного віку, в якому він може усвідомлювати значення своїх вчинків і керувати ними. У сучасній науковій літературі також сформульовано загальносоціальне поняття злочину, який пропонується розглядати як загрозливе для соціальної системи порушення норм, найбільш важливих для суспільства, що тягне за собою відповідну реакцію з боку держави і суспільства. Втіленням такої реакції є покарання¹.

Дії людини, у тому числі її протиправна поведінка, значною мірою визначаються структурою особистості індивіда². Особистість є результатом складного процесу, в якому соціальне проявляється через внутрішні умови, біологічну природу людини. При цьому провідну роль відіграють соціальні засади, зокрема ті соціальні відносини, які властиві даному суспільству і входять у зміст особистості³. Злочинна поведінка не є лише результатом негативних впливів зовнішнього середовища на людину. У злочинній поведінці відображені і генетично зумовлені задатки і схильності, темперамент, характер і т.п. Зовнішні умови не прямо породжують злочинну поведінку. Вони зумовлюють внутрішній, духовний світ, психологію особистості, що, у свою чергу, стає самостійним і активним фактором, який опосередковує наступні впливи соціаль-

ного середовища на неї. Існує думка, що людина завдяки своїй духовності являє собою не лише істоту одиничну, вона також є індивідуальним втіленням загального. Звідси, на думку Л.В. Кондратюка, випливає, що все людство виявляється злочинним навіть тоді, коли злочин вчинив лише один його представник⁴. Виходячи із того, що людина є істотою не лише соціальною, але й духовною, Л.В. Кондратюк дійшов висновку, що підстави злочинної поведінки приховані в природі людини і не можуть бути зведені до суми зовнішніх умов.

Цікаві думки з цього приводу було висловлено нашими попередниками, відомими вченими-юристами, соціологами, чий досвід і наукові здобутки заслуговують на увагу. Адже дослідження та критичний аналіз ідей мислителів минулого допомагає краще зрозуміти і вирішити проблеми сьогодення. Одним із таких мислителів є Жан Габріель Тард (Tarde, Jean-Gabriel) (12.03.1843, Сарла – 13.05.1904, Париж) – французький соціолог і кримінолог, один із засновників суб'єктивно-психологічного напрямку в західній соціології.

Визнання у науковому світі Г.Тарду принесли його праці: «Les lois de l'imitation» (1890, «Закони наслідування»), «La foule criminelle» (1892, «Злочинний натовп»), «Logique sociale» (1895, «Соціальна логіка»), «La criminalité comparée» (1886, «Порівняльна злочинність»), «L'opinion et la foule» (1901, «Думка і натовп»), «Le contrevenant et l'infraction» (1906, «Злочинець і злочин»). Основна кримінологічна праця Г.Тарда – «La philosophie de la peine» (1890, «Філософія покарання»), в якій автор вдався до спроби розробити філософсько-психологічні основи притягнення до відповідальності.

Будучи прихильником соціологічного позитивізму, Г. Тард розглядав злочин і злочинність в історичному розвитку, у взаємозв'язку з еволюцією суспільства та суспільних відносин, акцентував увагу на вивченні особистості злочинця. Наголошував, що покарання злочинця полягає не у відплаті злом за зло, не в охороні права як вищої цінності, не у відновленні стабільності права, а в забезпеченні громадської безпеки, запобіганні злочинам, соціальному захисті від них. Основним критерієм, яким необхідно керуватися для досягнення цілей покарання, на його думку є особистість злочинця.

Г. Тард розробив соціально-психологічну теорію соціалізації особистості, що засновується на обґрунтованих ним «законах наслідування». Цю теорію було закладено в основу багатьох наукових підходів соціології, соціальної психології і кримінології ХХ ст. Могутньою, підсвідомою і таємничою рушійною силою, що лежить в основі всієї діяльності суспільства, включаючи й злочинність, є, за переконанням Г. Тарда, наслідування. Наслідування – це соціальна форма руху, завдяки якій думка передається від одного мозку до іншого. Чим ближче люди сходяться один з одним, тим більше вони один одного наслідують. Згідно Г. Тарду, суспільство є наслідуванням, оскільки лише завдяки наслідуванню воно підтримує свою цілісність. Зміни у суспільстві відбуваються з появою і поширенням ідей, відкриттів та винаходів і, як наслідок, зміною орієнтирів для наслідування. Вчений розглядав суспільство як сукупність однотипних, повторюваних дій індивідів. Аналізуючи механізм впливу середовища на особистість, дійшов висновку, що елементарний соціальний факт міститься не в межах одного мозку, а в зіткненні кількох. За словами С.М. Іншакова, характерною моделлю соціального у вченні Г. Тарда є взаємодія двох індивідів, один із яких наслідує іншого. У одному і тому ж суспільному середовищі накопичення соціальних впливів буває дуже різним: в одних переважає моральне запозичення від чесних людей, інші прагнуть наслідувати людей з вадами або злочинців. Тому, перш ніж намагатися зробити людину доброю, необхідно домогтися, щоб вона сама виявила бажання стати доброю, щоб це відповідало її інтересам. Досліджуючи при цьому логічні і нелогічні способи впливу, Г. Тард встановив, що особливу роль в якості каналів впливу відіграють такі соціальні процеси і явища, як мода, релігія, мистецтво, традиції, звичаї, моральність, право, наука, промисловість. Соціальне життя він розглядав як мінливий розподіл вірувань і бажань, які розповсюджуються за вказаними каналами⁵. Відповідно право – не більше ніж один із видів схильності людини до наслідування. Сучасні дослідники вважають недоліком теорії наслідування те, що в ній акт поведінки виводиться із усвідомленого мотиву, в той час як засвоєння нового зразка діянь починається найчастіше із зовнішніх, поверхових ознак, а вже потім свідомість додається до сформованого стереотипу дій.

До найбільш вдалих кримінологічних додатків «законів наслідування» Г. Тарда сучасна наука відносить його психологічні дослідження міжособистісної взаємодії у груповій злочинності: від простих форм співучасті до мафії і злочинів натовпу. Г. Тард приділяв велику увагу особливостям групової поведінки. Вважав, що в основі психологічної єдності натовпу лежить у першу чергу фізичний контакт, у натовпі особистість нівелюється. Характерними рисами представників натовпу називав: егоїзм, віру, пристрасть, наявність мети, «колективне самолюбство», односторонню наслідуваність, що позбавлена раціональності, дратівливість. Акцентуючи увагу на підвищеній схильності натовпу до правопорушень, Г. Тард піддавав сумніву його право на здійснення верховної політичної влади. Такий висновок відповідає його теоретичній передумові, що «у моральному і розумовому відношенні люди в натовпі стоять нижче, ніж будучи ізольовані», і, отже, «англієць, поза всяким сумнівом, незрівнянно більш прямий, чесний і шляхетний, ніж сама Англія»⁶. Більше того, для французького соціолога будь-які політичні рішення натовпу первинно неадекватні внаслідок міфологічності його свідомості. «Як міські, так і сільські натовпи однаково схильні до манії переслідування, величі, розумових галюцинацій», – писав він. Звідси випливає політичний висновок вченого, що «ніколи колективний розум, що виявляється в парламентах і конгресах, не може впоратися з розумом самого посереднього з членів, що складають ці установи». Якщо ж колективний розум стоїть нижче розуму індивідуального, якщо він є більш злочинним, то чи може маса визначати життя такого складного організму як політичні інститути. Такий контекст істотно коригує негативне ставлення французького мислителя до будь-яких масових рухів, насамперед до Великої Французької революції. Очевидно, в його основі лежало не тільки (і навіть не стільки) просте неприйняття революційного терору, скільки заперечення самої можливості маси говорити від імені нації, а тим більше, приймати на цій основі нові закони⁷.

Г. Тард послідовно розглядав злочинність саме як соціальний феномен. Дійшов висновку, що злочинність визначається соціальною організацією і цілком відповідає їй. Цей висновок пронизує всі кримінологічні роботи Г. Тарда. Вчений певним чином

підтримував антропологічний напрям у кримінології, разом з тим досить скептично ставився до багатьох висновків антропологів. Г. Тард писав: «Я не бачив жодного антропологічного типу, який би завжди заслуговував епітета злочинця. Отже, завжди можна сказати, що, яким би ні був злочинець, за інших умов він, можливо, був би чесною людиною і навіть героєм». У результаті всебічного аналізу анатомічних, фізіологічних, психологічних особливостей злочинців Г. Тард робить висновок про те, що «його (злочину) походження насамперед історичне, його пояснення насамперед соціальне»⁸. На думку Г. Тарда, ніхто не народжується, щоб вбивати, спалювати, красти у свого ближнього. Але існує таке поняття, як природні нахили, природні впливи, що можуть призвести як до злочину, оскільки вони є формою соціального впливу, так і до злочинності.

Розмірковуючи про соціальну природу злочинів, у «Порівняльній злочинності» Г. Тард наводить поширені на той час погляди на причини, що викликають злочини (одні бачили їх у вроджених якостях людей, інші – в особливостях клімату, місця проживання). Посилаючись на дані статистики, за якими високий рівень злочинності переважає у регіонах Франції та Італії з найбільш прохолодним кліматом, він спростовує точку зору, що жаркий клімат підсилює «жорстокі і криваві інстинкти». Г. Тард бере до уваги клімат, географічне положення, що нібито впливає на деяке «непряме збудження пристрастей», але вирішальну роль відводить «висоті цивілізації», яка «має більш безпосередній вплив». На його думку, злочинність у холодних гірських місцевостях вище, оскільки «гірські місцевості найменш цивілізовані».

Злочин, за Г. Тардом, являє собою окремий різновид поведінки, в основі якої лежать загальні закономірності людської активності. Цей висновок він обґрунтував у роботі «Злочинець і злочин». Чим більше людина відчуває, або вважає себе такою, що відокремилась від собі подібних завдяки своєму падінню або моральній смерті, тим більше вона небезпечна. Г. Тард розробив теорію професійного злочинця. Злочин – це ремесло, професійна справа. Професійний злочинець набув спеціальні навички і прийоми. Він довго вчився, осягаючи свою професію. У злочинця-професіонала свій жаргон, по відношенню до своїх колег він

поводиться відповідно до свого статусу, визначеного неофіційним кодексом поведінки.

Злочинець, на думку Г. Тарда, – це людина, яку суспільство, якщо воно життєздатне і правильно організоване, буває вимушене видалити із свого середовища. Злочинець є продуктом настільки ж соціальним, наскільки й природним. Можна сказати, що це – соціальний експеримент. За його словами, багато хто з наших негідників і шахраїв ніколи б не вбили і не вкрали, якщо б народились багатими, якщо б на них не впливали розбещені товариші. Разом з тим можна припустити, що серед осіб, які переслідуються судами за злочини невеликої тяжкості, є дійсно дуже небезпечні люди. Г. Тард дійшов висновку, що «природний злочин» і природжена злочинність – це різні речі і перше не може слугувати поясненням для другого. Якщо припустити, що існують антисоціальні за своєю природою індивіди, то мабуть їх вроджена злочинність в інші часи, в іншому середовищі і за інших умов їх життя могла проявитися у формах, які досить відрізняються від тих, в яких вона проявилась нині. Існує дуже небагато людей, які завжди і всюди здатні здійснювати злочини. Так само мало таких, які ніколи і ніде не вчинили б злочин. Величезна більшість складається з таких осіб, які залишаються чесними завдяки милості долі, або з таких, кого підштовхнув до злочину збіг обставин. Схильність до злочину є характерною для одних так само, як чесність для інших. Перше і друге впливає з природи людини, яка зумовлює або не зумовлює злочин, залежно від того, за яких умов вона розвивається і проявляється зовні, поступово з'ясовуючись для самого індивіда і осіб, які його оточують⁹.

Цікавими є роздуми Г. Тарда щодо закономірностей впливу цивілізації і революції на злочинність. Відблиском цивілізації, на його думку, є праця, еміграція і колонізація. Відблиском же революції є політичне збудження, страйк, повстання і повна видозміна форм, надто швидке переміщення сільських жителів у міста, неочікувані невдачі, перехід від нічого до повної політичної влади і навпаки. Г. Тард впевнений, що злочинці з'являються саме серед декласованих елементів. Серед міських рецидивістів виявляється немало осіб, які емігрували «з полів» не для роботи, а для того, щоб нічого не робити. Серед псевдо банкрутів і шахраїв немало

осіб, які збагатились за один день, причому не завдяки праці, а спекуляції, грі і політикоманії. Ліберальна влада завжди дозволяла злочинності зростати, а влада авторитарна, коли починала розхитуватись, дозволяла їй міцнішати. Отже, на злочинність впливає не природа влади, а її міцність¹⁰.

Посилаючись на свої закони наслідування, Г. Тард стверджував, що «дерево злочинності» росте зверху вниз шляхом наслідування-моди. Інакше кажучи, правлячу еліту він вважав законодавцем моди у сфері злочинних діянь. З одного боку, окремі діяння еліти розцінюються суспільством як легалізовані злочини. З іншого боку, сама еліта вважає злочинними насамперед такі діяння, які загрожують її становищу¹¹.

Розглядаючи проблему нейтралізації злочинності, Г. Тард доволі скептично оцінював просвітницькі тези про те, що праця, загальний добробут і освіта можуть бути превентивними соціальними ліками від злочинності. Адже поширення освіти і накопичення багатства якраз сприяє появі нових можливостей для збагачення, у тому числі і незаконного. Низький матеріальний рівень, незабезпеченість дійсно ведуть до зростання майнових злочинів, але зростання матеріального достатку само собою викликає за відповідних соціальних умов ще більш крайні форми злочинності. Так, аналізуючи дані кримінальної статистики за 50 років (1830-1880), він писав: «Але особливо збільшилася жадібність, здається, разом зі збільшенням народного добробуту»¹². З таким припущенням важко сперечатись. Не злидні, а багатство породжує злочинність. Дійсно, чим більше є матеріальних цінностей, які можна вкрасти, тим більше крадуть. Не кожному людину задовольняє роль спостерігача за добробутом інших. Зараз, нажаль, можемо спостерігати, що крадуть і в бідних і не лише цінності.

Г. Тард бачив шлях вирішення проблеми контролю злочинності у розширенні людського спілкування, в його глобалізації. Висновок досить оптимістичний. Не можна сказати, що він переконливо обґрунтований.

Важливою умовою профілактики злочинності він називав позитивну і конструктивну діяльність держави. Без сумніву, держава має виконувати свої функції як у сфері безпеки і правопорядку, так і в соціальній сфері. У боротьбі зі злочинністю ефективним може

бути лише комплексний вплив на всі сфери суспільного життя. Чим більше держава самоусувається від виконання своїх функцій, тим більш сприятливі умови для злочинності. Саме бездіяльність держави є основною детермінантою злочинності.

1. *Медведева М.А.* Социальная сущность наказания: автореф. дис. ... канд.филос.наук: 09.00.11; Государственное образовательное учреждение высшего профессионального образования «Башкирский государственный педагогический университет им. М. Акмульды». Уфа, 2009. URL: <http://chelovek-nauka.com/sotsialnaya-suschnost-nakazaniya#ixzz4QSAjxmj> 2. *Фром Э.* Бегство от свободы / пер. с англ. / общ. ред. П.С. Гуревича. Москва: Изд. группа «Прогресс», 1995. С. 234. 3. *Костицкий М.В.* Факторы, що характеризують особу злочинця // Філософські та психологічні проблеми юриспруденції: вибрані наук. пр. М.В.Костицкий; відп. ред. Н.В.Кушакова-Костицька. Чернівці: Рута, 2009. Кн. I. С.308. 4. *Кондратюк Л.В.* Антропология преступления (микрoкриминалогия). Москва: Изд-во НОРМА, 2001. С. 63. 5. *Инищакoв С.М.* Зарубежная криминология: учеб. пособ. Москва: Изд. группа Инфра-М - Норма, 1997. 374 с. URL: <http://legalportal.am/download/library/p175amahof1go058h6mhf7kvh3.pdf> 6. *Фененко А.В.* «Социология масс» Габриэля Тарда и её влияние на французскую консервативную мысль последней трети XIX века. URL: <http://www.hist.vsu.ru/cdh/Articles/06-03.htm> 7. *Тард Габриэль де.* Преступник и преступление [Текст]; Сравнительная преступность; Преступления толпы. Москва: Инфра-М, 2010. VII, [I], 389, [1] с. URL: <http://search.rsl.ru/ru/record/01007489413> 8. Там само. 9. Там само. 10. Там само. 11. *Тюгашев Е.А.* Криминологический оптимизм Г. Тарда // Вестник НГУ. Серия: Право. 2012. Т. 8, вып. 1. С.15-21. URL: <http://www.nsu.ru/xmlui/bitstream/handle/nsu/4217/02.pdf> 12. *Тард Габриэль де.* Преступник и преступление [Текст]; Сравнительная преступность; Преступления толпы. Москва: Инфра-М, 2010. VII, [I], 389, [1] с. URL: <http://search.rsl.ru/ru/record/01007489413>.

Tymoshenko Vira. The social essence of criminality and crime in the doctrine of Gabriel Tarde (From the history of political and legal research)

The article considers the doctrine of a French sociologist and criminologist Gabriel Tarde, one of the founders of subjective-psychological aspect in Western sociology. Being a supporter of sociological positivism, he viewed crime and criminality in a historical development, and in the interrelation with the evolution of the society and social relations, focusing attention on studying the criminal's personality and the reasons for crime. He emphasized that punishment consists in ensuring public safety, preventing crimes and offering social protection against them rather than in paying evil for evil, protecting law as a higher value or restoring the stability of law. The main criterion to take into account when achieving the goals of punishment is the criminal's personality.

Gabriel Tarde developed a social-psychological theory of socialization of a personality based on the 'laws of imitation' that he had substantiated. In the view of Gabriel Tarde, the powerful driving force on the basis of all activity within a society including criminality is imitation. The typical model of the social in Gabriel Tarde's doctrine is the interaction of two individuals, with one of them imitating the other. Gabriel Tarde studied logical and illogical ways of influence, and he established that a special role as influence channels belongs to such social processes and phenomena as fashion, religion, art, traditions, customs, morals, law, science and industry. In his view, social life was a changeable distribution of beliefs and wishes that are distributed through the above said channels. Accordingly, the law is nothing but another kind of human tendency for imitation.

Gabriel Tarde paid much attention to peculiarities of group behavior. He believed that the psychological unity of the crowd is primarily based on a physical contact and the personality is neutralized when in the crowd. According to him, the typical features of crowd members are egoism, faith, passion, a certain goal, "collective ambition", one-way imitability deprived of rationality, and irritability. Talking of increased tendency of the crowd to law-breaking, Gabriel Tarde doubted the crowd's right to perform supreme political government.

Gabriel Tarde concluded that criminality is determined by the social structure and is correspondent to it. In his opinion, no person is born to kill, burn or steal from another. Yet there are such things as a natural influence and a natural tendency that may result in a crime, as they are a form of social influence, and in criminality. A criminal is a social product as much as a natural one. This situation could be referred to as a kind of social experiment.

The article also analyzes Gabriel Tarde's thoughts about the regularities in the effects of civilization and revolution on criminality.

The issue of neutralizing criminality is also considered in the doctrine of Gabriel Tarde. He was rather skeptical of enlightenment theories that labor, overall well-being and education could be a preventive cure for crime. Gabriel Tarde saw the way to solving the problem of controlling criminality in extending human interaction and globalizing it. At the same time, he mentioned positive and constructive activities of the state as important conditions for criminality prevention framework.

Key words: crime, criminality, imitation, society, crowd.

РОЛЬ ТА МІСЦЕ МІНІСТЕРСТВА ЮСТИЦІЇ УКРАЇНИ В СИСТЕМІ СУБ'ЄКТІВ ВИКОНАВЧОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Досліджено правовий статус Міністерства юстиції України, його роль та місце у системі суб'єктів виконавчого провадження. Проаналізовано повноваження вказаного органу виконавчої влади, які він виконує в процесі реалізації державної політики у сфері примусового виконання рішень, та їх відповідність новим законодавчим актам у сфері виконавчого провадження. Охарактеризовано правові форми, які використовує Міністерство юстиції України в процесі контролю за сферою примусового виконання юрисдикційних рішень.

Ключові слова: виконавче провадження, повноваження, правовий статус, примусове виконання судових рішень, контроль.

Крупнова Л. В. Роль и место Министерства юстиции Украины в системе субъектов исполнительного производства

Исследовано правовое положение Министерством юстиции Украины, его роль и место в системе субъектов исполнительного производства. Проанализированы полномочия указанного органа исполнительной власти, выполняемые в процессе реализации государственной политики в сфере принудительного исполнения решений. Охарактеризованы правовые формы, используемые Министерством юстиции Украины в процессе контроля за сферой принудительного исполнения юрисдикционных решений.

Ключевые слова: исполнительное производство, полномочия, правовое положение, принудительное выполнение судебных решений, контроль.

Krupnova Lubov. Role and place of the Ministry of justice of Ukraine in the system of the subjects of executive proceedings

The peculiarities of legal status of the Department of the State Executive Service of the Main Regional Offices of the Ministry of Justice of Ukraine have been studied in the article. The author has analyzed the powers of the indicated subject of executive proceedings. The author has revealed the shortcomings in formalization of control and organizational authorities of the studied subject regarding private executors. It has been emphasized that the lack of such powers has negative consequences, in particular, executive districts actually remain without administrative supervision by the authorized subject.

Key words: executive proceedings, authorities, compulsory execution of judgments, legal status, control.

Управління окремою сферою адміністративно-процедурної діяльності вимагає чіткого визначення правового статусу суб'єкта, який відповідає за реалізацію державної політики у відповідній сфері та наділений комплексом спеціальних повноважень. У виконавчому провадженні, таким суб'єктом є Міністерство юстиції України (далі – Мінюст України). В умовах переходу від централізованої до комбінованої системи виконавчого провадження, особливого значення набуває проблема відповідності правового статусу вказаного органу вимогам Закону України «Про виконавче провадження» від 2 червня 2016 р. № 1404-VIII та Закону України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень та рішень інших органів» від 2 червня 2016 р. № 1403-VIII.

У вітчизняній юридичній науці окремим аспектам правового статусу Мінюсту України присвячені праці В. Б. Авер'янова, В. С. Гошовського, Н. А. Железняк, О. М. Литвинова, О. Ю. Рибаківа, Г. В. Рибікової, В. В. Топчій, В. О. Хоменко та інших вчених. Однак спеціального дослідження статусу Мінюсту України як суб'єкта виконавчого провадження не проводилося, що також підтверджує актуальність обраної теми дослідження.

Після прийняття нових законодавчих актів у сфері виконавчого провадження, постало питання узгодження структури органів виконавчої влади, відповідальних за реалізацію державної правової політики, зокрема тих, що забезпечують примусове виконання рішень. У цьому сенсі найбільш актуальною проблемою є визначення ролі та правового статусу Мінюсту України, адже саме цей орган відповідає за реалізацію політики у сфері примусового виконання рішень. На сьогодні законодавчі та підзаконні акти, які регламентують означені питання, є суперечливими, що і вказує на актуальність теми цього дослідження.

В. С. Гошовський зазначає, що одним із ланцюжків, який становить систему органів виконавчої влади є міністерства, на які, відповідно до чинного законодавства, покладені певні завдання та функції; вони наділені компетенцією з приводу втілення політики держави в різноманітних сферах суспільно-політичного життя країни, з приводу забезпечення конституційно проголошених прав, свобод та законних інтересів осіб, які проживають на території нашої держави¹. Така позиція науковця повністю відповідає ста-

тусу Мінюсту України, адже відповідно до Указу Президента України від 6 квітня 2011 р. № 395/2011 «Про затвердження Положення про Міністерство юстиції України», цей орган є відповідальним за реалізацію державної політики у сфері примусового виконання судових рішень та рішень інших органів².

Варто зазначити, що політика у сфері виконавчого провадження є лише складовою державної правової політики за реалізацію якої відповідає Мінюст України. Н. А. Железняк наголошує, що державна правова політика – це специфічна правова категорія, яка являє собою засновані на загальних та специфічних закономірностях розвитку національної правової системи принципи, стратегічні напрями та шляхи створення і реалізації правових норм, це діяльність суб'єктів політичної системи, спрямована на захист прав і свобод людини та громадянина³. Досліджуючи цю категорію, О. Ю. Рибаків визначає правову політику у вузькому розумінні як «вироблення і реалізацію тактики і стратегії при створенні й застосуванні права на загальних принципах гуманізму. У широкому розумінні – це діяльність передусім державних і муніципальних органів, громадських об'єднань, окремих осіб, включаючи систему ідей, цілей, заходів та способів, що забезпечують функціонування та відтворення правового механізму, яка спрямована на здійснення інтересів, прав та свобод особи у взаємодії з її обов'язками»⁴.

Існування державної правової політики є свідченням того, що право вже давно стало політичним інструментом, який використовується для забезпечення законності та дисципліни у державному управлінні. З огляду на це, суспільне призначення інституту виконавчого провадження, пов'язане з потребою упорядкування та узгодження діяльності суб'єктів у сфері правозастосування та правореалізації. Як показує історіографія інституту примусового виконання рішень, цей процес досить неоднозначно сприймався у суспільстві, що можна пояснити думкою відомого філософа І. Канта, який вважав, що право може бути як засобом обмеження свавілля, так і засобом зневаження волі людини.

В контексті специфіки виконавчого провадження, держава наділила Мінюст України колом специфічних завдань, до числа яких необхідно віднести:

– формування і забезпечення реалізації державної правової політики, політики у сфері адаптації законодавства України до законодавства ЄС;

– формування і забезпечення реалізації політики у сфері організації примусового виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб);

– здійснення загального управління у сфері надання безоплатної первинної правової допомоги та безоплатної вторинної правової допомоги;

– забезпечення представництва інтересів держави у судах України, здійснення захисту інтересів України у Європейському суді з прав людини, під час урегулювання спорів і розгляду в закордонних юрисдикційних органах справ за участю іноземних суб'єктів та України;

– експертне забезпечення правосуддя;

– протидія легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, та фінансуванню тероризму (щодо осіб, які надають юридичні послуги);

– здійснення міжнародно-правового співробітництва, забезпечення дотримання і виконання зобов'язань, узятих за міжнародними договорами України з правових питань⁵.

Реалізація вказаних завдань забезпечується використанням правових та організаційних форм діяльності. До числа таких форм слід зарахувати: нормотворчу діяльність та здійснення правової експертизи проектів нормативно-правових актів; планування за пропозиціями інших центральних органів виконавчої влади законопроектної роботи та роботи з адаптації законодавства України до законодавства ЄС; координацію нормотворчої діяльності центральних органів виконавчої влади та контроль за здійсненням такої діяльності; державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, територіальних органів виконавчої влади⁶. Стисло розглянемо зміст окремих правових форм.

1. Нормотворча діяльність та здійснення правової експертизи проектів нормативно-правових актів. Відомий вчений В. Б. Авер'янов з приводу цієї правової форми зазначає, що «нормотворчість цих органів є елементом механізму адміністративного

регулювання, що має підзаконний характер і в процесі якого відбувається формування загальнообов'язкових формально-визначених приписів і правил. Така діяльність є засобом організації та здійснення державного управління, однак при цьому процес нормотворчості сам врегульований правом. Нормотворчість є цілеспрямованою діяльністю, що триває в певних часових проміжках, містить внутрішні елементи – стадії нормотворчого процесу, включає сукупність певних процедур»⁷.

Відсутність нормативного визначення поняття «правова експертиза», змушує науковців активно дискутувати над цією правовою категорією. Дуже часто такі наукові пошуки призводять до формування авторських визначень, які до речі є доволі змістовними. Так, Г. В. Рибікова пропонує таке визначення: «правова експертиза нормативно-правових актів – це діяльність, яку здійснюють незалежні фахівці в галузі правознавства з метою оцінки форми, цілей, завдань, предмета правового регулювання, змісту норм, порядку прийняття і набрання чинності нормативно-правовими актами, компетенції суб'єктів правотворчості щодо прийняття цих актів на предмет їх відповідності нормативно-правовим актам вищої юридичної сили, вимогам юридичної техніки, принципам права, результатом якої є обґрунтований експертний висновок відповідно до поставлених завдань»⁸.

Необхідно підкреслити, що здійснення правової експертизи є чітко регламентованим процесом. Зокрема, Мінюстом України затверджені Методичні рекомендації щодо проведення правової експертизи проектів нормативно-правових актів, відповідно до яких завданнями такої експертизи є: об'єктивне і повне дослідження поданого на розгляд експертів проекту відповідно до предмета експертизи виходячи із загальносуспільних та загальнодержавних інтересів, засад побудови правової системи; розроблення у разі необхідності пропозицій щодо внесення до проекту або інших пов'язаних з ним нормативно-правових актів необхідних змін і доповнень; підготовка обґрунтованого експертного висновку з усебічною оцінкою проекту нормативно-правового акта⁹.

В контексті виконавчого провадження ця форма реалізується у вигляді видання нормативно-правових актів, регулюючих окремі

аспекти примусового виконання рішень та експертної оцінки законодавства у сфері виконавчого провадження. Прикладом нормотворчості Мініюсту України у сфері виконавчого провадження є Наказ від 21 жовтня 2016 р. № 3004/5 «Про затвердження Порядку здійснення контролю за діяльністю працівників органів державної виконавчої служби, приватних виконавців», у якому закріплено порядок перевірки діяльності вказаних осіб, виявлення порушень ними вимог чинного законодавства, а також застосування заходів реагування¹⁰.

2. Планування за пропозиціями інших центральних органів виконавчої влади законопроектної роботи та роботи з адаптації законодавства України до законодавства ЄС. Робота з адаптації законодавства України до законодавства Євросоюзу обумовлена зовнішніми зобов'язаннями України, які були визнані на міжнародному та національному рівнях. Зокрема, мова йде про Закон України від 18 березня 2004 р. № 1629-IV «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу», у якому закріплено механізм досягнення Україною відповідності третьому Копенгагенському та Мадридському критеріям набуття членства в Євросоюзі¹¹.

Результатом реалізації цієї правової форми є новий Закон України «Про виконавче провадження», у якому здійснено перехід від централізованої до комбінованої системи примусового виконання рішень. Підтвердженням цього є аналіз Звіту про виконання Порядку денного асоціації та Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, складений Урядовим офісом з питань європейської інтеграції, у якому зазначається, що прийняття вказаного Закону № 1404-VIII є заходом, передбаченим реформою системи правосуддя¹².

3. Координація нормотворчої діяльності центральних органів виконавчої влади та контроль за здійсненням такої діяльності. Передусім, це стосується нормативно-правових актів, які приймаються Кабінетом Міністрів України та іншими міністерствами у сфері примусового виконання юрисдикційних рішень. Значимо, що вказана правова форма віднесена до компетенції Мініюсту України відповідним Указом Президента України від 9 лютого 1999 р. № 145/99 «Про заходи щодо вдосконалення нор-

мотворчої діяльності органів виконавчої влади»¹³. На думку В. В. Топчій, координація є однією з головних управлінських функцій, зміст якої полягає у забезпеченні впорядкування взаємозв'язків і взаємодії між учасниками процесу управління з метою узгодження дій та об'єднання зусиль для вирішення загальних завдань¹⁴.

З приводу особливості вказаної правової форми О. М. Литвинов підкреслює, що «координація може здійснюватися за горизонталлю, між організаційно не підпорядкованими суб'єктами управління, і тоді формується організаційна структура міжгалузевого управління. Коли координація здійснюється серед підпорядкованих суб'єктів управління, вона стає однією з форм організації управлінських зв'язків у галузевому управлінні»¹⁵.

Відносно сфери примусового виконання рішень, згадана правова форма реалізується шляхом організації та планування Міністром України нормотворчої діяльності органів виконавчої влади з метою формалізації на підзаконному рівні окремих аспектів виконавчого провадження. У якості прикладу, слід розглянути спільний Наказ Міністерства фінансів та Мініюсту України від 13 грудня 2016 р. № 3639/5/1085 «Про затвердження Порядку надання інформації Державною фіскальною службою України на запити органів державної виконавчої служби та приватних виконавців», у якому визначено загальні правила подання органами державної виконавчої служби та приватними виконавцями запитів та надання Державною фіскальною службою України відповідей на такі запити з інформацією про реєстраційні номери облікових карток платників податків – боржників – фізичних осіб, а також рахунки, відкриті боржником – юридичною особою через свої філії, представництва та інші відокремлені підрозділи¹⁶.

4. Державна реєстрація нормативно-правових актів міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, територіальних органів виконавчої влади. Відносно цієї правової форми В. О. Хоменко зазначає, що в чинному законодавстві передбачена реєстрація лише тих актів, які прийняті органами виконавчої влади та зачіпають права, свободи і законні інтереси громадян¹⁷. Вбачається, що така теза є некоректною, адже більшість підзакон-

них актів органів виконавчої влади так чи інакше стосуються прав та свобод громадян, оскільки містять положення, що деталізують норми Конституції України, у тому числі і ті, що розкривають правовий статус людини і громадянина. Тому не варто акцентувати увагу на речах, які і так є очевидними.

Відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України від 28 грудня 1992 р. № 731, державна реєстрація нормативного акта полягає у проведенні правової експертизи на відповідність його Конституції та законодавству України, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року і протоколам до неї, міжнародним договорам України, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, та *acquis communautaire*, антикорупційної експертизи, а також з урахуванням практики Європейського суду з прав людини, прийнятті рішення про державну реєстрацію цього акта, присвоєнні йому реєстраційного номера та занесенні до Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів. Здійснення державної реєстрації нормативно-правових актів органів виконавчої влади віднесено до компетенції Мінюсту України¹⁸.

Власними актами, Мінюст України врегулював окремі особливості вказаної процедури, зокрема, Наказом від 19 січня 2012 р. № 93/5 «Про затвердження Порядку проведення органами юстиції перевірок стану додержання законодавства про державну реєстрацію нормативно-правових актів», було визначено механізми здійснення таких перевірок на рівні міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва та Севастополя¹⁹.

Враховуючи те, що Мінюст України є органом, який відповідає за реалізацію державної політики у сфері примусового виконання рішень, досліджені вище правові форми реалізуються переважно відносно його діяльності (організаційно-розпорядчої та нормотворчої). Варто зазначити, що цей орган посідає одне з провідних місць у системі суб'єктів виконавчого провадження, адже увібрав у себе ключові ознаки галузевого органу виконавчої влади. Підтвердженням цього є структура вказаного органу, яка побудована таким чином, щоб забезпечувати цілісність системи

виконавчого провадження, елементи якої, позиціонуються як структурні складові Мінюсту України.

Під час дослідження з'ясовано, що правонаступництво Мінюсту України повинно було забезпечити консолідацію повноважень і відповідальності за здійснення державної політики у сфері примусового виконання рішень. На практиці Мінюст України лише підпорядкував собі існуючу раніше систему органів і частково прийняв нову нормативно-правову основу їх діяльності. Тому очевидним є те, що обіцяне реформування системи виконавчого провадження є формальним і на сьогодні обмежується запровадженням інституту приватних виконавців.

Перспективним напрямом наукового дослідження є аналіз правосуб'єктності Мінюсту України, як суб'єкта виконавчого провадження. Саме означена категорія розкриває ефективність та поліфункціональність механізмів контролю та нагляду за діяльністю суб'єктів нижчого рівня та суб'єктів, які мають у сфері примусового виконання рішень делеговані повноваження.

1. Гошовський В. С. Роль міністерств в системі органів виконавчої влади // Публічне право. 2013. № 1 (9). С. 78. **2. Про затвердження Положення про Міністерство юстиції України:** Указ Президента України від 6 квітня 2011 р. № 395/2011 // Офіційний вісник України. 2011. № 38. **3. Железняк Н.А.** Правові та організаційні форми діяльності Міністерства юстиції України у здійсненні державної правової політики (теоретичні та практичні питання): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ: Київ. нац. економ. ун-т, 2004. С. 34. **4. Рыбаков О. Ю.** Правовая политика как юридическая категория: понятие и признаки // Журнал российского права. 2002. № 3. С. 71. **5. Про затвердження Положення про Міністерство юстиції України:** Указ Президента України від 6 квітня 2011 р. № 395/2011 // Офіційний вісник України. 2011. № 38. **6. Железняк Н.А.** Цит. праця. С. 97. **7. Виконавча влада і адміністративне право / за заг. ред. В. Б. Авер'янова.** Київ: Вид. Дім «Ін-Юре», 2002. С. 150. **8. Рибікова Г. В.** Поняття та ознаки правової експертизи нормативно-правових актів // Молодий вчений. 2015. № 4. С. 147. **9. Щодо проведення правової експертизи проєктів нормативно-правових актів:** Рекомендації Міністерства юстиції України від 21 листопада 2000 р. № 41. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/va041323-00>. **10. Про затвердження Порядку здійснення контролю за діяльністю працівників органів державної виконавчої служби, приватних виконавців:** наказ Міністерства юстиції України від 21 жовтня 2016 р. № 3004/5 // Офіційний вісник України. 2004. № 42. **11. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу:** Закон України від 18 березня 2004 р. № 1629-IV // ВВР України. 2004.

№ 29. Ст. 367. **12.** *Про виконання Порядку денного асоціації та Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом* : звіт Урядового офісу з питань європейської інтеграції Секретаріату Кабінету Міністрів України за січень-травень 2016 року. URL: file:///C:/Users/Admin/Downloads/AA_GOEI_REPORT_%205%20m%202016_final_060616.pdf. **13.** *Про заходи щодо вдосконалення нормотворчої діяльності органів виконавчої влади*: Указ Президента України від 9 лютого 1999 р. № 145/99 // Офіційний вісник України. 1999. № 6. **14.** *Топчий В. В.* Взаємодія та координація в діяльності органів внутрішніх справ з виявлення та розкриття злочинів // Наук. вісник Ужгородського нац. ун-ту. 2015. № 30. С. 168. **15.** *Литвинов О. М.* Адміністративно-територіальна координація діяльності суб'єктів профілактики злочинів на місцевому рівні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Харків: ХНУВС, 2002. С. 87. **16.** *Про затвердження Порядку надання інформації Державною фіскальною службою України на запити органів державної виконавчої служби та приватних виконавців*: наказ Міністерства фінансів та Міністерства юстиції України від 13 грудня 2016 р. № 3639/5/1085 // Офіційний вісник України. 2016. № 101. **17.** *Хоменко В. О.* Процедура прийняття нормативних актів органами місцевого самоврядування // Наук. вісник Ужгородського нац. ун-ту. 2015. № 34. С. 146. **18.** *Про затвердження Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади*: постанова Кабінету Міністрів України від 28 грудня 1992 р. № 731 // Урядовий кур'єр. 1992. № 27. **19.** *Про затвердження Порядку проведення органами юстиції перевірок стану додержання законодавства про державну реєстрацію нормативно-правових актів*: наказ Міністерства юстиції України від 19 січня 2012 р. № 93/5 // Офіційний вісник України. 2012. № 5.

Krupnova Lubov. Role and place of the Ministry of justice of Ukraine in the system of the subjects of executive proceedings

The legal status of the Ministry of Justice of Ukraine, its role and place in the system of the subjects of executive proceedings has been studied in the article. The authorities of the indicated agency of executive power that it performs in the process of the implementation of the state policy in the sphere of compulsory execution of the decisions have been analyzed. The author has characterized legal forms that are used by the Ministry of Justice of Ukraine in the process of control over the sphere of compulsory execution of the jurisdictional decisions. These legal forms include: rule-making activities and implementation of legal examination of the drafts of normative and legal acts; planning considering the propositions of other central executive authorities and the drafting work and the work on the adaptation of the legislation of Ukraine to the European Union; coordination of law-making activities of the central executive authorities and the monitoring over such activities; the state registration of normative and legal acts of the ministries, other central executive authorities, local executive authorities. The powers of the Ministry of Justice of Ukraine concerning their compliance with the new legislative acts in the field of executive proceedings have been analyzed. Special

attention has been paid to the fact that the succession of the Ministry of Justice of Ukraine had to ensure the consolidation of the authorities and responsibility for the implementation of the state policy in the sphere of compulsory execution of the decisions. In reality, the Ministry of Justice of Ukraine has only took control over the earlier existing system of the agencies and partially has adopted a new normative and legal basis of their activities. Therefore, it is evident that the promised reform of the system of executive proceedings is formal and is now limited by the introduction of the institution of private executors.

Key words: executive proceedings, authorities, compulsory execution of judgments, legal status, control.

УДК 340.116

О. П. СТЕПАШКО

ОСНОВНИ ВЕКТОРИ АНТИКОРУПЦІЙНОЇ ПОЛІТИКИ В США

Комплексно досліджено питання боротьби з корупційними проявами. В статті наведені ключові вектори спрямованості державницької політики у антикорупційній сфері, зокрема положення ключових нормативних актів правового регулювання та спеціалізованих органів боротьби з корупцією.

Ключові слова: корупція, антикорупційна стратегія, етичні правила, привілеї.

Stepashko A. P. Основные векторы антикоррупционной политики в США

Комплексно исследованы вопросы борьбы с коррупционными проявлениями. В статье приведены ключевые векторы направленности государственной политики в антикоррупционной сфере, в частности положения ключевых нормативных актов правового регулирования и специализированных органов по борьбе с коррупцией.

Ключевые слова: коррупция, антикоррупционная стратегия, этические правила, привилегии.

Stepashko Oleksandr. Basic vectors corruption policy in the USA

The author comprehensively studied the fight against corruption. The article presents the key vectors statist orientation anti-corruption policy, including provision of key law regulations and specialized bodies to combat corruption.

Key words: corruption, anticorruption strategy, ethical rules, privileges.

Корупція та її прояви у вигляді корупційних злочинів у сфері кримінального права та правопорушень, пов'язаних з корупцією, у галузі адміністративного права, вже давно стала звичним явищем у повсякденному житті українців.

Корупція у державному і приватному секторах набула значного розвитку, глибоко пустивши коріння у всіх сферах суспільно-політичного життя. Найтяжчі наслідки корупція спричиняє у політичній сфері.

Більше половини респондентів за результатами опитування 2016 року вважали, що корупція збільшилася за останні три роки, з найбільшим зростанням, що цікаво, виходячи з відповідей респондентів, у Європейському Союзі (приріст становив 73 %), країн Північної Америки (67%).

США за показниками Transparency International у 2016 році посіли 18 місце, отримавши 74 бали, порівнюючи з 2015 роком, коли країна набрала 76 балів, індекс США знизився. Проте Сполучені Штати Америки продовжують залишатися країною зі стабільною системою боротьби та запобігання корупції.

Багато країн почали створення регіональних коаліцій із боротьби з корупцією та ініціативи прозорості, антикорупційних ініціатив низки міжнародних організацій. Зокрема, в США дієвим засобом боротьби з корупцією є ЗМІ, як і програми державного тактичного та стратегічного характеру, що мають вирішальне значення для протидії проявам хабарництва, клептократії, фаворитизму та інших видів корупційних діянь. Проте без комплексного підходу всі спроби не можуть бути ефективними.

Питання боротьби з корупцією висвітлювали у своїх працях Б. Боніє, Л. Гроот, Е. Джеймс, Дж. Джонсон, М. Катенберг, Е. Клейтон, С. А. Потьомкін, Дж. Рінгут, Б. Унгер, Дж. Уолкер, Дж. Ферверд, Г. Хінерк, Є. Невмержицький, І. Чемерис та ін. Проте окремі аспекти поставленої нами проблеми не були висвітлені достатньою мірою.

У США на тлі постійного зростання ризику вчинення корупційних злочинів відбулося формування цілого механізму протидії корупційним проявам у державному секторі. Саме тут створили не тільки систему заходів адміністративно-правового характеру, спрямованих на припинення корупції, а й постійно відбувається презентація міжнародних ініціатив у даній сфері.

Уперше термін «корупція» згадується у федеральному законі США від 25 червня 1948 р., який затвердив «Федеральні правила кримінального судочинства»¹.

Крім цього, визначення корупції та відповідальності за неї викладено в главі 11 «Підкуп, незаконні доходи і конфлікт інтересів» титулу 18 Зводу законів США. Стаття 201 названої глави встановлює кримінальну відповідальність за пропозицію, обіцянку і дачу хабара в обмін на вчинення незаконних дій посадовою особою (так званий «активний підкуп»)².

Пункт (b) цієї статті передбачає відповідальність державної посадової особи, яка «прямо або побічно вимагає в якості підкупу, домагається, отримує, приймає або погоджується отримати або прийняти будь-яку цінність особисто або для іншої особи або організації» в обмін на якісь або незаконні дії або бездіяльність по службі («пасивний підкуп»)³.

З метою стимулювання працівників державного апарату виявляти факти корупції в організаціях, де вони працюють, і повідомляти про них компетентним особам у США був прийнятий Акт про захист інформаторів (The Whistleblower Protection Act)⁴.

З метою запобігання і протидії корупції в США також створили комітети Сенату і Палати представників Конгресу США, Комітет етики при уряді, а головним координаційним відомством із боротьби з корупцією є Міністерство юстиції. Це відомство поєднує функції міністерства внутрішніх справ, юстиції і прокуратури.

Також боротьбою з корупцією займаються близько 700 агентів ФБР по всій країні. Що стосується розслідування фактів корупції у державному апараті штату і на місцевому рівні, то цим займаються органи поліції штату і генеральний аторней штату. Вони не підкоряються федеральним органам поліції і звинувачення, хоча можуть із ними співпрацювати.

Головним вектором антикорупційної стратегії США є профілактика корупції у системі державної служби. Антикорупційна стратегія за основу взяла адміністративну мораль, що являє собою етичні та дисциплінарні норми.

Зокрема, вимоги Кодексу етики урядової служби, які висуваються до високопосадовців, постають у такому трактуванні:

1) ставити відданість моральним принципам і державі вище відданості особам, партії або державним органам;

2) виконувати Конституцію, закони США, постанови органів влади і ніколи не підтримувати тих, хто ухиляється від їх виконання;

3) працювати весь трудовий день за встановлену плату, докладаючи необхідних зусиль і думки для виконання своїх обов'язків;

4) знаходити і застосовувати найбільш ефективні й економічні способи вирішення поставлених завдань;

5) ніколи не вдаватися до дискримінації, надаючи будь-кому спеціальні блага або привілеї як за винагороду, так і без неї, не брати для себе і своєї сім'ї блага або подарунки за обставин, які можуть бути витлумачені як вплив на виконання посадових обов'язків;

6) не давати жодних обіцянок, що стосуються посадових обов'язків, оскільки державний службовець не може виступати як приватна особа при виконанні державної посади;

7) не вступати ні прямо, ні побічно в комерційні відносини з Урядом, якщо це суперечить сумлінному виконанню посадових обов'язків;

8) ніколи не використовувати конфіденційну і службову інформацію для отримання особистої вигоди;

9) розкривати випадки корупції при їх виявленні;

10) дотримуватися цих принципів, усвідомлюючи, що державна посада є вираженням суспільної довіри⁵.

Крім цього закону, був виданий наказ США № 12731 «Принципи етики поведінки посадових осіб і службовців державного апарату», який доповнив його. Ці принципи були поширені не тільки на чиновників вищого рангу, а й на всіх державних службовців⁶.

Відповідно до цих принципів державні службовці:

- не повинні брати участі у фінансових операціях, при проведенні яких передбачається використання закритої урядової інформації або використання такого роду інформації в особистих цілях;

- не можуть в якій би то не було формі заохочувати підношення або приймати подарунки від будь-яких осіб або групи осіб,

які домагаються від них здійснення будь-яких офіційних дій, що мають разом з ними будь-які спільні справи або здійснюють діяльність, регульовану органом, в якому працюють ці службовці;

- не приймати подарунки від осіб, інтереси яких залежать від виконання або невиконання цими службовцями своїх посадових обов'язків;

- зобов'язані доповідати «до відповідних інстанцій про всі помічені випадках руйнування власності, обману, зловживання і корупції».

Стежать за дотриманням цих правил, як правило, спеціально створені комісії, які здійснюють службові розслідування.

Такі комісії передбачають застосування щодо чиновників таких заходів впливу:

- часткова або повна дискваліфікація;
- переведення на нижчу посаду;
- пропозиція припинити «конфліктні» фінансові зв'язки.

Поряд із цією інституцією важливу роль відіграє Спеціальний сенатський комітет з етики та Комітет зі стандартів службової поведінки посадових осіб Палати представників. Питання про правопорушення, пов'язані з корупцією, заслуховуються також у комітетах з урядових операцій, справ поштового відомства, цивільної служби, науки, космосу, техніки, витратків та доходів.

Важливо, що за цих обставин обмежується право державного службовця на додатковий (за сумісництвом) заробіток, розмір якого не повинен перевищувати 15% від посадового окладу. Це обмеження поширюється на посадових осіб усіх гілок влади, за винятком членів Сенату США. Службовці, призначені Президентом США, не мають права отримувати «будь-який дохід протягом всього терміну служби за послуги і діяльність, що виходить за рамки безпосередніх службових обов'язків». Що стосується колишніх державних службовців, то обмеження їх ділової діяльності діє протягом двох років після виходу у відставку. Їм забороняється виконувати представницькі функції при вирішенні органами виконавчої влади конкретних справ, які стосуються повноважень цього державного службовця, протягом року, що передує припиненню його служби. Дворічна заборона поширюється і на колишніх «старших чиновників» виконавчої влади. Вони не повинні підтри-

мувати контакти з колишнім місцем роботи, не можуть представляти чийсь інтереси з будь-якого питання у тому відомстві, в якому вони працювали або були на посадах державних службовців⁷.

Ще одним дуже важливим напрямом антикорупційної стратегії США є єдині для всіх гілок державної влади правила, що обмежують отримання посадовою особою подарунків від приватних осіб і організацій.

Так, сенатор США, а також співробітники його апарату не повинні приймати подарунки від приватних фізичних та юридичних осіб, які можуть виявитися зацікавленими в схваленні Сенатом конкретних законів, якщо вартість подарунків протягом календарного року сукупно перевищує 100 доларів. Вартість подарунків, одержуваних сенатором з інших джерел (виключаючи родичів) протягом календарного року, не повинна перевищувати сукупно 300 доларів. Закон про етику накладає обмеження на оплату приватним особам подарунків у формі поїздок. Встановлений ліміт у три дні й дві ночі для поїздок всередині країни і сім днів та шість ночей для поїздок за кордон. Ці обмеження поширюються також на членів сімей сенаторів⁸.

Член Палати представників Конгресу США має право отримувати подарунки протягом календарного року загальною вартістю не більше 250 доларів з одного джерела. Таке обмеження поширюється і на співробітників його апарату. При цьому кожен подарунок, включаючи подарунки подружжю посадових осіб, «справедлива ринкова ціна» якого перевищує 100 доларів, повинен декларуватися. Ці обмеження поширюються на всі подарунки, крім подарунків від родичів.

Для інших категорій державних службовців також існують обмеження на отримання подарунків. Державний службовець і його дружина (чоловік) можуть протягом календарного року прийняти подарунки, ціна яких сукупно не перевищує 100 доларів. Отримавши подарунок вище допустимої вартості, державний службовець зобов'язаний протягом 60 днів здати його до відповідного органу свого відомства⁹.

Особлива увага приділяється правилам, які регламентують умови отримання подарунків і нагород від представників зарубіжних країн.

У різних американських штатах існують такі форми корупції, як легальна і нелегальна. Під незаконною корупцією розуміють, як правило, приватні вигоди у вигляді грошей або подарунків урядовому чиновнику в обмін на надання конкретних пільг приватним особам або групам. Друга форма корупції стає дедалі поширенишим явищем у США у вигляді законодавчої корупції. Ми визначаємо таку корупцію як політичні вигоди у вигляді вкладів компанії або сприяння з боку урядового чиновника в обмін на надання конкретних пільг приватним особам або групам. Такі угоди, в свою чергу, є одним з аспектів більш широкого питання інституційної корупції, яка, на думку Лессига, проявляється, коли є системний і стратегічний вплив, який є законним або навіть етичним, що підриває ефективність державної інституції, відволікаючи від мети або ослаблення її здатності до досягнення кінцевої мети, в тому числі для досягнення цілей ослабити довіру громадськості до цього органу або підірвати легітимність його існування¹⁰.

У США антикорупційне законодавство характеризується надзвичайною жорсткістю. Так, за різні види корупції – хабар, кікбекінг (виплата частини незаконних грошей учаснику угоди) та інші корупційні прояви передбачені штрафи в потрібному розмірі хабара або тюремне ув'язнення від 15 років або за сукупністю, а за обтяжуючих обставин – позбавлення волі до 20 років.

У США передбачене покарання за дачу і отримання винагороди за послуги, що входять до кола обов'язків державного службовця. Різні привілеї та винагороди державний службовець має право отримати лише від уряду. Відповідальність за порушення цієї норми настає у вигляді штрафу або позбавлення волі до двох років, або за сукупністю покарань. До корупційних злочинів належать також угоди між будь-якими особами з проханням працевлаштування на федеральну державну службу, вимагання грошей, майнових благ або їх отримання для сприяння у влаштуванні на державну службу.

Винний у таких злочинах карається позбавленням волі на один рік, або штрафом у розмірі необхідної або отриманої суми, або поєднанням обох видів покарання. Виняток становить діяльність спеціальних агентств із найму, що мають дозвіл брати участь у наборі працівників на державну службу¹¹.

Нормативно-правове регулювання боротьби з корупцією в США має системний характер. Це правові акти, що регламентують лобістську, банківську, біржову та інші види діяльності.

Важливим кроком у цьому напрямі є відсутність імунитетів для посадових осіб у США. Будь-який чиновник, включаючи Президента, конгресменів і сенаторів, може бути притягнутий до кримінальної відповідальності, хоча й у особливому порядку, після відсторонення його від посади.

Ще однією характерною ознакою є притягнення до кримінальної відповідальності не тільки фізичних, а й юридичних осіб. Відповідальність за підкуп несуть тільки службовці компанії, в інтересах якої здійснюється підкуп. Для самої компанії здійснення підкупу посадових осіб є вигідним й іноді проводиться системно, досить професійно з метою лобювання інтересів цієї компанії.

На думку Сьюзан Роуз-Акерман, ефективними заходами боротьби з корупцією можна вважати:

- 1) програму ліквідації корумпованих програм;
- 2) приватизацію
- 3) реформу державних програм (дохід, збір, регулювання, соціальні допомоги);
- 4) адміністративну реформу;
- 5) удосконалення законодавства;
- 6) системи закупівель (підвищення ефективності державних закупівель);
- 7) реформу державної служби¹².

Закон встановлює кримінальну відповідальність за корупцію федеральних державних службовців і посадовий підкуп керівників комерційних організацій, за хабарництво, здирицтво з використанням посадових повноважень, службове підроблення, підкуп суддів і свідків, незаконні банківські операції та інші посадові злочини¹³.

Кримінально каранним у США є саме отримання грошей посадовою особою або службовцем від інших осіб і виплата таких винагород приватними особами та організаціями, тобто загальний підкуп без зв'язку з будь-якими конкретними дією чи бездіяльністю посадової особи або службовця. За порушення цього правила встановлено відповідальність до п'яти років позбавлення волі, або штраф у розмірі отриманої суми, або те й інше разом.

Нині антикорупційна політика США побудована на основі:

- регулювання діяльності державних службовців;
- підвищення відкритості адміністративних процесів;
- зниження впливу держави на економіку;
- незалежності судів.

Отже, аналіз успішної практики антикорупційної боротьби у США дає підстави стверджувати, що важливими аспектами її подолання є правове регулювання запобігання та протидії корупції, спеціалізовані органи із боротьби та протидії корупції, а також цілеспрямовані заходи соціально-економічної та політичної спрямованості.

1. *Robert E., Shepered. J. R. Plea Bargaining in Juvenile Court // Criminal justice. 2008. Vol. 23. № 3. P. 3.* 2. *Міжнародні правові акти та законодавство окремих країн про корупцію / упоряд. М. І. Камлик та ін. Київ: Школяр, 1999. 480 с.* 3. 18 U.S. Code § 201 – Bribery of public officials and witnesses. URL: [//www.law.cornell.edu/uscode/text/18/201](http://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/201) 4. *Whistleblower Protection Act and Whistleblower Protection Enhancement Act.* URL: <http://www.sec.gov/eoinfo/whistleblowers.htm> 5. *Code of ethics for government service: Passed by the Congress of the United States on July 11, 1958.* URL: <https://searchworks.stanford.edu/view/9143561> 6. *Наказ Президента США від 17 жовт. 1990 р. № 12731* URL: www.whitehouse.gov/president/text/order/index.html 7. *Corruption and Integrity Improvement Initiatives in Developing Countries - by Irène Hors and Sahr Kpundeh – OECD Development Centre - UNDP/ PACT, 1998 – Sales Number: E.98.III.B.18.* URL: www.un.org/Pubs/whatnew/orderfrm.htm 8. *Corruption: The Issues – Technical Paper N° 122, 1997: www.oecd.org/dev/ PUBLICATION/tp/Tp122.pdf.* 9. *Code of ethics for government service: Passed by the Congress of the United States on July 11, 1958.* URL: <https://searchworks.stanford.edu/view/9143561> 10. *Lawrence Lessig, «Foreword: Institutional Corruption Defined,» Journal of Law Medicine and Ethics 41.3 (2013): 553-555.* 11. 18 U.S. Code § 201 – Bribery of public officials and witnesses. URL: [//www.law.cornell.edu/uscode/text/18/201](http://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/201) 12. *Роуз-Аккерман Сьюзан. Коррупция и государство: Причины, следствия, реформы: пер. с англ. / пер. О.А. Алякринский. Москва: Логос, 2003. 344 с.* 13. *Хавронюк М. І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації: монографія. Київ: Юрисконсульт, 2006. 1048 с.*

Stepashko Oleksandr. Basic vectors corruption policy in the USA

In the article the author gives examples of anti-corruption laws of the United States of America. In particular, the rules of criminal law governing the fight against corruption.

Corruption tends to be more prevalent in autocratic systems (where one person rules with unlimited authority), or oligarchies (rule by a small group of elites).

Corruption in the public and private sectors has gained development, dropping deep roots in all aspects of political life. Often, the worst corruption occurs in the political sphere.

In the United States of major role in combating corruption of public administration system plays a US Department of Justice, which is developing a national strategy for combating and provide methodological guidance this work. The main unit of the Ministry of Justice, which is responsible for the direct combating organized crime and corruption is a Federal Bureau of Investigation. Effective fight became possible thanks to the cooperation and coordination from a number of federal, state, local, and tribal law enforcement agencies to combat public corruption. These partnerships include, but are not limited to the Department of Justice, Agency Offices of Inspector General; law enforcement agencies' internal affairs divisions; federal, state and local law enforcement and regulatory investigative agencies; and state and county prosecutor's offices.

The US has law enforcement agencies at the federal level, the state level, the county level, and the local level. Prosecution takes place at the federal level (US attorneys), the state level (attorneys general), and the county level (prosecutors).

The main vector of US anti-corruption strategy is preventing corruption in the public service. Anticorruption Strategy, is based on administrative ethics, which is the ethical and disciplinary standards.

The important role played by the Special Senate Committee on Ethics and Standards Committee official conduct of officers of the Chamber of Representatives. Offenses related to corruption, as heard in committee on government operations, post office civil affairs service, science, space, technology, costs and revenues.

Another very important provisions of the US anti-corruption strategy is the same for all branches of government regulations restricting obtaining official gifts from individuals and organizations.

The author points out in the article that punishable in the US is getting money official or employee of the others and payment of rewards individuals and organizations that general bribery without regard to any specific act or omission of an official or employee. Violation of this policy is liable to five years imprisonment or a fine of the amount received, or a combination thereof.

Key words: corruption, anticorruption strategy, ethical rules, privileges.

МЕЖДУНАРОДНОЕ УГОЛОВНОЕ ПРАВО КАК ОТРАСЛЬ ПРАВА

Рассматривается международное уголовное право, как отрасль права. Приводятся разные определения международного уголовного права. Изложены различные взгляды на понятие международного уголовного права, определена общая цель международного уголовного права, его особенности, как отрасли права.

Ключевые слова: международное право, международное уголовное право, международное преступление, международные трибуналы.

Аббасова А. М. Міжнародне кримінальне право як галузь права

Розглядається міжнародне кримінальне право як галузь права. Наводяться різні визначення міжнародного кримінального права. Викладені різні погляди на поняття міжнародного кримінального права, визначена загальна ціль міжнародного кримінального права, його особливості як галузі права.

Ключові слова: міжнародне право, міжнародне кримінальне право, міжнародний злочин, міжнародні трибунали.

Abbasova Arzu. International criminal law as a branch of law

In this article we are talking about international criminal law as a branch of law. The author gives a different definition of international criminal law. The article describes the different views on the concept of international criminal law, is defined the overall goal of international criminal law, its features, as a branch of law.

Key words: international law, international criminal law, international crime, international tribunals.

Одной из отраслей международного права, стремительно развивающихся во второй половине XX века, стало международное уголовное право.

Развитие международного уголовного права, как отрасли права, непосредственно возлагающего ответственность на индивидов, и наказывающего за правонарушения посредством международных судебных органов, является относительно новым.

Термин международное право впервые был применен в 1780 году Бенхамом. А международное частное право введено

Стори в 1834 году. Термин же международное уголовное право, возникший от объединения обоих терминов, впервые был использован в 1862 году в Германии¹.

Международное право имеет две основные направления: право прав человека и международное уголовное право. Международное уголовное право является более древним с точки зрения истории по сравнению с правом прав человека, и произошло от правового обычая. Иными словами, сущность международного уголовного права исходит от обычаев и традиций. А право прав человека, будучи абсолютно новым понятием, в частности, регулирует отношения с индивидами, требующими от государств свои права². Данным свойством право прав человека отличается от международного уголовного права.

Международному уголовному праву дается определение в широком и узком смысле. В узком смысле международное уголовное право является совокупностью правил, разрешающих споры между государствами, устанавливающих и запрещающих международные преступления, назначающих за них наказание и определяющих связанные с этим полномочия. А в широком смысле международное уголовное право является собранием правил, действующих при совершении преступлений государствами³.

Международное уголовное право также именуется в юридической литературе военным правом.

Формирование данной новой отрасли права обеспечивают международные договоры и судебная практика.

К международному уголовному праву можно отнести межгосударственное правовое сотрудничество, экстрадицию, осуществляемые с целью пресечения преступных деяний.

Традиционно международное уголовное право возникло от норм, регулирующих взаимопомощь по уголовным делам и выдачу межгосударственных преступников. В 1878 г. шведским юристом Иоганном Каспаром Блюнчли указано, что в ситуации, когда международное правонарушение становится универсальной угрозой, не только потерпевшее государство, но и другие государства правомочны принять необходимые меры для применения правил международного права, впоследствии чего правопорядок будет вновь обеспечен. Среди преступлений подобного характера Блюнчли перечисляет морское пиратство, рабство и т.д.⁴

База источников и правовое определение фундаментальных принципов этой отрасли пришлось на период после окончания 2-й мировой войны.

Международное уголовное право начало формироваться на основе уставов международных военных трибуналов (Нюрнбергский и Токийский трибуналы), созданных для разбирательства военных преступлений Германии и Японии. Принятие в 1945 г. Устава Нюрнбергского трибунала, а в 1946 г. Устава Токийского трибунала сформировали организационную и нормативно-правовую базу международного уголовного права.

Верно, нормы, относящиеся к отрасли международного уголовного права, существовали и до этого. Еще в Римском праве морские разбойники считались врагами всего человечества (*hostis humanis generis*). Заключались договоры, предусматривающие уголовную ответственность лиц, виновных в совершении определенных, в том числе, военных преступлений. Но в то время они считались преступлениями не международному, а национальному праву.

А что касается норм международного уголовного судопроизводства, после формирования впервые в уставах Нюрнбергского и Токийского трибуналов, далее были установлены в уставах международных уголовных трибуналов в Югославии (1993 г.) и Руанде (1994 г.) в Римском Статуте Международного Уголовного Суда (1998 г.). Принятие и вступление в силу Римского Статута поставило конец спорам о месте, предмете, субъектах и источниках международного уголовного права. А международное уголовное право приобрело статус самостоятельной комплексной отрасли публичного права, включающего в себя не только нормы материального права, но и нормы процессуального и уголовно-исполнительного права.

Наряду с этим, данные нормы немногочисленны и если приняты для конкретного судебного органа, то относятся только к данному органу, то есть, не обладают свойством всеобщего применения. Постепенно формируется полноценная система международных уголовно-процессуальных норм, которая может изменяться повсеместно.

Оценка международного уголовного права как отрасли права важна с точки зрения установления границ международного уголовного права.

Кассезе международному уголовному праву дает такое понятие что, международное уголовное права отрасль международного права⁵. А другой подход основан на мнениях, высказанных Бантекасом и Нашом что, международного уголовного права объединения международного права и национальных уголовных прав⁶.

Заметки Шварценбергера от 1950 г., которыми понятию международного уголовного права присвоены шесть различных значений, доказывают, что каждый точки зрения обоих взглядов имеет долю истины⁷.

Договоры и право обычай, являющиеся двумя основными правовыми источниками международного публичного права, в то же время составляют источник для международного уголовного права⁸. При таком подходе считается правильным мнение, что международное уголовное право является отрасли международного публичного права.

Говоря о международном уголовном праве, неправильным считается признание данного вида права ветвью национального права государств. Причина этого состоит в том, что каждое государство свободно в определении границ законодательной и судебной полномочий⁹.

В международном праве существуют различные подходы к понятию международное уголовное право. Л.Н. Галенская пишет, что международное уголовное право существует не как отрасль международного права, а как комплексная отрасль науки международного права¹⁰. Такие ученые, как М.Ш. Бассиони, Д. Дерби, такого же мнения придерживаются. Н.И. Костенко отметил, что международное уголовное право, комплексная отрасль международного публичного права¹¹. Л.В. Инагомова-Хегай считает международное уголовное право комплексной отраслью. Некоторые ученые связывают комплексность международного уголовного права с объединением норм материально-уголовного, уголовно-процессуального и уголовно-исполнительного права в одной отрасли¹².

По мнению профессора М.Ш. Бассиони, комплексный характер международного уголовного права проявляется в его взаимодействии с международным правом, национальным уголовным правом, сравнительным уголовным правом и процессуальным пра-

вом, международной и сравнительной криминологией, международным и региональным правом прав человека¹³.

По мнению Ю.А. Решетова, «международное уголовное право является комплексной отраслью, охватывающей материальные и процессуальные нормы. Данные нормы относятся либо к международному публичному праву, либо международному частному праву (уголовному праву), или же национальному уголовному праву»¹⁴.

Международное уголовное право является самостоятельной отраслью международного права, такие ученые, как И.И. Лукашук, А.В. Наумов, В.П. Панов и т.д. этого мнения придерживаются¹⁵.

И.И. Карпец: «Международное уголовное право произошло от международного права и стало самостоятельным»¹⁶.

Международное уголовное право является самостоятельной отраслью международного публичного права¹⁷.

Международное уголовное право является самостоятельной отраслью международного публичного права, являющегося предметом особого регулирования, и обладает широкой и многоуровневой системой источников и принципов¹⁸.

В строгом смысле слова международное уголовное право, устанавливая уголовную ответственность за международные преступления, считается частью международного публичного права¹⁹.

Существует такая концепция, что международное уголовное право включает в себя как нормы международного права, так и нормы внутреннего уголовного права. Также существует такое мнение, что международное уголовное право является самостоятельной отраслью права, не входящее в состав ни международного публичного права, ни внутригосударственного права.

Шварценбергер присвоил международному уголовному праву шесть различных значений. В первом смысле международное уголовное право определяет юрисдикцию судебной сферы национальных уголовных прав. Во втором смысле международное уголовное право дается как отрасль права, вносящее в национальное уголовное законодательство международные обязательства. В третьем же смысле международное уголовное право подразумевает сферу действий, определение которой дается международным уголовным правом, а осуждение или наказание производится национальными

правами. Четвертое значение придает международному уголовному праву смысл борьбы с международными преступлениями, которые подлежат наказанию всеми национальными правами. Пятое значение выражает мнение, что выдача преступников и международной правовой помощи образует международное уголовное право. И наконец, в шестом последнем смысле, международное уголовное право является отраслью права, устанавливающим границы действий, которые признаются международным сообществом преступлением, связанным с нарушением прав и выгод международного сообщества²⁰.

Вайс выразил свое мнение следующим образом: международное уголовное право – это право, применимое в международном уголовном суде. Если элементы какого-либо преступления устанавливаются международным договором, значит, речь идет о международном преступлении и отрасли права, включающая в себе международные преступления, является международным уголовным правом²¹. Терминология используемая Вайсом в определении значения международного уголовного права, также помогла в последующих исследованиях понятия международного уголовного права. В этом смысле, понятия международные аспекты национального уголовного права (*international aspects of national criminal law*), уголовные аспекты международного права (*criminal aspects of international law*) стали главными понятиями, используемыми в определении значения международного уголовного права.

В целом, международное уголовное право не имеет однозначное определение, как и международное право. Несмотря на трехсотлетнюю историю, государства все еще не смогли дать международному уголовному праву подробное определение²².

Л.В. Инногамова-Хегай считает, что «международное уголовное право отражает систему правовых принципов и норм, регулирующих отношения, возникающие в связи совершения международных преступлений и преступлений международного характера, и обеспечивающих взаимодействие государств и международных организаций в области борьбы с данными преступлениями»²³.

Определение И.И. Лукашука еще более лаконичное: международное уголовное право – это совокупность принципов и норм, регулирующих отношения государств в борьбе с преступностью²⁴.

Л.Г. Гусейнов приводит следующее определение международного уголовного права: совокупность принципов и норм, созданных для защиты международного правопорядка от преступных посягательств путем определения ответственности физических лиц за международные преступления²⁵.

Международное уголовное право является отраслью права, сотрудничающей с системами внутреннего права других государств, а также другими отраслями международного права для приведения совершивших международные преступления к ответу перед национальными или международными судебными органами²⁶.

Следующее определение, данное международному уголовному праву, таково: международное уголовное право является совокупностью правовых принципов и норм, регулирующих отношения в сфере сотрудничества государств и международных организаций по наказанию преступников за совершение преступлений международного характера и международных преступлений, и по предупреждению преступности²⁷.

Помпе считает, что международное уголовное право состоит из трех частей. Первая из них – часть, являющаяся особым синонимом международного права, касающаяся внутреннее право государств, самостоятельно устанавливающая границы правомочия назначения наказания. А вторая часть включает индивидуальные преступления в данной области. Эта отрасль, где государства прилагают необходимые усилия и сотрудничают для предупреждения данных преступлений на основе универсального судебного принципа. Названная отрасль включает разбой (piracy), торговля рабами (slave trade), контрабанда наркотических веществ, торговля людьми. А последняя часть – это отрасль межгосударственного уголовного права (interstate penal law)²⁸.

Международное уголовное право является отраслью права, вытекающей из сочетания уголовных направлений международного права и международного направления национального уголовного права. Международная направленность национального уголовного права предусматривает межгосударственную помощь

и больше ориентирована на меры судопроизводства, нежели является материальной. В этом контексте в качестве примера может быть приведена выдача преступников. Уголовная направленность международного права содержит признание что некоторых деяний с помощью международным правовым обычаем или договорам считается преступлением²⁹.

Международное уголовное право имеет материальную и процессуальную область. Материальная область определяет, какие деяния являются международным преступлением, а процессуальная область регулирует действия органов, осуществляющих уголовное преследование за международные преступления, и различные этапы международных судебных разбирательств.

Международное уголовное право устанавливает организацию международных уголовных судов, и нормы процесса международного уголовного правосудия. Этот аспект нашел свое отражение в уставах международных уголовных трибуналов. В этих уставах были отмечены нормы относящиеся к процессу.

Антонио Кассезе отмечает, что международное уголовное право регулирует также международный процесс по преследованию лиц, обвиняемых в преступлениях, касающихся данной отрасли, и судебному рассмотрению дел³⁰.

В настоящее время для обеспечения соблюдения международного уголовного права полномочия разделяются между международными и национальными уголовными судами³¹.

Развитие международного уголовного права тесно связано с созданием международных уголовных судов, то есть, назначение наказания в международных судах за международных преступлений.

Международного уголовного права состоит из многочисленных отличающихся друг от друга ценностей. Первый уровень, состоит из договоров, в котором содержатся приговоры, касающиеся международного уголовного права и они называются правовые ценности. Второй уровень состоит из моральных ценностей. Например, расовая дискриминация (apartheid) и геноцид (genocide), так как данный уровень включает не только сферу юридических ценностей, но и по защиту определенных групп и индивидов, он берет под свою протекцию и моральные ценности.

Можно сказать, что международное уголовное право является смесью различных отраслей права. То есть, международное уголовное право, находится в тесном контакте на постоянной основе с национальным уголовным правом, межгосударственным правом и правом прав человека.

Международное уголовное право включает законы, процедуры и принципы, связанные с вынесением приговора, участием потерпевших, защитой свидетелей, взаимной правовой помощи и сотрудничестве³².

Международное уголовное право также регулирует этапы, как уголовное преследование, суд, апелляция, вынесение приговора, исполнение судебных решений, защиту потерпевших и свидетелей, и представление доказательств³³.

Общая характеристика международного уголовного права:

- Считается относительно новым органом права;
- Включает в себя сочетание международного права и внутреннего уголовного права;
- Занимается индивидуальной уголовной ответственностью;
- универсальный суд отсутствует;
- состоит из рудиментарных правил, все еще находящихся на стадии формирования.

Общая цель международного уголовного права состоит в пресечении международных преступлений, которые могут ставить под угрозу международный правопорядок и международный мир. В еще одном толковании международное уголовное право в качестве конечной цели определил защиту международного правопорядка. Помимо того, защита международного мира, защита человечества во время вооруженных столкновений, защита от насилия, запрет использования некоторых оружий, защита культурного наследия любой нации, защите окружающей среды, экономические выгоды также входят в цели международного уголовного права.

По нашему мнению, международное уголовное право регулирует целую область однородных правоотношений и имеет в достаточной степени нормативно-правовую базу, и международному уголовному праву можно дать следующее определение: международное уголовное право является самостоятельной отраслью

права, происходящей от международного публичного права, обладающей самостоятельным предметом, включающей материальные и процессуальные нормы.

1. *Edward M. Wise*. International Criminal Law: Cases and Materials, 2009. P. 802.
2. *Aksar Y.* UCM ve Uygulamalarına Genel Bir Bakış. UHP. 1. 2005. P. 18.
3. *Velidedeoğlu H. V.* Milletlerarası Hususi ve Umumi Ceza Hukuku, Tahir Taner'e Armağan. İstanbul, 1956. S.411.
4. *Karpetz I.I.* Extradition of Offenders (The Soviet Doctrine), *Revue internationale de droit pénal // International Review of Criminal Law*. 1991. № 62(1-2). P. 325.
5. *Antonio Cassese*. International Criminal Law // Oxford University Press. New York, 2003. P.16.
6. *Ilias Bantekas, Susan Nash*. International Criminal Law // Third Edition. New York, 2007. P. 1.
7. *Schwarzenberger Georg*. The Problem of an International Criminal Law // *Current Legal Problems*. 1950. №3. P. 263.
8. *Antonio Cassese, Guido Acquaviva, Mary Fan, Alex Whiting*. International Criminal Law // Cases & Commentary. USA, 2011. P. 5.
9. *Dönmezer S., Erman S.* Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C.III, 8. basım. İstanbul, 1980. S. 216.
10. *Галенская Л.Н.* О понятии международного уголовного права // Советский ежегодник международного права. 1970. С. 247.
11. *Костенко Н.И.* Международный уголовный суд. Москва: Приор, 2002. С. 5.
12. *Иногамова-Хегай Л.В.* Международное уголовное право. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2003. С. 42.
13. *Bassiouni M.Ch.* Introduction to International Criminal Law. N.Y., 2003. P. 6.
14. *Решетов Ю.А.* Борьба с международными преступлениями против мира и безопасности. Москва, 1983. С. 206.
15. *Лукашук И.И., Наумов А.В.* Международное уголовное право. Москва: СПАРК, 1999. С. 12.
16. *Карпец И.И.* Преступления международного характера. Москва: Международные отношения, 1979. С. 30.
17. *Məmmədov Rahim*. Beynəlxalq cinayət hüququ və Azərbaycan Respublikasının Cinayət Qanunvericiliyi. Bakı, 2012. P.18.
18. *Самедова Ш. Т.* Дифференциация ответственности за международные преступления и преступления международного характер в уголовном праве Азербайджанской Республики. Баку, 2013. С.15.
19. URL: <http://www.duhaime.org>
20. *Schvarzenberger Georg*. International Law // International Law Applied by International Courts and Tribunals. London, 1957. № 3. P.265.
21. *Edward M. Wise*. International Criminal Law // Cases and Materials. 2009. P. 806-807.
22. *Beyazit Ö.* Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Yetkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Kırıkkale Üniversitesi, 2008. P. 6.
23. *Иногамова-Хегай Л.В.* Международное уголовное право. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2003. С. 40.
24. *Лукашук И.И.* Международное право. Особенная часть. Москва: БЕК, 1998. С. 238.
25. *Hüseynov L.H.* Beynəlxalq hüquq. Bakı: Hüquq ədəbiyyatı, 2012. P. 197.
26. *Velidedeoğlu H. V.* (1956), Milletlerarası Hususi ve Umumi Ceza Hukuku, Tahir Taner'e Armağan. İstanbul, 1956. S. 411.
27. URL: <http://www.studopedia.org>
28. *Cornelis Arnold Pompe*, Aggressive War An International Crime, 's-Gravenhage Martinus Nijhoff, 1953. P. 165.
29. *M. Cherif Bassiouni*. International Criminal

Law, A Draft International Criminal Code, the Netherlands, 1980. P. 2-3.
30. *Cassese A.* International Criminal Law. Dordrecht-Boston–London, 2001. P. 15.
31. *Dr. Miša Zgonec-Rožej.* International Criminal Law Manual. 2010. P. 26. **32.** *International Criminal Law & Practice Training Materials.* What is International Criminal Law? 2010. P. 3. **33.** *Dr. Miša Zgonec-Rožej.* International Criminal Law Manual. 2010. P. 25.

***Abbasova Arzu.* International criminal law as a branch of law**

The article deals with international criminal law as a part of public law. The author gives different definitions of international criminal law.

International law has two main areas: human rights law and international criminal law. International criminal law is considered more ancient than human rights law from historical point and has its origin from law practice. In other words, the essence of law comes from customs and traditions. Human rights law, being an absolutely new notion, in particular regulates relations with individuals demanding their rights from a state. This very feature differs human rights law from international criminal law. International criminal law is given both narrow and broad meaning definition.

International criminal law in its narrow sense is the set of rules resolving disputes among states, establishing and prohibiting international crimes, appointed punishment for them and determined full powers related to it.

International criminal law in its broad meaning is the set of rules acting when states make crimes.

Different views on international criminal law definition are presented in this article. The general purpose of international criminal law, its particular qualities as a part of law is determined here.

International criminal law is one of the branches of international law, rapidly developing in the second half of the twentieth century. The development of international criminal law as a branch of law, which directly places responsibility on individuals and punishes for offences by means of international judicial authorities is relatively new.

International criminal law is the branch of law cooperating with systems of internal law of other states and with other branches of international law to lead to justice for committed international crimes before national and international judicial authorities.

International criminal law is the branch of law, resulting from a combination of criminal branches of international law and international branch of national criminal law. International direction of national criminal law provides for interstate aid and is more oriented on legal proceedings rather than being material. In this context, extradition of criminals can be given as an example. The criminal direction of international law contains confession of some deeds by means of international law practice and agreements, considered to be a crime.

Key words: international law, international criminal law, international crime, international tribunals.

ВДОСКОНАЛЕННЯ ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВИХ ЗАХОДІВ ПЕРЕВІРКИ БЛАГОНАДІЙНОСТІ ГРОМАДЯН, ЯКІ ПОТРЕБУЮТЬ ДОПУСКУ ТА ДОСТУПУ ДО ДЕРЖАВНОЇ ТАЄМНИЦІ

Проведено аналіз вітчизняного та зарубіжного законодавства в частині, що регламентує процедуру перевірки благонадійності громадян при наданні їм допуску та доступу до державної таємниці; визначено шляхи вдосконалення організаційно-правових заходів у цій сфері; запропоновано перелік умов, яким має відповідати громадянин, що потребує допуску до державної таємниці.

Ключові слова: допуск до державної таємниці, доступ до державної таємниці, перевірка благонадійності громадян.

А. Г. Семенюк. Усовершенствование организационно-правовых мер проверки благонадежности граждан, которые нуждаются в допуске и доступе к государственной тайне

Проведен анализ отечественного и зарубежного законодательства в части, которая регламентирует процедуру проверки граждан при оформлении им допуска к государственной тайне; определены пути усовершенствования организационно-правовых мероприятий в этой сфере; предложен перечень условий, которым должен соответствовать гражданин, нуждающийся в допуске к государственной тайне.

Ключевые слова: допуск к государственной тайне, доступ к государственной тайне, проверка благонадежности граждан.

Semenyuk Oleksandr. Improvement of organizational and legal measures of loyalty vetting procedures of citizens who need security clearance and access to state secret

Analyzes native and foreign legislation that regulates loyalty vetting procedures of citizens while granting them security clearance and access to state secret, designates the ways for improvement of organizational and legal measures in this sphere, suggests the list of requirements to be met by citizens, who require security clearance.

Key words: security clearance, access to state secret, loyalty vetting procedures.

Державна таємниця – це найбільш важливі для держави та суспільства відомості, які охороняються державою з метою запобігання настанню шкоди національній безпеці у разі розголошення такої інформації або втрати її матеріальних носіїв. У той же час ці відомості не можуть бути приховані від всіх громадян, оскільки їх обіг забезпечує виконання поставлених перед державними органами та іншими суб'єктами режимно-секретної діяльності покладених на них законом або іншими розпорядчими документами завдань. Крім цього, доступ громадян до державної таємниці має бути наданий, якщо така потреба пов'язана з необхідністю реалізації громадянами своїх конституційних прав на працю, навчання, захист у кримінальному судочинстві тощо.

Довіряючи таку важливу інформацію конкретним громадянам, необхідно бути впевненим, що вони використають її виключно з метою, з якою вона їм була довірена, а їхні дії не призведуть до несанкціонованого витоку секретної інформації. Тому для захисту цієї інформації державою запроваджено процедуру перевірки громадян у зв'язку з наданням їм допуску до державної таємниці та встановлено перелік обмежень, за наявності яких допуск не надається.

Проблема реалізації права громадян на доступ до інформації, у тому числі до відомостей, що становлять державну таємницю, порушується не вперше. Її розробкою займалися І. Бачило, Т. Костецька, Б. Кормич, О. Логінов, А. Марушак, В. Макаренко, О. Нестеренко, А. Одринський, І. Панкевич, Н. Петрова, О. Розвадовський, І. Романенко, С. Шевердяєв та інші автори. Утім, питання, пов'язані з перевіркою благонадійності громадян у зв'язку з таким доступом, відображені в окремих наукових працях тільки фрагментарно або в контексті інших питань охорони державної таємниці.

Сьогодні одним із суттєвих недоліків процедури отримання громадянином доступу до державної таємниці є закріплені у ст.22 Закону України «Про державну таємницю» підстави надання допуску до державної таємниці, згідно з якими такий допуск надається дієздатним громадянам України віком від 18 років, які потребують його за умовами своєї службової, виробничої, наукової чи науково-технічної діяльності або навчання, органами Служби безпеки України (далі – СБУ) після проведення їх перевірки¹.

Як відомо, допуск до державної таємниці – це лише результат перевірки особи органом СБУ на її благонадійність, який оформлюється відповідним наказом або розпорядженням. Але використана законодавцем формула щодо підстав та порядку надання допуску означає, що перевірка громадянина може розпочатися виключно після встановлення потреби у такому допуску, що настає лише після його призначення на номенклатурну посаду.

Тобто маємо парадоксальну ситуацію, коли за настання реальної (термінової) потреби у доступі до державної таємниці необхідно дочекатися закінчення перевірки особи у зв'язку з наданням їй допуску до державної таємниці. Це призводить до конфлікту інтересів роботодавця, який не може певний час вимагати від працівника виконання робіт у частині, пов'язаної з державною таємницею, та органами СБУ, які зобов'язані провести перевірку, яка потребує достатнього для цього часу.

Компромісом таких різновекторних інтересів щодо терміну перевірки громадян у зв'язку з їх допуском до державної таємниці стало закріплення у ст.24 Закону України «Про державну таємницю» терміну перевірки – до одного місяця. У разі виникнення кризової ситуації, що загрожує національній безпеці України, оголошення рішення про проведення мобілізації та (або) введення правового режиму воєнного стану допуск до державної таємниці громадянам України, які призиваються на військову службу... переміщуються на посади, зайняття яких передбачає наявність допуску до державної таємниці, має надаватися у десятиденний термін². Однак закріплені у Законі терміни знову ж таки не влаштовують усіх учасників цього процесу, які обґрунтовано доводять як занадто великий термін перевірки, так і його недостатність.

На переконання керівників підприємств, установ, організацій, після призначення громадянина на номенклатурну посаду він повинен одразу приступити до виконання всіх покладених на нього функціональних обов'язків, не очікуючи завершення перевірки. У свою чергу, СБУ справедливо вважає, що визначені у Законі терміни перевірки є недостатніми, оскільки існує прямий зв'язок між терміном перевірки та її якістю: чим менший термін – тим менше перевірочних заходів можна здійснити та, як наслідок, нижча вірогідність достовірності висновку щодо надійності кандидата на

допуск. Крім цього, суттєвим аргументом щодо недостатнього на перевірку часу є те, що встановлений у Законі України «Про інформацію» строк виконання інформаційних запитів становить один місяць. Якщо до цього часу додати час на пересилання інформаційного запиту та відповіді на нього, то загальний термін повернення до органу СБУ результатів опрацювання питань щодо обставин, які з'ясовуються стосовно кандидата на допуск, будуть перевищувати термін перевірки. А проведення перевірки, яка повинна тривати не більше десяти днів, взагалі унеможливило здійснення всіх необхідних перевірочних заходів для надання обґрунтованого висновку щодо відсутності визначених Законом обставин, за наявності яких допуск до державної таємниці не надається.

Об'єктивна потреба у більш тривалому терміні для вивчення кандидата на допуск знаходить своє підтвердження у подібній практиці спеціально уповноважених на проведення таких перевірок державних органів більшості країн. Так, відповідно до ст.26 Закону Словацької Республіки «Про захист класифікованих матеріалів і про внесення змін до деяких законів», висновок щодо того, чи може кандидат бути допущений до класифікованих матеріалів відповідних рівнів безпеки, має бути поданий у межах 60 днів. У деяких випадках, особливо, якщо частина перевірки пов'язана з одержанням висновків від інших державних органів, муніципалітетів та інших юридичних дій, цей термін може бути продовжений³.

За законодавством Польщі, при перевірці кандидата на відповідні посади чи виконання робіт на замовлення, які передбачають доступ до таємної інформації, здійснюється поглиблена або спеціальна перевірка із терміном проведення перевірочних заходів:

1) 2-х місяців – від дати подання на здійснення поглибленої перевірки;

2) 3-х місяців – від дати подання на здійснення спеціальної перевірки⁴.

Враховуючи необхідність більш тривалого терміну проведення перевірки благонадійності громадянина у зв'язку з наданням йому допуску до державної таємниці та потребу у якнайшвидшому доступі до такої інформації у визначених законом випадках, нами

пропонується відмовитися від правила щодо проведення перевірки у зв'язку з наданням допуску до державної таємниці тільки після призначення громадянина на номенклатурну посаду або появи обгрунтованої потреби у доступі до секретної інформації не за основним місцем роботи. Перевірка громадян повинна проводитися ще до початку реальної потреби у доступі до секретної інформації, а саме з моменту лише потенційної вірогідності, що така потреба може настати в майбутньому. Іншими словами, перевірка на допуск має здійснюватися ще до початку трудових (службових) відносин із підприємством, установою, організацією, які провадять діяльність, пов'язану з державною таємницею.

Результати такої перевірки мають оформлюватися сертифікатом (свідоцтвом) благонадійності, який не повинен втрачати своєї чинності весь термін, на який його видано. Крім цього, якщо особа на момент закінчення дії наданого їй сертифікату продовжує здійснювати діяльність, пов'язану з державною таємницею, його не потрібно переоформлювати і він залишатиметься чинним на весь період подальшої безперервної роботи із секретною інформацією. Чинність сертифікату благонадійності може бути скасована до закінчення терміну його дії у разі виявлення обставин, що перешкоджають його отриманню, або порушення встановленого порядку поведінки з державною таємницею, унаслідок чого були створені передумови до розголошення таких відомостей або втрати їх матеріальних носіїв.

Запропонований порядок дозволить проводити перевірку необхідних для з'ясування благонадійності громадян заходів в повному обсязі та у достатні для цього терміни, а керівник підприємства, установи, організації матиме змогу одразу надати (в разі настання потреби) доступ до державної таємниці громадянину, який завчасно пройшов перевірку і має чинний сертифікат благонадійності.

Подібна практика має місце у багатьох країнах-членах НАТО⁵ і визнається нами найбільш раціональною для своєчасного виявлення «неблагонадійних» осіб, що дозволить унеможливити їх призначення не лише на посади, пов'язані з роботою з державною таємницею, але й на інші відповідальні посади в державних установах та організаціях.

Наступним напрямком реформування організаційно-правових заходів перевірки громадян на їх благонадійність має стати зміна підходів щодо змісту такої перевірки.

Унормована на даний час процедура надання допуску побудована таким чином, що вона зосереджена на перевірці достовірності викладених громадянином відповідей на питання, які містяться в опитувальнику для оформлення допуску до державної таємниці. При цьому особистісні якості та моральні засади, які безпосередньо впливають на благонадійність кандидата на допуск, залишаються за межами перевірки, що не дозволяє досягти поставленої мети – обмежити доступ до секретної інформації громадянам, які не спроможні зберегти таку інформацію у таємниці, про що свідчать численні порушення у сфері охорони державної таємниці та непоодинокі факти розголошення секретної інформації та втрати її матеріальних носіїв.

У всіх випадках відмови органами СБУ у наданні допуску до державної таємниці єдиною підставою для цього було повідомлення громадянином під час оформлення допуску недостовірних відомостей про себе. Значна кількість відмов пов'язана з тим, що законодавець не розмежовує такі поняття, як умисне приховування певних відомостей про себе та їхнє свідоме неповідомлення під час заповнення відповідей на встановлені питання чи несвідоме повідомлення недостовірних відомостей про себе (наприклад, унаслідок неможливості пригадати певні факти або невірного трактування змісту конкретного питання). Тому у більшості випадків відмовляють у наданні допуску тим громадянам, які повідомляють про себе недостовірні відомості без будь-якого наміру приховати запитувану інформацію.

Із метою унеможливлення безпідставної відмови у наданні допуску в Законі України «Про державну таємницю» має бути закріплена норма, відповідно до якої у разі виявлення під час перевірки факту повідомлення про себе недостовірних відомостей, що перешкоджають наданню допуску до державної таємниці, необхідно провести співбесіду з кандидатом, у ході якої він матиме можливість пояснити або прокоментувати виявлені обставини. За таких умов підставою для відмови може бути лише свідоме приховування громадянином відомостей, які він повинен був повідомити

згідно з переліком питань, закріплених у Законі. При цьому питання, на які даватиме відповіді кандидат на допуск, мають стосуватися лише персональних даних про особу та виключно тих обставин, які визначені як підстави для відмови у наданні допуску до державної таємниці.

Окрім того, беззаперечним є той факт, що більшість порушень законодавства про державну таємницю вчиняється внаслідок неволодіння секретноносцями нормативною базою у цій сфері. Проведене нами дослідження практики прийняття заміток одразу після отримання допуску до державної таємниці, засвідчило наявність численних фактів безвідповідального ставлення до цього питання працівників режимно-секретних органів, на яких покладено зазначений обов'язок. Формалізм у питанні об'єктивної оцінки рівня знань та наявності корупційних зловживань із цього приводу призводять до потрапляння секретних відомостей до осіб, які не обізнані з правилами поводження з такою інформацією, що суттєво підвищує ризики її несанкціонованого витоку.

Із метою зниження таких ризиків перевірка знань правил поводження з секретною інформацією має здійснюватися до, а не після надання допуску до державної таємниці шляхом складання в органі СБУ тестових завдань та їх комп'ютерного незалежного оцінювання, що відповідатиме європейським стандартам. У разі негативного результату, повторна спроба має надаватися не раніше, ніж через 1 місяць після дати такого іспиту.

Враховуючи, що цінність інформації, яка доводиться до осіб із різною формою допуску суттєво підвищується зі збільшенням ступеня її секретності, міра довіри до осіб, яким така інформація доводиться, також має бути різною. Такий підхід вимагає запровадження нової процедури перевірки громадян у зв'язку з наданням їм допуску до державної таємниці, в основу якої необхідно покласти принцип чим вища форма допуску, яку планує отримати громадянин, тим детальніше він повинен вивчатися. І навпаки – менша форма допуску потребує меншого обсягу перевірки. Виходячи з цього, нами пропонується відмовитися від перевірки громадян органами СБУ при наданні їм доступу до роботи з інформацією зі ступенем секретності «таємно». У такому випадку доступ до державної таємниці за формою 3 повинен надаватися

керівником підприємства, установи, організації, які здійснюють діяльність, пов'язану з державною таємницею, на підставі наступних документів:

- заповненого опитувального аркушу;
- довідки про відсутність психічних розладів, які можуть завдати шкоди охороні державної таємниці, відповідно до переліку, затвердженого Міністерством охорони здоров'я України і Службою безпеки України;
- довідки про відсутність судимості за тяжкі або особливо тяжкі злочини, а також судимості за злочини, які призвели до витоку секретної інформації, не погашеної чи не знятої в установленому порядку;
- довідки щодо успішного складання в органі СБУ тестових завдань на знання правил дотримання режиму секретності;
- письмового зобов'язання щодо збереження державної таємниці, яка буде йому довірена, а також письмової згоди на передбачені законом обмеження прав у зв'язку з допуском до державної таємниці.

Якщо виникнуть сумніви щодо достовірності наданих громадянином відповідей в опитувальному аркуші або справжності представлених довідок, керівник суб'єкта режимно-секретної діяльності повинен мати право звернутися до органу СБУ з метою проведення перевірочних заходів.

Перевірку надійності кандидата для надання допуску за формою 1 та 2 мають здійснювати органи СБУ. Зокрема, допуск до державної таємниці за формою 2 може бути надано громадянину, який розглядається як кандидат на його отримання, за умови, що він:

- є громадянином України;
- має повну дієздатність (за виключенням курсантів військових навчальних закладів);
- досяг визначеного віку (за погодженням із Службою безпеки України допуск до державної таємниці із ступенем секретності «таємно» та «цілком таємно» може надаватися з 17 років);
- успішного склав в органі СБУ тестові завдання на знання правил дотримання режиму секретності;
- взяв на себе письмове зобов'язання щодо збереження державної таємниці, яка буде йому довірена, а також дав письмову

згоду на передбачені законом обмеження прав у зв'язку з допуском до державної таємниці;

– є надійним, тобто таким, хто своїми діями не створює ризику витоку секретної інформації.

Такий ризик матиме місце внаслідок:

- наявності у громадянина психічних розладів, які можуть завдати шкоди охороні державної таємниці, відповідно до переліку, затвердженого Міністерством охорони здоров'я України і Службою безпеки України;

- діяльності громадянина на шкоду конституційному ладу, суверенітету, територіальній цілісності та недоторканості, обороноздатності, державній, економічній чи інформаційній безпеці України за відсутності в таких діях ознак складу злочину;

- наявності у громадянина судимості за тяжкі або особливо тяжкі злочини, а також судимості за злочини, які призвели до витоку секретної інформації, не погашеної чи не знятої в установленому порядку;

- вчинення за попередні три роки порушень, які призвели до скасування йому допуску до державної таємниці;

- вчинення за попередній рік адміністративних правопорушень законодавства про державну таємницю або порушень трудової дисципліни чи отримання за цей же період дисциплінарних стягнень;

- надмірного вживання алкогольних напоїв або наркотиків;

- залежності від азартних ігор.

Для надання доступу за формою 1 необхідно проводити розширену перевірку надійності. Крім перевірочних заходів за формою 2, ця перевірка додатково включатиме оперативне спостереження за кандидатом у службовий та позаслужбовий час, аналіз банківських рахунків і кредитних платежів з метою виявлення доходів та розходів підозрілого характеру, проведення співбесід із такими особами, включаючи їх колишніх та нинішніх роботодавців.

Існуючий порядок надання допуску до державної таємниці має бути змінений на ефективну систему заходів із перевірки благонадійності громадян, які потребують доступу до секретної інформації. В основу такої системи має бути покладено ідею втілення

головних системоутворюючих принципів політики інформаційної безпеки держави та максимального наближення формально-юридичної процедури перевірки благонадійності громадян до законодавства європейських країн.

1. *Про державну таємницю*: Закон України від 21 січня 1994 року / ВВР України. 1994. № 16. Ст. 93. 2. Там само. 3. *Про захист* класифікованих матеріалів і про внесення змін до деяких законів: Закон Словацької Республіки від 30.05.2001 р. (неофіційний переклад) // Артемов В.Ю. Порівняння організаційно-правових норм захисту інформації з обмеженим доступом країн – членів НАТО: навч.-метод. посібн. Київ: КНТ, 2007. С. 93-143. 4. *Маруцак А.І., Шемякін О.С.* Охорона державної таємниці (за законодавством України та Польщі): наук. огляд. Київ: Вид-во СБ України, 2007. – 99 с. 5. *Маруцак А.І., Шемякін О.С.* Цит. праця; Исполнительный приказ 10450 (27 апреля 1953 года) // Хрестоматия по всеобщей истории государства и права: учеб. пособ. / сост. В.Н. Садилов. Москва, 2002. С. 594-595.

Semenyuk Oleksandr. Improvement of organizational and legal measures of loyalty vetting procedures of citizens who need security clearance and access to state secret

Today, an access to state secrets is provided to capable citizens of Ukraine after their inspection by the Security Service of Ukraine (hereinafter - SBU). This verification can begin only after the appointment of a person to the post of nomenclature. It leads to a conflict of interests of the employer who cannot demand from the employee to do some work in the part related to state secrets and SBU, which is obliged to hold the verification of citizen's reliability in connection with granting him an access to state secrets. Considering the need of a long time for such inspection and the need of a rapid access to classified information, it is offered to hold the verification of citizens' reliability before the labor (service) relations with the enterprise, institution or organization, which carry out the activity related to state secrets.

The results of such verification should be documented with the certificate (licence) of reliability. The validity of certificate of reliability may be cancelled before its expiration in case of circumstances preventing it getting, and violation of the established order of handling state secrets if preconditions were created for disclosure of such information or loss of material carriers.

Normalized procedure of admission is constructed so that it is focused on verifying the reliability of national responses set out in the list of questions proposed to respond to process access to state secrets. All other personal qualities and moral guidelines that directly affect the trustworthiness of the candidate for admission remain outside the inspection, which does not allow achieving its goal - to restrict the access to secret information to citizens who are unable to keep such information secret. Therefore, one of the areas of reformation of organizational and legal measures

to verify their citizens' reliability should be the change of approaches to the content of such verification.

Besides, the legislative provision must be entrenched according to which in the case of the verification of the facts of reporting false information, hindering the provision of access to state secrets, the candidate should be interviewed, during which he will be able to explain or comment discovered circumstances. Under such conditions, the ground for refusal can only be deliberate concealment of information by a citizen that he had to report under the list of issues covered in the same law.

Considering that the value of the information distributed to persons with different forms of access greatly increases with the degree of secrecy, a measure of confidence in the people to whom such information must also be different. This approach requires the introduction of a new procedure of verification with regard to giving them an access to state secrets, which should be based on principle: the higher form of tolerance, which citizen plans to get, the more it should be studied. And vice versa - the lower form of access requires the smaller amount of verification.

Key words: security clearance, access to state secret, loyalty vetting procedures.

УДК 343.1

В. О. БЕНЬКІВСЬКИЙ

ЮРИДИЧНІ МЕЖІ ПРИЧИННО-НАСЛІДКОВОГО ЗВ'ЯЗКУ: МЕТОДОЛОГІЧНИЙ БАЗИС ТА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА РЕАЛІЗАЦІЯ

Досліджується проблематика причинно-наслідкового зв'язку у праві, в аспекті визначення його юридичних меж. Розглядаються філософський та логічний базис інтерпретації причинно-наслідкового зв'язку. На підставі зазначеного й з врахуванням специфіки права (кримінального права) пояснюється методика юридичного коригування причинно-наслідкового зв'язку у праві, кримінальному праві. Стверджується, що причинно-наслідковий зв'язок у кримінальному праві юридично коригується як у межах складових зв'язку, так і коригується безпосередньо сам зв'язок.

Ключові слова: *причинно-наслідковий зв'язок, методологія, право, кримінальне право, юридичне коригування, момент зв'язку.*

Беньковский В. А. Юридические границы причинно-следственной связи: методологический базис и уголовно-правовая реализация

Рассматривается проблематика причинно-следственной связи в праве, в аспекте определения его юридических границ. Рассматриваются философский и логический базис понимания и интерпретации причинно-следственной

связи. Рассматриваются философско-определенные признаки причинно-следственной связи (генетический характер, «векторность»); в пределах формальной логики аналогом связи является импликация. На основании вышеозначенного и с учетом специфики права (уголовного права) поясняется методика юридического корректирования причинно-следственной связи в праве и уголовном праве. Утверждается, что причинно-следственная связь в уголовном праве юридически корректируется как в пределах составляющих связи, также, корректируется непосредственно и сама связь. Обосновывается значение юридического корректирования причинно-следственной связи.

Ключевые слова: причинно-следственная связь, методология, право, уголовное право, юридическое корректирование, момент связи.

Benkivsky Volodymyr. The juridical limits of causal connection: methodological basis and criminal law realization

In the paper examined of problematic causal connection in law aspects definition on the juridical limits.

For the realization of target science researching to examined philosophical and logical basis interpretation of causal connection.

The examined philosophical indications of causal connection (genetics disposition, vector's attribute); in limits formal of logical is analogical relation of implication. The explained methodical law's correction of causal connection in the law or criminal law. Causal connection in the criminal law juridical of corrected as in limits of connection. The proving importance juridical of correction causal connection.

Key words: causal connection, methodological, law, criminal law, juridical of correction, moment connection.

Проблематика особливої характеристики причинно-наслідкового зв'язку у праві (і у кримінальному праві, зокрема) є очевидно важливою.

Актуальність даного питання обумовлюється характером, особливістю характеристик права (нормативність, формальна визначеність, регуляторна спрямованість) та комплексом завдань, що стоять перед правовою наукою.

Важливо зазначити та звернути увагу на складові частини методології дослідження причинно-наслідкового зв'язку. Є очевидним, що вона утворюється філософською, логічною й теоретико-правовою частинами.

У філософії, причинно-наслідковий зв'язок розглядається через причинність, яка є філософською категорією для позначення необхідного генетичного зв'язку явищ з яких одне (наз. причиною)

обумовлює друге (наз. наслідком або дією)¹. Підкреслюється, що причинно-наслідковий зв'язок – лише один з видів універсального зв'язку явищ, при цьому специфіка даного зв'язку полягає у його односторонності, «векторній» спрямованості (від причини до наслідку).

Підкреслювати особливість причинно-наслідкового зв'язку через поняття векторності видається важливим, оскільки часто при характеристиці даного зв'язку у науковій літературі застосовуються терміни «взаємодія», «взаємовплив», що не відповідає його сутності.

Проблемність породжується також тоді, коли наприклад, причина розглядається як явище, що викликає, обумовлює виникнення іншого явища².

Очевидно, необхідно визначитись з тим, що мається на увазі: зв'язок умов (тоді, доцільне застосування терміну «обумовлення») або реальний каузальний зв'язок у межах якого існує спричинення (практично, породження) одним явищем іншого.

Окреме запитання виникає також тоді, коли причинно-наслідковий зв'язок розглядається як генетичний (від грецької «генезис», що означає походження).

На мій погляд, коли у науковій літературі підкреслюється генетична характеристика причинно-наслідкового зв'язку, то мається на увазі те, що причина закономірно породжує наслідок. Але, даний підхід є різновидом абстрагування, оскільки породження причиною наслідку ніколи не буває «чисто» необхідним: завжди наявні випадкові впливи, взаємодії явищ.

Окремою проблемою є ступінь суб'єктивації такого об'єктивного явища, як причинно-наслідковий зв'язок. На мій погляд, суб'єктивація причинно-наслідкового зв'язку – необхідний момент його дослідження у науці, правовій науці, оскільки вона безпосередньо пов'язана з правовою оцінкою. Але, у той же час, проста суб'єктивація (вчинювана особою, що не має спеціально-правового положення) і легальна суб'єктивація (вчинювана фізичною особою у межах правової процедури і у відповідності з законом) має певні межі, зумовлені об'єктивними характеристиками зв'язку.

У межах формальної логіки найбільш наближеним до характеристики причинно-наслідкового зв'язку є складне судження (ім-

плікація), утворене з двох простих суджень ($a \rightarrow b$), що перебувають у відношенні підстави і наслідку³.

Формально-логічний підхід до дослідження каузальності, передбачає фіксацію не онтологічного (наявного у бутті, реального) причинно-наслідкового зв'язку але гносеологічне його розуміння (логічну передумову виявлення зв'язку). Це досягається шляхом оперування судженнями, силогізмами, узагальнено-логічними операціями у поєднанні з логічною символікою. При цьому, формально-логічне дослідження каузального зв'язку явищ може бути інверсійним: тобто, формула $a \rightarrow b$ може «дзеркально» вказувати на реальний каузальний зв'язок (від наслідку (a) до причини (b), де « a » як логічна підстава співпадає з реальним наслідком, що вказує на « b » - реальну причину.

Можна також фіксувати «точку перетину» формальної логіки та права у дослідженні й використанні причинно-наслідкового зв'язку, оскільки право також формалізує даний зв'язок або точніше, типізує зв'язок іманентними йому засобами.

Враховуючи вищенаведене, не можна погодитись з твердженням, що проблема причинності це тільки онтологічне, а не логічне питання і не може бути вирішене чисто логічними методами, може бути проаналізоване за допомогою логіки, але не може бути зведена до логічних термінів⁴.

Таким чином, функція логіки у причинності – виявлення причинно-наслідкового зв'язку у поєднанні з наданням зв'язку науковою формою, необхідної для аналізу зв'язку. Отже, проблематика причинності – це і онтологічне, і логічне питання.

Оскільки право характеризується такими властивостями як нормативність, формалізованість та ін., то будь-яке явище (і зокрема, причинно-наслідковий зв'язок) будучи включеним у систему права, певним чином опосередковується, коригується ними.

Дане коригування пов'язане з фундаментальною характеристикою права як універсального регулятора⁵. Названа характеристика не може бути реалізована, якщо у межах характеристики явищ, терміни, що їх описують не перетворюються на консолідовані, такі, що утворилися в інших галузях знань але адаптовані, сприйняті правом⁶. Проблематика консолідованих понять постійно постає перед правом (зокрема, кримінальним правом), оскільки

право повинно інтерпретувати соціальні й соціологічні явища таким чином, щоб:

- а) була можливість відобразити їх законодавчо;
- б) як результат: згадані явища повинні набувати юридичних властивостей (юридична природа, наслідки).

Очевидно, щоб розглядати причинно-наслідковий зв'язок у праві як консолідоване поняття, необхідно надати йому правову форму: передбачити даний зв'язок нормативно, в якості елементу певного інституту, субінституту⁷. Зокрема, причинно-наслідковий зв'язок формалізований у законодавстві окремих зарубіжних країн (Грузія, Молдова) і спеціально, у межах кримінальних кодексів.

Правова формалізація причинно-наслідкового зв'язку у законодавстві можлива кількома варіантами:

- 1) причинно-наслідковий зв'язок передбачається Загальними частинами кодифікованих актів у поєднанні з формалізацією у межах статей Особливої частини;
- 2) причинно-наслідковий зв'язок передбачається тільки статтями Особливої частини.

Ознаками юридичної формалізації (юридичного коригування, встановлення певних правових меж) причинно-наслідкового зв'язку є наступні:

- 1) законодавчо-технічна: формування статті у поєднанні з специфічною, «каузальною» термінологією;
- 2) юридичне коригування причини зв'язку: причина повинна бути визначена таким чином, щоб це дало підстави розглядати правові наслідки її виникнення;
- 3) юридичне коригування наслідку зв'язку: аналогічна до попередньої характеристики;
- 4) визначається умова (умови) при наявності яких причинно-наслідковий зв'язок розглядається (практично, встановлюється) у межах галузі права.

Як правило, перша з названих ознак юридичної формалізації (юридичного коригування) передбачає у своїй реалізації використання термінів «зобов'язання», «обставини», «дія», «діяння», тощо.

У тому, що стосується наслідку використовуються: «зобов'язання», «шкода» та ін. термінологія.

У випадку юридичного коригування причини, підкреслюється законодавчо та витлумачуються згадані вище терміни таким чином, що ними позначається явище яке є принаймні умовою певного правового наслідку (зокрема, діяння у кримінальному праві – умова відповідальності).

Аналогічним є юридичне коригування наслідку.

Якщо йдеться про такий тип коригування як законодавче визначення умов при наявності яких причинно-наслідковий зв'язок розглядається у межах галузі права, то нормативно передбачається або тлумачиться особлива кондиціональність діяння (діяння як необхідна умова наслідку), або його певна функція у межах галузі права. Зокрема, у межах кримінального закону може підкреслюватись:

- 1) що діяння «потягнуло правові наслідки»;
- 2) створило «конкретну небезпеку утворення наслідків».

Якщо розглянути юридичне коригування причинно-наслідкового зв'язку у кримінальному праві, то також, необхідно враховувати характер та специфіку злочинних діянь, необхідною характеристикою яких є причино-наслідковий зв'язок.

При узагальненні специфіки юридичного коригування у кримінальному праві, окрім зазначених вище загальних підходів можна розглянути наступні спеціальні:

- 1) юридичне коригування відбувається у межах Особливої частини кримінального права;
- 2) юридичне коригування пов'язане з характером злочинних діянь;
- 3) юридичне коригування стосується самого зв'язку, а не тільки складових, які він поєднує.

У залежності від характеру злочину, окрім конкретного, юридичного коригування складових зв'язку, сам причинно-наслідковий зв'язок (момент зв'язку) відображений у юридичних складах Особливої частини.

На окремому юридичному значенні самого зв'язку акцентував свою увагу такий відомий фахівець у галузі кримінального права як С.Д. Шапченко.

Необхідність юридичного коригування та окреме значення причинно-наслідкового зв'язку підтверджується використанням у

межах статей Особливої частини КК України термінології, що відображає не саме діяння, а процес породження (тобто сам зв'язок): «завідоме залишення», «втягнення», «здійснення», тощо.

Значення встановлення юридичних меж (юридичного коригування) причинно-наслідкового зв'язку пов'язане з тим, що:

1) у межах права (кримінального права) розглядається тільки соціальний тип причинно-наслідкового зв'язку;

2) необхідно юридично «адаптувати» причинно-наслідковий зв'язок та його складові за наступними напрямками, з метою застосування у праві,

кримінальному праві:

а) термінологічно;

б) обмежити зв'язок за ступенями «протяжності» та «багатозначності» (тобто за довжиною зв'язку й кількістю каузальних чинників).

1. *Філософський* словарь / под. ред. И.Т. Фролова. Москва: Политиздат, 1981. С. 295. 2. *Філософський* словарь. Киев: А.С.К., 2006. С. 686. 3. *Жеребкін В.Є.* Логіка: підручник. Київ: Знання, КОО, 2008. С. 85. 4. *Енциклопедія* уголовного права. Т. 4: Состав преступления / Издание профессора Малинина. Санкт-Петербург, 2005. С. 308. 5. *Попович В.М.* Теорія держави і права, концепція, праксеологія та методологія розвитку: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2015. С. 166. 6. *Тарасов Н.Н.* Методологические проблемы юридической науки. Екатеринбург: Изд-во Гуманитарного ун-та, 2001. С. 165-166. 7. *Общая* теория права: учебник для юрид. вузов / Дмитриев Ю.А., Лазарев В.В. и др. / под общ. ред. А.С. Пиголкина. Москва: Изд-во МГТУ им. Н.Э. Баумана, 1997. С. 180.

Benkivsky Volodymyr. The juridical limits of causal connection: methodological basis and criminal law realization

In the paper examined of problematic causal connection in law aspect definition on the juridical limits. The juridical limits as problem causal connection in the law (criminal law) of determined specific law. This is principle – necessary of condition application on the law (criminal law).

For the realization of target science researching to examined philosophical and logical basis interpretation of causal connection. Philosophical and logical basis interpretation of causal connection – foundation his conception in the law, criminal law.

The main philosophical, tasks of legal understanding of a definition «connection» were studied.

Connection noun movement the situation in which a lot of things are happening or people are moving around.

In philosophical literature of connection the contemplated as result and form relation for peace.

The connection consists of: target of connection, means of connection, result of connection, process of connection.

Target of connection and means – basis elements of connection.

Usually is not target forms of action is not appearance connection.

Systematical connection bases and reason variables in peace and society.

Underscored whatever in the limits philosophical theories examined on aspect of legal understanding of connection.

Social norm – bases legal understanding of connection.

Underscored whatever social norm – principle of connection.

The examined philosophical indications of causal connection (genetics disposition, vector's attribute); in limits formal of logical is analogical relation of implication.

Considered is the correlation between crime and causal connection. In order to do this, causal connection is determined consecutively as a special kind of object-related connection, which is characterized by socially negative characteristics and their reflection in criminal law.

We also consider the very notion of what is a «crime» through the totality of its main features, as well as through its typical characteristics such as the significant damage done.

When analyzing crime we must highlight that connection exists as a special kind of social variety; it concludes that the definition of causal connection implemented social characteristics, but added damage from this connection and the negative legal assessment.

The genetics disposition examined as base, characteristic of causal connection. It's approved, that genetics disposition – opposition of interaction appearances.

The explained methodical law's correction of causal connection in the law or criminal law. Causal connection in the criminal law juridical of corrected in limits of connection.

On the law (criminal law) to examined means of juridical correction causal connection. Means of juridical: characteristics of law (criminal law), means of legislation.

Key words: causal connection, methodological, law, criminal law, juridical of correction, moment connection.

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО І ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОНАВСТВО

УДК 340.12

Ю. В. ГОЦУЛЯК

МІЖНАРОДНЕ ВИЗНАННЯ ЯК ОЗНАКА ДЕРЖАВИ

Обґрунтовується положення, згідно з яким міжнародно-правове визнання є невід'ємною ознакою державності. Визначаються відправні історичні події, що слугують основою для обґрунтування вказаної позиції. Розглядаються різні точки зору на питання міжнародно-правового визнання, його значення для державного буття. Аналізуються ключові теорії міжнародно-правового визнання. Вказуються недоліки окремих наукових позицій щодо досліджуваного питання.

Ключові слова: міжнародне визнання, міжнародне право, держава, право, ознака.

Гоцуляк Ю. В. Международное признание как признак государства

Обосновывается положение, согласно которому международно-правовое признание является неотъемлемым признаком государственности. Определяются отправные исторические события, которые послужили основой для обоснования указанной позиции. Рассматриваются различные точки зрения на вопрос международно-правового признания, его значение для государственного бытия. Анализируются ключевые теории международно-правового при-

знання. Указуються недостатки окремих наукових позицій по досліджуваному вопросу.

Ключевые слова: міжнародне визнання, міжнародне право, держава, право, ознака.

Hotsuliak Yrii. International recognition as a sign of the state

The article substantiates the idea, according to which international legal recognition is an essential feature of statehood. Determined the starting historical events that served as a basis to justify this position. Different points of view on the question of international legal recognition of its importance to the state of being. Analyzes the key theories of international legal recognition. Include disadvantages specific scientific positions on the issue studied.

Key words: international recognition, international law, the State, the right sign.

Для сучасної держави міжнародно-правова сфера є невід'ємною частиною її існування і має безпосередній вплив на її внутрішні процеси. Наразі Україна переживає багато контрастних суперечливих подій на міжнародній арені, амплітуда яких сягає прямо протилежних конструктивних та деструктивних полюсів: від євроінтеграційних процесів, що породжують відповідні інституційні перетворення всередині країни, до військових агресій та анексії територій. На політичній карті світу ми знаходимо немало точок (зокрема, і щодо нашої держави), де порушуються правила міжнародного співжиття. Порушення міжнародних норм має наслідком актуалізацію питання кордонів та суверенітетів, що безпосередньо впливає на саму державність. Ми постійно спостерігаємо реакцію з боку міжнародної спільноти щодо таких дій. Водночас, практична політико-правова оцінка цих акцій породжує потребу в теоретичному осмисленні місця та ролі фундаментальних політико-правових процесів, що мають вплив на міжнародно-правову онтологію. Серед таких процесів особливе місце посідає акт міжнародного визнання держави, адже він стоїть на витоків державності як такої і повноцінності її екзистенції. Додає актуальності нашому дослідженню і той факт, що міжнародне визнання порушує питання державно-правової теорії, а саме: ознак держави, що підсилює академічний інтерес до вказаного питання. Таким чином, виникає потреба у фундаментальному аналізі інституту міжнародно-правового визнання держави не лише як явища міжнародного права, а і як важливого чинника у політико-правовому бутті загалом.

Серед дослідників, які вивчали питання міжнародного визнання держави, можна виділити таких вчених-міжнародників, як Н.І. Алієв, М.О. Баймуратов, Я. Броунлі, І.Л. Литвиненко, Ф. Мартенс, Д.І. Фельдман та ін. Водночас, дослідження, що визначало б місце інституту міжнародно-правового визнання серед ознак держави і для онтології держави, в цілому наразі не існує.

Довоєнні та повоєнні політичні «правила гри»

За відсутності міжнародного визнання, політичне утворення не може повноцінно вважатися державою, швидше, це – «квазідержавою». Така теза впливає із загальних міжнародних політичних правил, що сформувалися після Другої світової війни. Довоєнний період характеризувався цілою низкою агресивних актів загарбницької політики з боку тоталітарних держав. Анексування територій було ледь не нормою. Згадаємо хоча б події із поділом Польщі між Німеччиною та СРСР, анексуванням територій (під приводом захисту німецькомовного населення) і фактичною окупацією Чехословаччини, аншлюсом Австрії тощо. Політика замовчування та невтручання у ці загарбницькі акції ключових політичних гравців (Велика Британія, Франція) призвела до зростання «апетитів» тоталітарних держав і як наслідок – до великої війни.

Спробуємо проаналізувати, у чому криються причини такого поведіння держав? Однією із ключових ознак держави є наявність апарату примусу і ексклюзивні права на нього у єдиної політичної влади; тобто держава уже за визначенням має репресивний характер. Така репресивність, безумовно, має величезне значення при регулюванні суспільного життя, особливо щодо захисту громадян, їх прав та свобод. Разом з тим, у сучасній державі із встановленими і закріпленими як формально, так і ментально демократичними цінностями, примус може існувати виключно в демократичній цивілізованій «системі політичних координат». Державне буття немислиме без буття людини, оскільки це все ж суспільна організація. Отже, можемо стверджувати, що держава не є «самоцінністю», сама по собі вона ще не є благом, адже має бути присутній антропологічний фактор, який і має ключовий вплив на те, наскільки держава являє собою цінність для суспільства. В іншому випадку, коли державне начало силою

певних обставин стає самостійним, на політичній карті світу мають місце народи та держави, де демократичні цінності або взагалі не декларувались, або декларувались, але ментально не засвоїлись, або ж в умовах демократичних перетворень чи процесів наставала гуманітарна криза, коли населення не здатне вдовольнити навіть свої базові природні потреби, і тоді відбувалась переоцінка демократичних цінностей, зневіра в них і пошук альтернативних шляхів. Довоєнна «політична шахівниця» дозволяла всі ці варіації в політичній поведінці, допоки політичний конфлікт не отримав 100 000 000 людських жертв. Вочевидь, така психологічна позначка змушує «щось вирішувати» і «щось робити». Атрибутом цього «щось» стала Організація Об'єднаних Націй.

Уже в преамбулі Статуту ООН ми знаходимо важливі положення щодо міжнародних правил політико-правового співжиття: «Ми, народи Об'єднаних Націй, вирішили вберегти майбутні покоління від війни, яка протягом одного людського життя двічі завдала людству невимовних страждань, і знову проголосити віру в фундаментальні права людини, в гідність і цінність людського життя, в рівноправність чоловіків і жінок, великих і малих націй; створити необхідні умови для збереження справедливості і дотримання договорів та інших джерел міжнародного права; сприяти соціальному розвитку і забезпечити найкращі умови життя при найбільшій свободі і в цих цілях бути терпимими, жити в дусі добросусідства, об'єднати наші зусилля по збереженню миру і міжнародної безпеки; прийняти принципи і затвердити методи, що гарантують, що люди будуть вдаватися до сили зброї лише в загальних суспільних інтересах»¹. Отже, з цього тексту бачимо передусім, що співіснування держав на міжнародній арені має відбуватися таким чином, щоб не допустити ще однієї світової війни. Для реалізації такої мети, у свою чергу, має запанувати сила міжнародних норм і міжнародного права в цілому. Звісно, варто бути реалістами і визнати, що в післявоєнному світі збройних конфліктів вистачало, зокрема, причиною тому була «холодна війна» двох політичних моделей та ідеологій. Водночас, створюючи таку організацію як ООН, ключові світові держави тим самим обмежили себе щодо проведення відвертих загарбницьких військових кампаній. Таким чином, у міжнародній політиці поступово почи-

нають формуватися сучасні цивілізаційні політико-правові цінності, обумовлені, насамперед, певними обмеженнями щодо військової агресії.

Як же бути з питанням нових політичних утворень? Сучасні цінності міжнародного права говорять про те, що держава не може бути утворена будь-яким довільним способом, тобто дуже важливо, наскільки шлях виникнення держави є демократичним та правовим. Саме в таких умовах величезного значення набуває інститут міжнародного визнання держави, як і міжнародного «невизнання».

На наше переконання, міжнародне визнання має як формальний, так і фактичний «ціннісний» зміст. У вузькому значенні, міжнародне визнання – це акт, яким держава дає згоду на існування нового політичного утворення і виражає готовність з ним співпрацювати. Однак ціннісний фактичний аспект цього поняття має куди ширше значення, а саме: у цьому контексті міжнародне визнання фіксує те, що держава утворилась за правилами сучасних демократичних та правових стандартів. Гарантами такого змісту міжнародно-правового визнання є держави-експортери сучасних цивілізаційних цінностей. Насамперед, це держави, що входять у так звану G7 (найрозвиненіші економічно держави, що мають вплив на увесь світовий політико-правовий простір). Наявність таких гарантів є принципово важливою, адже це свідчить про засвоєння трагічних уроків історії. Коли у певних положень є гарант, то вже зрозуміло, що вони носять цілком реальний характер і фундаментуються на міцних стовпах. Варто зауважити, що правила міжнародної політичної гри в сучасних умовах не мають винятків, і жодна, навіть потужна, держава не має дозволяти собі розкоші їх порушувати (ми маємо на увазі фундаментальні міжнародні цінності загалом і питання дотримання правил міжнародного співжиття). Прикладом може слугувати виключення Російської Федерації із так званої G8 у 2014 році після насильницької анексії Криму. Йдеться про те, що суб'єкт, який порушує міжнародне право, сам себе заганяє у стан міжнародної ізоляції, адже реакція інших гарантів міжнародних принципів завжди є адекватною порушенням (тобто міжнародні правила такі є цінностями для міжнародної спільноти). Там, де порушуються міжнародно-правові

правила гри, практично за законами детермінізму утворюється політичний, економічний та правовий «вакуум», що має цілком конкретні наслідки для держави-порушника.

Окремі критерії визнання (миролюбність, непорушність суверенітетів інших держав)

Серед критеріїв визнання держави можемо виокремити наступні: миролюбність держави, непорушність територіальної цілісності інших держав, повага до прав та свобод людини². Як бачимо, що саме ці критерії безпосередньо пов'язані з мирним способом утворення держави. Сама їх наявність свідчить про те, що шлях утворення держави має значення, адже він може бути і протилежним, що, як ми вже вказували, не відповідає повоєнним міжнародно-правовим правилам міждержавного співіснування. Утворення держави має відповідати положенням щодо сучасної цивілізованої демократичної держави, тобто процес утворення має бути таким, як і процес власне існування, що виглядає цілком логічним, адже справді, якщо відповідно до міжнародних норм держава не має порушувати суверенітету інших держав, відповідати гуманітарним стандартам, забезпечувати права людини, то і утворення її має бути відповідним, інакше були б підстави стверджувати про відносність міжнародних цінностей, принципів, норм. Варто зазначити, що йдеться про певний сучасний «пакт», певну домовленість між ключовими учасниками політико-правової дійсності, яка діє саме з певного періоду, адже можна справедливо зауважити, що деякі держави утворювались загарбницьким шляхом, але наразі вже є експортерами демократичних цінностей. Наголосимо, що йдеться саме про сучасну міжнародну політико-правову дійсність, яка сформувалась завдяки урокам трагічного минулого. Отже, для визнання сучасного політичного утворення державою, принципово важливим є його генеалогія, спосіб його утворення.

Зміст міжнародно-правового невизнання

Ми б хотіли звернути увагу читача і на інший бік цього питання. Зазвичай, дещо однобоко науковий та практичний дискурс ведеться виключно про інститут визнання, про критерії, форми, види визнання держави. Втім не меншої уваги заслуговує і питання «невизнання» різних політичних утворень. Маємо зазначити, що це не просто зворотна сторона одного питання,

«невизнання» має свій окремий зміст. Визнання і невизнання є окремими політико-правовими актами, при чому навіть не взаємовиключні, адже держава водночас може не оголошувати як визнання, так і невизнання (займати нейтральну позицію). Спробуємо розкрити сутність міжнародного «невизнання». Політичне невизнання на відміну від протилежної процедури не оформлюється окремим правовим актом, але, водночас, носить не менш офіційний характер, адже воно проголошується публічно офіційними особами (очільниками держав, міністрами закордонних справ тощо). Зміст міжнародного невизнання полягає в тому, що держава висловлює незгоду з певним «квазідержавним» утворенням або процесом чи явищем в країні, що має безпосередні політико-правові наслідки. У першому випадку, це відсутність будь-яких дипломатичних, економічних, правових та інших контактів, характерних для класичних міждержавних відносин. Тобто це політичне формування визнається таким, для якого немає місця в політико-правовій системі координат. Таким чином, складається ситуація, коли певна «квазідержава» декларує класичні ознаки, характерні для її дійсності (територія, народ, суверенітет тощо), але цих ознак ніхто не визнає, їх просто ніхто «не бачить». З урахуванням того, що, як уже було сказано, держава не може повноцінно існувати «в собі», то такий порядок речей ставить під сумнів самі ці ознаки, а відповідно, і саму державність. Таке утворення набагато ближче знаходиться до політичного небуття, ніж до державницької реальності. Якщо таким «квазідержавним» явищем все ж вдається зберегти існування, як правило, за допомогою сторонньої військової присутності, то це існування завжди нагадує політико-правову «кому» в усіх сферах суспільного життя, цивілізаційний колапс.

Декларативна та конститутивна теорії міжнародно-правового визнання

Декларативна теорія міжнародно-правового визнання полягає в тому, що «міжнародне визнання не створює нового суб'єкта міжнародного права: акт визнання є декларацією, що констатує факт появи нового суб'єкта міжнародного права, з яким вже існуючі держави бажають встановити дипломатичні та інші відносини... держава стає суб'єктом міжнародного права через своє існування і

наявність акту визнання (або його відсутність) не впливає на її міжнародну правосуб'єктність»³. Ця теорія нормативно була закріплена у Конвенції Монтевідео про права та обов'язки держав (міжамериканській). Так, ст. 3 цієї Конвенції декларує наступне положення: «The political existence of the state is independent of recognition by the other states»⁴. Політичне існування держави не залежить від визнання іншими державами. Далі за текстом отримуюмо невеличке тлумачення: «Even before recognition the state has the right to defend its integrity and independence, to provide for its conservation and prosperity»⁵. Тобто ще до міжнародного визнання держава може здійснювати діяльність, характерну для її буття (захист території, законотворчість тощо). З іншого боку, такий підхід не враховує того, що не кожна діяльність відповідає реальному стану речей, завжди може мати місце «імітація», яку все ж варто розпізнавати, аби не впадати у політико-правову «короткозорість» і не ідентифікувати «правдоподібність» як «правду».

Протилежною вищевказаній є конститутивна теорія, що отримала назву як доктрина Тобара-Вільсона, оскільки вперше була сформульована в декларації міністра закордонних справ Еквадору Тобара в 1907 р. Згодом вона отримала схвалення президента США Вільсона, тому в деяких джерелах іменується як доктрина Тобара-Вільсона⁶. Конститутивна теорія стверджує, що нова держава стає суб'єктом міжнародного публічного права лише в разі визнання її вже існуючими державами, тобто саме таке визнання і утворює (конституює) нового суб'єкта міжнародного права⁷.

Вищевказані доктрини розглядають міжнародне визнання в наступному контексті: чи потрібне воно для повноцінного існування держави? Вони не ставлять питання онтологічно – чи сама державність можлива без міжнародного визнання? Ці теорії актуалізують цінність саме «юридичного» акту визнання для існування держави. Водночас, вони обходять стороною питання про буття держави як такої. З онтологічного погляду міжнародно-правове визнання – це не просто юридичний акт. Передусім, це можливість входження політичного утворення в міжнародне співіснування, що покликане повністю завершити міжнародно-правовий зміст держави і наповнити державне буття різними модусами співбуття. Таким чином, через міжнародне визнання політичне утворення от-

римус зміст державного утворення через входження в його екзистенцію міжнародного конструктивного політико-правового спілкування. Отже, вищевказані теорії умовно можна охарактеризувати позитивно-правовими, або формалістичними, оскільки вони звертають увагу саме на формально-юридичну складову міжнародно-правового визнання. На наше ж переконання, у цьому дискурсі варто виокремити і природно-правову, або онтологічну концепцію, що ставить питання міжнародного визнання через призму наявності чи відсутності державності як такої.

Ще одним недоліком вищевказаних теорій є те, що вони не виокремлюють міжнародне «невизнання», як окремий не менш значимий акт міжнародно-правової поведінки держави, що має безпосередні наслідки для набуття певним суспільно-політичним формуванням змісту держави.

Що означає невизнання окремих політико-правових процесів?

Міжнародне невизнання може стосуватися як певного політичного утворення в цілому, так і окремих явищ та процесів всередині уже визнаної держави. Зокрема, може не визнаватися голова держави, який прийшов до влади недемократичним шляхом і залишається при владі, узурпувавши її, і підминаючи демократичні цінності (наприклад, як у випадку із Білоруссю). Також можуть не визнаватися і окремі інститути та процедури, що за своїм змістом є демократичними, але відбуваються у зовсім недемократичний спосіб. Зокрема, така доля спіткала так званий «референдум» у Криму, що відбувся в березні 2014 року, наслідком якого стала анексія Російською Федерацією частини території України, що, зрештою, теж не була визнаною міжнародною спільнотою. Як бачимо, таке невизнання тягне за собою серйозні політико-правові наслідки, адже всі подальші процеси, що мають всі ознаки демократичності, автоматично не визнаються (зокрема, громадянство РФ на території Криму ускладнює отримання віз, подальші вибори до Держдуми на території Криму не були визнані міжнародною спільнотою).

Чому міжнародне визнання – це ознака держави?

Держава за своєю природою утворюється як наслідок співжиття людей, що постійно розвивається і потребує дедалі складніших форм організації. Держава – це таке соціальне явище, що не

існує «в собі», тому немає підстав її субстанціоналізувати, оскільки дійсно ізольоване суспільство не може повноцінно вважатися сучасним, тим паче, у глобальну інформаційну епоху. Більше того, держава не існує без такого атрибуту як кордон, а для того, щоб вона могла існувати «в собі», мала би бути можливість існування держави без кордонів, тобто без сусідів. Вочевидь, навіть з погляду здорового глузду, такий стан речей – неможливий. Отже, якщо держава має кордони, значить, вона має сусідів (інші держави) на цих кордонах, і, відповідно, вона приречена на певні форми міжнародних відносин, незалежно від її внутрішньої та зовнішньої політики (миролюбної чи агресивної, адже стан війни – це теж певна насильницька форма міжнародного співіснування). Держава не може сама собі встановлювати кордони без визнання їх сусідами та іншими державами, інакше – повноцінне співіснування буде неможливим, а подекуди, навіть саме буття держави.

Класичні ознаки держави отримують свій дійсний зміст не як окремі атрибути, а за принципом «у зв'язку із...». По-перше, якщо є ознака визнання, то і ознака території та кордонів отримує своє місце у виявленні державного буття. По-друге, якщо є ознака міжнародного визнання, то має сенс утвердження ознаки зовнішнього суверенітету, що є невід'ємною частиною суверенітету в цілому. Справді, якщо ми під зовнішнім суверенітетом розуміємо рівноправність держави як суб'єкта міжнародного права, непорушність її кордонів, то що може насамперед виступити гарантом такої непорушності і рівноправності? Саме міжнародно-правове визнання як акт впускання держави у міжнародний конструктивний політико-правовий дискурс, де вже вироблені правила гри (і вони виконуються), може бути гарантом міжнародної рівноправності та непорушності кордонів. Тоді зовнішній суверенітет відбувається *de jure* і *de facto*. Водночас, для повноти наших доводів розглянемо зворотний бік ситуації. Якщо визнання не відбувається, то питання кордонів певного політичного утворення, якщо взагалі ставиться, то доволі умовно, як проблема, яку потрібно вирішити (звісно, не в бік її легітимізації). Таким чином, як можна гарантувати непорушність того, що є невід'ємною ознакою співіснування, але при цьому ідентифіковане лише однією стороною (із багатьох). У такому разі, акт порушення кордонів юридично навіть не існуватиме,

адже не можна порушити те, що формально не визначено учасниками конституюючого політико-правового процесу. Про рівноправність і повноцінність суб'єкта міжнародного права за умов невизнання декларувати не доводиться, оскільки суб'єктність такого утворення взагалі в правовій площині буде ідентифікуватись як «неправомірна», адже у міжнародному праві, говорячи мовою цивілістики, правочини такого суб'єкта завжди будуть нікчемними.

Отже, у який би спосіб організації та існування держава себе не вводила, у якому би модусі свого буття вона не перебувала, вона ніколи не зможе обходитись виключно внутрішніми справами, виключно внутрішньою політикою, її буття завжди є співбуттям, її внутрішнє життя уже за визначенням покладає невід'ємність зовнішніх справ.

Держава не є первинним явищем, вона є формою організації соціуму, похідною від більш простих соціальних систем. Таким чином, утворення цього явища не є настільки очевидним і однозначним, як скажімо, народження якогось біологічного організму, воно може відбуватися у різні способи. Есенція держави починається уже із особливостей її утворення. Звідси можемо дійти висновку, що співіснування між державами, їх політичний діалог починається із сутнісного «*pro et contra*» (за чи проти). Тобто питання стоїть наступним чином: чи утворення держави або певний конституюючий процес відповідає сучасному уявленню щодо способів і особливостей виникнення держави, чи все ж такий процес є неприйнятним з погляду ідентифікації державності і не входить у сучасну політико-правову систему координат? Отже, «архе» будь-якого політичного утворення повинно мати атрибути державного у сучасному розумінні, про що уже згадувалось вище. Чому ми говоримо саме «у сучасному розумінні»? Тому що правила міжнародного політико-правового співіснування історично змінювались, а відповідно, і різні способи утворення держави у різні часи визнавались чи не визнавались, у залежності від особливостей історичного періоду.

Отже, ми виявили аксіологічний вимір міжнародного визнання в характеристиці держави, наскільки це є важливим фактором для повноцінного її існування. Зрештою, ми підійшли до наступного етапу нашого наукового дискурсу – онтологічного.

Чи є міжнародне визнання невід'ємним атрибутом державності?

На це питання можна відповісти, лише з'ясувавши наслідки міжнародного невизнання. Коли з'являється певна політична організація, що іменує себе державою і має хоча б декілька або навіть всі ознаки державності, крім визнання, то суто феноменологічно, тобто сама по собі, у чистому вигляді, вона цілком може претендувати на такий статус. Але водночас, як уже згадувалось, державне буття – це завжди співбуття, тобто коли утворюється така організація, цей атрибут «спів-», у будь-якому разі, має бути прояснений. Наприклад, людина і її існування визнається іншими апіорі, незалежно від сприйняття цієї особистості, оскільки факт є факт, а вона, у свою чергу, є істотою соціальною, тобто теж не може обходитись без співбуття. Така аналогія є доречною, тому що сама держава – це організація самого суспільства (без людського буття вона немислима), і її утворення теж має бути визнаним, але на відміну від людини, це визнання не є апіорним, тому що, поперше, сама по собі держава є вторинною відносно людини, і, подруге, вона не є початково людською цінністю, а лише певний спосіб її організації (адже, як ми вже з'ясували, держава може носити абсолютно репресивний характер і навіть нівелювати людську особистість).

Отже, доходимо висновку, що міжнародне невизнання держави ставить під питання її буття. Маємо стверджувати, що така держава не лише реально, але й номінально не є повноцінною. Тобто поняття не зіставне з річчю, а значить, порушується принцип істини «*veritas est adaequatio rei et intellectus*». У такому випадку, користуючись мовою філософії постмодернізму, маємо політичний симулякр (політичне утворення, що імітує державність). Отже, міжнародний аспект, що починається з визнання / невизнання, це не лише один із модусів державного буття, це його невід'ємний атрибут.

1. *Устав* Организации Объединённых Наций. Зі змінами від 16.09.2005 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_010. 2. *Литвиненко І. Л.* Визнання держав у міжнародному праві // Університетські наукові записки. 2005. №1. С. 238–243; *Холина Е. А.* Формы и критерии признания государств // Пробелы в российском законодательстве. Юридический журнал. 2012. №3. С. 218–222.

3. *Міжнародне право*: підручник / Л.Д. Тимченко, В.П. Кононенко. Київ: Знання, 2012. 631 с. (Вища освіта XXI століття). URL: <http://pidruchniki.com/component/option,com>. 4. *Montevideo Convention on the Rights and Duties of States*. 1933. URL: <http://www.cfr.org/sovereignty/montevideo-convention-rights-duties-states/p15897>. 5. Там само. 6. *Міжнародне право*: підручник / Л.Д. Тимченко, В.П. Кононенко. Київ: Знання, 2012. 631 с. (Вища освіта XXI століття). URL: <http://pidruchniki.com/component/option,com>. 7. *Міжнародне право*: навч. посібник / за ред. М. В. Буроменського. Київ: Юрінком Інтер, 2006. 336 с. URL: <http://readbookz.com/pbooks/book-34/ua/chapter-1704/>

Hotsuliak Yrii. International recognition as a sign of the state

In the absence of international recognition, political organization cannot fully consider as a state. This position thesis follows from the international political general rules, formed after World War II.

Coexistence of states in the international arena should be a way to prevent another world war. It should prevail strength of international norms and international law in general to realize this goal. Creating an organization like the United Nations, key world states thus limited itself to conduct overt military campaigns of conquest. Thus, international politics are beginning to emerge civilization modern political and legal values, due primarily to certain restrictions on military aggression.

Current values of international law say that the state cannot be formed in any arbitrary way, that is very important as a way of the state is democratic and legal. In such circumstances the big importance has the state institute of international recognition as an international "non-recognition".

In a narrow sense, international recognition - an act which the government agrees to the existence of a new political phenomena and expresses readiness to cooperate with it. However, the actual value aspect of this concept has a much broader meaning, namely, in this context, the international recognition of the fixes that the state was formed by the rules of modern democratic and legal standards. The participant who violates international law, driving himself in a position of international isolation, because the reaction of other guarantors of international principles always adequate violation (international rules are the same values for the international community). Wherever violated international legal rules, the laws of determinism formed the political, economic and legal "vacuum" that has very specific effects of a violator.

Among the criteria of recognition of the state can highlight the following: the peacefulness of the state, the inviolability of the territorial integrity of other states, respect for human rights and freedoms. These criteria directly related to the peaceful way of a state. Most of their presence indicates the path of a state matter, because it may be the opposite of that, does not meet the post-war international legal rules of inter-state co-existence. The establishment of the state must comply with the provisions of the current civilized democratic state, that is, the formation must be the same as the process of its own existence, which is quite logical, because if in accordance with international standards the state has no violate the sovereignty of other countries, meet humanitarian standards ensure human rights, and its formation is

relevant, otherwise be reason to believe the relativity of international values, principles and standards. It should be noted that we are talking about a modern "pact", a deal between key members of the political and legal reality, it is acting with a certain period, because it is fair to note that some states have been arising aggressive way, but now is already exporting democratic values.

The contents of international recognition is that the state expresses its disagreement with certain "quasi" form or process or phenomenon in a country that has immediate political and legal consequences. In the first case, it is the absence of any diplomatic, economic, legal and other contacts, typical of classic international relations. This political formation indicates as acknowledged, for which there is no place in the political and legal system of coordinates.

International non-recognition of the state puts into question of its existence. We argue that this state is not only feasible, but also nominal is not complete. That concept is not comparable with the thing.

Key words: international recognition, international law, the State, the right sign.

УДК 341.9.01

Г. С. ФЕДИНЯК

СУЧАСНИЙ СТАН МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА ЯК НАУКИ ТА СИСТЕМИ НОРМ

Розглядається розвиток міжнародного приватного права України та інших держав за останні десятиріччя. Аналізуються нові конвенції та правові звичаї. Звернено увагу на оновлення національних правових актів з міжнародного приватного права за останній час.

Ключові слова: міжнародне приватне право, іноземний елемент, колізійна норма, матеріально-правова норма, конвенція, правовий звичай.

Фединяк Г. С. Современное состояние международного частного права как науки и системы норм

Рассматривается развитие международного частного права Украины и других государств за последние десятилетия. Анализируются новые конвенции и правовые обычаи. Обращено внимание на обновление национальных правовых актов, принятых в последнее время.

Ключевые слова: международное частное право, иностранный элемент, коллизионная норма, материально-правовая норма, конвенция, правовой обычай.

Phedinyak Galyna. The current state of private international law as a science and a system of norms

The article describes the evolution of the private international law of Ukraine and other countries in recent decades. The article provides a brief overview of the new conventions and legal customs. Attention is paid to the updating of national legal acts adopted in recent years.

Key words: *the international private law, conflict norm, substantive legal norm, foreign element, convention, legal custom.*

Міжнародне приватне право кожної держави, виникнувши у кінці XIX — на початку XX століть, активно починає розвиватися з середини минулого століття. В останні два десятиріччя спостерігається активне оновлення норм міжнародного приватного права. Це стосується як міжнародного приватного права України, так і інших держав. Зокрема, становлення України як незалежної держави призвело до перегляду її законодавства, створення нових норм права, часто невідомих попередній системі правотворення. Міжнародне приватне право в Україні та інших державах СНД, як система норм, зазнало змін мабуть чи не найбільше. Так, монополія держави на зовнішньоекономічну діяльність, що мала місце до проголошення Україною незалежності, «закритість» кордонів для вільної міграції населення — ці та інші фактори не надавали широких можливостей для виникнення цивілістичних правовідносин з іноземним елементом. Розпад СРСР, утворення на його території нових незалежних держав викликали міграцію населення. За даними, отриманими в результаті досліджень, проведених при підготовці до міжнародної конференції, що стосувались країн СНД, і яка відбулась у Женеві у травні 1996 р., починаючи з 1989 р. всередині держав СНД та між ними перемістилося більше 10 млн осіб – кожен тридцятий житель регіону. У 1991 р., після розпаду Радянського Союзу загальна кількість осіб, які проживали за межами своїх «рідних» республік чи автономних областей, складала від 54 млн до 65 млн осіб, або п'яту частину від загальної кількості населення¹. Таким чином після 1991 р. ситуація докорінно змінилася. Це призвело до активнішого застосування колізійних та матеріально-правових норм, створених для регулювання приватно-правових відносин з іноземним елементом. Виникла потреба у прийнятті нових нормативно-правових актів, міжнародних договорів чи необхідність приєднання до уже існуючих. Зрештою в Україні нормотворчий процес логічно призвів

до прийняття 25 червня 2005 р. Закону «Про міжнародне приватне право»². Саме ним було усунуто низку прогалин у правовому регулюванні чималої кількості правовідносин. Зокрема, в Україні вперше врегульовано вирішення питання зворотного відсилання, відсилання до закону третьої держави, інші. Закон запровадив норму про застосування застереження про публічний порядок до усіх правовідносин, які потрапляють у сферу дії міжнародного приватного права. Зазначені та й інші переваги Закону свідчать про розвиток норм, що належать до міжнародного приватного права України.

Із становленням України як незалежної держави почала активніше розвиватися наука міжнародного приватного права. Якщо у радянський час доктрину України на стику цивільного та міжнародного права представляли такі видатні вчені як В.М. Корецький, Г.К. Матвеев, Ю.Г. Матвеев, О.А. Підопригора, то сьогодні результати досліджень оприлюднили чимало інших учених.

Як предмет «Міжнародне приватне право» до 1991 р. викладався тільки у окремих навчальних закладах колишнього СРСР. Після 1991 р. у багатьох навчальних закладах держав СНД він вводиться спочатку як спеціальний курс (з незначною кількістю годин лекційних та семінарських занять у навчальних планах), а згодом як курс з кількістю годин для одного, а нині вже й двох семестрів. Усе вказане засвідчує посилення значення міжнародного приватного права як системи правових норм, науки та навчальної дисципліни. Але не зважаючи на зростання його значення, міжнародне приватне право України як і інших держав, продовжує розвиватися.

Розвиток міжнародного приватного права як системи норм, в першу чергу, виявляється в уніфікації цих норм. Свідченням вказаного процесу є прийняття в останні десятиріччя низки нових міжнародних багатосторонніх договорів або пропозиції, звернені до держав, прийняти такі міжнародні договори. Серед них Європейська конвенція про усиновлення дітей (переглянута) від 27 листопада 2008 р. (Страсбург). Вона покликана замінити Європейську конвенцію про усиновлення дітей, що була відкрита для підписання від 24 квітня 1967 р.³ Конвенція від 2008 р. має сприяти перегляду державами загальних принципів стосовно усиновлення дітей і практики усиновлення, враховуючи зміни, що відбулися у цій сфері за останні двадцять років. Вказана міжнародна угода покликана також сприяти

усуненню проблем, що зумовлюються розбіжностями у національному праві з питань усиновлення.

Іншим прикладом новітніх міжнародних багатосторонніх договорів, які пропонуються для прийняття державами, є Конвенція про право, застосовуване до певних прав на цінні папери, що знаходяться у володінні посередника. Конвенція прийнята в Гаазі 5 липня 2006 р. з метою створення загальних положень про право, застосовуване до цінних паперів, що є у володінні посередника, для користування її нормами у державах з різним економічним рівнем розвитку. Міжнародний договір, зокрема, визначає право стосовно правової природи та наслідків прав щодо посередника та третіх осіб, що виникли у зв'язку з розміщенням цінних паперів на рахунку цінних паперів. Вказана міжнародна угода допомагає встановити правову природу і правові наслідки розпорядження цінними паперами, що є у володінні посередника та третіх осіб.

Нормативний склад сучасного міжнародного приватного права оновився нещодавно проведеними кодифікаціями сучасних правових звичаїв. Так, Міжнародною торговою палатою кодифіковані звичаї, що нині діють у комерційній та банківській сферах. Йдеться про Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів в редакції 2007 р. (Публікація МТП № 600 – ICC 600); Уніфіковані правила для міжбанківського рабурсування за документарними акредитивами в редакції 2008 р. (Публікація МТП № 725); Уніфіковані правила для гарантій на вимогу в редакції 2010 р. (Публікація МТП № 758-ICC 758); Правила ICC з використання термінів для внутрішньої та міжнародної торгівлі від 2010 р. (остання редакція Правил ІНКОТЕРМС). Деякі правила стали джерелом правового регулювання внутрішніх розрахункових відносин, у тому числі у СНД. Наприклад, Банківський кодекс Республіки Білорусь від 25 жовтня 2000 р. поширює дію міжнародних правил і звичаїв на внутрішні акредитиви, якщо текст акредитиву містить таке відсилання (абз. 3 ст. 266). Закон Киргизії «Про акредитиви» від 23 липня 2002 р. встановив дію на території Киргизької Республіки Уніфікованих правил та звичаїв для документарних акредитивів, підготовлених МТП (ст. 1).

Відомо, що Міжнародним інститутом з уніфікації приватного права (УНІДРУА) були розроблені та вперше у 1994 р. оприлюднені

Принципи міжнародних комерційних договорів, третя редакція яких опублікована у 2010 р.

Оновлення норм міжнародного приватного права відбувається й на національному рівні. Свідченням цього є прийняття законів про міжнародне приватне право у різних державах в останні десятиріччя: Азербайджан (2000 р.), Бельгія (2004 р.), Болгарія (2005 р.), Венесуела (1998 р.), Грузія (1998 р.), Італія (1995 р.), Китай (2010 р.), Ліхтенштейн (1996 р.), Македонія (2007 р.), Польща (2011 р.), Південна Корея (2001 р.), Словенія (1999 р.), Туніс (1998 р.) Туреччина (2007 р.), Україна (2005 р.), Естонія (2002 р.). В тих державах, де не прийнято спеціальних законів про міжнародне приватне право, відповідні норми містяться у цивільних кодексах та інших актах. Істотно оновили такі норми у своїх кодексах країни СНД.

Таким чином, у сучасному міжнародному приватному праві залишається актуальною уніфікація його норм. Водночас у державах активно приймаються національні акти з міжнародного приватного права. Це є свідченням того, що держави, не зважаючи на уніфікацію норм міжнародного приватного права, прагнуть самостійно врегулювати приватноправові відносини з іноземним елементом, встановити власні колізійні норми, які б дозволили найефективніше, з точки зору національного законодавця, врегулювати зазначені відносини.

1. *Іванов Д. В.* Глобальное и региональное сотрудничество государств в области защиты беженцев // Московский журнал международного права. 2004. № 2 (54). С. 41. 2. *Про міжнародне приватне право: Закон України від 25 червня 2005 р.* // ВВР України. 2005. № 32. Ст. 422. 3. *Фединяк Г. С.* Розвиток конвенцій з питань сімейних правовідносин // Держава і право: зб. наук. праць. Серія Юридичні науки. Вип. 72.; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2016. С. 220.

Phedinyak Galyna. The current state of private international law as a science and a system of norms

Formation of Ukraine as an independent state caused revision of its legislation, setting of new norms of law which had often been unknown to the previous law-making system. Private International Law of Ukraine and other countries of CIS as a system of legal norms underwent, perhaps, the most noticeable changes. State monopoly for foreign economic activity prior to Ukraine declaring its independence, "closed" character of its borders for free residents migration - these and other factors did not allow for wide appearance of civil legal relations with foreign element. Collapse of the USSR, formation of new independent states on its territory caused pop-

ulation's migration. According to the data obtained as the result of research held in the course of preparation to international conference relating to CIS countries which took place in Geneva in May 1996, over 10 million people - i.e. each thirtieth resident of the region - had moved inside CIS countries and from one of them to another CIS country starting with the year 1989. In 1991 after the collapse of the Soviet Union the overall number of people residing beyond the boundaries of their "native" republic or autonomous region, amounted to 54 million - 65 million people, i.e. one fifth of the total population. Thus, after 1991 the situation changed drastically. This led to a more active application of conflict and substantive legal norms set for regulating private legal relations with foreign element. There arose the need for passing new regulatory legal acts, international treaties or the necessity to join the available ones. Finally the norm-making process logically caused passing of the Law of Ukraine "On Private International Law" was adopted on June 25, 2005. It was this law that filled in a number of gaps in legal regulation of a number of legal relations. In particular, in Ukraine for the first time issues of remission, reference to the law of the third state, other ones were settled. The Law introduced the norm of application of warning on the public order to all legal relations which are within the sphere of jurisdiction of international private law. Indicated and other advantages of the Law testify to the development of norms which belong to international private law of Ukraine.

With the formation of Ukraine as the independent state there started to be more actively developed science of international private law. In the Soviet period Ukraine's doctrine on the verge between civil and international law was represented by such outstanding scholars as V. M. Koretskyy, H. K. Matvieyev, Yu. H. Matvieyev, O. A. Pidporyhora, nowadays as well as many scholars have made public the results of their research.

As the subject, "Private International Law" up till 1991 was taught only at separate educational establishments of the former USSR. After 1991 in many educational institutions of CIS countries it started to be introduced at first as a special course (with a small number of hours of lectures and seminars in the curricula), and then as a course having hours for one term, now – already for two terms. Everything mentioned above shows the increase of the importance of international private law as a system of legal norms, science and academic discipline. However, in spite of the increase of its importance, international private law of Ukraine and other countries continues to develop. Its development is manifested in the adoption of the last decade a new international multilateral treaties. Among them, European Convention on the Adoption of Children (Revised), which was opened for signature in Strasbourg on 27 November 2008. The Convention is designed to replace the European Convention on the Adoption of Children, which was opened for signature on 24 April 1967.

Other Conventions that reflect the realities today – it Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Intermediary. Concluded July 5, 2006. For example, the Convention defines the legal nature and effects against the intermediary and third parties of a disposition of securities held with an intermediary.

The development of private international law is manifested in the recent codification of legal customs. For example, a Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP-600).

Legal acts on Private International Law adopted in many countries in recent years: Azerbaijan, Belgium, Bulgaria, Venezuela, Georgia, Italy, China, Liechtenstein, Macedonia, Poland, South Korea, Slovenia, Tunisia, Turkey, Ukraine, Estonia.

Many of the rules of private international law are unified. But states seek their own national legislation to regulate many private relationships with a foreign element. Private International Law of Ukraine as well as other countries continue to develop.

Key words: the international private law, science of international private law, conflict norm, substantive legal norm, foreign element, convention, legal custom.

УДК 340.12

Д. АЛЬ-ШАРУ

МЕЖДУНАРОДНАЯ КОНВЕНЦИЯ ПО ЛИКВИДАЦИИ ВСЕХ ФОРМ РАСОВОЙ ДИСКРИМИНАЦИИ В КОНТЕКСТЕ РАЗРАБОТКИ МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫХ СТАНДАРТОВ

Исследуются процедуры, установленные Международной конвенцией по ликвидации всех форм расовой дискриминации 1965г. Это позволяет определить характер правовых, судебных, административных мер, которые принимаются конкретными государствами в процессе осуществления ими своих обязательств в борьбе с расовой дискриминацией. Показываются цели этих процедур, а также результаты их применения в рамках выполнения государствами-участниками своих обязательств.

Ключевые слова: расовая дискриминация, международные процессуальные нормы.

Аль-Шару Д. Міжнародна конвенція з ліквідації всіх форм расової дискримінації в контексті розробки міжнародно-правових стандартів

Досліджуються процедури, встановлені Міжнародною конвенцією про ліквідацію всіх форм расової дискримінації 1965 р. Це дає змогу визначити характер правових, судових, адміністративних заходів, які вживаються конкретними державами у процесі здійснення ними своїх обов'язків у боротьбі з расовою дискримінацією. Показуються цілі цих процедур, а також результати їх застосування у рамках виконання державами-учасниками своїх зобов'язань.

Ключові слова: расова дискримінація, міжнародні процесуальні норми.

Al-Sharu Jihat. The international convention on the elimination of all forms of racial discrimination in the context of international legal standards development

The article deals with the procedures established by the International convention on elimination of all forms of racial discrimination of 1965. It allows to define character of legal, judicial, administrative measures which are taken by the concrete states in the course of implementation of the obligations by them in fight against racial discrimination. The purposes of these procedures, and also results of their application within implementation of the obligations by the State Parties are shown.

Key words: *racial discrimination, United Nations, international legal rules.*

Создание международно-правовой стратегии борьбы с расовой дискриминацией, разработка международно-правовых стандартов противодействия этому явлению на национальном уровне и координация международного сотрудничества является центральной задачей международного антидискриминационного права, которое, в самом общем виде, может быть отмечено как концептуально целостный международно-правовой комплекс, регламентирующий международное сотрудничество в противодействии дискриминации.

Под расовой дискриминацией следует понимать проведение различий по расовому признаку, носящее произвольный и необоснованный характер и причиняющее любой вред одной из сторон (физических лиц или коллективных образований), между которыми проводится различие. Современное международное право признает международно-правовой запрет расовой дискриминации нормой *jus cogens*. Запрет расовой дискриминации приобрел императивный статус именно через признание международным сообществом дискриминации таким явлением, которое противоречит основным основам человечности. Обязательство придерживаться этой нормы, соответственно, приобрело универсальный характер *erga omnes*. Выполняя свои обязательства, государства имплементировали международно-правовые антидискриминационные нормы в свое национальное право. Таким образом, была создана система международных и национальных юридических норм, которые запрещают расовую дискриминацию.

Особенно влиятельную роль в подтверждении императивного статуса запрета расовой дискриминации сыграла Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации 1965 г.¹, которая провозглашает: «Государства обеспечивают каждому человеку,

на который распространяется их юрисдикция, эффективную защиту и средства защиты через компетентные национальные суды и другие государственные институты в случае любых актов расовой дискриминации...»². Конвенция предусматривает три процедуры, позволяющие рассматривать правовые, судебные, административные и другие меры, принимаемые конкретными государствами с целью осуществления их обязательств по борьбе с расовой дискриминацией³.

Первая процедура предусматривает требование о том, что все государства, которые ратифицировали Конвенцию или присоединились к ней, должны представлять Комитету по ликвидации расовой дискриминации (далее – КЛРД) периодические доклады (табл. 1).

Таблица 1

Периодические доклады, представленные на рассмотрение государствами-участниками

Документ	Доклад
CERD/C/327/Add.1, 9 мая 2000 г.	Первый и второй периодические доклады государств-участников, подлежащие представлению в 1996-1998 гг., Узбекистан
CERD/C/372/Add.3, 13 мая 2000 г.	Четвертые периодические доклады государств-участников, подлежавшие представлению в 2000 г., Армения
CERD/C/384/Add.2, 18 октября 2000 г.	Пятнадцатый и шестнадцатый периодические доклады государств-участников, подлежащие представлению в 1998 и 2000 гг., Украина
CERD/C/372/Add.2, 22 октября 2001 г.	Четвертые периодические доклады государств-участников, подлежащие представлению в 2000 г., Республика Молдова
CERD/C/463/Add.1, 11 мая 2004 г.	Пятый периодический доклад государств-участников, подлежавший представлению в 2004 г., Таджикистан
CERD/C/439/Add.2, 14 мая 2004 г.	Третьи периодические доклады государств-участников, подлежащие представлению в 2003 г., Казахстан
CERD/C/440/Add.1, 19 августа 2004 г.	Четвертые периодические доклады государств-участников, подлежавших представлению в 2004 г., Азербайджан
CERD/C/461/Add.1, 4 февраля 2005 г.	Третий доклады государств-участников, подлежащие представлению в 2004 г., Грузия
CERD/C/441/Add.1, 1 апреля 2005 г.	Пятое периодические доклады государств-участников, подлежащие представлению в 2003 г., Туркменистан
CERD/C/465/Add.1, 1 апреля 2005 г.	Седьмые периодические доклады государств-участников, подлежащие представлению в 2002 г., Эстония
CERD/C/463/Add.2, 2 сентября 2005 г.	Пятое периодические доклады государств-участников, подлежащие представлению в 2004 г., Узбекистан
CERD/C/UKR /18, 12 мая 2006 г.	Восемнадцатые периодические доклады государств-участников, подлежащие представлению в 2004 г., Украина
CERD/C/KGZ/4, 13 июня 2006 г.	Четвертые периодические доклады государств-участников, подлежавшие представлению в 2004 г., Кыргызстан
CERD/C/MDA/7, 6 сентября 2006 г.	Седьмые периодические доклады государств-участников, подлежащие представлению в 2006 г., Молдова

CERD/C/RUS/19, 23 октября 2006 г.	Десятилетние периодические доклады государств-участников, подлежащие представлению в 2006 г., Российская Федерация
CERD/C/AZE/6, 16 мая 2008 г.	Шестые периодические доклады государств-участников, подлежащие представлению в 2007 г., Азербайджан
CERD/C/UKR/19-21, 23 сентября 2010 г.	Десятилетний – двадцать первый периодические доклады, подлежащие представлению в 2010 г., Украина
CERD/C/MDA/8-9, 7 июля 2010 г.	Восьмой и девятый периодические доклады государств-участников, подлежащие представлению в 2010 г., Молдова
CERD/C/KGZ/5-7, 8 июня 2012 г.	Пятые – седьмые периодические доклады государств-участников, подлежавшие представлению в 2010 г., Кыргызстан
CERD/C/KAZ/6-7, 5 августа 2013 г.	Шестой и седьмой периодические доклады государств-участников, подлежавшие представлению в 2012 г., Казахстан

Как отмечает А.Х. Абашидзе, с самого начала своей деятельности Комитету приходилось опровергать ряд ошибочных взглядов, касающихся характера и цели этих докладов. В связи с этим Комитет указал на то, что даже если правительство считает, что на территории его страны не существует расовой дискриминации, соответствующая страна, являясь государством-участником Конвенции, обязана представлять всеобъемлющие и другие периодические доклады⁴.

Еще одним спорным моментом явилась позиция, что государство не обязано выполнять Конвенцию, если оно считает, что на его территории не существует расовой дискриминации. По этой причине КЛРД указал на то, что Конвенция касается не только практики, существующей в настоящее время, но и проблем, которые могут возникнуть в будущем, и что при ратификации Конвенции все государства-участники обязались включить ее положения в национальное законодательство.

На основании некоторых докладов государств сложилось мнение, что если Конвенция является составной частью Основного закона страны, то это означает отсутствие необходимости в принятии каких-либо дополнительных мер законодательного характера. Однако в Конвенции содержится требование о том, чтобы в законодательстве государств-участников предусматривались наказания за совершение определенных актов, а также призыв о принятии соответствующих мер в области образования, культуры и информации.

В некоторых случаях в докладах государств основное внимание уделялось законодательным мерам и ничего не говорилось о судебных, административных и других мерах, направленных на ликвида-

цию расовой дискриминации, или не содержалось текстов антидискриминационных законов. Учитывая подобные обстоятельства КЛРД представил государствам-участникам руководящие принципы, касающиеся подготовки их докладов, и часто запрашивает у них дополнительную информацию. Комитет также направлял государствам-участникам рекомендации общего характера, когда он считал, что информация по конкретным статьям Конвенции, необходимая для экспертов с целью установления фактов и обобщения их точек зрения, является в значительной мере недостаточной.

На основании представленной государствами-участниками информации Комитет проводит процедуру последующих мер в связи с рассмотрением докладов, представляемых государствами-участниками в соответствии со ст. 9 Конвенции. Так, за период после завершения восьмидесятой сессии последующие доклады о выполнении рекомендаций, в отношении которых Комитет просил представить информацию, были получены от следующих государств-участников: Армении, Ирландии, Испании, Литвы, Марокко, Норвегии, Польши, Словении и Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии. На своей восьмидесяти первой сессии Комитет рассмотрел доклады о последующих мерах Армении, Ирландии, Литвы, Марокко, Норвегии и Польши и продолжил конструктивный диалог с этими государствами-участниками, направив им письма с комментариями и просьбы о представлении дополнительной информации⁵.

Согласно второй закрепленной в Конвенции процедуре любое государство может направлять жалобы, касающиеся действий другого государства. Все государства-участники Конвенции признают компетенцию КЛРД получать жалобы от государства-участника о том, что другое государство-участник не выполняет положений Конвенции, и принимать в этой связи соответствующие меры. Однако данная процедура не исключает других процедур, которыми могут воспользоваться соответствующие государства-участники. До сих пор ни одно государство-участник не использовало этой процедуры, которая предусматривает создание согласительной комиссии, если рассматриваемый вопрос не удалось урегулировать каким-либо другим путем⁶.

Процедура, предусматривающая получение КЛРД жалоб от отдельных лиц или групп лиц, которые утверждают, что они являются жертвами нарушения Конвенции, вступила в силу в 1982 г., после того

как десять государств-участников заявили о том, что они признают компетенцию Комитета в этой области. Комитет в конфиденциальном порядке доводит такие сообщения до сведения соответствующего государства-участника, однако не называет лицо или группу лиц, утверждающих о наличии нарушения, без его или их согласия. После того как государство представило разъяснение своей позиции и, возможно, предложило решение, Комитет рассматривает данный вопрос и может делать предложения и рекомендации, которые препровождаются как соответствующему лицу или группе лиц, так и государству-участнику⁷.

Жалобы согласно Конвенции могут подаваться не только отдельными лицами или от имени отдельных лиц, но и группами лиц или от имени этих групп. Жалобы должны представляться в течение шести месяцев с момента принятия окончательного решения по делу национальным органом власти.

После регистрации жалобы у государства-участника имеется три месяца для направления представлений по вопросу о приемлемости жалобы или, при отсутствии возражений по этому вопросу, по существу дела. Если государство-участник оспаривает приемлемость, у заявителя есть шесть недель для представления комментариев относительно замечаний государства-участника. После этого КЛРД примет решение по вопросу о приемлемости. Если Комитет сделает вывод о том, что дело является приемлемым, у государства-участника есть еще три месяца для представления замечаний по существу дела. После этого заявитель располагает шестью неделями для представления комментариев до принятия КЛРД окончательного решения по существу данного дела. Если, в качестве альтернативного варианта, государство-участник не имеет возражений против приемлемости жалобы и представляет замечания исключительно по существу дела, заявитель также располагает шестью неделями для представления комментариев до принятия КЛРД окончательного решения по существу дела. В тех случаях, когда КЛРД принимает решение по существу жалобы, он часто делает предложения и/или рекомендации, даже если он пришел к выводу о том, что нарушений Конвенции не было. Эти предложения или рекомендации могут быть общими или конкретными и адресованы либо соответствующему государству-участнику, либо всем государствам-участникам Конвенции⁸.

В соответствии с третьей процедурой отдельные лица или группы лиц, которые утверждают, что они являются жертвами расовой дискриминации, могут представить КЛРД жалобу против своего государства. Это может быть сделано лишь в том случае, если соответствующее государство является участником Конвенции и заявило о своем признании компетенции Комитета по ликвидации расовой дискриминации принимать такие жалобы⁹. Так, по состоянию на 20 января 2012 г. данное заявление сделали 54 государства¹⁰.

Конвенция также предусматривает, что государства, которые сделали данное заявление, могут учредить или указать национальные органы, компетентные принимать петиции отдельных лиц или групп лиц, которые утверждают, что они являются жертвами нарушения их прав, и которые исчерпали другие местные средства правовой защиты. Петиционеры могут передать данный вопрос на рассмотрение Комитета только в том случае, если они не удовлетворены действиями указанного органа.

В Программе действий, принятой на Второй Всемирной конференции по борьбе против расизма и расовой дискриминации в 1983 г., государствам было предложено обеспечить как можно более широкий доступ к их национальным процедурам по рассмотрению таких жалоб. Существующие процедуры должны быть преданы гласности, а жертвы расовой дискриминации должны получать помощь в использовании этих процедур. Правила подачи жалоб должны быть простыми и рассматриваться как можно скорее. Малоимущим жертвам дискриминации должна обеспечиваться правовая помощь в рамках гражданского или уголовного судопроизводства, и должно быть предусмотрено право добиваться компенсации за понесенный ущерб¹¹.

Нехарактерной для других договорных органов формой работы Комитета является процедура раннего предупреждения и незамедлительных действий. Эта деятельность осуществляется с 1993 г. и подразумевает вмешательство Комитета с целью недопущения перерастания существующей проблемы в области расовой дискриминации в конфликт (меры раннего предупреждения) или с целью прекращения нарушений (незамедлительные действия)¹². Так, на восемьдесят первой и восемьдесят второй сессиях Комитет, помимо рассмотрения докладов государств-участников, также рассмотрел положение в некоторых государствах-участниках согласно своей про-

цедуре раннего предупреждения и незамедлительных действий, включая, в частности, следующие¹³.

31 августа 2012 г. Комитет направил правительству Японии письмо в отношении строительства военных баз Соединенных Штатов на Окинаве. Комитет с признательностью принял к сведению ответ, представленный государством-участником на его предыдущие письма, и просил государство-участник сообщить в своих седьмом, восьмом и девятом периодических докладах, подлежащих представлению 14 января 2013 г., обновленную и подробную информацию о мерах, запланированных или уже осуществленных для того, чтобы заручиться поддержкой и согласием местных общин в отношении проектов, реализуемых в районе Окинавы. 1 марта 2013 г. Комитет направил правительству Японии письмо, в котором он поблагодарил его за полученный 14 января 2013 г. ответ на предыдущее письмо Комитета и сообщил государству-участнику о том, что информация, содержащаяся в ответе, будет обсуждена в контексте рассмотрения седьмого, восьмого и девятого периодических докладов государства-участника на восемьдесят пятой сессии Комитета в августе 2014 г.

31 августа 2012 г. Комитет направил правительству Словакии письмо в отношении положения народа рома в Плавецки-Штврток. Приняв к сведению ответ государства-участника на предыдущее письмо Комитета, Комитет в то же время высказал просьбу о том, чтобы обновленная и подробная информация о мерах, запланированных или уже осуществленных для устранения дискриминации в отношении рома, была сообщена в ходе представления государством-участником своих девятого и десятого периодических докладов, намеченных к рассмотрению на восемьдесят второй сессии Комитета в феврале и марте 2013 г.

1 марта 2013 г. Комитет направил правительству Соединенных Штатов Америки письмо с выражением своей обеспокоенности по поводу потенциально дискриминационного воздействия строительства пограничной стены между Техасом и Мексикой на территории общин таких коренных народов, как техасское традиционное племя кикапу, ислета дел сюр пуэбло (тигуа) и липан-апачи (нде), включая последствия для их доступа к племенным землям, расположенным к северу и югу от границы, и к ресурсам, необходимым для отправления традиционных обрядов. Комитет также выразил обеспокоенность по

поводу того, что пограничная стена была предположительно построена без свободного, предварительного и обоснованного согласия затронутых общин и что вплоть до настоящего времени из-за трудностей, связанных с оспариванием практики использования государством-участником своих прав на принудительное отчуждение частной собственности в суде, никаких эффективных средств судебной защиты или компенсации обеспечено не было. Кроме того, Комитет также рассмотрел полученный 29 августа 2012 г. ответ государства-участника по поводу двух дел, проанализированных Комитетом в рамках процедуры раннего предупреждения и незамедлительных действий и касавшийся последствий строительства горнолыжного курорта в Сан-Франциско-Пикс для общин коренных народов, а также положения западных шошоне. Приветствовав ответы, представленные государством участником, Комитет в то же время просил сообщить дополнительную информацию по ряду неурегулированных вопросов в следующем периодическом докладе государства-участника, просроченном с ноября 2011 г.

Вопрос о необходимости задействования данных процедур в каждом конкретном случае первоначально рассматривается в закрытом формате рабочей группой Комитета, состоящей из пяти его членов. Затем Комитет анализирует тему и предложения рабочей группы и принимает решения, которые могут содержать рекомендации заинтересованному государству по исправлению ситуации, запросы о представлении Комитету дополнительных сведений, просьбы о включении соответствующей информации в периодические доклады и т.д. Кроме того, в своем решении Комитет может прямо или через Генерального секретаря ООН обратиться к имеющим отношение к делу органам ООН (Совету по правам человека и его механизмам, Секретариату, Совету Безопасности и др.) или предложить направить одного или нескольких своих членов в заинтересованное государство для содействия в исправлении ситуации.

Комитет не ведет расследований в связи с сообщениями о конкретных случаях нарушений государствами прав, закрепленных в Конвенции. Вместе с тем, некоторые элементы этой деятельности присутствуют в процедуре раннего предупреждения и незамедлительных действий.

Вступление в силу Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации и периодическое рассмотрение КЛРД докладов о мерах, принятых государствами-участниками с целью выполнения их обязательств, привело к достижению позитивных результатов. В различных странах к числу этих результатов относятся¹⁴: внесение поправок в конституции с целью включения в них положений, запрещающих расовую дискриминацию; систематический пересмотр существующих законов и положений с целью внесения поправок в те из них, которые направлены на увековечение расовой дискриминации или принятие новых законов, отвечающих требованиям Конвенции; внесение поправок в законодательство по предложению КЛРД; объявление расовой дискриминации наказуемым преступлением; закрепление правовых гарантий против дискриминации в области правосудия, безопасности или политических прав; учебные программы; создание новых учреждений, занимающихся проблемами, связанными с расовой дискриминацией, и защитой интересов уязвимых групп, включая коренные народы; заблаговременное проведение консультаций с КЛРД по вопросу о планируемых изменениях законодательства или административной практики с указанием на то, что его рекомендации будут приняты во внимание.

1. *Комитет* по ликвидации расовой дискриминации. Общая рекомендация № 32 (2009). Док. ООН A/64/18. П.9. 2. *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (1965). United Nations, Treaty Series. Vol. 660. P. 195. Art. 5. 3. *Комитет* по ликвидации расовой дискриминации. URL: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet12ru.pdf> 4. *Абашидзе А.Х.* Договорные органы по правам человека. Москва, 2012. 5. *Доклад* Комитета по ликвидации расовой дискриминации. 81-я сессия (6 – 31 августа 2012 года); 82-я сессия (11 февраля – 1 марта 2013 года). Нью-Йорк, 2013. 6. *Комитет* по ликвидации расовой дискриминации. URL: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet12ru.pdf> 7. *Комитет* по ликвидации расовой дискриминации. Изложение фактов. № 12. Женева, 1991. 8. *Процедуры* представления индивидуальных жалоб в соответствии с договорами Организации Объединенных Наций в области прав человека. Изложение фактов № 7. Нью-Йорк; Женева, 2013. 9. *Комитет* по ликвидации расовой дискриминации. Изложение фактов. № 12. Женева, 1991. 10. *Подборка* решений Комитета по ликвидации расовой дискриминации. ООН. Тридцать шестая – семьдесят пятая сессии (август 1988 г. – август 2011 г.). 11. *Доклад* Комитета по ликвидации расовой дискриминации. 81-я сессия (6 – 31 августа 2012 года); 82-я сессия (11 февраля – 1 марта 2013 года). Нью-Йорк, 2013. 12. *Доклад* Ко-

митета по ликвидации расовой дискриминации. 81-я сессия (6 – 31 августа 2012 года); 82-я сессия (11 февраля – 1 марта 2013 года). Нью-Йорк, 2013.

Al-Sharu Jihat. The international convention on the elimination of all forms of racial discrimination in the context of international legal standards development

The author explores in the article and issue of an influential role of the International convention on elimination of all forms of racial discrimination of 1965. in confirmation of the imperative status of the ban of racial discrimination.

The author has investigated the procedures established by the International convention on elimination of all forms of racial discrimination of 1965, allowing to consider legal, judicial, administrative and other measures, taken by the concrete states for the purpose of implementation of their obligations for fight against racial discrimination.

Within the research the author has drawn a conclusion that entry into force of the International convention on elimination of all forms of racial discrimination and periodic consideration of reports on measures, their obligations assumed by the states for the purpose of performance, has led to achievement of positive results which number treat: amending constitutions for the purpose of inclusion of provisions in them forbidding racial discrimination; systematic revision of the existing laws and provisions for the purpose of amending those from them which are directed to perpetuating of racial discrimination or adoption of the new laws meeting the requirements of the Convention; amending the legislation; announcement of racial discrimination by a punishable crime; fixing of legal guarantees against discrimination in the field of justice, safety or the political rights; training programs; creation of the new institutions dealing with the problems connected with racial discrimination, and protection of interests of vulnerable groups including indigenous people.

Key words: racial discrimination, United Nations, international legal rules.

АГРЕСІЯ: ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ЗЛОЧИННОГО МЕХАНІЗМУ ЗА МЕЖАМИ ВОЄНІЗОВАНОГО ПІДХОДУ

Визначається потреба *de lege ferenda* у юридичному визначенні та міжнародно-правових кваліфікаційних характеристиках міжнародного злочину «агресія» у широкому розумінні його поняття. Виходячи з оцінки норм міжнародного гуманітарного права, що протидіють агресії, попередньо обґрунтовуються контури злочинного механізму діянь агресії у її економічному, інформаційному та інших «незбройних» виявах.

Ключові слова: *агресія, незбройна агресія, глобальна конфліктність, сила у праві, право війни.*

Майснер А. В. Агрессия: проблемы определения преступного механизма за рамками военизированного подхода

Определяется потребность *de lege ferenda* в юридическом определении и международно-правовых квалификационных характеристиках международного преступления "агрессия" в широком понимании этого понятия. Исходя из оценки норм международного гуманитарного права, противодействующих агрессии, предварительно обосновываются контуры преступного механизма агрессивных действий в их экономическом, информационном и других "невооружённых" проявлениях.

Ключевые слова: *агрессия, невооружённая агрессия, глобальная конфликтность, сила права, право войны.*

Maisner Andriy. Aggression: the problem of definition the criminal mechanism outside the weapon approach

The article discusses the necessity of *de lege ferenda* in judicial meaning and international and law qualification characteristics of "aggression" in broad sense. According to the norms of international humanity law that are against aggression and the aggression crime activities mechanisms in economical, informational and other "weaponless" ways.

Key words: *aggression, weaponless aggression, global conflict, law power, war law.*

Сучасним міжнародним відносинам притаманне зростання конфліктності на основі агресивної поведінки суб'єктів міжнародних правовідносин. Світосистема, що уособлює планетарну життєдіяльність,

постійно піддається змінам, які прийнято називати розвитком, тобто позитивним просуванням і удосконаленням політичних, економічних, соціальних і культурних аспектів суспільного міжнародного життя, яке покликане забезпечувати зростання благополуччя людини на Землі.

Втім, останнім часом, в умовах інтенсивної інтернаціоналізації міжнародного життя, виникає все більше сумнівів щодо позитивного розвитку світооблаштування. Земне суспільство, яке дедалі чіткіше набирає форм єдиної соціальної мегацілісності, зі всією очевидністю занурюється в тривожність, дискомфорт і багатоаспектну конфліктність.

В основі відчутних перешкод на шляху розвитку світосистеми у бік її інтегральної злагодженості лежить суперечлива глобальна тенденція, яка полягає у тому, що формування масиву спільних для всього людства складностей і загроз не супроводжується усвідомленням соціальної єдності земної людської спільноти. Дійсно, проблеми, з якими безпосередньо пов'язується якість життя міжнародного суспільства (екологія, ресурси, безпека та ін.), явно загострюються*. Але всупереч інтеграційній логіці глобального згуртування на ґрунті цих загальнолюдських проблем, щонайменше, потужною залишається тенденція до їх розв'язання на глобальній корпоративістській основі. Прагнення до цивілізаційної зверхності і отримання соціально-економічних переваг у світовому співтоваристві логічним чином супроводжується утисками, обмеженнями, дискримінацією менш амбітних цивілізаційних культур, що дедалі частіше зумовлює агресивний вплив на території і народи, які прирікаються на дискримінацію.

Розширення зони домінування і сфер, у яких воно реалізується, потребує розширення форм і методів агресивного впливу на суперників – претендентів на продекларований Статутом ООН економічний і соціальний прогрес всіх народів (Преамбула Статуту ООН).

На шляху міжнародно-правового усунення дискримінаційних схем виникає потреба у вивченні та усуненні різноманітних форм і способів агресії, у тому числі латентних або закамфльованих під добродійну поведінку учасників міжнародних відносин.

* Довідково: Наприклад, на порядку денному останнього саміту АТЕС (17-18 листопада 2016 р.) домінували питання щодо соціальної нерівності та збереження довкілля.

Адже кожна окрема особистість несе в собі усе людство. «Людська ситуація» (*condition humana*) одинакова для усіх людей, незважаючи на різності щодо інтелігентності, обдарованості, зросту, кольору шкіри та под. Цей гуманістичний досвід, вказує далі Е. Фромм, можливий у повному обсязі лише тоді, коли ми розширимо нашу свідомість. Як правило, наша свідомість обмежується тим, що дозволяє нам сприймати суспільство, до якого ми належимо. Людський досвід, що не вписується у цю картинку, витісняється¹.

Таке цивілізаційно-корпоративістське мислення зумовлює потребу в пріоритетах і домінуванні, які можуть забезпечуватись у єдиний спосіб – агресивним придушенням претензій конкурентів. Звідси, у глобальній світовій свідомості досить потужною є думка, навіть переконання, що власне благополуччя мусить кореспондуватися з його обмеженістю або відсутністю у конкурентів. Ця обмеженість досягається через широке застосування втручання і силового впливу на суперника, приборкання його намірів, спроб і претензій на гідний людини соціально-економічний розвиток. Широка, охоплююча різні сфери соціального буття, агресія має на меті скомпрометувати й знищити саму думку, що благополуччя можливе для всіх.

Загальна злагода і благополуччя можуть відбутися, лише тоді, коли всі нації будуть співпрацювати та виявляти готовність відмовитися від частки свого національного суверенітету на користь суверенітету людства. В умовах глобалізації воно мусить усунути перешкоди на шляху усвідомлення суспільного неусвідомленого щодо загальносвітового смислу існування кожного індивіда, зруйнувати бар'єри на шляху затвердження принципу обов'язковості норм, що передбачають усунення будь-якого агресивного впливу, виходячи з основної норми *pacta sunt servanda*.

У сфері протидії агресії міжнародне право передусім мусить скоригувати і наповнити результативністю норми, що покликані забезпечити розвиток економічних систем країн що розвиваються. Воно повинно переорієнтуватися на людину загальносвітову. Звідси, міжнародне гуманітарне право мусить значною мірою базуватися на оцінках мотивів інсургентів і повсталих народів у різного роду збройних конфліктах. У даній сфері слід максимально знизити вплив факторів взаємності та залежності ефективності дії норми міжнародного гуманітарного права від співвідношення сил і т.ін.

Слід визнати, що міжнародне гуманітарне право (МГП) досить глибоко опанувало своєю регулюючою дією суспільні відносини, які складаються у ході агресії воєнної, де безпосередньо застосовується воєнна сила. Такому задовільному рівню досконалості МГП у сфері боротьби з воєнною агресією, безумовно, сприяли революційні зміни, що відбулися у новому міжнародному праві, які з часів Паризького пакту (Бріанна-Келлога) 1928 р., а в цілому, після створення ООН у 1945 р., передбачили заборону війни, як зняття національної політики. У подальшому ця заборона розвинулася у кваліфікацію злочинності застосування сили або погрози силою у міжнародних відносинах (п. 4., ст. 2 Статуту ООН).

Втім, зазначена чіткість і завершеність норм міжнародного права у сфері протидії воєнній агресії не принесли головного очікуваного результату: міжнародному праву не вдалося створити реальні рівні юридичні умови для забезпечення «суверенітету людства». Відсутні правові умови для втілення ідеї соціальної єдності світового суспільства, а отже, рівних умов існування людини як носія у собі усього людства.

Причиною цього є те, що агресивний вплив із стримування рівного розвитку всіх народів, націй, держав і цивілізаційних культур, аж ніяк не послабився. По-перше, сама військова форма агресії «вдосконалюється», агресивні дії камуфлюються демократичними прагненнями і цілями забезпечення прав людей в умовах диктаторських і тоталітарних режимів, гуманітарними інтервенціями, «обов'язку по захисту», поліцейськими операціями і т. ін. По-друге, сама агресія набуває інших форм, у яких сила і насильство як сутнісний фактор цього міжнародного злочину, набуває вигляду легітимної політичної, інформаційної та інших різновидів діяльності, які за своєю насильницькою ефективністю багато в чому здатні перевершувати вплив на міжнародні взаємодії воєнної агресії.

Аби пізнати механізми дії агресії у широкому розумінні цього поняття і визначити можливості її приборкання через регулюючу дію відповідних норм міжнародного права, доцільно проаналізувати досвід формування нормативного масиву міжнародного гуманітарного права і суміжних з ним галузей міжнародного права та визначити можливості протидії агресії в усьому розмаїтті її форм і виявів. При цьому слід усвідомлювати, що поставлене завдання вельми складне, ос-

кільки його вирішення прямо пов'язане з переоблаштуванням світової системи у цілому і мусить базуватися на сприйнятті світового суспільства як єдиного глобального соціального організму.

Як відомо, у «старому» міжнародному праві війна була легітимним і досить ефективним засобом регулювання відносин між народами і державами. Гуго Гроцій прагнув встановити право війни *jus in bello* на надійний універсальний фундамент як зібрання правил і самостійну дисципліну, що функціонувала вже протягом століть. Здійснюючи в «Коментарях» аналіз регулятивної функції війни, Гуго Гроцій доводить, що вона утворює систему, дія якої ґрунтується на *regulae* (правилах) та *leges* (законах): перші складають джерела права, другі – встановлюють межі дій².

Визначення війни Гуго Гроцій дає як у широкому смислі – стан боротьби силою, так і у вузькому – збройне зіткнення держав³. Цікавим з точки зору предмету уваги даної статті є те, що, визначаючи війну як «стан боротьби силою», Гроцій відмічає підпадання під таке визначення (окрім «публічних війн») ще й «приватних війн». Мислитель вказує, що «приватні війни – це ті війни, що ведуться особами, які не є представниками офіційної влади, тоді як публічні війни представляють собою збройні зіткнення, здійснювані органами влади. Важливо, що Гроцій виводить третю категорію «змішаних» війн, які сполучують у собі елементи обох зазначених видів воєн⁴.

Втім значущість цих положень від основоположника міжнародного права, на наш погляд, належним чином не оцінена. Їхня важливість вбачається у двох очевидних аспектах. По-перше, аби усвідомити й визнати наявність у сучасних умовах агресії у широкому смислі слова та її зміст, слід взяти до уваги, щонайменше, наявність «приватного» елемента у її походженні, якщо не «приватну» її природу у цілому. Відповідно до цього доречними вбачаються визначення «змішаних» та «приватних» війн. В умовах глобального світу симбіоз приватних інтересів та можливостей державної машини продукує привабливу своєю видимістю правової легітимності і ефективну за своїми результатами, не обов'язково збройну агресію.

Орієнтуючись за аналогією на твердження Макса Вебера, Талкотта Парсонса («Про структуру соціальної дії») та інших засновників і упорядників фундаментальної соціології, ми можемо стверджувати, що в основі будь-якої форми агресії лежать корисливі інтереси при-

ватних осіб або корпоративістських груп осіб, що володіють реальним владним впливом державницького або міжнародного рівня⁵. Цей висновок наповнюється адекватним науковим змістом при визначенні агресії у її широкому розумінні. Наявність приватного елемента, а точніше, приватної основи у злочинному механізмі агресії дає злочину якості сталості, витребуваності, актуальності та, нарешті, масштабності як основної характеристики сучасного світового облаштування. Отже, сучасна агресія є «змішаним» типом збройної, економічної, інформаційної та інших форм протиборства, війни.

Другий аспект актуальності категоризації воєн за Гуго Гроцієм міститься у поділі мислителем війн на справедливі і несправедливі. Перші він вважав дозволеними, другі засуджував. Справедливою у Гроція визнається війна, яка є відповіддю на правопорушення. Гроцій вважає правомірними воєнні дії, що вживаються народом у цілях самооборони та захисту свого надбання⁶. І навпаки, війна, яка полишена таких цілей на самовизначення народу, захист політичної, економічної незалежності, територіальної цілісності, вважається несправедливою, тобто агресивною. Зокрема, Гуго Гроцій оцінював як несправедливі, передусім, війни загарбницькі. Мислитель вважав неправомірними напади одних держав на інші з метою наживи, заради заволодіння чужими територіями і природними ресурсами, а також в цілях підкорення і поневолення населення інших країн. Не можна визнавати правомірними акції тоді, коли до них прибігає будь-яка держава в силу «невизначеного страху» перед зростанням потуги її сусідів, які нічим не виявляють своїх агресивних намірів⁷.

Важливість цього висновку у контексті широкого розуміння злочинного механізму агресії полягає у тому, що наслідком встановлення, скажімо, злочинності агресії у економічних чи інформаційних формах може бути висновок про правомірний характер збройних дій у відповідь. Якщо ж такі дії чиняться у терористичний спосіб, то кримінальній кваліфікації як злочину підлягає не сама організація, рух або збройне формування, а терористичні акти як заборонений засіб збройної боротьби. Звідси вбачається, що дослідження агресії у широкому смислі слова з метою визначення її неправомірності за міжнародним правом має дуже важливе значення. Наслідком такого визначення постають характеристики правової природи тероризму – одного з найактуальніших питань сучасного міжнародного життя. Втім, як вже

вказувалось, визначити правовий зміст «мирних» видів агресії можливо лише на підставі оцінки вже «освоєного» міжнародним правом різновиду агресії у формі збройного конфлікту, адже предметом захисту з боку міжнародного права тут є життя і благополуччя мирних людей. Ці самі категорії людського виміру безпеки і добробуту вбачаються предметом посягання також і незбройної агресії, хоча у воєнному вияві вони постають більш вражаючими і консолідуєчоздатними. На актуальність міжнародно-правового регулювання захисту жертв агресивної війни вказує досить переконлива статистика. За останні п'ять тисяч років відбулося близько 14 тисяч воєн, у яких загинуло понад 5 млрд. чоловік. За останні 3400 років можна нарахувати лише 250 років загального миру – це менш, ніж 1% часу існування людства. ХХ століття не є винятком. Саме у ХХ столітті відбулися дві найруйнівніші війни. Перша світова унесла за собою 10 млн. убитих і 21 млн. чоловік, загиблих від голоду і хвороб. У другій світовій війні загинуло понад 40 млн. чоловік⁸.

У цілому правила і норми, що регулюють ведення війни, є такими давніми як і сама війна. Схожі звичаї цієї сфери міждержавних відносин можна знайти у всіх регіонах світу, зокрема, в Азії, Африці, доколумбовій Америці та Європі. Отже більшість таких норм не є універсальними за способом свого виникнення. Вони універсальні за своєю природою, оскільки їхні засади містяться в більшості неєвропейських культур. Проте, незважаючи на своє походження, ці стародавні звичаї мали суттєвий недолік: їх застосування обмежувалось конкретними регіонами та дуже часто – конкретною війною⁹.

Виходячи з практичної відповідності основних норм і самої «ідеології» міжнародного гуманітарного права реаліям сучасної насильницької конфліктності, можна стверджувати, що нароццування його якісного нормативного масиву створює умови для адекватного міжнародно-правового регулювання сутнісних політичних, економічних і соціокультурних процесів, які визначають життєдіяльність і перспективи сучасного світового суспільства. МГП за своїм станом і тенденціями розвитку дійсно містить у собі потенціал успішного регулювання сучасного «конфліктного» світопорядку. Зокрема, «право Женеви» у сфері захисту жертв збройних конфліктів передусім уособлює Женевська конвенція про захист жертв збройних конфліктів від 12 серпня 1949 р. (ЖК I–IV), до якої приєдналися всі без винятку дер-

жави світу. «Право Женеві» також представлене Додатковим протоколом до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів, від 8 червня 1977 р. (ДП-I); Додатковим протоколом до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949р., що стосується захисту жертв конфліктів неміжнародного характеру від 8 червня 1977 р. (ДП-II); також Додатковим протоколом до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується прийняття додаткової відмінної емблеми, від 8 грудня 2005 р. (ДП-III); Конвенцією про права дитини, Нью-Йорк, 20 листопада 1989 р.; Факультативним протоколом до Конвенції про права дитини, що стосується участі дітей у збройному конфлікті, Нью-Йорк, 25 травня 2000р.

У сфері обмеження або заборони використання окремих засобів ведення збройних конфліктів задіяна досить розгалужена система міжнародно-правових актів. Важливою також є та обставина, що МГП не залишило поза увагою сферу національно-визвольної боротьби. На наполягання новостворюваних незалежних держав стаття 1 ДП-I збагатилась нормою, визначеною в п. 4: «збройні конфлікти, в яких народи ведуть боротьбу проти колоніального панування, іноземної окупації та расистських режимів для здійснення свого права на самовизначення, закріпленого у Статуті ООН та Декларації про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту ООН». Свого часу це положення зустріло жорсткий спротив багатьох розвинутих західних держав. І це не випадково. Справа в тому, що вони, по суті, таким чином відстоювали своє не оголошене «право» на агресію. Прийняття кінець кінцем цієї норми аж ніяк не означає, що вони відмовились від цього «права». Це стало можливим тому, що реальні умови для здійснення агресії вдалося «зберегти» через перетікання її механізмів у інші, незбройні форми.

Проблема з'ясування витончених невійськових форм агресії, розуміння у широкому сенсі зростання її впливу на деконструктивність світооблаштування посилюється тим, що у суспільстві та й у експертному середовищі не знаходять розуміння і застосування «глобалізовані» критерії оцінки агресії, які багато в чому пояснюють соціально-економічне «тіло» сучасного глобального конфлікту. Риси цього конфлікту дедалі чіткіше виявляються, наприклад, у руйнації

на сході нашої країни державності, посиленні міжнародних протестних тенденцій у вигляді тероризму, масових міграційних атаках, а також зростанні транснаціональної організованої злочинності, особливо таких винищувальних її видів як наркотрафік, контрабанда зброї, торгівля людьми та под. Ці та інші негативні тенденції з очевидністю вказують на проблему відриву міжнародної нормотворчої і правозастосовної політики від глобалізаційних реалій міжнародного життя.

Як вже було сказано, вплив норм що покликані регулювати боротьбу за самовизначення, політичну та економічну незалежність, територіальну недоторканість, багато в чому нейтралізується дією фактору співвідношення сил. На це вже після завершення Другої світової війни вказували упорядники Женевської конвенції про захист жертв збройних конфліктів 12 серпня 1949 року, відомі юристи-міжнародники Ф. Карлсховен і Б. Рьолінг. Останній, зокрема, стверджував, що «закони війни не призначені для того, щоб змінювати співвідношення сил, у протилежному випадку вони не будуть дотримуватись»¹⁰.

Питання відповідальності суб'єктів міжнародного права (держав) за агресивну поведінку залишається в наші часи проблемним, оскільки містить у собі глобальну конфліктогенність, яка зумовлюється двома ключовими факторами. По-перше, практична можливість держав давати оцінку тим чи іншим нормам МГП, а також умовам їх дії щодо конкретних обставин надає перевагу у міжнародних відносинах, а також і у правовідносинах сильним, розвиненим державам. І це підтверджується практикою. Скажімо, навіть виняткове на користь слабого рішення Міжнародного Суду ООН по справі Нікарагуа-США, що визнає винною американську сторону у використанні воєнних і напіввоєнних агресивних дій, США знехтували і не прийняли до виконання. По-друге, відсутність у міжнародному праві (передусім МГП) дієвих інструментів примусу зумовила зростання ролі фактору взаємності як впливового регулятивного інструменту. Фактор взаємності – ніяк не новий показник дієвості норм у міжнародному праві. Усвідомлення можливостей противника адекватно відреагувати на агресивні закиди ще від часів домінування механізмів кровної помсти було стримуючим фактором для потенційного агресора.

Таким чином, сучасне міжнародне гуманітарне право у цілому нормативно охоплює увесь спектр міжнародних взаємодій, де ви-

являється збройна агресія. Проблема незадовільної дієвості МГП в основному пов'язана з недосконалістю інституту відповідальності суб'єктів збройної агресії.

Зважаючи на зростання питомої ваги незбройних форм агресії, а також на комбінаційний (у сполученні зі збройною агресією) характер її застосування, ефективність міжнародного гуманітарного права у даній сфері слід пов'язувати із комплексним, всеохоплюючим характером міжнародно-правового впливу на агресію у широкому розумінні її поняття.

1. *Фромм Ерих*. Душа человека. Революция надежды / пер. с английского В.А. Зака, Т.В. Панфиловой. Москва: АСТ, 2014. С. 97-98. 2. *Гуго Гроций*. О праве войны и мира. Книга первая. Москва: Ладомир, 1994. – С. 119. 3. Там само. С. 117-118. 4. Там само. С. 119. 5. *Антипенко В.Ф.* Теория уголовной ответственности государства: монография. Одесса: Феникс, 2016. С. 122-123. 6. *Гуго Гроций*. Цит. праця. С. 120. 7. *Neff Stephen C.* Hugo Grotius on the Law of War and Peace // Student Edition. Cambridge University Press. 2012. P. 40-43. 8. *Гнатовський Н.Н., Короткий Т.Р., Хендель Н.В.* Міжнародне гуманітарне право. Довідник для юристів громадських приймалень. Одеса: Фенікс, 2015. С. 3. 9. *Sassoli M., Boubier A., Quintin A.* Now Does Law Protect in War? Geneva: ICRC, 2011. Vol.I, part. I. P.139-140. 10. *Criminal Responsibility for the Violations of the Laws of War in Revue belge de droit international.* 1976. № 12. P.25-26.

РЕЦЕНЗІЇ

С. І. МАКСИМОВ

**ЦІННЕ ДОСЛІДЖЕННЯ ГЕНЕЗИ ТЕОРЕТИЧНИХ ЗАСАД
ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ***

Активізація наукової дискусії щодо характеру та засад формування загальнотеоретичного правознавства актуалізує необхідність переосмислення історичних витоків сучасних юридичних наук. Слід зазначити, що, на жаль, історія останніх в Україні досі не написана. У цьому контексті звертає на себе увагу нова фундаментальна праця київського вченого О.В. Кресіна «Становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII – першій третині XIX ст.: компаративна концептуалізація».

Насамперед відзначимо, що два розділи (1 і 2) книги присвячено хронологічному і проблемно-тематичному аналізу історіографії роз-

* Кресін О.В. Становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень у другій половині XVIII – першій третині XIX ст.: компаративна концептуалізація: монографія. Київ: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Видавництво «Логос», 2017. 680 с.

© *МАКСИМОВ Сергій Іванович* – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, професор кафедри філософії Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

витку порівняльно-правових досліджень, що за своєю докладністю й комплексністю не має аналогів в українській та зарубіжній науковій літературі.

Звертає на себе увагу докладний розгляд у монографії передумов розвитку теоретичних засад порівняльно-правових досліджень, а водночас – і становлення плюралістичного світогляду юристів. Поза питанням про притаманність для автора чи його читачів позитивістського чи природно-правового праворозуміння можна стверджувати, що О.В. Кресін зумів розкрити характерну для XVI – XVIII ст. ситуацію дуалізму природного та позитивного права та його кризи, що поставила питання щодо відмови від єдиного метафізичного еталону в праві, усвідомлення плюральності останнього, необхідності формування загального вчення про нього на основі пізнання і порівняння наявних позитивних правопорядків. Таким чином, як доводиться у монографії, предмет правознавства з дуального став виключно позитивним, що передбачало переважно емпіричне та індуктивне осмислення права, перетворило юриспруденцію на відносно автономну від філософії сферу наукового пошуку (розділ 4).

У якості іншої передумови становлення теоретичних засад порівняльно-правових досліджень О.В. Кресін розглянув соціалізацію вчення про право, становлення ідеї щодо соціальних по суті правопорядків, пізнання та розвиток яких становить об'єкт правознавства. На увагу заслуговує реконструкція автором у цьому контексті становлення національного публічного і нового міжнародного права, що відображали ідеї розвитку правопорядків, заснованих на соціальній волі та договірних засадах. Усе це стало основою переконання юристів у не випадковості й неунікненності множинності правопорядків та їх відмінностей, можливості й необхідності наукового пояснення останніх, зокрема, шляхом порівняння (розділ 5).

У монографії доводиться, що становлення компаративного підходу в праві у другій половині XVIII – першій третині XIX ст. відбувалося під впливом узагальнення порівняльного знання у науках про людину, появи порівняльних дисциплін у межах біології, мовознавства та інших дисциплін. Автор вперше розкрив процес переходу протягом цього часу від узагальненого порівняльно-державознавчого (у межах порівняльної статистики) до власне порівняльно-правового знання. Свідомий характер цього процесу відображався у реконстру-

йованому О.В. Кресіним вченні того часу щодо наукових, практичних, ціннісних цілей порівняння в праві, методики порівняльно-правового аналізу (розділ 6).

На основі цього автор розглянув вчення щодо організації порівняльно-правового знання, розвинуте у другій половині XVIII – першій третині XIX ст. У монографії стверджується, що учені-юристи того часу запропонували два варіанти його інституалізації: функціональний, що передбачав розуміння порівняння як основи формування і оновлення загального вчення про право, і дисциплінарний, що передбачав виокремлення порівняльно-правового знання в одну чи кілька правових дисциплін. Серед останніх протягом досліджуваного періоду виокремилися порівняльне правознавство, порівняльна історія права, були спроби конструювання галузевих порівняльно-правових дисциплін. О.В. Кресін довів, що незалежно від поглядів щодо принципів організації правових знань тогочасні вчені свідомо і послідовно розвивали сутнісно єдині теоретичні засади порівняльно-правових досліджень (розділ 7).

У монографії представлено докладний аналіз запропонованої вченими другої половини XVIII – першої третини XIX ст. порівняльно-правової наукової картини світу. Основним її елементом є вчення про національне право як окреме в праві, одиницю правового розвитку. О.В. Кресін розглядає соціально-вольову і органічну теорії національного права, а також учення про його своєрідні елементи (розділ 8).

Аналізується питання про характер і шляхи формування загального в праві. Зокрема, у монографії демонструється усвідомлення тогочасними вченими банкруства ідеї загального правопорядку, а натомість розуміння загального як сукупності загальних (характерних більш ніж для одного правопорядку) елементів, іманентних у національному праві. Як доводить автор, шляхом формування загального в праві тогочасні вчені вважали діалог правопорядків; як елемент такого діалогу було розвинене вчення про запозичення в праві (розділ 9).

О.В. Кресін демонструє, як усвідомлення не всезагальності, а конкретності загального в праві (як спільного для двох чи більше правопорядків) привело до виокремлення категорії особливого в праві, що сприймалося як найширша об'єктивована одиниця у позитивному правовому розвитку і стало основою для класифікації правових си-

стем. Автор розглянув характерні для другої половини XVIII – першої третини XIX ст. теорію правових сімей, похідні від неї елементи класифікації правопорядків, інші види таких класифікацій (розділ 10).

Загалом слід відзначити, що робота оперта на ґрунтовному аналізі широкого кола нормативних актів і наукової літератури, в тому числі й маловідомих праць. Монографія є оригінальним, цілісним і комплексним дослідженням, що всебічно розкриває генезу та зміст теоретичних засад порівняльно-правових досліджень в європейських країнах у контексті політичного та інтелектуального розвитку другої половини XVIII – першої третини XIX ст. Безперечно, вона є цінним внеском автора до історії політичних і правових учень, історії та методології юридичної науки, порівняльного правознавства, теорії держави і права, філософії права.

Зміст

Розділ 1. Теорія держави і права

<i>Оніщенко Н. М.</i> Обізнаність в праві: деякі підходи до визначення	3
<i>Скоробогатов А. В.</i> Правоприменение в контексте правовой реальности.....	11
<i>Островська Б. В.</i> Практика Європейського суду з прав людини щодо захисту права на життя у біоетичних питаннях.....	20
<i>Дейнека К. О.</i> Сутність кодифікації в правовій системі України	30
<i>Хоменко О. В.</i> Правові дефініції: сутнісні ознаки.....	42

Розділ 2. Історія держави і права

<i>Каненберг-Сандул О. К.</i> Еволюція політики російського уряду стосовно німецьких колоністів у XVIII-XIX ст.: етапи, зміст, правове оформлення	47
---	----

Розділ 3. Конституційне право

<i>Колюх В. В.</i> Вища рада правосуддя: конституційний статус в контексті українського та зарубіжного досвіду	60
<i>Янчук А. О.</i> Актуальні питання визначення поняття установчої влади народу.....	72
<i>Боярський О. О.</i> Місце самоврядування як природний простір та пріоритетна сфера людської життєдіяльності	84
<i>Кофман Б. Я.</i> Праворозуміння як основний фактор комунікаційної взаємодії людини з правом	101
<i>Миколенко В. А.</i> Роль інтеграційних процесів у конституційній модернізації європейських правоохоронних систем.....	124
<i>Агєєв О. Д.</i> Науково-методологічні підходи до визначення поняття «інститут омбудсмана з питань міграції».....	133

<i>Могілевський В. С.</i> Глобальний конституціоналізм: теоретичні підходи до розуміння та тлумачення	147
<i>Коновеичук Х. Б.</i> Законодавче регулювання порядку входу і виходу з добровільно об'єднаної територіальної громади	167
<i>Давидова В. А.</i> Делегування повноважень в системі місцевого самоврядування в Україні: визначення сутності	177

Розділ 4. Адміністративне право

<i>Байрачна Т. О.</i> Принципи здійснення контролю за діяльністю Національної гвардії України: поняття та класифікація	188
--	-----

Розділ 5. Цивільне, підприємницьке та господарське право

<i>Короєд С. О.</i> Процесуальна дія як первинний елемент цивільного процесу	197
<i>Ятченко Є. О.</i> Виконання судових рішень як заключна стадія у процесі захисту цивільних прав особи	206
<i>Горецький О. В.</i> Примирні процедури в цивільному судочинстві: проблема співвідношення правових категорій	216
<i>Ріш Ф. Ю.</i> Правове «відлуння» частини 2 статті 190 Цивільного кодексу України у законодавстві України та чому «право оренди» стало речовим	223
<i>Павличенко О.В.</i> Роль правових фікцій у тлумаченні правових норм	239

Розділ 6. Трудове право

<i>Боєва О. С.</i> Деякі аспекти розмежування судових юрисдикцій при захисті трудових прав	251
--	-----

Розділ 7. Земельне, аграрне та екологічне право

<i>Коваленко Т. О.</i> Правові аспекти спадкування земельної ділянки за відсутності кадастрового номера	263
<i>Заєць О. І.</i> Окремі особливості вирішення земельних спорів щодо приватизації землі	274
<i>Жмудінський В. П.</i> Птахівничі господарства як суб'єкти сільськогосподарського товаровиробництва, їх види	286

<i>Юрченко Е. С.</i> Юридична природа права оренди та права короткострокового користування землями сільськогосподарського призначення в Україні	298
---	-----

Розділ 8. Кримінальне право, кримінальний процес та криміналістика

<i>Тимошенко В. І.</i> Соціальна сутність злочинності і злочину у вченні Г. Тарда (З історії політичної і правової думки)	306
<i>Крупнова Л. В.</i> Роль та місце Міністерства юстиції України в системі суб'єктів виконавчого провадження	317
<i>Степашико О. П.</i> Основні вектори антикорупційної політики в США	327
<i>Аббасова А. М.</i> Международное уголовное право как отрасль права	337
<i>Семенюк О. Г.</i> Вдосконалення організаційно-правових заходів перевірки благонадійності громадян, які потребують допуску та доступу до державної таємниці	348
<i>Беньківський В. О.</i> Юридичні межі причинно-наслідкового зв'язку: методологічний базис та кримінально-правова реалізація	358

Розділ 9. Міжнародне право і порівняльне правознавство

<i>Гоцуляк Ю. В.</i> Міжнародне визнання як ознака держави ...	366
<i>Фединяк Г. С.</i> Сучасний стан міжнародного приватного права як науки та системи норм	379
<i>Аль-Шару Д.</i> Международная конвенция по ликвидации всех форм расовой дискриминации в контексте разработки международно-правовых стандартов	385
<i>Майснер А. В.</i> Агресія: проблеми визначення злочинного механізму за межами воєнізованого підходу	396

Розділ 10. Рецензії

<i>Максимов С. І.</i> Цінне дослідження генези теоретичних засад порівняльно-правових досліджень	406
--	-----

До уваги авторів

Захищаючи права авторів, редакція стежить за плагіатом або некоректним використанням статей, опублікованих у журналі. Надіслані статті можуть бути перевірені щодо наявності повторів з текстів, що були опубліковані раніше. Якщо буде встановлено, що стаття містить плагіат або частини чужих текстів без належного посилання, чи виникнуть сумніви щодо авторства статті, редакція залишає за собою право:

- відмовити у публікації;
- опублікувати спростування.

Редакція проводить відбір статей, виходячи виключно з їх наукової цінності. Якщо стаття прийнята до друку, вона розміщується у відкритому доступі, а авторські права належать авторам. Редакція передає отримані матеріали на рецензування членам редакційної колегії.

**ВИМОГИ ДО ОФОРМЛЕННЯ СТАТЕЙ
ЗБІРНИКА
«ДЕРЖАВА І ПРАВО»**

1. УДК.
2. Прізвище, ім'я та по батькові повністю, науковий ступінь, вчене звання, посада і місце роботи – трьома мовами: укр., рос., англ.
3. Заголовок – трьома мовами: укр., рос., англ.
4. Три анотації: українська + ключові слова, російська + ключові слова, англійська + ключові слова.
5. Обсяг статті – 20 000 знаків /10 сторінок з переліком літератури/.
6. Після тексту статті треба зробити розширену англійську анотацію на 2 сторінки, або 4000 знаків. Вона не входить до кількості сторінок статті.
7. 14 шрифт, полуторний інтервал.
8. Рецензія наукового керівника.
9. Роздрукований текст; електронний варіант.
10. Формат RTF; Windows 98-2003.
11. Бібліографічні посилання оформляти і нумерувати в порядку надходження (1, 2, 3...). Список посилань слід наводити в кінці тексту в такому ж порядку із зазначенням цитованих сторінок.
12. Текст статті має бути особисто підписаний автором до друку з датою підписання.

Наукове видання

ДЕРЖАВА І ПРАВО

ЗБІРНИК НАУКОВИХ ПРАЦЬ

Серія Юридичні науки

Випуск 75

Науковий редактор *І.О. Кресіна*
Художнє оформлення *В.С. Жиборовського*

Підп. до друку 20.04.2017. Формат 60×84/16.
Ум. друк. арк. 24,06. Наклад 200 прим.

ТОВ „Видавництво „Юридична думка”
01103, м. Київ, вул. Кіквідзе, 18-а
Свідоцтво ДК № 1742 від 06.04.2004
Тел./факс (044) 278-02-23
E-mail: yurdumka@ukr.net
www.yurdumka.com

Віддруковано у ТзОВ «Талком»
03115, м. Київ, вул. Львівська, 23
Свідоцтво ДК № 4538 від 07.05.2013
Тел. (044) 424-40-69