

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

Міністерство освіти і науки України

Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого

**ПРОБЛЕМИ
ЗАКОННОСТІ**

**PROBLEMS
OF LEGALITY**

**ПРОБЛЕМЫ
ЗАКОННОСТИ**

Збірник наукових праць

Випуск 140

**Харків
2018**

Засновник і видавець: Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Заснований у 1976 р. Виходить 4 рази на рік

Мови видання: українська, англійська, російська

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

*Збірник наукових праць включено до Переліку наукових фахових видань України
з юридичних наук: наказ МОН України № 1021 від 07.10.2015 р.*

*Рекомендовано до друку та поширення через мережу Інтернет вченою радою Національного
юридичного університету імені Ярослава Мудрого, протокол № 6 від 26.02.2018 р.*

Редакційна колегія: д-р юрид. наук, проф. *В. Я. Тацій* (відп. ред.); д-р юрид. наук, проф. *А. П. Гетьман* (заст. відп. ред.); д-р юрид. наук, проф. *Ю. Г. Барабаш* (відп. секретар); д-р юрид. наук, проф. *Ю. П. Битяк*; канд. юрид. наук, проф. *В. В. Комаров*; канд. юрид. наук, проф. *В. І. Борисова*; д-р юрид. наук, проф. *В. Д. Гончаренко*; канд. юрид. наук, проф. *В. В. Жернаков*; д-р юрид. наук, проф. *Д. В. Задохайло*; д-р юрид. наук, проф. *О. В. Капліна*; д-р юрид. наук, проф. *М. П. Кучерявенко*; д-р юрид. наук, проф. *В. Я. Настюк*; д-р юрид. наук, проф. *М. І. Панов*; д-р юрид. наук, проф. *О. В. Петришин*; д-р юрид. наук, проф. *С. Г. Серьогіна*; канд. юрид. наук, проф. *В. І. Тютюгін*; д-р юрид. наук, проф. *В. Ю. Шенітько*; д-р юрид. наук, проф. *О. Г. Шило*; д-р юрид. наук, проф. *М. В. Шульга*; д-р юрид. наук, проф. *В. Л. Яроцький*.

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

Проблеми законності : зб. наук. праць / відп. ред. *В. Я. Тацій*. – Харків : Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого, 2018. – Вип. 140. – 188 с.

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

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

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

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

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

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

Founder and publisher: Yaroslav Mudryi National Law University

Founded in 1976. Published 4 times per year

Language of edition: Ukrainian, English, Russian

Certificate of the printed mass medium state registration:

KB № 21387-11187 ІІІ, 17.06.2015.

Collection of the scientific works is included into the List of specialized law scientific publications of Ukraine, where the results of theses for a Doctor's and Candidate's degree in Legal Sciences may be published: Order of the Ministry of Education and Science of Ukraine № 1021, 07.10.2015.

Recommended for publishing and distribution in Internet by the Academic Council of Yaroslav Mudryi National Law University, Protocol № 6, 26.02.2018.

Editorial team: *Vasyl Tatsii* – Editor-in-chief, Dr. of Law, Prof.; *Anatolii Getman* – Deputy Editor-in-chief, Dr. of Law, Prof.; *Yurii Barabash* – Executive Editor, Dr. of Law, Prof.; *Yurii Bytiak* – Dr. of Law, Prof.; *Viacheslav Komarov* – PhD in Law, Prof.; *Valentyna Borysova* – PhD in Law, Prof.; *Volodymyr Honcharenko* – Dr. of Law, Prof.; *Volodymyr Zhernakov* – PhD in Law, Prof.; *Dmytro Zadykhailo* – Dr. of Law, Prof.; *Oksana Kaplina* – Dr. of Law, Prof.; *Mykola Kucheriavenko* – Dr. of Law, Prof.; *Vasyl Nastiuk* – Dr. of Law, Prof.; *Mykola Panov* – Dr. of Law, Prof.; *Oleksandr Petryshyn* – Dr. of Law, Prof.; *Svitlana Serohina* – Dr. of Law, Prof.; *Volodymyr Tiutiuhin* – PhD in Law, Prof.; *Valerii Shepitko* – Dr. of Law, Prof.; *Olha Shylo* – Dr. of Law, Prof.; *Mykhailo Shulha* – Dr. of Law, Prof.; *Vitalii Yarotskyi* – Dr. of Law, Prof.

Foreign Members of the Editorial team: *Serhei Balashenko* – Dr. of Law, Prof. (Belarus); *William E. Butler* – Dr. of Law, Prof. (USA); *Janusz D. Brick* – Dr. of Law, Prof. (Poland); *Lukasz Gruszczyński* – PhD, Prof. (Poland); *Thomas Davulis* – Dr. of Law, Prof. (Lithuania); *Karl-Hermann Kestner* – Dr. of Law, Prof. (Germany); *Roberto Giordano Lerena* – Prof. (Argentina); *Sniehle Matiuliene* – Dr. of Law, Prof. (Lithuania); *Mario Ferreira Monte* – Dr. of Law, Prof. (Portugal); *Oleksandr Radchenko* – Dr. in Public Administration, Prof. (Poland); *Diego Rodriguez-Pinzon* – Dr. of Law, Prof. (USA); *Rocio Peña Huertas del Pilar* – Dr. of Law, Prof. (Colombia).

Problems of legality : Collection of Scientific Works / executive editor Vasyl Tatsiy. – Kharkiv : Yaroslav Mudryi National Law University, 2018. – Issue 140. – 188 p.

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

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

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

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

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

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

Основатель и издатель: Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого

Основан в 1976 г. Выходит 4 раза в год

Языки издания: украинский, английский, русский

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

*Сборник научных трудов включен в Перечень научных рецензируемых изданий Украины
по юридическим наукам: приказ МОН Украины № 1021 от 07.10.2015 г.*

Рекомендован к печати и распространению через Интернет ученым советом Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого, протокол № 6 от 26.02.2018 г.

Редакционная коллегия: д-р юрид. наук, проф. В. Я. Тацій (отв. ред.); д-р юрид. наук, проф. А. П. Гетьман (зам. отв. ред.); д-р юрид. наук, проф. Ю. Г. Барабаш (отв. секретарь); д-р юрид. наук, проф. Ю. П. Битяк; канд. юрид. наук, проф. В. В. Комаров; канд. юрид. наук, проф. В. И. Борисова; д-р юрид. наук, проф. В. Д. Гончаренко; канд. юрид. наук, проф. В. В. Жернаков; д-р юрид. наук, проф. Д. В. Задыхайло; д-р юрид. наук, проф. А. В. Каплина; д-р юрид. наук, проф. М. П. Кучерявенко; д-р юрид. наук, проф. В. Я. Настюк; д-р юрид. наук, проф. Н. И. Панов; д-р юрид. наук, проф. А. В. Петришин; д-р юрид. наук, проф. С. Г. Серегина; канд. юрид. наук, проф. В. И. Тотюгин; д-р юрид. наук, проф. В. Ю. Шепитько; д-р юрид. наук, проф. А. Г. Шило; д-р юрид. наук, проф. М. В. Шульга; д-р юрид. наук, проф. В. Л. Яроцкий.

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

Проблемы законности : сб. науч. трудов / отв. ред. В. Я. Тацій. – Харьков : Нац. юрид. ун-т имени Ярослава Мудрого, 2018. – Вып. 140. – 188 с.

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

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

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

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

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

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

© Национальный юридический университет
имени Ярослава Мудрого, 2018

ЗМІСТ

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>Козаченко А. І.</i> Конституційний процес за доби Української Центральної Ради (1917–1918 роки).....	8
<i>Древаль Ю. Д., Гоцуляк С. Л.</i> Концептуальні засади розвитку Директорії УНР: дискусії щодо парламентської та радянської моделей влади.....	17
<i>Степаненко К. В.</i> Правова система України: вітчизняна правова традиція та проблеми трансформації.....	26

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

<i>Пироженко О. С., Шкурко В. І.</i> Вища юридична освіта: проблемні аспекти визначення змісту поняття у чинному законодавстві.....	35
<i>Якушина О. С.</i> Поняття та зміст конституційного права на освіту	44

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО

<i>Лур'є Д. А.</i> Право на доступ до досліджуваного лікування по завершенні клінічного випробування	53
--	----

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ

<i>Киричко В. М.</i> Вимагання неправомірної вигоди: теоретичні і практичні проблеми, викликані законодавчим вірусом, та їх комплексне вирішення	61
<i>Климосюк А. С.</i> Співвідношення диверсії (ст. 113 КК України) і терористичного акту (ст. 258 КК України)	78
<i>Калініна А. В.</i> Злочинність іноземців і апатридів в Україні: результати анкетування правоохоронців	93

СУДОУСТРІЙ

<i>Калужна О. М.</i> Чи не (за)багато політики, (за)мало права у підходах до державної експертної монополії?.....	104
---	-----

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

<i>Шимко А. Р.</i> Зовнішньоекономічні операції з металобрухтом: господарсько-правовий аспект.....	121
--	-----

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

<i>Яковюк І. В., Окладна М. Г., Орловський Р. Р.</i> Сепаратизм в об'єднаній Європі: стара проблема з новим обличчям (англійською мовою).....	132
<i>Комарова Т. В.</i> Суд справедливості Європейського Співтовариства вугілля та сталі як прообраз Суду справедливості ЄС	144
<i>Усманов Ю. І.</i> Міжнародні механізми захисту права на життя в умовах збройних конфліктів.....	154

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА

<i>Бурова О. К.</i> Правовий нігілізм. Пошук засад у вітчизняній історії.....	166
---	-----

ДОСВІД ЗАРУБІЖНИХ КОЛЕГ

<i>Нугрохо Хибну.</i> Перенесення тягара доведення корупційних злочинів у законодавстві Індонезії (англійською мовою).....	175
--	-----

НАШІ ЮВІЛЯРИ

Ювілей видатного вченого-правознавця, академіка НАПрН України Вячеслава Івановича Борисова	183
---	-----

CONTENTS

THEORY AND HISTORY OF STATE AND LAW

<i>Kozachenko A. I.</i> Constitutional Process under Ukrainian Central Council (1917–1918).....	8
<i>Dreval Yu. D., Hotsuliak S. L.</i> Conceptual bases of the development of the Directorate of UPR: discussions on the parliamentary and soviet authorities models	17
<i>Stepanenko K.V.</i> The legal system of Ukraine: the domestic legal tradition and the problems of transformation	26

CONSTITUTIONAL LAW

<i>Pyrozhenko O. S., Shkurko V. I.</i> Higher legal education: problematic aspects determining the content of concept in current legislation	35
<i>Yakushina O. S.</i> The concept and content of the constitutional right to education.....	44

CIVIL LAW

<i>Lurye D. A.</i> Right on Post-trial Access to Investigational Treatment.....	53
---	----

CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY

<i>Kirichko V. N.</i> The solicitation of an undue advantage: theoretical and practical problems caused by the legislative virus, and their comprehensive solution	61
<i>Klymosyuk A. S.</i> The correlation between diversion (Article 113 of the Criminal Code of Ukraine) and terrorist act (Article 258 of the Criminal Code of Ukraine)	78
<i>Kalinina A. V.</i> Foreigners' and stateless persons' crime in Ukraine: the results of law enforcement officers' survey	93

JUDICIARY

<i>Kaluzhna O. M.</i> Politics or law: what is more in the approaches of public expert monopoly?	104
--	-----

AGRICULTURAL LAW

<i>Shymko A. R.</i> Foreign economic transactions with scrap metal: economic and legal aspects	121
--	-----

INTERNATIONAL LAW

<i>Yakoviych I. V., Okladna M. G., Orlovskyy R. R.</i> Separatism in the United Europe: old problem with a new face.....	132
<i>Komarova T. V.</i> The Court of Justice of the European Coal and Steel Community as Prototype of the Court of Justice of the EU	144
<i>Usmanov Y. I.</i> International mechanisms for the protection of the right to life in armed conflicts.....	154

PHILOSOPHY OF LAW

<i>Burova O. K.</i> Legal nihilism. Search for the grounds in national history.....	166
---	-----

EXPERIENCE OF FOREIGN COLLEAGUES

<i>Nugroho Hibnu.</i> Reversal burden of proof on corruption in Indonesia.....	175
--	-----

JUBILEES

Ювілей видатного вченого-правознавця, академіка НАПрН України Вячеслава Івановича Борисова	183
---	-----

СОДЕРЖАНИЕ

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

<i>Козаченко А. И.</i> Конституционный процесс в период Украинской Центральной Рады (1917–1918 годы).....	8
<i>Древаль Ю. Д., Гоцуляк С. Л.</i> Концептуальные основы развития Директории УНР: дискуссии о парламентской и советской моделях власти.....	17
<i>Степаненко К. В.</i> Правовая система Украины: отечественная правовая традиция и проблемы трансформации.....	26

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО

<i>Пироженко А. С., Шкурко В. И.</i> Высшее юридическое образование: проблемные аспекты определения содержания понятия в действующем законодательстве.....	35
<i>Якушина О. С.</i> Понятие и содержание конституционного права на образование.....	44

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

<i>Лурье Д. А.</i> Право на доступ к исследуемому лечению по завершении клинического испытания.....	53
---	----

УГОЛОВНОЕ ПРАВО И КРИМИНОЛОГИЯ

<i>Киричко В. Н.</i> Вымогательство неправомерной выгоды: теоретические и практические проблемы, вызванные законодательным вирусом, их комплексное решение.....	61
<i>Климосюк А. С.</i> Соотношение диверсии (ст. 113 УК Украины) и террористического акта (ст. 258 УК Украины).....	78
<i>Калинина А. В.</i> Преступность иностранцев и апатридов в Украине: результаты анкетирования правоохранителей.....	93

СУДОУСТРОЙСТВО

<i>Калужна О. М.</i> Не много ли политики и мало права в подходах к государственной экспертной монополии?.....	104
--	-----

ХОЗЯЙСТВЕННОЕ ПРАВО

<i>Шимко А. Р.</i> Внешнеэкономические операции с металлоломом: хозяйственно-правовой аспект.....	121
---	-----

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

<i>Яковюк И. В., Окладная М. Г., Орловський Р. Р.</i> Сепаратизм в объединенной Европе: старая проблема с новым лицом (на английском языке).....	132
<i>Комарова Т. В.</i> Суд справедливости Европейского Сообщества угля и стали как прообраз Суда справедливости ЕС.....	144
<i>Усманов Ю. И.</i> Международные механизмы защиты права на жизнь в условиях вооруженных конфликтов.....	154

ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

<i>Бурова О. К.</i> Правовой нигилизм. Поиск оснований в отечественной истории.....	166
---	-----

ОПЫТ ЗАРУБЕЖНЫХ КОЛЛЕГ

<i>Нугрохо Хибну.</i> Перенос бремени доказывания коррупционных преступлений в законодательстве Индонезии (на английском языке).....	175
--	-----

НАШИ ЮБИЛЯРЫ

Ювілей видатного вченого-правознавця, академіка НАПрН України Вячеслава Івановича Борисова.....	183
---	-----

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА



Козаченко Анатолій Іванович,
доктор юридичних наук, доцент, завідувач
кафедри теорії та історії держави і права,
Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Полтава
e-mail: a.i.kozachenko@ukr.net
ORCID 0000-0002-4568-7964

doi: 10.21564/2414–990x.140.121896
УДК 340.15

КОНСТИТУЦІЙНИЙ ПРОЦЕС ЗА ДОБИ УКРАЇНСЬКОЇ ЦЕНТРАЛЬНОЇ РАДИ (1917–1918 РОКИ)

Проаналізовано особливості створення Українською Центральною Радою конституційної комісії та її діяльності з розробки проекту Конституції України. У липні 1917 р. комісія підготувала перший проект Конституції України – «Статут вищого управління України». У грудні 1917 р. Мала Рада затвердила другий проект Конституції УНР. 29 квітня 1918 р. вона прийняла третій проект Конституції УНР – «Статут про державний устрій, права і вольності УНР». Проекти Конституції України 1917–1918 рр. не набули чинності, але вони свідчать про високий рівень розвитку вітчизняної конституційної думки.

Ключові слова: Конституція; конституційний процес; конституціоналізм; конституційна комісія; Українська Центральна Рада; Українська Народна Республіка.

Козаченко А. И., доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой теории и истории государства и права, Полтавский юридический институт Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Полтава.
e-mail: a.i.kozachenko@ukr.net ; ORCID 0000-0002-4568-7964

Конституционный процесс в период Украинской Центральной Рады (1917–1918 годы)

Анализируется процесс создания Украинской Центральной Радой конституционной комиссии и ее деятельность по разработке проекта Конституции Украины. В июле 1917 г. комиссия подготовила первый проект Конституции Украины – «Статут высшего управления Украины». В декабре 1917 г. Малая Рада утвердила второй проект Конституции УНР. 29 апреля 1918 г. она приняла третий проект Конституции Украины – «Статут о государственном устройстве, правах и вольностях УНР». Проекты Конституции Украины 1917–1918 гг. не вступили в силу, но они свидетельствуют о высоком уровне развития отечественной конституционной мысли.

Ключевые слова: Конституция; конституционный процесс; конституционализм; конституционная комиссия; Украинская Центральная Рада; Украинская Народная Республика.

Постановка проблеми. Дослідження історії виникнення, становлення і розвитку вітчизняного конституціоналізму є новим напрямом історико-правової науки, що був започаткований у пострадянський період. Важливою складовою формування вітчизняного конституціоналізму є конституційний процес за доби Української Народної Республіки.

Актуальність теми статті зумовлюється необхідністю використання історичного досвіду вітчизняного конституційного процесу доби Української Народної Республіки для підготовки та проведення конституційної реформи за сучасних умов.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Після проголошення незалежності України у 1991 р. до проблеми вітчизняного конституціоналізму доби Української Народної Республіки зверталися фахівці у галузі історії держави і права та конституційного права В. Д. Гончаренко (V. D. Honcharenko), В. С. Журавський (V. S. Zhuravskiy), В. М. Єрмолаєв (V. M. Yermolaiev), С. Г. Кащенко (S. H. Kashchenko), В. П. Колісник (V. P. Kolisnyk), В. В. Кравченко (V. V. Kravchenko), А. Р. Крусян (A. R. Krusian), О. М. Мироненко (O. M. Myronenko), В. О. Рум'янцев (V. O. Rum'iantsev), І. Є. Словська (I. Ye. Slovskya), С. В. Шевчук (S. V. Shevchuk) та ін.

Мета статті – дослідити процес формування Українською Центральною Радою конституційних комісій, їх склад, джерела розробки проектів Конституції України, розгляд і затвердження проектів Конституції України.

Виклад основного матеріалу. Період національно-визвольних змагань 1917–1921 рр. започаткував новітній етап розвитку вітчизняного конституціоналізму. Як стверджує А. Р. Крусян (A. R. Krusian), «формування парадигми українського конституціоналізму» та «створення української моделі конституціоналізму» відбулося в період 1917–1921 рр. [1, с. 43].

Лютнева буржуазно-демократична революція в Росії 1917 р. ліквідувала самодержавство та створила умови для проведення демократичних реформ. Тимчасовий уряд Росії, до складу якого увійшли представники буржуазно-демократичних партій, серед іншого проголосили намір запровадити у Росії федеративний устрій та республіканську форму правління. Зміну державного ладу Росії юридичним чином мала закріпити ухвалена Всеросійськими установчими зборами конституція. Це створювало умови для реалізації на практиці ідей вітчизняного конституціоналізму. На початковому етапі державного будівництва України суб'єкти політичного процесу керувалися конституційними ідеями М. Грушевського щодо відновлення української державності у формі автономії у складі демократичної Росії, так званім «планом автономізації».

Перший етап конституційного процесу розпочався після ухвалення Українською Центральною Радою (далі – УЦР) 10 червня 1917 р. І Універсалу – політико-правового акта, що проголошував право України на автономію у складі

федеративної Росії. 20 червня УЦР створила конституційну комісію для підготовки проекту конституції України у складі восьми осіб. До комісії увійшли члени УЦР, що репрезентували політичні партії та громадські організації: М. Левицький – голова комісії, М. Шраг, Є. Касьяненко, Б. Бабич, С. Єфремов, М. Стасюк, В. Бойко, О. Чайківський [2, с. 107]. Слід зазначити, що УЦР не надала належного значення професійній складовій формування конституційної комісії – жоден із членів комісії не мав юридичної освіти та досвіду роботи у державних установах. 23 червня 1917 р. УЦР ухвалила інструкцію про конституційну комісію, згідно з якою до складу комісії повинно входити 100 осіб – представників від національних груп, політичних партій, громадських організацій, територіальних одиниць. Особливим чином УЦР звертала увагу на національне представництво у складі комісії. Згідно з інструкцією право на представництво у складі комісії, окрім українців, мали національні меншини, частка яких у населенні України складала не менше 1 % [2, с. 120]. Так, за національною ознакою до складу комісії повинні увійти від українців – 71 особа, від росіян – 11, від євреїв – 8, від німців і поляків – по 2, від білорусів, татар, чехів, молдаван, греків і болгар – по одному представнику [2, с. 125]. Окрім цього, УЦР зважала на територіальне, партійне та професійне представництво у складі комісії. За партійною належністю члени комісії були представниками переважно лівих соціалістичних партій. Варто звернути увагу на ту обставину, що до складу комісії мали увійти лише 12 осіб від Всеукраїнського правничого товариства – фахівців у галузі державного права [2, с. 126]. Керівним органом комісії стала створена УЦР президія у складі 30 осіб. Відповідно до інструкції конституційна комісія могла приймати рішення за умови присутності не менше 55 членів. Свою роботу комісія мала розпочати не пізніше 10 липня 1917 р. [2, с. 126].

Спираючись на ідеї М. Грушевського, конституційна комісія розробила перший проект тимчасової Конституції України – «Статут вищого управління України». 29 липня 1917 р. цей проект, що складався із 21 пункту, затвердила УЦР. Проект закріплював автономний державно-правовий статус України у складі федеративної Росії та тимчасові вищі органи державної влади – Українську Центральну Раду і Генеральний Секретаріат. Згідно з проектом остаточно питання української державності повинні були вирішити Всеросійські та Українські Установчі Збори [3, с. 100]. Статут не врегульовував територію Української автономії, не передбачав джерела фінансування органів державної влади України. За оцінкою І. Нагаєвського, Статут мав ознаки політичної декларації [4, с. 83]. З огляду на обсяг та зміст «Статуту вищого управління України», цей документ слід кваліфікувати як тимчасову малу Конституцію України. Проте Тимчасовий уряд Росії відмовився санкціонувати запропонований УЦР конституційний проект. 17 серпня 1917 р. Тимчасовий уряд ухвалив «Тимчасову інструкцію Генеральному Секретаріату Тимчасового Уряду на Україні» – конституційний акт, що закріплював автономію України у межах п'яти губерній: Київської, Волинської, Подільської, Полтавської і Чернігівської. Територія

автономії могла бути розширена, якщо на цьому буде наполягати земське самоврядування тих повітів, де переважну частину населення складали етнічні українці. Найсуттєвішим недоліком Інструкції було те, що вона не надавала законодавчих повноважень УЦР [2, с. 213–214].

Важливе значення для конституційного процесу мало прийняття УЦР 1 серпня 1917 р. регламенту – «Розкладу роботи Малої Ради і її комісій». Розклад передбачав удосконалення парламентських процедур з питань законотворчої та законодавчої діяльності. Так, законопроекти на розгляд Малої Ради могла вносити лише спеціально створена Малою Радою комісія. Кворум для розгляду законопроектів Малою Радою складав не менше 2/3 від її загального складу. Законопроекти розглядалися після доповіді комісії. Розклад урегульовував питання проведення парламентських дебатів та порядок проведення голосування по законопроектах [2, с. 208–210].

Восени 1917 р. конституційна комісія продовжила роботу з розробки проекту Конституції України. 30 жовтня 1917 р. під час сьомої сесії УЦР М. Грушевський виступив із доповіддю «про роботу комісії по виробленню автономного статуту України» [2, с. 374]. Згідно з проектом суверенна влада в Україні повинна належати Українським Всенародним Зборам. Частина влади визнавалася за федеральним парламентом Росії [2, с. 374].

7 листопада 1917 р. внаслідок організованого більшовиками державного перевороту Тимчасовий уряд було ліквідовано. Це стало підставою для прийняття УЦР III Універсалу. Проект Універсалу підготували і узгодили представники фракцій соціал-демократів та соціал-революціонерів. Під час ухвалення III Універсалу результати голосування членів Малої Ради були такими: 42 – «за», 4 – «утримались» [5, с. 283]. Оприлюднення III Універсалу відбулося у Києві за присутності представників бельгійської, італійської, румунської і французької дипломатичних місій [5, с. 283].

III Універсал проголосив автономний статус Української Народної Республіки (далі – УНР) у складі демократичної Росії. Згідно з III Універсалом до складу української автономії мали входити дев'ять етнічних українських губерній. УЦР проголошувалася органом законодавчої влади, а Генеральний Секретаріат – вищим органом виконавчої влади УНР. Універсал містив програму широких демократичних перетворень: проголошував загально визнані демократичні права людини і громадянина, скасовував смертну кару і приватну власність на землю, проголошував необхідність розвитку місцевого самоврядування, визнавав право на національно-персональну автономію руського, єврейського, польського та інших народів, що проживали в Україні, встановлював восьмигодинний робочий день і робітничий контроль над промисловістю. В Універсалі наголошувалося, що «остаточні форми державного устрою будуть визначені на Українських та Всеросійських Установчих Зборах» [2, с. 398–401]. Як зазначає В. Д. Гончаренко (V. D. Honcharenko), III Універсал – це конституційно-установчий акт та програмний документ [6, с. 36]. Він став значним кроком на шляху до прийняття демократичної Конституції України.

Прийняття III Універсалу започаткувало другий етап конституційного процесу в УНР. Після ухвалення III Універсалу конституційна комісія відновила свою роботу [7, с. 17]. У процесі розробки проекту Конституції України вона керувалася III Універсалом. Від імені комісії М. Грушевський сформулював основні положення проекту Конституції УНР, що були опубліковані 20 листопада 1917 р. у газеті «Народна воля» [8, с. 68]. Комісія брала до уваги рекомендації голови УЦР М. Грушевського, котрий пропонував закріпити у Конституції УНР наступне: 1) демократичний державний устрій УНР та права громадян; 2) характер відносин УНР з Російською федеративною демократичною республікою; 3) законодавчу владу Всенародного Зібрання УНР; 4) статус Кабінету Міністрів – вищого органу виконавчої влади УНР; 5) право Генерального Суду УНР на контроль за державною владою; 6) Голова Всенародного Зібрання є Головою УНР [8, с. 68]. У листопаді-грудні 1917 р. конституційна комісія активно працювала над розробкою проекту конституції. Відомо, що під час його розробки між членами конституційної комісії розгорнулася дискусія. Незважаючи на встановлення у Росії антидемократичного більшовицького режиму, М. Грушевський наполягав на необхідності збереження автономного статусу України у складі Росії. Противниками «плану автономізації» виступали самостійники на чолі із авторитетним ученим-правознавцем С. Шелухінін (S. Shelukhin) [9, с. 50–58]. Серед українських есерів точилася дискусія щодо форми правління Української держави. Частина із них відстоювала ідею запровадження парламентської республіки, інші були прихильниками встановлення радянської республіки [10, с. 37]. У джерелах відсутня інформація про те, чи було винесено проект конституції на попередній розгляд комісії законодавчих внесень, яка була створена Малою Радою у складі 25 осіб з метою удосконалення законодавчого процесу [11, с. 65].

10 грудня 1917 р. Мала Рада після постатейного розгляду у трьох читаннях у поіменному режимі затвердила проект Конституції УНР. Він складався із восьми розділів та 72 статей. Розділ I закріплював територію та автономний державно-правовий статус УНР у складі Федеративної Російської Республіки. Розділ II містив перелік демократичних прав і свобод громадян УНР. Організація влади будувалась на принципах поділу влади на законодавчу, виконавчу і судову. Згідно з розділами IV–VI вищими органами влади УНР були Всенародне Зібрання – орган законодавчої влади і Кабінет Міністрів – вищий орган виконавчої влади УНР. Формування та порядок діяльності Всенародного Зібрання УНР відповідало принципам парламентаризму. Проект Конституції УНР встановлював парламентську республіку. Проект передбачав судові гарантії діяльності місцевого самоврядування та національних організацій [12, с. 5–11]. Отже, проект Конституції УНР 1917 р. відповідав основним принципам європейського конституціоналізму початку ХХ ст. Його було опубліковано у газеті «Народна воля» 16, 17 і 20 грудня 1917 р.

Проект Конституції УНР 1917 р. мав бути винесений на розгляд і затвердження Установчих Зборів УНР. 11 листопада 1917 р. Мала Рада ухвалила Закон

«Про вибори до Установчих Зборів Української Народної Республіки» [2, с. 411]. Установчі Збори повинні були розпочати свою роботу 22 січня 1918 р. Але у зв'язку із більшовицькою агресією проведення виборів до Установчих Зборів, що проходили у січні 1918 р., було зірвано.

22 січня 1918 р. УЦР прийняла IV Універсал. У Л. Винара знаходимо інформацію про те, що до конституційної комісії було внесено три проекти Універсалу: перший – М. Грушевського, другий – В. Винниченка, третій – М. Салтана і М. Шаповала. За основу тексту IV Універсалу конституційна комісія взяла проект М. Грушевського. УЦР провела три читання Універсалу. За результатами поіменного голосування підтримали ухвалення Універсалу 39 членів Малої Ради, «проти» – 4 і «утримались» – 6 [5, с. 290]. Отже, розробка і санкціонування IV Універсалу проходило із дотриманням парламентських процедур.

Як відомо, IV Універсал проголошував Українську Народну Республіку суверенною державою. Він передбачав низку важливих конституційних і програмних положень щодо державного устрою України: 1) укладення миру з більшовицькою Росією; 2) встановлення Українськими Установчими Зборами влади народу; 3) проведення виборів до місцевих рад і міських дум; 4) передачу трудовому народові землі без викупу; 5) запровадження державно-народного контролю над банками. IV Універсал наголошував на необхідності скликання у «найближчі тижні» Установчих Зборів для прийняття конституції [12, с. 102–104]. Але у зв'язку із більшовицькою агресією скликати Установчі Збори не вдалося. 11 квітня 1918 р. УЦР ухвалила постанову про скликання Установчих Зборів 12 травня 1918 р. [12, с. 270].

Після прийняття IV Універсалу конституційну комісію очолив А. Степаненко – заступник голови УЦР, депутат від партії соціалістів-революціонерів. У джерелах не збереглася інформація про склад комісії. Але як зазначає Л. Винар, одним із провідних авторів проекту Конституції був М. Грушевський [5, с. 306]. С. Г. Каченко стверджує, що комісія працювала «енергійно і плідно» [4, с. 17]. Але роботу над проектом ускладнювала соціально-економічна криза та німецько-австрійська військова присутність. У протоколі засідань УЦР зазначено, що комісія розробляла проект Конституції УНР поспіхом [3, с. 328]. У своїй роботі комісія спиралася на демократичні конституції країн Європи і США, III і IV Універсали УЦР, закони «Про адміністративно-територіальний поділ України», «Про національно-персональну автономію» та інші законодавчі акти. Але основним джерелом нового проекту Конституції УНР став проект Конституції УНР 1917 р.

27 квітня 1918 р. А. Степаненко запропонував терміново внести проект конституції на розгляд і затвердження УЦР. Голова УЦР М. Грушевський вніс на розгляд УЦР пропозицію щодо проведення надзвичайного засідання Малої Ради 29 квітня для розгляду проекту конституції [12, с. 314]. 29 квітня УЦР у неповному складі Малої Ради на закритому засіданні о 17 годині розпочала розгляд проекту Конституції УНР – «Статуту про державний устрій, права і вольності УНР». Від комісії по проекту конституції виступив А. Степаненко, після

чого розпочалося постатейне читання і обговорення. За результатами першого читання Мала Рада одностайно схвалила проект Конституції УНР. Після цього розпочалося постатейне читання, під час якого всі статті конституції приймалися з незначними редакційними правками. Лише три члени УЦР утрималися голосувати за ст. 1, котра проголошувала державний суверенітет УНР [3, с. 328]. Проект Конституції УНР було розглянуто Малою Радою у трьох читаннях [11, с. 67]. Після короткого обговорення Мала Рада прийняла «Статут про державний устрій, права і вольності УНР» у редакції, запропонованій конституційною комісією [8, с. 70]. Керуючись IV Універсалом, санкціонувати Конституцію УНР мали Установчі Збори. Конституція УНР 1918 р. не пройшла промульгацію і не була опублікована, тож не набула чинності. Тому Конституцію УНР 1918 р. слід вважати конституційним проектом – результатом розвитку вітчизняної конституційної думки.

Висновок. Конституційний процес за доби Української Центральної Ради розпочався 10 липня 1917 р. зі створення конституційної комісії. Склад конституційної комісії УЦР формувала, керуючись політичними, а не професійними критеріями. Конституційна комісія складалася переважно із представників соціалістичних партій та національних організацій. Процес розробки проектів конституції гальмувався суперечностями, що виникали між членами конституційної комісії – представниками різних політичних партій. Конституційний процес складався із трьох етапів. Під час першого етапу у липні 1917 р. конституційна комісія розробила проект тимчасової Конституції України – «Статуту вищого управління України». З прийняттям III Універсалу розпочався другий етап конституційного процесу. У грудні 1917 р. конституційна комісія розробила другий проект Конституції УНР, який затвердила Мала Рада. Найсуттєвішим недоліком роботи комісії слід вважати те, що вона не відмовилася від ідеї закріплення за Україною статусу автономії у складі Росії. Прийняття IV Універсалу 22 січня 1918 р. започаткувало третій етап конституційного процесу, який завершився ухваленням Малою Радою 29 квітня 1918 р. «Статуту про державний устрій, права і вольності УНР». Проекти Конституції України 1917–1918 рр. не набули чинності, але вони свідчать про високий рівень розвитку вітчизняної конституційної думки. Конституційний процес в Україні за доби Української Центральної Ради носив демократичний характер. Він спирався на принципи європейського конституціоналізму та власний національний конституційний досвід.

Список літератури:

1. Крусян А. Р. Сучасний український конституціоналізм: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2010. 560 с.
2. Українська Центральна Рада. Документи і матеріали : у 2-х т. Київ: Наукова думка, 1996. Т. 1. (4 березня – 9 грудня 1917 р.) / ред. кол. В. А. Смолій, В. Ф. Верстюк та ін. 587 с.
3. Гунчак Т. Україна: перша половина XX століття. Нариси політичної історії. Київ: Либідь, 1993. 288 с. (Препринт).

4. Нагаєвський І. Історія української держави двадцятого століття. Київ: Укр. письменник, 1993. 413 с. (Препринт).
5. Державний Центр Української Народної Республіки в екзилі: статті і матеріали / ред. Л. Винар, Н. Пазуняк. Філадельфія, Київ, Вашингтон: Фундація ім. С. Петлюри в США; Веселка; Фундація родини Фещенко-Чопівських, 1993. 494 с.
6. Гончаренко В. Утворення Української Народної Республіки як важливий етап на шляху до незалежності України. *Право України*. 2017. № 11. С. 32–39.
7. Кашенко С. Г. Підготовка Конституції Української Народної Республіки (1918 р.). *Революція в Україні у XX–XXI століттях: співзвуччя епох*: матеріали І Міжнар. наук. конф. (Одеса, 18-19 листопада 2005 р.). Одеса, 2005. С. 15–19.
8. Слюсаренко А. Г., Томенко М. В. Історія української конституції. Київ: Знання, 1993. 192 с.
9. Шелухін С. Україна – назва нашої землі з найдавніших часів. Дрогобич, 1992. 248 с.
10. Логвиненко І. А. Конституція УНР 1918 року: історія розробки, прийняття та оцінки в історіографії. *Право і безпека*. 2017. № 1(64). С. 35–39.
11. Ермолаєв В. Організація і регламент діяльності Української Центральної Ради. *Право України*. 2017. № 11. С. 58–69.
12. Українська Центральна Рада. Документи і матеріали: у 2-х т. Київ: Наукова думка, 1996. Т. 2. (10 грудня 1917 р. – 29 квітня 1918 р.) / ред. кол. В. А. Смолій, В. Ф. Верстюк та ін. 421 с.

References:

1. Krusjan, A.R. (2010). Suchasnyj ukrainskyj konstytucionalizm. Kyiv: Urinkom Inter [in Ukrainian].
2. Smolij, V.A., Verstuk, V.F. (Eds). (1996). Ukrainska Centralna Rada. Dokumenty i materialy: Vol. 1–2, Vol. 1. Kyiv: Nauk. dumka [in Ukrainian].
3. Gunchak, T. (1993). Ukraina: persha polovyna XX stolittja. Narysy politychnoj istorij. Kyiv: «Lybid» [in Ukrainian].
4. Nagaevskij, I. (1993). Istorija ukrainskoj derzhavy dvadecjatogo stolittja. Kyiv: «Ukr. pismenyk» [in Ukrainian].
5. Vinar, L., Pazuniak, N. (1993). Derzhavnyj zentr Ukrainskoj Narodnoj Respubliky v ekzyli. Statti i materialy. Filadelfij, Kyiv, Vashington: Ukr. pismenyk [in Ukrainian].
6. Goncharenko, V.D. (2017). Utvorenia Ukrainskoj Narodnoj Respubliky jak vazhlyvyj etap na shliahu do nezalezhnosti Ukrainy. *Pravo Ukrainy – Law of Ukraine*, 11, 32–39 [in Ukrainian].
7. Kashchenko, S.G. (2005). Pidgotovka Konstitucij Ukrainskoj Narodnoj Respubliky (1918 r.). *Revolucia v Ukraini u XX–XXI stolittiah: spivzvuča eposh*: proceedings of the Scientific Conference. Odessa, 15–19 [in Ukrainian].
8. Slusarenko, A.G., Tomenko, M.V. (1993). Istorija ukrainskoj konstitucij. Kyiv: Znannij [in Ukrainian].
9. Sheluhin, S. (1992). Ukraina – nazva nashoj zemli z najdavnishykh chasiv. Drogobich [in Ukrainian].
10. Logvinenko, I.A. (2017). Konstitucij UNR 1918 roku: istoria rozrobky, pryjnatia ta ocinki v istoriografij. *Pravo i bezpeka*, 1 (64), 35–39 [in Ukrainian].
11. Ermolaev, V.M. (2017). Organizacia I reglament dialnosti Ukrainskoj Centralnoj Rady. *Pravo Ukrainy – Law of Ukraine*, 11, 58–69 [in Ukrainian].
12. Smolij, V.A., Verstuk, V.F. (Eds). (1996). Ukrainska Centralna Rada. Dokumenty i materialy: Vol. 1–2, Vol. 2. Kyiv: Nauk. dumka [in Ukrainian].

Kozachenko A. I., Doctor of Law, Assistant Professor, Head of State and Law Theory and History Department of Poltava Law Institute of Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Poltava.

e-mail: a.i.kozachenko@ukr.net ; ORCID 0000-0002-4568-7964

Constitutional Process under Ukrainian Central Council (1917–1918)

The article analyzes creation of the Constitutional Committee by the Ukrainian Central Council (UCC) and its activities with a view to developing a draft of the Constitution of Ukraine. Formation of the Constitutional Committee of the UCC was guided by political rather than professional criteria. In July 1917, the Committee prepared the first draft of the Constitution of Ukraine – “Charter of the Supreme Administration of Ukraine”. Given the scope and content of the “Charter of the Supreme Administration of Ukraine”, this document should be qualified as a temporary minor Constitution of Ukraine. Adoption of the Third Universal of the UCC on November 7, 1917 began the second stage of the constitutional process in the Ukrainian People’s Republic (UPR). In December 1917, the Mala Rada (Minor Council) approved the second draft of the Constitution of the UPR. The Fourth Universal, adopted by the UCR on January 22, 1918, marked the beginning of the third stage of the constitutional process which ended with adoption of the “Charter on State System, Rights and Freedoms of the UNR” by the Mala Rada on April 29, 1918. The drafts of the Constitution of Ukraine of 1917–1918 did not come into force, but they imply the high level of development of the national constitutional thinking. The constitutional process in Ukraine under the Ukrainian Central Council was democratic. It relied on the principles of European constitutionalism and own national constitutional experience.

Keywords: Constitution; constitutional process; constitutionalism; Constitutional Committee; Ukrainian Central Council; Ukrainian People’s Republic.

Надійшла до редколегії 27.01.2018 р.



Древаль Юрій Дмитрович,
доктор наук з державного управління,
професор кафедри охорони праці
та техногенної безпеки,
Національний університет цивільного
захисту України, Україна, м. Харків
e-mail: drevaly@ukr.net
ORCID 0000-0002-7347-9433



Гоцуляк Світлана Леонідівна,
кандидат юридичних наук,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: hotsuliaksvitlana@gmail.com
ORCID 0000-0003-4562-6210

doi: 10.21564/2414–990x.140.122309
УДК 930.22.(477)

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ЗАСАДИ РОЗВИТКУ ДИРЕКТОРІЇ УНР: ДИСКУСІЇ ЩОДО ПАРЛАМЕНТСЬКОЇ ТА РАДЯНСЬКОЇ МОДЕЛЕЙ ВЛАДИ

Досліджено історію відновлення та розвитку української державності доби Директорії Української Народної Республіки (УНР) або «Другої УНР». Уточнено сутність та особливості розвитку політичних і державницьких платформ українства у період Директорії УНР. Виявлено дві оптимальні моделі державотворення, а саме: парламентської та радянської, яким надавали перевагу за часів Директорії УНР.

Ключові слова: Директорія Української Народної Республіки; українська державність; українське державотворення; модальність; український парламентаризм.

Древаль Ю. Д., доктор наук по государственному управлению, профессор, Национальный университет гражданской защиты Украины, Украина, г. Харьков.
e-mail: drevaly@ukr.net ; ORCID 0000-0002-7347-9433

Гоцуляк С. Л., кандидат юридических наук, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.

e-mail: hotsuliaksvitlana@gmail.com ; ORCID 0000-0003-4562-6210

Концептуальные основы развития Директории УНР: дискуссии о парламентской и советской моделях власти

Исследуется история восстановления и развития украинской государственности периода Директории Украинской Народной Республики (УНР) или «Второй УНР». Уточнена сущность и особенности развития политических и государственных платформ украинства в период Директории УНР. Установлены две оптимальные модели государства: парламентская и советская, которым отдавали предпочтение во времена Директории УНР.

Ключевые слова: Директория Украинской Народной Республики; украинское государство; украинская государственность; модальность; украинский парламентаризм.

Актуальність дослідження. У складних умовах сьогодення набуває актуальності питання використання історичного досвіду українського державотворення. Насамперед це стосується часів української революції, у ході якої робились численні спроби розвитку національної влади. Чи не найбільш значущим у цьому відношенні був період перебування при владі Директорії УНР чи «Другої УНР». На той час найбільш впливові українські політичні сили вже здобули півторарічний досвід боротьби за владу, якій були властиві як безумовні досягнення, так і деякі недоліки та прорахунки. Відтак тогочасні українські лідери мали додаткову змогу вивірити власні політичні позиції та використати їх у справі державотворення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. За підрахунками Д. Яневського, лише за перші 15 років після проголошення незалежності України з різних аспектів проблеми революційних 1917–1921 рр. підготовлено та захищено 343 дисертації, зокрема 37 докторських [1, с. 5]. Значний інтерес викликає й досі діяльність Директорії УНР; тут дослідники вже мають змогу спиратися на надійну джерельну базу (першочергово на увагу заслуговує збірка «Директорія, Рада Народних Міністрів Української Народної Республіки. 1918–1920: Документи і матеріали», яка була видана в двох томах у 2006 р.). Окремі аспекти обрання державотворчих моделей у ті часи висвітлюються у працях істориків: О. Бойко (О. Boiko), В. Верстюка (V. Verstiuk), В. Капелюшного (V. Kapeliushnyi), В. Солдатенка (V. Soldatenko) та М. Стопчак (M. Stopchak) та істориків держави і права України: Ю. Древаля (Yu. Dreval), В. Єрмолаєва (V. Yermolaiev). Предметом детального вивчення стають особисті стосунки між тодішніми українськими політичними лідерами, проблеми формування державної політики у різних сферах суспільних відносин, зміна зовнішніх орієнтирів, причини поразки тодішньої української влади. Водночас вимагає додаткового дослідження проблематика дискусій на тему радянської та парламентської моделей влади, яка була перенесена з партійних з'їздів на органи державної влади і стала однією з причин краху тодішніх прагнень українського народу на відновлення державності.

Мета статті – уточнити сутність та особливості розвитку політичних та державницьких платформ українства у часи Директорії УНР.

Виклад основного матеріалу. Пошук оптимальної державницької моделі тривав упродовж усього часу Української революції 1917–1921 рр. Попервах (початок діяльності УЦР) предметом дискусій були такі вже апробовані в тодішніх передових країнах різновиди форм державного правління, як парламентська та президентська республіки. Згодом певної популярності набула ідея конституційної монархії. Після Жовтневої революції реальною альтернативою суспільного розвитку стала ідея влади рад.

Директорія УНР з-поміж інших тодішніх українських урядів вирізнялася декількома обставинами, зокрема тривалішим функціонуванням (з грудня 1918 р. по листопад 1920 р.) та меншою стійкістю (про що свідчать як перманентний пошук оптимальної моделі влади, так і складнощі у сфері реалізації владних повноважень).

У перші дні перебування при владі лідери держави були впевнені, що Директорія існуватиме тимчасово, до часу скликання органу представницької влади. Але у питанні характеру представництва ясності не було. Наявна альтернатива спростилася і звелася до двох моделей: парламентської та радянської. Водночас деякі політичні лідери не мали чітких державотворчих орієнтирів, то сприймаючи на віру ефектні мітингові гасла, то відмовляючись від власних ідеологічних переконань. Значне загострення ситуації завдячувало і тій обставині, що прихильники протилежних моделей не лише працювали в одних і тих же урядових установах, але й досить часто відверто ігнорували приписи та заходи, що не відповідали їхнім владним концепціям та особистим переконанням.

«Парламентаризація» чи «радянізація»? Інтенсивні дискусії на цю тему розпочалися ще напередодні падіння гетьманського режиму, про що свідчить спрямування роботи Державної наради (м. Вінниця, 12–14 грудня 1918 р.). Прихильники першої зі вказаних моделей групувалися навколо С. Петлюри, другої – навколо В. Винниченка. У ході дискусій дещо змінилося і бачення радянської моделі. Спочатку В. Винниченко відстоював ідею диктатури пролетаріату, але, опинившись у меншості, оприлюднив ідею «трудових рад». За його словами, це мала бути «диктатура трудового люду», тобто тих громадян, які не живуть за рахунок чужої праці [2, с. 141]. Тож «нетрудові» та «експлуаторські» елементи позбавлялися права голосу і права керувати державою. Концепція була суперечливою не лише в політичному, але й у соціальному сенсі (наприклад, чиновники та релігійні діячі, які не мали відношення ні до «трудових», ні до «експлуаторських» елементів, мали невизначений статус). Все ж, у кінцевому рахунку саме ця концепція зібрала більшість голосів. За нею передбачалося створити «вертикаль» трудових рад: на місцях – губернські та повітові ради, а в центрі – Конгрес трудового народу [3, с. 54–55].

Незабаром розпочалася й активна робота з підготовки та скликання Конгресу трудового народу. Уже 26 грудня 1918 р. Директорія прийняла Декларацію: документ програмного значення, в якому містилося пояснення, що віднині вся влада в УНР має належати робітництву та селянству, тобто «трудовим верствам» («нетрудові» ж верстви позбавлялися права голосу в порядкуванні

державою). Водночас наводилося тлумачення поняття «трудова інтелігенція» і наділялися виборчими правами ті представники інтелігенції, які мали безпосередні відносини з народом: лікарські помічники, фельдшери, вчителі народних шкіл, службовці канцелярій [4, с. 127].

Але виявилось, що тогочасним українським лідерам бракує єдності навіть у найбільш принципових питаннях державотворення. Політичні сили, що об'єдналися у боротьбі проти гетьманату, не мали ні чіткого бачення перспектив розвитку державності, ні об'єднуючої програми. Не було єдності і в лавах найбільш масових політичних партій, зокрема УСДРП – на той час фактично правлячої партії. Про це свідчать гострі дискусії, які тривали на партійному з'їзді на початку 1919 р. (прихильники протилежних моделей не спромоглися здобути переконливої більшості; не відзначалася принциповістю і позиція В. Винниченка, який уже став висловлювати сумніви стосовно радянської моделі). В органі українських соціалістів-революціонерів під назвою «Трудова Республіка» тогочасне становище України напередодні проведення Конгресу було визначено досить красномовно: «нервовість і невпевненість» [5, с. 390].

Дискусії щодо обрання однієї з двох державотворчих моделей найбільш виразно виявилися під час проведення Трудового конгресу чи Конгресу трудового народу, який тривав упродовж 23–28 січня 1919 р.

Робота Конгресу велася на основі класичних форм парламентської діяльності: з процедурними дебатами, міжфракційними дискусіями, обговоренням численних резолюцій, заяв тощо. У перший день роботи було одноголосно прийнято Акт соборності, отже, Трудовий конгрес мав риси загальнонаціонального представницького форуму. Надалі головною проблемою стало визначення форми державницького устрою. Предметом палких дискусій стали питання, що вже порушувалися та обговорювалися на Вінницькій нараді. Лунали пропозиції передати все управління робітничим і селянським радам. Деяко несподівано виявилася сила прихильників парламентарної системи влади, яку вже відстоювала більшість депутатів. В останній день роботи Конгресу внаслідок бурхливих дебатів і на основі досягнутого компромісу було ухвалено «Закон про форму влади в Україні», який відзначався тематичною змістовністю та водночас деякою суперечливістю окремих положень. Так, у Законі заперечувалась ідея «організації робітничої диктатури» і пропонувалося будувати владу за демократичними зразками (зокрема, уряд мав підготувати на основі загального виборчого права «закон для виборів всенародного парламенту Великої Соборної Української Республіки»). Водночас зберігалася ідея «трудового принципу» (про що свідчить рішення, згідно з яким місцеві адміністрації повинні «працювати в контакт і під контролем місцевих трудових рад») [6, с. 467–468].

Того ж дня, опинившись під загрозою більшовицької окупації, Трудовий конгрес видав «Універсал», після чого припинив свою роботу. Згідно з цим документом Директорія наділялася правом «вищої влади в Україні», а відтак ставала легітимним органом влади. У черговий раз також підкреслювалося, що

Директорія та уряд мають довести справу до виборів «Всенародного Парламенту» [6, с. 465–466].

З розпуском Трудового конгресу, названого дослідниками «національним передпарламентом» [7, с. 307] або «парламентом революційної України» [8, с. 173], на той час завершилися безпосередні спроби організації народного представництва на засадах загального виборчого права.

Поступово все більше влади до своїх рук перебирав С. Петлюра, який, опинившись перед дилемою продовження безцільних у тогочасних умовах дискусій чи реального будівництва держави, вибрав останній шлях. З Директорії стали один за одним виходити її діячі, і в листопаді 1919 р. після від'їзду за кордон Ф. Швеця і А. Макаренка, і фактично утвердилося його одноосібне правління.

Одночасно продовжувала набирати обертів ідея радянської влади. Збільшення її прибічників припадало на періоди урядової скрути та військово-політичних ускладнень. Так, на ідеї радянської влади базувався Центральний повстанський штаб, який був утворений представниками УПСР, УСДРП та УСДРП-незалежників. Повстанці ставили за мету як розгром більшовицького радянського уряду, так і скасування Директорії. Тоді ж на основі еволюції лівого крила цих партій викристалізувався й процес створення українських політичних сил комуністичного спрямування – «укапістів» та «боротьбистів», що значною мірою посилювало прорадянські позиції представників вітчизняних визвольних змагань. І навіть у заявах січових стрільців інколи містилися положення щодо сприйняття радянської позиції (див., напр., текст їхньої заяви від 13 березня 1919 р.) [9, с. 602].

Проте в урядових колах і за таких умов загалом переважали погляди щодо підтримки парламентської форми державного правління. Наприклад, у Декларації Ради Народних Міністрів від 12 серпня 1919 р. вказувалося на необхідність реалізації якраз такої владної моделі (що, до речі, спричинило новий виток дискусій щодо дотримання трудового принципу та рішень Трудового конгресу в цілому). Вказувалося, зокрема, що «правительство виробляє проекти законів про вибори в парламент з правами Установчих Зборів і про утворення реформованих органів управління (самоврядування) на місцях на основі всенародного, безпосереднього, рівного, тайного і пропорційного виборчого права» [6, с. 548–549].

Як стверджує сучасний дослідник М. Стопчак (M. Stopchak), «незважаючи на суперечливі оцінки Декларації від 12 серпня 1919 р., з її змісту випливає однозначний висновок: цей документ знаменував спробу українських лідерів запровадити в Україні саме парламентську форму влади» [10, с. 136].

Водночас в умовах чергових зовнішньополітичних ускладнень знову посилювалися позиції тих урядовців та військових очільників, які намагалися знайти вихід з непростої ситуації за допомогою радянських гасел. Зокрема, на військовій нараді в Старокостянтиніві (26 листопада 1919 р.), яка проводилася, за словами С. Петлюри, в безнадійних умовах, дещо несподівано набув певної підтримки і заклик «визнати радянську форму влади в Україні, і в союзі з російськими більшовиками почати війну проти буржуазії цілого світу» [11, с. 155].

Все ж більшість прибічників правлячого курсу продовжувала відстоювати ідеї парламентаризму. Наприклад, у зв'язку з фактичним припиненням діяльності Директорії як колективного органу (15 листопада 1919 р.) було прийнято колективну заяву її членів про тимчасовість одноособового правління – «до часу скликання представництва від українського народу». На такій платформі базувалися і рішення Всеукраїнської Національної Ради, яка була утворена на Кам'янець-Подільській міжпартійній нараді у січні 1920 р., щодо усунення від влади Директорії та скликання Державного Сейму (передпарламенту).

В останні дні перебування уряду УНР на українських землях було прийнято ще два акти конституційного значення: закони «Про тимчасове верховне управління та порядок законодавства в Українській Народній Республіці» та «Про Державну Народну Раду Української Народної Республіки» (обидва – від 12 листопада 1920 р.). У них проголошувалося верховенство влади народу, яку тимчасово мали здійснювати Директорія, Державна Народна Рада (передпарламент) і Рада Народних Міністрів на засадах поділу влади. Серед цих інституцій провідне місце мало належати Директорії, яка наділялася повноваженнями затвердження ухвалених Державною Народною Радою законів, а також ухвалених Радою Народних Міністрів рішень [12, с. 114–115].

Закон «Про Державну Народну Раду УНР», за оцінкою І. Терлюка (I. Terliuk), «мав конституційний характер: визначав склад, порядок формування, скликання й компетенцію пропонованого законодавчого органу влади (за О. Мироненком – передпарламенту) УНР та права депутатів Державної Народної Ради...» [13, с. 248].

Нереалізованими також залишалися два проекти Конституції УНР, підготовлені урядовою комісією з розробки Конституції УНР та професором О. Ейхельманом (O. Eikhelman). Обидва проекти ґрунтувалися на ідеях конституціоналізму та парламентаризму, проте перший з них передбачав унітарний устрій Української держави, а другий – федеративний.

Аналіз конституційного проекту О. Ейхельмана значно полегшує сам автор, який дає детальну передмову до нього. О. Ейхельма, зокрема, наголошує, що в основу Конституції УНР покладено принцип федералізму, «щоб усю державність по можливості найтісніше зв'язати з народом», і принцип народного суверенітету. Останній мав реалізовуватися шляхом всенародного референдуму як права «безпосереднього народного голосування для вирішення не тільки питань, що стосуються змін у змісті конституції – Основного Державного Закону, – але факультативно і для вирішення питань звичайного законодавства, а також деяких питань з обсягу державного управління». Отже, за оцінкою Я. Турчин (Ja. Turchyn), О. Ейхельман фактично поєднав ідею державності зі складною системою народоправства, поділивши Україну на окремі землі – держави, кожна із своїм місцевим парламентом та урядом. Під зверхністю народного суверенітету, відповідно до встановлених у правовому порядку повноважень, само-

стійно функціонували ще чотири гілки влади: законодавча, виконавча, судова і фінансово-контрольна. Повноваження законодавчої влади (парламенту) чітко визначають детальні постанови конституції. Конституційність законотворчої діяльності парламенту підтверджувалась судовою владою. В основі функціонування виконавчої гілки влади закладено принцип строгої правовідповідності, а також судової відповідальності за результати її діяльності з одночасним гарантуванням органам управління самостійності і незалежності від партійних впливів і вищого керівництва [14, с. 95].

Як стверджує А. Й. Присяжнюк, конституційний проект О. Копцюха попри чимало декларативних фраз у цілому мав демократичне спрямування, передбачаючи створення парламентської федеративної держави, в якій ніхто не обмежувався в правах за будь-якими ознаками [Див.: 15].

Прихильність ідеям конституціоналізму та парламентаризму підтвердила й діяльність уряду УНР в еміграції. Наприкінці листопада 1920 р. органам української влади вдалося затриматися у галицькому м. Тарнів, що вже знаходився на території польської держави. Тут наддніпрянські емігранти на чолі з С. Петлюрою, а також західноукраїнський уряд К. Левицького разом з міжпартійним бюро розпочали роботу над Законом «Про Раду Республіки», яка мала стати парламентом УНР в еміграції. Вже 9 січня 1921 р. Закон був опрацьований та проголосований. На інавгураційному засіданні Ради Республіки, яке відбулося 3 лютого 1921 р., С. Петлюра оприлюднив її мету та завдання: збереження незламності національно-державної волі українського народу, боротьба за його суверенітет і волю.

Навколо ідеї Ради Республіки згуртувалася більшість тодішніх українських партій та рухів. До її складу увійшли представники соціалістів-федералістів, соціалістів-самостійників, хліборобів-демократів та деяких інших партій, усього 42 представника із 67, передбачених даним документом. Проте Ризький договір між Польщею і Радянською Росією від 18 березня 1921 р. унеможливив діяльність українського парламенту в еміграції (детальніше про це див.: [16, с. 138–139]).

Висновки. Яка ж ідея – «європейська» чи радянська – була на той час більш популярною у середовищі тогочасних українських політиків та більшою мірою впливала на тодішнє українське державотворення? Очевидно, що на початковій стадії революції українські політики не одностайно виступали за демократичні цінності та парламентську систему. Лише з часом під впливом низки внутрішньополітичних та зовнішньополітичних факторів визріла альтернатива, яка в період Директорії набула характеру жорсткого протистояння. У зв'язку з крахом тогочасних устремлінь на відбудову української державності дещо змінилася і тональність політичних устремлінь українства. Водночас більшість тогочасних українських лідерів навіть у надзвичайно складних військово-політичних умовах продовжувала відстоювати та боронити ідеї конституціоналізму, парламентаризму та розподілу гілок влади.

Список літератури:

1. Яневський Д. Б. Загублена історія втраченої держави. Харків: Фоліо, 2009. 252 с.
2. Винниченко В. Відродження нації: у 3-х ч. Ч. 3. Київ: Відень, 1990. 542 с.
3. Копиленко О., Копиленко М. «Друга» УНР: спроба історико-теоретичного аналізу. *Право України*. 1996. № 8. С. 54–60.
4. Шаповал М. Велика революція і українська визвольна програма. Прага: друк. «Вільна спілка», 1927. 324 с.
5. Бевз Т. А. Партія соціальних перспектив і національних інтересів (Політична історія УПСР): монографія. Київ: ІПіЕНД імені І. Ф. Кураса НАН України, 2008. 587 с.
6. Директорія, Рада Народних Міністрів Української Народної Республіки. Листопад 1918 – листопад 1920 рр.: документи і матеріали: у 2-х т., 3-х ч. Т. 2 / упоряд.: В. Верстюк (керівник) та ін. Київ: Вид-во ім. Олени Теліги, 2006. 744 с.
7. Українське державотворення: невitreбуваний потенціал: словник-довідник. Київ: Либідь, 1997. 559 с.
8. Гунчак Т. Україна: перша половина ХХ століття. Київ: Либідь, 1993. 287 с.
9. Кучабський В. Корпус Січових Стрільців Воєнно-історичний нарис. Чикаго: Друкарня Миколи Денисюка, 1969. 663 с.
10. Стопчак М. В. Діяльність Директорії УНР зі створення конституційно-правових засад української державності в українській зарубіжній історіографії. *Чорноморський літопис*. Миколаїв. 2013. Вип. 7. С. 133–140.
11. Мазепа І. Україна в огні й бурі революції, 1917–1921: у 3 ч. Ч. 2. Кам'янецька доба – Зимовий похід. Мюнхен: Вид-во «Прометей», 1951. 246 с.
12. Мазепа І. Україна в огні й бурі революції, 1917–1921: у 3 ч. Ч. 3. Польсько-український союз. Кінець збройних змагань УНР. Мюнхен: Прометей, 1951. 223 с.
13. Терлюк І. Я. Український органічний конституціоналізм: доба «Другої» УНР. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Юридичні науки. Львів, 2015. № 827. С. 246–251.
14. Турчин Я. Б. Основні елементи механізму стримувань і противаг у системі державної влади у конституційному проекті УНР Отто Ейхельмана. *Державне управління. Політологія*. Миколаїв: Вид-во ЧДУ ім. Петра Могили, 2010. Т. 125. Вип. 112. С. 94–99.
15. Присяжнюк А. Й. Конституційний проект О. Копцюха та його роль у державному будівництві в УНР доби Директорії (історико-юридичний аналіз). *Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Юридические науки*. Симферополь, 2007. Т. 20 (59). № 2. С. 56–63.
16. Древаль Ю. Д. Парламентаризм у політичній системі України (політико-правовий аналіз): монографія. Харків: НУВС, 2003. 280 с.

References:

1. Ianevskiy, D.B. (2009). Zahublena istoriia vtrachenoi derzhavy. Kharkiv: Folio [in Ukrainian].
2. Vynnychenko, V. (1990). Vidrozhennia natsii: U 3-kh ch. Ch. 3. Kyiv: Viden [in Ukrainian].
3. Kopylenko, O., Kopylenko, M. (1996). «Druha» UNR: sprobha istoryko-teoretychnoho analizu. *Pravo Ukrainy*, 8, 54–60 [in Ukrainian].
4. Shapoval, M. (1927). Velyka revoliutsiia i ukrainska vyzvolna prohrama. Praha: dрук. «Vilna spilka» [in Ukrainian].
5. Bevz, T.A. (2008). Partiia sotsialnykh perspektyv i natsionalnykh interesiv (Politychna istoriia UPSR). Kyiv: IPiEND imeni I.F. Kurasa NAN Ukrainy [in Ukrainian].
6. Dyrektoriia, Rada Narodnykh Ministriv Ukrainskoi Narodnoi Respubliky. Lystopad 1918. – lystopad 1920 pp.: dokumenty i materialy. (2006). (Vols. 1–2; Vol. 2) 3-kh ch. Uporiad.: V. Verstiuk (kerivnyk) ta in. Kyiv: Vyd-vo im. Oleny Telihy [in Ukrainian].
7. Ukrainske derzhavotvorennia: nevytrebuvanyi potentsial: slovnyk-dovidnyk. (1997). Kyiv: Lybid [in Ukrainian].
8. Hunchak, T. (1993). Ukraina: persha polovyna KhKh stolittia. Kyiv: Lybid [in Ukrainian].

9. Kuchabskyi, V. (1969). Korpus Sichovykh Striltsiv Voinno-istorychni narys. Chikago: Drukarnia Mykoly Denysiuka [in Ukrainian].
10. Stopchak, M.V. (2013). Diialnist Dyrektorii UNR zi stvorennia konstyutsiino-pravovykh zasad ukrainskoi derzhavnosti v ukrainskii zarubizhnii istoriohrafii. *Chornomorskyi litopys*. Mykolaiv, issue 7, 133–140 [in Ukrainian].
11. Mazepa, I. (1951). Ukraina v ohni i buri revoliutsii, 1917–1921. U 3 ch. Ch. 2. Kam'ianetska doba – Zymovy pokhid. Miunkhen: Prometei [in Ukrainian].
12. Mazepa, I. (1951). Ukraina v ohni i buri revoliutsii, 1917–1921. U 3 ch. Ch. 3. Polsko-ukrainskyi soiuз. Kinets zbroinykh zmahan UNR. Miunkhen: Prometei [in Ukrainian].
13. Terliuk, I.Ia. (2015). Ukrainskyi orhanichni konstyutsionalizm: doba «Druhoi» UNR. *Visnyk Natsionalnoho uniwersytetu «Lvivska politekhnika»*. Yurydychni nauky. Lviv, 827, 246–251 [in Ukrainian].
14. Turchyn, Ia.B. (2010). Osnovni elementy mekhanizmu strymuvan i protyvah u systemi derzhavnoi vlady u konstyutsiinomu proekti UNR Otto Eikhelmana. *Derzhavne upravlinnia. Politolohiia*. Mykolaiv: Vyd-vo ChDU im. Petra Mohyly, Vol. 125, Issue 112, 94–99 [in Ukrainian].
15. Prysiazhniuk, A.I. (2007). Konstyutsiinyi proekt O. Koptsiukha ta yoho rol u derzhavnomu budivnytstvi v UNR doby Dyrektorii (istoryko-iurydychni analiz). *Uchenye zapysky Tavrycheskoho natsyonalnoho uniwersyteta ym. V. Y. Vernadskoho. Yurydycheskye nauky*. Symferopol, Vol. 20 (59), 2, 56–63 [in Ukrainian].
16. Dreval, Iu.D. (2003). Parlamentaryzm u politychnii systemi Ukrainy (polityko-pravovyi analiz). Kharkiv: NUVS [in Ukrainian].

Dreval Yu. D., Doctor in Public Administration, Professor of Labor Protection and Technogenic and Ecological Safety Department of the National University of Civil Defence of Ukraine, Ukraine, Kharkiv.

e-mail: drevaly@ukr.net ; ORCID 0000-0002-7347-9433

Hotsuliak S. L., PhD in Law, Ukraine, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail: hotsuliaksvitlana@gmail.com ; ORCID 0000-0003-4562-6210

Conceptual bases of the development of the Directorate of UPR: discussions on the parliamentary and soviet authorities models

The article considered the issue that Ukrainian statehood existed in conditions of total political instability. The lack of a Directorate's clear vision of the prospects for development and a corresponding political program, as the headquarters of the UNR, has become a catalyst for political struggle. The search for the best state model lasted throughout the time of the Ukrainian Revolution of 1917–1921. At first (the beginning of the Ukrainian Central Rada's work) there were discussed the forms of government that have been already tested in the then advanced countries, such as parliamentary and presidential republics.

In conclusions it was indicated that Ukrainian politicians unanimously supported democratic values and parliamentary system at the initial stage of the revolution. Only after a while, under the influence of a number of domestic political and foreign policy factors, an alternative has grown, which, during the period of the Directorate, got the character of a tough confrontation. However, even in complicated military-political conditions, it continued to defend the ideas of constitutionalism, parliamentarism and the division of branches of power.

Keywords: Directory of the Ukrainian People's Republic; Ukrainian statehood; Ukrainian state-building; modality; Ukrainian parliamentarism.

Надійшла до редколегії 01.02.2018 р.



Степаненко Кирило Володимирович,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри загальноправових дисциплін
та адміністрування,
Дніпропетровський державний університет
внутрішніх справ, Україна, м. Дніпро
e-mail: kirill-stepanenko@i.ua
ORCID 0000-0003-2135-2024

doi: 10.21564/2414–990x.140.123610
УДК 340.116

ПРАВОВА СИСТЕМА УКРАЇНИ: ВІТЧИЗНЯНА ПРАВОВА ТРАДИЦІЯ ТА ПРОБЛЕМИ ТРАНСФОРМАЦІЇ

Проаналізовано основні тенденції у визначенні змісту національної правової системи у вітчизняній правовій науці. Надано аргументи щодо доцільності побудови національної правової системи України як змішаної або правової системи інтегративного типу, що містить ознаки континентального та загального права. Доведено, що інтегративний характер правової системи, що враховує особливості континентального та загального права одночасно, вимагає більш широкого використання правового прецеденту.

Ключові слова: правова система; національна правова система; змішана правова система; правова система України; право; правовий прецедент; держава.

Степаненко К. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры общеправовых дисциплин и администрирования, Днепропетровский государственный университет внутренних дел, Украина, г. Днепр.
e-mail: kirill-stepanenko@i.ua ; ORCID 0000-0003-2135-2024

Правовая система Украины: отечественная правовая традиция и проблемы трансформации

Анализируются основные тенденции в определении содержания национальной правовой системы в отечественной правовой науке. Излагаются аргументы относительно целесообразности построения национальной правовой системы Украины как смешанной или правовой системы интегративного типа, содержащей признаки континентального и общего права. Делается вывод о том, что интегративный характер правовой системы, учитывающей особенности континентального и общего права одновременно, требует более широкого использования правового прецедента.

Ключевые слова: правовая система; национальная правовая система; смешанная правовая система; правова система України; право; правовой прецедент; государство.

Постановка проблеми. Сучасний розвиток права вимагає вирішення складних багаторівневих завдань із впорядкування надрухливих правових процесів в умовах глобалізації та інтеграції. Україна наразі переживає складний період

реформування державних інститутів, адаптації правової системи до європейського права, яка, на відміну від країн, де правові системи встановлювалися поступово і еволюційно, вимушена будуватися прискорено і активно. На жаль, для проведення реформ, здатних вивести нашу державу на принципово новий рівень існування, створити сервісну модель державного управління, і досі застосовуються механізми з часів радянського права. Питання полягає у принциповому перегляді арсеналу інструментів для проведення ефективного правового реформування, їх оптимальному для держави та суспільства поєднанні.

Слід ураховувати й те, що в рамках світового співтовариства сформовані і продовжують, незважаючи на об'єктивні труднощі, формуватися багато в чому унікальні правові системи окремих міждержавних об'єднань. Маючи власні базові принципи, оригінальні правові конструкції, систему джерел права, особливості правотворчого процесу і реалізації права, вони становлять унікальний об'єкт для комплексного дослідження, що в осяжному майбутньому буде тільки розширюватися та набувати нової якості. Насамперед йдеться про інтеграційне об'єднання країн Європи у Європейський Союз, і саме цей вектор правової інтеграції залишається для України пріоритетним, про що свідчить підписана у 2014 р. Угода про асоціацію з ЄС та подальше зближення національного права із європейською правовою системою. Виходячи із зазначених положень, **метою статті** є визначення змісту національної правової системи України як специфічного правового явища, а також вирішення питань щодо можливості трансформації вітчизняної правової системи, зважаючи на зближення національного права із європейською правовою системою. У цій публікації спробуємо проаналізувати основні тенденції визначення змісту національної правової системи у вітчизняній правовій науці, а також фактори, що впливають на зміст та структуру сучасної правової системи України, аргументувати її трансформацію в умовах зближення національного права із європейською правовою системою.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми, пов'язані з розвитком правової системи як специфічного юридичного явища, неодноразово ставали об'єктом комплексних досліджень зарубіжних і вітчизняних авторів: С. С. Алексєєва (S.S. Aleksieiev), М. І. Байтіна (M.I. Baitin), Р. М. Бірюкова (R.M. Biriukov), М. О. Большунова (M.O. Bolsunov), Я. В. Дячишина (Ya.V. Diachyshyn), М. І. Козюбри (M.I. Koziubra), Я. І. Ленгер (Ya.I. Lenher), Л. А. Луць (L.A. Luts), Г. В. Мальцева (H.V. Maltsev), С. О. Маркової-Мурашової (S.O. Markova-Murashova), М. І. Матузова (M.I. Matuzov), В. С. Нерсисянца (V.S. Nersesiants), Н. М. Оніщенко (N.M. Onishchenko), П. М. Рабіновича (P. M. Rabinovych), В. М. Сирих (V.M. Syrykh), В. Я. Тація (V.Ia. Tatsii), Ю. О. Тихомирова (Yu.O. Tykhomurov), М. Г. Хаустової (M.H. Khaustova), А. К. Черненко (A.K. Chernenko), В. М. Шаповала (V.M. Sharoval), Ю. С. Шемшученка (Yu.S. Shemshuchenko), В. О. Шиянова (V.O. Shyianov) та ін. Однак і досі у вітчизняному науковому середовищі немає одностайності з приводу змісту національної правової системи, а досліджень цієї категорії на сучасному реформаційному етапі становлення України, пов'язаного із цим перегляду

арсеналу методологічних інструментів для проведення ефективних реформ, модифікації і конвергенції елементів національного та європейського права, не так багато. Визначення за цих умов сучасного стану правової системи України, факторів, що впливають на її зміст та структуру, є достатньо актуальним завданням для вітчизняної теорії держави та права.

Виклад основного матеріалу. Правова система України протягом більш ніж семи десятиліть минулого століття відображала основні правові ідеї соціалістичної правової сім'ї, що сформувалася на основі ідеологічного принципу. У 90-ті роки, з самого початку політико-соціальних перетворень, з яких згодом постане незалежність України, для нашої держави існували два варіанти подальшого розвитку правової системи: або залишитися в рамках так званої слов'янської правової сім'ї або приєднатися до однієї з існуючих сімей європейського права. Сьогодні можна впевнено говорити про те, що українська правова система відмежувалася від радянської та слов'янської моделі права та знаходиться в процесі власної самоідентифікації. Більшість теоретиків вітчизняного права майже одностайно схилиються до того, що правова система України як самостійної держави має багато спільних рис із романо-германським правом, але головне в цьому еволюційному процесі інше: сьогодняшня національна правова система вже настільки відрізняє себе від соціалістичного права, що не може йти і мови про її повернення в рамки колишньої сім'ї.

Така ситуація ще більше активізувала наукову думку в напрямку дослідження нового типу вітчизняної правової системи та продовжує породжувати актуальні й адаптивні до реалій сучасного державного розвитку ідеї, пропозиції щодо модернізації української правової системи, приведення її у відповідність із національними особливостями та стандартами європейського «сервісного» права. Водночас при конструюванні нової правової системи України обов'язково потрібно враховувати інтегративний характер сучасного міжнародного та регіонального права. Дійсно, у будь-якій сфері життя суспільства, включаючи правову сферу, дуже ризикованим є уявлення про беззаперечний характер дії правової системи певного типу. Тим більше, що сьогодні багатofакторні процеси суспільного і державного життя в різних країнах, обумовлені глобалізацією, інтенсивно відображаються у відповідних процесах зближення правових сімей і правових систем. Посилились позиції вчення про змішані правові системи у більшій мірі завдячуючи виникненню в рамках європейського правового простору варіацій правових систем, що містять риси і континентального, і англо-американського права.

Вивчення різних правових систем, виявлення основних тенденцій, що простежуються у правовій сфері, порівняльний аналіз української та світових правових систем є важливою проблемою сучасної правової науки. Завданням порівняльного правознавства є не тільки дослідження та осмислення загальних уявлень про право і його роль у суспільстві, а й прагнення сприйняти основні досягнення світових правових систем та інтегруватися в єдиний правовий простір. На фоні комплексу родових питань з цієї важливої проблематики окремо

можна виділити питання визначення поняття національної (української) правової системи, її *функціонального призначення та структури*.

У юридичній літературі правову систему сучасного періоду розвитку пострадянських країн зазвичай позначають як правову систему *перехідного типу*. Однак мова йде скоріше не про типологію, а певний стан, обумовлений перетіканням однієї суспільно-політичної формації до іншої. Зазвичай такий перехід супроводжується системною зміною суспільних відносин: економічних, політичних, соціальних, правових, психологічних, моральних та ін. Пізнання цієї особливості дозволяє зрозуміти специфічний характер змін, що відбуваються у перехідний період, сформулювати нові концептуальні погляди на правову систему.

Перехідний стан правової системи суспільства має регулярний і об'єктивний характер. В умовах перехідного періоду правова система набуває низку специфічних рис, що робить необхідним її вивчення в рамках предмета науки теорії права і держави. Але насамперед слід пояснити сутність правової системи через визначення її основних семантичних складових. Зважаючи на різнопланові погляди на правову систему, викладені у багатьох публікаціях з теорії права та держави, а також зовнішні та внутрішні чинники, що впливають на зміст та функціональні характеристики національного права, правову систему України *в широкому розумінні* можна розглядати як сукупність правових інститутів та явищ, що перебувають у стійких зв'язках між собою та з іншими соціальними системами, а також взаємопов'язаних між собою засобів її реалізації, обумовлених глобалізацією та прагненням України інтегруватися в європейський правовий простір.

Аналізуючи праці вітчизняних авторів, які досліджували в новітній період розвитку української науки з різних позицій питання правової системи України, можна зауважити *дві тенденції*: загальнодержавний підхід до формування змісту національної правової системи та необхідність врахування глобалізаційних світових процесів, що позначаються на праві, іншими словами, підкреслення інтегративних властивостей правової системи. Наприклад, у Н. М. Онищенко (N. M. Onishchenko) державно-правовий підхід до формування змісту національної правової системи характеризується: а) закріпленням і гарантуванням природних прав і обов'язків позитивним законодавством; б) закріпленням державою в нормативно-правових актах нових прав і можливостей, що виникли в результаті розвитку науки, культури, зростання добробуту суспільства; в) установленням правових пілг та правових обмежень державою для представників певний соціальних груп [1, с. 6]. Слід сказати, що такий підхід до формування змісту національної правової системи є традиційним для права радянських та пострадянських республік, однак його переваги та недоліки слід шукати не в самій сутності держави як апаратного утворення, а у методах, які ця держава застосовує в процесі свого існування та еволюції. Від того, наскільки держава орієнтована на забезпечення прав людини, надання сервісних управлінських послуг, буде залежати ефективність і самої правової системи в усіх її бага-

тогранних проявах, тоді як авторитарна стилістика управління державними процесами зробить правову систему інструментом насадження волі правлячого класу, а правові відносини заплутає та ускладнить настільки, що все це раніше чи пізніше може призвести до соціального вибуху. Без належних демократичних традицій існування держави та суспільства, без наявності у громадян базових етичних установок по відношенню до закону, прав людини, процес формування нової правової системи, як і застосування механізму реалізації її елементів, не мають ніякого сенсу. Саме демократія як головна риса сучасних розвинених держав відіграє провідну роль у розвитку та функціонуванні правової системи, яка, в свою чергу, покликана поглиблювати та розширювати демократію [1, с. 6].

Не менш популярними є роздуми про вплив глобалізаційних світових процесів на формування національної правової системи. Так, серед основних напрямів такого впливу Р. М. Бірюков (R. M. Biriukov) виділяє: універсалізацію національного права; подальше посилення впливу міжнародного права на національне право; зміцнення позиції регіонального права в функціонуванні національної правової системи; вплив наднаціонального права як продукту глобалізаційних процесів на національну правову систему [2, с. 4]. За думкою Л. А. Луць (L. A. Luts), інтегративні властивості правової системи, стан рівноваги, необхідний для її функціонування, забезпечуються її структурою; об'єктивні закономірності структури, спрямованість на досягнення правопорядку та необхідність забезпечення функціонування правової системи як цілісного явища зумовлюють появу доцільних та необхідних частин, що відображають структурну організацію правової системи, її стійкість та мінливість (трансформування) [3, с. 4]. Можна погодитись, що схильність до трансформації правова система виявляє через дію своїх структурних елементів, які відображають особливості, національний характер суспільних відносин в окремій країні, цементують їх відповідність суспільно-політичному стану конкретної організованої спільноти, обумовленому інтелектуальним та етичним розвитком її еліти. Тому для визначення змісту правової системи, її особливостей та рівня адаптивності до інтенсивності сучасних правовідносин не менш важливим питанням є дослідження структурних елементів національної правової системи.

І хоча однастайності у поглядах теоретиків права на склад і зміст компонентів правової системи немає, більшість з них відстоює думку про те, що «центральною елементом правової системи, що утворює її нормативний стрижень, є право» [4, с. 11]. Навіть існування в сучасному вітчизняному науковому просторі інших поглядів на системоутворюючу роль певного елемента, яким пропонується вважати суб'єкт права (Л. А. Луць; L.A. Luts), юридичну практику (Я. В. Дячишин; Ia.V. Diachyshyn) або «дуальний вимір» (С. О. Сунегін; S. O. Suniehin), не ставить під сумнів цю тезу, адже усі запропоновані елементи поглинаються правом. Правові взаємовідносини між людьми, установами і організаціями держави, формування та розвиток суспільних інститутів, порядок і процедури, що здійснюються за правовими звичаями – все це відбувається на основі права.

Таким чином, сутність розбіжностей поглядів на предмет і обсяг поняття «правова система» визначається головним чином відмінністю уявлень окремих авторів про перелік елементів правової системи, які є похідними від джерел права. У межах цього процесу, зазначає М. О. Большунов (М.О. Bolsunov), в цілому ряді випадків суб'єктивно-довільний підхід до визначення її компонентів, прагнення включити до складу правової системи максимально можливу кількість різнорідних елементів превалює над наміром окреслити її межі і зміст на основі досить чітких і функціонально обґрунтованих критеріїв. Отримання у результаті такого підходу найбільш широкого і тому недостатньо визначеного поняття правової системи має незначну наукову і практичну цінність, до того ж майже стирає відмінності між поняттям «правова система», з одного боку, і поняттями «правова реальність» і «правова дійсність» – з іншого [5, с. 61]. Отже, статичний стан правової системи дає змогу визначити її основні блоки: а) нормативний (сукупність юридичних норм, принципів та інститутів); б) установчий (сукупність правових установ) та в) ідеологічний (сукупність правових поглядів, ідей і уявлень, властивих даному суспільству). На базі цих блоків повинен проходити і процес трансформації української правової системи в її динамічному вираженні, зважаючи на зовнішні фактори, що характеризуються поступовим зближенням національного права з правом європейським.

Зовнішній характер трансформації національної правової системи вкрай важливий, адже кажучи про національну правову систему, недостатньо лише показати внутрішню будову права – правова система має включати в себе комплекс елементів, який у своїй сукупності показує сутнісні характеристики права відповідної держави в його взаємовідносинах з іншими типами права, інтегративні властивості практичної сфери (правозастосування, тлумачення права і правотворчість) та ідеологічну складову системи. Правова система України, на думку багатьох вітчизняних теоретиків, належить до самостійного типу правової культури, де присутні ознаки романо-германської правової системи, а сама романо-германська правова система «відображає специфіку національно-етичних вимірів правової інфраструктури, особливості національного менталітету» [1, с. 7]. Але, як справедливо зазначає М. Г. Хаустова (М. Н. Khaustova), відповідь на запитання, до якої ж правової сім'ї слід відносити Україну, залежить від того, яким правовим шляхом іде наше суспільство, від здійснюваної в державі правової політики, яка відбивається у прийнятих політико-правових рішеннях, законодавстві, правових цінностях, напрямках професійної підготовки юристів та ін. [6, с. 31]. Актуальним при опрацюванні міжінтеграційних проблем національних правових систем у контексті створення правової системи України є питання про віднесення до її складу *норм міжнародного та європейського права*. Особливу увагу слід приділяти міждержавним інтеграційним особливостям правової системи, де різновидом міждержавно-правового типу є європейські міждержавні правові системи, насамперед правові системи Ради Європи та Європейського Союзу.

Нині першочергового значення набуває питання про взаємовідносини вітчизняної правової системи з європейським правовим простором у контексті інтеграційних прагнень нашої держави; існує залежність досконалості механізму адаптації законодавства України до законодавства ЄС від скомбінованості національної правової системи, реалізації її елементів, властивих як романо-германському, так і англосаксонському праву. У західній теоретичній думці правові системи змішаного типу, слідуючи визначенню засновника цього терміна Ф. П. Уолтона (F. P. Walton), асоціюються із змішаною юрисдикцією, коли романо-германська традиція вступає в певне порозуміння із англо-американським правом [7, с. 1]. Інтегративному характеру правової системи, що використовує особливості континентального або цивільного (civil law) та загального права одночасно, відповідає перерозподіл балансу впливу її елементів на користь *правового прецеденту*. Змістовний перехід від загального права до цивільного права повинен бути чітко визначеним [8, с. 8], отже, суміш елементів континентального і загального права для національної правової системи України має досягти достатніх обсягів, щоб стати очевидною і визнаною для юристів і членів суспільства загалом. Однак якщо ознаки континентального права, зважаючи на історичну ретроспективу його впровадження в національне право України, достатньо кількісні та очевидні, то елементи загального права становлять собою незнайомий та недосліджений пласт юридичної практики. Більш-менш зрозумілим для національної правозастосовної судової діяльності є правовий прецедент, не в останню чергу завдячуючи активній комунікації України з Європейським судом.

Ще у 1998 р. В. Я. Тацій (V.Ia. Tatsii) та Ю. М. Грошевий (Yu.M. Hroshevyi) стверджували, що українською правовою наукою має бути переосмислено ставлення до судового прецеденту, який розглядається англійським юристом Р. Кроссом (R. Cross) не тільки як народження нової правової системи, а й як свого роду конкретизація існуючої правової норми [9, с. 53–57]. Такі події в новітній історії України, як зближення національного права з правом європейським, підписання Угоди про асоціацію з Європейським Союзом, ратифікація Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, прийняття Законів України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» та «Про ратифікацію Протоколів № 15 та № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод» вкрай стимулюють до остаточного переосмислення наших традиційних уявлень про правовий прецедент як джерело національного права. Тим більш, що де-факто судовий прецедент як джерело права в Україні вже використовується, адже виходячи з положень усіх процесуальних кодексів (крім Кримінального), підставою для касаційного перегляду рішення є неоднакове застосування судами одного й того ж положення закону. Можна побачити, що в останні два десятиліття ставлення до судового прецеденту як джерела права у вітчизняній юриспруденції почало змінюватись, однак

«інерція попереднього мислення продовжує відчуватись і нині як у загальній теорії права, так і в галузевих юридичних науках» [10, с. 352]. У зв'язку з активною конвергенцією національного та європейського права питання про необхідність упровадження правового прецеденту, визначення його місця в національній правовій системі України сьогодні постає як ніколи актуальним та необхідним, особливо на тлі судової реформи.

Висновки. Підсумовуючи викладене зазначу наступне: 1) процес створення Україною власної правової системи обумовлений реальними потребами розвитку суспільства та спирається на історичні традиції українського права з врахуванням відповідного досвіду європейських держав, які є членами інтеграційних об'єднань; 2) національну правову систему України, враховуючи її зближення із європейською правовою системою, слід будувати як змішану або *інтегративну* правову систему, що містить ознаки континентального та загального права; 3) до *структури* національної правової системи України інтегративного типу слід віднести: а) ідеологічну сферу, що включає правову ідеологію, правову етику, правову освіту та юридичну психологію, притаманні цивілізованому європейському суспільству; б) нормативно-правову сферу, що характеризує особливості зовнішньої та внутрішньої будови права; в) інституційну сферу, що включає сукупність установ правничої специфіки; г) практичну сферу, що визначає особливості правотворчості, правозастосування і тлумачення права при розумному поєднанні романо-германської традиції з англосаксонським правом.

Список літератури:

1. Оніщенко Н. М. Теоретико-методологічні засади формування та розвитку правової системи: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 2002. 32 с.
2. Бірюков Р. М. Національна правова система в умовах глобалізації (основні напрямки трансформації): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2011. 20 с.
3. Луць Л. А. Європейські міждержавні правові системи: загальнотеоретична характеристика: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 2005. 32 с.
4. Вступ до теорії правових систем: монографія / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. Київ: Юридична думка, 2006. 432 с.
5. Большунов М. А. К вопросу о понятии правовой системы. *Вестник Самарской гуманитарной академии*. Самара, 2011. № 1 (9). С. 56–65.
6. Хаустова М. Г. Правова система України серед правових систем сучасності. *Проблеми законності*. 2013. Вип. 123. С. 23-33. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pz_2013_123_5 (дата звернення: 13.02.2018).
7. Walton F. P. *The Scope and Interpretation of the Civil Code*. Montreal, 1907. Reprinted. Toronto: Butterworth's, 1980. 159 p.
8. Palmer V. *Mixed Jurisdictions Worldwide: the Third Legal Family*. Cambridge Univ. Press, 2001. 497 p.
9. Тацій В. Я., Грошевий Ю. М. Проблеми зближення європейських правових систем як умова гармонізації законодавства України. *Проблеми гармонізації законодавства України з міжнародним правом*: матеріали наук.-практ. конф. (18–21 жовтня 1998 р., Київ). Київ: Ін-т зак-ва Верхов. Ради України, 1998. 445 с.
10. Загальна теорія права: підручник / за ред. М. І. Козюбри. Київ: Ваіте, 2015. 392 с.

References:

1. Onishchenko, N.M. (2002). Teoretyko-metodolohichni zasady formuvannya ta rozvytku pravovoi systemy. *Extended abstract of Doctor's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].
2. Biriukov, R.M. (2011). Natsionalna pravova systema v umovakh hlobalizatsii (osnovni napriamky transformatsii). *Extended abstract of candidate's thesis*. Odesa [in Ukrainian].
3. Luts, L.A. (2005). Yevropeiski mizhderzhavni pravovi systemy: zahalnoteoretychna kharakterystyka. *Extended abstract of Doctor's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].
4. Zaichuk, O.V., Onishchenko, N.M. (Eds.). (2006). Vstup do teorii pravovykh system. Kyiv: Iurydychna dumka [in Ukrainian].
5. Bol'sunov, M.A. (2011). K voprosu o ponjatii pravovoj sistemy. *Vestnik Samarskoj gumanitarnoj akademii*. Samara, № 1 (9), 56–65 [in Russian].
6. Khaustova, M.H. (2013). Pravova systema Ukrainy sered pravovykh system suchasnosti. *Problemy zakonnosti*. Issue 123. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pz_2013_123_5.
7. Walton, F.P. (1980). *The Scope and Interpretation of the Civil Code*. Montreal, 1907. Reprinted. Toronto: Butterworth's.
8. Palmer, V. (2001). *Mixed Jurisdictions Worldwide: the Third Legal Family*. Cambridge Univ. Press.
9. Tatsii, V.Ia., Hroshevyi, Iu.M. (1998) Problemy zblyzhennia yevropeiskykh pravovykh system yak umova harmonizatsii zakonodavstva Ukrainy. *Problemy harmonizatsii zakonodavstva Ukrainy z mizhnarodnym pravom*: proceedings of the Scientific and Practical Conference. Kyiv: In-t zak-va Verkhov. Rady Ukrainy, 53–57 [in Ukrainian].
10. Koziubra, M.I. (Ed.). (2015). *Zahalna teoriia prava*. Kyiv: Vaite [in Ukrainian].

Stepanenko K.V., PhD in Law, Department of General Legal Disciplines and Administration, Associate Professor, Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs, Ukraine, Dnipro.
e-mail: kirill-stepanenko@i.ua ; ORCID 0000-0003-2135-2024

The legal system of Ukraine: the domestic legal tradition and the problems of transformation

The questions of the current state of the legal system of Ukraine are considered, the factors influencing its content and structure are determined. The main trends in determining the content of the national legal system in the domestic legal science are analyzed. Arguments are given regarding the expediency of building the national legal system of Ukraine as a mixed or legal system of an integrative type containing signs of continental and common law. It is concluded that the integrative nature of a legal system that uses the features of continental and common law simultaneously requires a broader use of the legal precedent.

The legal system is viewed by the author in a broad sense as a set of legal institutions and phenomena that are in stable relations with each other and with other social systems, as well as interrelated means of its realization, conditioned by globalization and Ukraine's desire to integrate into the European legal space. The following components are proposed to be included in the structure of the national legal system of Ukraine of the integrative type: a) the ideological sphere, including legal ideology, legal ethics, legal education and legal psychology inherent in a civilized European society; b) the regulatory and legal sphere that characterizes the features of the external and internal structure of law; c) the institutional sphere, which includes a set of institutions of legal specificity; d) the practical sphere that determines the features of law-making, law enforcement and interpretation of law, with a reasonable combination of Romano-Germanic tradition with Anglo-Saxon law in the country.

Keywords: legal system; national legal system; mixed legal system; legal system of Ukraine; law; legal precedent; state.

Надійшла до редколегії 15.02.2018 р.

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО



Пироженко Олександр Сергійович,
*кандидат юридичних наук, доцент,
професор кафедри соціально-економічних дисциплін,
Комунальний заклад «Харківська
гуманітарно-педагогічна академія»
Харківської обласної ради, Україна, м. Харків
e-mail: pyrozhenko_os@ukr.net
ORCID 0000-0003-4739-1398*



Шкурко Владислав Ігорович,
*студент господарсько-правового факультету,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків*

doi: 10.21564/2414–990x.140.125986
УДК 340.136:37.046(477)

ВИЩА ЮРИДИЧНА ОСВІТА: ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ВИЗНАЧЕННЯ ЗМІСТУ ПОНЯТТЯ У ЧИННОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

Досліджено проблеми правової регламентації поняття «вища юридична освіта» та їх зв'язок з можливістю реалізації громадянами своїх прав. Запропоновано шляхи усунення розбіжностей у тлумаченні даної категорії через його уніфікацію у профільних актах законодавства.

Ключові слова: вища освіта; вища юридична освіта; рівень вищої освіти; кваліфікаційний рівень; кваліфікаційні вимоги; помічник адвоката.

Пироженко А. С., кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры социально-экономических дисциплин, Коммунальное учреждение «Харьковская гуманитарно-педагогическая академия» Харьковского областного совета, Украина, г. Харьков.
e-mail: pyrozhenko_os@ukr.net ; ORCID 0000-0003-4739-1398

Шкурко В. И., студент хозяйственно-правового факультета, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.

Высшее юридическое образование: проблемные аспекты определения содержания понятия в действующем законодательстве

Исследовано проблемы правовой регламентации понятия «высшее юридическое образование» и их связь с возможностью реализации гражданами своих прав. Предложено пути устранения разночтений при толковании данной категории путем его унификации в профильных законодательных актах.

Ключевые слова: высшее образование; высшее юридическое образование; уровень высшего образования; квалификационный уровень; квалификационные требования; помощник адвоката.

Вступ і постановка проблеми. Визначення концептуальних положень стосовно підготовки кваліфікованих кадрів, розвитку системи вищої освіти загалом та юридичної – зокрема є стратегічним напрямом сучасного розвитку держави в умовах становлення нової соціокультурної реальності та одним з її пріоритетних завдань. Адже зміна вектора розбудови нашої держави в напрямі глобалізації та євроінтеграції в першу чергу вимагає належного забезпечення та дотримання прав і свобод людини. Поява концептуально нових течій в економіці, стрімкий розвиток усіх сфер соціальної діяльності та розширення кола міжнародної співпраці підвищують суспільні вимоги до фахівця в галузі права [1, с. 275].

Вища юридична освіта є необхідною складовою юридичної професії, найбільш ваговою частиною вищої освіти, запорукою професійної компетентності правника, середовищем формування юристів нового покоління. Вона відіграє важливу роль у суспільному розвитку, державо- та правотворенні України [2, с. 162].

Законодавство про вищу юридичну освіту ґрунтується на Конституції України, законах України «Про освіту» (2017 р.), «Про вищу освіту» (2014 р.), «Про наукову і науково-технічну діяльність» (2015 р.), міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, а також низці підзаконних нормативно-правових актів.

Утім, аналіз змісту поняття «вища юридична освіта» виявив наявність серйозних проблем правової регламентації даної категорії, оскільки різноманітність його інтерпретацій суттєво впливає на можливість реалізації громадянами своїх прав, зокрема трудових, що тісно пов'язано з наявністю/відсутністю певного рівня вищої освіти.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У науковій літературі питання визначення змісту категорії «вища юридична освіта» не було предметом окремого дослідження, однак розглядалося у комплексі проблем організаційно-правових засад вищої освіти та вищої юридичної освіти, яким присвячено праці таких дослідників, як: І. В. Арістова (I. V. Aristova), О. М. Бандурка (O. M. Bandurka), С. В. Богачов (S. V. Bohachov), В. С. Журавський (V. S. Zhuravskiy), О. Д. Святоцький (O. D. Sviatotskiy), В. М. Сущенко (V. M. Sushchenko), В. Я. Тацій (V. Ia. Tatsii), Ю. С. Шемшученко (Yu. S. Shemshuchenko) та ін.

Мета статті – обґрунтувати конкретні пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства в частині правової регламентації змісту поняття «вища юридична освіта» та його похідних у контексті нового закону про вищу освіту.

Виклад основного матеріалу. Чинне законодавство не містить єдиного визначення терміна «вища юридична освіта». Про неї згадується в Основному Законі – Конституції України, а також у кількох законах України. Проте його визначення в цих документах є різними, іноді не зовсім коректними.

Так, відповідно до ч. 3 ст. 127 Конституції України на посаду судді може бути призначений громадянин України, який має вищу юридичну освіту [3]. А дійсне значення даної дефініції у розрізі вимог до кандидатів на посаду судді розкрито у п. 1 ч. 6 ст. 69 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» від 02.06.2016 р. № 1402-VIII. Для цілей згаданого Закону вищою юридичною освітою вважається вища юридична освіта ступеня магістра (або прирівняна до неї вища освіта за освітньо-кваліфікаційним рівнем спеціаліста), здобута в Україні, а також вища юридична освіта відповідного ступеня, здобута в іноземних державах та визнана в Україні в установленому законом порядку [4]. Тобто Закон визначає рівень, але не зміст поняття «вища юридична освіта».

У п. 1 абз. 2 ч. 1 ст. 27 Закону України «Про прокуратуру» від 14.10.2014 р. № 1697-VII вищою юридичною освітою є освіта, здобута в Україні (або на території колишнього СРСР до 1 грудня 1991 р.) за освітньо-кваліфікаційним рівнем спеціаліста або магістра, а також вища юридична освіта за відповідним освітньо-кваліфікаційним рівнем, здобута в іноземних державах та визнана в Україні в установленому законом порядку. Таким чином, виходячи з формального тлумачення норми, посаду прокурора може обіймати особа, яка здобула будь-яку вищу освіту відповідного рівня незалежно від спеціальності і галузі знань [5].

Поряд з даним терміном в інших законодавчих актах в аналогічному значенні застосовують поняття «повна вища юридична освіта». Указане не відповідає новому Закону України «Про вищу освіту» (2014 р.), яким у ст. 5 встановлено рівні вищої освіти і не вживаються застарілі терміни «повна вища освіта» та «неповна вища освіта». Слід зазначити, що в окремих документах також використовується поняття «вища повна юридична освіта», однак зміст його не визначено.

Так, відповідно до п. 1 ч. 3 ст. 6 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 р. № 5076-VI повна вища юридична освіта – це повна вища юридична освіта, здобута в Україні, а також повна вища юридична освіта, здобута в іноземних державах та визнана в Україні в установленому законом порядку [6]. Згідно зі ст. 3 Закону України «Про нотаріат» від 02.09.1993 р. № 3425-XII нотаріусом може бути громадянин України, який має повну вищу юридичну освіту. Стаття 37 даного Закону додатково вимагає наявності вищої юридичної освіти для вчинення певних нотаріальних дій [7]. Однак поняття «вища юридична освіта» та «повна вища юридична освіта» у вищезгаданих нормативно-правових актах не визначено.

У зв'язку з тим, що чинні редакції згаданих законів не приведено у відповідність до вимог Закону України «Про вищу освіту» від 01.07.2014 р. № 1556-VII, в окремих громадян виникають серйозні труднощі щодо реалізації окремих конституційних прав, зокрема свого права на працю.

Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 16 Закону № 5076-VI адвокат може мати помічників з числа осіб, які мають повну вищу юридичну освіту. Помічники адвоката працюють на підставі трудового договору (контракту), укладеного з адвокатом, адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням, з додержанням вимог цього Закону і законодавства про працю. Аналогічні вимоги зазначено і у п. 2.1.2 II Розділу Положення про помічника адвоката, затвердженого рішенням Ради адвокатів України № 113 від 25.09.2015 р. (зі змінами) [8].

При цьому, на думку Ради адвокатів України (далі – РАУ), особа, яка отримала диплом бакалавра, не може бути помічником адвоката (див.: рішення РАУ № 12 від 04.07.2015 р.). Свою позицію найвищий орган адвокатського самоврядування (у період між з'їздами адвокатів України) обґрунтовує посиленням на положення Закону України «Про вищу освіту», що втратили чинність 06.09.2014 р., а також – на перехідні положення нового Закону № 1556-VII [9].

Зокрема, наголошено, що відповідно до ч. 3 ст. 7 Закону України «Про вищу освіту» від 17.01.2002 р. № 2984-III повна вища освіта визначалася як освітній рівень вищої освіти особи, який характеризує сформованість її інтелектуальних якостей, що визначають розвиток особи як особистості і є достатніми для здобуття нею кваліфікацій за освітньо-кваліфікаційним рівнем спеціаліста або магістра. Згідно з п. 2 ч. 2 Прикінцевих та Перехідних положень Закону № 1556-VII вища освіта за освітньо-кваліфікаційним рівнем спеціаліста (повна вища освіта) після набрання чинності цим Законом прирівнюється до вищої освіти ступеня магістра.

Таким чином, РАУ, здійснивши тлумачення родового поняття «повна вища освіта», вважає, що трудовий договір з особою як з помічником адвоката може бути укладений лише за умови отримання такою особою диплома спеціаліста, магістра.

Однак з такою позицією важко погодитися, адже представниками адвокатської спільноти, які покликані надавати якісну правничу допомогу, на наш погляд, здійснено поверховий аналіз положень законів № 1556-VII і № 2984-III. Так, згідно з ч. 2 ст. 8 Закону № 2984-III (який втратив чинність 06.09.2014 р.) бакалавр – освітньо-кваліфікаційний рівень вищої освіти особи, яка на основі повної загальної середньої освіти здобула базову вищу освіту, фундаментальні і спеціальні уміння та знання щодо узагальненого об'єкта праці (діяльності) достатні для виконання завдань та обов'язків (робіт) певного рівня професійної діяльності, що передбачені для первинних посад у певному виді економічної діяльності [10].

Слід зазначити, що вказаний кваліфікаційний рівень відповідає тільки п'ятому рівню Національної рамки кваліфікацій, затвердженої Постановою Кабінету Міністрів України від 23.11.2011 р. № 1341, який характеризується

здатністю розв'язувати типові спеціалізовані задачі в певній галузі професійної діяльності або у процесі навчання, що передбачає застосування положень і методів відповідної науки і характеризується певною невизначеністю умов [11].

При цьому згідно з чинним Законом України «Про вищу освіту» (2014 р.) такий рівень кваліфікаційних вимог до здобувачів вищої освіти відповідає початковому рівню (короткому циклу) вищої освіти, результатом якого є здобуття особою освітньо-професійного ступеня молодший бакалавр [12].

Водночас, згідно з абз. 3 ч. 1 ст. 5 Закону № 1556-VII перший (бакалаврський) рівень вищої освіти відповідає шостому кваліфікаційному рівню Національної рамки кваліфікацій і передбачає здобуття особою теоретичних знань та практичних умінь і навичок, достатніх для успішного виконання професійних обов'язків за обраною спеціальністю. Зокрема, це здатність розв'язувати складні спеціалізовані задачі та практичні проблеми у певній галузі професійної діяльності або у процесі навчання, що передбачає застосування певних теорій та методів відповідної науки і характеризується комплексністю та невизначеністю умов.

Таким чином, у новому законі про вищу освіту закріплено підвищені кваліфікаційні вимоги до осіб, які здобувають вищу освіту ступеня бакалавр.

Згідно з ч. 3 ст. 8 Закону № 2984-III (який втратив чинність 06.09.2014 р.) спеціаліст – освітньо-кваліфікаційний рівень вищої освіти особи, яка на основі освітньо-кваліфікаційного рівня бакалавра здобула повну вищу освіту, спеціальні уміння та знання, достатні для виконання завдань та обов'язків (робіт) певного рівня професійної діяльності, що передбачені для первинних посад у певному виді економічної діяльності.

Аналіз положень ч. 2 і 3 ст. 8 згаданого Закону вказує на відсутність у досліджених положеннях характерних ознак, які дозволяють відшукати істотні відмінності між легальним визначенням освітньо-кваліфікаційних рівнів бакалавр і спеціаліст у законодавстві про вищу освіту, яке було чинним до початку освітньої реформи.

Слід зауважити, що вимоги до осіб, які здобувають вищу освіту ступеня магістр залишилися незмінними.

Так, відповідно до ч. 4 ст. 8 Закону № 2984-III (який втратив чинність 06.09.2014 р.) магістр – освітньо-кваліфікаційний рівень вищої освіти особи, яка на основі освітньо-кваліфікаційного рівня бакалавра здобула повну вищу освіту, спеціальні уміння та знання, достатні для виконання професійних завдань та обов'язків (робіт) інноваційного характеру певного рівня професійної діяльності, що передбачені для первинних посад у певному виді економічної діяльності.

Указаний кваліфікаційний рівень відповідає сьомому рівню Національної рамки кваліфікацій, який характеризується здатністю розв'язувати складні задачі і проблеми у певній галузі професійної діяльності або у процесі навчання, що передбачає проведення досліджень та/або здійснення інновацій та характеризується невизначеністю умов і вимог.

Аналогічні вимоги закріплені і в новому законі про вищу освіту. Так, згідно з абз. 4 ч. 1 ст. 5 Закону № 1556-VII другий (магістерський) рівень вищої освіти відповідає сьомому кваліфікаційному рівню Національної рамки кваліфікацій і передбачає здобуття особою поглиблених теоретичних та/або практичних знань, умінь, навичок за обраною спеціальністю (чи спеціалізацією), загальних засад методології наукової та/або професійної діяльності, інших компетентностей, достатніх для ефективного виконання завдань інноваційного характеру відповідного рівня професійної діяльності.

Таким чином, на наш погляд, особа, яка здобула вищу освіту на першому (бакалаврському) рівні відповідно до вимог Закону № 1556-VII має право на підставі трудової угоди працювати помічником адвоката.

До зазначених висновків, вважаємо, дійшла і РАУ, адже в останньому абзаці рішення РАУ № 12 від 04.07.2015 р. зазначено, що у разі здобуття особою вищої юридичної освіти *до набрання чинності Законом № 1556-VII або в умовах здійснення освітньої діяльності, що провадиться вищими навчальними закладами і започаткована до набрання чинності цим Законом*, трудовий договір із нею як з помічником адвоката може бути укладений лише за умови отримання такою особою кваліфікаційного рівня «спеціаліст», «магістр» та/або отримання диплома спеціаліста, магістра [9].

Однак сьогодні абсолютна більшість рад адвокатів регіонів відмовляє у прийнятті документів та реєстрації відомостей про помічника адвоката особам, які здобули вищу освіту на першому (бакалаврському) рівні вищої освіти, започатковану після набрання чинності Законом № 1556-VII.

Указана суперечність, на наш погляд, є недоліком законотворчої техніки, який має бути усунено шляхом внесення відповідних змін до чинних актів законодавства.

Зокрема, перше речення ч. 1 ст. 16 Закону № 5076-VI слід викласти в наступній редакції: «Адвокат може мати помічників з числа осіб, які мають вищу юридичну освіту, але не нижче першого (бакалаврського) рівня».

Схожі кваліфікаційні вимоги висуваються й до осіб, які бажають працювати помічником нотаріуса. Так, згідно з ч. 1 ст. 13 Закону України «Про нотаріат» помічником нотаріуса може бути громадянин України, який має вищу юридичну освіту, але не нижче першого рівня (бакалавр), володіє державною мовою, має стаж роботи у сфері права не менш як три роки. Не може бути помічником нотаріуса особа, яка має судимість, обмежена у дієздатності або визнана недієздатною за рішенням суду [7].

Необхідність саме таких уточнень, на нашу думку, є обґрунтованою, оскільки чітке окреслення кваліфікаційних вимог до особи, яка здійснює професійну діяльність, урегульовану спеціальними актами законодавства, додає елемент визначеності та буде чітким дороговказом для здобувачів вищої освіти. Чинне законодавство сьогодні вже містить непоодинокі приклади, коли такі вимоги закріплено у профільному законі (для прикладу згадаємо ст. 69 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», цитовану нами раніше) [4].

У зв'язку з викладеним, на наш погляд, слухними є висловлені ще у 2013 р. зауваження В. А. Пермінової (V. A. Perminova) щодо необхідності розроблення переліку посад, що їх можуть займати випускники вищих навчальних закладів з юридичною освітою [13, с. 267]. З урахуванням запровадження нової класифікації рівнів та ступенів вищої освіти, якими більш чітко окреслено кваліфікаційні вимоги до здобувачів, указана пропозиція має підвищену актуальність через необхідність установлення уніфікованих вимог до змісту вищої юридичної освіти [1, с. 280].

Висновки. Визнання вищою юридичною освітою (в розумінні норм Конституції та законів України, що містять це поняття) вищої освіти, здобутої за освітніми програмами, які під час акредитації визнані такими, що надають освіту, яка відповідає кваліфікаційним вимогам до обіймання певних посад, на нашу думку, є більш обґрунтованим і відповідає практикам провідних держав [14]. При цьому на нормативному рівні має бути передбачено певні (особливі) умови акредитації таких програм: урахування результатів єдиного державного екзамену, залучення до оцінювання програм представників професійного співтовариства тощо. Визначення поняття вищої юридичної освіти за назвами спеціальностей обґрунтовано вважається недоцільним, однак урегулювання профільним законодавством вимог до особи, яка має здійснювати певну діяльність, є важливим елементом диференціації підготовки правників відповідно до потреб ринку праці.

Список літератури:

1. Воронцова К. В. Стан дослідження розвитку вищої юридичної освіти в Україні. *Науковий вісник кафедри ЮНЕСКО КНЛУ. Серія філологія, педагогіка, психологія*. 2015. Вип. 31. С. 275–281.
2. Кравчук М. В. Основні напрями реформування та стандартизації вищої юридичної освіти. *Порівняльно-правові дослідження*. 2009. № 1. С. 161–167.
3. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
4. Про судоустрій та статус суддів: Закон України від 02.06.2016 р. № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 56. Ст. 1935.
5. Про прокуратуру: Закон України від 14.10.2014 р. № 1697-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 2–3. Ст. 12.
6. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 27. Ст. 282.
7. Про нотаріат: Закон України від 02.09.1993 р. № 3425-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 39. Ст. 383.
8. Положення про помічника адвоката: Рішення Ради адвокатів України від 25.09.2015 р. № 113. URL: http://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/pologennya/2016-06-13-polozhennya_57ebcf6b3f2e0.pdf (дата звернення: 09.02.2018).
9. Про затвердження роз'яснення щодо можливості укладення трудового договору з особою, яка отримала диплом бакалавра як з помічником адвоката: Рішення Ради адвокатів України від 04.07.2015 р. № 12. URL: <http://unba.org.ua/assets/uploads/legislations/rishennya/2015.07.04-rishennya-12.pdf>. (дата звернення: 09.02.2018).
10. Про вищу освіту: Закон України від 17.01.2002 р. № 2984-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 20. Ст. 134.
11. Про затвердження Національної рамки кваліфікацій: Постанова Кабінету Міністрів України від 23.11.2011 р. № 1341. *Офіційний вісник України*. 2011. № 101. Ст. 3700.

12. Про вищу освіту: Закон України від 01.07.2014 р. № 1556-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 37–38. Ст. 2004.

13. Пермінова В. А. Аналіз сучасного стану підготовки бакалаврів права у контексті залучення до творчої діяльності. *Вісник Чернігівського національного педагогічного університету. Педагогічні науки*. 2013. Вип. 110. С. 264–267.

14. Бахрушин В. Що можна вважати вищою юридичною освітою. URL: <http://education-ua.org/ua/articles/897-shcho-mozhna-vvazhati-vishchoyu-yuridichnoyu-osvitoiu> (дата звернення: 09.02.2018).

References:

1. Vorontsova, K.V. (2015). Stan doslidzhennia rozvytku vyshchoi yurydychnoi osvity v Ukraini. *Naukovyi visnyk kafedry YuNESKO KNLU. Seriya filolohiia, pedahohika, psykholohiia, issue 31, 275–281* [in Ukrainian].

2. Kravchuk, M.V. (2009). Osnovni napriamy reformuvannia ta standartyzatsii vyshchoi yurydychnoi osvity. *Porivnialno-pravovi doslidzhennia, 1, 161–167* [in Ukrainian].

3. Konstytutsiia Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 28.06.1996 r. № 254k/96-VR. (1996). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, 30, art. 141*.

4. Pro sudoustrii ta status suddiv: Zakon Ukrainy vid 02.06.2016 r. № 1402-VIII. (2016). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, 56, art. 1935*.

5. Pro prokuraturu: Zakon Ukrainy vid 14.10.2014 r. № 1697-VII. (2015). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, 2–3, art. 12*.

6. Pro advokaturu ta advokatsku diialnist: Zakon Ukrainy vid 05.07.2012 r. № 5076-VI. (2013). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, 27, art. 282*.

7. Pro notariat: Zakon Ukrainy vid 02.09.1993 r. № 3425-XII. (1993). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, 39, art. 383*.

8. Polozhennia pro pomichnyka advokata: Rishennia Rady advokativ Ukrainy vid 25.09.2015 r. № 113. URL: http://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/pologennya/2016-06-13-polozhennya_57ebcf6b3f2e0.pdf.

9. Pro zatverdzhennia roz'iasnennia shchodo mozhlivosti ukladennia trudovoho dohovoru z osoboiu, yaka otrymala dyplom bakalavra yak z pomichnykom advokata: Rishennia Rady advokativ Ukrainy vid 04.07.2015 r. № 12. URL: <http://unba.org.ua/assets/uploads/legislations/rishennya/2015.07.04-rishennya-12.pdf>.

10. Pro vyshchu osvitu: Zakon Ukrainy vid 17.01.2002 r. № 2984-III. (2002). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, 20, art. 134*.

11. Pro zatverdzhennia Natsionalnoi ramky kvalifikatsii: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 23.11.2011 r. № 1341. (2011). *Ofitsiyni visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine, 101, art. 3700*.

12. Pro vyshchu osvitu: Zakon Ukrainy vid 01.07.2014 r. № 1556-VII. (2014). *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, 37–38, art. 2004*.

13. Perminova, V.A. (2013). Analiz suchasnoho stanu pidhotovky bakalavriv prava u konteksti zaluchennia do tvorchoi diialnosti. *Visnyk Chernihivskoho natsionalnoho pedahohichnoho universytetu. Pedahohichni nauky, issue 110, 264–267* [in Ukrainian].

14. Bakhruhshyn, V. Shcho mozhna vvazhati vyshchoiu yurydychnoiu osvitoiu. URL: <http://education-ua.org/ua/articles/897-shcho-mozhna-vvazhati-vishchoyu-yuridichnoyu-osvitoiu> [in Ukrainian].

Pyrozhenko O. S., PhD in Law, Associate Professor, Full Professor of The Department of Social-Economic Disciplines, Municipal Establishment «Kharkiv Humanitarian-Pedagogical Academy» of Kharkiv Regional Council, Ukraine, Kharkiv.

e-mail: pyrozhenko_os@ukr.net ; ORCID 0000-0003-4739-1398

Shkurko V. I., Student of the Economic Law Faculty, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

Higher legal education: problematic aspects determining the content of concept in current legislation

Higher legal education is a necessary component of the legal profession, a guarantee of professional competence of the lawyer. It plays an important role in social development, the environment for the formation of lawyers of the new generation.

The analysis of the content of the concept «higher legal education» revealed the existence of serious problems of legal regulation of this category, since the diversity of its interpretations significantly affects the possibility of citizens realizing their rights, in particular labor, which is closely linked to the presence / absence of a certain level of higher education.

The current legislation does not contain a single definition of the term «higher legal education». It is mentioned in the Constitution of Ukraine, as well as in several laws of Ukraine. However, his definition in these documents is different, sometimes not very correct, and sometimes not at all.

In this regard, some citizens are deprived of the opportunity to realize their constitutional rights, including the right to work. Thus, the absolute majority of regional bar councils refuse to accept documents and register information about assistant attorney to those who have received higher education at the first (bachelor) level of higher education instituted after the Law of Ukraine «On Higher Education» No. 1556-VII of 01.07.2014 entered into force. The above is related to the false interpretation of the notion of «higher legal education» contained in the Law of Ukraine «On Higher Education» No. 2984-III of 17.01.2002.

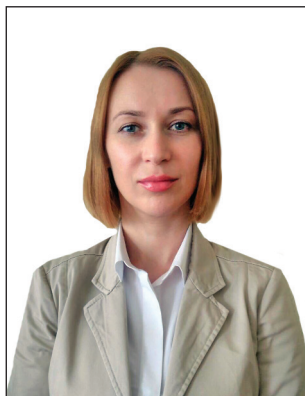
This contradiction, in our opinion, is a disadvantage of lawmaking technique, which should be eliminated by introducing appropriate changes to the existing standard acts of legislation. The necessity of such adjustments, in our opinion, is justified because a clear delineation of qualifying requirements to the person who carries out professional activities regulated by special legislative acts, adds an element of certainty and will clear a guide for seekers of higher education.

Summarizing, we note the inexpediency of defining the notion of higher legal education by the names of specialties. More reasonable and appropriate practices leading powers would be the recognition of higher legal education (within the meaning of the Constitution and laws of Ukraine, which contain this term), higher education gained on educational programs, which during the accreditation recognized as providing an education that meets the qualification requirements for the occupation of certain positions.

In this case, special conditions of accreditation of such programs may be provided, in particular, taking into account the results of the unified state exam and evaluation programs involving members of the professional community. In the future, after the establishment of the State Register of Qualifications, the conformity of education with the existing requirements for candidates for certain positions can be achieved through the corresponding marks in the register, which will be done on the basis of accreditation of educational programs, which will be assigned these qualifications.

Keywords: higher education; higher legal education; higher education level; qualification level; qualification requirements; assistant attorney.

Надійшла до редколегії 15.02.2018 р.



Якушина Оксана Сергіївна,
*аспірант кафедри конституційного права України,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: oksananikon78@gmail.com
ORCID 0000-0003-0905-290X*

doi: 10.21564/2414–990x.140.125987
УДК 342.733

ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА НА ОСВІТУ

Визначено поняття конституційного права на освіту як у суб'єктивному, так і в об'єктивному значенні, проаналізовано обов'язок отримання повної загальної середньої освіти, розкрито зміст конституційного права на освіту.

Ключові слова: суб'єктивне право на освіту; об'єктивне право на освіту; обов'язок отримання повної загальної середньої освіти; зміст конституційного права на освіту.

Якушина О. С., аспірант кафедри конституційного права України, Національний юридический університет імені Ярослава Мудрого, Україна, г. Харків.
e-mail: oksananikon78@gmail.com ; ORCID 0000-0003-0905-290X

Понятие и содержание конституционного права на образование

Определяется понятие конституционного права на образование как в субъективном, так и в объективном значении, анализируется обязанность получения полного общего среднего образования, раскрывается содержание конституционного права на образование.

Ключевые слова: субъективное право на образование; объективное право на образование; обязанность получения полного общего среднего образования; содержание конституционного права на образование.

Постановка проблеми. Сучасний стан реформування українського суспільства дає підстави для переосмислення завдань освіти, правових гарантій реалізації особою права на освіту, враховуючи вимоги ХХІ століття. В умовах постіндустріального розвитку суспільства принципово змінюється парадигма освіти як ціннісно змістовна засада її розвитку, спираючись на яку встановлюються її мета, зміст, методи та технології навчання. При цьому вона визначає таку особливість – освіта має трансформуватися в особистісно орієнтовану і не може зводитися лише до передачі готових знань. Вона має продукувати спосіб

виробництва знань, їх використання у вирішенні різних проблем як професійного, так і соціального характеру [1, с. 21]. Але насамперед слід визначитися з поняттям та змістом конституційного права на освіту.

Актуальність теми. Сутнісне розуміння освіти неможливе без визначення та з'ясування змісту конституційного права на освіту, яке має фундаментальне значення у політичній, соціальній, культурній, економічній та науковій сферах життєдіяльності суспільства. Означене зумовлює необхідність уніфікації підходів до поняття зазначеного права та актуалізує питання, що розглядаються в статті.

Мета статті – визначити поняття конституційного права на освіту в суб'єктивному та об'єктивному значенні, проаналізувати зміст указанного права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання змісту конституційного права на освіту більшою чи меншою мірою розглядалися у працях таких учених, як: С. К. Андрейчук (S. K. Andreichuk), Т. В. Грачова (T. V. Hrachova), О. П. Карманюк (O. P. Karmaniuk), В. Г. Кремень (V. H. Kremen), О. Г. Мельничук (O. H. Melnychuk), І. М. Мищак (I. M. Myshchak), П. М. Рабинович (P. M. Rabynovych), Ю. М. Тодика (Ju. N. Todyka) та ін. Але досі не склався єдиний підхід до змісту цього права, як не вироблено й уніфіковане визначення права особи на освіту.

Виклад основного матеріалу. Освіта є основою інтелектуального, духовного, фізичного і культурного розвитку особистості, її успішної соціалізації, економічного добробуту, запорукою розвитку суспільства, об'єднаного спільними цінностями і культурою, та держави.

Право особи на освіту закріплене у міжнародних та національних нормативно-правових актах. Стаття 53 Конституції України закріплює право кожного на освіту. Стаття 26 Загальної декларації прав людини і ст. 13 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права, встановлюючи право кожної людини на освіту, містять положення про те, що освіта має спрямовуватися на повний розвиток людської особистості та усвідомлення її гідності, повинна зміцнювати повагу до прав людини і основних свобод. Освіта повинна дати можливість усім бути корисними учасниками вільного суспільства, сприяти взаєморозумінню, терпимості між усіма націями і всіма расовими, етнічними та релігійними групами. Закріплення вказаного права в міжнародних та національних правових актах є свідченням визнання його значущості як для особи, так і для суспільства і держави в цілому, оскільки реалізація особою цього права є необхідною основою не лише для формування і розвитку соціально-комунікативної, морально-психологічно стійкої успішної особистості, а й для забезпечення високого рівня інтелектуального потенціалу суспільства.

Освіта завжди була і буде основним засобом формування особистості, громадянина, кваліфікованого працівника, вона є першоосновою соціально-культурної реалізації особою своїх здібностей. Освіта розглядається як цілісне поняття, що, з одного боку, позначає процес і результат засвоєння особистістю конкретних змістовних аспектів культури і оволодіння соціально значущим досвідом

людства, а з другого – виділяє сукупність впливів на формування особистості, що сприяє засвоєнню нею навичок і звичок поведінки в даному суспільстві та прийнятих у ньому соціальних норм і правил, тобто під освітою розуміють процес додавання людині інтелектуального і духовного вигляду [2, с. 21].

Стаття 3 Закону України «Про освіту», конкретизуючи норму ст. 53 Конституції України, закріплює право кожного на якісну та доступну освіту. При цьому законодавець розкриває зміст права на освіту. Так, Законом передбачено, що право на освіту включає право здобувати освіту впродовж усього життя, право на доступність освіти, право на безоплатну освіту у випадках і порядку, визначених Конституцією та законами України. Згідно з позицією, висловленою в рішенні Конституційного Суду України від 04.03.2004 р. (справа про доступність і безоплатність освіти), під доступністю освіти, що ґрунтується на принципах рівності, передбачених ст. 24 Конституції України, слід розуміти неможливість відмови будь-якій особі, незалежно від її статі, раси, національності, соціального, майнового стану та інших обставин, у праві на освіту. Сутність безоплатності освіти полягає у створенні державою можливості особам на здобуття освіти в державних і комунальних закладах освіти без внесення плати у будь-якій формі за освітні послуги [3].

Реалізація особою права на освіту є необхідною основою не лише для формування і розвитку соціально-комунікативної, морально-психологічно стійкої успішної особистості, а й для забезпечення високого рівня інтелектуального потенціалу українського суспільства.

Юридична природа конституційних прав і свобод особи може бути розкрита у співставленні об'єктивного (сукупності правових норм) і суб'єктивного права як можливості людини обирати відповідний вид і міру поведінки в межах закону. Як зазначав Ю. М. Тодика (Yu. M. Todyka), у літературі щодо даного питання існують дві точки зору. Одні автори заперечують суб'єктивний характер конституційних прав і свобод, інші ж рішуче висловлюються за визнання за конституційними правами такої якості [4, с. 83]. Водночас, говорячи про конституційне право на освіту у цьому аспекті, слід вказати, що деякі вчені заперечують суб'єктивний характер не всіх конституційних прав, а лише соціально-економічних прав особи. Право на освіту відносять до «другого покоління» прав людини, метою яких стало забезпечення інтересів передусім тих, хто працює за наймом – права на працю і пов'язаних з ним гарантій, а також прав соціально-культурного характеру, в гарантуванні яких зацікавлені переважно ті ж самі наймані працівники – права на освіту, на доступ до досягнень науки і культури тощо [5, с. 54]. Як указує М. І. Козюбра (M. I. Kozubra), чимало зарубіжних авторів не визнають ці права юридичними, суб'єктивними, іменуючи їх «загальними», «публічними правами», «правами-дорученнями», «намірами держави» тощо. Основний аргумент на користь такої позиції полягає в тому, що соціально-економічні права, на відміну від класичних прав «першого покоління» – громадянських і політичних, не є такими, на які людина може посылатися перед владними структурами як на свої суб'єктивні права і дома-

гатися їх забезпечення та які не підлягають судовому захисту – визначальній ознаці «юридичності» прав людини [5, с. 55].

Слід погодитися з думкою, висловленою групою вчених, у тому числі Ю. М. Тодикою (Yu. M. Todyka) та О. Ю. Тодикою (O. Yu. Todyka), які вважають за доцільне визначати суб'єктивний характер конституційних прав і свобод, зокрема й соціально-економічних, оскільки вони належать кожній особі, є її власними правами і свободами. Їх суб'єктивність полягає саме в тому, що вони належать не лише всім взагалі, а й кожній конкретній особі, що «належне суб'єкту право (як вид і міра його можливої поведінки) залежить певною мірою від його волі й свідомості, особистого бажання, особливо у сенсі використання» [Цит. за: 4, с. 84]. Конституційні права і свободи громадянина є його правами, якими він володіє постійно, тобто до вступу в конкретні правовідносини. При цьому необхідно пам'ятати не лише про гарантії цих прав, а й про специфіку їх змісту. Обидва ці аспекти слід брати до уваги, коли йдеться про конституційні права і свободи як особливий різновид суб'єктивних прав громадян [4, с. 86]. Зазначене повною мірою стосується й конституційного права на освіту.

Як відомо, суб'єктивним правом є гарантовані державою вид і міра можливої поведінки суб'єкта. Суб'єктивні права особи в літературі визначаються і як конкретні правомочності, що виникають у індивідуально визначеного суб'єкта права на основі норм об'єктивного права. Іншими словами, це ті юридичні можливості, що безпосередньо впливають із загальних, абстрактних правил поведінки, встановлених законодавцем [Див.: 4, с. 90].

Аксіомою є те, що право на освіту є індивідуальним, невідчужуваним, таким, що належить кожній особі. Соціальна цінність конституційного права на освіту для особи зумовлена наданням індивіду певних можливостей і свобод для задоволення своїх потреб у сфері освіти. Суб'єктивне право на освіту являє собою закріплену у нормативно-правових актах певну міру можливої поведінки суб'єктів правовідносин, що виникають у сфері освіти. Причому реалізація цієї поведінки гарантована державою через діючу систему органів державної влади, органів місцевого самоврядування, мережу освітніх установ та закладів різних форм власності, спрямована на здобуття відповідного рівня, виду, форми освіти, виховання особистості, залучення людини до національної і світової наукової та культурної спадщини з метою гармонійного та прогресивного розвитку як кожної особистості окремо, так і суспільства в цілому [6, с. 8]. Цілком слушно стверджує Ю. В. Кириченко (Yu. V. Kyruchenko), що право на освіту є «міжнародно визнаним правом людини, воно має загальний характер, тобто є неодмінно складовою конституційно-правового статусу будь-якої людини та є рівним для всіх, незалежно від статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, політичних, релігійних та інших переконань, мовних та інших ознак» [7, с. 38].

Ю. Соколенко (Yu. Sokolenko) право на освіту визначає як право людини на здобуття чітко окресленого обсягу якісних знань, умінь і навичок, професійної кваліфікації, розвитку її талантів, розумових та фізичних здібностей, виховання

високих моральних якостей та збагачення на цій основі інтелектуального, творчого, культурного і духовного потенціалу особи, набуття нею встановлених державою освітніх рівнів [8, с. 12]. Т. В. Грачова (Т. V. Hrachova) право на освіту як соціальне право людини трактує за допомогою визначення державою його мети, а саме отримання достатнього обсягу знань та вмінь внаслідок взаємної співпраці суб'єктів сфери освіти з метою всебічного розвитку особистості та підготовки до життя в суспільстві [9, с. 49]. З цією позицією варто погодитися лише частково, адже держава може надати лише певні гарантії для реалізації особою права на освіту, однак рівень використання особою цього права залежить від кожного індивіда.

Конституційний Суд України розглядає право на освіту як право людини на здобуття певного обсягу знань, культурних навичок, професійної орієнтації, які необхідні для нормальної життєдіяльності в умовах сучасного суспільства [3].

Низка науковців сходяться на думці про доцільність виокремлення позитивістського і природно-правового підходу до розуміння сутності суб'єктивного права особи на освіту. Так, Т. В. Грачова (Т. V. Hrachova) переконана, що позитивістський підхід характеризує право на освіту як певну можливість реалізації цього права лише через систему його державного регулювання [9, с. 50]. Слушною є теза О. П. Карманюк (О. P. Karmaniuk) про те, що суб'єктивне право особи на освіту має два критерії: формальний, що письмово виражає норми права у міжнародному та національному законодавстві, та змістовий, що виокремлює серед усіх прав людини її основні права, які забезпечують фізичний, духовний, культурний та соціальний розвиток конкурентоспроможної особистості [10, с. 50]. Хоча ці два підходи до розуміння суб'єктивного права особи на освіту і існують паралельно, проте їх синергетичне поєднання вбачається найбільш вдалим для визначення соціальної цінності права на освіту. Адже право людини на освіту не може бути відчужене і його наявність не може залежати від волі іншої людини. Проте реалізацію особою цього права значною мірою зумовлюють ще й окремі чинники, що впливають на визначення стратегій розвитку української державності.

Таким чином, право на освіту в суб'єктивному значенні можна визначити як закріплену Конституцією та законами можливість кожної особи отримувати знання, вміння, навички з метою її інтелектуального, духовного, фізичного і культурного розвитку, успішної соціалізації, економічного добробуту.

В об'єктивному значенні право на освіту являє собою правовий інститут, цілісну систему конституційно-правових приписів, реалізація яких гарантується і здійснюється державою в інтересах людини та громадянина. Первинне, основне регулювання права на освіту здійснюється нормами Конституції України, причому таке регулювання здійснюється у загальній формі, що вимагає прийняття у розвиток конституційних норм спеціальних нормативно-правових актів.

Деякі автори пропонують виділяти освітнє право, визначаючи його як сукупність правил поведінки, встановлених відповідно до національно-історичних традицій державою або від її імені держави для врегулювання відносин

у галузі освіти [11, с. 63]. Вважаємо, що у виділенні такої окремої галузі немає необхідності, адже сукупність норм, що регулюють суспільні відносини, пов'язані з реалізацією права особи на освіту, є інститутом конституційного права.

Держава за допомогою нормативно-правових актів закріплює порядок отримання того чи іншого рівня знань, умінь і навичок особою, враховуючи усі детермінанти динамічного розвитку особистості, індивідуальних характеристик трудової діяльності, управлінських стратегічних навичок особи, необхідних для управління справами суспільства і держави. Фактично, держава зацікавлена у формуванні високого рівня освіти індивіда з метою забезпечення функціонування держави в цілому.

Правове забезпечення гарантування державою реалізації права особи на освіту можна систематизувати на дві групи. Перша група правових норм визначає стратегію, завдання і цілі права на освіту як соціальної цінності для держави. Ці норми встановлюють основні параметри об'єкта правового регулювання освіти – її зміст, просторові й часові межі, цілі, порядок реалізації права особи на освіту. Другу групу правових норм слід іменувати забезпечувальними, оскільки вони регламентуються організацією управління освітою, види та структуру органів виконавчої влади, які діють у сфері освіти, визначають їх правовий статус, а також норми, що регламентують порядок функціонування освітянської діяльності.

До першої групи норм слід віднести ст. 53 Конституції України, що закріплює право особи на освіту, а також норми законів України «Про освіту» від 05.09.2017 р. [12], «Про професійно-технічну освіту» від 10.02.1998 р., «Про вищу освіту» від 01.07.2014 р., положення Національної стратегії розвитку освіти в Україні до 2021 року від 25.06.2013 р. та ін. Іншу групу правових норм становлять укази Президента України, зокрема, «Питання Міністерства освіти і науки України» від 25.04.2013 р., а також норми відповідних положень про міністерства і відомства, що мають підвідомчі вищі навчальні заклади освіти. У запропонованій класифікації вбачається і певна синергія між групами правового забезпечення права особи на освіту. Адже у першій групі виокремлено норми, за допомогою яких держава визначає соціальну цінність освіти шляхом законодавчого закріплення цілей освіти, змісту освіти, її просторових та часових меж. Правові норми другої групи вибудовані на основі положень норм першої групи і визначають організацію реалізації права особи на освіту.

Таким чином, право на освіту в об'єктивному значенні представляє собою сукупність конституційно-правових норм, що регулюють суспільні відносини у сфері освіти, визначаючи зміст, просторові й часові межі, цілі, порядок реалізації права особи на освіту, а також регламентують організацію управління освітою, види та структуру органів виконавчої влади, які діють у сфері освіти, визначають їх правовий статус, порядок функціонування освітянської діяльності.

Визнаючи соціальну цінність права на освіту для особи і держави, Конституція України закріплює не лише право кожного на освіту, а й встановлює

обов'язковість повної загальної середньої освіти (ч. 2 ст. 53 Основного Закону України). Як указує Л. І. Летнянчин (L. I. Letnianshyn), у радянський період як самостійний елемент конституційного статусу особи виділялись «права-обов'язки», під яким розуміли «право, що одночасно є обов'язком». Аргументувалася така позиція тим, що здійснення прав і свобод є невіддільним від виконання громадянином своїх обов'язків. Подібна комбінація (модель) застосовується і в ст. 53 Конституції України. Однак, на думку цього вченого, навряд чи доцільно розглядати таку модель поєднання прав і обов'язків як самостійний елемент сучасного конституційного статусу особи. У даному разі Конституція закріплює самостійне основне право і самостійний основний обов'язок особи в сфері матеріального та духовного життя [13, с. 35].

Якісне конституційно-правове регулювання та забезпечення прав і свобод людини та громадянина, в тому числі й права на освіту, є однією з гарантій реалізації кожною особою права на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей, та обов'язків перед суспільством, в якому забезпечується вільний і всебічний розвиток її особистості. Закріплення права особи на освіту у II розділі Конституції України, присвяченому правам і свободам людини і громадянина, говорить про те, що держава вказує на такі характерні його ознаки, як невідчужуваність, непорушність (ст. 21), гарантованість державою (ст. 22) та ін.

Висновок. Право на освіту не має чітко визначеної усталеності, з огляду на усі державотворчі процеси, соціально-економічні та інші чинники воно перебуває у динамічному процесі формування і вдосконалення. Соціальна цінність освіти у свідомості особи є однією з найбільш значущих, оскільки процес отримання знань, умінь і навичок зумовлює формування інтелектуального потенціалу особистості, орієнтації на професійну діяльність, прагнень особи до високих життєвих стандартів та ін.

Список літератури:

1. Комаров В. В. Вища юридична освіта України: нові виміри. *Право України*. 2017. № 10. С. 20–35.
2. Панфілов О. Ю., Савченко О. О. Вища освіта як чинник соціальної динаміки. *Вісник Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. Серія Філософія, філософія права, політологія, соціологія*. 2010. № 6. С. 20–27.
3. Рішення Конституційного Суду України № 5-рп/2004 від 04.03.2004 р. (справа про доступність і безоплатність освіти). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-04> (дата звернення: 06.02.2018).
4. Тодыка Ю. Н., Тодыка О. Ю. Конституционно-правовой статус человека и гражданина в Украине: монография. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. 368 с.
5. Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ: Ваїте, 2016. 392 с.
6. Боняк В. О. Конституційне право людини і громадянина на освіту та його забезпечення в Україні: автореф. дис... канд. юрид. наук. Київ: НАВСУ. 2005. 20 с.
7. Кириченко Ю. Право на освіту за конституціями України та держав континентальної Європи: порівняльно-правовий аналіз. *Національний юридичний журнал: теорія та практика*. 2015. № 1 С. 35–39.
8. Соколенко Ю., Борисенко Ю. Современный кризис: трудная миссия профессионального образования. *Новий колегіум: науковий інформаційний журнал*. 2009. № 4. С. 6–16.

9. Грачева Т. В. Право человека на образование и его развитие в условиях глобализации. *Закон и право*. 2004. № 3. С. 49–51.
10. Карманюк О. П. Суб'єктивні права і юридичний обов'язок в контексті утвердження законності в українському суспільстві. *Часопис Київського університету права*. № 3. 2012. С. 48–52.
11. Ніколаєнко С. Вища освіта – джерело соціально-економічного і культурного розвитку суспільства: монографія. Київ: Освіта України, 2005. 319 с.
12. Про освіту: Закон України від 05.09.2017 р. № 2145-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2145-19> (дата звернення: 06.02.2018).
13. Летнянчин Л. І. Конституційні обов'язки людини і громадянина в Україні: проблеми теорії і практики: монографія. Харків: Видавець СПД ФО Вапнярчук Н. М., 2006. 256 с.

References:

1. Komarov, V.V. (2017). Vyshcha yurydychna osvita Ukrainy: novi vymiry [Higher Legal Education in Ukraine: New Dimensions]. *Pravo Ukrainy – Law of Ukraine*, 10, 20–35 [in Ukrainian].
2. Panfilov, O.Iu., Savchenko, O.O. (2010). Vyshcha osvita yak chynnyk sotsialnoi dynamiky. *Visnyk Natsionalnoi yurydychnoi akademii Ukrainy imeni Yaroslava Mudroho. Seriya Filosofiia, filosofiia prava, politolohiia, sotsiolohiia*, 6, 20–27 [in Ukrainian].
3. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy № 5-рр/2004 vid 04.03.2004 r. (sprava pro dostupnist i bezoplatnist osvity). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-04>.
4. Todyka, Ju.N., Todyka, O.Ju. (2004). Konstitucionno-pravovoj status cheloveka i grazhdanina v Ukraine. Kyiv: Vydavnychi Dim «In Yure» [in Russian].
5. Koziubry, M.I. (Ed.). (2016). Zahalna teoriia prava. Kyiv: Vaite [in Ukrainian].
6. Boniak, V.O. (2005). Konstytutsiine pravo liudyny i hromadianyna na osvitu ta yoho zabezpechennia v Ukrainy. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kyiv: NAVSU [in Ukrainian].
7. Kyrychenko, Iu. (2015). Pravo na osvitu za konstytutsiiamy Ukrainy ta derzhav kontynentalnoi Yevropy: porivnialno-pravovyi analiz. *Natsionalnyi yurydychnyi zhurnal: teoriia ta praktyka*, 1, 35–39 [in Ukrainian].
8. Sokolenko, Ju., Borisenko, Ju. (2009). Sovremennyj krizis: trudnaja missija professional'nogo obrazovanija. *Novij kolegium: Naukovij informacijnij zhurnal*, 4, 6–16 [in Russian].
9. Gracheva, T.V. (2004). Pravo cheloveka na obrazovanie i ego razvitie v uslovijah globalizacii. *Zakon i pravo*, 3, 49–51 [in Russian].
10. Karmaniuk, O.P. (2012). Sub'iektyvni prava i yurydychni обов'язок v konteksti utverdzhenia zakonnosti v ukrainskomu suspilstvi. *Chasopys Kyivskoho universytetu prava – Scientific Journal «Chronicles of KUL»*, 3, 48–52 [in Ukrainian].
11. Nikolaienko, S. (2005). Vyshcha osvita – dzherelo sotsialno-ekonomichnoho i kulturnoho rozvytku suspilstva. Kyiv: Osvita Ukrainy [in Ukrainian].
12. Pro osvitu: Zakon Ukrainy vid 05.09.2017 r. № 2145-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2145-19>.
13. Letnianshyn, L.I. (2006). Konstytutsiini обов'язky liudyny i hromadianyna v Ukraini: problemy teorii i praktyky. Kharkiv [in Ukrainian].

Yakushina O. S., Postgraduate Student of the Chair of Constitutional Law of Ukraine, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: oksananikon78@gmail.com ; ORCID 0000-0003-0905-290X

The concept and content of the constitutional right to education

The article defines the notion of a constitutional right to education both in subjective and objective sense. The necessity of consideration of the constitutional right to education in these two dimensions is justified by the fact that the legal nature of the constitutional rights and freedoms of the individual may be disclosed in the comparison of objective law (body of law) and subjective law as the ability of a person to elect the appropriate type and measure of behavior in the framework of the law. In contrast to the

position of non-recognition of the subjective nature of the constitutional socio-economic rights in the work argued for the recognition of the constitutional right to education subjective character, since it belongs to each person is his own right, directed on satisfaction of individual interests and needs of the individual.

The article proposes to systematize the legal provision of the state guarantee the implementation of the rights of the individual to education. The first group includes legal norms defining the strategy, goals and objectives of the right to education, the basic parameters of the object of legal regulation of education – its content, spatial and temporal scope, purpose and implementation procedures for individual rights for education. The second group – guaranteed rules because they reglamentary organization of education management, types and structure of Executive bodies that act in the field of education, define their legal status and the rules governing the functioning of educational activities.

The author substantiates the position on the inappropriateness of assigning a separate branch of «education law», because the constitutional law is mainly as a set of rules that regulate social relations associated with the implementation of a person's right to education.

The article mainly analyses the duty of obtaining secondary education, notes about duty of individuals both in material and spiritual spheres, as well as opens the content of the constitutional rights of the individual to education.

Keywords: the subjective right to education; the objective right to education; the obligation to obtain a full general secondary education.

Надійшла до редколегії 12.02.2018 р.

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО



Лур'є Дмитро Андрійович,
*аспірант Інституту держави і права
імені В. М. Корецького Національної
академії наук України, Україна, м. Київ
e-mail: dmitry.lurye@gmail.com
ORCID 0000-0003-1730-269X*

doi: 10.21564/2414–990x.140.123008
УДК 347.12

ПРАВО НА ДОСТУП ДО ДОСЛІДЖУВАНОВОГО ЛІКУВАННЯ ПО ЗАВЕРШЕННІ КЛІНІЧНОГО ВИПРОБУВАННЯ

Досліджено сучасний стан правового регулювання доступу до досліджуваного лікування по завершенні клінічного випробування. Окреслено основні аргументи щодо необхідності передбачення такого права та проблемні питання, що виникають у разі його впровадження. Особливу увагу приділено міжнародним стандартам та досвіду іноземних країн у даній галузі. Запропоновано передбачити в законодавстві України вимогу завчасно інформувати випробуваних про наявність або відсутність такого доступу та оцінювати ці положення комісіями з питань етики до початку випробування та по його завершенні з метою визначення його реальної необхідності в кожному окремому випадку.

Ключові слова: клінічне випробування; доступ до лікування; подальше лікування; досліджуване лікування; право на інновацію.

Лур'є Д. А., аспірант Інституту держави і права імені В. М. Корецького Національної академії наук України, Україна, г. Київ.
e-mail: dmitry.lurye@gmail.com ; ORCID 0000-0003-1730-269X

Право на доступ к исследуемому лечению по завершении клинического испытания

Исследовано современное состояние правового регулирования доступа к исследуемому лечению по завершении клинического исследования. Приведены основные аргументы относительно необходимости предусмотреть такое право и проблемные вопросы, возникающие при его введении. Особое внимание уделено международным стандартам и опыту зарубежных стран в данной области. Предложено предусмотреть в законодательстве Украины требование заблаговременно информировать испытуемых о наличии или отсутствии такого доступа и оценивать эти положения комиссиями по вопросам этики до начала испытания и по его завершении с целью определения его реальной необходимости в каждом отдельном случае.

Ключевые слова: клінічне випробування; доступ к лечению; дальнейшее лечение; исследуемое лечение; право на инновацию.

Вступ. Клінічні випробування, у ході яких встановлюється характер впливу новітніх лікарських засобів, методик, виробів медичного призначення на організм людини, наявність побічних реакцій, підтверджується їх безпечність та ефективність, є однією з найбільш вразливих сфер медичної та наукової діяльності з точки зору забезпечення етичних та правових механізмів захисту особи, яка бере в них участь як досліджуваний.

Жодне клінічне випробування неможливо провести без участі досліджуваних-пацієнтів, тобто осіб, щодо захворювань яких перевіряється ефективність та безпечність досліджуваного засобу. Пацієнт отримує доступ до нових медичних засобів, які можуть як вилікувати його, так і значно покращити стан. Проте що станеться з ним після завершення клінічного випробування? Чи має він право сподіватися на продовження корисного для нього лікування поза випробуванням? Хто та за який рахунок повинен забезпечити таке лікування у разі його передбачення? Законодавство України не містить жодної відповіді на ці питання. Вибраний шлях урегулювання даної проблеми може стати як стимулом, так і перепоною подальшого залучення пацієнтів України до передових медичних розробок.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематика правового регулювання доступу пацієнтів до лікування по завершенню клінічного випробування не висвітлювалась вітчизняними науковцями, однак, особливо в останнім часом, вказане питання є предметом досліджень і навіть дискусій широкого кола іноземних фахівців, як-от: D. C. Doval, R. Shirali, R. Sinha, P. Usharani, S. H. Naqvi, S. Colona, I. Schipper, C. Grady, S. M. Dainesi, M. Goldbaum та ін.

Метою статті є вивчення сучасної практики правового регулювання права на доступ до лікування по завершенню клінічного випробування і вироблення пропозицій щодо вдосконалення законодавства України в даній галузі.

Виклад основного матеріалу. Питання доступу пацієнтів до досліджуваних медичних засобів, які виявилися корисними для них, після завершення клінічного випробування є складним для вирішення як з точки зору етики, так і права, економіки, медичної науки тощо.

Так, з одного боку, особа виправдано може сподіватись на те, що їй будуть і надалі надаватись лікарські засоби чи методики, які в ході випробування були корисними для неї, наприклад, полегшували симптоми хронічного захворювання. Водночас це може мати велике фінансове навантаження на спонсора дослідження, є важко контрольованим щодо подальшої реакції організму особи з боку дослідника.

Вивчаючи дане питання, висловлюють такі аргументи на користь необхідності забезпечення такого права [1–3]: 1) пацієнт, який мав певні незручності, був підданий потенційним ризикам, має обґрунтовані сподівання очікувати отримати доступ до нових ефективних та безпечних лікарських засобів чи

медичних методик, які були вивчені в ході дослідження (в тому числі як компонент права пацієнта на інновацію відповідно до ст. 10 Європейської хартії прав пацієнта [4]); 2) передбачені законодавством гарантії прав захисту досліджуваних повинні розповсюджуватись за рамки самого випробування; 3) позбавлення лікування, яке має позитивний ефект для пацієнта, суперечить принципам медичної етики; 4) позбавлення досліджуваного лікування може мати негативний ефект на подальший стан пацієнта, в тому числі у разі захворювань, які взагалі не мають альтернативного лікування.

Виходячи з зазначеного, можна прийти до висновку про необхідність встановити імперативну вимогу передбачати продовження надання досліджуваного засобу випробуваним-пацієнтам після завершення такого дослідження. Проте існує низка проблемних питань, які накладають певні обмеження та труднощі на цей процес.

Так, дослідники зазначають, що первісним є питання щодо визначення кола осіб, які матимуть таке право: ті хто отримував випробуваний засіб, усі випробувані-пацієнти (частина з них, приміром, може отримувати плацебо) чи всі пацієнти. Надання такого доступу лише першим двом категоріям призводить до значної правової нерівності (дискримінації) інших осіб. Це особливо видно в екстрених випадках, що загрожують життю, коли досліджуваний препарат виявився ефективним, оскільки, як видається, є негуманним позбавляти всіх інших пацієнтів тієї самої користі [2].

Крім того, залишається питання про те, хто повинен відповідати за забезпечення цього права. С. Grady звертає увагу, що якщо фармацевтичні компанії та спонсори нестимуть виняткову відповідальність за забезпечення постійного доступу до такого лікування, то це може стати суттєвою перешкодою для компаній займатися такими дослідженнями. Це також може поставити під загрозу майбутнє досліджень у місцях з обмеженим доступом до медичних послуг, у країнах, що розвиваються, де найбільше потрібні нові методи лікування, особливо щодо захворювань, які можуть потребувати хронічного або дорогого лікування [3]. Тобто найбільш ефективним, на нашу думку, буде розподіляти обов'язки та функції із забезпечення такого права між спонсорами, дослідниками, пацієнтами та державою в певній обґрунтованій пропорційній частині.

Одначе необхідно мати на увазі, що в будь-якому випадку такі засоби та методики мають дослідницький характер, час до прийняття компетентними органами рішення про їх дозвіл може бути тривалим, та й не зрозуміло, як можна контролювати подальший вплив цього засобу на організм особи, коректність подальшого виконання нею інструкцій. І що робити у випадку, коли у реєстрації буде відмовлено, наприклад, через виявлені порушення процедури клінічного випробування, які суттєво вплинули на їх результат. Ймовірність таких ситуацій призводить до необхідності визначення механізмів компенсації можливої шкоди екс-випробуваному.

Л. Е. Nutt вказує, що надання подальшого доступу до досліджуваних об'єктів може необґрунтовано стимулювати осіб до участі у випробуванні, а отже,

порушити основні принципи добровільності та усвідомленості згоди на участь у клінічних випробуваннях [5].

Також фахівці у даній сфері переконують, що виходячи з принципів користі та безпечності, у разі наявності альтернативних методів лікування необхідно віддавати перевагу саме ним, аніж випробуванним засобам. Дослідницькі засоби завжди несуть потенціал нових ризиків чи шкоди, які ще не встановлені. Крім того, спонсор несе відповідальність за контролювання нових, відповідним чином схвалених, методів лікування, в тому числі в період дослідження, які можуть бути безпечною альтернативною. У зв'язку з чим дослідники, приймаючи рішення про продовження доступу, повинні розглядати кожного випробуваного окремо і приймати остаточне рішення щодо такого доступу лише на фінальному етапі дослідження [6].

Основні проблемні питання щодо зобов'язання надавати подальший доступ, наступні: 1) необхідно визначити, хто нестиме таке зобов'язання, у тому числі джерела його оплати; 2) клінічні випробування можуть проводити науково-дослідні установи (без участі приватних спонсорів), які мають значно обмежений фінансовий ресурс; 3) складність та удорожчання випробувань може призвести до їх скорочення, особливо в країнах з низьким соціально-економічним рівнем; 4) значно погіршується можливість контролю за станом випробуваного, додержанням ним рекомендацій, фіксації та аналізу негативних реакцій; 5) відсутність можливості точного визначення часу, протягом якого такий засіб буде перебувати в статусі незареєстрованого лікарського засобу; 6) складність визначення положень з подальшої відповідальності та відшкодування шкоди.

Нормативно-правові акти України дуже детально регулюють процес проведення клінічних випробувань, вимоги до захисту прав досліджуваних, процедуру їх узгодження з відповідними компетентними державними органами, відповідальність та обов'язки сторін у ході їх проведення. Водночас відсутні будь-які положення щодо продовження лікування пацієнтів досліджуваними об'єктами після завершення клінічного випробування.

Основні міжнародні етичні настанови містять таке право, проте мають різні формулювання та обсяги, що лише посилює фахові дискусії.

Так, Гельсінська декларація Всесвітньої медичної асоціації в редакції від 2013 р. передбачає, що у клінічних дослідженнях протокол повинен також описувати відповідні умови, які діють після закінчення дослідження та щодо початку дослідження; спонсори, дослідники і державні органи країн, в яких планується дослідження, повинні передбачити можливість доступу учасників після закінчення дослідження до лікування, якщо у ході дослідження з'ясувалося, що воно приносить їм користь. Ця інформація має бути доведена до відома учасників дослідження в процесі отримання інформованої згоди (ст. 34) [7].

Відповідно до рекомендацій, викладених у Керівних принципах Ради міжнародних медичних наукових організацій та ВООЗ [8], перед отриманням інформованої згоди дослідник повинен надати інформацію чи будуть, коли

та яким чином доступні випробуванім будь-які засоби або методики, безпечність та ефективність яких доведена в ході дослідження, після того, як вони завершили свою участь у дослідженні та чи будуть вони платити за них (п. 12 рекомендації № 5).

Згідно з рекомендацією № 10 (п. 2) перед проведенням дослідження за участю народу чи громади з обмеженими ресурсами спонсор та дослідник мають докласти всіх зусиль, щоб упевнитись, що будь-яке втручання або розроблений засіб, отримане знання буде розумно доступним на користь цього народу чи громади. У коментарі до вказаного положення зазначено, що якщо виявилось, що досліджуваний препарат є корисним, спонсор повинен продовжувати надавати його випробуванім після завершення дослідження і до його затвердження регуляторним органом з питань лікарських засобів. Одночасно уточнюється, що «розумна доступність» є складним поняттям і потребує визначення в кожному окремому випадку. Відповідні міркування включають тривалість часу, протягом якого розроблена методика або засіб, чи інша узгоджена вигода будуть доступні випробуванім, відповідній громаді або народу; тяжкість медичного стану випробуваного; ефект виведення досліджуваного препарату (наприклад, смерть суб'єкта); вартість для випробуваного чи медичної служби; і питання щодо невинного стимулювання, якщо така методика (засіб) надається безкоштовно. Як загальне правило, рекомендується не проводити випробування за участю населення, щодо якого є вагомими підстави вважати, що об'єкт дослідження в подальшому не буде доступний.

Найбільш типовою нормою, яка передбачається в національному законодавстві, є вимога визначати в інформованій згоді наявність або відсутність подальшого лікування та попередньо надавати таку інформацію незалежному етичному комітету (наприклад, Положення про лікарські засоби для людського використання (клінічні випробування) Великої Британії 2004 року [9]).

Зауважимо, що на відміну від Порядку проведення клінічних випробувань лікарських засобів та експертизи матеріалів клінічних випробувань, затвердженого наказом Міністерства охорони здоров'я України від 23.09.2009 р. № 690 [10], де також вимагається у інформованій згоді зазначати інформацію щодо лікування, на яке досліджуваний може розраховувати, в даному разі відсутнє обмеження, що лікування передбачається у випадку завдання шкоди його здоров'ю під час клінічного випробування.

Законодавство ЄС також вимагає визначати опис заходів щодо догляду за випробуваними після їх участі в клінічному випробуванні, але у випадках, коли така додаткова допомога необхідна внаслідок участі випробуваних у клінічних випробуваннях та якщо вона відрізняється від тієї, що зазвичай очікується у такому медичному стані [11].

Протилежним та унікальним є приклад Бразилії, в якій відповідно до Постанови Агентства з нагляду за охороною здоров'я № 38/2013 встановлено обов'язок по завершенню клінічного випробування впроваджувати програму доступу до досліджуваних лікарських засобів, яка передбачає доступ та без-

коштовність лікарських засобів для випробуваних. Установлені обов'язки лікаря-дослідника подавати запит на такі лікарські засоби, надавати медичну допомогу у разі ускладнень, сповіщати про них спонсора випробування. Спонсор зобов'язаний надавати безкоштовний доступ до випробуваних лікарських засобів, фінансувати подальшу медичну допомогу у разі виникнення ускладнень чи заподіяння шкоди [12].

На нашу думку, встановлення такого одностороннього обов'язку з фінансування та контролю за подальшим наданням досліджуваних засобів, самоусунення держави від забезпечення та пропорційного розподілу такого тягаря, жодним чином не відповідає на окреслені вище проблемні питання і може мати негативні наслідки щодо припинення входження нових дослідницьких проектів у країну.

З огляду на наявні позитивні та негативні аспекти пропонуємо відповідно до актуальної міжнародної практики внести до законодавства України такі положення:

1) встановити обов'язок перед початком клінічного випробування інформувати випробуваного щодо наявності або відсутності подальшого доступу до випробуваного лікування (лікарських засобів, засобів медичного призначення, методик), яке виявилось корисним для такої особи, по завершенні участі в клінічному дослідженні чи завершенні клінічного дослідження та повідомляти про порядок його реалізації, у разі передбачення (джерела фінансування, тривалість, способи подальшого спостереження);

2) у інформованій згоді та протоколі випробування визначати вищенаведені положення;

3) передбачити оцінку комісіями з питань етики до погодження проведення клінічного випробування вказаних положень, у тому числі з точки зору можливого надмірного стимулювання осіб, у разі їх передбачення, та безпосередню оцінку по завершенні випробування кожного окремого випадку (наявні ризики, необхідність такого доступу конкретному випробуваному, наявність альтернатив тощо).

Висновки. З огляду на викладене вважаємо, що правове закріплення та визначення порядку реалізації права випробуваних на доступ до досліджуваного лікування по завершенні клінічного випробування матиме позитивні наслідки як для самих випробуваних, так і для інших сторін. Пацієнти-випробувані зможуть приймати більш виважене рішення про участь у дослідженні, розуміючи свої перспективи після його закінчення, спонсори та дослідники матимуть уявлення про повний обсяг своїх обов'язків, витрат та уникатимуть надмірного морального тиску з боку осіб, яку могли не усвідомлювати ситуацію, за якої вони втрачатимуть доступ до випробуваних засобів. Водночас обсяги такого права мають бути розумно зважені, щоб, з одного боку, не стати надмірним стимулом для випробуваних, а з іншого, – не призвести до ситуації, що за такого регулювання проведення клінічних досліджень у країні втратить доцільність.

References:

1. Doval, D.C., Shirali, R., Sinha, R. (2015). Post-trial access to treatment for patients participating in clinical trials. *Perspect Clin Res*, Vol. 6, issue 2, 82–85. DOI: <https://dx.doi.org/10.4103%2F2229-3485.154003>.
2. Usharani, P, Naqvi, S.H. (2013). Post-trial access. *Perspect Clin Res*. Vol. 4, issue 1, 58–60. DOI: <https://dx.doi.org/10.4103%2F2229-3485.106391>.
3. Grady, C. (2005). The Challenge of Assuring Continued Post-Trial Access to Beneficial Treatment. *Yale Journal of Health Policy*. Vol. 5, issue 1, 425–435. URL: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjhple/vol5/iss1/15>.
4. Іевропейска хартиїа прав патиїента від 15 лїстопада 2002 року // Ofitsiyni сайт Lvivskoho derzhavnoho medychnoho universytetu imeni Danyla Halyskoho. URL: http://meduniv.lviv.ua/files/press-centre/2014/n180414/europejska_hartiya_prav_pacientiv.pdf [in Ukrainian].
5. Hutt, L.E. (1998). Freebies for Subject 641: A Discussion of the Ethical Prospect of Providing Drug Trial Subjects with Post-Trial Access to the Drug Tested – A Canadian Perspective. *Health Law Journal*. Vol. 6, 169–187. URL: <http://heionline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hthlj6&div=11&id=&page=>.
6. Post-Trial Responsibilities Guidance Document. MRCT Center. (2017). URL: <http://mrcrcenter.org/wp-content/uploads/2017/06/2017-06-28-Post-Trial-Responsibilities-Guidance-Document-Version-1.1.pdf>.
7. Declaration of Helsinki: Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects. World Medical Association. *JAMA*. (2013). 310(20), 2191–2194. DOI: <http://dx.doi.org/10.1001%2Fjama.2013.281053>.
8. International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects. CIOMS. (2003). URL: <https://cioms.ch/shop/product/international-ethical-guidelines-for-biomedical-research-involving-human-subjects-2/>.
9. The Medicines for Human Use (Clinical Trials) Regulations. (2004). № 1031. URL: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2004/1031/made>.
10. Pro zatverdzhennia Poriadku provedennia klinichnykh vyprobuvan likarskykh zasobiv ta ekspertyzy materialiv klinichnykh vyprobuvan i Typovoho polozhennia pro komisii z pytan etyky : Nakaz Ministerstva okhorony zdorovia Ukrainy vid 23.09.2009 № 690. (2009). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1010-09>.
11. Regulation (EU) № 536/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014. (2014). URL: <http://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2014/536/oj>.
12. Schlemper, B.R., Albuquerque, A. (2016). Post-trial access to medication: An approach based on different knowledge. *O Mundo da Saude*. 40(4), 498–508. DOI: <http://dx.doi.org/10.15343/0104-7809.20164004498508>.

Lurye D. A., Graduate Student of Koretsky Institute of state and law of National Academy of Sciences of Ukraine, Ukraine, Kyiv.

e-mail: dmitry.lurye@gmail.com ; ORCID 0000-0003-1730-269X

Right on Post-trial Access to Investigational Treatment

The article explores the modern condition of the legal regulation of post-trial access to investigational treatment. The author has determined main arguments concerning the necessity of foreseeing such a right and the problematic issues that arise in case of its implementation. On the one hand, a subject can legitimately expect that s/he will continue to have access to beneficial treatment after the end of trial, for example, if it alleviates the symptoms of a chronic illness, depriving a trial subject from the beneficial post-trial access would defeat the basic principle of medical ethics. At the same time, this provision may have a large financial burden on the sponsor of the trial; it is difficult to control the occurrence of serious adverse reactions; providing post-trial access only to the subjects of the trial and denying others create disparity among patients.

The particular attention is paid to international standards and experience of foreign countries in this field. The legal and regulatory acts of Ukraine do not have any provisions on post-trial access to investigational treatment. The main international ethical guidelines, such as Declaration of Helsinki, CIOMS/WHO Guidelines, contain such a right, but they have different formulations and volumes that only intensify professional discussions. The most common norm is as follows: «a responsibility of sponsor to supply details of the plan for treatment or care of subjects once their participation in the trial has ended», which, in contradistinction to the Ukrainian legislation, is not connected with the causing damage to the subject. The author also has researched a unique case of Brazil, where the post-trial drug access program must make the medication available and free of charge to the subjects of the research in the cases of concluding the trial or after the patients' participation in the study.

On this base, the author offered to provide in the legislation of Ukraine requirements to inform in advance subjects about the presence or absence of post-trial access and to evaluate these provisions by ethics committees before and at the end of all trials in order to determine its real need in each individual case. The scope of the right on post-trial access to investigational treatment must be reasonably weighed in order to avoid, on the one hand, becoming an excessive stimulus for the subjects, and, on the other hand, not leading to a situation where on such regulation conducting of clinical trials in the country will no longer be appropriate.

Keywords: clinical trial; post-trial access; post-trial treatment; investigational treatment; right on innovation.

Надійшла до редакції 07.02.2018 р.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ



Киричко Василь Миколайович,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права № 1,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: 7data7@ukr.net
ORCID 0000-0003-2442-6842

doi: 10.21564/2414–990x.140.123614
УДК 343.35

ВИМАГАННЯ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ: ТЕОРЕТИЧНІ І ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ, ВИКЛИКАНІ ЗАКОНОДАВЧИМ ВІРУСОМ, ТА ЇХ КОМПЛЕКСНЕ ВИРІШЕННЯ

Доведено наявність у системі Кримінального кодексу України законодавчого вірусу, дія якого має своїм наслідком безпідставне визнання злочинними діянь осіб, які вимушено запропонували, пообіцяли або надали неправомірну вигоду внаслідок учиненого щодо них вимагання неправомірної вигоди спеціальними суб'єктами злочинів, передбачених статтями 154, 368, 3683, 3684, 3692 КК. Запропоноване комплексне вирішення теоретичних і практичних проблем, викликаних цим вірусом.

Ключові слова: корупція; корупційні злочини; неправомірна вигода; вимагання неправомірної вигоди; законодавчий вірус.

Киричко В. Н., кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного права № 1, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: 7data7@ukr.net ; ORCID 0000-0003-2442-6842

Вымогательство неправомерной выгоды: теоретические и практические проблемы, вызванные законодательным вирусом, их комплексное решение

Обосновывается наличие в системе Уголовного кодекса Украины законодательного вируса, действие которого имеет своим последствием безосновательное признание преступными деяний лиц, которые вынужденно предложили, пообещали или предоставили неправомерную выгоду вследствие совершенного в отношении их вымогательства неправомерной выгоды специальными

субъектами преступлений, предусмотренных статьями 154, 368, 368З, 368А, 3692 УК. Предлагается комплексное решение теоретических и практических проблем, вызванных данным вирусом.

Ключевые слова: коррупция; коррупционные преступления; неправомерная выгода; вымогательство неправомерной выгоды; законодательный вирус.

Постановка проблеми й актуальність теми. Проблематика цієї статті стосується кримінально-правових норм, передбачених статтями 154, 368, 368^З, 368^А, 369, 369² КК, причому відразу різних їх аспектів: законодавчого, наукового і практичного. Ядром розглядуваної проблематики є соціальна сутність вимагання неправомірної вигоди та її юридичне значення – як вони визначені в Кримінальному кодексі України (далі – КК) і розуміються в науці кримінального права та правозастосовній практиці. У життєвому вимірі зазначена сутність виглядає так: за чинним КК вимагання неправомірної вигоди визнається обтяжуючою обставиною корупційних злочинів, передбачених статтями 154, 368, 368^З, 368^А, 369² КК, причому кримінальній відповідальності підлягає як особа, яка вимагала неправомірну вигоду (службова особа або інший спеціальний суб'єкт), так і та особа, яка внаслідок таких дій запропонувала, пообіцяла або надала неправомірну вигоду. Я категорично не згоден з таким законодавчим рішенням і вважаю, що особа, яка запропонувала, пообіцяла або надала неправомірну вигоду внаслідок вчиненого щодо неї вимагання неправомірної вигоди, повинна визнаватися такою, що не вчинювала суспільно небезпечного діяння і тому не підлягає кримінальній відповідальності, а в разі заподіяння їй шкоди – визнаватися потерпілою від злочину.

Актуальність теми визначається тим, що існуюче законодавче рішення фактично призводить до безпідставного порушення прав багатьох людей, причому це відбувається не через порушення формальних юридичних приписів КК, а навпаки – з їх дотриманням. Тобто йдеться про застосування таких норм, в яких є законодавчий вірус, і тому порушення прав людей є наслідком наявності в самому КК приписів, неправильність яких схована в глибині змісту відповідних норм. Поняття законодавчого вірусу в системі КК вперше було введено нами в науковий обіг у 2016 р. і тоді ж були визначені його характерні ознаки та його дія на прикладі ст. 368² КК «Незаконне збагачення» [1]. У той самий період я порушував також питання про наявність у КК вірусу, який розглядається в цій публікації, і навіть розробив пропозиції щодо «лікування» від нього, однак цих зусиль явно недостатньо. Як вбачається, ця проблематика є настільки складною, що лише різноаспектний її аналіз здатний розкрити те, в чому вірус полягає і виражається, а розв'язати теоретичні і практичні проблеми, спричинені ним, можна лише комплексним рішенням.

Аналіз останніх досліджень. Різні аспекти розглядуваної проблематики відображені в підручниках з Особливої частини кримінального права України, науково-практичних коментарях КК, наукових працях про злочини в сфері службової діяльності та діяльності з надання публічних послуг, а також публікаціях щодо вимагання неправомірної вигоди. Зокрема цю проблематику досліджували П. П. Андрушко (P. P. Andrushko), С. В. Гізімчук (S. V. Hizimchuk), О. Ф. Бан-

тишев (О. Ф. Bantyshev), Ю. В. Гродецький (Yu. V. Hrodetskiyi), О. О. Дудоров (О. О. Dudorov), К. П. Задоя (К. Р. Zadoia), О. В. Кришевич (О. V. Kryshyevych), В. М. Куц (V. M. Kuts), О. В. Логінов (О. V. Lohinov), М. І. Мельник (М. I. Melnyk), Д. Г. Михайленко (D. H. Mykhailenko), В. О. Навроцький (V. O. Navrotskiyi), В. І. Осадчий (V. I. Osadchyi), Я. В. Ризак (Ya. V. Ryzak), А. В. Савченко (A. V. Savcenkho), Т. І. Слуцька (T. I. Slutska), А. А. Стрижевська (A. A. Stryzhevskya), В. І. Тютюгін (V. I. Tiutiuhin), М. І. Хавронюк (M. I. Khavroniuk), Ф. В. Шиманський (F. V. Shymankysi), О. М. Юрченко (O. M. Yurchenko), С. В. Якімова (S. V. Yakymova), Н. М. Ярмиш (N. M. Yarmysh), О. Д. Ярошенко (O. D. Yaroshenko) та ін.

Більшість науковців пояснюють відповідні приписи КК виходячи з презумпції, що оскільки пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди особою, в якій її вимагав спеціальний суб'єкт, підпадають під дію відповідних статей КК, то такі дії є суспільно небезпечними. Деякі вчені при аналізі таких дій звертали увагу на положення ст. 39 КК про крайню необхідність, однак при цьому одні приходили до висновку про її наявність [2, с. 397], а інші – про її відсутність [3, с. 188–189]. Моя позиція принципово відрізняється, оскільки я переконаний, що зазначені дії хоча й підпадають під статті КК, але не є суспільно небезпечними, а мають визнаватися правомірними. Отже, констатую помилкове рішення законодавця, яке необхідно виправляти шляхом внесення відповідних змін до КК.

Метою статті є: 1) з'ясування причин існування неправильного законодавчого рішення; такий наголос вбачається важливим з урахуванням того, що моя позиція щодо цієї проблематики вже була детально відображена в монографії «Кримінальна відповідальність за корупцію» [4] та інших публікаціях [5], однак після внесення низки змін до КК правова ситуація ще більше ускладнилась; 2) розроблення пропозицій щодо внесення комплексних змін до КК, які можуть вирішити розглядувані проблеми.

Виклад основного матеріалу. Виходячи зі змісту проблематики вбачаю правильним таку послідовність її теоретичного висвітлення, при якій спочатку аналізується законодавчий, а потім – теоретичний і практичний аспекти, і на завершення – пропозиції щодо вирішення проблем шляхом внесення відповідних змін до КК.

З урахуванням того, хто визнавався спеціальним суб'єктом вимагання неправомірної вигоди, а також того, як вирішувалось питання про відповідальність особи, яка внаслідок вимагання у неї неправомірної вигоди пропонувала, обіцяла або надала її, для цілей даного дослідження вбачаю важливим виділити такі періоди:

По-перше, це період дії Кримінального кодексу УРСР 1960 р., який характеризувався наступним: 1) щодо посадової особи: а) вимагательство такою особою хабара визнавалось кваліфікуючою ознакою одержання хабара і тягло відповідальність за ч. 3 ст. 168 Кодексу; б) особа, яка дала хабар внаслідок вимагательства у неї хабара, звільнялась від кримінальної відповідальності на підставі

ч. 3 ст. 170 Кодексу; 2) щодо працівника підприємства, установи або організації, який не є посадовою особою: а) за ст. 155² (включена до Кодексу в 1981 р.) він визнавався суб'єктом одержання шляхом вимагательства незаконної винагороди від громадянина за виконання роботи або надання послуги в сфері торгівлі, громадського харчування, побутового, комунального, медичного, транспортного або іншого обслуговування населення, що входять в коло службових обов'язків такого працівника; б) особа, яка внаслідок зазначеного вимагательства надала незаконну винагороду, не підлягала кримінальній відповідальності і визнавалась потерпілою від цього злочину.

По-друге, з 1 вересня 2001 р., коли набрав чинності КК, і до внесення до нього відповідних змін: 1) щодо службової особи: а) вимагання такою особою хабара визнавалось кваліфікуючою ознакою одержання хабара і тягло відповідальність за ч. 2 ст. 368 КК; б) особа, яка дала хабар внаслідок вимагання у неї хабара, звільнялась від кримінальної відповідальності на підставі ч. 3 ст. 369 КК; 2) щодо працівника державного підприємства, установи чи організації, який не є службовою особою: а) за ст. 354 КК він визнавався суб'єктом незаконного одержання шляхом вимагання в будь-якому вигляді матеріальних благ або вигід майнового характеру у значному розмірі за виконання чи невиконання будь-яких дій з використанням становища, яке він займає на підприємстві, в установі чи організації; б) особа, яка внаслідок зазначеного вимагання надала матеріальні блага або вигоду майнового характеру, не підлягала кримінальній відповідальності і визнавалась потерпілою від цього злочину.

По-третє, це період, коли до КК неодноразово вносились зміни та доповнення, які стосуються розглядуваної проблематики. Узагальнено їх результати можна характеризувати так: 1) спеціальним суб'єктом вимагання неправомірної вигоди визнаються: а) за ч. 4 ст. 354 КК – працівник підприємства, установи чи організації або особа, яка працює на користь підприємства, установи, організації (які не є службовими особами); б) за ч. 3 ст. 368 КК – службова особа, визначена в примітці до ст. 364 КК; в) за ч. 4 ст. 368³ КК – службова особа юридичної особи приватного права; г) за ч. 4 ст. 368⁴ КК – особа, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг; д) за ч. 3 ст. 369² КК – службова особа або особа, яка надає публічні послуги (такий висновок впливає із змісту п. 3 примітки до ст. 354 КК та місця ст. 369² у системі Особливої частини КК); 2) у всіх зазначених кримінально-правових нормах вимагання неправомірної вигоди спеціальним суб'єктом визнається кваліфікуючою ознакою, яка обтяжує їх кримінальну відповідальність; 3) вимагання неправомірної вигоди лише до 18 травня 2013 р. визнавалось самостійною підставою звільнення від кримінальної відповідальності особи, яка внаслідок цього надала неправомірну вигоду спеціальному суб'єкту, крім ст. 369² КК, яка не передбачала подібних приписів, та ст. 354 КК, яка взагалі не визнавала останні дії злочинними.

Із викладеного можна зробити такі загальні висновки щодо зазначених періодів: 1) стосовно спеціальних суб'єктів, які вимагають неправомірну вигоду: а) коло таких суб'єктів зараз є найширшим; б) вимагання неправомірної вигоди

лише за ст. 155² КК УРСР 1960 р. та до 18 травня 2013 р. за ст. 354 КК визнавалось ознакою основного складу злочину, а в усіх інших випадках – кваліфікуючою ознакою, що обтяжує покарання та впливає на кваліфікацію злочинних діянь; 2) щодо особи, яка внаслідок вимагання у неї неправомірної вигоди спеціальним суб'єктом надала їй: а) коло таких осіб зараз є найширшим; б) за статтями 155² КК УРСР 1960 р. і до 18 травня 2013 р. за ст. 354 КК така особа не підлягала кримінальній відповідальності і визнавалась потерпілою від злочину; в) стосовно статей 354 (з 18 травня 2013 р.) і 369² КК взагалі не було законодавчих приписів про визнання вимагання неправомірної вигоди підставою звільнення особи від кримінальної відповідальності; г) стосовно злочинів, передбачених ст. 370 КК УРСР 1960 р. («Давання хабара») та до 18 травня 2013 р. статтями 368³, 368⁴, 369 КК, вимагання неправомірної вигоди визнавалось самостійною підставою для звільнення особи від кримінальної відповідальності; д) з 18 травня 2013 р. існує єдине законодавче рішення щодо статей 354, 368, 368³, 368⁴, 369, 369² КК, яке полягає в тому, що вимагання неправомірної вигоди не визнається самостійною підставою для звільнення від кримінальної відповідальності, з чого випливає, що особа, яка внаслідок такого вимагання запропонувала, пообіцяла або надала неправомірну вигоду, визнається суб'єктом відповідного злочину і за формальними юридичними ознаками на загальних підставах може нести кримінальну відповідальність.

Таким чином, фактично з 18 травня 2013 р., коли набрав чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність із стандартами Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» від 18 квітня 2013 р. № 221-VII, маємо уніфіковане, на мій погляд, неправильне рішення законодавця щодо визнання злочинними дій осіб, які вимушено запропонували, пообіцяли або надали неправомірну вигоду внаслідок вимагання у них неправомірної вигоди спеціальними суб'єктами злочинів, передбачених статтями 354, 368, 368³, 368⁴, 369² КК. Стверджую, що такі дії в усіх випадках не лише не є суспільно небезпечними, а повинні визнаватися правомірними. Вони не можуть визнаватися злочинами, тому що суспільна небезпечність є обов'язковою ознакою злочину відповідно до ч. 1 ст. 11 КК, а вчинення особою саме суспільно небезпечного діяння входить до підстави кримінальної відповідальності згідно з ч. 1 ст. 2 КК. З погляду прав і свобод людини це означає, що наслідком такого неправильного законодавчого рішення (законодавчого вірусу) може бути безпідставне: а) притягнення особи до кримінальної відповідальності і б) невизнання особи потерпілою від вимагання у неї неправомірної вигоди спеціальним суб'єктом.

Щоб «вилікувати» КК від розглядуваного законодавчого вірусу, необхідно знати відповіді на питання про те: 1) яким чином проникли до КК заражені вірусом положення і де вони зараз існують у системі норм КК; це дозволяє встановити те, що потребує змін; 2) в чому полягають недоліки тих законодавчих приписів, що приховують в собі вірус; це дозволяє розробити пропозиції щодо усунення таких недоліків.

У пошуку відповіді на перше запитання спочатку звернемо увагу на відсутність офіційного обґрунтування необхідності прийняття зазначених змін до КК Законом України від 18 квітня 2013 р. № 221-VII як на одну з причин появи розглядуваного законодавчого вірусу. Із назви законопроекту та змісту пояснювальної записки авторів законопроекту видно, що він спрямований на приведення змісту положень КК до стандартів Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією та на врахування рекомендацій, наданих Україні за результатами третього раунду оцінювання Групою держав Ради Європи проти корупції. Однак фактично цим Законом були внесені такі зміни, які не відповідали цій меті і не мали обґрунтування необхідності їх внесення до КК.

По-перше, стосовно криміналізації діянь осіб, які запропонували, пообіцяли або надали неправомірну вигоду внаслідок вимагання у них такої вигоди працівником підприємства, установи чи організації або особою, яка працює на користь підприємства, установи, організації (які не є службовими особами). Така криміналізація «обґрунтована» авторами законопроекту однією тезою – спрямованістю змін на «криміналізацію всіх елементів активного та пасивного хабарництва». Однак ця теза не витримує критики, адже йдеться про дії, які вчинюються особами вимушено, під погрозою заповдіння їм шкоди, а тому вони завжди не мають ознак активного хабарництва в розумінні зазначеної Кримінальної конвенції. Так, у ст. 7 Конвенції буквально вказано на те, що дача хабара в приватному секторі має своєю метою заохочення осіб, «які обіймають керівні посади в приватних підприємствах або працюють на них у будь-якій якості», «до виконання чи невиконання наданих їм повноважень на порушення їхніх обов'язків». У більш широкому контексті ця сутність відображена у ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII, де активна корупція характеризується як «обіцянка/пропозиція чи надання неправомірної вигоди особі, зазначеній у частині першій статті 3 цього Закону, або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам з метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей». Очевидно, що діяння осіб, які запропонували, пообіцяли або надали неправомірну вигоду внаслідок вимагання у них такої вигоди працівником підприємства, установи чи організації або особою, яка працює на користь підприємства, установи, організації, не мають спрямованості на те, щоб схилити таких осіб до порушення їхніх обов'язків і не є активним хабарництвом у розумінні Кримінальної конвенції та названого Закону України. Це означає, що зазначені дії осіб, учинені внаслідок вимагання у них неправомірної вигоди, фактично криміналізовані за частинами 1 і 2 ст. 354 КК за відсутності обґрунтування необхідності їх криміналізації в пояснювальній записці та фактичних підстав для їх криміналізації.

По-друге, стосовно виключення з КК приписів щодо вимагання неправомірної вигоди як самостійної підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності. Автори законопроекту аргументували це спрямованістю змін на «усунення ризику зловживання інститутом дійового каяття». Сама

рекомендація Групи держав Ради Європи проти корупції полягала в тому, щоб проаналізувати та відповідно переглянути автоматичне – та обов'язково повсюдне – звільнення від кримінальної відповідальності осіб, які вчинили активне хабарництво і заявили про це до правоохоронних органів (пункт 71). Отже, йдеться лише про одну з підстав звільнення особи від кримінальної відповідальності – добровільну заяву про те, що сталося, адже лише такі дії є дійовим каяттям. Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з тим, що стосовно особи мало місце вимагання неправомірної вигоди, не є проявом дійового каяття, воно взагалі не пов'язане з жодною поведінкою особи після вимушеного надання неправомірної вигоди. Це означає, що заявлена авторами законопроекту мета усунення ризику зловживання інститутом дійового каяття взагалі не стосується цього виду звільнення, і не стосуються зауваження Групи держав Ради Європи проти корупції. Отже, виключення з КК приписів щодо вимагання неправомірної вигоди як самостійної підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності так само не мало обґрунтування в пояснювальній записці, а фактичних підстав для цього також не було. Головне науково-експертне управління Верховної Ради України в своєму висновку на проект зазначеного Закону рекомендувало його відхилити за результатами розгляду в першому читанні.

Далі звернемо увагу на те, в якому вигляді розглядуваний вірус був занесений до системи Особливої частини КК та яким чином він викликає негативні наслідки. У цьому аспекті виділимо три групи діянь.

Перша з них – це діяння осіб, які пропонували, обіцяли або надали неправомірну вигоду внаслідок вимагання у них такої вигоди працівником підприємства, установи чи організації або особою, яка працює на користь підприємства, установи, організації (які не є службовими і не надають публічні послуги) (ч. ч. 1 і 2 ст. 354 КК). Їх безпідставну криміналізацію можна назвати прямою, оскільки до 18 травня 2013 р. такі діяння взагалі не передбачались у КК. Особливу увагу звернемо на соціальний вимір такого помилкового рішення, адже йдеться про криміналізацію таких діянь, які не визнавалися злочинними як за ст. 354 КК до 18 травня 2013 р., так і за ст. 155² КК УРСР 1960 р. Більше того, особи, які вчинили такі діяння в зазначений період, визнавалися потерпілими від злочину, а тепер у разі вчинення таких дій безпідставно визнаються злочинцями. Отже, виходячи з викладеного можна стверджувати, що законодавчий вірус, який стосується цієї групи діянь, з'явився в КК шляхом прийняття ст. 354 КК у новій редакції Законом України від 18 квітня 2013 р. № 221-VII та існує у виді недосконалої редакції цієї статті КК, яка охоплює собою зазначені діяння, що не є суспільно небезпечними.

Друга група – це пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди за вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, вчинені внаслідок вимагання такої вигоди, про що йдеться в складі зловживання впливом (ст. 369² КК). Вірус у цій статті КК з'явився з моменту включення її до КК згідно з Законом України від 7 квітня 2011 р. № 3207-VI.

Стосовно ст. 369² у КК не було приписів щодо вимагання як самостійної підстави звільнення особи від кримінальної відповідальності, але застосування ч. 3 цієї статті, де йдеться про вимагання, на практиці фактично було заблоковано невизначеністю змісту вимагання, який не може бути таким самим, як в інших розглянутих статтях [4, с. 254–261], і не визнається таким законодавцем. Це блокування зберігається і зараз, однак одночасно при цьому зберігається реальна можливість настання негативних наслідків внаслідок зараження цієї норми законодавчим вірусом.

Третя група – це діяння осіб, які пропонували, обіцяли або надали неправомірну вигоду внаслідок вимагання у них такої вигоди службовою особою або особою, яка надає публічні послуги (статті 368³, 368⁴, 369 КК). Недосконалі законодавчі положення, в глибині змісту яких існує законодавчий вірус, характеризують поведінку тих осіб, які здійснюють активний підкуп, тобто йдеться про диспозиції частин перших зазначених статей КК, а ще раніше – ч. 1 ст. 170 КК УРСР 1960 р. Однак така недосконалість існувала весь період дії зазначених кримінально-правових норм. Основна їх законодавча вада полягає в тому, що вони своїми формально-юридичними ознаками відповідно до змісту кожної з норм охоплюють розглядувані діяння, які не є суспільно небезпечними. Разом з тим, можливість законодавчого вірусу проявляти себе була значною мірою заблокована законодавчими приписами щодо визнання вимагання неправомірної вигоди самостійною підставою для звільнення особи від кримінальної відповідальності. Такі приписи передбачалися в ч. 3 ст. 170 КК УРСР 1960 р., а також до 18 травня 2013 р.: у ч. 5 ст. 368³; у ч. 5 ст. 368⁴; у ч. 3, а потім у ч. 6 ст. 369 КК. Це блокування було частковим, оскільки негативні наслідки вірусу проявляли себе на практиці у вигляді невизнання особи, яка внаслідок вимагання надала неправомірну вигоду, потерпілою від злочину і невідшкодування їй заподіяної шкоди. Такі негативні наслідки «пробивались» через недосконалість законодавчих формулювань про вимагання неправомірної вигоди: в КК наявність останнього помилково визначалась як підстава для звільнення, замість того, щоб визнаватись підставою, яка завжди і безумовно виключає відповідальність особи [4, с. 171–175]. Зазначене блокування було фактично знято приписами Закону України від 18 квітня 2013 р. № 221-VII про те, що вимагання неправомірної вигоди не є самостійною підставою звільнення особи від кримінальної відповідальності. Як наслідок цього з 18 травня 2013 р. відбулась повна фактична криміналізація діянь осіб, які пропонували, обіцяли або надали неправомірну вигоду внаслідок вимагання у них такої вигоди службовою особою або особою, яка надає публічні послуги. З цього самого дня законодавчий вірус проявляє себе у виді безпідставного визнання злочинцями осіб, які вчинили такі діяння.

Законодавчий вірус має однакові за своєю сутністю негативні наслідки для всіх зазначених трьох груп діянь. Фактичні ж наслідки є різними, оскільки різним може бути покарання за вчинення таких діянь і розміри невідшкодуваної шкоди. Отже, відповідаючи на перше з поставлених вище питань, можна стверджувати, що для «лікування» КК від розглядуваного законодавчого вірусу

необхідним є комплексне рішення щодо вдосконалення норм, передбачених статтями 354, 368, 368³, 368⁴, 369, 369² КК.

Далі, щодо другого питання: в чому полягають недоліки законодавчих приписів, що приховують в собі вірус? Як вбачається, основними законодавчими вадами зазначених кримінально-правових норм є те, що вони: 1) не враховують особливостей суспільно небезпечного характеру вимагання неправомірної вигоди порівняно з підкупом і 2) не відображають зв'язок вимагання неправомірної вигоди з відносинами у сфері діяльності спеціальних суб'єктів, які виступають основними об'єктами злочинів.

По-перше, щодо неврахування особливостей суспільно небезпечного характеру вимагання неправомірної вигоди порівняно з підкупом. Розглядувані кримінально-правові норми охоплюють собою вимагання неправомірної вигоди, вчинене спеціальним суб'єктом, яке за своїм характером не є підкупом, а суттєво відрізняється від останнього за характером суспільної небезпечності. Так, вимагання неправомірної вигоди за чинним КК визначено у п. 5 примітки до ст. 354 КК як єдине для статей 354, 368³, 368⁴, 369 (на ст. 369² воно не поширюється) і означає «вимогу щодо надання неправомірної вигоди з погрозою вчинення дій або бездіяльності з використанням свого становища, наданих повноважень, влади, службового становища стосовно особи, яка надає неправомірну вигоду, або умисне створення умов, за яких особа вимушена надати неправомірну вигоду з метою запобігання шкідливим наслідкам щодо своїх прав і законних інтересів». Отже, вимагання неправомірної вигоди за попередніми і чинним його законодавчими визначеннями завжди поєднано з погрозою заподіяння шкоди правам, свободам або законним інтересам особи, у якої вимагають вигоду. На цьому неодноразово наголошував і Верховний Суд України. Наявність погрози заподіяння шкоди правам, свободам або законним інтересам особи, з якою спеціальний суб'єкт вступає в службові відносини, суттєво змінює характер відносин сторін, порівняно з підкупом. При підкупі обидві сторони вчинюють взаємообумовлені діяння, які визнаються корупційними і підлягають кримінальній відповідальності. При цьому той, хто підкупує спеціального суб'єкта, діє добровільно з метою схилити останнього до протиправного використання службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей і в такий спосіб задовольнити свій або іншої особи незаконний інтерес. При вимаганні неправомірної вигоди має місце протилежний за напрямком вплив – спеціальний суб'єкт примушує іншу особу до надання неправомірної вигоди, погрожуючи заподіяти шкоду її правам, свободам або законним інтересам. Тому остання особа, яка надає неправомірну вигоду за таких обставин, діє *вимушено і з метою захистити свої права, свободи або законні інтереси*.

Таким чином, при підкупі обидві сторони вчинюють корупційні дії і підлягають за це кримінальній відповідальності, а при вимаганні неправомірної вигоди лише спеціальний суб'єкт вчинює корупційні дії, а інша сторона вчинює дії, які не підпадають під визначення корупції, наведене в ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII, і повинна визнаватися

потерпілою від корупційних дій. На неї повною мірою повинні поширюватись приписи Цивільної конвенції про боротьбу з корупцією, підписаної Україною 4 листопада 1999 р. і ратифікованої Законом України від 16 березня 2005 р. № 2476-IV. Відповідно до ст. 3 цієї Конвенції особа, якій заподіяна шкода внаслідок корупційних дій, має право на повну компенсацію за заподіяну шкоду, яка може охоплювати матеріальні збитки, втрачену вигоду та немайнову шкоду.

При такому співвідношенні підкупу і вимагання неправомірної вигоди їх співіснування в рамках однієї кримінально-правової норми має суттєві негативні наслідки. Насамперед вони полягають у тому, що їх відмінності в характері суспільної небезпечності є малопомітними, і як похідний наслідок цього – зазначена вище криміналізація тих діянь, які не є суспільно небезпечними. Крім того, та сама відмінність означає, що вимагання за своєю сутністю не є обтяжуючою ознакою підкупу і існує в такому юридичному статусі лише тому, що юридичні формулювання основних складів розглядуваних злочинів є широкими за змістом. Тому, наприклад, за ст. 368 КК відповідальність за підкуп диференціюється залежно від розміру неправомірної вигоди – у значному (ч. 2), великому (ч. 3) і особливо великому (ч. 3) розмірах, а одержання неправомірної вигоди шляхом вимагання – лише за ознакою особливо великого розміру (ч. 4). Як вбачається, диференціація кримінальної відповідальності за вимагання неправомірної вигоди залежно від розміру вигоди повинна бути окремою, оскільки вона відображає не тільки різні рівні незаконного збагачення спеціального суб'єкта, як це має місце при підкупі, а одночасно також різні рівні шкоди, яка може бути або заподіяна потерпілому. Подібні вади стосуються й інших кваліфікуючих ознак. Так, ознаки повторності і вчинення злочину за попередньою змовою групою осіб указані як кваліфікуючі ознаки в частинах четвертих статей 354, 368³ та 368⁴, а також у ч. 3 ст. 368 КК альтернативно вимагання неправомірної вигоди, що означає відсутність у КК більш суворої відповідальності за вчинення самого вимагання неправомірної вигоди повторно або за попередньою змовою групою осіб. Так само відсутня підвищена кримінальна відповідальність за вимагання неправомірної вигоди службовою особою, яка займає відповідальне становище (ч. 3 ст. 368 КК), порівняно з вимаганням, учиненим службовою особою, яка не займає такого становища.

Отже, із викладеного випливає, що вимагання неправомірної вигоди спеціальним суб'єктом повинно бути виділено із кримінально-правових норм, передбачених статтями 354, 368, 368³, 368⁴ КК. З цією метою пропоную: 1) вимагання неправомірної вигоди службовою особою і особою, яка надає публічні послуги, виділити в окрему статтю 368⁵ КК; 2) вимагання неправомірної вигоди працівником або іншою уповноваженою особою підприємства, установи чи організації, яка не є службовою і не надає публічні послуги, виділити в ст. 354¹ КК. В обох запропонованих статтях необхідно також диференціювати кримінальну відповідальність. Таке рішення включає в себе правильне відображення особливостей характеру суспільної небезпечності дій спеціальних суб'єктів, які вимагають неправомірну вигоду, а також юридичну констатацію відсутності суспільної

небезпечності в діях особи, в якій вимагають таку вигоду, та визнання останньої потерпілою від злочину.

Вимагання неправомірної вигоди в складі зловживання впливом (ч. 3 ст. 369² КК) має важливі особливості, які ми детально відображали раніше [4, с. 254–261]. Злочинні дії, передбачені ст. 369² КК, за характером суспільної небезпечності є спеціальним видом підкупу, який на відміну від зазначених статей КК більш конкретизований за своїми юридичними ознаками. Тому вимагання з таким змістом, як у інших статтях КК, є непридатним для зловживання впливом, що підтвердив і законодавець, не вказавши на ст. 369² КК у визначенні вимагання неправомірної вигоди в п. 5 примітки до ст. 354 КК. Це означає, що ознаку вимагання неправомірної вигоди достатньо просто виключити із ч. 3 ст. 369² КК. Таку пропозицію я висловлював раніше і вона підтримана в науковій літературі [6, с. 245].

По-друге, щодо невідображення в статтях 354, 368, 368³, 368⁴ КК зв'язку вимагання неправомірної вигоди з відносинами в сфері діяльності спеціальних суб'єктів, які виступають основними об'єктами злочинів. У зазначених статтях КК йдеться про таке вимагання, яке вчинюється вже після того, як спеціальний суб'єкт вступив у відносини з іншою особою саме в такому статусі, а не як приватна особа. Підтвердженням цього є наявність у зазначених складах злочинів юридичних ознак, що відображають те, за що вимагає спеціальний суб'єкт неправомірну вигоду. Наприклад, у ч. 1 ст. 368 КК зазначено: «за вчинення чи не вчинення такою службовою особою в інтересах того, хто пропонує, обіцяє чи надає неправомірну вигоду, чи в інтересах третьої особи будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища». Однак, оскільки ці ознаки поширюються й на підкуп, то вони не відображають особливостей зв'язку вимагання неправомірної вигоди з відносинами, які є основним об'єктом злочину.

Тому в запропонованих мною нових статтях КК про вимагання неправомірної вигоди необхідно відобразити: 1) що вимагання неправомірної вигоди спеціальним суб'єктом вчинюється після того, як такий суб'єкт у такому статусі вступив у відносини з іншою особою, і саме по собі є порушенням цих відносин; 2) що порушення в сфері основного об'єкта за своїм змістом завжди полягає в поставленні спеціальним суб'єктом належного (законного) здійснення своїх повноважень щодо іншої особи в залежність від надання йому неправомірної вигоди, тобто як необхідної умови належного (законного) здійснення своїх повноважень; 3) що вимагання неправомірної вигоди, на відміну від її прохання, є не пропозицією добровільно надати неправомірну вигоду, а примусом до надання такої вигоди; 4) що такий примус може здійснюватись різними способами чи їх поєднанням, зокрема: а) погрозою заподіянням шкоди (інформаційною дією), або б) виражатись як діяння, яким створюється в об'єктивній реальності небезпека заподіяння шкоди, або в) фактичним заподіянням шкоди; 5) що всі способи примусу повинні мати зв'язок із службовим становищем або повноваженнями спеціального суб'єкта; 6) що спеціальний суб'єкт не вступає в корупційну змову з іншою стороною відносин, як це відбувається при підкупі,

а вчинює корупційне службове зловживання проти прав, свобод чи законних інтересів іншої особи, яка визнається потерпілою від його дій; 7) що основний законний інтерес особи, яка вступила у відносини зі спеціальним суб'єктом, полягає в належному (законному) здійсненні останнім своїх службових повноважень і виникає ще до вимагання неправомірної вигоди; 8) що вимушено надаючи спеціальному суб'єкту неправомірну вигоду, особа захищає свій законний інтерес, наприклад, у вигляді одержання на законних підставах певного документа або іншої адміністративної (публічної) послуги, і уникає шкоди, можливістю заподіяння якої залякує спеціальний суб'єкт; 9) що характер суспільної небезпечності вимагання неправомірної вигоди визначається тим, що воно навіть без надання потерпілим неправомірної вигоди здатне заподіяти істотну шкоду суспільним відносинам, зокрема це може виражатися в незадоволенні зазначеного законного інтересу особи (неотриманні особою адміністративної послуги тощо).

Отже, якщо при аналізі вимагання неправомірної вигоди в контексті співвідношення з підкупом я наголошував на діях потерпілого з метою захисту своїх прав, свобод або законних інтересів, то у разі відображення в законі викладених вище положень така спрямованість отримує більшу конкретизацію в сфері основних об'єктів злочинів. Тобто крім захисту від реалізації погрози чітке відображення в законі знайде спрямованість дій потерпілого на задоволення законного інтересу у сфері основного об'єкта, який полягає у *належному (законному) здійсненні спеціальним суб'єктом своїх службових повноважень*. Це означає, що такі дії потерпілого завжди не підпадають під законодавче визначення корупції, тому що не вчинюються з метою схилити спеціального суб'єкта до протиправного використання наданих йому службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей, і не є суспільно небезпечними, оскільки не заподіюють і не можуть заподіяти не лише істотної, а й будь-якої шкоди об'єкту кримінально-правової охорони.

Така юридична конкретизація також дозволить подолати труднощі у вирішенні питання про відмежування вимагання неправомірної вигоди, вчиненого спеціальним суб'єктом, від вимагання, вчиненого службовою особою з використанням свого службового становища (ч. 2 ст. 189 КК), як злочину проти власності. Це питання я досліджував з наданням теоретичних рекомендацій щодо його вирішення [4, с. 162–164]. Разом з тим, недостатність законодавчих розмежувальних ознак обумовлює збереження його дискусійного характеру. У разі реалізації моїх пропозицій щодо встановлення відповідальності за вимагання неправомірної вигоди спеціальними суб'єктами в статтях 354¹ і 368⁵ КК відносини власності в структурі складів злочинів займуть місце додаткового об'єкта, на відміну від ст. 189 КК, де вони є основним об'єктом, але заподіяння шкоди такому об'єктові буде створювати однакову юридичну підставу для відшкодування заподіяної шкоди потерпілому¹. Водночас зберігається вимагання,

¹ Моя позиція принципово відрізняється від позиції Д. Г. Михайленка, який запропонував виділити вимагання неправомірної вигоди службовою особою чи особою, яка надає публічні послуги, як злочин проти власності [2, с. 399].

вчинене службовою особою з використанням свого службового становища, коли відносини у сфері службової діяльності виступають додатковим об'єктом злочину (ч. 2 ст. 189 КК). Отже, ті норми про вимагання неправомірної вигоди, необхідність розроблення і прийняття яких аргументована вище, повинні також включати в себе юридичні ознаки, які б однозначно відображали те, що вимагання неправомірної вигоди спеціальним суб'єктом має своїм основним об'єктом суспільні відносини у сфері діяльності відповідних спеціальних суб'єктів.

Крім того, вбачаю за необхідне в запропонованих нормах по-новому вирішити питання про момент закінчення злочину – перенести його з моменту одержання неправомірної вигоди чи прийняття пропозиції чи обіцянки такої вигоди на момент вчинення самого вимагання неправомірної вигоди. Таке рішення системно узгоджується з конструкціями норм про підкуп і про вимагання за ст. 189 КК. Важливо також відобразити те, що вимагання неправомірної вигоди може стосуватися прав, свобод або законних інтересів потерпілого або його близького родича чи члена сім'ї, причому з урахуванням того, що поняттям потерпілого за ч. 1 ст. 55 Кримінального процесуального кодексу України охоплюються як фізична, так і юридична особи.

Для правильного розуміння викладених мною аргументів і пропозицій важливе значення має правильне розуміння змісту конвенційних норм, офіційно перекладених українською мовою, в яких є словосполучення «вимагання неправомірної переваги». Зокрема, воно є: а) в статтях 15, 16, 18, 21 Конвенції ООН проти корупції, причому в назві статей 15, 16, 21 вказано на підкуп; б) у статтях 3, 8, 12 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією. Зміст «вимагання неправомірної переваги» за текстом цих конвенцій є іншим, ніж у КК, тому що в конвенціях не вимагається поєднання вимоги неправомірної вигоди з погрозою, а в розглядуваних статтях КК таке поєднання є обов'язковим відповідно до п. 5 примітки до ст. 354 КК. Я вже звертав увагу на те, що в офіційних текстах конвенцій англійською мовою розглядуване поняття відображено як «solicitation of an undue advantage» (в Конвенції ООН) і «request of any undue advantage» (в Європейській конвенції), що у перекладі означають відповідно прохання і запит неправомірної переваги, можуть позначати інші дії, але вони не характеризуються обов'язковим поєднанням їх з погрозами [4, с. 259–260]. Пізніше на це звертали увагу й інші вчені [6, с. 245]. Зреагував на мої зауваження і законодавець, включивши до статей 354, 368, 368³ і 368⁴ КК альтернативну дію «прохання неправомірної вигоди», яка узгоджується з підкупом. Альтернативним варіантом такого законодавчого рішення є включення до зазначених норм КК замість «прохання» терміна «вимога», але без обов'язкового поєднання з погрозою (наприклад, як у ч. 2 ст. 183 та ч. 1 ст. 184 КК). Однак у будь-якому разі визначення вимагання неправомірної вигоди як «вимога, поєднана з погрозою..» (п. 5 примітки до ст. 354 КК) вказує на його специфічний зміст у системі КК. Тому воно потребує виділення в окремі статті КК як таке, що має іншу соціальну природу та повинно мати окрему кримінально-правову оцінку і кваліфікацію. Отже: 1) до включення терміна «прохання» до

зазначених статей КК поняття «вимагання неправомірної вигоди» не співпадало з конвенційним «solicitation/request of an undue advantage»; 2) після зазначеного доповнення КК «прохання неправомірної вигоди» стало відповідати конвенційним приписам; 3) вимагання неправомірної вигоди, яке завжди поєднано з погрозою, стало явно не відповідати конвенційним приписам і повинно бути виключено із зазначених статей та отримати самостійну кримінально-правову оцінку в статтях 154¹ та 368⁵ КК, які я пропоную прийняти.

З урахуванням викладеного, пропоную внести до КК такі зміни і доповнення:

1) доповнити статтями 354¹ і 368⁵:

«Стаття 354¹. Вимагання неправомірної вигоди працівником або іншою уповноваженою особою підприємства, установи чи організації»

1. Вимагання неправомірної вигоди працівником або іншою уповноваженою особою підприємства, установи чи організації, яка не є службовою і не надає публічні послуги, тобто вимога такою особою надання неправомірної вигоди для себе чи іншої особи як умови належного (законного) здійснення нею своїх повноважень стосовно потерпілого, його близького родича чи члена сім'ї, поєднана з погрозою чи створенням небезпеки заподіяння або заподіянням шкоди їх правам, свободам або законним інтересам шляхом умисного протиправного використання свого становища або повноважень – карається¹ ...

2. Те саме діяння, поєднане з фізичним насильством або предметом якого була неправомірна вигода у великому розмірі, або за попередньою змовою групою осіб, або повторно – карається ...

3. Діяння, передбачене частиною першою або другою цієї статті, предметом якого була неправомірна вигода в особливо великому розмірі або якщо воно спричинило тяжкі наслідки – карається ...».

«Стаття 368-5. Вимагання неправомірної вигоди службовою особою або особою, яка надає публічні послуги»

1. Вимагання неправомірної вигоди службовою особою або особою, яка надає публічні послуги, тобто вимога такою особою надання неправомірної вигоди для себе чи іншої особи як умови належного (законного) здійснення нею своїх повноважень стосовно потерпілого, його близького родича чи члена сім'ї, поєднана з погрозою чи створенням небезпеки заподіяння або заподіянням шкоди їх правам, свободам або законним інтересам шляхом умисного протиправного використання влади, свого службового становища або повноважень – карається ...

2. Те саме діяння, поєднане з фізичним насильством або предметом якого була неправомірна вигода у великому розмірі, або вчинене службовою особою, яка займає відповідальне становище, або за попередньою змовою групою осіб, або повторно – карається ...

3. Діяння, передбачене частиною першою або другою цієї статті, предметом якого була неправомірна вигода в особливо великому розмірі або вчинене

¹ Конкретні види та розміри покарання не пропоную, оскільки це питання потребує окремого дослідження і теоретичного обґрунтування.

службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, або якщо воно спричинило тяжкі наслідки – карається ...»;

2) у примітці до ст. 45 після цифри 354 доповнити цифрою 354¹;

3) у примітці до ст. 354: а) у пункті 2 слова «у цій статті» замінити на «у статтях 354 і 354¹ цього Кодексу»; б) у пункті 3 слова і цифри «у статтях 354, 368, 368³ – 370» замінити на «у статтях 354, 368, 368³, 368⁴, 369, 369², 370»; в) у пункті 4 слова і цифри «у статтях 354, 368, 368³, 368⁴ і 369 цього Кодексу» замінити на «у статтях 354, 354¹, 368, 368³, 368⁴, 368⁵ і 369 цього Кодексу»; г) пункт 5 виключити;

4) виключити: а) словосполучення «або поєднане з вимаганням неправомірної вигоди» в ч. 3 ст. 368; б) словосполучення «чи поєднані з вимаганням неправомірної вигоди» в ч. 4 ст. 354, ч. 4 ст. 368³, ч. 4 ст. 368⁴; в) частину 3 ст. 369²;

5) у примітці до статті 364¹ після цифри «368⁴» доповнити цифрою «368⁵»;

6) у примітці до ст. 368: а) у пункті 1 після слів «у великому розмірі» та «в особливо великому розмірі» доповнити словами і цифрами «у статтях 368 і 368⁵ цього Кодексу»; б) у пунктах 2 і 3 після цифри «368²» доповнити цифрою «368⁵».

Висновки. 1. У чинному КК є законодавчий вірус, який стосується вимагання неправомірної вигоди спеціальними суб'єктами злочинів, передбачених статтями 354, 368, 368³, 368⁴, 369² КК. Він існує у вигляді законодавчих приписів, які охоплюють діяння осіб, що не є суспільно небезпечними, а тому не повинні визнаватися злочинними.

2. Негативні наслідки зазначеного вірусу проявляються у безпідставному визнанні злочинними дій осіб, які вимушено внаслідок вимагання у них спеціальним суб'єктом неправомірної вигоди запропонували, пообіцяли або надали таку вигоду.

3. Запропоновані зміни і доповнення до КК є комплексним вирішенням розглядуваних у цій публікації проблем. У разі їх прийняття: а) дії особи, яка запропонувала, пообіцяла або надала неправомірну вигоду спеціальному суб'єкту, зазначеному в статтях 354, 368, 368³, 368⁴, 369² КК, який вимагав у неї таку вигоду, не підпадуть під дію норм КК, а особа, яка вимушено надала таку вигоду, визнаватиметься потерпілою від корупційного злочину; б) включення до КК спеціальних норм про вимагання неправомірної вигоди спеціальними суб'єктами (статей 154¹ і 368⁵) дозволить правильно відобразити в них характер суспільної небезпечності таких діянь, їх зв'язок з відносинами у сфері діяльності спеціальних суб'єктів (основними об'єктами злочинів), відрізнити такі злочини від підкупу і вимагання як злочину проти власності (ст. 189 КК), а також диференціювати кримінальну відповідальність за їх учинення.

Список літератури:

1. Киричко В. М. Законодавчий вірус у системі КК України: визначення і актуалізація проблеми на прикладі ст. 368² КК «Незаконне збагачення». *Проблеми законності*. 2016. Вип. 133. С. 142–151. DOI: 10.21564/2414-990x.133.70893.

2. Михайленко Д. Г. Правова природа вимагання хабара та неправомірної вигоди. *Актуальні проблеми держави і права*. 2010. Вип. 55. С. 395–401.
3. Дудоров О. О., Ризак Я. В. Проблемні питання вимагання неправомірної вигоди при вчиненні підкупу службової особи юридичної особи приватного права. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 1. С. 180–191.
4. Киричко В. М. Кримінальна відповідальність за корупцію. Харків: Право, 2013. 424 с.
5. Киричко В. М. Про відсутність суспільної небезпечності в діях особи, яка пропонувала, обіцяла або надала неправомірну вигоду внаслідок вимагання такої вигоди, та необхідність вдосконалення ч. 2 ст. 11 та пункту 5 примітки до ст. 354 КК України. *Вісник асоціації кримінального права України*. 2015. № 2 (5). С. 278–289. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2016/01/18_Киричко.pdf.
6. Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М. І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2016. 496 с.

References:

1. Kyrychko, V.M. (2016). Zakonodavchyi virus u systemi KK Ukrainy: vyznachennia i aktualizatsiia problemy na prykladi st. 368-2 KK «Nezakonne zbahachennia» [Some state – Legislative virus in the system of the Criminal Code of Ukraine: definition and actualization of the problem on the example of Article 368-2 of the Criminal Code of Ukraine]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 133, 142–151*. DOI: 10.21564/2414-990x.133.70893 [in Ukrainian].
2. Mykhailenko, D.H. (2010). Pravova pryroda vymahannia khabara ta nepravomirnoi vyhody. *Aktualni problemy derzhavy i prava – Actual problems of state and law, issue 55, 395–401* [in Ukrainian].
3. Dudorov, O.O., Ryzak, Ia.V. (2015). Problemni pytannia vymahannia nepravomirnoi vyhody pry vchynenni pidkupu sluzhbovoi osoby yurydychnoi osoby pryvatnoho prava. *Visnyk kryminalnoho sudochynstva – Bulletin of criminal proceedings, 1, 180–191* [in Ukrainian].
4. Kyrychko, V.M. (2013). Kryminalna vidpovidalnist za koruptsiu. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
5. Kyrychko, V.M. (2015). Pro vidsutnist suspilnoi nebezpechnosti v diiakh osoby, yaka proponuvala, obitsiala abo nadala nepravomirnu vygodu vnaslidok vymahannia takoi vyhody, ta neobkhdnist vdoskonalennia ch. 2 st. 11 ta punktu 5 prymitky do st. 354 KK Ukrainy. *Visnyk asotsiatsii kryminalnoho prava Ukrainy – Bulletin of the Association of Criminal Law of Ukraine, 2 (5), 278–289*. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2016/01/18_Киричко.pdf [in Ukrainian].
6. Khavroniuk, M.I. (Ed.). (2016). Nastilna knyha detektyva, prokurora, suddi: komentar antykoruptsiinoho zakonodavstva. Kyiv: VD «Dakor» [in Ukrainian].

Kirichko V. N., PhD in Law, Associate Professor of Criminal Law Department № 1, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: 7data7@ukr.net ; ORCID 0000-0003-2442-6842

The solicitation of an undue advantage: theoretical and practical problems caused by the legislative virus, and their comprehensive solution

There is a legislative virus in the system of the Criminal Code of Ukraine. It concerns articles 154, 368, 368-3, 368-4, 369, 369-2. The virus exists in the form of such legislative provisions, according to which the specified articles of the Criminal Code of Ukraine cover actions that should be recognized as lawful. As a result of the virus, those persons who must be recognized as victims of a crime are convicted of crimes.

The legislative virus is associated with the notion of “solicitation of an undue advantage” contained in Articles 15, 16, 18, 21 of the UN Convention against Corruption and the notion of “request of any undue advantage” contained in Articles 2, 8, 12 of the Criminal Law Convention on Corruption (ETS 173). In accordance with conventions, these concepts do not include the threat of causing harm to

human rights. In the aforementioned articles of the Criminal Code of Ukraine, there are two types of “solicitation/request of an undue advantage”. The first kind is the same as in the conventions. The second type is always combined with the threat of violation of rights. The virus belongs to the second of these values.

The negative consequences of the legislative virus are the condemnation of persons who were giving of any undue advantage to protect their rights from threats and did not intend to persuade another person to violate their official duties. As a result of the legislative virus, those who did not commit corrupt acts and who should be recognized as victims of a crime are condemned for committing a crime. Such a violation of the rights of citizens is subject to legislative provisions that the author considers to be false and requires correction.

The solution to the theoretical and practical problems caused by the specified virus is possible only by introducing several changes to the system of the Criminal Code of Ukraine. Projects of such changes are developed by the author and reflected in the publication. In case of their adoption, the specified legislative virus will be completely eliminated.

Keywords: corruption; corruption crimes; undue advantage; solicitation/request of an undue advantage; legislative virus.

Надійшла до редколегії 15.02.2018 р.



Климосьюк Андрій Сергійович,
аспірант кафедри кримінального права №1,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail : andyklime@ukr.net
ORCID 0000-0001-5017-3231

doi: 10.21564/2414–990x.140.122125
УДК 343.31

СПІВВІДНОШЕННЯ ДИВЕРСІЇ (СТ. 113 КК УКРАЇНИ) І ТЕРОРИСТИЧНОГО АКТУ (СТ. 258 КК УКРАЇНИ)

Висвітлено співвідношення диверсії та терористичного акту, яке включає у себе: 1) порівняльний аналіз кримінально-правових норм, передбачених статтями 113 та 258 КК України; 2) дослідження питань про конкуренцію цих норм і відмежування її від сукупності таких злочинів.

Ключові слова: основи національної безпеки; диверсія; терористичний акт.

Климосьюк А. С., аспірант кафедри уголовного права № 1, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail : andyklime@ukr.net ; ORCID 0000-0001-5017-3231

Соотношение диверсии (ст. 113 УК Украины) и террористического акта (ст. 258 УК Украины)

Освещается соотношение диверсии и террористического акта, которое включает в себя: 1) сравнительный анализ уголовно-правовых норм, предусмотренных статьями 113 и 258 УК Украины; 2) исследование вопросов о конкуренции этих норм и ограничения ее от совокупности таких преступлений.

Ключевые слова: основы национальной безопасности; диверсия; террористический акт.

Вступ. Множинність форм вчинення диверсії зумовлює наявність у КК України (далі – КК) великої кількості суміжних з нею норм, що створює значні труднощі при застосуванні ст. 113 КК на практиці. Найбільш складним сьогодні є питання співвідношення диверсії і терористичного акту. Незважаючи на значну увагу науковців, воно зберігає проблемний характер і потребує ґрунтового дослідження.

Актуальність теми цього дослідження зумовлена тим, що в сучасних умовах в Україні має місце тенденція до збільшення кількості диверсійних та терористичних актів, а аналіз судової практики показує, що питання про співвідношення таких злочинів вирішується по-різному.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Співвідношення диверсії та терористичного акту досліджували О. Ф. Бантишев (O. F. Bantyshev), Р. І. Брящей (R. I. Briashchei), С. В. Гізімчук (S. V. Hizimchuk), В. П. Ємельянов (V. P. Yemelianov), О. А. Клименко (O. A. Klymenko), О. О. Климчук (O. O. Klymchuk), В. В. Колосков (V. V. Koloskov), В. П. Тихий (V. P. Tykhyi), О. М. Чорний (O. M. Chornyi), О. А. Чуваков (O. A. Chuvakov), О. В. Шамара (O. V. Shamara), О. Г. Ященко (O. H. Yashchenko) та ін., проте це питання зберігає дискусійний характер.

Метою статті є встановлення тих юридичних ознак, за якими диверсія і терористичний акт розрізняються, а також встановлення можливості конкуренції норм, передбачених статтями 113 і 258 КК, відмежування її від сукупності таких злочинів та розроблення теоретичних рекомендацій щодо їх кваліфікації на практиці.

Виклад основного матеріалу. Важливою умовою вирішення поставленого завдання є правильний алгоритм самого наукового аналізу відповідних законодавчих положень та теоретичних понять, який повинен включати в себе такі структурні елементи: 1) порівняльний аналіз кримінально-правових норм про диверсію і терористичний акт: а) встановлення однакових і різних обов'язкових юридичних ознак, включених до складів цих злочинів; б) порівняння законодавчих конструкцій складів злочинів та встановлення їх значення для кваліфікації останніх; в) караність злочинів та її значення для вирішення питань їх кваліфікації; 2) встановлення можливості конкуренції норм, передбачених ст. 113 КК та ст. 258 КК та розроблення правил кваліфікації диверсії в таких випадках, а також відмежування конкуренції від ідеальної та реальної сукупності диверсії та терористичного акту. Комплексне теоретичне вирішення зазначених питань дозволить правильно кваліфікувати диверсію окремо або за сукупністю з терористичним актом.

1. Порівняльний аналіз кримінально-правових норм про диверсію і терористичний акт.

Кримінально-правова норма про диверсію передбачена у ст. 113 КК. Виходячи з її змісту, можна виділити такі форми диверсії: 1) вчинення вибухів, підпалів чи інших дій, спрямованих на масове знищення людей; 2) вчинення вибухів, підпалів чи інших дій, спрямованих на заподіяння тілесних ушкоджень чи іншої шкоди здоров'ю людей; 3) вчинення вибухів, підпалів чи інших дій, спрямованих на зруйнування або пошкодження об'єктів, які мають важливе народногосподарське чи оборонне значення; 4) вчинення дій, спрямованих на радіоактивне забруднення; 5) вчинення дій, спрямованих на масове отруєння; 6) вчинення дій, спрямованих на поширення епідемій; 7) вчинення дій, спрямованих на поширення епізоотій; 8) вчинення дій, спрямованих на поширення епіфітотій. Для всіх форм вчинення диверсії обов'язковою є мета ослаблення держави. Відповідальність за вчинення терористичного акту передбачена в ст. 258 КК, в якій він визначений як «застосування зброї, вчинення вибуху, підпалу чи інших дій, які створювали небезпеку для життя чи здоров'я

людини або заподіяння значної майнової шкоди чи настання інших тяжких наслідків, якщо такі дії були вчинені з метою порушення громадської безпеки, залякування населення, провокації воєнного конфлікту, міжнародного ускладнення, або з метою впливу на прийняття рішень чи вчинення або невчинення дій органами державної влади чи органами місцевого самоврядування, службовими особами цих органів, об'єднаннями громадян, юридичними особами, або привернення уваги громадськості до певних політичних, релігійних чи інших поглядів винного (терориста), а також погроза вчинення зазначених дій з тією самою метою».

Однакові і різні обов'язкові ознаки складів злочинів. Родовий об'єкт диверсії (ст. 113 КК) раніше нами було визначено як суспільні відносини з охорони основ національної безпеки України [1, с. 103]. Терористичний акт (ст. 258 КК) передбачений у розділі IX «Злочини проти громадської безпеки» Особливої частини КК. Виходячи з цього, родовим об'єктом терористичного акту є громадська безпека, тобто суспільні відносини щодо захищеності людей від джерел підвищеної небезпеки (злочинних угруповань, терористичних загроз, інших предметів, що становлять підвищену небезпеку для оточення) [2, с. 346; 3, с. 187; 4, с. 94]. Деякі вчені родовим об'єктом терористичного акту пропонують визнавати не громадську безпеку, а основи національної безпеки [5, с. 90–91; 6, с. 125; 7, с. 195] або мир, безпеку людства і міжнародний правопорядок [8, с. 223]. Висловлена також пропозиція віднести склад терористичного акту до окремого нового розділу «Терористичні злочини» [9, с. 72; 10, с. 135]. Як вбачається, для цілей нашого наукового дослідження родовим об'єктом терористичного акту правильно визнавати громадську безпеку, як це впливає із місця ст. 258 КК у системі Особливої частини КК, оскільки такий підхід має важливе значення і для вирішення деяких інших питань про співвідношення диверсії і терористичного акту. Отже, злочини, передбачені статтями 113 і 258 КК, мають різні родові об'єкти.

Диверсія і терористичний акт також розрізняються за основними безпосередніми об'єктами цих злочинів. У диверсії – це окремі об'єкти національної безпеки у певних сферах суспільних відносин, конкретизація яких залежить від форм вчинення цього злочину, а в терористичному акті – суспільні відносини щодо захищеності людей від терористичних загроз, як особливого джерела підвищеної небезпеки. Дещо ускладненим виглядає співвідношення диверсії і терористичного акту за ознаками додаткових об'єктів. Зокрема: а) такі об'єкти у цих складах злочинів юридично визначаються як додаткові факультативні; б) є об'єкти, які можуть виступати додатковими при вчиненні обох розглядуваних злочинів, наприклад, відносини власності; в) коло об'єктів, які можуть виступати як додаткові при вчиненні терористичного акту, є дуже широким, оскільки в диспозиції ст. 258 КК йдеться про створення небезпеки настання тяжких наслідків в різних сферах суспільних відносин; в диверсії коло таких об'єктів залежить від форми її вчинення – воно може також бути дуже широким, зокрема при вчиненні дій, спрямованих на радіоактивне забруднення,

або більш вузьким, як при вчиненні дій, спрямованих на зруйнування або пошкодження об'єктів, які мають важливе оборонне або народногосподарське значення.

Для правильного розуміння співвідношення диверсії і терористичного акту за ознаками їх об'єктів в цілому особливо важливо враховувати особливості концепції основ національної безпеки, яка визначалася нами раніше [11, с. 137] і відповідно до яких статтею 113 КК охороняються найважливіші цінності, життєво важливі інтереси людини, суспільства і держави з різних сфер суспільного життя, в тому числі із сфери громадської безпеки. Для практичного застосування статей 113 і 258 КК це означає, що у разі встановлення посягання на такі більш важливі соціальні цінності ст. 113 КК має пріоритет у застосуванні. Тому можливі випадки, коли громадська безпека буде визнаватися додатковим факультативним об'єктом диверсії.

Особливістю диверсії порівняно з терористичним актом є наявність у деяких формах її вчинення *предмета* злочину як обов'язкової ознаки. Зокрема предметами диверсії, вчинюваної в третій, четвертій, п'ятій, шостій та восьмій формах відповідно, є: об'єкти, які мають важливе народногосподарське чи оборонне значення, територія, об'єкти тваринного або рослинного світу [12, с. 105]. У складі терористичного акту ознака предмета злочину відсутня.

Диверсія і терористичний акт з *об'єктивної сторони* відрізняються за кількістю і змістом ознак, які їх характеризують. Так, диверсію характеризують лише діяння, альтернативно зазначені в диспозиції ст. 113 КК, виходячи зі змісту та спрямованості яких виділяються вісім форм диверсії. Терористичний акт може вчинюватись у двох формах, зазначених альтернативно. Об'єктивну сторону терористичного акту, вчинюваного в першій формі, характеризують три обов'язкові ознаки: 1) діяння – застосування зброї, вчинення вибуху, підпалу чи вчинення інших дій; 2) специфічні наслідки у вигляді створення небезпеки для життя чи здоров'я людини або заподіяння значної майнової шкоди чи настання інших тяжких наслідків; 3) причинний зв'язок між зазначеним діянням і наслідками. При вчиненні терористичного акту в другій формі його об'єктивна сторона виражається в погрозі вчинення дій, про які йдеться у першій формі.

Погроза, яка характеризує другу форму терористичного акту, є інформаційною дією, яка полягає в повідомленні певному адресату відповідної інформації. До складу диверсії такої чи подібної інформаційної дії не включено. На практиці це означає, що погроза вчинити будь-яке діяння, зазначене у ст. 113 КК, слід кваліфікувати за іншими статтями КК, в тому числі можлива кваліфікація вчиненого за ст. 258 КК як терористичний акт.

Важливі висновки впливають з порівняльного наукового аналізу діянь, учинюваних при диверсії, з діяннями, які характеризують терористичний акт, учинюваний у першій формі. Тобто при диверсії – це: а) «вчинення вибухів, підпалів або інших дій, спрямованих...» (у першій, другій та третій формах); б) «вчинення дій, спрямованих на...» (у всіх інших формах); при терористичному акті – це «застосування зброї, вчинення вибуху, підпалу чи вчинення

інших дій, які створювали небезпеку...». Насамперед, слід констатувати наявність однакових ознак діянь – «вчинення вибухів, підпалів або інших дій». Це вказує на можливість однакового зовнішнього прояву диверсії та терористичного акту. Далі, в обох розглядуваних злочинах зазначені переліки не є вичерпними, а тому це можуть бути й інші за зовнішніми ознаками діяння. Разом з тим, коло таких діянь в обох складах злочинів обмежується ознаками їх спрямованості, які виглядають по-різному: в диверсії – це спрямованість на заподіяння шкоди окремим об'єктам національної безпеки, а в терористичному акті – спрямованість на створення небезпеки заподіяння шкоди об'єктам кримінально-правової охорони, перелік яких є невичерпним (життя чи здоров'я людини та інші), але при цьому конкретизується характер можливої шкоди іншим об'єктам – значна майнова шкода або настання тяжких наслідків. Таким чином, викладене співвідношення розглядуваних злочинів указує на можливість випадків, коли вчинене особою діяння одночасно підпадає під статті 113 і 258 КК за своїми об'єктивними ознаками, і тоді злочини слід розмежовувати за іншими ознаками, які є різними, а за відсутності останніх вирішувати питання за правилами кваліфікації злочинів при конкуренції кримінально-правових норм. Водночас це означає, що можливі такі дії, які підпадають лише під ст. 258 КК, наприклад, терористичним актом охоплюються дії, які створювали небезпеку настання таких тяжких наслідків, як дезорганізація нормальної діяльності тих чи інших підприємств, установ та організацій тощо [13, с. 180].

Важливо зауважити те, що в ст. 258 КК на відміну від ст. 113 КК буквально йдеться не про «дії, спрямовані на...», а про «дії, які створювали небезпеку...». Однак останні дії одночасно можна характеризувати як дії, спрямовані на створення небезпеки. Це впливає з того, що у ст. 258 КК такі дії мають спрямованість на досягнення певної мети, альтернативно зазначеної в цій статті, а спрямованість дій на створення небезпеки завжди є об'єктивно вираженою частиною такої спрямованості. Такий висновок дозволяє віднайти більш глибоку відмінність розглядуваних злочинів, яка пов'язана з тим, що у ст. 113 КК йдеться лише про спрямованість дій на заподіяння шкоди певним об'єктам, а за ст. 258 КК словосполученням «дії, які створювали небезпеку...» охоплюються два види дій: а) дії, спрямовані на створення небезпеки заподіяння шкоди та реалізацію такої небезпеки у вигляді реального заподіяння шкоди і б) дії, спрямовані лише на створення небезпеки заподіяння шкоди. Якщо перший вид подібний діям при вчиненні диверсії, то другий відрізняє терористичний акт від диверсії. Наприклад, учинення особою вибуху без спрямованості комусь заподіяти шкоду, але зі спрямованістю створити небезпеку, тобто реальну можливість заподіяння такої шкоди, може виступати способом залякування населення або досягнення іншої мети, зазначеної у ст. 258 КК.

Деякі вчені вбачають відмінність диверсії і терористичного акту в тому, що, диверсанти зазвичай, діють таємно і не афішують своїх дій, тоді як терористи діють відкрито, демонстративно, з висуненням своїх вимог та амбіцій [14, с. 75; 15, с. 352; 16, с. 219; 17, с. 109]. На наш погляд, таке тлумачення змісту статей

113 та 258 КК не відповідає закону, оскільки в жодній з цих статей така ознака не вказана як обов'язкова ознака складу злочину. Тому вважаємо, що диверсія і терористичний акт можуть вчинюватися таємно або відкрито, що не впливає на кваліфікацію цих злочинів.

Важливою особливістю об'єктивної сторони терористичного акту, вчинюваного в першій формі, є те, що вона характеризується діями, які не лише спрямовані на створення небезпеки для життя чи здоров'я людини або заподіяння значної майнової шкоди чи настання інших тяжких наслідків, але й таку небезпеку створили. Таким чином, фактичне створення зазначеної небезпеки є самостійною обов'язковою ознакою об'єктивної сторони терористичного акту, яка підлягає встановленню при кваліфікації злочину. Як правильно зазначає В. П. Тихий, ознака створення небезпеки у ст. 258 КК полягає у реальній можливості, високій, максимальній вірогідності настання цих наслідків, така небезпека дорівнює або наближається до неминучості, призвела б до настання тяжких наслідків, якби її не було зупинено чи усунено [18, с. 333]. Така вірогідність завжди повинна встановлюватись з урахуванням обстановки, в якій вчинювались відповідні дії, властивостей зброї чи вибухових речовин, місцезнаходження людей, які могли постраждати, та інших фактичних обставин. До складу диверсії така ознака не входить як окрема ознака об'єктивної сторони злочину. Разом з тим, слід враховувати, що під «діями, спрямованими...» у ст. 113 КК слід розуміти дії, безпосередньо спрямовані на заподіяння певної шкоди, а це означає, що фактично такими діями створюється реальна небезпека для певного об'єкта національної безпеки. Однак створення такої небезпеки збігається з тим, що має місце при вчиненні терористичного акту, лише частково. Так, у разі вчинення вибуху, спрямованого на масове знищення людей у місці їх перебування з використанням вибухівки, від якої ніхто не постраждав і не міг постраждати, що пов'язано з особливостями самої вибухівки, про які винна особа не знала, вчинене кваліфікується як диверсія, хоча фактичного створення небезпеки в розумінні ст. 258 КК тут не було.

Деякі автори вважають створення вказаної у ст. 258 КК небезпеки специфічним наслідком злочину [13, с. 180; 19, с. 17]. З цим можна погодитись, але з уточненням, що йдеться про специфічний наслідок учинення діянь, який відображає не фактичне заподіяння шкоди, а можливість такого заподіяння, однак вказує на необхідність встановлення причинного зв'язку між діянням і створенням зазначеної небезпеки. Визнання обов'язковості причинного зв'язку для складу злочину, передбаченого ст. 258 КК, нам убачається правильним з огляду на судову практику тлумачення подібного створення небезпеки у складах злочинів проти безпеки виробництва. Так, Пленум ВСУ в п. 1 постанови «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини проти безпеки виробництва» від 12 червня 2009 р. № 7 рекомендує судам встановлювати причинний зв'язок між допущеними порушеннями вимог законодавства про охорону праці та наслідками, що настали або могли настати [20]. Такий зв'язок не є ознакою об'єктивної сторони диверсії.

З *суб'єктивної сторони* диверсія та терористичний акт характеризуються умисною формою вини, причому самі діяння в обох злочинах вчинюються з прямим умислом. Зміст такого умислу при вчиненні диверсії і терористичного акту в другій формі (при погрозі вчинення відповідних дій) характеризуються двома ознаками: 1) усвідомлення особою суспільно небезпечного характеру вчинюваного діяння, яке включає в себе усвідомлення фактичних ознак діянь, що характеризують об'єктивні сторони злочинів, та їх соціального характеру – можливості заподіяння істотної шкоди відповідним об'єктам кримінально-правової охорони; 2) бажання вчинити відповідні діяння. При вчиненні терористичного акту в першій формі зміст умислу має особливості в порівнянні як з диверсією, так і з другою формою терористичного акту. Зокрема, його інтелектуальна сторона, крім зазначеної ознаки, доповнюється передбаченням особою настання специфічного наслідку у вигляді небезпеки для життя чи здоров'я людини або небезпеки заподіяння значної майнової шкоди чи інших тяжких наслідків, а зміст вольової ознаки відповідно визначається як бажання створити таку небезпеку.

Диверсія відрізняється від терористичного акту за метою вчинення злочинних діянь. Ця відмінність впливає безпосередньо зі змісту статей 113 та 258 КК. У складі диверсії – це мета ослаблення держави, а у складі терористичного акту – це: 1) порушення громадської безпеки; 2) залякування населення; 3) провокація воєнного конфлікту, міжнародного ускладнення; 4) вплив на прийняття рішень чи вчинення або невчинення дій органами державної влади чи органами місцевого самоврядування, службовими особами цих органів, об'єднаннями громадян, юридичними особами; або 5) привернення уваги громадськості до певних політичних, релігійних чи інших поглядів винного (терориста). Явно не відповідає цим законодавчим положенням точка зору В. В. Колоскова, який зазначає, що вчинення вибухів, підпалів або інших дій, спрямованих на масове знищення людей, заподіяння тілесних ушкоджень чи іншої шкоди їхньому здоров'ю – це мета терористичних актів, а не диверсії [21, с. 77]. У складі терористичного акту зазначені види мети вказані альтернативно, що означає достатність хоча б однієї мети для кваліфікації цього злочину, а також для його відмежування від диверсії. У цьому контексті звертає на себе увагу позиція В. П. Ємельянова, який особливе значення для відмежування терористичного акту від диверсії надає меті залякування населення, створення та підтримання обстановки страху, що, на його думку, для диверсії не характерно [22, с. 235]. На наш погляд, ця мета може набувати такого ж розмежувального значення, як й інші види, зазначені в ст. 258 КК, оскільки юридично вона є лише однією з альтернативно визначених видів мети. Більше того, при вчиненні диверсії залякування населення в конкретних випадках може визнаватися проявом реалізації мети ослаблення держави і відповідно до правил конкуренції норм кваліфікуватися як диверсія за ст. 113 КК (детальніше про це йдеться нижче).

Диверсія не відрізняється від терористичного акту за ознаками *суб'єкта* злочину, оскільки таким в обох злочинах визнається фізична осудна особа, яка на момент вчинення злочину досягла 14-річного віку.

Таким чином, злочини, передбачені ст. 113 і 258 КК, мають у своїх складах такі ознаки об'єкта, об'єктивної і суб'єктивної сторін, за якими вони розрізняються. Одна або декілька таких ознак можуть мати вирішальне значення для розмежування диверсії і терористичного акту в тих випадках, коли вчинене особою діяння характеризується певними ознаками, однаковими для цих злочинів.

Законодавчі конструкції складів диверсії і терористичного акту; значення караності злочинів для їх кваліфікації. Диверсія відрізняється від терористичного акту також за конструкцією складів злочинів. Диверсія має усічений склад у всіх формах її вчинення. Терористичний акт у першій формі є злочином з нетиповим матеріальним складом (створення небезпеки), а в другій формі (погрози як інформаційної дії) – з формальним складом.

З цього випливає, що по-різному вирішується питання про визнання диверсії і терористичного акту в першій формі закінченими злочинами при їх кваліфікації. Так, диверсія вважається закінченою з моменту вчинення вибуху або підпалу, які мають спрямованість, що характеризує перші три форми диверсії, або з моменту вчинення інших дій, які безпосередньо спрямовані на заподіяння шкоди певним об'єктам національної безпеки залежно від форми диверсії. Терористичний акт, учинюваний у першій формі, як слушно зазначають В. П. Тихий і М. І. Панов, вважається закінченим з моменту створення небезпеки для життя чи здоров'я людини або заподіяння значної майнової шкоди чи настання інших тяжких наслідків [19, с. 17]. Тому, наприклад, диверсія може визнаватися закінченим злочином з моменту вчинення вибуху як такого із зазначеною у ст. 113 КК спрямованістю, незалежно від його фактичних наслідків, а при терористичному акті для визнання злочину закінченим необхідно встановити, що вибух спричинив у конкретному місці специфічний наслідок – небезпеку, про яку йдеться в ст. 258 КК. Терористичний акт, учинюваний у формі погрози, вважається закінченим з моменту доведення погрози вчинити вказані у ст. 258 КК дії до відома органів державної влади чи місцевого самоврядування, службових осіб, об'єднань громадян, юридичних або фізичних осіб [2, с. 359].

На думку деяких учених, для терористичного акту вчинення дій щодо вибуху чи підпалу є лише початком виконання об'єктивної сторони, адже після виконання цієї стадії злочинної діяльності суб'єкти вчинення терористичного акту свої наступні дії пов'язують зі змушуванням об'єкта впливу до певної поведінки [23, с. 144; 24, с. 96]. З таким твердженням можна погодитись лише частково – що вибух або підпал є початком дій, якими створюється небезпека, однак решта зазначених положень стосується зовсім іншого аспекту – розрізнення юридичного і фактичного моментів закінчення злочину.

Останнього стосується ще один аспект конструкції складів злочинів, а саме: в якій мірі статтями 113 і 258 КК охоплюється те, що фактично відбувається при вчиненні розглянутих злочинів після зазначених вище моментів їх закінчення. Склад диверсії характерний тим, що ним охоплюються не лише діяння, спрямовані на заподіяння шкоди певним об'єктам національної безпеки, але й фактичне заподіяння такої шкоди. Тобто диспозицією ст. 113 КК охоплюється

як випадки реалізації умислу щодо вчинення дій, так і повної реалізації мети ослаблення держави. Однак оскільки в санкції ст. 113 КК довічне позбавлення волі не непередбачено, то фактичне умисне заподіяння диверсійним діянням такої шкоди, яка сама по собі карається більш суворо за іншими статтями КК, обумовлює необхідність додаткової кваліфікації. Так, фактичне масове знищення людей диверсійним діянням потребує додаткової кваліфікації: а) за статтею про умисне вбивство при обтяжуючих обставинах (тобто за ч. 2 ст. 115 КК або спеціальною нормою) або б) як вчинення терористичного акту, який призвів до загибелі людини, за ч. 3 ст. 258 КК (за умови, що діяння одночасно підпадає під дію норм, передбачених статтями 113 і 258 КК).

За статтею 258 КК ці питання вирішуються по-іншому, тому що фактична реалізація небезпеки, яка створюється терористичним діянням, кваліфікується за ч. 2 цієї статті – як заподіяння значної майнової шкоди або настання інших тяжких наслідків, або за ч. 3 – як спричинення загибелі людини. За заподіяння такої шкоди передбачено суворе покарання, в тому числі довічне позбавлення волі за ч. 3, що виключає необхідність додаткової кваліфікації вчиненого за іншими статтями КК, як це має місце стосовно диверсії. З таким законодавчим рішенням пов'язана ще одна відмінність терористичного акту від диверсії. Йдеться про те, що кваліфікація терористичного акту за ознаками зазначених наслідків можлива як при умисному, так і при необережному до них ставленні винної особи. Відсутність у ст. 113 КК подібних кваліфікуючих ознак означає, що необережне заподіяння шкоди при вчиненні диверсії потребує додаткової кваліфікації за відповідними статтями КК про необережні злочини.

2. Конкуренція кримінально-правових норм про диверсію і терористичний акт, її відмежування від сукупності таких злочинів.

Відповідно до загальноновизнаного розуміння конкуренції кримінально-правових норм конкуренція норм про диверсію і терористичний акт означає, що вчинене особою діяння одночасно підпадає під юридичні ознаки обох норм, передбачених статтями 113 і 258 КК. При викладеному вище порівняльному аналізі ознак складів злочинів виділялись як однакові, так і різні їх ознаки з акцентом на останні. Конкуренція норм, навпаки, завжди пов'язана з наявністю у вчиненому особою діянні однакових ознак складів злочинів. На практиці насамперед фіксується одночасна наявність у тому самому діянні ознак об'єктивної і суб'єктивної сторін та суб'єкта злочину.

При вирішенні цього питання особливої уваги потребують наступні положення щодо об'єктивної сторони досліджуваних злочинів: 1) конкурувати норма про диверсію може лише з нормою про терористичний акт, вчинюваний у першій формі; 2) у терористичному акті конкуренції стосуються лише такі діяння, що були спрямовані на створення небезпеки заподіяння вказаної в ст. 258 КК шкоди та реалізацію такої шкоди і не стосуються діянь, спрямованих лише на створення небезпеки заподіяння шкоди; 3) у ст. 258 КК законодавче формулювання «небезпека для життя чи здоров'я людини» є більш широким, ніж формулювання «масове знищення людей, заподіяння тілесних ушкоджень чи іншої

шкоди їхньому здоров'ю» і охоплює собою останнє; це означає, що в ст. 113 КК зазначені приписи є спеціальними; 4) формулювання «небезпека заподіяння значної майнової шкоди чи настання інших тяжких наслідків» за ст. 258 КК також є більш широким, ніж приписи ст. 113 КК стосовно можливого заподіяння шкоди діями, вчиненими щодо об'єктів, які мають важливе народногосподарське чи оборонне значення, території, об'єктів тваринного або рослинного світу, оскільки стосується різних сфер суспільних відносин; однак зазначене формулювання охоплює собою лише такі передбачені ст. 113 КК дії, які можуть заподіяти не будь-яку шкоду, а лише «значну майнову шкоду чи інші тяжкі наслідки». Наявність у ст. 258 КК зазначених більш широких формулювань, порівняно з передбаченими у ст. 113 КК, означає, що в ст. 113 КК передбачені конкретизовані, спеціальні приписи, яким надана окрема законодавча оцінка.

Стосовно суб'єктивної сторони важливо звернути увагу на те, що мета, яка характеризує терористичний акт, може поєднуватись з метою ослаблення держави в одному посяганні. Тобто винна особа може розглядати досягнення мети, про яку йдеться в ст. 258 КК, як один із шляхів реалізації мети ослаблення держави. Як зазначається в науковій літературі, порівняння змісту мети цих злочинів показує, що окремі прояви мети як ознаки терористичного акту є конкретними проявами мети ослаблення держави, що є метою диверсії [25, с. 541]. Як вбачається, при практичному вирішенні цього питання слід розрізняти мету порушення громадської безпеки і всі інші види мети, зазначені в ст. 258 КК. Це обумовлено тим, що мета порушення громадської безпеки може досягатись відразу після вчинення терористичних діянь, зокрема після вчинення вибухів або підпалів, які одночасно в конкретному випадку підпадають під статті 113 і 258 КК. Інші види мети необхідно розглядати в кожному конкретному випадку з погляду того, чи є конкретна мета проявом реалізації мети ослаблення держави. Наприклад, вчинення особою вибуху, спрямованого на масове знищення іноземних громадян, може вчинюватись особою з метою спровокувати міжнародне ускладнення і таким чином ослабити державу. Однак у всіх випадках, коли мета, зазначена у ст. 258 КК, є проявом реалізації мети ослаблення держави, вирішувати питання необхідно виходячи з того, що громадська безпека виступає тут лише як додатковий об'єкт. Оскільки ж основним об'єктом у таких випадках виступають відповідні відносини щодо охорони об'єктів національної безпеки, то вчинене слід кваліфікувати за ст. 113 КК.

Вид конкуренції необхідно визначати виходячи з того, що хоча з об'єктивної сторони приписи ст. 113 КК у вказаних вище випадках є спеціальними (конкретизуючими) стосовно ст. 258 КК, цього не можна сказати щодо мети, окресленої у ст. 113 КК, яка має більш високий рівень узагальнення, порівняно з метою вчинення терористичного акту. Із цього випливає, що зазначена конкуренція за видом є конкуренцією норм про ціле (ст. 113 КК) і про частину цілого (ст. 258 КК), при якій перевагу у застосуванні має норма про ціле [26, с. 146–147]. Тобто при такій конкуренції вчинене слід кваліфікувати як диверсію за ст. 113 КК.

Від розглянутої конкуренції норм слід відрізнити випадки ідеальної сукупності злочинів, коли особа вчинює одним діянням диверсію і терористичний акт. У такому разі особа вчинює певне діяння, яке входить до об'єктивної сторони диверсії і терористичного акту, однак одночасно має мету ослаблення держави і мету, зазначену в ст. 258 КК, причому остання мета не є проявом першої мети. Наприклад, учинення особою підпалу, який спрямований проти об'єктів, що знаходяться поряд, один з яких є об'єктом, що має важливе народногосподарське чи оборонне значення, а другий належить певній юридичній особі. При цьому дії щодо першого об'єкта вчинюються з метою ослаблення держави, а щодо другого – з метою пливу на прийняття рішення чи вчинення або не вчинення дій юридичною особою. У цілому вчинене кваліфікується за статтями 113 і 258 КК. Так само кваліфікується і вчинення цих двох злочинів за наявності їх реальної сукупності, коли вони вчинюються різними діяннями з проміжком часу між ними. Наприклад, у разі коли особа з метою ослаблення держави вчинила масове знищення людей, а потім з метою залякування населення погрозувала органам державної влади вчинити такі самі дії.

Виходячи з викладеного вище, не можна погодитися з однозначністю висновку В. В. Колоскова про те, що якщо особа, здійснюючи вибухи, підпали та інші дії, переслідувала водночас мету диверсії і мету тероризму, то її дії варто кваліфікувати за сукупністю цих злочинів [7, с. 194]. Насправді у таких випадках також можливе визнання конкуренції норм про ціле і його частину, при якій підлягає застосуванню норма про ціле, тобто діяння кваліфікується як диверсія за ст. 113 КК.

Висновки. Відмінність складів злочинів, передбачених статтями 113 та 258 КК, перш за все полягає у розбіжності їх обов'язкових ознак об'єкта злочину, об'єктивної та суб'єктивної сторін злочину. Тому при можливому збігові деяких юридичних ознак цих складів одна або декілька таких відмінних ознак можуть мати вирішальне значення для розмежування диверсії і терористичного акту. Різняться ці злочини і за законодавчою конструкцією їх складів. Диверсія є злочином з усіченим складом, тоді як терористичний акт – злочином з нетиповим матеріальним складом (створення небезпеки) у першій формі та злочином з формальним складом у другій формі (погрози). Зазначена розбіжність також вказує на різний момент закінчення диверсії та терористичного акту. Дослідження караності цих злочинів доводить, що у деяких випадках фактичне умисне заподіяння диверсійним діянням шкоди обумовлює необхідність додаткової кваліфікації за ч. 2 ст. 115 КК або за ч. 3 ст. 258 КК. Норма про диверсію може конкурувати з нормою про терористичний акт як ціле (ст. 113 КК) і частина цілого (ст. 258 КК), і у таких випадках перевагу у застосуванні матиме норма про ціле, тобто вчинене слід кваліфікувати як диверсію. Можливими також є випадки ідеальної та реальної сукупності диверсії і терористичного акту.

Список літератури:

1. Климосюк А. С. Безпосередній об'єкт диверсії (стаття 113 КК). *Проблеми законності*. 2017. Вип. 137. С. 101–112. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.137.101743>.
2. Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / за ред. проф. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 5-те вид., переробл. і допов. Харків: Право, 2015. 680 с.
3. Соколовський В. Л. Громадська безпека як об'єкт злочину: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2017. 254 с.
4. Мохончук С. М. Уголовная ответственность за терроризм: дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 1999. 187 с.
5. Шамара О. В. Об'єкт злочину передбаченого статтею 258 «терористичний акт» Кримінального кодексу України. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка*. 2009. № 2. С. 85–91.
6. Чорний О. М. Дискусія щодо визначення родового об'єкта терористичного акту. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія Юриспруденція*. 2015. № 18. Т. 2. С. 122–125.
7. Колосков В. В. Співвідношення статей 113 (диверсія) і 258 (терористичний акт) у Кримінальному кодексі України. *Вісник Луганської академії внутрішніх справ МВС імені 10-річчя незалежності України*. 2002. Ч. 1. С. 193–196.
8. Шамара О. В. Відповідальність за здійснення терористичної діяльності за кримінальним законодавством України: монографія. Київ: Видавничий дім «Артек», 2014. 280 с.
9. Ємельянов В. П. Антитерористичне законодавство: поняття, система, шляхи вдосконалення: монографія. Харків: Право, 2016. 88 с.
10. Бантишев О. Ф. Щодо подальшого вдосконалення діючого КК. *10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Харків, 13–14 жовт. 2011 р.). Харків: Право, 2011. С. 133–136.
11. Климосюк А. С. Концептуальні підходи до визначення безпосереднього об'єкта диверсії (ст. 113 КК). *Актуальні проблеми кримінально-правової охорони основ національної безпеки України*: матеріали круг. столу (м. Харків, 26 трав. 2017 р.). Харків: Юрайт, 2017. С. 135–139.
12. Климосюк А. С. Про кримінально-правову характеристику предметів диверсії та необхідність вдосконалення їх законодавчого формулювання в ст. 113 Кримінального кодексу України. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2016. № 5. С. 101–106.
13. Форос А. В. Кримінально-правові ознаки терористичного акту. *Правова держава*. 2012. № 15. С. 177–182.
14. Ємельянов В. П. Уголовно-правовое противодействие терроризму: монография. Харьков: Право, 2014. 88 с.
15. Чуваков О. А. Тероризм і диверсія: порівняльний аналіз. *Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики*: матеріали 2-ї міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса 8 жовт. 2010 р.). Львів. 2010. Т. 1: Кримінальне, кримінально-виконавче право та кримінологія. С. 350–353.
16. Пізімчук С. В. Терористичний акт та його відмінність від суміжних злочинів. *Проблеми відповідальності за злочини проти громадської безпеки за новим Кримінальним кодексом України*: матеріали міжнар. наук.-практ. семінару (м. Харків, 1–2 жовт. 2002 р.). Харків, 2003. С. 218–221.
17. Ященко. О. Г. Сучасний цивілізаційний підхід до розуміння сутності тероризму і відмежування його від терору і диверсій. *Науковий вісник Інституту міжнародних відносин НАУ. Серія: економіка, право, політологія, туризм*. № 1 (2010). Т. 1. С. 105–111.
18. Тихий В. П. Відповідальність за терористичний акт. *Протидія проявам тероризму, сепаратизму, екстремізму та нелегальній міграції в сучасних умовах: стан, проблеми та перспективи*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Дніпро, 28 жовт. 2016 р.). Дніпро. 2016. С. 333–334.
19. Тихий В. П., Панов М. І. Злочин, його види та стадії: науково-практичний коментар. Київ: Видавничий дім «Промені». 2007. 40 с.

20. Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини проти безпеки виробництва: Постанова Пленуму ВСУ від 12. 06. 2009 р. № 7. *Вісник Верховного Суду України*. 2009. № 8.

21. Колосков В. В. Законодавство України з питань боротьби з тероризмом та екстремізмом. *Протидія проявам тероризму, сепаратизму, екстремізму та нелегальній міграції в сучасних умовах: стан, проблеми та перспективи*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Дніпро, 28 жовт. 2016 р.). Дніпро, 2016. С. 75–79.

22. Ємельянов В. П. Терористичний акт: загальне поняття, відмежування від суміжних злочинів та шляхи вдосконалення складу злочину. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2015. № 1(4). С. 233–244.

23. Брящей Р. І., Клименко О. А. Актуальні питання кваліфікації та розмежування терористичного акту та диверсії за КК. *Протидія проявам тероризму, сепаратизму, екстремізму та нелегальній міграції в сучасних умовах: стан, проблеми та перспективи*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Дніпро, 28 жовт. 2016 р.). Дніпро, 2016. С. 141–146.

24. Chornyi O. Current issues of qualification and difference between the act of terrorism and sabotage. *European cooperation*. 2017. Vol. 1(20). P. 93–97.

25. Брич Л. П. Теорія розмежування складів злочинів: монографія. Львів, 2013. 712 с.

26. Ус О. В. Теорія та практика кримінально-правової кваліфікації: лекції. Харків: Право, 2018. 388 с.

References:

1. Klymosyuk, A.S. (2017). Bezposerednii ob'iekt dyversii (stattia 113 KK Ukrainy) [The immediate object of diversion (Article 113 of the Criminal Code of Ukraine)]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 137, 101–112*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.137.101743> [in Ukrainian].

2. Kryminal'ne pravo Ukrayiny: Osoblyva chastyna. (2015). V. Ya. Tatsiy, V. I. Borysov, V. I. Tyutyuhin (Eds.). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

3. Sokolovskyi, V.L. (2017). Hromadska bezpeka yak ob'iekt zlochynu. *Candidate's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].

4. Mohonchuk, S.M. (1999). Ugolovnaia otvetstvennost' za terrorizm. *Candidate's thesis*. Har'kov [in Russian].

5. Shamara, O.V. (2009). Ob'iekt zlochynu predbachenoho statteiu 258 «terorystychnyi akt» Kryminalnogo kodeksu Ukrainy. *Visnyk Luhanskoho derzhavnogo universytetu vnutrishnikh sprav imeni E. O. Didorenka – Bulletin of Luhansk State University of Internal Affairs named after E. O. Didorenko, 2, 85–91* [in Ukrainian].

6. Chornyi, O.M. (2015). Dyskusiiia shchodo vyznachennia rodovoho obiekta terorystychnoho aktu. *Naukovyi visnyk Mizhnarodnoho humanitarnoho universytetu. Seriiia Yurysprudentsiia – Scientific Bulletin of International Humanistic University. Series of Jurisprudence, 18, Vol. 2, 122–125* [in Ukrainian].

7. Koloskov, V.V. (2002). Spivvidnoshennia statei 113 (dyversiiia) i 258 (terorystychnyi akt) u Kryminalnomu Kodeksi Ukrainy. *Visnyk Luhanskoi akademii vnutrishnikh sprav MVS imeni 10-richchia nezalezhnosti Ukrainy – Bulletin of Luhansk State University of Internal Affairs named after E. O. Didorenko, Ch. 1, 193–196* [in Ukrainian].

8. Shamara, O.V. (2014). Vidpovidalnist za zdiisnennia terorystychnoi diialnosti za kryminalnym zakonodavstvom Ukrainy. Kyiv: Vydavnychiy dim «Artek» [in Ukrainian].

9. Yemelianov, V.P. (2016). Antyterorystychno zakonodavstvo: poniattia, systema, shliakhy vdoskonalennia. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

10. Bantyshev, O.F. (2011). Shchodo podalshoho vdoskonalennia diiuchoho KK Ukrainy. *10 rokiiv chynnosti Kryminalnogo kodeksu Ukrainy: problemy zastosuvannia, udoskonalennia ta podalshoi harmonizatsii iz zakonodavstvom yevropeiskykh krain*: proceedings of the International Scientific and Practical Conference. Kharkiv: Pravo, 133–136 [in Ukrainian].

11. Klymosyuk, A.S. (2017). Kontseptualni pidkhody do vyznachennia bezposerednoho ob'ekta dyversii (st. 113 KK Ukrainy). *Aktualni problemy kryminalno-pravovoi okhorony osnov natsionalnoi bezpeky Ukrainy*: Proceedings of the Conference Title. Kharkiv: Yurait, 135–139 [in Ukrainian].
12. Klymosyuk, A.S. (2016). Pro kryminal'no-pravovu kharakterystyku predmetiv dyversiyi ta neobkhdnist' vdoskonalennya yikh zakonodavchoho formulyuvannya v st. 113 Kryminal'noho kodeksu Ukrainy. *Naukovyy visnyk Kherson's'koho derzhavnogo universytetu. Seriya Yurydychni nauky – Scientific Bulletin of Kherson State University. Series of Law*, 5, 101–106 [in Ukrainian].
13. Foros, A.V. (2012). Kryminalno-pravovi oznaky terorystychnoho aktu. *Pravova derzhava – Legal State*, 15, 177–182 [in Ukrainian].
14. Emel'janov, V.P. (2014). Ugolovno-pravovoe protivodejstvie terrorizmu. Har'kov: Pravo [in Russian].
15. Chuvakov, O.A. (2010). Teroryzm i dyversii: porivnialnyi analiz. *Aktualni problemy kryminalnogo prava, protsesu ta kryminalistyky*: proceedings of the 2 International Scientific and Practical Conference. Lviv, 350–353 [in Ukrainian].
16. Hizimchuk S. V. (2003). Terorystychnyi akt ta yoho vidminnost vid sumizhnykh zlochyniv. *Problemy vidpovidalnosti za zlochyny proty hromadskoi bezpeky za novym Kryminalnym kodeksom Ukrainy*: proceedings of the International Scientific and Practical Conference. Kharkiv, 218–221 [in Ukrainian].
17. Yashchenko, O.H. (2010). Suchasnyi tsyvilizatsiinyi pidkhid do rozuminnia sutnosti teroryzmu i vidmezhuвання yoho vid teroru i dyversii. *Naukovyi visnyk Instytutu mizhnarodnykh vidnosyn NAU – Scientific Bulletin of Institute of international relations NAU*, 1, 105–111 [in Ukrainian].
18. Tykhyi, V.P. (2016). Vidpovidalnist za terorystychnyi akt. *Protydiia proiavam teroryzmu, separatyzmu, ekstremizmu ta nelehalnii mihratsii v suchasnykh umovakh: stan, problemy ta perspektivy*: proceedings of the International Scientific and Practical Conference. Dnipro, 333–334 [in Ukrainian].
19. Tykhyi, V.P., Panov, M.I. (2007). Zlochyn, yoho vydy ta stadii. Kyiv: Vydavnychiy dim «Promeni» [in Ukrainian].
20. Pro praktyku zastosuvannya sudamy Ukrainy zakonodavstva u spravakh pro zlochyny proty bezpeky vyrobnytstva: Postanova Plenumu VSU vid 12.06.2009. № 7. (2009). *Visnyk Verkhovnoho sudu Ukrainy – Visnyk of the Supreme Court of Ukraine*, 8, 15.
21. Koloskov, V.V. (2016). Zakonodavstvo Ukrainy z pytan borotby z teroryzmom ta ekstremizmom. *Protydiia proiavam teroryzmu, separatyzmu, ekstremizmu ta nelehalnii mihratsii v suchasnykh umovakh: stan, problemy ta perspektivy*: proceedings of the International Scientific and Practical Conference. Dnipro, 75–79 [in Ukrainian].
22. Yemelianov, V.P. (2015). Terorystychnyi akt: zahalne poniattia, vidmezhuвання vid sumizhnykh zlochyniv ta shliakhy vdoskonalennia skladu zlochynu. *Visnyk Asotsiatsii kryminalnogo prava Ukrainy – Bulletin of the Association of Criminal Law of Ukraine*, 1(4), 233–244 [in Ukrainian].
23. Briashchei, R.I., Klymenko, O.A. (2016). Aktualni pytannia kvalifikatsii ta rozmezhuвання terorystychnoho aktu ta dyversii za KK Ukrainy. *Protydiia proiavam teroryzmu, separatyzmu, ekstremizmu ta nelehalnii mihratsii v suchasnykh umovakh: stan, problemy ta perspektivy*: proceedings of the International Scientific and Practical Conference. Dnipro, 141–146 [in Ukrainian].
24. Chornyi, O. (2017). Current issues of qualification and difference between the act of terrorism and sabotage. *European cooperation. Vol. 1(20)*, 93–97.
25. Brych, L.P. (2013). Teoriia rozmezhuвання skladiv zlochyniv. Lviv [in Ukrainian].
26. Us, O.V. (2018). Teoriia ta praktyka kryminalno-pravovoi kvalifikatsii. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

Klymosyuk A. S., PostGraduate Student of Criminal Law number 1 of the Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail: andyklime@ukr.net ; ORCID 0000-0001-5017-3231

The correlation between diversion (Article 113 of the Criminal Code of Ukraine) and terrorist act (Article 258 of the Criminal Code of Ukraine)

The subject of this article covers the ratio of diversion and terrorist act, which includes: 1) a comparative analysis of the Criminal Law provisions defined in the Article 113 and Article 258 of the Criminal Code of Ukraine; 2) study of competition issues of these norms and separation from a similar set of such crimes.

It is substantiated that the difference in the elements of crimes provided defined in Article 113 and Article 258 of the Criminal Code of Ukraine, above all, consists in the discrepancy between their mandatory signs of the object of the crime, the objective and subjective elements of the crime. Therefore, with the possible coincidence of some legal features of these crime elements, one or more of such distinctive features may be crucial for separation between a diversion and a terrorist act.

During the investigating of the punishability for these crimes, it was found that in some cases the actual infliction of harm by a s diversion causes the necessity for additional qualifications by Part 2 of Art. 115 or Part 3 of Art. 258 of the Criminal Code of Ukraine. It is proved that the norm of diversion can be competed with the norm of a terrorist act as a whole (Article 113 of the Criminal Code of Ukraine) and as part of the whole (Article 258 of the Criminal Code of Ukraine), and in such cases the preference in enforcement should be qualified as a diversion. Examples given in this article are an illustrations of an ideal and actual set of diversion e and terrorist act.

Keywords: bases of national security; diversion; terrorist act.

Надійшла до редколегії 30.01.2017 р.



Калініна Аліна Владиславівна,
молодший науковий співробітник,
Науково-дослідний інститут
вивчення проблем злочинності
імені академіка В. В. Сташиса
Національної академії правових наук України,
Україна, м. Харків
e-mail: alina.kalinina@ukr.net
ORCID 0000-0001-8015-0807

doi: 10.21564/2414–990x.140.123669

УДК 343.9 (477)

ЗЛОЧИННІСТЬ ІНОЗЕМЦІВ І АПАТРИДІВ В УКРАЇНІ: РЕЗУЛЬТАТИ АНКЕТУВАННЯ ПРАВООХОРОНЦІВ

Наведено результати проведеного автором анкетування працівників Національної поліції та Служби безпеки України, яке здійснювалося з метою ознайомлення з думкою правоохоронців стосовно деяких аспектів запобігання злочинності іноземців і апатридів в Україні. Розглянуто питання латентності, детермінації злочинності зазначених категорій осіб, а також пропозицій правоохоронців щодо її запобігання.

Ключові слова: злочинність іноземців і апатридів; запобігання злочинності в Україні; анкетування правоохоронців.

Калініна А. В., младший научный сотрудник, Научно-исследовательский институт изучения проблем преступности имени академика В. В. Сташиса Национальной академии правовых наук Украины, Украина, г. Харьков.

e-mail: alina.kalinina@ukr.net ; ORCID 0000-0001-8015-0807

Преступность иностранцев и апатридов в Украине: результаты анкетирования правоохранителей

Приводятся результаты проведённого автором анкетирования сотрудников Национальной полиции и Службы безопасности Украины, целью которого было ознакомление с мнением правоохранителей касательно некоторых аспектов и предупреждения преступности иностранцев и апатридов в Украине. Рассматриваются вопросы латентности, детерминации преступности указанных категорий лиц, а также предложения правоохранителей по её предупреждению.

Ключевые слова: преступность иностранцев и лиц без гражданства; предупреждение преступности в Украине; анкетирование правоохранителей.

Постановка проблеми. Стан злочинності в Україні не є стабільним. Кожного року, аналізуючи офіційні статистичні дані (наприклад, звіти Генеральної прокуратури України про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування, про осіб, які вчинили кримінальні правопо-

рушення; звіти Державної судової адміністрації України про склад засуджених і т.п.), виявляються нові тенденції в її структурі. Однак, аналізуючи таку складову злочинності у нашій державі, як злочини, вчинені іноземцями і апатридами, зазначимо, що вже протягом 10 років їх частка у загальній структурі злочинності в Україні коливається в межах 0,7–1,4 % [1–2], тобто характеризується певною постійністю.

Із невпинною активізацією міждержавних міграційних процесів, у тому числі й в Україні, необхідно чітко розуміти реальні та потенційні загрози її безпеці, зокрема, кримінологічній. Тому при дослідженні злочинності іноземців і апатридів в Україні важливим етапом є з'ясування думки безпосередніх суб'єктів запобігання злочинності в державі – працівників правоохоронних органів. Адже офіційні статистичні дані – це лише цифри, які не несуть інформації, наприклад, щодо обсягів латентності тих чи інших злочинів, їх детермінації та необхідності у посиленні заходів запобігання. До того ж, як зазначає професор А. П. Закалюк (А. Р. Zakaliuk), статистичний облік часто не є адекватним, містить, зокрема за сучасних українських реалій, суб'єктивну корективу того, хто веде облік і в чий інтерес він ведеться [7, с. 39]. Тому актуальність нашої статті полягає у неможливості на основі лише статистичних показників повноцінно аналізувати певний прояв злочинності.

Стан розроблення проблеми. Злочинність іноземців і апатридів (осіб без громадянства) була предметом дослідження таких вітчизняних учених, як О. М. Джу́жа (О. М. Dzhuzha), О. Ф. Долженков (О. Ф. Dolzhenkov), Д. С. Мельник (D. S. Melnyk), А. П. Мозоль (А. Р. Mozol), Й. П. Осецький (I. P. Osetskyi), Ю. О. Стрелковська (Yu. O. Strelkovska), В. В. Шаповалов (V. V. Sharovalov) та ін. Також деякі аспекти злочинності зазначених категорій осіб в Україні вже висвітлювалися у минулих публікаціях автора (3–6 та ін.).

Мета статті – оприлюднити й проаналізувати результати анкетування працівників правоохоронних органів щодо латентності, детермінації та можливостей запобігання злочинності іноземців і апатридів в Україні.

Виклад основного матеріалу. Методи пізнання кримінологічної науки різноманітні. Важливу роль у проведенні кримінологічних досліджень відіграють соціологічні методи, які розкривають сутність злочинності як соціального феномену, соціально-демографічну та соціально-рольову характеристику осіб, які вчиняють злочини, організацію соціального контролю та соціальної профілактики антисупільної поведінки тощо. Соціологічні методи використовуються ще й тому, що дослідник не має змоги довгий час безпосередньо спостерігати, а тим більше у різних місцях за об'єктами пізнання. Тому кримінологи використовують різні відомі у соціології прийоми – методи збирання інформації про об'єкт дослідження не безпосередньо, а з інших джерел, найчастіше – від інших осіб, які обізнані з ним [8, с. 106]. Поширеним у кримінологічних дослідженнях методом є метод опитування і, зокрема, одна із його методик – анкетування. Головним призначенням використання цього методу є забезпечення ґрунтовності наукового дослідження.

Тому для повного, об'єктивного та всебічного вивчення проблематики злочинності іноземців і апатридів (осіб без громадянства) в Україні та надання результатам дослідження практичного значення нами було проведено анкетування працівників правоохоронних органів України. Усього було опитано 967 осіб, з них слідчих та оперативних працівників Національної поліції і СБ України – 472 особи, дільничних офіцерів поліції – 495 осіб. З метою географічного представлення областей України з найвищою інтенсивністю насиченості громадянами інших держав і особами без громадянства для анкетування обиралися такі регіони:

а) респонденти – слідчі та оперативні працівники Національної поліції: м. Харків та Харківська область, м. Ужгород та Закарпатська область, м. Одеса та Одеська область, м. Чернігів та Чернігівська обл.;

б) респонденти – слідчі та оперативні працівники підрозділів контррозвідки СБ України: м. Київ та Київська область, м. Дніпро та Дніпропетровська область, м. Харків та Харківська область, м. Чернівці та Чернівецька область;

в) респонденти – дільничні офіцери поліції: м. Київ та Київська область, м. Харків та Харківська область.

Перед слідчими та оперативними працівниками ставилися питання щодо частоти випадків учинення злочинів іноземцями й апатридами, з якими їм доводиться мати справу у своїй практиці; стану і причин латентності таких злочинів; найбільш поширених труднощів, що виникають під час розслідування їх злочинів; можливої схильності до вчинення певних груп злочинів серед представників різних національностей¹; недоліків у різних сферах соціального життя України, що є найбільш сприятливими умовами для існування злочинності іноземців та осіб без громадянства в нашій державі, та надавалася можливість запропонувати заходи для запобігання злочинності таких осіб.

Так, виявилось, що лише менше третини респондентів майже не стикаються у своїй повсякденній роботі із фактами учинення злочинів громадянами інших держав і апатридами. Більше 50 % правоохоронців упевнені, що правоохоронним органам стають відомими НЕ всі злочини, учинені іноземцями та особами без громадянства. Головними причинами існування явища латентності респонденти зазначили²:

а) 20,1 % – поведінку злочинця, пов'язану з його злочинною діяльністю (наприклад, ретельне планування, підготовку, приховування злочину та його наслідків, кримінальний досвід злочинця);

б) недоліки у діяльності державних та правоохоронних органів:

• 16,5 % відзначили не реєстрацію правоохоронними органами у деяких випадках злочинів, у т. ч. й тих, що були вчинені іноземцями та / або особами без громадянства (наприклад, через розширення законодавцем переліку кримі-

¹ Результати анкетування щодо цього питання вже наводилися нами у попередніх публікаціях [Див.: 6, с. 137–138].

² На це питання правоохоронці надавали кілька варіантів відповіді, тож сума показника перевищує 100 %.

нальних проваджень у формі приватного звинувачення, передбачених ст. 477 КПК України, що може знизити кількість звернень громадян у правоохоронні органи із заявою про злочини);

- 41,1 % – неможливість у деяких випадках встановити особу злочинця, зокрема, особу злочинця-іноземця / апатрида;

- 40,9 % – процеси нелегальної міграції (перебування на території України з порушенням правил міграційного режиму, перебування в державі із фальшивими документами тощо);

- 27,8 % – труднощі у проведенні оперативно-розшукових заходів;

в) обставини, пов'язані з діяльністю третіх осіб, повідомлених про факт учинення іноземцем або особою без громадянства злочину, а саме:

- 15,9 % акцентували увагу на допомозі діаспор у переховуванні від кримінальної відповідальності злочинця-іноземця / особи без громадянства після учинення злочину, яка виявляється, наприклад, у їх закритості та небажанні співпрацювати з правоохоронними органами України;

- 14,0 % зазначили неповідомлення потерпілим від злочину, учиненого злочинцем (злочинцями), що є громадянином іншої держави або апатридом, у правоохоронні органи про факт злочину;

- 15,3 % – небажання іноземців / осіб без громадянства брати участь у кримінальному процесі (надавати покази як свідки, бути понятими, брати участь у пред'явленні до впізнання тощо);

г) також респонденти могли надати власний варіант відповіді, чим скористалося 1,5 % опитуваних. Як причини латентності таких злочинів вони запропонували: «закрите» середовище етнічних груп (про організовану злочинність); корупцію у правоохоронних органах; низьку матеріально-технічну забезпеченість правоохоронних органів України; недостатнє фінансування і нестачу допомоги держави у роботі правоохоронних органів.

Щодо кількості злочинів, учинених іноземцями і особами без громадянства, що залишаються поза статистичним обліком правоохоронних органів, респонденти наводили такі варіанти відповідей:

а) частку до 30 % визначив кожний другий опитуваний;

б) більше 30, але менше 50 % указав кожний п'ятий;

в) більше 50 % зазначили 8,5 % респондентів;

г) власний варіант відповіді запропонували 5,1 % респондентів. Так, правоохоронці визначали межі обсягу латентності таких діянь досить широко: від часток у 1 %, 5 %, 7 %, 10 %, до 15–20 %, 25 % до 300 % від загальної кількості учинених зазначеними категоріями осіб злочинів.

Не надали відповідь 17 % опитуваних осіб.

Розкриваючи питання про труднощі, які виникають у слідчих і оперативних працівників Національної поліції та СБ України¹, майже 70 % респондентів на першому місці за поширеністю зазначили труднощі у збиранні відомостей, що

¹ На це питання правоохоронці надавали кілька варіантів відповіді, тож сума показника перевищує 100 %.

характеризують злочинця-іноземця / особу без громадянства, відсутність інформації щодо реєстрації такої особи, її характеристики за місцем проживання, офіційних даних про судимість і т. п. Майже половина правоохоронців звернула увагу на мобільність злочинця, тобто його можливість швидко зникнути як з місця злочину, так і виїхати з країни у короткий термін. Кожний п'ятий з опитаних вказав на труднощі у збиранні правоохоронними органами відомостей про злочинця від потерпілих: особливості зовнішності, мови, дій тощо злочинця.

Серед відповідей на це питання необхідно також виокремити такі труднощі у виконанні професійних обов'язків правоохоронців, як:

1) неможливість швидкого реагування на дії злочинця через вади чинного КПК України;

2) відсутність єдиної бази даних іноземців, які перебувають на території України;

3) довготривалість процесу виконання міжнародних запитів про збір інформації, що характеризує іноземця, а також провадження окремих слідчих дій на території інших держав;

4) труднощі, пов'язані з отриманням документів, необхідних для здійснення кримінального провадження за кордоном (наприклад, митних декларацій, податкових документів, інформації про стан банківських рахунків та їх користувачів, пояснень осіб, які проживають за кордоном). Така інформація є нагальною для прийняття рішення про наявність складу злочину;

5) неефективність правоохоронної системи України, що полягає в її бюрократизованості, відволіканні співробітників на неважливі об'єкти, паперовій тяганині, необхідності виконувати статистичні показники;

6) складність у залученні перекладача до кримінального провадження (особливо, якщо підозрюваний розмовляє на якомусь діалекті) і брак належного державного фінансування послуг перекладача;

7) відсутність добре налагодженої співпраці України з іншими державами у сфері кримінального розслідування;

8) відсутність тимчасової реєстрації та обліку іноземців;

9) неможливість швидко оголосити особу у розшук, зібрати необхідну інформацію про перетин кордону такою особою;

10) недовіра до поліції як у місцевого населення, так і в іммігрантів;

11) суб'єктивний фактор: небажання іноземця свідчити.

Анкетування дільничних офіцерів поліції (далі – ДОП) дещо відрізнялося від анкетування слідчих та оперативних працівників через специфіку їх роботи. Зокрема, перед ДОП ставилися питання про: проживання на підвідомчій їм дільниці іноземців і осіб без громадянства; наявність у таких осіб реєстрації місця проживання; надходження та характер скарг від місцевого населення на поведінку громадян інших держав і апатридів; учинення такими особами злочинів на момент проживання на підвідомчій ДОП території чи в минулому (тобто про наявність у них попередніх засуджень); заходи, які ДОП застосовують для запобігання вчинення злочинів такими особами; достатність обсягу повнова-

жень ДОП для запобігання учиненню іноземцями та особами без громадянства правопорушень, у тому числі кримінальних, на підвідомчій дільниці; недоліки у різних сферах соціального життя України, що є найбільш сприятливими умовами для вчинення такими особами злочинів на території України і також надавалася можливість запропонувати заходи для запобігання злочинності іноземців і апатридів в Україні.

За результатами анкетування виявилось, що громадяни інших держав і особи без громадянства проживають на території кожного третього респондента. Більше 70 % опитуваних зазначили, що частина таких осіб проживає на дільниці без реєстрації місця проживання. Всі іноземці і особи без громадянства мали реєстрацію місця проживання на дільниці кожного четвертого ДОП і лише 2 % респондентів указали на відсутність такої реєстрації.

Характеризуючи факт наявності скарг на поведінку громадян інших держав і апатридів від місцевого населення, ДОП зазначили, що до них зверталися через:

- 1) сімейно-побутові конфлікти (сварки, скандали, бійки);
- 2) порушення громадського спокою та порядку за місцем проживання (порушення тиші, громадського порядку, агресивна поведінка);
- 3) вчинення протиправних дій такими особами у період перебування на території України (учинення крадіжок, пограбувань, нанесення тілесних ушкоджень членам родини, співмешканцям, сусідам);
- 4) насильство в сім'ї;
- 5) пияцтво;
- 6) пошкодження предметів благоустрою міста;
- 7) порушення довколишньої чистоти;
- 8) порушення вимог пожежної безпеки.

Іноземці та особи без громадянства, які проживають на підвідомчій ДОП території, не вчиняли злочини у 60,4 % респондентів; вчиняли злочини у 19,6 %, 20,0 % опитуваних такою інформацією не володіють. Ті ж, хто вчиняв кримінально карані діяння, у переважній більшості (відповіді 82,3 % ДОП) протиправну діяльність вели в Україні.

Для запобігання злочинності зазначених категорій осіб ДОП на теперішній час вживають такі заходи:

- 1) інформування оперативних підрозділів ОВС про протиправні дії іноземців;
- 2) інформування ДМС України про порушення міграційного законодавства імігрантами;
- 3) вжиття заходів адміністративного реагування відповідно до КУпАП;
- 4) проведення профілактичної роботи (бесіди щодо недопущення учинення кримінальних та адміністративних правопорушень; бесіди з населенням району про різні види злочинів та шляхи зменшення їх кількості (віктимологічна профілактика); роз'яснювальні бесіди про дію чинних нормативно-правових актів на території України);

- 5) інформування іноземців та осіб без громадянства про законні способи заробітку;
- 6) профілактична робота з раніше судимими особами, які проживають на підвідомчій території;
- 7) затримання правопорушників та передавання їх слідчим і оперативним працівникам поліції;
- 10) заходи з профілактики адміністративних правопорушень;
- 11) здійснення рейдів спільно із ДМС України;
- 12) виявлення осіб, схильних до учинення правопорушень, застосування заходів до їх виправлення.

Цікавим є факт, що у своїй професійній діяльності, і зокрема із запобігання злочинності, майже 60 % ДОП вказали, що їм не вистачає обсягу передбачених законодавством України повноважень.

Слідчим, оперативним працівникам та ДОП з метою виявлення основних тенденцій у детермінації злочинності громадян інших держав і апатридів було запропоновано обрати сферу, недоліки у якій найбільше продукують такі діяння¹. На недосконалість адміністративного регулювання міграційних процесів, обліку іммігрантів, низькі результати у боротьбі з нелегальною міграцією тощо вказав кожен другий респондент. На прогалинах та застарілих положеннях у чинному законодавстві України, його низьку ефективність також акцентував увагу майже кожен другий опитуваний. Кожен п'ятий підтвердив проблеми у провадженні правоохоронної діяльності та дисбаланс у соціально-економічній сфері нашої держави. Правоохоронці не оминули увагою і недостатню результативність боротьби з корупцією як загальнопоширеним в Україні явищем, що створює живильний ґрунт для злочинності, та безвізовий режим як умову для вчинення злочинів іноземцями і апатридами.

На думку респондентів, запобігання злочинності громадян інших держав і апатридів в Україні сприятимуть:

І. *Зміни у нормативній сфері* (удосконалення чинного законодавства), зокрема: внесення змін до чинного КПК України (наприклад, серед явних недоліків КПК указані складність проведення досудового розслідування, продовження чи збільшення строку досудового розслідування після повідомлення про підозру); боротьба з корупцією в ОДВ та ОМС на всіх рівнях; введення візового режиму для всіх держав; посилення адміністративної складової міграційних процесів (наприклад, зміна імміграційної політики України; посилення вимог для отримання дозволу на в'їзд на територію України, обмеження імміграції в Україну, посилення відповідальності за порушення норм міграційного законодавства і порядку перебування на території України, введення умови внесення грошової застави при в'їзді на територію України, посилення вимоги щодо перебування на території України та спрощення процедури анулювання

¹ На це питання правоохоронці надавали кілька варіантів відповіді, тож сума показника перевищує 100 %.

дозволу на перебування); перегляд процедури отримання статусу біженця; ускладнення порядку отримання громадянства України.

II. *Зміни у структурі чи повноваженнях органів державної влади*, а саме: створенні окремої служби для контролю за іноземцями; введенні уніфікованої системи обліку іноземців, які перебувають на території України; здійсненні профілактичних заходів, метою яких буде інформування громадян інших держав про особливості законодавства України та життя в цій державі (норм поведінки, звичаїв, менталітету українців); при в'їзді на територію України проведенні роз'яснювальної роботи з іноземцями на тему кримінальної відповідальності за законодавством України; посиленні заходів із запобігання нелегальної міграції шляхом кооперування органів Міграційної служби України, Національної поліції України, СБ України та Державної прикордонної служби України; посиленні процедур проходження митного контролю; посиленні контролю державного кордону при перетині його іноземцем (обов'язкове з'ясування інформації про те, де він планує зупинитися, за можливості – надання точної адреси) із доступом правоохоронних органів до цієї інформації; оснащення працівників державних органів технікою, програмним забезпеченням; розширенні повноважень та можливостей підрозділів, які займаються міграційними питаннями в Україні (наприклад, надання їм доступу до іноземних баз даних); анулюванні дозволу на проживання в Україні у випадку вчинення будь-яких правопорушень, а також у разі зміни місця проживання і неповідомлення про це компетентних органів для внесення змін; погодженні всіх видів на проживання, оформлення запрошень (приватних, службових, туристичних), у т. ч. і отриманих раніше у випадку втрати, з органами СБ України; активізації роботи щодо запобігання нелегальній міграції; боротьбі з корупцією в органах Міграційної служби України; розробленні методик співпраці СБ України, Національної поліції, Державної прикордонної служби і Державної міграційної служби України щодо порядку ідентифікації іноземців.

III. *Зміни у структурі, комплектуванні чи повноваженнях системи правоохоронних органів України, в тому числі*: вирішення кадрового питання (розширення штату компетентними особами, стабілізація грошового забезпечення); створення спеціальних підрозділів для розслідування злочинів, учинених іноземцями; покращення матеріально-технічного забезпечення підрозділів Національної поліції України; створення єдиної електронної уніфікованої бази даних з доступом до неї працівників правоохоронних органів (із зазначенням біографічних даних, ідентифікаційних ознак, фото, інформації про родичів, близьких тощо); проведення ретельної перевірки наявності відомостей про притягнення до кримінальної відповідальності під час перетину державного кордону України іноземцями й апатридами; створення реальної можливості заборони виїзду іноземця або апатрида за межі населеного пункту в разі підозри у вчиненні злочину; налагодження системи співпраці з правоохоронними органами інших держав; спрощення процедури видачі злочинців; налагодження взаємодопомоги між структурними підрозділами Національної поліції та силовими структурами

взагалі; спрощенні порядку оголошення у розшук; після проведення досудового розслідування здійснення екстрадиції злочинців-іноземців; після відбуття покарання іноземцем – його негайна депортація без права повернення в Україну або заборона в'їзду на певний строк; підготовка спеціалізованих юридичних кадрів (зокрема зі знанням іноземних мов); подальше реформування правоохоронних органів.

IV. *Здійснення заходів у межах наявних повноважень державних і правоохоронних органів*, а саме: проведення профілактичних бесід ДООП з іноземцями та апатридами, які проживають на території підвідомчої їм ділянки; при виявленні факту вчинення злочину студентом-іноземцем ініціювання працівниками поліції або Державної міграційної служби його виключення з вищого навчального закладу та негайної депортації; проведення профілактичних бесід з головами діаспор на тему запобігання злочинності та поведінки іноземців на території України із подальшою передачею такої інформації на загальних зборах общини; перевірка ДООП разом із співробітниками Державної міграційної служби України місць проживання іноземців; посилення роботи оперативних працівників Національної поліції щодо сфери розслідування злочинів іноземців і апатридів.

V. *Заходи у соціально-економічній сфері*: соціальна реклама правомірної поведінки, у тому числі й іноземців, на території України; інформаційні плакати про невідворотність покарання за недотримання норм міграційного законодавства та вчинення злочину на території України; надання офіційного працевлаштування іноземцям в Україні; закріплення за іноземцями перекладачів (на зразок Центру безоплатної правової допомоги); покращення соціальної сфери стосовно іноземців та апатридів; розв'язання соціальних проблем у сфері трудової міграції.

Висновок. Таким чином, здійснюючи кримінологічне дослідження будь-якого аспекту злочинності в Україні, необхідно спиратися не лише на дані офіційної статистики. Для надання дослідженню повноти та практичного спрямування врахування думки кваліфікованих працівників є цілком виправданим. Адже саме вони безпосередньо залучені у процес боротьби зі злочинністю, обізнані з її особливостями і можуть указати на конкретні недоліки в запобіжній діяльності.

Список літератури:

1. Статистика МВС України. Стан та структура злочинності в Україні. URL: <http://mvs.gov.ua>.
2. Статистична інформація про стан злочинності та результати прокурорсько-слідчої діяльності. URL: <https://www.gp.gov.ua/ua/statinfo.html>.
3. Калініна А. В. Рівень і динаміка як елементи кримінологічної характеристики злочинності іноземців та осіб без громадянства. *Питання боротьби зі злочинністю*. Харків: Право, 2013. Вип. 26. С. 263–274.
4. Калініна А. В. Якісні показники злочинності іноземців та осіб без громадянства в Україні (за матеріалами емпіричного дослідження). *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. Одеса, 2014. Вип. 9–2. Т. 2. С. 63–66.
5. Калініна А. В. Віктимологічний аспект злочинності іноземців та осіб без громадянства в Україні. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. Херсон, 2016. Вип. 6. Т. 3. С. 64–67.

6. Калініна А. В. Морально-психологічні ознаки злочинця-іммігранта в Україні. *Проблеми законності*. 2017. Вип. 137. С. 132–141. DOI: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.137.94605>.

7. Закалюк А. П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика: у 3-х кн. Київ: Вид. дім «Ін Юре», 2008. Кн. 3: Практична кримінологія. 320 с.

8. Закалюк А. П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика: у 3-х кн. Київ: Вид. дім «Ін Юре», 2008. Кн. 1: Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки. 424 с.

References:

1. Statystyka MVS Ukrainy. Stan ta struktura zlochynnosti v Ukraini. URL: <http://mvs.gov.ua>.
2. 2. Statystychna informatsiia pro stan zlochynnosti ta rezultaty prokurorsko-slidchoi diialnosti. URL: <https://www.gp.gov.ua/ua/statinfo.html>.

3. Kalinina, A.V. (2013). Riven i dynamika yak elementy kryminolohichnoi kharakterystyky zlochynnosti inozemtsiv ta osib bez hromadianstva. *Pytannia borotby zi zlochynnistiu – Issues of Crime Prevention, issue 26, 263–274* [in Ukrainian].

4. Kalinina, A.V. (2014). Yakisni pokaznyky zlochynnosti inozemtsiv ta osib bez hromadianstva v Ukraini (za materialamy empirychnoho doslidzhennia) [Qualitative Indexes of the Foreigner and Noncitizen Crime in Ukraine (using the materials of empirical study)]. *Naukovyi visnyk Mizhnarodnoho humanitarnoho universytetu. Serii: «Iurytsprudentsiia» – International Humanitarian University Herald. Jurisprudence, issue 9–2, vol. 2, 63–66* [in Ukrainian].

5. Kalinina, A.V. (2016). Viktymolohichni aspekt zlochynnosti inozemtsiv ta osib bez hromadianstva v Ukraini [The Victimological Aspect of Foreigners' and Stateless Persons' Crime in Ukraine]. *Naukovyi visnyk Khersonskoho derzhavnogo universytetu. Serii «Iurydychni nauky», issue 6, vol. 3, 64–67* [in Ukrainian].

6. Kalinina, A.V. (2017). Moralno-psykhologichni oznaky zlochynstia-immigranta v Ukraini [Moral and Psychological Features of Criminal's Personality, who is an Immigrant in Ukraine]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 137, 132–141*. DOI: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.137.94605> [in Ukrainian].

7. Zakaliuk, A.P. (2008). Kurs suchasnoi ukrainskoi kryminolohii: teoriia i praktyka: u 3-kh kn. Kyiv: Vyd. dim «In Yure». Kn. 3: Praktychna kryminolohiia [in Ukrainian].

8. Zakaliuk, A.P. (2008). Kurs suchasnoi ukrainskoi kryminolohii: teoriia i praktyka: u 3-kh kn. Kyiv: Vyd. dim «In Yure». Kn. 1: Teoretychni zasady ta istoriia ukrainskoi kryminolohichnoi nauky [in Ukrainian].

Kalinina A. V., Junior Research Fellow, Academician Stashis Scientific Research Institute for the Study of Crime Problems, National Academy of Law Sciences of Ukraine, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: alina.kalinina@ukr.net ; ORCID 0000-0001-8015-0807

Foreigners' and stateless persons' crime in Ukraine: the results of law enforcement officers' survey

Dynamic processes of international migration, including Ukraine as a participant, produce real and potential security threats. One of such threats is foreigners' and stateless persons' crime. That's why studying crime of this people with the aim of its prevention, orients a researcher to use different methods of scientific research.

Most of criminological researches are based on the official statistics data. But for the comprehensive view of the topic usage of only crime statistics isn't enough. Researcher can get the outstanding information through different surveys that belong to the statistical methods of scientific research.

The goal of this paper is to expound the results of law enforcement officers survey, conducted by the author, as for latency, determination and prevention of foreigners' and stateless persons' crime in Ukraine.

The investigators and agents of the National police and Security Service of Ukraine, district police officers of the National police from Kyiv and Kyiv Region, Kharkiv and Kharkiv Region, Dnipro and Dnipropetrovsk Region, Odesa and Odesa Region, Chernihiv and Chernihiv Region, Chernivtsi and Chernivtsi Region, Uzhhorod and Zakarpattya Region have been the respondents of our survey.

For our survey we had worked up two forms: the first for investigators and agents of the National police and Security Service of Ukraine and the second one for district police officers of the National police of Ukraine. The first form included questions about: how often foreigners and stateless persons commit crimes in Ukraine; the level and reasons of the latency of these crimes; the most widespread difficulties of the investigation of such crimes; possible connection between nationality and kind of crimes; determination and prevention measures of foreigners' and stateless persons' crime.

Form for district police officers was rather different than for investigators and agents. We had asked them about quantity of foreigners and stateless persons on their district, facts of crime committing by them, claims from local people on them, determination and prevention this type of crimes.

The main conclusion of the paper is that without such methods of scientific research like surveys, any criminological study isn't complete and has not enough practical orientation.

Keywords: foreigners' and stateless persons' crime; crime prevention in Ukraine; law enforcement officers' survey.

Надійшла до редколегії 15.02.2018 р.

СУДОУСТРІЙ



Калужна Оксана Михайлівна,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри
кримінального процесу та криміналістики,
Львівський національний університет
імені Івана Франка, Україна, м. Львів
e-mail: Kalushna1978@gmail.com
ORCID 0000-0002-5995-1383

doi: 10.21564/2414–990x.140.123451
УДК 343.98

ЧИ НЕ (ЗА)БАГАТО ПОЛІТИКИ, (ЗА)МАЛО ПРАВА У ПІДХОДАХ ДО ДЕРЖАВНОЇ ЕКСПЕРТНОЇ МОНОПОЛІЇ?

Викладено роздуми про переваги й недоліки державної монополії на виконання судових експертиз.

Констатовано очевидні переваги виконання судових експертиз у системі державних експертних установ з точки зору мети отримання науково-обґрунтованого висновку експерта, такого, що ґрунтується на сучасних даних науки, техніки, ремесла: розвинена мережа державних експертних установ у регіонах, широке коло виконуваних видів судових експертиз; науково-дослідницькі підрозділи державних експертних установ; система підвищення кваліфікації судових експертів; система розробки нових та удосконалення існуючих експертних методик; інформаційно-довідкові обліки та колекції в системі ДНДЕКЦ та НДЕКЦ при Головних управліннях НП в областях та м. Києві; державне фінансування та забезпечення технічним інструментарієм та видатковими матеріалами для експертних досліджень тощо.

Водночас окреслено й недоліки такої моделі організації судово-експертного забезпечення правосуддя: відсутність конкуренції між судовими експертами; зловживання судових експертів у формі давання завідомо неправдивих висновків для прикривання чийось зловживань або для приховування злочинів; обмеження сторін судового процесу у диспозитивному праві вільного надання доказів; штучне обмеження можливостей пізнання обставин провадження (використання всіх можливостей для встановлення істини в справі).

Зроблено висновок, що закріплена «судовою реформою» (Законом № 2147-VIII в редакції, що набуде чинності 18.03.2018 р.) модель судово-експертного забезпечення судочинства в Україні є етапом в історичному його розвитку, який, природно, мав би видозмінюватися залежно від її ефективності та запиту суспільства, громадських, професійних та державних інституцій. З причин корпоративних і політичних інтересів, корупційної складової, зловживань судових экс-

пертів тощо державна судово-експертна монополія не є ідеальною моделлю судово-експертного забезпечення правосуддя. Тому вона зазнаватиме перегляду та трансформації.

Ключові слова: державні спеціалізовані експертні установи; державна судово-експертна монополія.

Калужна О. М., кандидат юридичних наук, доцент кафедри уголовного процесу і криміналістики, Львівський національний університет імені Івана Франка, Україна, г. Львів.
e-mail: Kalushna1978@gmail.com ; ORCID 0000-0002-5995-1383

Не много ли политики и мало права в подходах к государственной экспертной монополии?

Целью статьи является побуждение к размышлениям о преимуществах и недостатках государственной монополии на исполнение судебных экспертиз.

Констатируются очевидные преимущества выполнения судебных экспертиз в системе государственных экспертных учреждений с точки зрения цели получения научно обоснованного заключения эксперта, основывающегося на современных данных науки, техники, ремесла: развитая сеть государственных экспертных учреждений в регионах, широкий круг выполняемых видов судебных экспертиз; научно-исследовательские подразделения государственных экспертных учреждений; система повышения квалификации судебных экспертов; система разработки новых и усовершенствования существующих экспертных методик информационно-справочные учеты и коллекции в системе ГНИЭКЦ и НИЭКЦ при ГУ НП в областях и г. Киеве; государственное финансирование и обеспечение техническим инструментарием и расходными материалами для экспертных исследований и т. п.

В то же время названы и недостатки такой модели организации судебно-экспертного обеспечения правосудия: отсутствие конкуренции между судебными экспертами; злоупотребления судебных экспертов в форме дачи заведомо ложных заключений для прикрытия чьих-то злоупотреблений или для сокрытия преступлений; ограничения сторон судебного процесса в диспозитивном праве свободного предоставления доказательств; искусственное ограничение возможностей познания обстоятельств производства (использование всех возможностей для установления истины по делу).

Сделан вывод, что закрепленную «судебной реформой» (Законом № 2147-VIII – вступит в силу 18.03.2018 г.) модель судебно-экспертного обеспечения судопроизводства в Украине является этапом в историческом его развитии, который, естественно, должен видоизменяться в зависимости от ее эффективности и запроса общества, общественных, профессиональных и государственных институтов. По причинам корпоративных и политических интересов, коррупционной составляющей, злоупотреблений судебных экспертов и т. д. государственная судебно-экспертная монополия не является идеальной моделью судебно-экспертного обеспечения правосудия. Поэтому она будет пересматриваться и трансформироваться.

Ключевые слова: государственные специализированные экспертные учреждения; государственная судебно-экспертная монополия.

Мета і постановка проблеми. Метою даної публікації не є пошук найбільш оптимальної, збалансованої моделі судово-експертного забезпечення правосуддя якісною, об'єктивною, сучасною, науково обґрунтованою судовою експертизою. У рамках статті його здійснити неможливо. Моя мета – спонукати читача до роздумів: чи державна монополія на виконання судових експертиз є добром або чи тільки добром? Чи криє вона в собі певні загрози й небезпеки? Якщо так, то в чому вони виражаються? Якщо так, то чи йдеться про гіпотетичні, тобто прогнозовані в майбутньому можливі (ймовірні) негативні наслідки та небезпеки, моделювання яких не можна залишати поза увагою з огляду на певні окремі, навіть одиничні, але все ж можливі варіанти розвитку ситуацій

у справі? Чи мова про уже зrealізовані або зrealізовувані і не раз негативні наслідки устрою судово-експертного забезпечення судочинства у вітчизняній його історії? Наскільки ці наслідки значущі для суспільства? Чи немає підстав трактувати ці наслідки як сигнал «Карфаген має бути зруйновано» й переглядати систему організації (устрою) експертного забезпечення судочинства в Україні?

Виклад основного матеріалу. Відповідно до усіх редакцій Закону України «Про судову експертизу» (у тому числі й чинної) його ч. 3 ст. 7 приписує, що «виключно державними спеціалізованими установами здійснюється судово-експертна діяльність, пов'язана з проведенням криміналістичних, судово-медичних і судово-психіатричних експертиз». Це універсальна, міжгалузева організаційно-процесуальна норма для всіх видів судочинства в Україні. До набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» № 2147-VIII від 03.10.2017 р. діяли такі ж універсальні міжгалузеві правила ч. 1 ст. 7, відповідно до якої до проведення інших класів судових експертиз у порядку та на умовах, визначених цим Законом, могли залучатись судові експерти, які не є працівниками цих установ, і ч. 4 ст. 7 попередньої редакції (09.09.2004) цього ж Закону: для проведення деяких видів судових експертиз, які не здійснюються виключно державними спеціалізованими установами, за рішенням особи або органу, що призначили судову експертизу, могли залучатись, крім судових експертів, також інші фахівці з відповідних галузей знань. Відносно широке ознайомлення із судовою практикою щодо дотримання вказаних правил вибору судового експерта дозволяє констатувати, що господарські суди суворо їх дотримувалися, водночас у цивільному судочинстві суди різних рівнів допускали різну судову практику, визнаючи, наприклад, висновки лінгвістичних «експертиз» (належать до класу криміналістичних), виконані взагалі не судовими експертами (не перебували у Реєстрі Мініюсту судових експертів), а фахівцями-філологами або психологами, як джерело доказів – висновок експерта. Відповідно до чинної редакції ч. 1 ст. 7 (у редакції «судової реформи» Закону № 2147-VIII) «судово-експертну діяльність у кримінальному провадженні здійснюють державні спеціалізовані установи, а в інших випадках – також судові експерти, які не є працівниками зазначених установ, та інші фахівці (експерти) з відповідних галузей знань у порядку та на умовах, визначених цим Законом». При цьому невиключеною є ч. 3 ст. 7 про виняткову компетенцію державних експертних установ на виконання медичних, психіатричних та криміналістичних судових експертиз. Отож, принагідно, заглядаючи в правове майбутнє України, з очевидністю можна змодельовати, що у судовій практиці невдовзі може постати перед Великою палатою Верховного Суду завдання щодо приведення до єдності судової практики у всіх видах судочинства в частині правил визначення судового експерта. Разом з тим, на здоровий глузд це питання не повинно б поставати перед Великою палатою ВС, оскільки її завданням є формування

правових висновків щодо складних питань правозастосування й правотлумачення, а правила визначення судових експертів для проведення судово-медичних, психіатричних та криміналістичних експертиз 24 роки визначені в Законі «Про судову експертизу» (ч. 3 ст. 7) і змінам у цій частині не піддавались. Чи є завданням Великої палати «сказати», що хибною є практика судів, яка явно суперечить закону?

Повертаючись до ключового питання даного аналізу, на сьогодні державною монополією є виконання усіх можливих видів судових експертиз у кримінальному судочинстві та будь-яких криміналістичних, медичних та психіатричних – у господарському, цивільному та адміністративному. Інші класи судових експертиз у цих трьох видах судочинства можуть здійснюватись так званими «приватними» експертами, які перебувають у Реєстрі судових експертів, або за разовими угодами фахівцями з відповідних галузей знань.

Отож, розпочнемо з історичних передумов формування в Україні державних експертних установ, становлення їх монополії на судово-експертну діяльність, їх реальних здобутків і переваг, хиб і загроз.

1. Загальновідомо, що розвиток судової експертизи як галузі юридичного знання та виду діяльності розпочався власне з започаткуванням перших судово-експертних установ. А такими вважаються бюро ідентифікації, що створювалися в 1896–1897 рр. при поліцейських префектурах ряду столичних міст Європи, Аргентини, Британської Індії, Бразилії, Чилі та інших країн. У Києві, першим в Російській імперії, у січні 1904 р. був створений дактилоскопічний відділ, що забезпечував реєстрацію злочинців і проведення дактилоскопічних досліджень [1, с. 14]. 4 липня 1913 р. схвалено Закон Російської імперії про заснування кабінетів науково-судової експертизи (КНСЕ) в містах Києві, Одесі та Москві, який введено в дію 1 січня 1914 р. До основних завдань КНСЕ було віднесено проведення досліджень у галузі криміналістики, за справами кримінальними – безкоштовно, за справами цивільними – за плату, у розмірі, який визначається за правилами Статуту цивільного судочинства; надання, в особливо важливих випадках, допомоги слідчій владі при проведенні дій, що стосуються пошуку винного або виявлення злочину. У склад КНСЕ входили три відділи (фотографічний та каліграфічний; технічних досліджень; дактилоскопічний). Функціонування КНСЕ позбавляло від необхідності залучати до роботи та оплачувати із казни послуги випадкових експертів, що не мали у більшості випадків ані необхідної теоретичної підготовки, ані належного практичного досвіду, через що їх експертиза виявлялася досить хиткою, а іноді й помилковою [1, с. 14].

З прийняттям у 1922 р. Кримінально-процесуального кодексу (КПК) в Україні у ст. 62 КПК був передбачений такий вид судових доказів, як висновок експерта. Для виконання науково-технічних досліджень за кримінальними справами Рада народних комісарів УСРР своєю постановою від 10.07.1923 р. створює в системі НКЮ крайові кабінети науково-судової експертизи у містах Харкові, Києві й Одесі та затверджує положення про них. Тим самим держава

вживає організаційних заходів щодо використання досягнень науки й техніки в судочинстві. Це були перші судово-експертні установи в системі органів юстиції України на теренах колишнього СРСР [1, с. 15]. У складі кабінетів були передбачені секції: хімічних і фізико-хімічних досліджень, судово-медичних, макро- і мікроскопічних досліджень, ідентифікації особи (дактилоскопія, пороскопія, антропометрія та ін.).

Закономірності історичного розвитку експертних установ та самих видів судових експертиз, їх удосконалення, трансформації і виникнення нових видів та підвидів судових експертиз є спільними (універсальними) для переважної більшості держав.

2. Слід відзначити, що 100-річна тенденція вітчизняної практики зосередження в одній експертній установі щоразу більшого обсягу різних видів судових експертиз (незважаючи на те, що вони вирішували свої завдання, ґрунтуючись на спеціальних знаннях, що базувалися на різних науках: криміналістиці, хімії, фізики, біології, бухгалтерії, автотехніці, медицині тощо) була й однією з умов для виникнення відносно нової підгалузі юридичного наукового знання (юридичної науки) – **судової експертології**.

3. З точки зору зручності для правозастосовної практики така свого роду централізація (зосередження) різних класів, родів, видів та підвидів судових експертиз в одній експертній установі (а точніше у трьох-чотирьох альтернативних відомчих мережах експертних установ – Мінюсту, МВС та МОЗ України) також має свою раціональність.

4. *Проведення експертиз у державних судово-експертних закладах полегшує підбір експертів і перевірку їх компетенції і компетентності.*

У цілому компетентність усіх судових експертів гарантується існуючою системою підготовки кадрів. Відповідно до ч. 3 і 4 ст. 16 Закону України «Про судову експертизу» залежно від спеціалізації і рівня підготовки працівникам державної спеціалізованої установи присвоюються кваліфікація судового експерта і кваліфікаційний клас. Порядок проведення атестації та присвоєння чи позбавлення кваліфікаційних класів судового експерта визначається міністерствами та іншими центральними органами виконавчої влади, до сфери управління яких належать державні спеціалізовані установи (надалі – ДСУ), що здійснюють судово-експертну діяльність (надалі – СЕД). Для присвоєння та позбавлення кваліфікації судового експерта і кваліфікаційних класів створюються експертно-кваліфікаційні комісії при міністерствах та інших центральних органах виконавчої влади, до сфери управління яких належать ДСУ, що здійснюють СЕД. Порядок присвоєння кваліфікації судового експерта фахівцям чи позбавлення кваліфікації судового експерта фахівців, які не є працівниками ДСУ, визначається Мінюстом України. З цією метою при Мінюсті створюється Центральна експертно-кваліфікаційна комісія (ст. 17) .

У державному експертному закладі підбір експерта зазвичай здійснюється керівником цього закладу, крім випадків, якщо сторони, слідчий суддя, суд визначив конкретного експерта. Керівник ДСУ все ж краще за суб'єктів процесу

обізнаний щодо компетенції та рівня компетентності (досвіду, вмінь вирішувати експертні завдання різної складності своїх працівників). Якщо ж експертиза проводиться поза експертним закладом, вирішення цих питань повністю лягає на плечі особи чи органу, що залучають експерта, і повинні зібрати інформацію та впевнитись у його кваліфікації та компетентності самі.

5. *Державні експертні установи мають державне забезпечення необхідним інструментарієм та видатковими матеріалами* для проведення судових експертиз. Відповідно до ч. 2 ст. 15 Закону України «Про судову експертизу» проведення судових експертиз ДСУ у кримінальних провадженнях за та у справах про адміністративні правопорушення здійснюється за рахунок коштів, які цільовим призначенням виділяються цим експертним установам з Державного бюджету України. Відповідно до ч. 5 і 6 ст. 15 «витрати на проведення судових експертиз науково-дослідними установами Мініюсту України та судово-медичними і судово-психіатричними установами МОЗ України у цивільних і господарських справах відшкодовуються в порядку, передбаченому чинним законодавством. Проведення інших експертних досліджень і обстежень ДСУ здійснюється за рахунок замовника». Ці законодавчі положення щодо фінансування ДСУ є гарантією організаційної, технічної, методичної й поточної готовності ДСУ в будь-який момент приступити до виконання будь якої судової експертизи. Крім цього, вони дають державі, яка має гарантувати життєздатність функцій кримінального переслідування та здійснення правосуддя, певність, що судова експертиза буде виконана у встановлені строки, є своєрідних заходом на випередження можливого «саботажу» судових експертів щодо затягування виконання судової експертизи з різноманітних організаційно-технічних підстав і кінцево – на випередження затягування у такий спосіб строків досудового розслідування чи судового розгляду в цілому.

Крім цього, ДСУ здійснюють науково-дослідну діяльність з питань організації та проведення судових експертиз, яка відповідно до ч. 1 ст. 15 Закону України «Про судову експертизу» також фінансується з Державного бюджету України.

6. У НДЕКІЦ МВС України *функціонують інформаційно-допоміжні криміналістичні обліки (колекції)*, що полегшують підбір порівняльних зразків при проведенні дуже багатьох ідентифікаційних судових експертиз.

7. *Державні експертні установи мають вироблену десятиліттями практику розробки нових й удосконалення існуючих експертних методик, професійні наукові видання з питань судової експертизи, напрацювання у галузі міжнародної співпраці тощо.*

Іншими словами, переваги виконання судових експертиз у системі державних експертних установ з точки зору мети отримання науково обґрунтованого, такого, що ґрунтується на сучасних даних науки, техніки, ремесла судових експертиз є очевидними.

Так само очевидним є і той факт, що інвестуючи в розвиток державних експертних установ бюджетні кошти, державі нелогічно було б «плекатися їх як

мистецтво заради мистецтва» без сподівань на самовіддачу експертних установ суспільству послугами у виді належного і якісного забезпечення судочинства експертними висновками. Водночас самовіддача – це один фактор, а простій і незадіяність експертних установ на повну потужність з огляду, наприклад, на відкритий ринок судово-експертних послуг – це інший фактор. Однак між цими двома факторами нема безпосередніх «прямих-зворотних» економічних взаємоумовленостей.

Умовно можна виділити кілька факторів, якими керується держава при створенні та утриманні (фінансуванні) державних експертних установ:

1) економічний – відображає намагання держави отримати дивіденди від капіталовкладення у розвиток мережі, інфраструктури, нових наукових досліджень ДСЕУ у вигляді належно якісних висновків судових експертиз для завдань судочинства, та намагання забезпечити ДСЕУ роботою, безперебійними замовленнями;

2) безпековий (гарантєвий) – судово-експертна діяльність обслуговує судочинство, а отже, вона надто важлива для виконання державою правоохоронної та правозахисної функцій, щоб її можна було «відпустити на вільний ринок і саморегулювання». Тому держава змушена або здійснювати адекватне й детальне регулювання «приватної» судово-експертної діяльності для отримання якісних судово-експертних послуг, або мати мережу державних експертних установ для гарантування за будь-яких непередбачуваних випадків на ринку експертних послуг;

3) якісний (юридичний) – намагання гарантувати належний рівень повноти, науковості та достовірності висновків судових експертиз.

4) оперативний – намагання системою організації судово-експертної діяльності гарантувати у кримінальних провадженнях якомога швидке і вчасне виконання судових експертиз, оперативну співпрацю із слідчим. У історичній ретроспективі органів досудового розслідування кожної держави у структурі багатьох із них були і досі є експертні підрозділи. Саме з цієї причини історично сформувались і функціонують експертні підрозділи у структурі МВС та СБУ.

Закріплення за державою судово-експертної монополії означає:

а) гарантування постійних й сталих замовлень судово-експертних послуг і, відповідно, забезпечення роботою штату працівників судово-експертної установи;

б) постійні і сталі замовлення сприяють постійній завантаженості роботою, тобто перебування у вирі судово-експертних досліджень є природнім економічним рушієм, стимулом для удосконалення експертних методик, налагодження зовнішньої співпраці, кооперації, вирішення складних і ще складніших експертних завдань;

в) лобіювання інтересів певних міністерств, політичних сил при розподілі видатків державного бюджету на фінансування ДСЕУ;

г) організаційну та фінансову підпорядкованість ДСЕУ міністерствам, у структурі яких вони перебувають;

д) попри передбачені законом гарантії незалежності судового експерта, не можна виключати можливість впливу на прийняття ним рішень (дачу висновків) його роботодавця (керівництва). Не слід забувати, що закон передбачає лише процесуальні гарантії незалежності судового експерта (механізм відводів і самовідводів). Разом з тим судовою реформою (Закон України № 2147-VIII) передбачено підвищення зарплатні судових експертів ДСЕУ, що мало б бути гарантією економічної незалежності судових експертів, зокрема: «Працівникам державних спеціалізованих установ (невійськовослужбовцям і тим, які не мають звань рядового і начальницького складу), які мають кваліфікацію судового експерта, посадові оклади встановлюються у розмірі не менше 10 розмірів прожиткового мінімуму, встановленого для працездатних осіб на 1 січня календарного року» (ст. 18 Закону України «Про судову експертизу» в редакції Закону № 2147-VIII).

Підвищення зарплатні судовим експертам ДСЕУ, звісно, є гарним стимулом залишатись судовому експерту байдужим до сторонніх заохочень щодо дачі замовних висновків, адже належна зарплатня спонукає належно й неупереджено виконувати свою роботу, розглядати її як основне, стає джерело доходів, а тому дорожити своїм місцем праці. Але той самий фактор – цінування власного місця праці – робить експерта лояльним до керівництва. А у всій павутині взаємозв'язків ДСЕУ є структурними підрозділами тих чи інших міністерств і відомств, які не лише не позбавлені політичного впливу, а по своїй суті є політичними у системі прийняття рішень, розстановки кадрів та у цілому політики парламентської більшості, уряду та Президента України. Таким чином, діяльність ДСЕУ фактично може бути елементом механізму політично мотивованих кримінальних переслідувань або навпаки потурань бездіяльності правоохоронних органів, або навіть елементом у механізмі «прикриття» певних злочинних дій певних посадових осіб, підприємств, установ, організацій.

Про такі факти доводиться доволі часто чути з журналістських розслідувань, повідомлень ЗМІ, з виступів окремих політиків, юристів і навіть самих судових експертів. Водночас назагал сприймається така інформація по-різному – як публіцистична полеміка, як детективні історії, як заклики політиків чи правозахисників, і майже ніколи як доконані юридичні факти, які потребують чи зазнали належного реагування. Адже, по-перше, у вітчизняній практиці такі факти рідко юридично встановлюються, а якщо точніше, рідко є політична воля або воля відповідних посадових осіб їх встановлювати, і, по-друге, такі факти прийнято замовчувати.

Однак дещо іншими очима сприймається державна експертна монополія після вивчення хоч кількох рішень Європейського Суду з прав людини (ЄСПЛ) за заявами проти України, зокрема, коли заявники скаржились на втручання у право на життя (ст. 2 ЄКПЛ), катування та нелюдське поводження (ст. 3 ЄКПЛ), право на справедливий суд (ст. 6 ЄКПЛ), право на ефективний механізм правового захисту (ст. 13 ЄКПЛ).

Так, 18 липня 2017 р. ЄСПЛ постановив рішення за заявою Ніни Куценко (заява № 25114/11), присудивши їй одну з найбільших в історії юрисдикції ЄСПЛ в Україні виплат – 72 000 євро відшкодування за порушення ст. 2 (право на життя) і ст. 6 (право на справедливий суд) ЄКПЛ внаслідок нерозслідування вбивства її сина співробітниками міліції і покриття висновками судово-медичної експертизи винуватців злочину та ухилення їх від кримінальної відповідальності.

13 серпня 2003 р. син Н. Куценко Володимир зник. Через три дні мати почала розпочала пошуки. Співмешканка сина І. 18 серпня сказала, що вже два тижні не бачила її сина. Пізніше мати дізналася, що насправді вона бачила його 12 серпня у райвідділку міліції. Сталося це тому, що незадовго до зникнення Володимира, 5 серпня невідомі здійснили розбійний напад на банкіра у селі Червона Мотовилівка Фастівського району. Володимир чомусь потрапив у коло підозрюваних, очевидно тому, що у 2000 р. він відбув два роки у в'язниці за хуліганство: розбив декілька пляшок із алкоголем у кав'ярні. В. Куценка затримали у Вишневому 12 серпня та відвезли у Васильків, де вперше побили, намагаючись отримати свідчення. Побої були такими сильними, що міліціонери злякалися смерті затриманого, тому Володимира у непритомному стані викинули на вулицю, де він пролежав два дні. Мешканці Василькова дзвонили до міліції, але ніякої реакції звідти спочатку не було. Через два дні Володимира підбрала швидка допомога. Декілька днів він одужував від побоїв у місцевій лікарні.

18 серпня Ніна Куценко написала заяву до міліції щодо розшуку зниклого сина. Вечері 22 серпня співробітники міліції Василькова викрали Володимира Куценка з лікарні, знов замкнули у камері відділку міліції Василькова та били. Свідки-співкамерники розповідають, що його били прямо у камері співробітники міліції. Нелюдські побої тривали три дні до 25 серпня. Після цього міліціонери вивезли Володимира на привокзальну площу у Фастові та залишили там у непритомному стані. Поруч турботливо поставили його черевики і навіть викликали для нього швидку допомогу. У лікарні Фастова Володимиру не надали необхідної медичної допомоги, натомість сфальсифікували історію хвороби. 3 вересня В. Куценко помер у Фастівській центральній районній лікарні і через два дні його поховали як невідому особу. *Причина смерті у висновку судмедексперта – помер від вживання наркотиків. Подальша ексгумація у 2004 році показала, що у трупа була відсутня ліва нирка, надпирники та селезінка [2].*

У 2005 р. Ніна Куценко подала заяву щодо вбивства її сина до Генеральної прокуратури. ГПУ розпочала розслідування, яке тривало 13 років і протягом якого головні слідчі у справі змінювалися щонайменше 20 разів [3].

Зрештою були висунуті обвинувачення стосовно поліцейського за спричинення чоловіку травм, які стали причиною його смерті; поліцейського, який спостерігав за побиттям чоловіка і не захистив його; лікаря, який відповідав за переведення хворого до регіонального госпіталю і мав стежити за станом

В. Куценка після того, як чоловік впав у кому. Також звинувачення висунули щодо судмедексперта за чотирма статтями КК через недбалість під час проведення розтину (зокрема неправдиві заяви про те, що В. К. помер через алкогольну та наркотичну залежність, не вказав всіх наявних ушкоджень і не провів належних аналізів) і щодо поліцейського, який відповідав за розшук В. К. перед його госпіталізацією. Всі вище перелічені особи були визнані винними, однак через закінчення строку давності притягнення до кримінальної відповідальності за вказані злочини ніхто з них не був підданий покаранню. Відтак Суд встановив порушення ст. 2 ЄКПЛ, зокрема через травми, завдані В. К. поліцейськими і відсутність належної медичної допомоги, що призвели до його смерті, і через неналежне розслідування побиття В. Куценка [4].

Рішення ЄСПЛ «Ніна Куценка проти України» викликало чималий резонанс в пресі й обговорення у юридичному середовищі та середовищі самих судових експертів. Чимало з останніх висловлювались, що це рішення стане приводом для внесення коректив до на той час ще актуального законопроекту № 6264 (Про судово-експертну діяльність) щодо перегляду державної судово-експертної монополії, адже справа Ніни Куценка викривала «експертне прикриття гріхів міліції»: судмедекспертизу здійснював працівник державного експертного органу – досвідчений, атестований судовий експерт, попереджений про дачу завідомо неправдивого висновку. До слова, можна згадати, що через державну судово-експертну монополію на фоні зловживань судових експертів деякі правники не без досади називали цей закон «про судово-експертне прикриття».

У справі «Нечипорук і Йонкало проти України» ЄСПЛ було встановлено, що до підозрюваного застосовувалися тортури електричним струмом, внаслідок яких Нечипорук зізнався у розбійному нападі, якого не вчиняв. Судмедексперт сліди від електричних опіків описав як потертості. Приватний експерт (на той момент був короткий час, коли судово-експертну діяльність можна було здійснювати за ліцензією) вказав на виняткові особливості електричних опіків – точкова локалізація, зроговіння в точці контакту і концентрично розташовані зони опіків, малий діаметр опікової плями, внаслідок особливостей електричного розряду - на точці, без великого температурного впливу на прилеглих ділянках і т. д.). Тобто державний судмедексперт не міг не бачити, що це не потертості. У п. 277 рішення ЄСПЛ вказав: *«Реакція як суду першої інстанції, так і Верховного Суду на ці аргументи є вражаюче недостатньою та неадекватною»* [5]. Нечипорука було звільнено після шести років в'язниці за злочин, якого він не вчиняв, та повністю виправдано за наслідками перегляду ВСУ. А експерти донині на своїх місцях.

Згадаймо і подвійний самостріл генерала Кравченка, балістичні експертизи у справах про розстріли на Майдані лютого 2014 р., документознавчі експертизи у справах так званої «чорної бухгалтерії» Партії регіонів. Можна привести ще чимало прикладів, завдяки яким стає зрозуміло, що державна монополія на судово-експертну діяльність – це одночасно «добро» і «зло». Римський оратор

і політик Катон Старший завжди завершував свої промови, навіть якщо вони не стосувалися Карфагену, фразою: «Ceterum censeo Carthaginem esse delendam або також «Ceterum autem censeo, Carthaginem esse delendam» (*а поза тим вважаю, що Карфаген потрібно зруйнувати*»).

Нема підстав заперечувати, що система державних експертних установ має низку позитивів і раціональне зерно. Однак є одне істотне «але» – а саме залежність експертних установ від відомств, у структурі яких вони перебувають, а в цілому в найбільш резонансних судових справах навіть від політичної волі парламентсько-урядової більшості, в результаті чого судова практика нерідко отримувала й, не виключається, отримує необ'єктивні висновки експертів, якими, як правило, прикриваються чиїсь зловживання чи недбалість.

Частина 1 ст. 7 Закону України «Про судову експертизу» в редакції судової реформи (Закону № 2147-VIII) встановлює, що «судово-експертну діяльність у кримінальному провадженні здійснюють державні спеціалізовані установи». Отже, держава не залишила учасникам кримінального провадження (стороні захисту і потерпілому) іншого адекватного, конкурентоздатного засобу захисту щодо вставлення елементів предмета доказування, що потребують залучення спеціальних знань. До слова, на відсутність у правовому регулюванні України належного правового засобу захисту свого права не раз вказував ЄСПЛ у контексті зловживань державних судових експертів. При цьому треба усвідомлювати, що формулювання ЄСПЛ завжди виражають належну повагу до суверенітету держави і дипломатичність, а тому не можуть містити (і ніколи не містили) конкретних вказівок, наприклад, передбачити, крім державних експертних установ, альтернативні можливості виконання судових експертиз у інших суб'єктів за вибором учасника провадження, бо це втручання у суверенітет і внутрішню політику держави, у здійснення її регулятивної функції. Однак вказівки ЄСПЛ про недостатність правових механізмів захисту суб'єктивного права (обвинуваченого, потерпілого) під час доказування обставин предмета доказування, які потребують спеціальних знань, є більш ніж явним, красномовним сигналом, що щось у правому регулюванні цих питань не так, що їх правове регулювання потребує критичного аналізу й удосконалення. З точки зору якнайкращого забезпечення змагальності та для гарантування більш повної реалізації учасниками процесу своїх диспозитивних процесуальних прав, звичайно, найперше, як спосіб удосконалення правового регулювання організації виконання судових експертиз, спадають на думку альтернативні державній монополії механізми залучення й використання спеціальних знань у формі судової експертизи. Іншими словами, можливість альтернативного виконання судової експертизи створюватиме конкуренцію на ринку судово-експертної діяльності, що своєю чергою може бути природнім економічним стимулом підвищення якості самих судових експертиз та їх висновків. Такий крок (умовне відкриття ринку) навряд чи можна трактувати як загрозу функціонуванню державних експертних установ чи обмеження їх сфери діяльності, якщо за ними залишити виключну компетенцію на проведення первинної і основної (тієї

яка вперше) судової експертизи, однак не обмежувати ініціативу і можливості сторін щодо проведення експертизи того ж виду альтернативно у приватних судових експертів. Адже усі недоліки та сильні сторони кожного з висновків експерта можуть бути встановлені на стадії дослідження доказів у ході змагального судового розгляду, допиту (прямого і перехресного) судових експертів, дослідження кожного з висновків у сукупності разом з усіма іншими доказами. Все це у кінцевому підсумку мало б лише позитивно впливати на формування внутрішнього переконання суду та правильного вирішення справи. Зрештою, монополії на встановлення істини ніхто не повинен мати.

Принагідно приверну увагу до ще однієї новації аналізованого Закону № 2147-VIII. Так, ст. 243 КПК передбачає, що «експерт залучається за наявності підстав для проведення експертизи за дорученням слідчого судді чи суду, наданим за клопотанням сторони кримінального провадження». Положення про «залучення судового експерта стороною захисту на договірній основі» виключене. Отже, виконання судової експертизи в кримінальному судочинстві за клопотанням сторони захисту стає для неї безкоштовним відповідно до ч. 2 ст. 122 КПК «проведення експертизи за дорученням слідчого судді або суду здійснюється за рахунок коштів, які цільовим призначенням виділяються цим установам з Державного бюджету України».

Однак чи фактори **а)** безоплатності для сторони захисту судової експертизи в кримінальному судочинстві та **б)** підняття оплати судовим експертам ДСЕУ є належними засобами правового регулювання, що спрямовані на передбачення у законодавстві «*ефективних засобів юридичного захисту в державному органі*» в розумінні ст. 13 ЄКПЛ? У пояснювальній записці до законопроекту № 6232, основа якого стала Законом № 2147а-19, задекларовано, що «законопроект передбачає низку змін, направлених на забезпечення таких засад судочинства, як змагальність, диспозитивність та пропорційність» (п. 3.2) [6, с. 4]. Але чи є впроваджені законодавцем ці два фактори достатніми для подолання недоліків правозастосування стосовно судової експертизи у кримінальному провадженні у призмі змагальності, диспозитивності й пропорційності? Чи знімають вони питання довіри до «державних судових експертів» і допущення ними зловживань? Звісно, можна відповісти, що невдовзі це верифікується правозастосуванням, однак очікування надто прогнозовані, адже вітчизняному судочинству (незалежно від виду) уже відома державна судово-експертна монополія, щоправда, лише на три класи судових експертиз: судово-медичні, судово-психіатричні та криміналістичні в силу п. 3 ст. 7 Закону України «Про судову експертизу» в усіх редакціях цього Закону з моменту його прийняття [7].

При цьому, якщо з огляду на альтернативні мережі державних спеціалізованих експертних установ у структурі Мінюсту, МВС, СБУ за правилами КПК в редакції 2012 р. можна було забезпечити отримання кількох альтернативних, навіть суперечливих висновків з конкретного питання у межах одного і того ж виду судової експертизи з класу криміналістичних, то в мережі Бюро судово-медичних експертиз при обласних управліннях охорони здоров'я держ-

обладміністрацій та в мережі психіатричних лікувальних закладів, які одночасно виконують і функцію експертних психіатричних установ, це апріорі є неможливим з огляду на корпоративний інтерес експертів. Чи можна уявити, наприклад, що судмедексперти – колеги-співробітники одного Бюро судмедекспертизи – нададуть де в чому протилежні експертні висновки за клопотанням, наприклад, і сторони обвинувачення, і сторони захисту (якщо такі клопотання надійдуть до слідчого судді в різний час провадження у справі? а якщо підозрюваних/обвинувачених декілька)? Такий наслідок, природно, свідчитиме про те, що хтось із експертів дав висновок неправдивий, і це загрожуватиме йому кримінальною відповідальністю.

Як уже вказувалося, кращою у цьому аспекті за редакцією КПК 2012 р. була ситуація з класом криміналістичних експертиз, адже кожна сторона кримінального провадження мала можливість звернутись одночасно до кількох навіть державних експертних установ та отримати альтернативні, взаємодоповнюючі або взаємовиключні висновки. Це підтверджує й слідча практика. Так, під час досудового розслідування кримінального провадження відомого як «справа чорної бухгалтерії Партії регіонів» НАБУ спершу призначило дві альтернативні почеркознавчі експертизи підписів у так званій «амбарній книзі». Висновок Київського науково-дослідного інституту судових експертиз (КНДІСЕ) Міністерства юстиції України не підтверджував та водночас і не виключав ймовірність того, що підписи та записи у «амбарній книзі» належать голові ЦВК М. Охендовському. Відповідно ж до висновку експертизи, проведеної Державним науково-дослідним експертно-криміналістичним центром Міністерства внутрішніх справ України (ДНДЕКЦ), підписи та записи від імені підозрюваного у «амбарній книзі» належать саме голові ЦВК. На підставі цих висновків експерта М. Охендовському повідомлено про підозру [8]. Через чотири місяці, 15 березня 2017 р., НАБУ отримало висновок комісійної повторної почеркознавчої експертизи у складі експертів Харківського науково-дослідного інституту судових експертиз імені М. Бокаріуса і ДНДЕКЦ МВС України, відповідно до якого підписи голови ЦВК у так званій «амбарній книзі» Партії регіонів є достовірними [9].

Аналогічно, як сторона обвинувачення, так і сторона захисту відповідно до ч. 2 ст. 243 КПК в редакції 2012 р. могла залучати альтернативно кілька судових експертів для виконання експертизи одного і того ж самого виду щодо одного й того ж об'єкта та предмета дослідження. При цьому, оскільки висновок експерта надавався стороні кримінального провадження (ч. 9 ст. 101 КПК), яка судового експерта залучила, звідси впливала одна з так званих «переваг захисту» – сторона захисту могла за її диспозитивним вибором надавати суду усі кілька альтернативних висновків експерта або лише деякі з них, або не надавати їх зовсім, якщо вони будь-якою мірою не вкладались у стратегію і тактику захисту.

Відповідно до порядку призначення судової експертизи на досудовому розслідуванні за редакцією КПК, що набере чинності з 16.03.2018 р. (за ЗУ № 2147-VIII) реалізація сторонами свого процесуального права щодо такої сво-

боди збирання та подання доказів є певною мірою утрудненою. Так, відповідно до ч. 1 ст. 243 КПК у редакції Закону № 2147-VIII від 03.10.2017 р. «експерт залучається за наявності підстав для проведення експертизи за дорученням слідчого судді чи суду, наданим за клопотанням сторони кримінального провадження». Однак аналізувати переваги і вади нового порядку призначення судової експертизи на стадії досудового розслідування в рамках даної статті було б істотним «ліричним відступом» і не є її метою. Тож залишимо цей аспект для окремого дослідження.

У контексті ж питання про державну судово-експертну монополію можна привернути увагу ще до такого моменту: чи були розробники судової реформи і законодавець послідовними у своїй регулятивній політиці? Адже серед обґрунтування необхідності прийняття законопроекту № 6232, що став Законом № 2147-VIII, у пояснювальній записці буквально сказано: «На недосконалість судового захисту в Україні неодноразово вказував у своїх рішеннях щодо України Європейський суд з прав людини, вказуючи на такі проблеми української судової системи... Прийняття законопроекту ... сприятиме подоланню процесуальних проблем, які перешкоджають ефективному судовому захисту в Україні, зокрема:

- формальне ставлення судів до дотримання конституційних та встановлених законом принципів судочинства, в тому числі змагальності сторін;
- недосконалість, а подекуди – відсутність ефективних процесуальних інструментів для захисту прав та інтересів осіб, які звертаються до суду;
- невинуваті формальні та неформальні обмеження у використанні деяких засобів доказування;
- низький рівень правової культури учасників процесу, зловживання процесуальними правами та невиконання процесуальних обов'язків, поєднані з неефективними заходами відповідальності за порушення правил судового процесу» [6, с. 1–2].

Ще одним фактором, що змушує з обачністю сприймати державну судово-експертну монополію, є корупціогенність усіх державних органів й установ і рівень довіри до них населення. Так, за соціологічним дослідженням станом на вересень-жовтень 2017 р. на запитання «які три проблеми з перелічених є найважливішими для України?» опитані з запропонованих 19 варіантів відповідей на перші місця вивели: 1) корупція в державних органах (46 %), 2) військові дії на Донбасі (43 %); 3) ріст цін (36 %) [10].

За опитуванням Центру Разумкова корупцію в середньому оцінили як високу в усіх запропонованих правоохоронних органах (у нашому контексті це опитування значуще з огляду на те, що у структурі правоохоронних органів є експертні установи) та судах. Так, для СБУ середня оцінка склала 3,8 бала з 5, для МВС – 3,9 бала. Деяко кращими є середні оцінки серед тих респондентів, які за останні два роки брали участь у розгляді судових справ (середня оцінка корумпованості судів склала 3,9 бала) [11].

Подібними є результати опитування щодо сприйняття рівня корупції в Україні Американської торговельної палати [12].

Викладена інформація та розмірковування уможливають такі **висновки**:

а) модель організації і здійснення судової експертизи не є і не може бути закостенілою. Демократичне суспільство і правова система, підпорядкована цінностям верховенства права, завжди буде (і має) перебувати у процесі пошуку найоптимальнішої парадигми будь-яких юридичних процесів, що тією чи іншою мірою впливають на реалізацію особою певного її права. Тому закріплену «судовою реформою» (Законом України № 2147-VIII) модель судово-експертного забезпечення судочинства в Україні не можна вважати віхою правового регулювання цього міжгалузевого правового інституту, а лише етапом в історичному його розвитку, який, природно, мав би видозмінюватись залежно від ефективності закладеної законодавцем моделі та запиту суспільства, громадських, професійних та державних інституцій;

б) з причин корпоративних і політичних інтересів, не виключаючи й корупційну складову та службові зловживання, а також переслідуючи мету якнайкращого забезпечення змагальності сторін та їх диспозитивного права на свободу у наданні доказів, державна судово-експертна монополія не є ідеальною моделлю судово-експертного забезпечення правосуддя. А тому безумовно вона потребує й зазнаватиме перегляду та трансформації.

Список літератури:

1. Основи судової експертизи: навчальний посібник для фахівців, які мають намір отримати або підтвердити кваліфікацію судового експерта / автори-укладачі: Л. М. Головенко, А. І. Лозовий, Е. Б. Сімакова-Єфремян та ін. Харків: Право, 2016. 928 с.

2. Європейський суд з прав людини призначив державі виплатити одну з найвищих компенсацій фізичній особі за всю історію України. *Українська Гельсінкська спілка з прав людини*. URL: <https://helsinki.org.ua/articles/ukrajina-zaplatyt-ponad-dva-miljony-pensionerti-si-za-vbyvstvovjiji-syna-v-politsiji> (дата звернення: 12.02.2018)

3. ЄСПЛ зобов'язав Україну виплатити 72 тис. євро через побиття поліцейськими чоловіка. *Українське право*. 2017. 18 лип. URL: <http://ukrainepravo.com/news/international/-spl-zobov-yazav-ukrainu-viplatiti-72-tis-vro-cherez-pobittya-politseyskimi-cholovika> (дата звернення: 12.02.2018)

4. Рішення ЄСПЛ у справі «Ніна Куценко проти України» 18.07.2017 р. *Медицне право*. URL: <http://medicallaw.org.ua/spisok-novin/novina/article/rishennja-jespl-u-spravi-nina-kucenko-proti-ukrajini-1807/>.

5. Рішення ЄСПЛ у справі «Нечипорук і Йонкало проти України» (Заява N 42310/04), 21 квітня 2011 року. Дата оновлення: 12.02.2018. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_683/page (дата звернення: 12.02.2018)

6. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів». Дата оновлення: 12.02.2018. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415 (дата звернення: 12.02.2018)

7. Закон України «Про судову експертизу» від 25.02.1994 № 4038а-ХІІ в редакції від 20.01.2018 № 2249-VIII. Дата оновлення: 12.02.2018. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4038-12> (дата звернення: 12.02.2018).

8. Закиди на адресу НАБУ про безпідставність обвинувачень у справі «чорної бухгалтерії» – маніпулятивні. 24.12.2016, 11:17. URL: <https://nabu.gov.ua/novyny/zakydy-na-adresu-nabu-pro-bezpidstavnist-obvynuvachen-u-spravi-chornoyi-buhgalteriyi> (дата звернення: 12.02.2018).

9. Повторна експертиза засвідчила достовірність підписів голови ЦБК в «амбарній книзі». *Протокол*. 2017. 16 берез. URL: http://protokol.com.ua/ru/povtorna_ekspertiza_zasvidchila_dostovirnist_pidpisiv_golovi_tsvk_v_ambarniy_knizi/?utm_source=newsletter&utm_medium=email.

10. Динаміка суспільно-політичних поглядів в Україні (14 вересня – 20 жовтня 2017 р.): Дослідження GfK Україна на замовлення Міжнародного Республіканського Інституту. URL: <https://onedrive.live.com/?authkey=%21ABXwgwif1p9bnUA&cid=90F5177AC8E0B6F2&id=90F5177AC8E0B6F2%21114&parId=root&o=OneUp>.

11. Проблеми імплементації змін до Конституції України щодо правосуддя та статусу Конституційного Суду України. Київ: Центр Разумкова; «Заповіт», 2017. 188 с. URL: http://razumkov.org.ua/uploads/article/2017_Sud_reform.pdf (дата звернення: 12.02.2018).

12. Найбільш корумпованими державними органами є суди – дослідження. Економічна правда. 29.01.2018. URL: <https://www.epravda.com.ua/news/2018/01/29/633500/> (дата звернення: 12.02.2018).

References:

1. *Osnovy sudovoji expertyzy*. (2016). [The basis of forensic examination]. Holovchenko, L, Losovyj, A, Simakova-Jefremjan, E. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

2. *Yevropejskyj sud z prav ludyny pryznachyv derzavi vyplatyту odnu z najvyschyh kompensacij fizychnij osobi za vsju istoriju Ukrainy* [The European Court of Human Rights has ordered the state to pay one of the highest compensations of an individual in the history of Ukraine]. URL: <https://helsinki.org.ua/articles/ukrajina-zaplatyt-ponad-dva-miljony-pensionertsi-za-vbyvstvo-jiji-syna-v-politsiji> [in Ukrainian]

3. *ESPL zobov'yazav Ukrainu vyplatyту 72 tys. euro cherez pobyttya polcejskymy cholovika*. (2017). [The ECHR has ordered Ukraine to pay 72 thousand euros due to beatings of police men]. *Ukrainske pravo – Ukrainian law*. 18 lyp. URL: <http://ukrainepravo.com/news/international/-spl-zobov-yazav-ukrainu-viplatiti-72-tis-vro-cherez-pobyttya-politseyskimi-cholovika> [in Ukrainian].

4. *Rishennja ESPL u spravi «Nina Kutcenko proty Ukrainy» 18.07.2017* [The decision of the ECtHR in the case of «Nina Kutsenko v. Ukraine» dated July 18, 2017]. *Medychnе pravo – Medical Law*. 19 lyp. URL: <http://medicallaw.org.ua/spisok-novin/novina/article/rishennja-jespl-u-spravini-na-kucenko-proti-ukrajini-1807/> [in Ukrainian].

5. *Rishennja ESPL u spravi «Nechyphoruk i Yonkalo proty Ukrainy» 21.04.2011*. [The decisions of the ECtHR in the case of «Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine» 21.04.2011.]. Data onovlennia: 12.02.2018. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_683/page [in Ukrainian].

6. *Pojasnjuvaljna zapyska do proektu Zakonu Ukrainy «Pro vnesennja zmin do Hospodarsjkoho procesualnohokodeksu Ukrainy, Cyviljnohoprocesualnohokodeksu Ukrainy, Kodeksu administratyvnoho sudochynstva ta inshyh zakonodavchyh aktiv»* [6. Explanatory note to the draft Law of Ukraine “On Amendments to the Commercial Procedural Code of Ukraine, the Civil Procedural Code of Ukraine, the Code of Administrative Justice of Ukraine and other legislative acts”]. Data onovlennia: 12.02.2018. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415 [in Ukrainian].

7. *Zakon Ukrainy «Pro sudovu expertyзу» vid 25.02.1994 № 4038a-XII v redakciji vid 20.01.2018 № 2249-VIII* [The Law of Ukraine “On Forensic Examination” of 25.02.1994 in the wording of 20.01.2018]. Data onovlennia: 12.02.2018. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4038-12> [in Ukrainian].

8. *Zakydy na adresu NABU pro bezpidstavnist obvynuvachen u spravi «chornoyi buhgalteriy» – manipulyativni*. (2016). [Disputes to NABU on the groundlessness of the charges in the case of “black bookkeeping” – manipulative]. URL: <https://nabu.gov.ua/novyny/zakydy-na-adresu-nabu-pro-bezpidstavnist-obvynuvachen-u-spravi-chornoyi-buhgalteriyi>. 29 берез. [in Ukrainian].

9. *Povtorna ekspertiza zasvidchila dostovirnist pidpisiv golovi tsvk v ambarniy kniz*. (2017). [Repeated examination confirmed the authenticity of the signatures of the head of the CEC in the “barn book”]. *Protokol – Protocol*. 16 берез. URL: http://protokol.com.ua/ru/povtorna_ekspertiza_zasvidchila_dostovirnist_pidpisiv_golovi_tsvk_v_ambarniy_knizi/?utm_source=newsletter&utm_medium=email [in Ukrainian].

10. Dynamika suspilno-politychnyh pohladiv v Ukraini (14 veresnja – 20 zovtnja 2017 r.): doslidzennja GfK Ukraine na zamovlennja Miznarodnoho Pespublikansjkocho Instytutu [Dynamics of socio-political views in Ukraine (September 14 – October 20, 2017): Study of GfK Ukraine commissioned by the International Republican Institute]. URL: <https://onedrive.live.com/?authkey=%21ABXwgwif1p9bnUA&cid=90F5177AC8E0B6F2&id=90F5177AC8E0B6F2%21114&parId=root&o=OneUp> [in Ukrainian].

11. Problemy implementaciji zmin do Konstytuciji Ukrainy schodo pravosuddja ta statusu Konstytucijnogo Sudu Ukrainy. (2017). [Problems of implementation of changes to the Constitution of Ukraine regarding justice and the status of the Constitutional Court of Ukraine]. Kyjiv: «Zapovit» URL: http://razumkov.org.ua/uploads/article/2017_Sud_reform.pdf [in Ukrainian].

12. Najbilsh korumpovanyvy derzavnyvy organavy je sudy – doslidzennja [The most corrupt government bodies are courts of inquiry]. URL: <https://www.epravda.com.ua/news/2018/01/29/633500/> [in Ukrainian].

Kaluzhna O. M., PhD in Law, Associate Professor of Criminal Procedural Law and Criminalistics
Department Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine, Lviv.
e-mail: Kaluzhna1978@gmail.com ; ORCID 0000-0002-5995-1383

Politics or law: what is more in the approaches of public expert monopoly?

The main aim of the article is to encourage the reader to reflect on the advantages and disadvantages of a public expert monopoly in conducting forensic expertise. In such article the obvious advantages of conducting forensic expertise by public expert institutions are stated in order to get scientifically substantiated and based on modern data of science and technology practice of conducting forensic expertise. The practice includes developed network of public expert institutions in the regions, a wide range of forensic expertise being conducted, research departments of state expert institutions, system of advancement of forensic experts; system of development of new and improvement of existing expert methods; informational records and collections in the DNDEKTS and NDECTS system at the head offices of the NP in the regions and in the city of Kyiv; state financing and provision of technical tools and materials with expert research etc.

At the same time, the disadvantages of such a model of the organization of judicial expert justice's support are stated: the lack of competition among court experts; the abuse in the form of giving deliberately false conclusions to cover up someone's misuse or concealing crimes; the limitation of the parties of the court proceedings in the dispositive right to provide evidences at one's one discretion; the artificial limitation of possibilities to discover the circumstances of the proceedings (using of all possibilities to establish the truth in the case).

It is concluded that the model of judicial expert support of legal proceedings in Ukraine, that is established by «judicial reform» (Law No. 2147-VIII in the wording that will come into force on March 18, 2018) is a milestone in its historical development, which certainly should be modified depending on its effectiveness and the demand of the society, public, professional and state institutions. So public forensic expert monopoly is not an ideal model of forensic expert support of justice because of corporate and political interests, corruption component, abuse of forensic experts etc. Therefore, it will undergo a review and transformation.

Keywords: public expert institutions; monopoly of public expert institutions.

Надійшла до редколегії 13.02.2018 р.

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО



Шимко Артем Романович,
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри цивільного,
господарського та екологічного права,
Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Полтава
e-mail: advokat.shymko@gmail.com
ORCID 0000-0002-7153-4929

doi: 10.21564/2414–990x.140.123214
УДК 346.7:669(477)

ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНІ ОПЕРАЦІЇ З МЕТАЛОБРУХТОМ: ГОСПОДАРСЬКО–ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Досліджено господарсько-правове забезпечення здійснення зовнішньоекономічних операцій з металобрухтом. Виявлено суттєві недоліки господарського законодавства, що регламентує експорт та імпорт металобрухту. Висвітлено проблему відсутності регулювання процесу ціноутворення на внутрішньому ринку металобрухту. Досліджено відповідність законодавчих реформ у сфері експорту та імпорту металобрухту у відношенні до міжнародно-правових зобов'язань України. Запропоновано способи модернізації та вдосконалення чинного законодавства у досліджуваній сфері.

Ключові слова: операції з металобрухтом; ринок металобрухту; експорт металобрухту; імпорт металобрухту; ціноутворення на ринку металобрухту.

Шимко А. Р., кандидат юридических наук, асистент кафедри громадянського, господарського та екологічного права, Полтавський юридический інститут Національного юридического університета імені Ярослава Мудрого, Україна, г. Полтава.
e-mail: advokat.shymko@gmail.com ; ORCID 0000-0002-7153-4929

Внешнеэкономические операции с металлоломом: хозяйственно-правовой аспект

Стаття посвячена дослідженню господарсько-правового забезпечення здійснення зовнішньоекономічних операцій з металобрухтом. Висвітлено суттєві недоліки господарського законодавства, що регламентує експорт та імпорт металобрухту. Висвітлено проблему відсутності регулювання процесу ціноутворення на внутрішньому ринку металобрухту. Досліджено відповідність законодавчих реформ у сфері експорту та імпорту металобрухту у відношенні до міжнародно-правових зобов'язань України. Запропоновано способи модернізації та вдосконалення чинного законодавства у досліджуваній сфері.

Ключевые слова: операции с металлоломом; рынок металлолома; экспорт металлолома; импорт металлолома; ценообразование на рынке металлолома.

Постановка проблеми. У зв'язку з обраним курсом розвитку ринкової економіки та необхідністю впровадження нових технологій у металургійному виробництві, роль металобрухту як базової сировини з кожним днем зростає. Проте, як свідчить практика, сфера здійснення зовнішньоекономічних операцій з металобрухтом потребує перегляду та реформування господарсько-правового забезпечення, оскільки сучасне державне регулювання досліджуваних відносин зумовлює виникнення негативних економічних наслідків, зокрема, дефіциту металобрухту на внутрішньому ринку та необхідності його імпорту.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вивченню особливостей державного регулювання зовнішньої торгівлі металобрухтом присвячено праці багатьох учених-економістів, зокрема, І. Ю. Гужва (I. Yu. Huzhva) [1], В. Л. Мазур (V. L. Mazur). Однак комплексного дослідження питань, пов'язаних із реформуванням законодавства у сфері здійснення зовнішньоекономічних операцій з металобрухтом, з огляду на досягнення науки господарського права та економічної теорії, не проводилося.

Мета статті – з'ясувати наслідки законодавчих реформ у цій сфері та проблемні питання недосконалості чинного господарсько-правового забезпечення зовнішньоекономічних операцій з металобрухтом, сформулювати пропозиції щодо удосконалення законодавства.

Виклад основного матеріалу. До прийняття «металургійного» Закону від 12.07.2016 р. № 1455-VIII [2] в Україні діяло квотування експорту металобрухту, котре доповнювалось вивізним (експортним) митом. Окрім того, кожний експортний контракт повинен погоджуватися у Міністерстві економічного розвитку та торгівлі України і реєструватися.

Указані обмежувальні бар'єри зазнавали критики не тільки вітчизняних поставників металобрухту, а й міжнародної спільноти через невідповідність правового регулювання сучасним тенденціям ринкової торгівлі.

У 2016 р. сталися радикальні зміни законодавства у сфері експорту металобрухту, оскільки тодішні засоби обмеження експорту не забезпечували задоволення попиту на внутрішньому ринку, внаслідок чого існував стійкий дефіцит металобрухту. Вітчизняні металургійні підприємства були вимушені імпортувати металобрухт за невигідними цінами, коли в той же час фонд власного металобрухту дозволяв забезпечувати на 100 % металургійні підприємства. Пропозиція металобрухту на внутрішньому ринку України завжди перевищувала його попит. Виникає дисонанс, яким чином на металургійних підприємствах України існує дефіцит металобрухту, якщо Міністерство економічного розвитку та торгівлі повинно видавати квоти на експорт відповідно до його попиту на внутрішньому ринку. Пояснюється описана ситуація недосконалістю правового забезпечення, котре ідеально створювало можливість «розпродажу квот» та «тіньового» експорту.

Сьогодні згідно зі ст. 13 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» [3] експортні операції з металобрухтом здійснюються відповідно до цього Закону з урахуванням особливостей, визначених законами України «Про металобрухт» [4] та «Про вивіз (експортне) мито на відходи та брухт чорних металів» [5]. Таким чином, встановлено вичерпний перелік нормативно-правових актів, що регулюють порядок експорту вторинних металів. Натомість скасовано значну кількість підзаконних нормативно-правових актів, котрі забезпечували бюрократичний механізм погодження та реєстрації контрактів з отриманням квоти на експорт. Безумовно, такий крок законодавця слід розглядати як «обілення» правового забезпечення експорту металобрухту.

Так, Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо зменшення дефіциту брухту чорних металів на внутрішньому ринку» від 12.07.2016 р. № 1455-VIII [2] виключено ч. 1 ст. 9 Закону «Про металобрухт», котра встановлювала, що контракти (договори, угоди) на експорт металобрухту підлягають реєстрації в порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України. На виконання зазначеної норми працювали постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку реєстрації зовнішньоекономічних контрактів (договорів) на здійснення експортних операцій з металобрухтом» від 15.02.2002 р. № 155, «Деякі питання здійснення експортних операцій з металобрухтом» від 03.05.2012 р. № 388, «Про заходи щодо упорядкування експортних операцій з металобрухтом» від 04.11.2002 р. № 1653, наказ Міністерства промислової політики України «Про затвердження Порядку погодження зовнішньоекономічних контрактів (договорів) на здійснення експортних операцій з металобрухтом» від 29.03.2002 р. № 144, наказ Міністерства економіки України «Про порядок реєстрації (обліку) зовнішньоекономічних контрактів (договорів) на здійснення експортних операцій з металобрухтом» від 15.12.2005 р. № 505.

Постановою Кабінету Міністрів України від 28.12.2016 р. № 1035 [6] названі постанови визнано такими, що втратили чинність. Наказом Мінекономрозвитку України від 10.11.2017 р. № 1626 [7] визнано перелічені накази такими, що втратили чинність. Заходи, спрямовані на спрощення правових параметрів експорту металобрухту, є реалізацією політики дерегуляції та боротьби з тіньовою економікою.

У чому ж сутність нововведень, котрі з'явилися у Законі «Про внесення змін до деяких законів України щодо зменшення дефіциту брухту чорних металів на внутрішньому ринку»?

Умовно можна виділити дві новації. Перша – скасування обов'язкової державної реєстрації контрактів на експорт металобрухту. Друга – ставки вивіз (експортного) мита на металобрухт підвищено з 10 до 30 євро за 1 тону. Підвищення ставки вводилося спочатку на два роки, потім зменшено на один. Пов'язано це з тим, що стрімке підвищення мит на експорт суперечить міжнародно-правовим зобов'язанням України, і тому уряд обрав застосування цього прийому як тимчасовий захід для захисту інтересів національної економіки. Уряду простіше обґрунтувати необхідність продовження цього заходу щороку,

бо існуючі в Україні проблеми політико-економічного характеру дають законні підстави для застосування обмежень експорту.

Указаний Закон спрощує інструменти для блокування експорту, котрими раніше успішно користувалися чиновники. Однак цим Законом введено суттєвий бар'єр – мито розміром 30 євро за тонну металобрухту. Вивізне мито такого розміру при існуючих світових цінах є серйозним фактором для обмеження експорту. Водночас основною проблемою внутрішнього ринку металобрухту залишається неготовність українських споживачів вторинної сировини підтримувати ціни на рівні, близькому до світового.

Ініціатива щодо підвищення мита на експорт активно лобювалася українськими металургами, оскільки експорт металобрухту істотно підвищує собівартість виплавки сталі в Україні, а відповідно, знижує конкурентоспроможність української сталі на світовому ринку. Однак в ЄС цю ініціативу сприйняли вкрай негативно заявивши, що вона порушує «дух і букву» Угоди про асоціацію.

Отже, сьогодні єдиним обмежувальним бар'єром експорту металобрухту є вивізне мито у розмірі 30 євро за тонну, встановлене Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо зменшення дефіциту брухту чорних металів на внутрішньому ринку» від 12.07.2016 р. № 1455-VIII.

Уважаю, що відміна обов'язкового погодження та реєстрації експортних контрактів, а також розподілу квот є успішним кроком реформування з огляду на наступне.

По-перше, розподіл квот на експорт був фундаментом для корупції, оскільки механізм надання квот відбувався у ручному режимі, що позбавляло прозорості під час прийняття рішень. У результаті складалась ситуація, за якої певне коло осіб Міністерства промисловості, а потім Мінекономрозвитку України отримували значну корупційну вигоду, а наближені до них експортери – максимально можливий обсяг експорту металобрухту. У зв'язку з обмеженнями на експорт вторинних металів сталось так, що ціна в Україні була значно нижчою за ринкову. Суб'єкт господарювання, який одержував картку на експорт брухту, в результаті отримував надприбутки, а металурги купували металобрухт за ціною значно нижче ринкової.

Один з основних моментів у схемі обмеження експорту брухту чорних металів полягав у тому, що Мінекономрозвитку здійснювало розподіл експортних квот суб'єктам господарювання тільки після затвердження прогнозованих балансів потреби українських металургів у металобрухті на поточний рік. Так повелось ще з часів планової економіки колишнього СРСР. Указаний прогнозований баланс потреб металобрухту використовувався однією з підстав для відмови підприємцям у видачі експортних квот.

З юридичної точки зору скасована ст. 9 Закону України «Про металобрухт» передбачала, що контракти на експорт металобрухту підлягають реєстрації, але не «погодженню і затвердженню», як тлумачили це службовці профільних міністерств. Відповідно, всі постанови й розпорядження Кабміну, накази

Мінекономрозвитку, що базувалися на необхідності погоджувати контракти, є сумнівними з точки зору законності.

Так, згідно зі ст. 11 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» забороняється одночасне застосування щодо одного й того ж товару податку на експорт і імпорт та режиму ліцензування і квотування експорту, за винятком випадків установаження режиму ліцензування і квотування як заходу у відповідь на дискримінаційні дії інших та в разі застосування санкцій при порушенні суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності встановлених правил цієї діяльності.

Таким чином, тодішня система правового забезпечення експорту металобрухту суперечила чинному законодавству і була позбавлена правової визначеності.

По-друге, через корупційні квоти на експорт металобрухту Україна втрачала чималі надходження до бюджету. Незаконну систему обмеження експорту металобрухту забезпечував значний масив підзаконних актів у формі розпоряджень і постанов Кабміну та наказів Мінекономрозвитку.

Такий механізм давав можливість відмовляти у видачі квот реальним експортерам брухту та видавати дозволи на вивезення за кордон сотень тисяч тонн сировини посередницьким фірмам. Здебільшого такі фірми не мали ані заготовленого металобрухту, ані договорів із портами на його відвантаження, ані зафрахтованих суден. Вони просто перепродавали отримані в міністерстві дозволи (квоти) реальним експортерам. Тариф доходив до 10 дол. за квоту на експорт 1 т металобрухту. Реалізація задумів щодо обмеження експорту брухту чорних металів автоматично супроводжувалася зменшенням надходжень валюти в державний бюджет.

Українські металурги підтримують систему обмеження експорту металобрухту, оскільки у разі його блокування заготівельники брухту змушені продавати брухт чорних металів за надто низькими цінами, заниженими порівняно зі світовими майже на 100 дол./т. При цьому металурги, як правило, затримують оплату поставленого брухту [8].

По-третє, квотування експорту брухту чорних металів та одночасне погодження і реєстрація експортних контрактів суперечило не тільки українському законодавству, а й підписаному Україною Договору про приєднання до Світової організації торгівлі та Угоді про асоціацію з Європейським Союзом.

Проте Генеральна угода з тарифів і торгівлі (ГАТТ) дає підстави для гнучких підходів до обмеження торгівлі у виняткових випадках [9].

Це пов'язано з тим, що міжнародне торгове право СОТ дозволяє запроваджувати такі заходи за визначених умов та згідно із встановленою процедурою. Нормами СОТ передбачено механізми запровадження заходів з метою запобігання критичному дефіциту сировини та в умовах посилення негативного впливу непереборних обставин. Зокрема, положення статей XI:2(a) ГАТТ передбачають можливість заборони чи обмеження експорту, які тимчасово застосовуються з метою попередження чи послаблення критичного дефіциту харчових продуктів або інших товарів, що мають вагоме значення для експортуючої сторони.

Також згідно зі статтею XX:(i) ГАТТ у разі надзвичайних обставин у міжнародних відносинах та з метою забезпечення захисту суттєвих інтересів своєї безпеки країни-члени СОТ можуть запроваджувати тимчасове обмеження експорту матеріалів, щоб забезпечити достатньою кількістю таких матеріалів вітчизняну переробну промисловість протягом періодів, коли внутрішня ціна на такі матеріали утримується на рівні, нижчому за світову ціну, в результаті впровадження урядом плану стабілізації, за умови, що такі обмеження не повинні призводити до зростання експорту такою галуззю вітчизняної промисловості чи до захисту такої галузі вітчизняної промисловості і не повинні порушувати положення цієї Угоди стосовно недискримінації.

Очевидно, що проведення АТО й окупація значної території України є надзвичайною обставиною і вимагає забезпечення захисту економічних інтересів. Забезпечення вітчизняного металургійного сектору металобрухтом набуває стратегічного значення в умовах необхідності безперервного постачання металопродукції за доступною ціною для потреб військово-промислового комплексу, важкого машинобудування й розвитку інфраструктури.

Державою обраний курс на зменшення дефіциту брухту чорних металів на внутрішньому ринку з метою першочергового забезпечення потреб оборонної промисловості та відбудови об'єктів інфраструктури.

Експортні мита, як правило, є інструментом протекціоністської політики. Цілком зрозуміло, що підвищення експортних мит на металобрухт відповідає інтересам національної металургійної галузі. Іншими словами, підвищення експортного мита можна вважати субсидуванням національних товаровиробників.

Отже, обмежувальні заходи експорту металобрухту повною мірою узгоджуються з положенням статті XXI:(b) ГАТТ «Винятки з міркувань безпеки», яка передбачає право держави на здійснення будь-яких дій, які вона вважає необхідними для захисту суттєвих інтересів своєї безпеки. Держава може самостійно визначати, що є такими інтересами і яким чином їх захищати.

Зміни законодавства у цій сфері зачепили не лише порядок експорту, а й імпорту металобрухту. Так, 10.11.2016 р. набрав чинності Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про Митний тариф України» від 04.10.2016 р. № 1645-VIII щодо зменшення дефіциту брухту чорних металів на внутрішньому ринку з метою першочергового забезпечення потреб оборонної промисловості та відбудови об'єктів інфраструктури» [10]. Законом внесено зміни до розділу XV «Недорогоцінні метали та вироби з них» Митного тарифу України [11], які стосуються товарної позиції 7204 «Відходи та брухт чорних металів; зливки чорних металів для переплавлення (шихтові зливки)». Законом встановлено нульові ставки ввізного мита на відходи та брухт чорних металів замість раніше діючих 5 %.

Метою прийняття Закону є оперативна ліквідація дефіциту брухту чорних металів на внутрішньому ринку для першочергового забезпечення потреб оборонної промисловості та забезпечення умов відновлення об'єктів інфраструктури.

Однак навіщо лібералізувати імпорт металобрухту з одночасним підвищенням мита на його експорт? Ключова проблема полягає у раціональності розпорядження власними ресурсами. Як уже зазначалося, ресурсний потенціал металобрухту набагато перевищує потреби металургійної галузі України. Виникає конфлікт інтересів основних гравців ринку – металургійних підприємств (споживачів металобрухту) та постачальників металобрухту. Якщо метою господарської діяльності останніх є збирання, закупівля, заготівля, переробка металобрухту та його подальша реалізація за вигідною ціною, то підприємницькі інтереси представників металургійного комплексу йдуть урозріз.

Металургійні підприємства пропонують за металобрухт ціни набагато нижчі від світових, приблизно на 100 дол. за тонну. Окрім того, розрахунки за поставлений металобрухт часто затримуються на тривалий час, робота металургійних підприємств не завжди стабільна, що впливає на процеси обороту металобрухту не найкращим чином. З цих причин заготівники металобрухту вимушені шукати альтернативні шляхи збуту, а саме – експорт. Маючи надлишкові обсяги металобрухту, ми стикаємося з проблемою дефіциту на внутрішньому ринку, що є парадоксальним. Металурги, опинившись у невідповідній ситуації, починають імпортувати металобрухт за цінами набагато вищими, ніж ті, що пропонуються вітчизняним заготівникам.

Однією з причин дефіциту металобрухту в Україні є узгоджена політика металургів щодо утримання низьких закупівельних цін на металобрухт. Така політика безумовно викликає скорочення заготівлі металобрухту суб'єктами господарювання. Отже, державній ціновій політиці характерне протистояння заготівників та металургів, оскільки питання ціни по-різному впливають на діяльність суб'єктів господарювання.

Уряд сприяє переважно металургам, штучно регулюючи оборот брухту залежно від інтересів та рентабельності їхньої господарської діяльності. Це виражається в ускладненні процедури експорту металобрухту, скороченні закупівель та триманні низьких цін, що дає змогу металургам диктувати власні умови гри на ринку металобрухту.

Результати такої державної політики вигідні лише металургам. Справа у тому, що в Україні дуже високий внесок фізичних осіб у заготівлю брухту. Якщо ціни падають, останнім економічно не рентабельно продовжувати господарську діяльність.

На нашу думку, це дисбаланс виникає внаслідок неузгодженості цінової політики на ринку металобрухту. Основним завданням уряду для ліквідації цього дисбалансу, як вбачається, є сприяння підняттю цін на внутрішньому ринку металобрухту до рівня світового. Треба стимулювати постачальників збувати металобрухт насамперед вітчизняним підприємствам, а у разі відсутності попиту – експортувати. Гра законодавця з митами на експорт та ввізними ставками є тимчасовим маніпулюванням, котре нездатне вирішити глобальні проблеми ринку металобрухту.

Щодо питання підвищення ціни на металобрухт на внутрішньому ринку, то Господарським кодексом України [12] та Законом України «Про ціни та ціноутворення» [13] передбачено широкий комплекс інструментів впливу. Так, відповідно до п. 7 ч. 1 ст. 4 Закону «Про ціни і ціноутворення», державна цінова політика є складовою державної економічної та соціальної політики і спрямована на забезпечення орієнтації цін внутрішнього ринку товарів на рівень цін світового ринку.

Забезпечити узгодженість цін на металобрухт з рівнем світових без застосування адміністративних методів фактично неможливо. Компромісним варіантом може бути лише фінансування державою металургійного комплексу з метою підвищення конкурентоспроможності їх продукції та подолання цінової нестабільності на ринку металобрухту. Якщо металурги пропонуватимуть ціни на рівні світових, вітчизняним постачальникам не буде сенсу експортувати металобрухт, а металургам імпортувати його.

Вважаємо неправильним реформування порядку здійснення зовнішньоекономічних операцій з металобрухтом без урахування стану цін на внутрішньому ринку. Доцільно забезпечити правове підґрунтя для логістики споживання металобрухту відповідно до наступного алгоритму:

1) первинна закупівля, заготівля, переробка та пошук контрагентів для збуту металобрухту на внутрішньому ринку;

2) укладення договорів (контрактів) поставки з металургійними підприємствами, що забезпечить безперервне постачання сировиною та дозволить уникнути простою на виробництві;

3) у разі утворення надлишкових обсягів металобрухту у постачальників необхідно забезпечити законодавчо прозорий механізм для його експорту. Проте одночасно слід забезпечити рівень внутрішніх цін на металобрухт, прирівняний до міжнародного ринку, щоб вітчизняні суб'єкти господарювання не були зацікавлені його експортувати при першій можливості.

Висновки. Отже, без виваженої законодавчої корекції процесу ціноутворення на внутрішньому ринку підвищення мита на експорт та скасування ввізного мита не вирішує проблеми дефіциту металобрухту. Питання ціноутворення на ринку металобрухту та регламентації зовнішньоекономічних операцій необхідно вирішувати комплексно.

Таким чином, слід зосередитись на процесі ціноутворення в рамках внутрішнього ринку металобрухту, а потім формувати правову оболонку для зовнішньоекономічних операцій. Держава повинна створити умови для мотивації вітчизняних суб'єктів господарювання збувати металобрухт на внутрішньому ринку, зробити цей процес цивілізованим та узгодженим з світовими цінами на сировину. У такий спосіб Україна зможе уникнути дефіциту вторинних металів та необхідності його імпорту.

Список літератури:

1. Гужва І. Ю. Механізми обмеження експорту брухту чорних металів у рамках СОТ. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2016. № 6. С. 67–70.

2. Про внесення змін до деяких законів України щодо зменшення дефіциту брухту чорних металів на внутрішньому ринку: Закон України від 12.07.2016 р. № 1455-VIII. Дата оновлення: 04.08.2017. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1455-19> (дата звернення: 09.02.2018 р.).

3. Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16.04.1991 р. № 959-XII. Дата оновлення: 03.01.2017. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/959-12/para0276#o276> (дата звернення: 09.02.2018 р.).

4. Про металобрухт: Закон України від 05.05.1999 р. № 619-XIV. Дата оновлення: 15.09.2016. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/619-14> (дата звернення: 09.02.2018 р.).

5. Про вивізне (експортне) мито на відходи та брухт чорних металів: Закон України від 24.10.2002 р. № 216-IV. Дата оновлення: 04.08.2017. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/216-15> (дата звернення: 09.02.2018 р.).

6. Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких постанов Кабінету Міністрів України: Постанова Кабінету Міністрів України від 28.12.2016 р. № 1035. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1035-2016-p> (дата звернення: 09.02.2018 р.).

7. Про визнання такими, що втратили чинність, деяких наказів: наказ Мінекономрозвитку України від 10.11.2017 р. № 16261035. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1439-17> (дата звернення: 09.02.2018 р.).

8. Мазур В. Через корупційні квоти на експорт металобрухту Україна втрачає сотні мільйонів доларів. DT.UA. 2015. URL: https://dt.ua/ECONOMICS/cherez-korupciyni-kvoti-na-eksport-metalobruhtu-ukrayina-vtrachaye-sotni-milyoniv-dolariv-166303_.html (дата звернення: 10.01.2018 р.).

9. Генеральна угода з тарифів і торгівлі (ГАТТ 1947): Угода, Міжнародний документ від 30.10.1947 р. Дата оновлення: 15.04.1994. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_264 (дата звернення: 09.02.2018 р.).

10. Про внесення змін до Закону України «Про Митний тариф України» щодо зменшення дефіциту брухту чорних металів на внутрішньому ринку з метою першочергового забезпечення потреб оборонної промисловості та відбудови об'єктів інфраструктури: Закон України від 04.10.2016 р. № 1645-VIII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1645-19/paran5#n5> (дата звернення: 09.02.2018 р.).

11. Митний тариф України (Групи 01-72): Закон України; Тариф від 19.09.2013 р. № 584-VII. Дата оновлення: 01.01.2018. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/584a-18> (дата звернення: 09.02.2018 р.).

12. Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV. Дата оновлення: 16.01.2018. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (дата звернення: 09.02.2018 р.).

13. Про ціни та ціноутворення: Закон України від 21.06.2012 р. № 5007-VI. Дата оновлення: 30.01.2018. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/5007-17> (дата звернення: 09.02.2018 р.).

References:

1. Guzhva, I.Yu. (2016). Mekhanizmy obmezhenia eksportu brukhtu chornykh metaliv u ramkakh SOT. *Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnoho universytetu*, 6, 67–70 [in Ukrainian].

2. Pro vnesennia zmin do deiakykh zakoniv Ukrainy shchodo zmeshennia defitsytu brukhtu chornykh metaliv na vnutrishnomu rynku: Zakon Ukrainy vid 12.07.2016 r. № 1455-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1455-19> [in Ukrainian].

3. Pro zovnishnoekonomichnu diialnist: Zakon Ukrainy vid 16.04.1991 r. № 959-XII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/959-12/para0276#o276> [in Ukrainian].

4. Pro metalobrukht: Zakon Ukrainy vid 05.05.1999 r. № 619-XIV. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/619-14> [in Ukrainian].

5. Pro vyvizne (eksportne) myto na vidkhody ta brukht chornykh metaliv: Zakon Ukrainy vid 24.10.2002 r. № 216-IV. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/216-15> [in Ukrainian].

6. Pro vnesennia zmin ta vyznannia takymy, shcho vtratylы chynnist, deiakykh postanov Kabinetu Ministriv Ukrainy: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 28.12.2016 r. № 1035. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1035-2016-p> [in Ukrainian].

7. Pro vyznannia takymy, shcho vtratyly chynnist, deiakykh nakaziv: Nakaz Minekonomrozvytku Ukrainy vid 10.11.2017 r. № 16261035. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1439-17> [in Ukrainian].

8. Mazur, V. (2015). Cherez koruptsiini kvoty na eksport metalobrukhtu Ukraina vtrachaie sotni milioniv dolariv. DT.UA. URL: https://dt.ua/ECONOMICS/cherez-korupciyni-kvoty-na-eksport-metalobrukhtu-ukrayina-vtrachaye-sotni-milyoniv-dolariv-166303_.html [in Ukrainian].

9. Heneralna uhoda z taryfiv i torhivli (HATT 1947): Uhoda, Mizhnarodnyi dokument vid 30.10.1947 r. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_264 [in Ukrainian].

10. Pro vnesennia zmin do Zakonu Ukrainy «Pro Mytnyi taryf Ukrainy» shchodo zmenshennia defitsytu brukhtu chornykh metaliv na vnurishnomu rynku z metoiu pershocherhovoho zabezpechennia potreb oboronnoi promyslovosti ta vidbudovy ob'iektiv infrastruktury: Zakon Ukrainy vid 04.10.2016 r. № 1645-VIII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1645-19/paran5#n5> [in Ukrainian].

11. Mytnyi taryf Ukrainy (Hrupy 01-72): Zakon Ukrainy; Taryf vid 19.09.2013 r. № 584-VII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/584a-18> [in Ukrainian].

12. Hospodarskyi kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 16.01.2003 r. № 436-IV. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/436-15> [in Ukrainian].

13. Pro tsiny ta tsinoutvorennia: Zakon Ukrainy vid 21.06.2012 r. № 5007-VI. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/5007-17> [in Ukrainian].

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

Foreign economic transactions with scrap metal: economic and legal aspects

The article is devoted to economic and legal analysis of foreign economic transactions with scrap metal. Specific features of economic legal ground work for foreign economic transactions with scrap-metal have been considered in the article. Strategic importance of transactions with the scrap metal has been defined. Legislation in force in this sphere has been analyzed. It is main defects and prospective improvements have been studied.

The article is devoted to research of licensing of collection, recycling and export of scrap metal. The main interests in private and public spheres of investigated industry has been defined. The expediency of systematizing the legislative work within the economic and legal support in operations with scrap metal have been proved. The author proposed the ways to achieve a compromise between public and private sectors in sphere of operations with scrap metal through the use of economic and legal instruments. The dysfunction of economic and legal mechanism for regulation the secondary metals market has been defined. The disparity between real social interests and economic and legal mechanism of licensing in this sphere has been proved. The necessity to reform the structure of subjects with organizational and economic powers has been substantiated. Specific features of economic law regulation of pricing on the scrap metal market have been considered in the article.

Conclusions and proposals have been based on economic and legal concept analysis and statistical data.

Keywords: scrap metal market; foreign economic transactions with scrap metal; export and import of scrap metal; scrap metal regulations; transactions with the scrap metal; processing of scrap metal; pricing on the scrap metal market.

Надійшла до редколегії 09.02.2018 р.

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО



Yakoviyk Ivan Vasylovych,
*Doctor of Law, Full Professor
of the Department of international law,
Yaroslav Mudryi National Law University,
Ukraine, Kharkiv.*
e-mail: yakoviyk@ukr.net
ORCID 0000-0002-8070-1645



Okladna Marina Georgievna,
*Candidate of Historical Sciences,
Associate Professor of the Department
of theory of state and law,
Yaroslav Mudryi National Law University,
Ukraine, Kharkiv.*
e-mail: maryokl1@gmail.com
ORCID 0000-0003-4585-7596



Orlovskyy Roman Ruslanovich,
*magister,
Yaroslav Mudryi National Law University,
Ukraine, Kharkiv.*
e-mail: roman.orlov9@gmail.com
ORCID 0000-0002-0090-0768

doi: 10.21564/2414–990x.140.125989

UDC 341.211:323.173(4)

SEPARATISM IN THE UNITED EUROPE: OLD PROBLEM WITH A NEW FACE

The focus of this article is the research of the questions, related to the development of separatism in Europe. The prerequisites for the development of the separatist movement within the European integration are analysed, as well as the forms of its realization. The EU's role in settling the separatist conflicts of the member states is explained. The author is proving the conclusion that in future, within the United Europe, the demands for self-determination will be reviewed by the European Union's institutions more and more often. Those events will be happening on the background of the mounting tensions between the EU, its member states and their regions.

Keywords: separatism; regionalism; European Union; european integration; membership in the organization.

Яковюк И. В., доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.

e-mail: yakoviyk@ukr.net ; ORCID 0000-0002-8070-1645

Окладная М. Г., кандидат исторических наук, доцент, доцент кафедры теории государства и права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.

e-mail: maryokl1@gmail.com ; ORCID 0000-0003-4585-7596

Орловський Р. Р., магистр, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.

e-mail: roman.orlov9@gmail.com ; ORCID 0000-0002-0090-0768

Сепаратизм в объединенной Европе: старая проблема с новым лицом

Исследуются вопросы, связанные с развитием сепаратизма в Европейском Союзе. Проанализированы предпосылки развития сепаратизма в условиях европейской интеграции, а также формы его реализации. Раскрыта роль ЕС в разрешении сепаратистских конфликтов государств-членов ЕС. Обосновывается вывод о том, что в перспективе в объединенной Европе требования о самоопределении будут все чаще рассматриваться через институты Европейского Союза в рамках усиливающегося напряжения между ЕС, его государствами-членами и регионами государств-членов.

Ключевые слова: сепаратизм; регионализм; Европейский Союз; европейская интеграция; членство в организации.

Theme formulation and topic relevance. From Scotland to Flemish region and further to Catalonia: separatism tendencies in the contemporary European Union is not a vexatious exception but a certain tendency that gradually gains momentum. On the one hand, europeans clearly understand the rationality of the “united we stand” slogan since only the United Europe is able to be heard by the USA, Russia and China as well as dignifiedly respond to the modern global challenges. However, on the other hand, we observe the tendency of separatism aspiration, desires to convert the European Union from international organization into the Europe of

regions. As a result, the process of the United Europe construction on the federalist principles essentially complicates the regionalism and separatism tendencies.

In numerous EU member states' regions, we may observe not only the development of an elemental street protest movement but also the purposeful activity of the regional elite which results in the interdependency referendums. Here come the following questions: "Why do the EU member states in general, built on the democratic legal system principles, are developing and successfully elaborating separatism? What will be the legal consequences of this tendency for the European countries and the Union in general? What will be the European Union's role in it?" This article is dedicated to the aforementioned questions' as well as the number of other issues' analysis.

Analysis of the latest researches and publications. The issue of separatism in Europe in foreign literature was raised numerously, however mostly it was studied by politologists, historians and economists as a wider issue – the European regionalism [1-6]. Though, in the Ukrainian legal studies a modern complex research of problems and consequences of separatism for the EU state members is still absent. As a result, the purpose of this article is the analysis of questions' complex connected with, on the one hand, studies of the EU separatism nature and, on the other hand, analysis of the European Union membership acquirement by the states which are tending to secede.

Presentment of the principle matters. The predominant state-centric paradigm of international law is a hindrance to the formal acceptance of the realities of an international system in which sovereignty is increasingly dispersed both within and beyond state borders [7, p. 170]. Given the continued primacy of statehood in the international system, however, it is unlikely that international law will undergo a fundamental shift in its approaches to statehood, self-determination, or secession anytime in the near future [8, p. 101].

Oddly enough, the separatism development is, to certain extent, affected by the globalization and regional integration processes, which may play an integrative as well as a destructive role. Globalisation and integration facilitate a closer interaction of the states and the out-of-state actors, their unification into transnational and global networks, which are built on various channels of interdependence (trade, politics, security, environment and socio-cultural connections etc.) [9]. EU multi-level governance has provided less national economic dependence, and more political freedom to regional entities thus, potentially impacting the confidence of independence-minded regions [10, p. 10-11]. On the other side, globalisation may favor the fragmentation of the established political and social orders, allowing for regional and transnational movements to set tasks, the implementation of which bears a threat to sovereignty and territorial unity of the states. Countries no longer have the monopoly of mediating the relationship of their regions to the global market and to international regimes. The increased mobility of capital and the rise of transnational corporations have eroded the ability of states to control their own spatial economies [11].

Separatist movements in the modern world are directionally heterogeneous: if the ones are striving for autonomy in terms of the national borders, the others are bravely aiming at secession and establishment of a new independent state. According to the statistics from the year of 1990, more than 30 new countries were created and the separatist movements are not going to cease expanding on that number [12]. It should be noted that the dissolution of ex-socialist federations (USSR, ČSSR, SFRY) was viewed as a quite natural and positive phenomenon owing to the infringement of fundamental human rights of its citizens. Development of the separatist movements in former USSR republics is regarded as an artificial process initiated and supported by Russia. [12]. However, the rapid growth of separatist movements in the Western European countries, functioning on established democratic and legal principles, has surprised the European politicians and experts. Seth Jolly points out that deeper integration of the EU has caused a rise in regionalist parties' participation in national elections; subnational regionalist parties are rising in importance, and can present a potentially significant political threat to national leaders [15]. Consequently, the regard to separatism in Europe has changed in the world in general and in Europe particularly, the so-called separatist wars, aimed at secession.

Nevertheless, the elaboration of separatism in the United Europe looks paradoxical only at the first sight. The European Union is usually viewed as a "post-sovereign" political and legal system. [8, p. 100], which, in case of a successful integrational process development, could have been a successful model for the integrational "core" formation in South and Latin America, Asia and CIS. [16, p. 35]. Regional politics based on solidarity and subsidiarity principles implementation by the European Union might have vanished the separatism issue in the United Europe as it is since the regions have acquired the ability to legally enter the international level (within EU) in different spheres of social life alongside with the national government [17, c. 60; 18]. Despite that, the separatist movements are still developing and destabilizing not only the state members but the European Union in general.

What favors the development of separatism in the EU? First of all, it's the separatist movements striving to preserve and elaborate their identity according to the article 3 of Treaty on European Union, stating: «It shall respect its rich cultural and linguistic diversity, and shall ensure that Europe's cultural heritage is safeguarded and enhanced» [20]. The identity of separatist movements is usually based on common history, culture, language, religion and social unity. Taking into account these identities and disputes with the member states' governments, the separatists are successfully using communication technologies and transnational networks to organize political actions as well as to attract the support of diasporic communities and foreign sympathetic individuals. The role of identity in terms of separatist movements' development is portrayed in the example of the Basque Country and Catalonia in Spain, for which the memories of repressions and violation of cultural and lingual rights (as is known, the Spanish government has blocked the recognition of Catalonias as nation and giving preference to Catalan language in the region) is an important factor in the separatist climate vitality maintenance.

Therewith, it should be noted that cultural and lingual identity is not always used by the separatist movements in their campaign. Thus, even though Scotland has a different cultural and lingual identity from the rest of Great Britain, contemporary Scottish separatists are not making use of this factor. Moreover, they emphasize that in case of secession from the United Kingdom, Scotland will retain close cultural connections with England: English language will remain the official language as well as the British Pound will be the official currency of Independent Scotland. Analysing the issue of the separatist tendencies' amplification in the EU, the economic factor of this process must be definitely taken into consideration. Wealthier regions (Catalonia, Scotland, Padania and Flanders) believe that they contribute a lot to the central budget, but they do not get enough capital investment. Additionally, wealthier regions are usually dissatisfied with their representation in the national government, along with having too little control over its own resources. Thus, Catalonia is one of the wealthiest regions in Spain, however its taxes are collected and allocated by the Spanish government. As a result, funds returned back to Catalonia are significantly lower than the taxes collected by Madrid. From each Euro paid by the Catalan resident as a Spanish budget tax, only 57 Cents are being returned back to Catalonia. As a consequence, the Catalan government is forced to approach to the Spanish government in order to receive loans to pay off its debts [21]. To deal with the Catalan debt, the Spanish government forces the regional authority to conduct ferocious and unpopular activities. It is indicative that the Spanish government has not resorted to measures which could facilitate the improvement of the Catalan situation after getting help from the European Union itself. It is clear that such policy of Madrid in terms of Catalonia is one of the reasons why Catalonia is striving for secession. The economic separatism is also developing in Belgium and Italy.

For the government of a state which faces a regional entity secession it is not economically beneficial if the region becomes an EU member itself. With the introduction of a new member state would come the need to reallocate EU funds. With the admittance into the EU of an independent Catalonia, a portion of the funds presently allotted to Spain logically would have to be reallocated to the Catalonia. Budgetary decisions require the approval of the Council, the institution representing national interests. Spanish opposition to a reduction in its allocated funds would likely be strong. Under the terms of the Luxembourg Compromise, when an issue before the Council relates to «very important interests» of a member state, that state is entitled to a right of veto. Were Spain to veto a decision to reallocate a portion of its funds to the Catalonia, the EU would have to look for alternative means of financing Catalonia membership. This would present a financial burden for all EU member states [22, p. 343].

Ironically, a certain impulse, if not direct but at least a side one, is given to the separatist tendencies by the European Union¹, though not all of the researchers agree

¹ Keating argues, «globalization and European integration have encouraged the re-emergence of nationalism within established states»—a notion that connects directly with city-regions» [23, p. 1]. Khanna has noted, «[the entire European Union is thus a reminder that local independence

on that conclusion. [25; 26, p. 2, 7–8]. It is overly simplistic to conclude that the EU encourages or discourages separatism or that it makes secession easier or more difficult. Nonetheless, European integration «affect[s] how the parties to a [separatist] conflict perceive their own interests and identities» [8, p. 78–79].

Introduction of the EU regional policy, fixation of the subsidiarity principle and creation of the regional Committee has facilitated further decentralization of the federative (Austria, Belgium), regional (Spain, Great Britain) and unitary state governance. The delegation of authority from central administrative agencies to the lower levels is giving a bigger autonomy to the subregions, therefore, an ability to implement their own interests which are not always identical with the national ones. On the other hand, particularly in conditions of the economic crisis, the national governments are not always capable of national and regional tasks realization. As long as the regional communities and their elite are dissatisfied with incapability of the central authority to ensure their needs, they start to demonstrate a proclivity towards autonomy or even independency acquirement

Under the aforementioned conditions, an intercourse with the EU institutions becomes more attractive for the regional entities aiming for independency. However, it should be mentioned that the separatist regions have not always positively referred to the integration process. At first, the nationalists have regarded integration as a sovereignty transfer over Scotland or Catalonia from London or Madrid to Brussels. The situation has changed by the 1980s, when Scottish and Flemish nationalists are becoming supporters of the European integration and «independency in Europe».

As is known, small states in the EU are able to have a bigger influence in the European issues' resolution as well as a better access to receiving financial support. The point is that after the creation of the EU in which the common market is functioning, the size of a state (the size of national market) ceases to play a significant role. Within the European Union small states are capable of being similarly successful. This implies that once a country becomes part of the EU, due to many economic benefits, the importance of national market size is diminished. This can boost the confidence of regionalist parties in national elections by lowering the opportunity cost of secession [9, p. 166]. Hooghe & Marks also contend that «The single European market reduces the economic penalty imposed by regional political

movements are not the antithesis of lofty post-national globalism but rather the essential path toward it» [24, p. 78]. Similar estimation of the situation is provided by A. Pantovic: «Counterintuitively, EU's supranational integration, involves national disintegration meaning regions are acquiring more power at a subnational level. EU's subnational regional actors have acquired a more important role, and they have gained in authority and in the ability to influence decision-making at a national and supranational level. Since the establishment of the EU, there has been a rise in transnational associations and bureaucracies dealing exclusively with regional demands, thus leading to an increase in budget and funds being given to regional governments. These funds provide subnational governments with more self-reliance, and belief that its economic, cultural and political growth depends on the EU rather than on the national governments. This implies that the EU facilitates separatism through a direct channel, by offering money to the regions». And further: «The EU facilitates separatism through a direct channel (offering money to the regions) and an indirect channel (lowering the opportunity cost of secession)» [10].

autonomy because regional norms continue to have access to the European market» [10, p. 16]. The advantage larger states used diminishes due to the EU's regional financial assistance, monetary policy, foreign policy, and free trade. This indicates, that smaller regional entities are being encouraged by the EU to seek more autonomy, thus causing a rise in regional confidence and a possible increase in separatist claims [10, p. 16; 15, p. 4].

The European regional entities are using the EU to create transnational networks through it. Regions, separatist in particular, are creating offices within the EU institutions to gain connections with the Union's officials as well as the transnational organizations, for instance, European Free Alliance, which has become a political party with a representation in the European Parliament in 2004. Besides, the separatist regional entities are taking part in transnational political networks such as Conference of European Regions and Cities.

Christopher K. believes that the EU should consider expanding the formal opportunities for sub-state regions to participate in EU policymaking. For example, the EU could elevate the Committee of the Regions to what amounts to a branch of government, on par with the Commission, Council, and Parliament. It could also require (rather than simply condone) the participation of regional ministers in EU policymaking that touches on areas of regional competency. Strengthening the role of the regions at the supranational level would be consistent with the important role that regions already play within many EU member states [8, p. 102]. However, today such proposals are regarded as radical, which is why they will be unlikely apprehended by the EU member states.

It should be taken into consideration that an automatic provision of the EU membership to separatist regional entities will ruin the balance of the EU institutional mechanism. There will be a need in representation reconsideration of each state member in the EU institutions. (art. 14–17 the Treaty on European Union), change of the qualified vote majority calculation order (art. 16 the Treaty on European Union) and budgetary as well as structural funds access reallocation. In the Scottish and Catalan cases, then, secession would result in the creation of new states without breaking the continuity of the predecessor states. Still, the diminished British and Spanish states would face a reduction of their representation in EU bodies, which would require amendments to EU treaties even before the issue of membership for the new Scottish and Catalan states was addressed [8, p. 89]. Obviously, such situation does not meet interests of the European Union member states as a whole.

Consider one more point: in virtue of the EU and NATO membership small states have a lot less problems with their own security provision in comparison to bigger states outside the abovementioned organizations [10, p. 16]. In case of a particular regional entity secession from the EU member state, it can be asserted with certainty that in order to meet the USA and EU geopolitical interests, NATO will continue providing the separatist regions with military protection long before they are to acquire membership in the Alliance.

This raises a question: “if one or another regional entity (for example, Catalonia, Scotland or the Flemish region) of the EU member state will secede from the accordant state, what will be the consequences of such move?” The Treaty of Lisbon regulates only the situation when a member state desires to leave the EU. The Treaty of Lisbon tells us nothing regarding the membership of a country that was established by seceding a member state, which certainly is the EU member states’ concern [27]. However, it is believed, that the consequences for such region will be thoroughly understandable: a newly created state will not be the EU member neither *de facto* nor *de jure*. In case when it expresses a wish to acquire the EU membership, the state would have to pass all stages of the correspondent procedure – in terms of this requirement the European institutions demonstrate a sufficiently clear position.

Separatists usually affirm the fact that their regional entites may preserve the EU membership right after the negotiations concerning secession. [28]. They believe that the right for secession is based on provisions of the p.2 Treaty on European Union where the main democratic values and the supremacy of law in the EU are outlined. [20]. Furthermore, as an argument the following statement is being expressed: taking into account that many separatist regions are politically and economically significant, their exclusion from the EU will create problems in the EU functioning and integrational process development.

However, that is a flase statement. The truth is that the pathway of becoming a EU member will be complicated, first of all, by the subjective factors and depend on the way the regional entity has “separated” with the “mother” state. It must be remembered that the accession to the EU requires consent of all member states, therefore, the membership acquirement by ex regions – newly established independent states – may be blocked by the old ones. Some members of the EU, including Spain, have refused to recognize the independence of Kosovo in order not to create a precedent for the separatist regional entities on their territories. On the eve of the referendum in Scotland, Spain has warned the local separatists that Edinburgh would need no less than 8 years for the EU membership negotiations [29].

The most optimal way of the regional entity secession from the “mother” state composition is a civilized and legal one¹. A legal and civilized way to secede from the United Kingdom was chosen by Scotland. In 2012 London and Edinburgh have reached agreement on Scotland Independence referendum holding. [30]. Opposition of the majority of participants has temporarily removed the question on the Scottish secession from the agenda. However, the victory of Brexit supporters at the 2016 referendum has made the Scotts to negotiate the issue of the 2nd referendum holding regarding the Independence of Scotland and its membership in the European Union. If the aforementioned referendum will be conducted and the question concerning the

¹ «Consistent with the Canadian Supreme Court’s advisory opinion on Quebec [30, p. 133–135], states faced with separatist movements should consider allowing for referendums to gauge support for separation. There is no reason why the democratic principles that guided the Canadian Supreme Court’s framework for negotiated secession should not apply with equal force in democracies like Spain, the United Kingdom, and Belgium» [8, p. 101].

secession will receive support, Scottish compliance with the constitutional procedure of secession will ensure acceptable position of London that will not drastically discourage its pathway towards the EU membership. Though, it does not mean that the intention of Scotland to enter the European Union will be supported by all member states. Primarily, it applies to those countries, which contain separatist regional entities in their state composition. That is a path Belgium may take in case of its dissolution¹.

Another situation is when a region is implementing the secession in an uncivilized way². In this instance, entry of a newly created state will be most likely blocked up by the “mother” state. The blocking of entry of such countries may be implemented by the other EU member states having separatist movements on their territory. Thus, Belgium facing the Flemish separatism issue, will unlikely support the secession of Scotland and its entry into the EU. In that regard, it is possible to recollect the situation of Kosovo unrecognition by Spain, Greece and Cyprus.

The situation with the EU member state exit bears one more nuance. In the event of Scotland and Catalonia secession from the United Kingdom and Spain composition, the mentioned regions are forming a new state that has to enter the EU on general grounds. A slightly different situation takes place with the Flemish region. Flanders comprises the majority of Belgium’s territory and population and controls the lion’s share of its economic wealth, and it would thus be the most obvious candidate to inherit Belgium’s legal personality. That is, Flanders almost completely meet the requirements appointed by Michael P. Scharf [32, p. 67], that are considered in determining of the question regarding which part of the predecessor state will inherit its legal personality in case of dismemberment. To allow this outcome, however, the Flemish secession may be transformed into a situation where Flanders had, in effect, kicked Wallonia out of the Belgian state. The future of the Belgian state would undoubtedly be addressed as part of the negotiations leading to Flemish secession. The «velvet divorce» option that dissolved Czechoslovakia and created separate Czech and Slovak states in 1993 would have been preferred. The critical complication, however—which had no corollary in the Czechoslovak case—is Brussels. Both Flanders and Wallonia consider Brussels their capital [8, p. 89–90; 33; 34; 35].

The European Union, as a rule, remains neutral concerning the internal problems of the member states according to p. 2 art. 4 Treaty on European Union which points out that «The Union shall respect the equality of Member States before the

¹ The basis for such conclusion provides Belgium with experience of transferring from unitary to federal governmental system. In this case, the dissolution of Belgium will resemble the dissolution of Czechoslovakia, when both constituent entities have agreed on secession as a consequence of which neither Czech Republic nor Slovakia have ratified the legal person of Czechoslovakia in international organizations. It can be predicted that the Brussels’ status would face complications, since it is not only the kingdom’s capital but the headquarter of the EU itself.

² Susanna Mancini, estimating such course of events’ scenario, indicates: «demonizing secession, turning it into a constitutional taboo, often adds fuel to secessionist claims. On the other hand, if secession is constructed as one among the many rights and options offered to a state’s subnational groups, chances are that it will lose much of its appeal» [31, p. 482].

Treaties as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government. It shall respect their essential State functions, including ensuring the territorial integrity of the State, maintaining law and order and safeguarding national security» (the last sentence was included upon the request of Spain) [20]. This, in particular, means that each member state is capable of state governance self-determination, therefore Belgium, Austria, Germany are federal states as well as Great Britain and Spain are regional states whereas most of the EU member states are unitary.

At the current stage of integration, institutions of the Union demonstrate dedication to the idea of territorial integrity of the member states. Thus, EU Commission President Romano Prodi stated in April of 2004 that a newly independent region would, by the fact of its independence, become a third country with respect to the Union and the treaties would, from the day of its independence, not apply anymore on its territory¹. Prodi also says that such a newly independent region would have to apply to become a member of the Union, under the normal process of adopting new members. The answer is a particular blow to nationalist parties in regions such as Scotland and Wales who have built their strategy of independence from Westminster on membership of the European Union [37].

Regarding the Catalan referendum held in October 2017 official representative of the European Commission Margaritis Schinas has declared that, firstly, the situation in Spain is the internal affair of Spain, which has to be resolved in accordance to Spanish law and order, secondly, according to the Constitution of Spain the voting was illicit, thirdly, if the referendum was held according to the Constitution of Spain, Catalonia should have exited the European Union, and, fourthly, parties of the conflict must pass from confrontation to a civilized dialogue in order to resolve the conflict [38].

With respect to succession, the European Commission abides by norms and principles of international law. In regard to this issue Christopher K. Connolly points out: «New states typically do not succeed to (i.e., automatically inherit) the international treaty obligations of their former parent states, especially with regard to treaties governing membership in international organizations. Instead, international organizations usually require new states to accede to (i.e., separately obtain) membership. Although secession from an EU member state would be without precedent and the EU's governing treaties are silent as to how such a situation should be handled, there are both legal and political reasons why it might adhere to the general requirement of accession» [8, p. 85].

Along with that, it should be borne in mind the EU is not a classic international organization but a political and legal formation functioning, for the most part, on

¹ Analogical position was taken by the Head of the European Commission Josif Manuel Durro Barroso, during a September 2012 interview with the BBC and again in a December 2012 letter to the House of Lords, European Commission president Josif Manuel Barroso opined that a new state created by secession from an EU member state would have to apply for membership on its own, following the EU's standard application procedure [36].

the federalist principles. Introduction of EU citizenship institution accordingly creates certain complications (which are usually not indicated neither by politicians nor researchers) in terms of the membership acquirement by regional entities seceding from EU member states. Residents of the separatist regions are EU citizens, therefore, are capable of requiring accession which would involve stripping them of citizenship pending readmission. This factor gives rise to doubts concerning what choice the European Union will make: abidance to the norms of treaties or achievement of the political compromise? And if the European Union is to chose the latter, what will be the compromise and what will be the way of forcing the member states to work it out?

Conclusion. The analysis provides an occasion to agree that under the contemporary circumstances the European Union will play a leading role in determining the results of Flemish, Scottish, and Catalan nationalist claims. The right to self-determination as currently understood in international law provides little in the way of guidance for addressing separatist claims in Europe's stateless nations. In Europe self-determination claims will increasingly be dealt with through the institutions of the European Union, as part of the ongoing push and pull among the EU, its member states, and sub-state regions [8, p. 105].

References:

1. Keating, M.J. (2004). European Integration and the Nationalities Question. *Politics and Society*, 32(3), 367–22. DOI: 10.1177/0032329204267295
2. Hepburn, E. The Rise and Fall of a «Europe of the Regions». *Regional & Federal Studies*, 18 (5), 537–555. DOI:10.1080/13597560802351572.
3. Hepburn, E & McLoughlin, P (2011). Celtic nationalism and supranationalism: comparing Scottish and Northern Ireland responses to Europe. *British Journal of Politics and International Relations*, vol. 13, No. 3, 383–399. DOI: 10.1111/j.1467-856X.2010.00426.x.
4. Angela K. Bourne (2014). Europeanization and Secession: The Cases of Catalonia and Scotland. *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe* vol. 13, No. 3, 94–120.
5. Kandel', P.E. (2015). Separatism in the political life of modern Europe. Moscow: In-t Evropy RAN (Reports of the Institute of Europe).
6. Reznikova, O. O., Misiura, A. O., Dromov, S. V., Voitovskyi, K.Ie. (2016). Mizhnarodnyi dosvid borotby z separatyzmom: vysnovky dlia Ukrainy. Kyiv: NISD.
7. Stephen, Tierney. (2005). Reframing Sovereignty? Sub-State National Societies and Contemporary Challenges to the Nation-State. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, No. 1 (Jan., 2005), 161–183.
8. Christopher K. Connolly. (2013). Independence in Europe: Secession, Sovereignty, and the European Union, 24. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 51–105. URL: <https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol24/iss1/2>.
9. Hooghe, L., & Marks, G. (2001). Multi-Level Governance and European Integration. Boston: Rowman & Littlefield Publishers. 272 p.
10. Pantovic, A. (2014). The Economic Impact of the European Union on Subnational Separatist Sentiment. *University of Colorado Boulder Undergraduate Honours Thesis*, 1–55.
11. Keating, M. (1998). The New Regionalism in Western Europe: Territorial Restructuring and Political Change. Northampton: Edward Elgar Publishing, pp. IX, 242 p.
12. Rosenberg, M. (2014). New Countries of the World: The New Countries Created Since 1990. URL: <http://geography.about.com/cs/countries/a/newcountries.htm>.

13. Thomas, de Waal. Enhancing the EU's Engagement With Separatist Territories. URL: <http://carnegieeurope.eu/2017/01/17/enhancing-eu-s-engagement-with-separatist-territories-pub-67694>.
14. EFA. (2014). *About Us*. URL: <http://www.e-f-a.org/about-us/>.
15. Jolly, S.K. (2007). How the EU Fuels Sub-National Regionalism. *University of Chicago*. URL: <http://faculty.maxwell.syr.edu/~skjolly/HowEUFuels.pdf>.
16. Yakoviuk, I.V. (2014). *Pravovi osnovy yevropeiskoi intehratsii ta yii vplyv na derzhavno-pravovyi rozvytok Ukrainy. Doctor's thesis*. Kharkiv [in Ukrainian].
17. Yakoviuk, I.V. (2004). *Yevropeyskyi rehionalizm u konteksti rozbudovy Yevropeiskoho Soiuzu. Derzhavne budivnytstvo ta mistseve samovriaduvannia, Issue 8, 57–68* [in Ukrainian].
18. The Principle of Subsidiarity. Fact Sheets on the European Union–2018. URL: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_1.2.2.pdf.
19. Colomb, C., K. Bakke and J. Tomaney. (Eds.). (2014). 'Shaping the Territory in Scotland, Catalonia and Flanders: Analysing Contemporary Debates on Devolution and Independence from a Spatial Planning and Territorial Cohesion Lens'. *Working Paper Series*. London: UCL European Institute.
20. Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ:C:2007:306:TOC>.
21. Gonzalez, R., & Clotet, J. (2012, October 2). Spanish Prisoners. URL: <http://www.nytimes.com/2012/10/03/opinion/a-new-call-for-catalonias-independence.html?emc=tnt&>.
22. Lindsay Murphy. (2007). EU Membership and an Independent Basque State, 19 *Pace Int'l L. Rev.*, 321–347. URL: <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol19/iss2/7>.
23. Keating, M. (2001). *Pluri-national Democracy. Stateless Nations in a Post-sovereignty Era*. Oxford: Oxford University Press.
24. Khanna, P. (2016). *Connectography: Mapping the Global Network Revolution*. London: Weidenfeld & Nicholson.
25. Brancati, D. (April 2014). Another Great Illusion: The Advancement of Separatism through Economic Integration. *Political Science Research and Methods. Vol 2, No. 1, 69–95*. DOI: 10.1017/psrm.2013.30.
26. Brancati, D. (2013). Rethinking the Economic Integration-Separatism Debate. *Washington University at Saint Luis*. URL: http://brancati.wustl.edu/Brancati_AGI.pdf.
27. Glenn Campbell, Scottish Independence: Scotland and EU Membership, BBC News, BBC.COM (Feb. 27, 2013, 19:11 ET). URL: <http://www.bbc.co.uk/news/uk-scotland-scotland-politics-21602456>.
28. Stephen, Castle. Scots' Referendum Raises a Slew of Legal Issues, *N.Y. TIMES, Feb. 13, 2012*. URL: <http://www.nytimes.com/2012/02/11/world/europe/scots-referendum-raises-a-slew-of-legal-issues.html>.
29. Lynch, S. (2014, Sept. 19). Scotland vote may lessen likelihood of UK leaving EU. URL: <http://www.irishtimes.com/news/world/europe/scotland-vote-may-lessen-likelihood-of-uk-leaving-eu-1.1934879>.
30. Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a Referendum on Independence for Scotland, Oct. 15, 2012. URL: <http://www.scotland.gov.uk/Resource/0040/00404789.pdf>.
31. Susanna, Mancini. (2012). Secession and Self-Determination. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, pp. 481–500*. Michael Rosenfeld & András Sajó (Eds.). Oxford: Oxford University Press.
32. Scharf, Michael P. (1995). Musical Chairs: The Dissolution of States and Membership in the United Nations. *Cornell International Law Journal, Vol. 28, Issue 1, Art. 2*.
33. Jan Hunin. (June 21, 2011). We Need a Velvet Divorce, *DE VOLKSKRANT* (Amsterdam). URL: <http://www.presseurop.eu/en/content/article/728711-we-need-velvet-divorce>.

34. What Will Happen to Brussels If Flanders Becomes Independent? *NIEUWVLAAMSE ALLIANTIE*. URL: <http://international.n-va.be/en/about/faq>.

35. Philippe Van Parijs. (Oct. 4, 2007). Brussels after Belgium: Fringe Town or City-State? *BULLETIN (Brussels)*, art. 14. URL: http://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/etes/documents/2007zp.Brussels_Bulletin.final.pdf.

36. Scottish Independence: EC's Barroso Says New States Need «Apply to Join EU» BBC News, BBC.COM (Dec. 10, 2012, 13:11 ET). URL: <http://www.bbc.co.uk/news/uk-scotlandscotland-politics-20664907>.

37. Breakaway regions to lose EU membership, says Prodi. URL: <https://euobserver.com/news/15221>.

38. Европа не признала независимую Каталонию. URL: https://www.gazeta.ru/politics/2017/10/02_a_10914218.shtml [in Russian].

Яковюк І. В., доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри міжнародного права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків.
e-mail: yakoviyk@ukr.net ; ORCID 0000-0002-8070-1645

Окладна М. Г., кандидат історичних наук, доцент, доцент кафедри теорії держави і права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: maryokl1@gmail.com ; ORCID 0000-0003-4585-7596

Орловський Р. Р., магістр, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків.
e-mail: roman.orlov9@gmail.com ; ORCID 0000-0002-0090-0768

Сепаратизм в об'єднаній Європі: стара проблема з новим обличчям

Досліджено питання, пов'язані з розвитком сепаратизму в Європейському Союзі. Наголошено, що розвитку сепаратизму певною мірою сприяють процеси глобалізації та регіональної інтеграції, які можуть відігравати як інтегративну, так і деструктивну роль. Проаналізовано передумови розвитку сепаратизму в умовах європейської інтеграції, а також форми його реалізації. Реалізація Європейським Союзом регіональної політики, що заснована на принципах солідарності і субсидіарності, не знімає проблему сепаратизму в об'єднаній Європі як такої. Значною мірою це обумовлено тим, що в сучасних умовах культурно-мовна ідентичність не завжди використовується сепаратистськими рухами в їх боротьбі. Дедалі більшого значення набувають економічні чинники цього процесу.

Сепаратизм в ЄС має й іншу особливість. Вона пов'язана з питанням членства в Європейському Союзі сепаратистських регіонів держав-членів у разі їх виходу з «материнської» держави. Зазначено, що у випадку позаправового механізму виходу зі складу держави прагнення сепаратистських регіонів набути членство в ЄС зіткнеться насамперед зі спротивом тих держав-членів, які мають у своєму складі подібні регіони. Інститути ЄС сьогодні також стоять на позиції не визнання права регіонів держав-членів автоматично набути членства в Євросоюзі у разі виходу зі складу «материнської держави».

Обґрунтовано висновок, відповідно до якого в перспективі в об'єднаній Європі вимоги щодо самовизначення регіонів будуть все частіше розглядатися через інститути Європейського Союзу в умовах посилення напруги між ЄС, його державами-членами та регіонами держав-членів.

Ключові слова: сепаратизм; регіоналізм; Європейський Союз; європейська інтеграція; членство в організації.

Надійшла до редколегії 15.02.2018 р.



Комарова Тетяна В'ячеславівна,
кандидат юридичних наук,
докторантка кафедри міжнародного права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: komarova.tetyana.ukr@gmail.com
ORCID 0000-0002-7663-3264

doi: 10.21564/2414–990x.140.125991
УДК 341.645.5:177.9:061.1ЄС

СУД СПРАВЕДЛИВОСТІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СПІВТОВАРИСТВА ВУГІЛЛЯ ТА СТАЛІ ЯК ПРООБРАЗ СУДУ СПРАВЕДЛИВОСТІ ЄС

Окреслено історію створення Суду справедливості Європейського Співтовариства вугілля та сталі, який став прообразом теперішнього Суду справедливості Європейського Союзу. Проаналізовано модель, на основі якої був створений Суд, а також чинники, що вплинули на створення Суду саме в тому вигляді, в якому він розпочав свою активну діяльність щодо формування автономного правопорядку майбутнього Європейського Союзу. Досліджено вплив на визначення функцій Суду, як національної практики держав – засновниць Європейського Співтовариства вугілля та сталі, так і міжнародного досвіду.

Ключові слова: Європейський Союз; Суд справедливості Європейського Співтовариства вугілля та сталі; судова система Європейського Союзу; європейська інтеграція.

Комарова Т. В., кандидат юридических наук, докторантка кафедры международного права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: komarova.tetyana.ukr@gmail.com ; ORCID 0000-0002-7663-3264

Суд справедливости Европейского Сообщества угля и стали как прообраз Суда справедливости ЕС

Освещена история создания Европейского Сообщества угля и стали, который стал прообразом нынешнего Суда справедливости Европейского Союза. Проанализирована модель, на основе которой был создан Суд, факторы, повлиявшие на выбор именно этой модели, которая позволила ему начать активную деятельность по формированию автономного правопорядка будущего Европейского Союза. Изучено влияние как национальной практики государств – основателей Европейского Сообщества угля и стали на определение функций Суда, так и международного опыта.

Ключевые слова: Европейский Союз; Суд справедливости Европейского Сообщества угля и стали; судебная система Европейского Союза; европейская интеграция.

Вступ. Історія створення Суду справедливості Європейського Співтовариства вугілля та сталі – це, по суті, історія розвитку європейської інтеграції, історія еволюції поствоєнної Європи. Протягом більш ніж 60 років свого існування Суд справедливості Європейського Союзу (далі – Суд ЄС), прообразом якого є Суд справедливості Європейського Співтовариства вугілля та сталі, втілює ідею існування європейської єдності, заснованої на спільних цінностях та повазі до верховенства права. Судова система Союзу стала проекцією генези та змін всієї правової системи Союзу та навіть, можна сказати, проекцією політики цього нового типу наднаціонального утворення. Модель, на основі якої був створений Суд справедливості Європейського Співтовариства вугілля та сталі, та ті рушійні сили, які впливали на цей процес, стали вирішальними для реалізації покладених на них функцій.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питаннями становлення судової системи ЄС у цілому та діяльності Суду справедливості Європейського Співтовариства вугілля та сталі зокрема займалися переважно науковці Західної Європи, як-от: А. Боєргер-Де Шмедт (A. Boerger-De Smedt), Д. Тамм (D. Tamm), М. Лагранж (M. Lagrange), К. Альтер (K. Alter), К. Ленаертс (K. Lenaerts). У Центральній та Східній Європі проблематика функціонування Суду справедливості Європейського Співтовариства вугілля та сталі та його впливу на подальший розвиток права ЄС не була вивчена на достатньому рівні, а розглядалася лише у контексті вивчення загального права ЄС такими вченими, як: Л. М. Ентін (L. Entin), М. Л. Ентін (M. Entin), А. Я. Капустін (A. Kapustin), С. Ю. Кашкін (S. Kashkin) та українськими вченими: Т. М. Анікіна (T. Anakina), М. В. Буроменський (M. Buromenskyi), М. М. Микієвич (M. Mykivych), В. І. Муравйов (V. Muraviov), Р. Петров (R. Petrov), О. Я. Трагнюк (O. Tragniuk) тощо.

Метою статті є вивчення моделей, на підставі яких батьки-засновники Європейських співтовариств створили Суд справедливості Європейського Співтовариства вугілля та сталі, та процесу його трансформації у найбільш прогресивну судову систему, яка суттєво вплинула на правопорядок ЄС.

Виклад основного матеріалу. Суд ЄС, безперечно, певним чином можна порівнювати з національними судами (особливо національними верховними судами та федеральними конституційними судами), міжнародними судовими установами (тим паче, що їх кількість та розмаїття постійно зростає), але ці порівняння ще більше переконують нас у тому, що Суд ЄС – унікальний інститут, який за своєю природою та сутнісними характеристиками є інститутом *sui generis*, так само, як і ЄС, який є організацією нового інтеграційного типу *sui generis*.

Видатною датою для майбутнього Європи стало 9 травня 1950 р., коли французький міністр закордонних справ Р. Шуман проголосив у своїй декларації ідею створення співтовариства, під контролем якого знаходилася б вугільна та сталеливарна промисловість держав-членів (Європейське співтовариство з вугілля та сталі). Французький проект насамперед був спрямований на інте-

грацію Німеччини до спільної вузькосекторальної діяльності, що в подальшому не дало б змоги розв'язати новий військовий конфлікт. Р. Шуман наголошував: «Французький уряд пропонує, щоб франко-німецьке виробництво вугілля і сталі в цілому було підпорядковане спільному Високому керівному органу, в рамках організації, відкритої для участі інших країн Європи... це забезпечить створення загальних засад для економічного розвитку як першого кроку до федерації Європи...» [1]. На момент проголошення декларації не існувало конкретного проекту структури запропонованого співтовариства, окрім заснування Високого керівного органу, а План Шумана вже передбачав, що мають бути вжиті відповідні засоби для можливості оскарження рішень Високого керівного органу. Це положення і стало «ядром», на підставі якого був створений Суд справедливості [2, с. 8], а також інші інститути Європейського Співтовариства вугілля та сталі (Ради міністрів, Спільної асамблеї). Тобто спочатку всі інститути моделювалися як механізм стримування головного виконавчого інституту Європейського Співтовариства вугілля та сталі. У той час ніщо не вказувало на амбітні плани батьків-засновників об'єднаної Європи щодо ролі інших інститутів, а також Суду справедливості у розвитку інтеграційного правопорядку [3, с. 16].

Щодо Суду, то під час конференції держав-засновниць Європейського Співтовариства вугілля та сталі (далі – ЄСВС) було запропоновано дві моделі майбутньої судової установи ЄСВС. Перша модель була запропонована Ж. Моне (J. Monnet) і полягала в існуванні системи оскаржень рішень Високого керівного органу *ad hoc*. Ця пропозиція не була підтримана країнами Бенілюксу та Німеччиною, оскільки вона пропонувала таку інституційну структуру, в якій Високий керівний орган мав доволі серйозні повноваження щодо впливу на економіку держав-членів, а механізми захисту від його діяльності були досить слабкими та звуженими. І тому держави вимагали серйозних і політичних, і судових гарантій. Як зазначають деякі дослідники, мотиви у країн Бенілюксу та Німеччини були різними [4, с. 344]. Так, країни Бенілюксу хотіли бачити гарантії того, щоб у першу чергу від перевищення повноважень Високого керівного органу були захищені держави-члени і могли оскаржувати як легітимність його актів, так і вимагати скасування актів, що були прийняті в межах повноважень Високого керівного органу, але мають негативні соціально-економічні наслідки для держав-членів. Це, так би мовити, можливість судової експертизи стосовно соціально-економічної прийнятності та доцільності актів. Поряд із цим вони не намагалися запропонувати на відміну від Німеччини механізми захисту у Суді прав приватних осіб. Німеччина ж хотіла бачити постійно діючу судову установу, яка б захищала інтереси як держав-членів, так і приватних осіб від перевищення повноважень Високого керівного органу, Ради міністрів, Асамблеї. Одним з основних елементів німецької судової моделі було те, що суд повинен мати виключну юрисдикцію щодо тлумачення установчого Договору та усіх спорів із приводу його застосування – тобто по суті на суд покладалися певні конституційні функції. Така модель була доволі революційною для міжнарод-

ного права, а ідея запозичена з практики змішаних арбітражних трибуналів, що були створені на підставі Версальського мирного договору 1919 р. і до яких могли звертатися індивіди щодо певного кола питань.

Саме з огляду на таку позицію було запропоновано другу модель, розроблену німецькою стороною під головування В. Хальштайна (W. Hallstein) (який згодом став Першим головою Високого керівного органу). Вона передбачала створення постійно діючої судової установи, в рамках юрисдикції котрої можна було оскаржити рішення або дію чи бездіяльність Високого керівного органу як державами-членами, так і приватними особами, хоча із певними обмеженнями [більш детально див.: 2; 5; 6]. Ця модель задовольнила і країни Бенілюксу.

Результатом переговорного процесу щодо майбутньої організаційної структури ЄСВС стало видання у серпні 1950 р. Меморандуму щодо інституційних питань, в якому говорилось про заснування постійного Суду справедливості, який був покликаний збалансувати діяльність виконавчого органу, наділеного широкими компетенціями.

Функції, які покладалися на новий Суд, були не схожі на жоден існуючий на той час міжнародний судовий інститут, оскільки його юрисдикція виходила за межі спорів між державами, які за своїм характером є суто міжнародними публічними. У випадку Суду справедливості ЄСВС під його юрисдикцію підпадав захист держав-членів, а також приватних осіб від неправомірних дій Високого керівного органу. Як характеризує його Боєргер-де Шмедт А. (Boerger-De Smedt A.), це був більше, ніж міжнародний Суд, але не зовсім і конституційний; більшою частиною він був адміністративним Судом, що уповноважений забезпечувати стримування Високого керівного органу у межах своїх повноважень, наданих Договором про ЄСВС [4, с. 346].

Безперечно, модель Суду справедливості була запозичена не з міжнародної практики, а з внутрішньодержавної, яка була спільною для всіх шести держав-учасниць переговорів. Через активну позицію французької делегації за основу все ж таки була взята модель французької Державної Ради (*Conceil d'Etat*) – вищого адміністративного суду Франції. Тож до проекту Договору про ЄСВС був включений майже весь діапазон доступних у французьких адміністративних судах процедур, у тому числі позови про анулювання актів, щодо нелегітимної дії чи бездіяльності, а також щодо позадоговірної відповідальності. Суд справедливості був навіть уповноважений виступати арбітром між Співтовариством та державою-членом, якщо економіка цієї держави-члена переживала «фундаментальні та тривалі негаразди» через функціонування спільного ринку (ст. 37 Договору про ЄСВС).

Так, ст. 33 та ст. 34 надавали Суду справедливості юрисдикцію з анулювання актів Високого керівного органу – обов'язкових чи рекомендаційних – за позовами від Ради міністрів, держав-членів або підприємств чи асоціацій. Як зазначають науковці, цей вид позовів є яскравою ілюстрацією того, що у французькому праві називається «позовом щодо перевищення влади» (*recours pour excès de pouvoir*) [7, с. 114]).

Із обов'язку Високого керівного органу виконувати рішення Суду витікав ще один різновид позовів – якщо Високий керівний орган протягом розумного строку не забезпечить необхідних заходів виконання таких рішень, то перед Судом міг бути ініційований новий позов щодо відшкодування збитків відповідно до ст. 34 Договору про ЄСВС, що було додатковим засобом контролю за діяльністю наднаціональних інститутів.

Стаття 35 Договору про ЄСВС також дозволяла здійснювати аналіз бездіяльності Високого керівного органу у тих випадках, коли він був зобов'язаний діяти, але не зробив цього протягом розумного строку. Стосовно анулювання актів Ради міністрів та Асамблеї, то це теж підпадало під юрисдикцію Суду справедливості відповідно до ст. 38 Договору про ЄСПВ за позовами держав-членів чи Високого керівного Органу.

Ці види проваджень у Суді дійсно доводять аналогію Суду справедливості із адміністративними судами континентальної системи права. Така модель Суду справедливості стала не лише стримуючим фактором для головного виконавчого органу Співтовариства, а й інструментом захисту прав приватних осіб, чия діяльність була пов'язана із інтегрованими вугледобувною та сталеливарною сферами. І це вже був справді новаторський підхід, коли судовий орган міжнародної організації був створений і для приватних осіб.

Так, якщо Високий керівний орган накладав штраф на підприємство, воно мало можливість оскаржити штраф на підставі ст. 36 Договору про ЄСВС. Крім того, якщо дія або бездіяльність Високого керівного органу спричинила збитки третім особам, то останні у рамках ст. 40 Договору про ЄСВС могли ініціювати позов про відшкодування.

Слід зазначити, що ці можливості були вкрай важливими, оскільки новостворена наднаціональна організація мала доволі широкі повноваження щодо накладання штрафів на приватних осіб, яких не мали до цього жодні міжнародні організації. Так, відповідно до Договору про ЄСВС Високий керівний орган мав досить широкі повноваження щодо накладення штрафів або пені на підприємства, які не виконували свої обов'язки, наприклад, щодо надання інформації про свою діяльність або квот, установлених Високим керівним органом у період відкритої кризи виробництва вугілля або сталі.

Окрім механізмів захисту від інститутів ЄСВС, ст. 88 Договору про ЄСВС передбачала можливість притягнення до відповідальності перед Судом справедливості держави-члена, яка порушила свої зобов'язання за Договором. Це було необхідно, оскільки й держави-члени, а не лише інститути ЄСВС були відповідальні за реалізацію положень установчого Договору, хоча ці механізми захисту були все ж таки другорядними та процесуально доволі заплутаними.

Окремо слід наголосити на унікальній функції Суду справедливості ЄСВС щодо залучення національних судів держав-членів до функціонування новоствореного правопорядку. Стаття 41 Договору про ЄСВС передбачала можливість звернення національних судових установ держав-членів до Суду справедливості щодо легітимності актів Високого керівного органу чи Ради міністрів у тому

разі, коли в межах судового процесу в державі-члені таке питання постало. Ця процедура стала зародком майбутньої фундаментальної для всього правопорядку ЄС преюдиціальної процедури. Разом з тим вона була дуже обмежена, тому що не стосувалася тлумачення норм права ЄСВС, але це були перші спроби долучити національні суди до процесу інтеграції. Перші спроби у цьому відношенні не були вдалим, оскільки ст. 41 Договору про ЄСВС жодного разу не була використана національними судами через те, що національні суди, і в першу чергу приватні особи, не до кінця розуміли можливості цієї процедури. Слід враховувати, що практика свідчить про те, що національні суди нових держав-членів ЄС почали використовувати преюдиціальну процедуру лише через декілька років після приєднання до Союзу. Це цілком логічно, оскільки цей час потрібен приватним особам щоб зрозуміти, яке право розповсюдило на них свою дію, стало невід'ємною частиною національного правопорядку та що воно є дієвим і ефективним. Тож незважаючи на існування такої можливості перше преюдиціальне звернення надійшло до Люксембургу лише в 1961 р. вже за Договором про Європейське економічне співтовариство.

Спираючись на цілком слушне висловлювання К. Альтер (К. Alter), що правова інтеграція не полягає суто у винесенні правових рішень, які створюють нову доктрину, але й, що важливіше, у прийнятті цієї юриспруденції національними правовими системами та національними політиками [8, с. 227], можна зробити висновок, що на той момент це був лише початковий етап становлення інтеграційних процесів без їх докорінного проникнення у національну правову реальність.

Процедура звернення до Суду справедливості ЄСВС була також змодельована з національних практик. Так, у французькій правовій системі існує можливість звернення до Державної ради Франції судів загальної юрисдикції щодо нелегітимності рішень органів влади, а загальні суди Німеччини та Італії можуть звертатися із подібними зверненнями та зі зверненнями щодо тлумачення владних рішень до своїх конституційних судів. Тож така модель звернень була вже знайома державам-членам ЄСВС, але на міжнародному рівні вона імплементована вперше саме у Суді справедливості ЄСВС¹.

Запозичення у національної практики Франції щодо конструювання судової влади ЄСВС на цьому не закінчилося. У проект Договору про ЄСВС на пропозицію французької сторони внесено положення щодо інституту Генеральних адвокатів Суду справедливості, функцією яких було винесення незалежних висновків у справі для допомоги суддям. Цей інститут змодельований із інституту державних комісарів (*commissaires du gouvernement*) Державної ради, які так

¹ У подальшому через її ефективність така модель преюдиціальних звернень до Люксембурзького суду була перейнята й іншими міжнародними організаціями. Прикладом може слугувати Рада Європи та Протокол № 16 до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, який засновує механізм звернення договірних сторін, а саме їх національних судів чи трибуналів, із клопотаннями до Європейського суду з прав людини про надання їм консультативних висновків стосовно питань, пов'язаних із тлумаченням та застосуванням прав і свобод, встановлених Конвенцією та її протоколами.

само, як і Генеральні адвокати, у майбутньому вплинули на розвиток практики Державної ради Франції. Як зауважує М. Лагранж (M. Lagrange), ця пропозиція була без заперечень прийнята урядами держав-учасниць переговорів через можливість таким чином реалізувати принцип рівності держав та рівноправного призначення представників від кожної держави-члена [9, с. 132]. Суд складався з одного судді від кожної держави-члена¹, але через те, що існувала заборона парної кількості суддів, було обрано двох суддів з Нідерландів, тож Генеральні адвокати могли вирівняти подібну диспропорцію. Одразу було введено неписаний принцип, що дві посади Генеральних адвокатів завжди закріплюються за Францією та Німеччиною. Можна простежити також дипломатичні методи розподілу посад – Італія не призначала свого Генерального адвоката, але італійський суддя став першим Головою Суду справедливості (М. Пілотті (M. Pilotti)).

На конференції держав-засновниць ЄСВС щодо організаційної структури Співтовариства окремо розглядалося питання можливості існування інституту окремої думки суддів, але більшість представників висловилися проти цього через те, що в їх національних судових практиках, на відміну від міжнародних судів, така можливість відсутня.

Таким чином, увесь процес укладання установчого Договору нагадує про те, що судова влада в ЄСВС була сконструйована за аналогією із національними судами держав-учасниць переговорів, а не за моделлю класичних міжнародних судових установ. Це привнесло унікальні риси у судочинство Співтовариства та механізми наднаціонального судового захисту. Саме тому складно говорити про віднесення і самого ЄСВС, а в подальшому і всього Європейського Союзу до класичної міжнародної організації. Крім того, той факт, що Суд справедливості складався з одного судді від кожної держави-члена, давало змогу виносити рішення у справі на основі цінностей, спільних для усіх шести правових систем.

Отже, у результаті плідного переговорного процесу шістьма державами (Бельгією, Італією, Люксембургом, Нідерландами, Німеччиною, Францією) було засновано Європейське співтовариство з вугілля та сталі (далі – ЄСВС). Це сталося з підписанням 18 квітня 1951 р. Договору про заснування ЄСВС, відомого ще як Паризький договір, який набув чинності 23 липня 1952 р. Дійсно, це не означає, що з цього моменту утворилася європейська ідентичність, адже як говорив Р. Шуман у своїй Декларації: «Європа не буде створена миттєво або відповідно до єдиного плану. Вона буде побудована на основі конкретних досягнень, які в першу чергу *de facto* створюють солідарність» [1]. Так воно і сталося, оскільки створення ЄСПВ було лише початком будівництва теперішньої Європи, яка тримається в тому числі і на юриспруденції Суду ЄС.

Після формування Суду справедливості ЄСВС перед ним постало завдання, встановлене Протоколом щодо Статуту Суду справедливості ЄСВС, доданого до Договору про ЄСВС, а саме – розробити Регламент Суду спра-

¹Цікавим є те, що для призначення на посаду судді не висувалася вимога належності його до національності держави-члена, яка його призначає. Вимоги до кандидата на посаду судді Суду правосуддя були скопійовані із ст. 2 Статуту Міжнародного Суду ООН.

ведливості. Перша справа надійшла до Суду у 1954 р, а у грудні 1954 р. він виніс своє перше рішення [10]. Справа стосувалася скасування рішення Високого керівного органу щодо правил спільної цінової політики (аналіз рішення див.: [11]).

З часу свого заснування Суд одразу зайняв позицію захисника інтересів приватних осіб, що з перших років відрізняло його від класичних міжнародних судових установ [9, с. 134]. Так, уже перші справи Суду, позивачами в яких виступали приватні особи, показали, що приватні особи досить ефективно можуть оскаржувати акти Високого керівного органу ЄСВС [12]. Перша така справа надійшла від люксембурзького об'єднання сталеливарних промисловців та стосувалася вона того факту, що Високий керівний орган відмовився визнати державу-члена такою, що діяла всупереч урядовому рішенню щодо діяльності громадського органу у вугільному секторі. Суд правосуддя ЄСВС встановив, що у такому разі Високий керівний орган зобов'язаний турбуватися про інтереси приватних осіб та має вживати заходів проти неправомірної діяльності держав-членів.

Ще однією важливою рисою новоствореного Суду було те, що він діяв на підставі принципу так званих наданих повноважень. Це означало, що при вирішенні справ Суд мав брати за основу лише прописані у Договорі повноваження інститутів. Виходити за ці рамки було неможливо, тому що це могло бути розтлумачене як зазіхання на суверенні повноваження держав-членів ЄСВС. Цей принцип слугував гарантією для держав, які вирішили набутися членство в новому, інтеграційному форматі міжнародної організації. Дійсно, це відповідало багатьом сподіванням на Суд як на гарантійний механізм стримування інститутів ЄСВС від перебирання повноважень від держав-членів [13, с. 216]. На той момент не існувало амбітних планів щодо створення конституційного правопорядку в межах співтовариства, але в подальшому практика Суду докорінно змінить цю ситуацію.

Деякі дослідники зазначають, що французька делегація, яка вважалася лідером цих переговорів через авторство ініціативи створення Співтовариства, шукала компроміси між тим, щоб створити організацію, під керівництвом котрої перебували б дві визначені галузі промисловості і при цьому не сталося суперцентралізації влади у руках інститутів новоствореного Співтовариства. Німецька ж делегація намагалася внести якнайбільше федеративних рис у правову систему ЄСВС. І хоча позиція Німеччини не була закріплена як вирішальна, але із подальшим розвитком європейської інтеграції ці ідеї дали свої плоди у вигляді так званої конституціоналізації правопорядку Європейського Союзу.

З практики Суду, яка склалася протягом перших років його існування, можна побачити, що хоча обсяг його роботи був невеликим (у перший рік роботи суду до нього було направлено чотири позови, в наступний – десять, і аж до 1958 р. він виносив в середньому по 4 рішення на рік, і лише з 1976 р. він почав виносити понад 100 рішень на рік), але ним вирішувалися досить

важливі питання. Так, усі справи, які подавалися на розгляд Суду, стосувалися оскарження актів Високого керівного органу і дуже рідко Асамблеї (перша справа проти Асамблеї була ініційована після двох років повноцінного функціонування Суду – у 1956 р. [14]).

Висновки. Наступні етапи європейської інтеграції, пов'язані зі створенням у 1958 р. Європейського економічного співтовариства та Європейського співтовариства з атомної енергії, а також у 1994 р. Європейського Союзу, створили унікальну судову систему, яка зараз представлена Судом ЄС, що включає в себе Суд справедливості та Загальний суд. Але Суд справедливості Європейського Співтовариства вугілля та сталі безперечно був їх попередником, який багато в чому визначив вектор розвитку судової практики і ті принципи, які були закладені в основу його діяльності і досі є наріжним каменем функціонування правосуддя в ЄС.

References:

1. Schuman Declaration 9 May 1950. URL: https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_en.
2. Boerger-De Smedt, A. (2008). La Cour de Justice dans les négociations du traité de Paris. *Journal of European Integration History*, Vol. 2, 7–34.
3. Tamm, D. (2013). The History of the Court of Justice of the European Union Since its Origin. The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law / eds. A. Rosas, E. Levits, Y. Bot. Hague: Springer. P. 9–35.
4. Boerger-De Smedt, A. (2012). Negotiating the Foundations of European Law, 1950–57: The Legal History of the Treaties of Paris and Rome. *Contemporary European History*, Vol. 21, No. 3, 339–356.
5. Reuter, P. (1951). Quelques aspects institutionnels du Plan Schuman. *Revue de droit public et de la science politic*, 105–120.
6. Wilson, J. (2008). Jurisconsultes et conseillers de l'Etat: aux origines de l'ordre juridique communautaire. *Journal of European Integration History*, Vol. 14, No. 2, 35–55.
7. Pennera, C. (1995). The Beginnings of the Court of Justice and its Role as a Driving Force of European Integration. *Journal of European Integration History*, Vol. 1, 111–27.
8. Alter, K. (1998). Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration. *The European Courts and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context* / eds. A-M. Slaughter, A. Stone-Sweet, J. Weiler. Oxford: Hart Publishing, 225–250.
9. Lagrange, M. La Cour de justice des Communautés européennes du plan Schuman a l'Union européenne. URL: http://www.cvce.eu/obj/maurice_lagrange_la_cour_de_justice_des_communautes_europeennes_du_plan_schuman_a_l_union_europeenne-fr-30dbbb02-97f2-46ad-898c-49b074cb2ab2.html.
10. Case 1/54 France v High Authority and Case 2/54 Italy v High Authority, on 21 December 1954. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=ecli:ECLI:EU:C:1954:8>.
11. Valentine, D.G. (1957). The First Judgment of the Court of Justice of the European Coal and Steel Community. *Modern Law Review*, Vol. 20, 596–619.
12. Cases 7/54 and 9/54 Groupement des industries Sidéurgiques luxembourgeoises of 23 April 1956. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61954CO0007>.
13. Alter, K.J. (2001). Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe. Oxford: Oxford University Press.
14. Joined cases 7/56, 3/57-7/57, Dineke Algera, Giacomo Cicconardi, Simone Couturaud, Ignazio Genuardi, Fillicie Steichen v Common Assembly. *European Court Reports, 1957–1958*, 39.

Komarova T. V., PhD in Law, Doctoral Researcher of the International Law Department, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: komarova.tetyana.ukr@gmail.com ; ORCID 0000-0002-7663-3264

The Court of Justice of the European Coal and Steel Community as Prototype of the Court of Justice of the EU

The history of the foundation of the Court of Justice of the European Coal and Steel Community, which became the prototype of modern Court of Justice of the European Union, is enshrined. The model, on which the Court was found and factors, which influenced and helped actively formulate the autonomous legal order of future European Union, are analyzed. The author learned the influence of national practice of the States-founders of the European Coal and Steel Community on establishment of the Court's functions as well as of international experience. This influenced on the unique features of Community's judicial system and on the formation of supranational mechanisms of judicial protection.

The author shows that from the beginning of functioning of the Court of Justice of the European Coal and Steel Community it has played the role of defender of private persons' interests and this fact differ the Court from classical international judicial organs. Private persons quite effectively appealed against the decisions of Community institutions and this shows the orientation of new Community not only on States but on people of Europe.

The Court of Justice of the European Coal and Steel Community was not just a formal predecessor of the Court of Justice of the European Union, but it determined the vector of the development of judicial practice and principles which are still form the cornerstone of the functioning of justice in the EU.

Keywords: European Union, Court of Justice of the European Coal and Steel Community; judicial system of the European Union; European integration.

Надійшла до редколегії 15.02.2018 р.



Усманов Юрій Ільдарович,
аспірант кафедри міжнародного права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: yuryusmanov8@gmail.com
ORCID 0000-0001-6297-2583

doi: 10.21564/2414–990x.140.121621
УДК 341.3

МІЖНАРОДНІ МЕХАНІЗМИ ЗАХИСТУ ПРАВА НА ЖИТТЯ В УМОВАХ ЗБРОЙНИХ КОНФЛІКТІВ

Стаття присвячена актуальній на сьогодні темі міжнародних механізмів захисту права на життя під час міжнародного та неміжнародного збройних конфліктів.

Збільшення кількості збройних конфліктів у світі, а з ними й порушень права на життя, зумовлює необхідність узагальнення теорії і практики міжнародних органів, які сприяють та забезпечують захист фундаментального права на життя людини. Саме тому в статті розкриваються, порівнюються й узагальнюються нормативні, теоретичні і практичні інструменти в межах міжнародних механізмів захисту права на життя в умовах воєнних протистоянь.

Ключові слова: механізми захисту права на життя; право на життя; збройні конфлікти; механізми захисту прав людини; право на життя під час збройних конфліктів.

Усманов Ю. И., аспірант кафедри міжнародного права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна, г. Харків.
e-mail: yuryusmanov@gmail.com ; ORCID 0000-0001-6297-2583

Международные механизмы защиты права на жизнь в условиях вооруженных конфликтов

Статья посвящена актуальной на сегодня теме международных механизмов защиты права на жизнь во время международного и немеждународного вооруженных конфликтов.

Увеличение количества вооруженных конфликтов в мире, а с ними и нарушений права на жизнь людей, вызывает необходимость обобщения нормативной теории и практики международных организаций/органов, способствующих и обеспечивающих защиту фундаментального права на жизнь человека. Именно поэтому в статье раскрываются, сравниваются и обобщаются нормативные, теоретические и практические инструменты в рамках международных механизмов защиты права на жизнь в условиях воєнних протистояний.

Ключевые слова: механизмы защиты права на жизнь; право на жизнь; вооруженные конфликты; механизмы защиты прав человека; право на жизнь во время вооруженных конфликтов.

Вступ. За загальною теорією міжнародного права під механізмами захисту прав людини розуміють систему нормативних актів, організацій, органів, установ,

їх правозастосовну практику, міжнародний контроль, які діють у сфері захисту прав людини [1]. Відповідно ті міжнародні механізми, які регламентують і захищають життя людини під час збройних протистоянь, і є механізмами захисту права людини на життя під час міжнародних і неміжнародних збройних конфліктів.

Актуальність теми дослідження зумовлена зростанням кількості збройних протистоянь у світі, фактів масового порушення права на життя людини під час них, що зумовлює необхідність узагальнення нормативної теорії і практики міжнародних органів, які сприяють і забезпечують захист фундаментального права людини на життя під час збройних конфліктів.

Метою статті є розкриття, порівняння і узагальнення нормативних, теоретичних і практичних інструментів у межах міжнародних механізмів захисту права на життя в умовах міжнародного і неміжнародного збройних конфліктів.

Серед основних праць, присвячених окремим питанням у межах цієї проблематики, можна назвати роботи Л. Досвальд-Бек (L. Doswald-Beck), Н. Мельцера (N. Melzer), Е. Давіда (E. David), М. Мілановича (M. Milanovic), Д. Шелтона (D. Shelton), Х. Рассела (Kh. Rassell), Е. Уїк (E. Uik), В. Русинової (V. Rusinova) та ін.

1. Міжнародні інструменти (установчі договори), що створюють механізми захисту права на життя.

Говорячи про міжнародні нормативні акти, які захищають право людини на життя, варто зазначити, що міжнародне право не містить обов'язкової норми щодо паралельного застосування під час збройних конфліктів норм міжнародного гуманітарного права (далі – МГП) та міжнародного права прав людини (далі – МППЛ). Однак, як було вже неодноразово вказано в рішеннях Міжнародного Суду ООН [2], Генеральної Асамблеї [3], Комісії з прав людини ООН [4], міжнародна практика все ж визнає обов'язковість їх одночасного застосування, причому МГП виступає як *lex specialis* по відношенню до МППЛ [5, с. 274].

Саме тому відносини щодо захисту права на життя, які виникають під час збройних конфліктів в зоні ведення бойових дій, регулюються в першу чергу нормами МГП, поширюючи його охорону тільки на підзахисних осіб: поранених, хворих, військовополонених, цивільне населення та осіб, які не беруть або припинили брати безпосередню участь у бойових діях [6, с. 190]. Зокрема, найбільш важливими нормативними актами цієї галузі є: *Женевські конвенції 1949 р. та два Додаткових протоколи до них, Гаазькі конвенції 1907 р., звичаєві норми та ін.* Крім цього, такі відносини регулюються також міжнародними актами в сфері захисту прав людини, зокрема *Загальною декларацією прав людини 1948 р., Міжнародним пактом про громадянські і політичні права (далі – Пакт) від 1966 р. та двома Факультативними протоколами до нього, і регіональними актами: Європейською конвенцією із захисту прав людини та основоположних свобод (далі – ЄКПЛ) 1950 р. та Додатковими протоколами №6 та №13 до ЄКПЛ (якими повністю скасовується смертна кара), контроль за дотриманням якої покладається на Європейський суд з прав людини; Американською конвенцією про права й обов'язки людини або Пакт Сан-Хосе 1969 р. та Додатковим протоколом про права людини до неї щодо заборони смертної кари, контроль за дотриманням*

якої здійснює Міжамериканський суд з прав людини (далі – МАСПЛ); *Африканською хартією прав людини і народів від 1981 р.*, дотримання якої забезпечує Африканський суд з прав людини і народів (АСПЛ); *Арабською хартією прав людини 2008 р.*, виконання якої забезпечується діяльністю Арабського комітету з прав людини тощо.

2. Міжнародні органи та їх практика в сфері захисту права на життя людини під час збройних конфліктів.

Якщо казати про сучасну практику застосування міжнародних актів у сфері захисту права на життя під час збройних конфліктів, то найбільш різносторонньо, широко і ґрунтовно вона представлена в діяльності чотирьох діючих міжнародних органів: *Комітету ООН з прав людини, Африканської комісії з прав людини і народів, Міжамериканського суду з прав людини та Європейського суду з прав людини*. Тому в цій роботі найбільш проблемні питання, які виникають під час збройних конфліктів і які відносяться до правомірності застосування сили щодо осіб, які воюють, правомірності загибелі цивільних осіб під час нападу на військові цілі (супутня шкода), запобіжні заходи, які повинні здійснювати держави при використанні летальної сили, обов'язок держав розслідувати кожний випадок смерті осіб, будуть розглянуті у світлі практики вищезазначених органів.

2.1. Комітет ООН з прав людини.

Позиція і концептуальні засади Комітету ООН з прав людини щодо права на життя під час збройного конфлікту яскраво представлена рішенням у справі «Subrez de Guerrero v. Colombia» від 31.03.1982 р., яке зробило значний внесок у розвиток правового регулювання в цій сфері, та зауваженнями щодо доповідей Ізраїлю у 2003 і 2010 роках.

А) Обов'язок застосовувати право прав людини під час збройного протистояння

Квінтесенцією справи «Subrez de Guerrero v. Colombia» є те, що під час збройного протистояння між урядом Колумбії та іншими антиурядовими збройними угрупованнями, в тому числі ФАРК (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC), у квітні 1978 р. з метою начебто звільнення захопленого колишнього посла Колумбії у Франції підрозділ поліції вторгся в будинок підозрюваних осіб. Нікого не знайшовши там, цей підрозділ почав чекати на повернення ймовірних злочинців. Коли такі особи з'явились, поліцейські без попередження відкрили по них вогонь, тим самим позбавивши життя багатьох осіб.

Незважаючи на те, що уряд Колумбії наполягав на тому, що в країні діяв стан «облоги» (при цьому не вказуючи на наявність НМЗК і застосування МПП) і поліцейські сили правомірно застосовували летальну силу до осіб, які начебто були членами збройних груп (ФАРК), попередивши при цьому Генерального Секретаря ООН про відступ від положень Пакту, Комітет, утримуючись від кваліфікації ситуації як НМЗК, робить наступні висновки:

По-перше, відступ від права на життя за ст.6 Пакту не допускається в жодному випадку, а тому до, по суті, спланованої поліцейської операції правомірно

застосовувати критерії необхідності і пропорційності, які застосовуються в мирний час. Як зазначає з цього приводу проф. Русинова, ця ситуація з позиції МГП важко кваліфікується як НМЗК або як окремий спорадичний акт насильства, адже місце, де відбувалися події (м. Богота) було під урядовим контролем і не знаходилося в зоні конфлікту, з іншого боку, – такі події явно відбувалися під час збройного протистояння. Саме тому варто відмітити відсутність чіткої позиції Комітету щодо кваліфікації цієї ситуації як збройного конфлікту і відповідно незастосування в цьому випадку норм МГП [7, с. 266].

По-друге, Комітет відповідно, застосовуючи право прав людини, встановив, що поліція навмисно позбавила життя декількох осіб, адже вони застосували летальну силу без попередження жертв, без надання їм можливості здатися або дати будь-які пояснення їх знаходження на визначеному місці, отже, були відсутні будь-які докази того, що поліцейські застосували зброю з метою захисту свого життя, життя інших осіб або через намагання арештувати чи зупинити втечу таких осіб. А тому Комітет прийшов до висновку, що дії поліції із застосуванням летальної сили без спроби арешту осіб були непропорційними, а відтак було довільне позбавлення права на життя, що свідчить про порушення ст. 6 Пакту (Para. 13.3).

Б) Вичерпання всіх нелетальних засобів перед зверненням до летальної сили під час збройних конфліктів

Неоднозначна також практика Комітету ООН з прав людини, яку він узагальнив у зауваженнях щодо доповідей по Ізраїлю у 2003 і 2010 роках. У зауваженні 2003 р. йдеться про занепокоєність Комітету діями уряду Ізраїлю щодо цільових вбивств на окупованій палестинській території осіб, які підозрюються у вчиненні терористичних актів (Para.15). У своє виправдання уряд Ізраїлю відповів, що згідно з положеннями МГП збройні сили Ізраїлю не порушують принцип пропорційності та застосовують летальну силу виключно до осіб, які беруть безпосередню участь у збройному конфлікті. На що Комітет ООН рекомендував, непрямо посилаючись на наявність збройного конфлікту, *«перед зверненням до летальної сили обов'язково вичерпувати всі спроби арешту осіб, які підозрюються у вчиненні терористичних актів»*. Таку ж позицію Комітет висловив і в заключних зауваженнях щодо Ізраїлю у 2010 р. (Para. 10). Таким чином, як зазначає проф. Русинова, Комітет не проводив відмінностей здійснення цільових убивств під час збройного конфлікту та в мирний час, застосовуючи тільки критерій «абсолютної необхідності» і «пропорційності», які діють в мирний час [7, с. 267].

В) Обов'язок держав розслідувати кожний випадок смерті

Як зазначає др. Досвальд-Бек (Doswald-Beck L.), Комітет ООН з прав людини у справі *«Hernandez v Philippines»* також констатував порушення права на життя через те, що протягом восьми років після вбивства правозахисників військовими формуваннями під час повстання на Філіппінах ніхто не був притягнутий до відповідальності. Комітетом було встановлено, що судові процедури під час розгляду справи в національному суді не були «ефективними

та дієвими» [10, с. 184]. А у своїх зауваженнях загального характеру Комітет ООН з прав людини наголосив, що є «загальне зобов'язання розслідувати заяви про кожне застосування летальної сили оперативно, ретельно і ефективно через незалежні та неупереджені органи» [11, пара. 15]. Спеціальний доповідач з позасудових, сумарних і довільних покарань також підтримує цей підхід, наголошуючи при цьому на необхідності проводити розслідування в контексті саме права на життя [12, пара. 35].

Що ж до обов'язку розслідування кожного факту застосування летальної сили, то варто зазначити, що хоча жодний міжнародний акт не встановлює за державою обов'язок такого розслідування, однак ЄСПЛ, МАСПЛ, АКПЛ, Комітет ООН з прав людини у своїй практиці неодноразово наголошували на такому обов'язку навіть під час збройного конфлікту [10, с. 184]. У той же час було б необачно вважати, що в розпал воєнних зіткнень таке розслідування можливе за кожним фактом позбавлення життя, однак формальні причини, тим паче коли є заява про порушення, не повинні ставати на перешкоді розслідуванню, інакше це буде зневажанням і порушенням права на життя.

2.2. Африканський суд та Африканська комісія з прав людини і народів.

Практика Африканського суду та Африканської комісії з прав людини і народів також включає в себе розгляд справ, які стосувалися питань права на життя під час збройних конфліктів. Ключові питання з цього приводу можна звести до наступних положень.

А) Обов'язок держави захищати право на життя

Комісія у справі «Commission nationale des droits de l'Homme et des libertés v. Chad» визнала порушенням, у тому числі права на життя, ситуацію, за якої під час громадянської війни в Чаді держава не виконала свої позитивні зобов'язання з підтримки безпеки, свободи і розслідування кожного факту правопорушення і допустила знищення, тортури і вбивства фізичних осіб, навіть коли не було доказано, що такі правопорушення здійснювалися державними збройними силами (para. 14).

Схожий висновок був також зроблений Коміцією у справі «Sudan Human Rights Organisation & Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. Sudan» щодо вбивств повстанців у Дарфурі, де було сказано, що держава пов'язана обов'язком здійснювати превентивні заходи із захисту індивідів, чий життя під загрозою злочинних дій інших індивідів; держава має подвійні обов'язки поважати право на життя, не порушуючи його, а також захищати таке право, захищаючи осіб, які перебувають в її юрисдикції від недержавних акторів (para. 147–148).

Б) Обов'язок держав розслідувати кожний випадок смерті

У справі «Commission nationale des droits de l'Homme et des libertés v. Chad» Комісія також підкреслила обов'язок держави розслідувати кожний випадок застосування летальної сили під час збройного конфлікту, відхиливши аргумент Уряду Чаду про те, що розслідування застосування летальної сили було недоречним в ситуації громадянської війни (para. 22).

Але наявність обов'язку держав проводити розслідування не означає реального проведення такого розслідування в кожному випадку. Саме з цього приводу Африканська комісія з прав людини і народів у справі «Amnesty International et al v. Sudan» зазначила, що розслідування, проведені урядом, є позитивним кроком, але їхній масштаб та глибина недостатня для запобігання та покарання позасудових страт. У цій справі Комісія підкреслила факт порушення, що розслідування проводилось поліцією та органами безпеки, незважаючи на те, що вони могли бути причетними до вчинених вбивств, саме тому у них не було необхідної безсторонності та незалежності (para. 51).

2.3. Міжамериканська комісія і Міжамериканський суд з прав людини.

Практика Міжамериканської комісії і Міжамериканського суду з прав людини також включає випадки застосування права на життя під час збройного конфлікту і може бути зведена до такого.

А) Обов'язок застосовувати МГП та право прав людини

У справі «Juan Carlos Abella v. Argentina» («Справа Таблада») Міжамериканська комісія виправдала використання сили по відношенню до нападників на воєнну базу, застосувавши напряду норми МГП, а тому, як вказала Комісія, «...за відсутності достатніх доказів того, що представники держави використовували протиправні методи і засоби ведення війни»...«вбивство і поранення нападників до припинення воєнних дій 24.01.1989 р. було правомірним і не порушувало ані Американську конвенцію, ані правил МГП» (para. 177–178), адже ««цивільні особи ... які здійснили напад на базу Таблада ... діючи поодиночі або в складі групи, можуть бути об'єктами прямого нападу так само, як і комбатанти», і не користуються перевагами принципу пропорційності і обов'язками вживати заходів обережності (Para. 178). Далі Комісія, застосовуючи напряду норми МГП (до міжнародного збройного конфлікту) [7, с. 276], вказала, що тільки сторонні свідки з числа цивільних осіб і нападники, які здалися, могли користуватися правом на життя.

Водночас у справі «Jose Guerrero and Others v. Colombia» Комісія знову ж таки, прямо посилаючись на норми МГП, зазначила, що розправа урядових збройних сил над жителями селища Пуерто-Лерас 3.01.1994 р. є порушенням принципу розмежування цивільних осіб від учасників бойових дій, відповідно, урядові сили порушили норми Американської конвенції і ст. 3 спільної для всіх Женевських конвенцій 1949 р. (para. 43).

Таким чином, Комісія у своїх рішеннях вказує на обов'язковість застосування під час збройних конфліктів як норм МГП, так і МППЛ для захисту права на життя. У той же час у своїй доповіді «Report on Terrorism and Human Rights» Міжамериканська комісія вказала, що «межі права на життя можуть змінюватися в контексті збройного конфлікту, але заборона довільного позбавлення життя є абсолютною» (para. 86). Але виходячи з того, що в Американській конвенції, на відміну від Європейської, не вказані підстави правомірного позбавлення права на життя, можна дійти висновку, що критерії «довільного» позбавлення права на життя Міжамериканська комісія бере лише з положень норм МГП.

Як зазначає проф. В.Русинова з цього приводу, не існує жодного рішення Міжамериканської комісії або Суду, в якому б вони могли продемонструвати, що при тлумаченні довільного позбавлення права на життя ці органи не йдуть далі положень МГП, на відміну від ЄСПЛ або Комітету ООН з прав людини, які застосовують у таких ситуаціях, і положення МППЛ [7, с. 294].

Б) Обов'язок держави захищати право на життя

У справі «The Pueblo Bello Massacre v Colombia» Міжамериканська комісія вказала на порушення права на життя з боку держави через те, що уряд не забезпечив безпеку громадян в умовах оголошеної надзвичайної ситуації під час збройного конфлікту між урядом та повстанцями, результатом чого було вчинення масових викрадень та знищення людей з боку озброєних т.з. «груп самооборони», створення яких начебто підтримувалось державою задля боротьби з повстанцями, які пізніше стали масово вчиняти кримінальні злочини, внаслідок чого були ліквідовані. Міжамериканська комісія відхилила аргумент уряду про те, що вони не могли забезпечити безпеку людей у зоні зіткнення через те, що урядові війська боролися з повстанцями, адже держава є відповідальною за дії воєнних груп у тій мірі, в якій вона не прийняла достатніх заходів задля захисту життя цивільного населення (para. 139–140).

В) Обов'язок держав розслідувати кожний випадок смерті

У справі «Montero-Aranguran and others (Detention Center of Catia) v. Venezuela» Міжамериканський суд підкреслив, що «в результаті дослідження того, що члени сил безпеки використали вогнепальну зброю, яка спричинила смертельні наслідки, держава повинна негайно розпочати розслідування» (para. 79). А вже у справі «Mugna Mack Chang v. Guatemala» Комісія наголосила, що розслідування повинне бути ефективне з метою притягнення винних осіб до відповідальності (para.112). Схоже рішення також було у справі «Juan Humberto Sanchez v Honduras» (para. 109–111).

Важливо також підкреслити, як зазначає Луїза Досвальд-Бек (Dowald-Beck L.), значну кількість справ з приводу права на життя під час збройних конфліктів, які розглядав Суд, суть яких зводилася до того, що якщо особу останній раз бачили в руках урядових збройних сил, але потім таку особу знаходять мертвою або така особа безвісти зникає (у цих ситуаціях Суд застосовує презумпцію «смерті особи»), за таких обставин Суд перекладає тягар доказування непричетності до смерті особи на державу, причому у разі відсутності подібних доказів з її боку Суд визнає порушення права на життя з боку самої держави. Тобто Комісія допускала ситуацію, коли з мовчазної згоди держави урядовими військовими, агентами порушувалося право на життя інших осіб [10, с. 231].

Відтак у справі «Bámaca Velásquez v Guatemala» Суд дійшов висновку, що командир партизанів, який зник і був відсутній протягом 8 років і 8 місяців, був страчений. Аргумент Суду полягав в тому, що примусове зникнення часто трапляється через позасудову страту і знищення тіла з метою знищення доказів та ухилення від відповідальності. Сприяння та причетність держави до примусового зникнення людей може бути доведена або непрямыми доказами та/або логічними

висновками. Схожий висновок був зроблений і у справі «Velásquez Rodriguez v Honduras» (para. 182, 188) та «Godínez Cruz v Honduras» (para. 155, 198).

2.4. Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ).

Варто зазначити, що ЄКПЛ, на основі якої діє ЄСПЛ, на відміну від інших міжнародних договорів, які закріплюють право на життя та встановлюють заборону свавільного його позбавлення, зазначає конкретні випадки, коли такого права людину правомірно може бути позбавлено, а саме: при захисті від насильства іншої людини, при арешті або втечі особи з місць тримання під вартою, у разі придушення повстання чи заворушення (ст. 2), а також при правомірному виконанні смертельного вироку, який винесений судом у належному порядку, та у результаті правомірних воєнних дій (ст. 15) [23; с. 148].

Але, як підкреслює Досвальд-Бек (Doswald-Beck L.), М. Міланович (Milanovic M.) [13, с. 8], ЄСПЛ жодного разу у своїй практиці не застосовував підставу відступу від права на життя «через правомірні воєнні дії», яка закріплена в ст. 15 ЄКПЛ, не дивлячись на те, що всі передумови для цього були, наприклад, в Туреччині під час окупації Північного Кіпру [14, с. 883]. У той же час у «чеченських» («Isyaeva v. Russia», «Esmukhambetov and Others v. Russia») чи «турецьких» («Ergi v. Turkey», «Özkan and others v. Turkey») справах, де держави виправдовують застосування сили пунктами «а» – «b» п. 2 ст. 2 ЄКПЛ (*захист від насильства іншої людини, арешт або втеча особи з місць тримання під вартою*), а не пунктом «с» (*зادля придушення повстання чи заворушення*), Суд, застосовуючи Другий Додатковий протокол до Женевських конвенцій 1949 р., і явно кваліфікуючи існуючу на той момент ситуацію в Чечні і Туреччині як збройний конфлікт неміжнародного характеру (НМЗК), підтверджує коректність застосування п.п. «а» і «b» ст. 2 ЄКПЛ. Як вказує з цього приводу проф. Русинова, такий хід Суду дозволяє йому стояти на тій позиції, що дії, які можуть бути абсолютно необхідні і пропорційні меті придушення повстання або заворушення, не обов'язково є необхідними і пропорційними для досягнення мети припинення насильства або затримання особи. Саме через цей критерій Суд визначає чи правомірно була застосована летальна сила, тим самим застосовуючи власні унікальні підходи та позиції, що вироблені ним у ситуаціях мирного життя, і до ситуацій під час збройного конфлікту, беручи до уваги критерії (тест) пропорційності застосування сили до різних цілей у кожній окремій ситуації, не зв'язуючи себе кваліфікацією подій з боку сторін спору [7, с. 271].

Як зазначає Русинова, ЄСПЛ у своїй практиці щодо застосування летальної сили та визначення обов'язків держав, беручи до уваги міжнародне право прав людини (МППЛ), все ж більше спирається на МГП, але прямо його не згадує. Проаналізувавши практику ЄСПЛ, вчена виводить три групи обов'язків сторін щодо застосування сили під час збройного конфлікту: **1) обов'язки, що закріплені в МГП щодо вибору засобів і методів війни**, до яких можна віднести: *заборону використання зброї невибіркової дії* [15], *обов'язок припинити операції у разі можливості нанесення непропорційних жертв серед цивільних* (Пункт 2 (b) ст. 57 ДП I), *обов'язок перевірки воєнних цілей* [16], *обов'язок*

здійснення попередження населення перед нападом [17] тощо; **2) обов'язки, які виводяться шляхом тлумачення з норм МГП щодо заходів обережності: дотримання принципу пропорційності, заборони використання живих щитів [18], обов'язок уникати проведення воєнних операцій у жилих районах [19] тощо («Ergi v. Turkey» (para. 79), вчинення всіх «практично можливих» дій з ідентифікації об'єктів нападу («Ісаєва проти Росії» (para. 196), «Ісаєва та інші проти Росії» (para. 187–188); **3) обов'язки, які виводяться і не закріплені в нормах МГП, МППЛ щодо попередження втрат серед цивільного населення: обов'язок попередження про напад, який ініціюється самою стороною конфлікту, а не про напад противника [17], обов'язок здійснення евакуації населення перед нападом [17], обов'язок розробки законодавчої бази із застосування летальної сили з боку держави в будь-якому випадку застосування сили [20; 7, с. 285–289].****

Щодо захисту права на життя, то показовими в цій сфері є дві справи «Ergi v. Turkey» та «Ahmed Özcan v. Turkey», які стосувались смерті людей під час збройного протистояння між державою і Робочою партією Курдистану (РПК), в яких ЄСПЛ визнав порушення права на життя.

У першому випадку під час проведення воєнної операції збройні сили уряду Туреччини обстріляли житловий район, у результаті чого була вбита сестра заявника, яка в цей момент вийшла на балкон свого будинку. Щодо цього факту у першій справі Суд дійшов висновку про порушення права на життя через проведення урядом воєнної операції в густонаселеному районі без сповіщення про це населення, невжиття заходів обережності задля мінімізації супутньої шкоди, ненадання державою інформації щодо планування та підготовки до цієї операції (para. 80, 81).

У другій справі доведено, що загинула сестра заявника через те, що в її будинок потрапив снаряд. Суд також визнав порушення права на життя через недодержання державою своїх позитивних зобов'язань у частині неприйняття заходів із з'ясування, чи була нанесена будь-яка шкода цивільному населенню після вибуху снаряда.

У обох випадках у світлі МППЛ Суд вказав на порушення позитивних зобов'язань з боку держави щодо планування, підготовки операції, відсутності розслідування, а не негативних, акцентуючи увагу на допустимості смерті в нашому випадку однієї особи. З цього випливає, що супутня шкода, тобто неминуча і неавмисна шкода цивільному населенню та об'єктам під час проведення воєнного нападу на правомірну воєнну ціль [24, с. 14] допускається як МГП, так і МППЛ. Якщо ж оцінювати подібні справи з позиції МГП, то у справі «Ergi v. Turkey» Суд зазначив, що порушення складається не стільки в тому, що загинула одна людина, а в небезпеці в цілому, якої зазнали жителі населеного пункту. У той же час у п. 5 (b) ст. 51, п. 2 (a) (iii), (b) ст. 57 ДП I до Женевських конвенцій 1949 р. зазначено, що заборонений напад, який «як можна очікувати» може завдати втрати цивільному населенню. Однак за Римським статутом саме реальна шкода, а не гіпотетична враховується при кваліфікації діяння як воєнного злочину (Пункт b (iv) ч. 2 ст. 8 Римського статуту МКС).

Важливо також підкреслити акцент у справі «Özcan v. Turkey», де було зазначено, що за нормами МГП сторони зобов'язані не тільки надавати допомогу пораненим, але й здійснювати заходи для їх пошуку, а з огляду на той факт, що подібний пошук жертв не був здійснений, то дії урядових сил в обох справах є порушенням норм МГП [7, с. 282–283].

Крім вищезазначених обов'язків, у своїх рішеннях ЄСПЛ торкався й інших, зокрема:

А) Обов'язок держави захищати право на життя

У відомій справі «Kiliz v Turkey», в якій Килич був журналістом, який вимагав забезпечення свого захисту у зв'язку з погрозами в його адресу, напруженою ситуацією в регіоні, Суд підкреслив, що державі було відомо про випадки здійснення погроз, нападів, вбивств журналістів, тому ризик життю Киличу був реальним та безпосереднім, а тому Туреччина визнавалася винною у порушенні ст. 2 ЄКПЛ, свого позитивного зобов'язання із захисту права на життя людей через нежиття превентивних заходів щодо охорони права на життя Килича, які б допомогли уникнути небезпеки (para. 62–63).

Б) Обов'язок держав розслідувати кожний випадок смерті

У резонансній справі «Kaça v Turkey» Суд наголосив, що аргумент уряду щодо неможливості проведення розслідування смерті під час збройного конфлікту не може бути взято до уваги. Суд підкреслив, що «ані велике число озброєних зіткнень, ані значна кількість нещасних випадків не можуть змусити відмовитися від передбаченого ст. 2 обов'язку забезпечити проведення дієвого і незалежного розслідування причин і обставин випадків позбавлення життя в результаті зіткнення зі співробітниками сил безпеки, особливо, коли обставини справи є у багатьох відношеннях неясними» (para. 91).

Схожа позиція Суду була у раніше згадуваній справі «Varnava and others v Turkey», де Європейський суд наголошував на «процесуальному зобов'язанні Туреччини, згідно зі статтею 2 ЄКПЛ, щодо розслідування незаконних або підозрілих смертей» (para. 147) та інших справах, де було визнано порушення державою права на життя людини через непроведення розслідування кожного випадку смерті (22).

Висновок. Підсумовуючи і узагальнюючи міжнародні і регіональні норми, практику основних міжнародних механізмів щодо захисту права на життя під час збройних конфліктів, варто відмітити спільні для всіх них ознаки, які проявляються в загальних процесах конвергенції норм МГП та МППЛ, створенням єдиного масиву правил під час МЗК, НМЗК та в мирний час, які можемо побачити в практиці ЄСПЛ, МАСПЛ, АСПЛ, Комітету ООН з прав людини на прикладах застосування спільного комплексного тесту щодо принципу «абсолютної необхідності», пропорційності, необхідності арешту особи перед застосуванням до неї летальної сили, обов'язку розслідування кожного випадку смерті тощо, які донедавна існували лише в межах МППЛ, а зараз застосовуються і до збройних конфліктів. У той же час кожний механізм має певні особливості, які дозволяють розширити нормативні обов'язки сторін конфлікту та зміцнити захист права на життя. Зокрема, МАКПЛ, на відміну від інших механізмів, є єдиним органом,

який у своїй практиці прямо застосовує норми МГП як безпосередньо, так і для тлумачення самої Конвенції, у той же час ЄСПЛ, який є взірцем для інших механізмів і який має найбільшу та найширшу практику із захисту права на життя, не застосовує напряду норми МГП, лише згадуючи окремі його положення, що і є, як зазначає Русінова, головним досягненням Суду, який таким чином вносить у загальний тест перевірки правомірності позбавлення права на життя два суттєвих елементи: обов'язок оцінки застосування летальної сили в кожній окремій ситуації, а не загального контексту, а також обов'язкове застосування строгого тесту на пропорційність та абсолютну необхідність позбавлення життя людини під час збройного конфлікту [7, с. 275], що свідчить про бажання Суду підвищити охорону права на життя як фундаментального права кожної людини.

References:

1. Trester, Y. (2013). International mechanisms of protection children`s rights. LLC “DKS-center”. URL: <http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=632>.
2. Legality of the threat or use of nuclear weapons. (1966). Para. 25. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>; Legal consequences of the construction of a wall in the occupied palestinian territory. (2004). Para. 106. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf>.
3. United Nations GA Resolution «Human Rights in Armed Conflicts» №2444 (XXIII). (1968); Resolution of United Nations Security Council S/ Res/1952. (2005).
4. Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies. *HRI/GEN/1/Rev. 7, 280–287*. URL: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=FhOD6sgqgzAhFXD9F%2feKaEJI2%2fxgoMstRAco6nVCah%2bsuEZWG0anjLBrhZ08UuAa%2fRfc9fMnCMfx6qtzevJAhILJbeQkTzWFgC86MNAzQ3DTzIFwny01hhS0fgBKpb>.
5. David, E. (2011). Principles de droit des conflits armés. ICRC. URL: <https://www.icrc.org/rus/resources/documents/publication/eric-david-principles.htm>.
6. Usmanov, I. (2017). International legal regulation of the restriction of the right to life in armed conflicts. *“National Law Journal: Theory And Practice”*, L.L.C. URL: <http://www.jurnaluljuridic.in.ua/archive/2017/4/2017-4.pdf>.
7. Rusinova, V. (2015). Human rights in armed conflict: the ratio of the norms of international humanitarian law and international human rights law. PhD dissertation (International Law), Moscow.
8. HRCmt, Concluding Observations, Israel. (21 August 2003). Human Rights Committee. URL: [https://www.adalah.org/uploads/oldfiles/upfiles/ConcludingObservations/HRC-Concluding%20Observations%20\(2003\).pdf](https://www.adalah.org/uploads/oldfiles/upfiles/ConcludingObservations/HRC-Concluding%20Observations%20(2003).pdf).
9. HRCmt, Concluding Observations, Israel, CCPR/C/ISR/CO/3. (3 September 2010). URL: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ik2KS7WyQxQJ:www.2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.ISR.CO.3.doc+&cd=1&hl=ru&ct=clnk&gl=ua>
10. Doswald-Beck, L. (2011). Human Rights in Times of Conflict and Terrorism. *Oxford Scholarly Authorities on International Law*. URL: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law/9780199578931.001.0001/law-9780199578931-chapter-7#law-9780199578931-note-981>
11. HRCte, General Comment 31, ‘Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant’. (26 May 2004).
12. HRCCom Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, summary or arbitrary executions, UN Doc E/CN.4/2006/53. (8 March 2006).
13. Milanovic, M. (2016). Extraterritorial Derogations from Human Rights Treaties in Armed Conflict. Oxford University Press. URL: <https://global.oup.com/academic/product/the-frontiers-of-human-rights-9780198769279>.
14. Doswald-Beck, L. (2006). «The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?». URL: https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_864_doswald-beck.pdf.

15. ECHR, *Isyaeva v. Russia*, para. 191; ECHR, *Esmukhambetov and Others v. Russia*, paras. 149–150; para. 4, 5 art. 51 AP I to Geneva Conventions.
16. ECHR, *Isyaeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, paras. 187–188.
17. ECHR, *Isyaeva v. Russia*, para. 187; п. 2 (c) art. 57 AP I to Geneva Conventions.
18. Para. 2 (a) (iii), 2 (b) art. 57, para. 7, 8 art. 51 AP I to Geneva Conventions.
19. ECHR, *Ergi v. Turkey*, 40/1993/435/514, Council of Europe: European Court of Human Rights, 28 July 1998.
20. ECHR, *Makaratzis v. Greece*, paras. 57–59; *Nachova and Others v. Bulgaria*, para. 96. 884 *Makaratzis v. Greece*, para. 58. 885 *Nachova and Others v. Bulgaria*, para. 97.
21. Melzer N. (2008). Oxford: Oxford University Press. Targeted Killing in International Law. URL: <http://www.ejil.org/pdfs/20/2/1808.pdf>.
22. ECtHR cases: *Timurtas v Turkey* Judgment, 25 May 1998, §§ 87–90; *Tas v Turkey* Judgment, 14 November 2000, §§ 68–72; *Akdeniz and others v Turkey* Judgment, 31 May 2001, §§ 90–93; *Bazorkina v Russia* Judgment, 6 July 2006, § 125, *Baysayeva v Russia* Judgment, 5 April 2007, §§ 126–130.
23. Usmanov, I. (2016). Genesis of the right to life as the peremptory norm of international law. *Naukoviy visnik UzhNU. Seriya «Pravo»*, 39. URL: http://www.visnyk-juris.uzhnu.uz.ua/file/No.39/part_2/35.pdf.
24. Operational Law Handbook (2015). International and Operational Law Department The Judge Advocate General's Legal Center and School Charlottesville. URL: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/operational-law-handbook_2015.pdf.

Usmanov Y. I., PhD Student of the International Law Department of Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: yuryusmanov@gmail.com ; ORCID 0000-0001-6297-2583

International mechanisms for the protection of the right to life in armed conflicts

The article is devoted to the actual topic of international mechanisms for the protection of the right to life in international and non-international armed conflicts.

The increase in the number of armed conflicts in the world and, with them, violations of the right to life of the people, necessitates a generalization of the normative theory and practice of international bodies that promote and protect the fundamental right to life. That is why the article reveals, compares and generalizes the normative, theoretical and practical tools within the international mechanisms of protecting the right to life in conditions of military confrontation.

The regulatory framework of the article is based on the IHL, in particular: the Geneva Conventions (1949) and the two Additional Protocols thereto, the Hague Conventions (1907), customary norms, etc., as well as international human rights instruments, in particular: the Universal Declaration of Human Rights (1948), The International Covenant on Civil and Political Rights (1966) and the two Optional Protocols thereto, and regional acts: the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950), the American Convention on Human Rights (1969), the African Charter on Human and Peoples' Rights (1981), the Arab Charter on Human Rights (2008), etc.

The most problematic issues in the article that arise during armed conflicts and which relate to the lawful use of force against warriors, the lawfulness of the deaths of civilians during an attack on military purposes (collateral damage), precautionary measures, which must be taken by States using lethal force, the obligation of States to investigate every death case, etc. will be considered in the light of the activities of the UN Human Rights Committee, the African Commission on Human and Peoples' Rights, the Inter-American Court of Human Rights and European Court of Human Rights, whose practice in this area is represented the most versatile, widely and thoroughly.

Keywords: mechanisms for the protection of the right to life; right to life; armed conflicts; mechanisms for the protection human rights; right to life in armed conflicts.

Надійшла до редколегії 23.01.2018 р.

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА



Бурова Ольга Кузьмівна,
доктор філософських наук, професор,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: culture@nulai.edu.ua
ORCID 0000-0001-9270-9487

doi: 10.21564/2414–990x.140.125992
УДК 340.12:17.037(091)

ПРАВОВИЙ НІГІЛІЗМ. ПОШУК ЗАСАД У ВІТЧИЗНЯНІЙ ІСТОРІЇ

Статтю присвячено з'ясуванню джерел правового нігілізму у вітчизняній історії, що були пов'язані з особливостями історичного минулого (перша третина ХХ ст.). Вони змінили соціальний стан людини і її ставлення до права.

Явища українського сьогодення здебільшого наслідують минуле і ним пояснюються. Зроблено спробу зрозуміти шляхи зміни status quo.

Ключові слова: право; правовий нігілізм; соціальна якість людини; індустріальний новобранець; праворозуміння; юридична безкарність; правосвідомість; правова держава.

Бурова О. К., доктор философских наук, профессор, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: culture@nulai.edu.ua ; ORCID 0000-0001-9270-9487

Правовой нигилизм. Поиск оснований в отечественной истории

Статья посвящена выявлению истоков правового нигилизма в отечественной истории, связанных с особенностями исторического прошлого (первая треть ХХ в.). Они изменили социальное состояние человека и его отношение к праву.

Показано, что события украинского настоящего во многом наследуют прошлое и им объясняются. Делается попытка осмыслить пути изменения status quo.

Ключевые слова: право; правовой нигилизм; социальное качество человека; индустриальный новобранец; правопонимание; юридическая безнаказанность; правосознание; правовое государство.

Ніколи не слід вичерпувати предмет до такої міри,
що вже нічого не залишається на долю читача.
Справа не в тому, щоб змусити його читати,
а в тому, щоб примусити його думати.
Ш. де Монтеск'є

Вступ. Спроба зрозуміти щось негативне може розглядатися як спосіб його подолання. Констатація правового нігілізму посіла загальне місце у характеристиці status quo суспільної свідомості. І це стосується всіх без винятку соціальних акторів.

Існує багато векторів пошуку причин цього явища. Найбільш глибинним, а отже, багато в чому домінуючим, є дослідження соціальної якості людини, шлях установлення цієї якості, який призвів, незважаючи на декларовані зусилля з побудови та функціонування правової держави, до вельми сумних наслідків. Кожний, хто тверезо розмірковує в даному напрямі, може навести чимало прикладів. Події, які сколихнули незалежну Україну, оголюють ті людські і правові прогалини, які, безумовно, є наслідком минулого. Без неупереджених, навіть, можливо, жорстких розвідок витоків сьогоденного соціального стану людини та її ставлення до права складно сподіватися на зміну ситуації хоча б у «середній» перспективі.

Саме створений історичним минулим соціальний портрет сучасника набув такого рівня морально-правової проблемності, що, незважаючи на достатні фахові якості багатьох українців, держава вимушена запрошувати іноземців задля вирішення накопичених роками задач з реформування соціальних відносин і самого життя в Україні.

Події в нашій державі змінюються з такою швидкістю, що виникає спокуса відкривати у окресленій темі все нові й нові обрії. Але це не найкращий шлях. Тому обмежимося питанням джерел правового нігілізму і пов'язаною з ним не менш пекучою проблемою соціальної якості сучасних українців. У цьому сенсі надивовижу актуальною постає серйозна праця Е. Ю. Соловйова (Е. І. Soloviov), що побачила світ ще у 1990 р., – «Правовий нігілізм і гуманістичний сенс права» [Див.: 1, с. 162–235]. Саме вона і визначила лінію цього дослідження.

Мета публікації. Мої роздуми спровоковані цією різноплановою працею і зорієнтовані на тих, хто цікавиться стрижневою ідеєю ролі соціальної якості людини у правовій регуляції суспільства. Поділяю думку багатьох дослідників (А. Бутенко (А. Butenko), Е. Соловйов (Е. Soloviov), В. Межуєв (V. Mezhuiev) та ін.), що основою сучасного соціального стану людини та її ставлення до права є сталінізм. Він минув як режим, але цілком панує в розумових звичках, економічній поведінці, ставленні до керівництва, до себе, до громадянства, до відповідальності, народу, чесної праці, права, особистості тощо. Склалися такі форми буття свідомості, які з неймовірним завзяттям відштовхують усі раціонально-критичні докази – своєрідний «маскульт» у цій сфері.

Постає питання: що саме з минулого вплинуло на наше сучасне праворозуміння? Тут варто зазначити кілька моментів. По-перше, у масовій свідомості 20–30-х років ХХ ст. право вважалось вимушеним запозиченням з колишніх експлуататорських соціальних систем, переобтяженим збитковістю, або, принаймні, неповноцінністю у справі регулювання соціального життя. По-друге, гуманістичний сенс правової норми повністю заперечувався. Йдеться про неодмінний зв'язок права із захистом особистісної незалежності (майнової, трудової, громадянської, віросповідальної, творчої та ін.). Цей зв'язок вважався несуттєвим. І, по-третє, набув поширення соціальний і політичний патерналізм. Влада цілком вільно могла здійснювати будь-яке «підкування» (від авторитарного до примусового) про трудящих і при цьому вважалася «своєю», «рідною», безумовно справедливою, батьківською.

Формування негативного ставлення до права відбилося і в мові: словосполучення «соціалістичне право» звучало абсурдно. Право засуджувально-іронічно поєднувалося зі словом «буржуазне» і викликало таке ж ставлення до понять «формальна рівність», «юридична особа», «парламентаризм». Природне для початку 30-х років ХХ ст. негативне ставлення до норм, які забезпечують особистісну незалежність (саме слово «особистість» протиставлялося «більш кращому» слову «маса»), громадянську і ділову активність, перетворилося на пишно розквітлий правовий нігілізм. Його початком стала декласація трудящого населення Росії, перший акт якої – Світова війна 1914–1918 рр. Неминуче в умовах мілітаризації розкладання інститутів зароджуваного громадянського суспільства перетворило вирваних з нормального господарського життя робітників і селян у безправну, напівголодну солдатську масу, якою зневажають, «окопного солдата» (Е. Соловйов). Подальша демобілізаційна анархія створила соціальних калік. Знедолені і декваліфіковані, вони очолювали вуличні натовпи, що прагнуть до негайної експропріації («грабуї награбоване!») і зрівняльного розділу. Це відбувалося і в селах, і в містах. М. Горький у «Несвоечасних думках» з боєм вигукує: «Здохла совість. Почуття справедливості спрямоване на справу розподілу матеріальних благ, – сенс цього «розподілу» особливо зрозумілий там, де жебрак жебракові продасть під виглядом хліба ялинкове поліно, що запечене в тонкий шар тіста. Напівголодні жебраки обманюють і грабують один одного – цим наповнений поточний день. І за все це – за весь бруд, кров, підлість, вульгарність, – вороги робітничого класу, що зачайлися, покладуть з часом провину саме на робітничий клас, на його інтелігенцію, безсилу здолати моральне розкладання здичавілої маси» [Див.: 1, с. 166].

Історичні шляхи прокреслювалися таким чином (громадянська війна і розруха), що військово-терористичний спосіб вирішення задач, утрата усвідомлення цінності людського життя стали нормою соціальної практики, вищою «революційною законністю», «чеснотою». До того ж, треба враховувати «історичні віхи» робітничого класу. У 1918–1922 рр. його структура різко змінюється. Значна частина промислового пролетаріату загинула на фронтах громадянської війни, інша – покинула міста, рятуючись від голоду в селі, через закриття великих

заводів багато хто подався в дрібні майстерні. Відповідно, професійна культура фабрично-заводської праці та відносин зійшла нанівець. Саме ця обставина породила на місці класу-гегемона, з точки зору партійної «старої гвардії», якийсь конгломерат «індустріальних новобранців» (І. Клямкін). Різномірний соціальний матеріал (колишні селяни, колишнє куркульство, підконвойні і навіть ті дворяни, що приховували своє походження) все ж в основі своїй спирався на розтерзане, переулаштоване село. Селяни-мігранти були представлені здебільшого антикуркульськи і антинепівськи налаштованими молодими людьми, вельми непримиренними, озлобленими аграрними люмпенами, які швидко ставали пролетарськими максималістами, що не соромилися читати лівачькі військово-комуністичні нотації кадровим робітникам, технікам і інженерам. «Індустріальні новобранці» кінця 20-х – початку 30-х років ХХ ст. дуже схожі з західноєвропейськими декласантами Нового часу (див.: Ф. Енгельс. «Селянська війна в Німеччині»). Це вже не селяни, але ще не робітники. Вони стікаються в міста з розорених сіл, наймаються на будь-яку найпростішу роботу. А оскільки перші три п'ятирічки вимагали таких «напівробітників» низької кваліфікації, супутні їй психологічна й ідеологічна складові набули застійного характеру і догматично оформилися в ідеологію, здатну протистояти її більш розвиненим пролетарським формам. Саме цей загін учорашніх аграрних люмпенів, низькокваліфікований і малокультурний, висувається на позиції пролетарського гегемона, що призвело до серйозної деформації робітничого класу. Трудармійський колективізм, зрівняльне розуміння справедливості, відчуття відновлювального вселенського перевороту, казармено-комуністичні уявлення – все це скріплювалося тепер політичним авторитетом споруджуваної Магнітки і перетворювалося в розумовий стандарт, котрий нова робітнича більшість задає старій, деградуючій меншості [1, с. 179]. Таким чином, масовою соціальною базою сталінізму в кінці 20-х на початку 30-х років виявилася найменш кваліфікована, малокультурна, бідна, принижена економічно, але найбільш амбітна в політичному плані, залежна від держави-працедавця частина промислових робітників. Праворозуміння новоіндустріального передпролетаріату базується на трьох складових: по-перше, це низька кваліфікація його праці; по-друге, його ставлення до держави-працедавця; по-третє, зруйноване село, що постачає дешеву робочу силу. Що стосується першого і другого, то саме застосування праці робітника в умовах надлишкової пропозиції перетворює для нього роботодавця в інстанцію опікунської милості, Бога-батька. Щодо третього, – держава через систему вербування була спроможна розмістити будь-яку кількість людей, що втікали з сіл, бо були незгодні зі своїм колгоспним майбутнім. Право на право в таких умовах перетворювалося на зайву політико-юридичну розкіш. «Індустріальний новобранець» був розгублений перед міццю великого промислового будівництва, а тому одразу потрапляв у виробничо-технологічну залежність. Соціокультурно він міг без жодних зусиль стати жертвою політичних навіювань, був легкою здобиччю сталінського задуму терористичного і тотального примусу до ідеалу. Новобранці індустріалізації перетворилися в основу

партійного і державного апарату, органи державної безпеки. Буде наївним припускати, що значне підвищення кваліфікованості і, відповідно, зменшення некваліфікованої і надмірної праці змете з історичної арени і сам сталінізм, і таку його істотну компоненту, як правовий нігілізм. Співчуття до носія останнього, викликаного найтяжчими умовами праці та життя, важливість соціальної тактовності в справі критики передпролетарського правового нігілізму призводить до очищення завуальованої істини, тобто до відновлення адекватних уявлень про право, понівечених у сталінські часи. «Найпростіша істина права та правосвідомості, – пише Е. Соловйов, – являє собою, по суті, безпосередню антитезу по відношенню до основної ідеї політичного патерналізму» [1, с. 207]. Ця юрисдикція недовіри до можливостей людини вельми рельєфно окреслена в церковному (канонічному) праві Середньовіччя. І насамперед – у діяльності інквізиції. «Інквізиція, – продовжує Е. Соловйов, – інститут репресивно-терапевтичний, винахід оскаженілої любові і оскаженілого співчуття, які підводять кожную людину під міру жалю, доречного лише стосовно душевнохворих» [1, с. 208]. Що ж до політичного патерналізму, то він не рятує, а захищає людину від неї самої, пропонуючи як засіб повну гетерономію («чужезаконіє»). Переконана у нездатності людини жити за власними, самозаконними правилами, незаперечні «пропозиції», що підкріплюються батогами і пряниками, принижують людську гідність.

Для визначення загального змісту правової норми необхідно чітко усвідомити, чим право відрізняється від безправ'я. Правові норми по суті своїй є антиавторитарними: встановлюючи заборону на найбільш небезпечні форми зла, право водночас (дуже важливо підкреслити) охороняє добру волю у виборі добра (примусове вдосконалення та ошасливлення натикаються на нормативні перепони). А це було б неможливим без визнання моральної автономії індивіда. І мова тут йде не про антиномічні суперечності у встановленні самої людської волі. Моральна автономія в праві проголошує, що людина як істота суспільна завжди перебуває під законом (моральною вимогою) і цілком здатна усвідомлювати його значимість і цінність без втручання держави. Якщо ж цього не відбувається і інститути громадянського суспільства (сім'я, школа, добровільні організації, релігійні громади) не здатні подбати про моральність, тоді держава змушена виконувати чужу функцію, вживати надзвичайних заходів, які, однак, не мають підноситись до закону. Таким чином формується статус невідповідності громадянина, закріпленню якого служить більшість записаних у конституціях особистих прав і свобод. Тотальний терор, справжнє табірне рабство, процесуально беззаконна діяльність судово-каральних органів, масова фабрикація злочинів, тобто те, що характерно для фази «злочинної державності» (К. Ясперс) в Росії 30-х років ХХ ст., не могли не зачепити усі верстви суспільства і згубно вплинути на суспільне життя. Якість людини невблаганно знижується. Те, що іменувалося розвиненою особистістю, тобто здатність до самостійних суджень, ініціативність, сміливість, рішучість, критичність, виявляється небезпечним для режиму. Рятуючись від можливих репресій, люди ставали замкнутими,

скритними, таємно відстоювали свої особливі інтереси. Складався історично новий, зовсім не успадкований від минулого різновид неприкритого егоїзму. У соціалістичній країні з'явилися особистісні якості, вельми далекі від громадянських чеснот. Відвертість, прямота, мужність не витримували зіткнень з вірнопідданством, покорою, що уживалися з заздрістю, корисливістю і підступністю. Людський шлак, який почав вироблятися ще за часів сталінізму, під час розгортання державної, юридичної злочинності несе на собі печатку зацькованості, громадянської втоми, недовірливого відчуження від суспільства. Спосіб переживання соціального часу, соціальних очікувань «передпролетаріату» ґрунтувався на реальності безперервної будівельної гонки, варіанті бівуачного життя, трудармії, казармене буття якої формує відчуття умовності сьогодення. «Це був час загальної, тотальної тимчасовості, яка відчуває себе посланцем вічності, – пише І. Клямкін. – Все – як на війні... Все тимчасово. Всі тимчасові. Ніхто не живе, але майже всі вірять, що життя попереду. І тому всім здається, що живуть». І двома сторінками раніше: «Не було особистого побуту, його замінювали казенні койки в бараках, гуртожитках, вагончиках; не було ні речей, ні знань, ні розвинутих індивідуальних потреб; не було ні минулого, яке вони зневажали, ні сьогодення, яке відчували чимось тимчасовим, похідним, підготовчим до чогось, що і є найголовніше. Вони могли жити тільки майбутнім, яке виражалося словом «соціалізм», і тому квапили, підстьобували своїх лідерів: швидше, далі, вперед! І недоброзичливо поглядали на тих, у кого було щось своє, хто чимось дорожив, достатком або власною думкою, хто виділявся з ряду, хто пробував жити і працювати для себе, а не тільки для «загального щастя» і «визволення людства». Вони називали це міщанством, несвідомістю, але готові були до того, щоб несвідомих занести у список ворогів» [2; с. 228, 230].

Подібне переживання часу особливим чином відбилося в сфері праворозуміння. Право, правова норма вкорінені в сьогоденні. І навпаки – цінності, ідеали, сенсожиттєві орієнтири, тобто все те, що належить до сфери моралі, спрямовується до вищих поверхів; заборони ж «стоять» на землі і оберігають те, на що вже зорієнтована людина як на реальну, прижиттєву можливість. Якщо ж немає чого страхувати від потенційних майбутніх втрат чи колізій, право не знаходить предмета і тільки дратує людей. Той, у кого нічого немає, буде ображений і принижений поняттям «право власності». Стає очевидним, що «тотальна тимчасовість» має наслідком тотальне ж внутрішнє відчуження від права як інституту регулювання суспільних відносин. Затвердження принципово нових варіантів останніх змушувало «терпіти» право як «пережиткове» нормативне явище, що придатне лише для перехідного періоду від капіталізму до соціалізму. У «світлому майбутньому» від архаїки цього утворення не повинно залишитися й сліду. Сталінська юриспруденція по-своєму тлумачила відому тезу В. І. Леніна про те, що право є ніщо без апарату, здатного примушувати до дотримання норм права. Наявність примусу, що походить від держави, зовсім не є умовою існування права. Діалектика останнього полягає в тому, що воно, з одного боку, є декларативним без державного втручання, а з іншого, – лімітує

це втручання, захищаючи конституційні свободи. «Поставити поза законом», тобто залишити, за словами Гегеля, злочинця без права покарання, значить відмовитися від охорони людської особистості. Саме тут стає очевидною захисна суть будь-якого закону.

Історичний рух у сфері правосвідомості, розпочатий після XX з'їзду КПРС (1956 р.), що намітив повернення до принципу верховенства закону, змінився пізніше новими небезпечними тенденціями, пов'язаними з одним з основних постулатів правового нігілізму. Маємо на увазі міцніючу в суспільстві надію на наближення комунізму, яка відбилася в багатьох програмних документах тих років. Звідси виникала тенденція до заміни судового покарання морально-виховними санкціями партійних і громадських організацій, тобто, по суті, післяреволюційна ідея «відмирання права» знаходила своє втілення. Оскільки передавання «на поруки колективу», «критерій суспільної небезпеки», «малозначність справи» – все це виходило з суб'єктивного розсуду слідчих, то й самі слідчі органи перетворювалися в непідзаконну інстанцію, а тому відчували наявність неприкритого тиску ззовні. «Толерантне право» розквітло пишним цвітом. Найбільш витончені злочинці безсоромно користувалися передачею громадськості функцій правопорядку і спокійно перебували в просторі юридичної безкарності. Поширилася практика (особливо в брежнєвські часи) необґрунтованих відмов у порушенні кримінальних справ і прямого приховування злочинів. Судово-правова реформа, на необхідності якої наполягала XIX Всесоюзна партконференція, ставила своїм завданням удосконалення кодексів радянських законів (анулювання розуміння права лише як засобу попередження злочинності, розробка норм, що перешкоджають перетворенню судів у додаток слідчих органів з обвинувальною орієнтацією, а також змішування моральних і юридичних критеріїв злочину, порушення презумпції невинуватості тощо). Перебудова правоохоронних інститутів пов'язувалася з надіями на зміну способу мислення, а саме – на розвиток правосвідомості.

За Е. Соловйовим, правосвідомість – це не тільки відображення в індивідуальній свідомості сенсу і характеру вже діючих у суспільстві законів. У правосвідомості активний темперамент, і найадекватніше вона виявляє себе саме тоді, коли критикує і корегує чинні закони в дусі ідеальної справедливості. Правосвідомість – це орієнтація на ідеал правової держави, яка має етично безумовний характер і вже в даний момент визначає практичну поведінку людини як громадянина [1, с. 233–234].

Сьогоднішній стан суспільства, при всіх радикальних змінах в економічній і політичній сферах, несе в собі безліч рудиментів не такого вже й далекого минулого. Його пережитком, хоча цілком закономірним для сформованої в радянський час ментальності, стало негативне або, в кращому разі, байдуже ставлення до права. Та й останнє, на жаль, повне недоліків, прикрих «відсебе-ньок», характеризується фрагментарністю, відсутністю прагнення до гармонізації його різних напрямків [Див.: 3, с. 88–94]. Сьогоднішня якість людини, яка сповідує правовий нігілізм, має підґрунтя, по-перше, в найсильнішому соціаль-

ному розшаруванні. Люди, що потрапили в жорна перманентного виживання, не можуть бути зорієнтовані на збереження status quo (захистом якого й покликане займатися право). Інша ж, значно менша частина суспільства, яка перебуває у ситуації первісного накопичення, намагається навпаки зберегти власне становище будь-якими засобами, які найчастіше ігнорують правові пропозиції. По-друге, ми ще далекі від прояву можновладцями вищої мудрості, яка полягає у тому, щоб подолати в собі неприборне бажання правити, цю «найбільшу згубну хворобу сучасних держав» (В. Гумбольдт). Право якраз ґрунтується на законодавчому самообмеженні держави заради вивільнення розумних людських потенцій. І нарешті, важливо вказати на складність зміни ситуації в найближчій перспективі: рух до правової держави – довгий шлях. Однак і в перехідних умовах є спроби, які можуть започаткувати процес, що звільняє від соціального тягара правового нігілізму. Це людські зусилля, пов'язані зі слідуванням таким принципам (або хоча б деклараціям), які відповідають поняттям суворого права і правової держави, і відмовляються підкорятися тим, що несуть на собі неприховану печатку неправового (патерналістського і авторитарно-бюрократичного) ведення державних справ [1, с. 234].

Висновок. Таким чином, діалектичний процес свідомих і буттєвих підвалин, які необхідно критично осмислювати та змінювати задля вдосконалення, може служити основою боротьби з правовим нігілізмом і поліпшенням соціальної якості людини.

Список літератури:

1. Соловьёв Э. Ю. Правовой нигилизм и гуманистический смысл права. *Квинтэссенция: Философский альманах*. Москва, 1990.
2. Клямкин И. Почему трудно говорить правду? *Новый мир*. 1989. № 2.
3. Бурова О. К. Право та естетика. Досвід теоретичного зближення. *Право та інновації*. 2014. № 1–2 (5–6).

References:

4. Solov'jov, Je.Ju. (1990). Pravovoj nigilizm i gumanisticheskij smysl prava. *Kvintjessencija: Filosofskij al'manah*. Moscow [in Russian].
5. Kljamkin, I. (1989). Pochemu trudno govorit' pravdu? *Novyj mir*, 2 [in Russian].
6. Burova, O.K. (2014). Pravo ta estetyka. Dosvid teoretychnoho zblyzhennia. *Pravo ta innovatsii*, 1–2 (5–6) [in Ukrainian].

Burova O. K., Doctor of Philosophy, Professor of the Department of Cultural Studies, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
email: culture@nulau.edu.ua ; ORCID 0000-0001-9270-9487

Legal nihilism. Search for the grounds in national history

The article is devoted to the clarification of the sources of legal nihilism in the national history, which were related to the peculiarities of the historical past (first third of the twentieth century). They changed the social status of a person and his/her attitude to law. It is proved that the basis of modern social status of a person and his/her attitude to law is Stalinism. It passed as a regime, but it is quite reigning in mental habits, economic behavior, attitude toward leadership, to itself, to citizenship, responsibility, people, honest work, law, personality, etc. Such forms of consciousness being have been established which

with an incredible ardour repel all rational-critical evidence – a kind of “mascult” in this area. The formation of negative attitude to law was connected, firstly, with the fact that in the mass consciousness of 20–30 years of the XX century law was considered as being borrowed from the former exploiting social systems; and secondly, the humanistic meaning of the legal norm was totally denied; thirdly, social and political paternalism became widespread. The belief in inability of a person to live according to his/her own, self-ruled norms, indisputable “proposals”, backed by a whip and a honey-cake, humiliate human dignity.

Total terrorization, real camp slavery, procedurally unlawful activity of judicial and forensic organs, mass fabrication of imaginary crimes, that is the characteristic of the phase of “criminal statehood” (K. Yaspers) in Russia in the 30’s of the XX century, could not but touched all layers of the society and had a destructive effect on social life. Human quality inexorably decreases.

The article shows that today’s state of the society, with all the radical changes in the economic and political spheres, carries in itself a lot of rudiments from not so much distant past. The move to the rule of law is long and complicated. However, human efforts, connected with the critical understanding of the dialectical process of conscious and existential foundations, which need to be changed in the direction of perfection, is the basis for the struggle with legal nihilism and the improvement of the social quality of a person.

Keywords: law; legal nihilism; social quality of a person; industrial recruit; legal thinking; legal impunity; legal consciousness; law-governed state.

Надійшла до редколегії 15.02.2018 р.

ДОСВІД ЗАРУБІЖНИХ КОЛЕГ



Nugroho Hibnu,
*Professor, Faculty of Law,
Jenderal Soedirman University,
Indonesia, Grendeng-Purwokerto
e-mail: hibnunugroho@gmail.com*

doi: 10.21564/2414–990x.140.121442
UDC 342.841

REVERSAL BURDEN OF PROOF ON CORRUPTION IN INDONESIA

Corruption becomes the greatest enemy most countries face including Indonesia. Commitment to eradicate corruption significantly increases yet it would be meaningless if it is not supported by adequate legislation to implement the law effectively. Reversal burden of proof essentially aims to facilitate law enforcers to seek and disclose assets a suspect owns allegedly as corruption crime. The principle of reversal burden of proof was originated from Anglo-Saxon countries and this still applies to certain cases such as bribery-related gratifications as Malaysia and Singapore implement. In Indonesia, provisions on the principle of reversal burden of proof have been long recognized even since 1960 on the first law on corruption crimes. Nevertheless, for more than a half of century, the provision on reversal burden of proof has never been implemented. It occurs since articles which govern the issues barely provide clear regulation. It only mentions the principle yet never issues an implemented regulation to support the principle. In regards to this, the research is aimed at investigating, seeking and analyzing the weaknesses in implementing the principle of reversal burden of proof in corruption crimes recently as well as discussing obstacles in law enforcement.

Keywords: perspective; reversal burden of proof; corruption; conviction; breakthrough.

Нугрохо Хибну, професор, юридичний факультет, Університет імені генерала Судірманна, Індонезія, Гренденг-Пурвокерто.
e-mail: hibnunugroho@gmail.com

Перенесення тягаря доведення корупційних злочинів у законодавстві Індонезії

Корупція стає найбільшим ворогом багатьох країн світу, в тому числі Індонезії. Боротьба з корупцією сьогодні істотно посилюється, але вона є марною, якщо не забезпечена відповідними

законодавчими нормами. У цих умовах тягар перенесення доведення в основному спрямований на те, щоб допомогти правоохоронним органам знаходити й розкривати активи, якими володіє підозрюваний і які отримано злочинним шляхом. Принцип перенесення тягаря доведення походить з англо-саксонської правової системи і досі застосовується щодо деяких злочинів, таких як хабарництво, в Малайзії та Сінгапурі. В Індонезії положення принципу перенесення тягаря доведення набули чинності в 1960 р. з прийняттям першого закону про корупційні злочини. Проте впродовж більш ніж півстоліття ці законодавчі положення ніколи не застосовувались. Це пояснюється тим, що статті, які стосуються цього принципу, не забезпечують його регулювання.

Тож метою статті є аналіз недоліків у реалізації принципу перенесення тягаря доведення в корупційних злочинах, а також шляхів їх усунення в правоохоронній роботі.

Ключові слова: перспективи; перенесення тягаря доведення; корупція; переконання; прогрес.

Introduction. Corruption crime has been familiar to all countries around the world. In Indonesia itself, this crime becomes the priority to eradicate since it is an old crime to Indonesian people. The term corruption was introduced in Indonesia since 1957 when it was the first time mentioned in the Regulation of Indonesian Force Army of Republic of Indonesia Number PRT/PM/06/1957. This showed that corruption at that time had been considered as a crime to eradicate and it was not adequate to only be regulated in Criminal Code. Corruption, collusion and nepotism over years existed as the impact of low and poor government commitment to eliminate. It has become a chronic disease and even most people are not aware of it. To bring up reform spirit, the government issued Law Number 31 of 1999 on Corruption Eradication. This became the starting point of new government to fight against corruption crime. However, regardless the adequate and relevant rules and regulations, it is not an easy task to do. Ironically, the corruption crime remains high and tend to keeps increasing in spite of intensively high commitment of government to eradicate. Apparently, corruption is an iceberg phenomenon which only shows the small portion on the surface yet and the rest remains covered. By the better people's awareness of this crime, it enable them to see, fight against and report any form of corruption crime in their neighborhood. Reversal burden of proof was initially introduced in Law Number. 8 of 2010 on Money Laundry. The system is not applied to all kinds of crime but specialized crimes. Basically, the reversal burden of proof is constructed to assist prosecutors disclose and prove the complaint for best result in accordance with code, truth, justice and legal assurance. Fact disclosure in white collar crimes is not easy task to do regardless the reversal burden of proof gave the task for the defendant to prove themselves not guilty. This transfer of responsibility is limitedly executed particularly those which deal with gratification, and the defendant's statement on all properties owned by husband, wife, children and cooperation allegedly related to the crime¹.

Theoretical Concept. Evidence is strategic point during the criminal justice process yet the proof itself is a process which is apt to human right violation. If Criminal Code Procedure is viewed as filter to keep state authority and individual

¹ Harry Mukti. (2011). Reversal Burden of Proof in Corruption Crimes through Juridical Sociological Perspectives. *Humaniora. Journal*. Vol. 8. No. 2. Surabaya: Erlangga University. Pg. 72.

right protection in balance, the reversal proof system constitutes core filter since it is during the evidence process to determine whether the evidence would acquit, innocent or found guilty.¹ Indonesian Criminal Code Law employs theory of evidence based on law negatively (*negatiefwettelijk*) in which Article 183 of Criminal Code Procedure (here inafter refers as KUHAP) determined that Judges shall not decide verdict upon somebody unless two credible means of proof have proved them that a criminal act occurs and the defendant is found guilty.

Indonesian Criminal Procedure adopted reversal burden of proof system as implemented by common law-employing countries. The system is applied since the increasing corruption crime is almost untouchable by law. Besides, it is believed that the system of reversal burden of proof as an effort to disclose corruption crime easier. In the provision of Article 37 Law Number 31 of 1999 on the Corruption Eradication states.

According to Lilik Mulyadi the provision of reversal burden of proof in Indonesia actually is not truly so since what stipulated in the Article 37 is not reversal of proof but a defendant's right to deny which implies whether the provision exists or not, the denial could possibly proceed. Related to *mensrea* (guilty mind) based on presumption of innocent and self-incrimination principles, it would be contradictory as in major criminal act, the reversal burden of proof can only applied in gratification not others. Besides, the presumption of innocence shall be employed while the proof becomes the prosecutor's duty.

In regards to this, the application of reversal burden of proof in Indonesian legislation system shall not be justified as an intervention upon individual basic right and a violation of International Covenant on Civil and Political Rights, even when it deals with the presumption of innocence principles. This system is not aimed at reducing the content and provision of the governing Law but it stands alone upon state interest and the law works for nation interest and expectation proving that it works in accordance with the legal provisions. Accordingly, reversed evidence is not meant the reversed indictment, rather, the authority attached to it which is from the state and is implemented in accordance with the law. Hence, one's basic right in non-self-incrimination cannot partially interpreted; it should be broader viewed. In particular context, the one's authority along with the right and responsibility shall be regarded. Therefore, the implementation of non-self-incrimination in narrower sense implies legal right and responsibility in accordance with the legal function which provide boundaries. The implementation of reversal burden of proof on Indonesian legislation system shall not be justified partially opposed to the principle of non-self-incrimination and its relation with the presumption of innocence since its implementation is not for the person but rather the authority the state gave to him/her.

Law on Corruption Crime Eradication employs provision of special reversal burden of proof on the bribery to ease the evidence process. It is implemented by

¹ Danil Elwi. (2012). *Corruption, Concept, Crimes and its Eradication*. Jakarta: Rajawali Pers. Pg. 193.

assuming that corruption and gratification is considered beyond the law for involving white collars, economic criminals and elites. Hence it is not easy to prove even this effort has to be encountered by conflict of interest of power which involves those bureaucrats. Consequently, it is predictable that corruption crimes becomes beyond the law and untouchable by law.¹

The method of reversal burden of proof is an evidence law alternative viewed as effective legal means to chase wealth as result of crime and recover it to the state. However, the implementation of this model should involve the two functions as follows:

1. This model aims to assist the evidence process of assets derived from crime but it cannot be implemented since it violates suspect/defendant's right.
2. This model does not contain repressive objectives through punishment process, but, rehabilitative and recovery.

Methodology. Since the object of the research is law then it belongs to juridical research by focusing on the implementation of reversal burden of proof system in corruption crimes. Besides, this applies juridical method in broader sense by using empirical method. The juridical method itself can be viewed in either broader or narrower sense. The method which only observe the logical and systematic relation among a whole set of norms is included in narrower sense. Meanwhile, if it also includes the social effect as well as the significance of social background, then it is included in broader sense. Particularly, this is a descriptive analytical research since it attempts to explain the practice of reversal burden of proof implementation in corruption crimes along with the obstacles which eventually describe the improved implementation of reversal burden of proof in corruption crime.

The data analysis were conducted by applying descriptive qualitative and content analysis method through utilizing law interpretation, law principles and law theories. The analysis was done to reveal the implementation of reversal burden of proof in corruption crimes.

Results and Findings. Throughout 2016, Corruption Eradication Commission handled corruption cases based on culprit's position who involves legislative members either in central or regional level as many as 23 cases of which 10 cases involve echelon I, II and III officials while 8 cases involve regents and/major along with their vices. In the meantime, the commission successfully recovered 497.6 billion rupiahs and it has been returned to the state in the forms of Non Tax State Revenue. Among those cases, some are briberies, goods and services supply and money laundering

Law enforcement on the bribery barely implement the provision of reversal burden of proof. Through interview is identified that the prosecutor prefers utilizing common evidence principle while to strengthen the complaint, the prosecutor anticipates it by adding articles on Money Laundering crimes. The informants stated that

¹ Margareth Carla Rampengan. (2015). Functions of Report of Audit Findings (LHP) of National Audit Board (BPK) in Corruption Crimes. URL: <http://ejournal.unsrat.ac.id/index.php/lexcrimen/article/download/1575/1267>.

the reversal burden of proof in Indonesia is hardly implemented this time due to the limited legislations governing the implementation in details. Until present, there is no bill of reversal burden of proof nor academic draft on this issue.

Legislative body seems reluctantly encouraging the government to propose the bill of reversal burden of proof. As a result this idea is still in the level of academic thought as the effort to help asset recovery by corruption. The most considerable thing is the risk of the implementation since if it is not properly implemented, it will acquit the defendant as long as he can prove that the wealth he owns is not derived from corruption or bribery.

In its development, the law awareness by the society significantly increases along with their awareness on rights. Thus a complaints cannot be just neglected. The increased awareness on human rights also influences people perception on the reversal burden of proof.

Through the approach if doctrines and comparison on the penal system (including Law Number 31 of 1999 Article 37 and its explanation), the meaning of “limited” or “specialized” of the system implementation are as follows:¹

1. Reversal burden of proof is limited to bribery-related gratification cases only excluding other crimes in corruption crimes.

2. Other crimes in Law Number 31 of 1999 as contained in Articles 2 to 16 remains on prosecutor.

3. Reversal burden of proof is limited to only “confiscation” of crimes accused to anyone as contained in Articles 2-16 of Law Number 31 of 1999. It is also noteworthy that the proving system of the alleged offense in Articles 2-16 of Law Number 31 of 1999 remains on prosecutor. If the defendant is, according to prosecution, proven to have committed any of the offences and his or her properties are confiscated, then the defendant is required to prove that his or her properties are not derived from a corruption crime.

4. That the limited reversal burden of proof adheres to its *Lex Temporis*, that is, this system shall not be applied retroactively, being potential to violate human rights, to violate legality principles and to induce so called *Lex Talionis* (retaliation).

5. That the limited reversal burden of proof shall be in accordance with “*Daad-daderstrafrecht*” principle.

6 From this definition, the reversal burden of proof system shall not violate the accused principal rights. The implementation of the system, yet, is inevitable particularly the minimized rights of “dader” related to non self-incrimination and presumption of innocence. Still, the minimized rights is avoided, being potentially eliminated. If it occurs, it believes that the system of reversal burden of proof potentially violates human rights.

The principle of reversal burden of proof has been always opposed to presumption of innocence. However, regarding how it implemented and philosophical values, this paradigm shall be put it aside.

¹ Wahyu Wiriadinata. (2012). Preversal Burden of Proof in Corruption Crimes. *Jurnal Legislasi Indonesia*. Vol 9. No. 2 Constitutional Court, Bandung. Pg. 328.

Several measures in interpreting the implementation of presumption of innocence are explained as follows:¹

1. Protection from mistreated state officers such as Police Department, Attorney General, Corruption Eradication Commission and court parties including judges;
2. That it is the court which deserve to declare whether a defendant guilty or innocence;
3. The trial shall be publicly open;
4. That the accused/defendant shall be given right of self-defense.

The results by utilizing Soekanto's notion reveal why the reversal burden of proof principle has not been implemented effectively in Indonesia for the following reasons:

1. Legislative Factor:

The existing legislation considered vulnerable and do not accommodate legal assurance to implement the system in the effort of law enforcement. Basically, the implementation of reversal burden of proof in corruption crimes is limited so the provision is similar to the right granted to the defendant to propose a self-defense. This principle is not so strict that it influences the implementation done by law enforcers. The legislation which should have been a basis of law enforcement is not able to be the guidelines for the law enforcers to achieve its philosophical values.

2. Law Enforcers Factor:

Due to the lack of legislation provisions to implement the principle of reversal burden of proof in corruption crimes, it brings the effect on the law enforcers. Combatting corruption crimes requires credible, intelligent, professional and high-committed human resources.

3. Law Culture and Society Factor:

People participation is the crucial element in the effort of law enforcement in corruption. The more actively people provide information dealing with alleged assets of corruption crime, the easier a law enforcer to perform their duty.

Social factor is closely related to the culture of law within society and toward the law enforcement. Lawrence M. Friedman explained that culture of law concept constitutes human attitude on the law and system of belief, values, thought, and expectation. In other words, culture of law² is social thought circumstance and social strength which determine how a law is implemented, avoided or violated. Without the culture of law, the law system itself cannot stand by its own.

Concluding Remarks. The research results provide novelty in terms of fact findings on the ineffectively implemented principle of reversal burden of proof. It occurs since the public prosecutors think that the legislation provision on the implementation of reversal burden of proof in corruption crimes is not served in details, that is, does not meet the principle of *lex scripta* dan *lex stricta*. Dealing

¹ Mien Rukmini. (2003). Human Rights Protection through Presumption of Innocence and Equality before Law Principles in Indonesia Criminal Justice System. Bandung : PT Alumni. Pg. 105.

² Achmad Ali (2003). Deterioration of Law in Indonesia (Causes and solutions), Jakarta: Ghalia Indonesia. P. 9.

with pure corruption crimes, the prosecutor is obliged to propose evidence that the defendant is proven to have committed corruption crime. He or she shall provide proof the corruption as predicate offense. Consequently, the process is not effectively and efficiently proceeded and it is not suitable with the justice principles which is quick and inexpensive. Furthermore, the obstacles prosecutor encounters in applying this system is caused by legislative factor and law enforcers. The legislative factor comprises the lack of legislation provisions which govern the implementation of reversal burden of proof in corruption crimes. As a result, many assume that to implement the principle requires the evidence of predicate offense. Meanwhile, the provision of reversal burden of proof as stipulated in Law Number 8 of 2010 on Money Laundering Eradication and Prevention firmly stated that the predicate offense is not necessarily proven in prior to implement the reversal burden of proof principle in money laundering. Similarly, the law enforcer factor is closely related to the legislative factor. As a result, prosecutor prefers to apply the provision on money laundering rather than corruption crime to achieve principle of quick and cheap process by minimizing the risk of defendant acquitted.

From the analysis, it is identified the principle of reversal burden of proof is not implemented to prevent defendant acquitted if he or she can prove that his or her assets are not derived from corruption crimes. Therefore, the best solution for this is to encourage government as well as legislative body immediately formulate the Law on Reversal Burden of Proof to accelerate corruption crime justice which is massive that enables the law enforcers to implement the principle confidently.

In formulating Law on Reversal burden of proof shall consider common law and particular law principles to meet shared spirit between law enforcers and society to avoid misperception among them.

Nevertheless, this research has constraints in terms of related studies in reversal burden of proof since there are still few of research discussing similar topic. In regard to this, a research concerning about how legislation provisions which govern the principle of reversal burden of proof in corruption crime is recommended to be conducted. It comes from the assumption that the reversal burden of proof principle is aimed at assisting law enforcers in performing their tasks.

References:

1. Elwi, Danil. (2012). Corruption, Concept, Crimes and its Eradication. Jakarta: Rajawali Pers.
2. Mukti, Harry. (2011). Reversal Burden of Proof in Corruption Crimes through Juridical Sociological Perspectives. *Humaniora. Journal*, Vol 8, No. 2. Surabaya: Erlangga University.
3. Rampengan, Margareth Carla. (2015). Functions of Report of Audit Findings (LHP) of National Audit Board (BPK) in Corruption Crimes. URL: <http://ejournal.unsrat.ac.id/index.php/lexcrimen/article/download/1575/1267>.
4. Rukmini, Mien. (2003). Human Rights Protection through Presumption of Innocence and Equality before Law Principles in Indonesia Criminal Justice System. Bandung : PT Alumnii.
5. Wiriadinata, Wahyu. (2012). Preversal Burden of Proof in Corruption Crimes. *Jurnal Legislasi Indonesia*, Vol 9, No. 2. Constitutional Court, Bandung.

Нугрохо Хибну, профессор, юридический факультет, Университет имени генерала Судирмана, Индонезия, Гренденг-Пурвокерто.
e-mail: hibnunugroho@gmail.com

Перенос бремени доказывания коррупционных преступлений в законодательстве Индонезии

Коррупция становится величайшим врагом в большинстве стран мира, в том числе и в Индонезии. Борьба с коррупцией сегодня существенно усиливается, но она оказывается бессмысленной, если не подкреплена надлежащим законодательством, которое должно обеспечивать эффективную реализацию закона. В этих условиях бремя переноса доказывания в основном направлено на то, чтобы помочь правоохранительным органам находить и раскрывать активы, которыми владеет подозреваемый, полученные преступным путем. Принцип переноса бремени доказывания берет начало в англо-саксонской правовой системе и все еще применяется в некоторых случаях, таких как взяточничество, в Малайзии и Сингапуре. В Индонезии положение, касающееся принципа бремени доказывания, было введено в 1960 г. с принятием первого закона о коррупционных преступлениях. Тем не менее, на протяжении более полувека положение о переносе бремени доказывания никогда не применялось. Это происходит потому, что статьи, которые регулируют данные вопросы, едва обеспечивают четкое регулирование. В них только упоминается о данном принципе, но не установлен механизм реализации. В связи с этим целью нашего исследования является анализ недостатков в реализации принципа переноса бремени доказывания в коррупционных преступлениях, а также путей их устранения в правоохранительной работе.

Ключевые слова: перспективы; перенос бремени доказывания; коррупция; убеждение; прогресс.

Надійшла до редколегії 20.01.2018 р.

НАШІ ЮВІЛЯРИ



ЮВІЛЕЙ ВИДАТНОГО ВЧЕНОГО – ПРАВОЗНАВЦЯ, АКАДЕМІКА НАПРН УКРАЇНИ ВЯЧЕСЛАВА ІВАНОВИЧА БОРИСОВА

У лютому 2018 р. виповнилося 75 років від дня народження та 45 років науково-педагогічної діяльності видатного вітчизняного вченого-правознавця в галузі кримінального права, обдарованого педагога вищої школи, академіка НАПРН України, доктора юридичних наук, професора, заслуженого юриста України, директора Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПРН України, академіка-секретаря відділення кримінально-правових наук Національної академії правових наук України, професора кафедри кримінального права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, заслуженого юриста України Вячеслава Івановича Борисова.

Вячеслав Іванович народився 7 лютого 1943 року у м. Волжську Марійської АРСР (Російська Федерація). У 1966-1970 рр. навчався в Харківському юридичному інституті (нині – Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого), у 1970–1973 рр. – в аспірантурі цього інституту, а з 1973 р. по 1995 р. працював у ньому асистентом, старшим викладачем, доцентом, старшим науковим співробітником, професором кафедри кримінального права.

З 1983 р. по 1985 р. В. І. Борисов обіймав посаду викладача кримінального права та кримінології Аденського університету у Народній Демократичній Республіці Ємен. У 1995 р. працював начальником Управління планування і координації правових досліджень Академії правових наук України (нині – НАПРН України), директором-організатором Інституту вивчення проблем злочинності АПРН України (нині – Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПРН України), а з вересня 1995 р. по травень 2005 р. – директором Інституту. З 1996 р. Вячеслава Івановича обрано членом Координаційного бюро з проблем кримінального права відділення кримінально-правових наук НАПРН України та членом-кореспондентом НАПРН України, з 2004 р. – її дійсним членом (академіком). З 2005 р. В. І. Борисов

– вчений секретар Координаційного бюро з проблем кримінального права відділення кримінально-правових наук НАПрН України, з 2012 р. – академік-секретар відділення кримінально-правових наук цієї академії.

З 2005 р. В. І. Борисов – професор кафедри кримінального права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого. З червня 2008 р. – директор Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Сташиса НАПрН України.

У 1974 р. В. І. Борисов захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Уголовная ответственность за нарушение правил при производстве строительных работ» (спеціальність 12.00.08), у 1993 р. – дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Основные проблемы охраны безопасности производства в уголовном законодательстве Украины» (спеціальність 12.00.08). У 1978 році йому присвоєно вчене звання доцента, а в 1995 р. – професора.

В. І. Борисов, обравши основним напрямом своєї наукової діяльності кримінальне право, разом із тим здобув визнання у таких галузях, як кримінологія, кримінально-виконавче право, соціологія кримінального права, міжнародне кримінальне право. В. І. Борисов є автором та співавтором близько 450 наукових праць, у тому числі монографій, підручників, навчальних посібників, науково-практичних коментарів. Його роботи присвячені розробці питань теорії кримінального закону, злочинів проти життя та здоров'я, економічних та службових злочинів, злочинів проти безпеки виробництва, проти правосуддя, проблемам запровадження інституту кримінального проступку у законодавство України, реформування правоохоронних органів в Україні та ін.

Істотну питому вагу серед досліджень В. І. Борисова мають роботи, стосовні питань кримінальної відповідальності за порушення правил охорони праці та безпеки виробництва. У докторській дисертації та наступних наукових публікаціях В. І. Борисов вперше у вітчизняній науці кримінального права здійснив системний аналіз чинників соціальної обумовленості кримінально-правової заборони посягань на безпеку виробництва в Україні та комплексно дослідив загальні ознаки складів злочинів у цій сфері. Значну увагу ним приділено й дослідженню мотивації злочинних порушень правил безпеки виробництва та визначенню чинників, що впливають на неї. Наукову цінність представляють і сформульовані В. І. Борисовим вихідні положення щодо конструювання санкцій за конкретні види злочинів проти безпеки виробництва, які передбачають широке застосування альтернативних ув'язненню видів покарання. На підставі цього ним було сформульовано родові поняття цих злочинів та запропоновано доктринальну модель системи норм про кримінальну відповідальність за посягання на безпеку виробництва, яка набула втілення у нині чинному Кримінальному кодексі України 2001 р. За значні досягнення в розробці проблем правового забезпечення безпеки виробництва у 1993 р. В. І. Борисов був обраний дійсним членом Академії інженерних наук України.

Не можна не згадати у цьому контексті і внесок В. І. Борисова у розробку проекту Конституції України 1996 р., до якої увійшли його пропозиції щодо закріплення права людини на охорону життя та здоров'я у процесі трудової діяльності, визнання життя людини найвищою соціальною цінністю.

До числа праць В. І. Борисова належать, зокрема, такі як: «Уголовная ответственность за нарушение правил при производстве строительных работ» (1977); «Уголовно-правовая охрана безопасности общественного производства (развитие уголовного законодательства, его социальная обусловленность, юридические признаки составов преступления)» (1991); «Організований наркобізнес (поняття, форми, підстави кримінальної відповідальності)» (у співавт., 2005); «Протидія організованій злочинності у сфері торгівлі людьми» (у співавт., 2005); «Потерпілий від злочину (міждисциплінарне правове дослідження)» (у співавт., 2008); «Проблеми забезпечення ефективності діяльності органів кримінального переслідування в Україні» (у співавт., 2010); «Теоретичні основи забезпечення якості кримінального законодавства та правозастосовчої діяльності у сфері боротьби зі злочинністю в Україні» (у співавт., 2011); «Теоретичні та прикладні проблеми соціальної адаптації осіб, звільнених з місць обмеження або позбавлення волі» (у співавт., 2013); «The Legal System of Ukraine Past, Present and Future. Vol. V : «Criminal-Law Sciences. Urgent Problems of Combating Criminality in Ukraine» (with other co-authors, 2013); «Правова доктрина України : у 5 т. – Т. 5 : Кримінально- правові науки в Україні: стан, проблеми та шляхи розвитку» (у співавт., 2013); «Політика у сфері боротьби зі злочинністю України: теоретичні та прикладні проблеми» (у співавт., 2016); «Актуальні питання кримінального законодавства України та практики його застосування» (у співавт., 2017) тощо.

В. І. Борисов бере активну участь у написанні підручників з кримінального права, методичних рекомендацій, науково-практичних коментарів до Кримінального кодексу України. Зокрема, він є співавтором таких видань: «Кримінальне право України. Загальна частина. Підручник» (1997, 2001, 2003, 2004, 2007, 2010, 2015 рр.); «Кримінальне право України. Особлива частина. Підручник» (2001, 2003, 2004, 2007, 2010, 2015 рр.); «Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар» (2003, 2004, 2006, 2008, 2013 рр.).

Близько 20 років (з 1995 по 2005 рр. та з 2008 р. і донині) В. І. Борисов очолює Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса Національної академії правових наук України, у штаті якого працюють доктори та кандидати наук. Органічне поєднання у його особистості людяності, принциповості, мудрості, толерантності і шляхетності, індивідуального підходу з колективним характером спільного вирішення наукових завдань сприяють підтримці творчої й дружньої атмосфери в колективі Інституту, стимулюють співробітників до активних наукових пошуків. Завдяки зусиллям В. І. Борисова створено колектив, який має високий науковий авторитет та потенціал.

Вячеслав Іванович має й видатний організаторський талант, який відбивається у різних проявах. Виплеканим творінням академіка та його колег на

чолі з доктором юридичних наук, професором, академіком Національної академії наук України В. Я. Тацієм став 17-й том Великої української юридичної енциклопедії «Кримінальне право» (2017 р.), в якому В. І. Борисов виступив заступником голови редакційної колегії, членом робочої групи та автором низки термінів. Організаторський хист В. І. Борисова втілюється й у тому, що як заступник голови оргкомітету він очолює роботу з підготовки Харківської міжнародної конференції з кримінально-правових дисциплін – авторитетного заходу, який щорічно, починаючи з 2011 р., збирає провідних фахівців України та зарубіжних держав у стінах Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого. У 2011 р. В. І. Борисов став одним із засновників та заступником голови громадської організації «Всеукраїнська асоціація кримінального права».

Професор В. І. Борисов є талановитим педагогом і вчителем. Під його керівництвом було захищено 11 кандидатських дисертацій, автори яких нині успішно працюють у науковій та практичній сфері. Вячеслав Іванович сформував наукову школу, учні якої розвивають його ідеї, досліджуючи проблеми широкого спектра норм та інститутів Загальної та Особливої частин кримінального права.

Особливе місце в педагогічній діяльності В. І. Борисова посідає науково-дослідна робота студентів. Протягом багатьох років він очолює наукові студентські гуртки, учасники яких беруть активну участь у наукових конференціях та конкурсах і отримують дипломи переможців. Серед вихованців В. І. Борисова багато відомих науковців, суддів, прокурорів, народних депутатів.

Багаторічний досвід та високий авторитет В.І. Борисова нерозривно пов'язаний з активною участю в атестації наукових кадрів. Він є членом спеціалізованої вченої ради в Національному юридичному університеті імені Ярослава Мудрого з захисту кандидатських та докторських дисертацій, а з 2012 р. – очолює спеціалізовану вчену раду НДІ із захисту кандидатських дисертацій зі спеціальності 12.00.08.

Вагомим напрямом діяльності В. І. Борисова є його участь у законопроектній роботі. Так, починаючи з 1993 р., він був членом робочої групи Кабінету Міністрів України з підготовки проекту чинного Кримінального кодексу України, ухваленого 5 квітня 2001 р. Також він був науковим консультантом Комісії Верховної Ради України з питань законності і правопорядку. Багато років В. І. Борисов є консультантом Комітету Верховної Ради України з питань правової політики; членом робочої групи Комітету Верховної Ради України з питань боротьби з організованою злочинністю і корупцією з доопрацювання проектів законів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення та ін. У 2012 р. його було включено до складу Конституційної Асамблеї як спеціального допоміжного органу при Президентові України, утвореного з метою напрацювання пропозицій щодо змін Конституції України, та ін.

Академік В.І. Борисов є головним редактором збірника наукових праць «Питання боротьби зі злочинністю», заступником головного редактора електронного наукового видання «Вісник асоціації кримінального права України», а також членом редакційних колегій низки періодичних видань, серед яких

«Вісник Національної академії правових наук України», «Право України», «Проблеми законності» та ін.

Життєвий шлях Вячеслава Івановича можна вважати наочним втіленням ідеї видатного філософа Г. С. Сковороди про сродну (споріднену) працю, відповідно до якої важливою передумовою досягнення людиною щастя є діяльність, що відповідає її покликанню від народження. Підтвердженням цього є відзначення плідної роботи В. І. Борисова державними нагородами: медаллю «Ветеран труда» (1992), орденом «За заслуги» III ступеня (2003). У 1998 р. йому присвоєне почесне звання заслуженого юриста України. Він є лауреатом Державної премії України в галузі науки і техніки (2006). Також В. І. Борисов має численні відомчі відзнаки. Зокрема, він став тричі лауреатом Премії імені Ярослава Мудрого за видатні заслуги в законотворчій (2001), освітньо-видавничій діяльності (2002) та за видатні досягнення в науково-дослідницькій діяльності з проблем правознавства (2011), стипендіатом іменної стипендії Харківської обласної державної адміністрації імені В. П. Маслова (2007), лауреатом III Всеукраїнського конкурсу Спілки юристів України за номінацією «Юрист – науковий співробітник» (2003), «Відмінник освіти України» (2003), «Видатний юрист України» (2012). У 2012 р. він відзначений Подякою Генерального прокурора України за вагомий внесок у зміцнення правових основ законності та правопорядку, а також нагороджений Міжнародною академією рейтингових технологій і соціології «Золота Фортуна» медаллю «20 років незалежності України». У 2013 р. В. І. Борисова відзначено Подякою Президента Національної академії правових наук України «За плідну та сумлінну працю, значний внесок у організацію теоретичних та фундаментальних досліджень у сфері боротьби зі злочинністю і з нагоди 70-річчя від дня народження»; медаллю «Верховний Суд України – 90 років»; Сертифікатом вдячності Голови Державної служби України з контролю за наркотиками «За видатний внесок у розробку Стратегії державної політики України щодо наркотиків на період до 2020 року». У 2014 р. В. І. Борисов від Голови Конституційної Асамблеї отримав Подяку за вагомий внесок у розвиток українського конституціоналізму. У 2017 р. нагороджений орденом «За заслуги» II ступеня Союзу юристів України.

Шановний Вячеславе Івановичу! Прийміть щирі вітання з ювілеєм від Ваших колег, учнів та друзів! Зичимо Вам добробуту у родині, козацького здоров'я, втілення ваших задумів, творчих сил на подальшу плідну працю, корисну для суспільства та держави. Бажаємо Вам і надалі блискуче поєднувати організаційну, наукову та педагогічну діяльність!

Наукове видання

**ПРОБЛЕМИ
ЗАКОННОСТІ**

**PROBLEMS
OF LEGALITY**

**ПРОБЛЕМЫ
ЗАКОННОСТИ**

Збірник наукових праць

Випуск 140

Мови видання: українська, англійська, російська

Відповідальний за випуск проф. *А. П. Гетьман*

Редактор *П. М. Львова*
Коректор *Н. Г. Залюбовська*
Комп'ютерна верстка *А. Г. Якишина*

Підп. до друку 12.03.2018 р. Формат 70×100 ¹/₁₆. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 15,18. Обл.-вид. арк. 13,8.
Тираж 300 прим. Зам. № 18-03/1. Ціна договірна.

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
Редакційно-видавничий відділ наукових видань
Україна, 61024, м. Харків, вул. Пушкінська, 77, к. 412
тел. (057) 704-92-99, 704-89-16
e-mail: problzakon@ukr.net ; сайт: <http://plaw.nlu.edu.ua>

Віддруковано у ТОВ «Оберіг»
61140, м. Харків, проспект Гагаріна, 62, к. 97.
Свідоцтво про реєстрацію видавничої діяльності ДК № 3045 від 07.12.2007 р.