

Національна академія правових наук України  
Національний юридичний університет  
імені Ярослава Мудрого



# ВІСНИК

НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ  
ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

**Збірник наукових праць**

*Заснований у 1993 році*  
*Періодичність випуску – 4 номери на рік*

**№ 3 (86) 2016**

Харків  
«Право»  
2016

*Рекомендовано до друку Вченою радою  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого  
(протокол № 1 від 9 вересня 2016 р.)*

**Свідоцтво про державну реєстрацію**  
Серія КВ № 19889-9689Р від 09.04.2013 р.

**Збірник наукових праць внесено до Переліку  
наукових фахових видань у галузі юридичних наук**  
(наказ МОН України № 241 від 09.03.2016 р.)

**Збірник наукових праць включено до міжнародної наукометричної бази**  
Index Copernicus International  
(Варшава, Польща)

**Вісник Національної академії правових наук України** : зб. наук. пр. / редкол.:  
О. В. Петришин та ін. – Х. : Право, 2016. – № 3 (86). – 282 с.

***Засновники:***

Національна академія правових наук України  
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

***Видавець:***

Національна академія правових наук України

**Відповідальний за випуск**

*О. В. Петришин*

Матеріали друкуються українською, російською та англійською мовами

**Адреса редакційної колегії:** 61024, Харків, вул. Пушкінська, 70, Національна академія правових наук України. Тел. (057) 707-79-89

**Офіційний сайт:** visnyk.kh.ua

**e-mail:** visnyk\_naprnua@ukr.net

© Національна академія правових наук  
України, 2016

© Видавництво «Право», 2016

### НАУКОВА РАДА:

**В. Я. Тацій** – д-р юрид. наук, проф., акад. НАН України та НАПрН України (голова наук. ради); **Ю. В. Баулін** – д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Ю. П. Битяк** – д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **В. І. Борисов** – д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **В. Д. Гончаренко** – д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **С. В. Ківалов** – д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **О. Д. Крупчан** – д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Н. С. Кузнецова** – д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **В. К. Мамутов** – д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України та НАПрН України; **В. Т. Нор** – д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **О. В. Петришин** – д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **С. М. Прилипко** – д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **П. М. Рабінович** – д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **О. Д. Святоцький** – д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **А. О. Селіванов** – д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **В. П. Тихий** – д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Ю. С. Шемшученко** – д-р юрид. наук, проф., акад. НАН України та НАПрН України

### РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

**О. В. Петришин** – д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України (голова ред. колегії); **Ю. Є. Атаманова** – д-р юрид. наук, доц.; **Г. І. Балюк** – д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Ю. Г. Барабаш** – д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **В. С. Батиргарєєва** – д-р юрид. наук, ст. наук. співроб.; **Х. Н. Бехруз** – д-р юрид. наук, проф.; **А. Г. Бобкова** – д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **В. І. Борисова** – канд. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **М. В. Буроменський** – д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **В. М. Гарашук** – д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **В. В. Голіна** – д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Б. М. Головкін** – д-р юрид. наук, проф.; **К. В. Гусаров** – д-р юрид. наук, проф.; **Г. Г. Демиденко** – д-р юрид. наук, проф.; **Л. М. Демидова** – д-р юрид. наук, проф.; **В. А. Журавель** – д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Д. В. Задихайло** – д-р юрид. наук, проф.; **М. І. Іншин** – д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **О. В. Капліна** – д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **В. П. Колісник** – д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **В. В. Комаров** – канд. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **О. В. Кресін** – канд. юрид. наук, доц.; **М. П. Кучерявенко** – д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **В. В. Лемак** – д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **В. В. Луць** – д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **П. М. Любченко** – д-р юрид. наук, проф.; **Д. В. Лук'янов** – д-р юрид. наук, доц.; **С. І. Максимов** – д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Л. М. Москвич** – д-р юрид. наук, проф.; **І. В. Назаров** – д-р юрид. наук, проф.; **В. Я. Настюк** – д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **О. П. Орлюк** – д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **М. І. Панов** – д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **С. П. Погребняк** – д-р юрид. наук, проф.; **В. Г. Пилипчук** – д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **В. О. Рум'янцев** – д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **С. Г. Серьогіна** – д-р юрид. наук, доц.; **О. В. Скрипнюк** – д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **І. В. Спасибо-Фатєєва** – д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **В. Ю. Уркевич** – д-р юрид. наук, проф.; **В. А. Устименко** – д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Г. І. Чанишева** – д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **В. Ю. Шепітько** – д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **О. Г. Шило** – д-р юрид. наук, проф.; **М. В. Шульга** – д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **І. В. Яковюк** – д-р юрид. наук, проф.; **О. М. Ярошенко** – д-р юрид. наук, проф.

### ІНОЗЕМНІ ЧЛЕНИ РЕДАКЦІЙНОЇ КОЛЕГІЇ:

**Вільям Еліот Батлер** – проф. (США); **Чаба Варга** – проф. (Угорщина); **Томас Давуліс** – проф. (Литва); **Карл-Герман Кестнер** – проф. (ФРН); **Йошіке Курумисава** – проф. (Японія); **Снеголе Матюльсене** – проф. (Литва); **К. Л. Томашевський** – д-р юрид. наук, доц. (Республіка Білорусь); **Томаш Юстінський** – проф. (Польща)

# Зміст

## СХІДНОЄВРОПЕЙСЬКИЙ ФОРУМ З ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ «20 РОКІВ КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ: ЄВРОПЕЙСЬКА ПРАВОВА ТРАДИЦІЯ І УКРАЇНСЬКИЙ КОНТЕКСТ – ВИМІРИ ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ»

### ВІТАЛЬНЕ СЛОВО

О. В. Петришин .....	10
Ю. В. Баулін .....	11
Ю. П. Битяк .....	13
О. М. Новак .....	14

### ДОПОВІДІ

ВОДЯННИКОВ О. Ю. Роль окремої думки судді в розвитку конституційної юриспруденції.....	15
ЛЕМАК В. В. Реформа Конституції: технологічні вимоги на тлі європейського досвіду .....	23
ДАУКШЕНЕ І. Захист прав людини в Європі: взаємодія права ЄС та Європейської конвенції із захисту прав людини.....	31
ГУРСЬКІ М. Протоколи №15 та №16 до ЄКПЛ у контексті структурних недоліків європейського механізму захисту основних прав .....	32
ЯКУЛЕВИЧЕНЕ Л. Виклики і майбутнє права біженців у контексті європейської надзвичайної міграційної ситуації та відносин між ЄС і Туреччиною.....	40
СЕРЬОГІНА С. Г. Напрями вдосконалення правового регулювання місцевого самоврядування в аспекті європейської інтеграції.....	43
КУЗНЕЦОВА Н. С., КОХАНОВСЬКА О. В. Сучасне приватне право України: вектори європейського розвитку.....	49
МАЧЮЛАПІС В. Свобода договору у трудових відносинах: виклики права ЄС щодо переміщення робочої сили .....	56
ОРЛЮК О. П. Захист прав інтелектуальної власності в контексті європейської інтеграції .....	58
ЯКУБЄЦ А. Тренди в польському комерційному праві під час політичної трансформації та європейської інтеграції.....	75
БІТЕ В. Адаптація литовського акціонерного права до права ЄС: проблеми та засвоєні уроки.....	84

ФРОНЧАК К. Спільна сільськогосподарська політика 2014–2020 – спосіб збільшення органічного землеробства? .....	92
КАПЛІНА О. В. Імплементація міжнародно-правових стандартів у кримінальному провадженні України.....	98
ШИЛО О. Г. Проблеми адаптації кримінального процесуального законодавства України до права Європейського Союзу .....	102
НАСТЮК В. Я. Стандарти демократичного контролю над сектором безпеки .....	111

### **ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ПРАВ ЛЮДИНИ**

РАБІНОВИЧ П. М. Львівській лабораторії прав людини – 20 років .....	114
ГОНЧАРОВ В. В. Створення прав людини через їх проголошення.....	121
ГУДИМА Д. А. Принцип законності обмеження фізичної свободи у практиці Європейського суду з прав людини .....	128
ПАНКЕВИЧ О. З. Підстави обмежування прав людини: філософсько-правовий аспект .....	141
ДОБРЯНСЬКИЙ С. П. Юридичне гарантування основоположних прав людини у Європейському Союзі: проблеми та перспективи.....	151
РАБІНОВИЧ С. П. Можливості використання соціолого-правових підходів Ганса Кельзена при аналізі конституційних змін 2004–2014 років в Україні .....	162

### **ЗАГАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОЇ НАУКИ**

ЧЕРКАС М. Є. Чинники, що впливають на формування правосвідомості в Україні .....	172
---	-----

### **ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ТА АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА**

БАКУМОВ О. С. Правові позиції Європейського суду з прав людини щодо права на вільні вибори: спірні питання практики .....	183
ЛЕТНЯНЧИН Л. І. Конституційна судова реформа: проблеми та перспективи .....	194
МУЗА О. В. Адміністративно-процесуальні правовідносини як концептуальна вихідна формування адміністративно-процесуального права України.....	204
ПИСАРЕНКО Н. Б. Застосовність гарантій права на справедливий суд в адміністративному судочинстві: практика Європейського суду з прав людини та українські реалії .....	214

## ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ НАУК

РЕЗНІКОВА О. І. Криміналістичне дослідження особи корупціонера: напрями використання гомологічних даних.....	229
ХАРИТОНОВ С. О. Об'єкт і система військових злочинів.....	243

## НА ПОЧАТКУ ТВОРЧОГО ШЛЯХУ

БРУСЛИК О. Ю. Конституційно-правова трансформація британської монархії в новітню епоху Єлизавети II (стаття друга) .....	254
---	-----

## НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Правові системи сучасності: взаємодія та конфлікти ( <i>О. Кресін, Х. Бехруз</i> ) .....	266
--	-----

## РЕЦЕНЗІЇ

Нове дослідження щодо механізму реалізації судової влади ( <i>С. Шимон</i> ).....	270
--	-----

## НАШІ ЮВІЛЯРИ

Тертишніков В. І. ....	273
Аленін Ю. П. ....	274
Оборотов Ю. М. ....	276
Пам'яті Олександра Івановича Процевського .....	278

# Table of contents

## EASTERN EUROPEAN FORUM FOR LEGAL REFORM «20 YEARS ANNIVERSARY OF THE CONSTITUTION OF UKRAINE: EUROPEAN LEGAL TRADITION AND THE UKRAINIAN CONTEXT – MEASUREMENTS OF LEGAL REFORM»

### THE WELCOME SPEECH

<b>Petryshyn O.</b> .....	10
<b>Baulin Yu.</b> .....	11
<b>Bytiak Yu.</b> .....	13
<b>Novak O.</b> .....	14

### CONFERENCE REPORTS

VODIANNIKOV O. The Role of the Particular Thought of a Judge in Development of the Constitutional Jurisprudence.....	15
LEMAK V. The Reform of the Constitution: Technological Requirements on the Background of European Experience.....	23
DAUKŠIENĖ I. Protection of Human Rights in Europe: Interaction between the EU Law and the European Convention on Human Rights.....	31
GÓRSKI M. Protocol No. 15 to the ECHR in the Context of Structural Deficits of the European Mechanism of Protection of Fundamental Rights.....	32
YAKULEVICHENE L. Present and Future Challenges of Asylum Law and Policy in the EU.....	40
SEROHINA S. The Directions of Legal Regulation Improvement of the Local Government in the Framework of European Integration.....	43
KUZNIETSOVA N., KOKANOVSKA O. Modern Private Law of Ukraine: Vectors of European Development.....	49
MAČIULAITIS V. Freedom of Agreement in Labour Relations: Challenges of EU Law Transposition.....	56
ORLIUK O. Protection of International Property in the Context of the European Integration.....	58
JAKUBIEC A. Polish Commercial Law in the Time of Transformation and European Integration. Chosen Aspects.....	75
BITĖ V. Adaptation of Lithuanian Close Company Law to EU Law: Problems and Lessons Learned.....	84

FRĄCZAK K. Organic Farming in Proposed Future European Regulation – a Way to Develop or to Impede the Sector.....	92
KAPLINA O. Implementation of International Standards in Criminal Procedure of Ukraine.....	98
SHYLO O. The Problem of Adaptation of Criminal Procedural Legislation of Ukraine to the EU Law.....	102
NASTIUK V. Civil Control of Security Sector: International Experience and Perspectives in Ukraine.....	111

### **ISSUES OF THE THEORY OF HUMAN RIGHTS**

RABINOVYCH P. Lviv Laboratory on Human Rights – 20 Years.....	114
HONCHAROV V. Creation of Human Rights by Their Declaration.....	121
HUDYMA D. Principle of Lawfulness of the Restrictions on Physical Liberty in the Practice of the European Court of Human Rights.....	128
PANKEVYCH O. Grounds for Human Rights Limitations: Philosophic and Legal Aspects.....	141
DOBRYANSKIY S. Legal Protection of the Fundamental Rights in the European Union: Problems and Perspectives.....	151
RABINOVYCH S. How Hans Kelsen’s Sociological and Legal Approaches Can Be Apply in the Analysis of the Constitution’s Changes in Ukraine in 2004–2014.....	162

### **COMMON ISSUES OF LEGAL SCIENCE**

CHERKAS M. Factors Affecting the Formation Legal Awereness in Ukraine.....	172
---	-----

### **ISSUES OF CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW**

BAKUMOV O. The Legal Position of the European Court of Human Rights on the Right to Free Elections, Disputes Practice.....	183
LETNYANCHYN L. A Constitutional Judicial Reform: Problems and Perspective.....	194
MUZA O. Administrative and Procedural Legal Relations as Conceptual Initial of Forming of Administrative Procedure Law of Ukraine.....	204
PYSARENKO N. Applicability of the Right to a Fair Trial Guarantees in Administrative Justice: Practice of the European Court of Human Rights and Ukrainian Realities.....	214



## ISSUES OF CRIMINAL-LEGAL SCIENCES

REZNIKOVA O. Forensic Research of the Person of Corruption: the Way to Use Homology Data.....	229
KHARYTONOV S. Object and System of Military Crimes .....	243

## IN THE BEGINNING OF THE CAREER

BRUSLYK O. Constitutional-Law Legal Transformation of the British Monarchy in the New Era of Elizabeth II (The second article).....	254
--	-----

## SCIENTIFIC LIFE

Modern Legal Systems: Collaboration and Conflicts ( <i>O. Kresin, Kh. Bekhruz</i> ) .....	266
---	-----

## REVIEWS

A New Study on the Mechanism Implementating the Judiciary ( <i>P. Shymon</i> ) .....	270
--	-----

## OUR ANNIVERSARIES

<b>Tertyshnikov V. I.</b> .....	273
<b>Alenin Yu. P.</b> .....	274
<b>Oborotov Yu. M.</b> .....	276
<b>In Memory Of Oleksandr Ivanovych Protsevskii</b> .....	278

---

## Східноєвропейський форум з правової реформи «20 років Конституції України: європейська правова традиція і український контекст — виміри правової реформи»

Шановні учасники, дозвольте відкрити Східноєвропейський форум з правової реформи «20 років Конституції України: європейська правова традиція і український контекст – виміри правової реформи».

Форум відбувається за підтримки Координатора проектів ОБСЄ в Україні. У заході бере участь національний радник з юридичних питань Координатора проектів ОБСЄ в Україні Олександр Водянніков.

Співорганізаторами форуму також виступили: Національна академія правових наук України; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого; Лодзинський Університет (Польща); Університет Миколаса Ромеріса (Литва).

Особливо приємно вітати наших закордонних друзів: делегацію найбільшого юридичного вищого навчального закладу Литви – Університету Миколаса Ромеріса на чолі з деканом юридичного факультету **Лирою Якулевічене** та делегацію одного з провідних закладів Польщі – Лодзинського Університету на чолі з професором кафедри європейського конституційного права **Ізабелюю Скомерською-Муховською**. У конференції також бере участь декан юридичного факультету Вільнюського Державного Університету **Томас Давуліс**. Досвід ваших країн у питанні європейської інтеграції,

реформи наукової та освітньої сфери є дуже важливими для нас. Академія підписала з вашими університетами договори про співпрацю, і ця конференція є одним із заходів, спрямованих на його реалізацію. Сподіваюся, що наші контакти щороку будуть дедалі тіснішими.

Форум, присвячений важливим проблемам, на якому планується розглянути низку питань, відбуватиметься за такими напрямками: «Конституційна реформа і конституційний суд у світлі європейської правової традиції»; «Європейський конституціоналізм: поточні виклики для Європи»; «Розвиток демократичних інститутів в Україні в умовах європейської інтеграції»; «Європейський вимір реформи приватного права»; «Проблеми адаптації адміністративного, господарського, аграрного і екологічного законодавства України до законодавства ЄС»; «Адаптація національного законодавства України до законодавства Європейського Союзу у сфері юстиції та безпеки».

Ураховуючи, що форум відбуватиметься напередодні Дня науки – професійного свята українських науковців, я вітаю всіх із цим святом та бажаю здоров'я, щастя, нових вражень і наукових досягнень.

**О. В. Петришин**, доктор юридичних наук, професор, президент НАПрН України

## Шановні колеги!

Від імені суддів Конституційного Суду України щиросеречно вітаю вас із початком роботи Східноєвропейського форуму з правової реформи «20 років Конституції України: європейська правова традиція і український контекст – виміри правової реформи».

Обрана організаторами цього представницького зібрання науковців у галузі права тема «20 років Конституції України: європейська правова традиція і український контекст – виміри правової реформи» – напрочуд важлива й актуальна, оскільки останнім часом намітився «прорив» у реалізації довгоочікуваних суспільством реформ вітчизняного законодавства.

Зробивши вибір на користь інтеграції з Європейським співтовариством, Українська держава взяла на себе зобов'язання щодо реформування законодавства відповідно до загально-визнаних міжнародних стандартів. Як свідчать послідовні та цілеспрямовані дії Парламенту, Президента, Уряду України, незважаючи на жорсткий опір колись дружньої сусідньої держави, ці зобов'язання виконуються, і наші європейські партнери розуміють це.

Водночас, як слушно визначили організатори форуму, прогресивні реформаторські перетворення повинні спиратися на європейські правові традиції, а реалізовуватися в українському контексті, що відповідає загально-визнаному принципу субсидіарності в сучасному міжнародному праві.

Не варто забувати, що українська правова наука і практика має глибоке

історичне підґрунтя. Досить лише згадати «Руську Правду», яка, на відміну від тогочасного європейського права, не передбачала застосування смертної кари, і Конституцію Пилипа Орлика, яка майже на сторіччя випередила Конституцію США. Закладені у цих та інших історичних документах ідеї справедливості і демократії як такі, що відповідають менталітету українців, дістали своє втілення і в сучасних правових актах незалежної Української держави, насамперед – у Конституції України 1996 року, високо оціненій іноземними фахівцями у галузі конституційного права.

Слід зазначити, що 20 років дії Основного Закону України свідчать про те, що окремі його положення, зокрема щодо реалізації головного постулату незалежної та суверенної України – визнання її демократичною, правовою і соціальною державою, потребують розвитку. При цьому наші співвітчизники можуть сподіватися на те, що новели, які готує законодавець із цих питань, сприятимуть прогресу в регулюванні правовідносин у соціумі, формуванні інститутів громадянського суспільства, удосконаленні загальнодержавного механізму захисту їхніх конституційних прав, свобод і законних інтересів.

У цьому контексті особливого значення набувають зустрічі вітчизняних та зарубіжних фахівців для обміну науковими розробками і досвідом, з метою напрацювання рекомендацій законодавцю щодо органічного поєднання європейських і вітчизняних

традицій у процесі конституційного реформування.

Оскільки конституційна реформа – тривалий за часом процес, який стосується регулювання правовідносин практично у всіх галузях суспільного життя, то вважаю за доцільне підтримати ідею не обмежуватися тільки сьогоднішнім обговоренням проблем у галузі права, а зробити такі зустрічі традиційними, наприклад щорічними. На мій погляд, це сприятиме вирішенню головного за-

вдання реформи вітчизняного законодавства – створення надійного правового фундаменту для реалізації цілей і завдань Української держави.

На завершення хочу побажати учасникам Східноєвропейського форуму правових реформ творчого натхнення, плідної роботи та цікавих дискусій.

*Ю. В. Баулін*, доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, Голова Конституційного Суду України

## Вельмишановні учасники та гості Східноєвропейського форуму з правової реформи!

Дозвольте від імені Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого привітати всіх із нагоди відкриття Східноєвропейського форуму з правової реформи на тему: «20 років Конституції України: європейська правова традиція і український контекст – виміри правової реформи», організаторами та співорганізаторами якого виступили Національна академія правових наук України, Координатор проектів ОБСЄ в Україні, Лодзинський Університет (Польща), Університет Миколаса Ромеріса (Литва).

Участь у роботі Форуму беруть не тільки вчені-правознавці з України, а й вчені з Лодзинського Університету (Польща), Університету Миколаса Ромеріса (Литва), декан юридичного факультету Вільнюського Державного Університету Томас Давуліс, а також керівники вищих судових та центральних правоохоронних органів.

Хотілося б відзначити, що Університет досить тісно співпрацює з європейськими університетами у сфері академічної мобільності студентів. Так, із метою розширення можливостей працевлаштування випускників запроваджено підготовку фахівців за магістерською програмою «Міжнародне право», за якою студенти зможуть отримувати дипломи Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого та магістра міжнародного права Університету Миколаса Ромеріса. Співробіт-

ництво у сфері академічної мобільності студентів є одним із пріоритетних напрямів міжнародної діяльності Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

Усіх присутніх на цій конференції поєднує єдина мета – виробити оптимальні моделі побудови нової Конституції. Основний Закон держави виступає підґрунтям модернізації правової системи, держави й суспільства, чинником демократизації соціуму. Суттєве значення має й те, що Конституція є політико-правовою базою стабільності державного й суспільного ладу, конституційно-правового статусу особи. Отже, дедалі жорсткішою і настійнішою стає необхідність захисту, охорони Конституції за допомогою відповідних механізмів. Не можна допустити, щоб Основний Закон перетворювався на розмінну монету, об'єкт лобістських посягань чи особистих амбіцій.

Сьогодні мені надзвичайно приємно вітати всіх присутніх на конференції. Бажаю всім успіхів, натхнення, творчої наснаги. Сподіваюсь, що результати нашої праці будуть вагомим внеском під час розробки та прийняття нової Конституції.

**Ю. П. Битяк**, доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, перший проректор Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

## Шановні учасники конференції!

Хочу передати вам привітання від Харківського міського голови – Кернеса Геннадія Адольфовича, депутатів Харківської міської ради та привітати вас особисто.

Харків можна назвати не тільки першою, а й юридичною столицею нашої держави. У Харкові функціонує найбільший у державі Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, в якому навчається понад 14 тисяч майбутніх юристів. У нашому місті розташована єдина, поза межами Києва, галузева академія наук – Національна академія правових наук України, яка об'єднує найавторитетніших учених-правників України. Три з шести науково-дослідних інститутів Академії розміщуються в Харкові. Тому вибір місця проведення цього важливого заходу є цілком виправданим.

Тематика конференції особливо цікава у світлі реалізації угоди між Україною та Європейським співтовариством, децентралізації влади та реформи місцевого самоврядування. Європейські цінності, європейський досвід функціонування місцевого самоврядування є тим прикладом та взірцем, якого ми намагаємося прагнути. Тому висновки конференції можуть стати у пригоді при втіленні передових європейських практик у частині функціонування місцевого самоврядування.

Бажаю плідної праці всім учасникам Східноєвропейського форуму з правової реформи «20 років Конституції України: європейська правова традиція і український контекст – виміри правової реформи».

*О. М. Новак*, секретар Харківської міської ради

**ВОДЯННИКОВ ОЛЕКСАНДР ЮРІЙОВИЧ,**

консультант Конституційної Комісії,

член Ради з питань судової реформи

## Роль окремої думки судді в розвитку конституційної юриспруденції

Останні два роки функціонування Конституційного Суду України в нових умовах суспільно-політичних змін в нашій державі, що позначилися непростиими процесами конституційної і судової реформи, привернули увагу і політичної еліти, і громадськості, і наукового співтовариства до інституту окремої думки. Більше того, самі судді Конституційного Суду України почали широко використовувати цей інструмент у тому сенсі, який був позначений суддею Конституційного Суду України Станіславом Шевчуком у його першій окремій думці: «...обгрунтована окрема думка виконує важливу функцію виправлення помилок, допущених у рішенні, спонукає до законодавчого втручання у питання та може слугувати моделлю для виправлення як суддівських, так і законодавчих помилок у майбутньому»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Окрема думка судді Конституційного Суду України Шевчука С. В. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України та суддів вимогам статей 157 і 158 Конституції України // Вісн. Конституц. Суду України. – 2015. – № 4. – С. 54.

Такий підхід, який прийшов на заміну негативному ставленню до цього інституту у минулому<sup>2</sup>, визначає нові обрії розвитку конституційної юриспруденції в Україні. Адже, якщо звернутися до практики іноземних органів конституційної юрисдикції, окрема думка становить важливий інструмент розвитку конституційної практики і доктрини. Як зазначив Уільям Бренан, суддя Верховного суду США, право на окрему думку «є однією із великих і дорогоцінних свобод, якими ми користуємося в силу прекрасного випадку бути народженими на американській землі»<sup>3</sup>. Бора Ласкін, у минулому Голова Верховного суду Канади, також вказувала, що «дорогоцінне

<sup>2</sup> Наприклад, Голова Конституційного Суду України Анатолій Головін в одній зі своїх публікацій зазначає таке: «Постає запитання: чи варто у випадках, коли автору не вдалося навести вагомих аргументів на користь своєї позиції, переконати колег у доцільності запропонованих пропозицій чи поправок, виносити їх на суд громадськості чи перетворювати на об'єкт «наукових дискусій», ставлячи тим самим під сумнів рішення колегіального органу, які, до речі, є обов'язковими до виконання? На наш погляд, ні» (див. Закон і Бізнес. – 2012. – 19–25 трав. (№ 21 (1060)). – С. 4).

<sup>3</sup> Brennan W. In Defense of Dissents / W. Brennan // Hastings Law Journal. – 1986. – Vol. 37, No. 3. – P. 438.

право на окрему думку... притаманне утворенню Верховного Суду»<sup>1</sup>. Суддя Станіслав Шевчук з Конституційного Суду України також підсумував: «окрема думка судді... є важливим інструментом діалогу про нагальні питання у демократичному суспільстві»<sup>2</sup>.

Як справедливо підкреслив Д. Лилак, «Інститут окремої думки суддів є загально визнаним у світі, водночас серед науковців питання щодо нього є дискусійним»<sup>3</sup>. З одного боку, не у всіх країнах суддям дозволяється висловлювати окремі думки. Йдеться про так звану французьку модель, до речі, застосовану при утворенні Суду ЄС, де суддям заборонено висловлювати окремі думки<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Laskin B. The Supreme Court of Canada: A Final Court of and for Canadians // Canadian Bar Review. – 1951. – Vol. 29, No. 10. – P. 1048.

<sup>2</sup> Окрема думка судді Конституційного Суду України Шевчука С. В. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/1-v/2016-06.pdf>.

<sup>3</sup> Лилак Д. Інститут окремої думки в конституційному судочинстві (порівняльний аналіз) / Д. Лилак // Вісн. Конституц. Суду України. – 2011. – №4–5. – С. 131. Див. також: Чередніченко О. С. Історичний процес становлення окремої думки судді як інституту в кримінальному судочинстві України / О. С. Чередніченко // Держава і право: юридичні і політичні науки : зб. наук. пр. – К., 2010. – Вип. №49. – С. 494; Верещагин А. Н. Особые мнения в российских судах / А. Н. Верещагин // Государство и право. – 2008. – №2. – С. 13.

<sup>4</sup> Так, в Італії та ФРН при створенні Конституційних Судів з самого початку окремі думки були утаємничені з огляду на принцип «таємниці нарадчої кімнати» (див.: Nadelmann K. Non-Disclosure of Dissents in Constitutional Courts: Italy and West Germany / K. Nadelmann // The American Journal of Comparative Law. – 1964. – Vol. 13, No. 2. – P. 268–276).

Таким само чином з 1878 по 1966 роки суддям Таємної ради Великої Британії було заборонено оприлюднювати свої окремі думки<sup>5</sup>. Критики інституту окремої думки називали його «найбільш шкідливою зі всіх суддівських помилок»<sup>6</sup>, адже, на їхню думку, цей інститут спричиняє невизначеність та правову анархію у судовій та правовій системі.

Становлення цього інституту походить корінням у середньовічну юриспруденцію, а саме процедуру *seriatim*: в її основу була покладена концепція, згідно з якою середньовічні судді, виступаючи особистими радниками короля, висловлювали власні думки та обґрунтування з тим, щоб король приймав зважене рішення<sup>7</sup>. Ця процедура полягала в тому, що після заслуховування справи кожен суддя висловлював свою власну позицію щодо рішення без будь-яких нарад з колегами<sup>8</sup>. Незважаючи на спробу лорда Мансфілда реформувати цю практику у 1756 році<sup>9</sup>, запровадивши процедуру нарадчої кім-

<sup>5</sup> Див. докл.: Megarry R. E. Dissenting Reasons in the Judicial Committee / R. E. Megarry // Law Quarterly Review. – 1998. – № 114. – P. 574.

<sup>6</sup> Bowen W. A. Dissenting Opinions / W. A. Bowen // Green Bag. – 1905. – № 17. – P. 693.

<sup>7</sup> Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. – К.: Реферат, 2007. – С. 371.

<sup>8</sup> Див.: Henderson M. From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent / M. Henderson // Supreme Court Review. – 2007. – P. 292; Austin J. The Law of Citations and Seriatim Opinions: Were the Ancient Romans and the Early Supreme Court on the Right Track? / J. Austin // Northern Illinois University Law Review. – 2010–2011. – Vol. 31. – P. 30.

<sup>9</sup> Докл. див.: Henderson M. From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent / M. Henderson // Supreme Court Review. – 2007. – P. 294.



нати і винесення одностайного рішення, англійська судова практика досить швидко повернулася до процедури *seriatim*<sup>1</sup>.

У США перші роки функціонування Верховного суду також позначені слідуванням цій практиці<sup>2</sup>. Власне перша спроба відмовитися від процедури *seriatim* була здійснена в апеляційному суді штату Вірджинія, голова якого суддя Едмунд Педдлтон, під впливом підходів лорда Мансфілда, запровадив процедуру закритого обговорення проєкту рішення і винесення єдиного рішення<sup>3</sup>. Однак під тиском республіканців, зокрема Томаса Джефферсона, практика *seriatim* була відновлена після призначення нового голови суду. На думку Джефферсона, така практика мала чотири переваги: 1) вона покращує прозорість і підзвітність судового провадження; 2) вона показує, що кожен суддя розглянув справу і зрозумів її суть; 3) прецедентна сила рішення легше визначається на основі голосів суддів та 4) вона дозволяє суддям у майбутньому скасувати поганий прецедент на основі обґрунтувань, висловлених попередниками<sup>4</sup>.

Остаточна відмова від практики *seriatim* в юриспруденції американських судів пов'язана з іменем Джона Маршала, голови Верховного суду

США. Коли Дж. Маршал обійняв цю посаду, судова гілка влади в США була найслабкішою за всю її історію. Перед новим главою Верховного суду постало непросте завдання забезпечити рівність судової гілки влади з двома іншими. Тому він розглядав відмову від практики *seriatim* як один із ключових кроків задля досягнення цієї мети<sup>5</sup>. Власне з цього моменту в історії бере свій початок інститут окремої думки в конституційній юриспруденції.

Сам термін «окрема думка» (англ./фр. – *separate opinion/opinion séparée*) є родовим та охоплює обидва види окремих думок: *concurring opinion* (англ.)/*opinion concordante* або *opinion individuelle* (фр.), коли суддя, погоджуючись із резолютивною частиною судового рішення, викладає відмінні або додаткові підстави чи обґрунтування; та *dissenting opinion* (англ.)/*opinion dissidente* (фр.), коли суддя, не погоджуючись із позицією більшості, обґрунтовує свою незгоду. В практиці окремих іноземних органів конституційної юрисдикції та у деяких міжнародних судових органах існує проміжний вид окремої думки, в якій суддя обґрунтовує, чому він частково погоджується з рішенням більшості, а частково заперечує та викладає відповідне правове обґрунтування своєї

<sup>1</sup> Див.: Ibid. P. 302–303.

<sup>2</sup> Див.: Hochschild A. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective / A. Hochschild // Washington University Journal of Law & Policy. – 2000. – Vol. 4. – P. 263–267.

<sup>3</sup> Henderson M. From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent / M. Henderson // Supreme Court Review. – 2007. – P. 304.

<sup>4</sup> Ibid. P. 305.

<sup>5</sup> Докл. див.: Austin J. The Law of Citations and Seriatim Opinions: Were the Ancient Romans and the Early Supreme Court on the Right Track? / J. Austin // Northern Illinois University Law Review. – 2010–2011. – Vol. 31. – P. 28; The Oxford Companion to the Supreme Court of The United States / Kermit L. Hall et al. eds. – Oxford: Oxford University Press, 1992. – P. 780.

позиції (т. зв. «*partly concurring and partly dissenting opinion*» – англ.)<sup>1</sup>.

Право на окрему думку, як вважають самі судді органів конституційної юрисдикції та переважна більшість дослідників, ґрунтується на двох конституційних цінностях: свободи вираження та суддівської незалежності<sup>2</sup>. Суддя Верховного суду Канади Клер Л'Ерью-Дюбе вказує, що «дозвіл на окрему думку привносить певний ступінь демократії та свободи вираження в процес винесення судового рішення, адже кожен суддя отримує можливість брати повну участь у ньому, навіть якщо думка більшості визначає його результат»<sup>3</sup>. Таким же чином покійний суддя Верховного суду США Антонін Скалія, торкаючись питання інституту окремої думки, досить пристрасно писав: «Бути здатним написати думку виключно для себе без необхідності пристосовуватись будь-якою мірою до більш-менш відмінних

один від одного поглядів своїх колег; висвітити ті питання права, які сам, але не інші, вважаєш за важливі; чітко висловити критичні зауваження, або погані передчуття, або зневіру, або переконання, які на власну думку стосуються підходу більшості – це дійсно неперевершене задоволення»<sup>4</sup>.

Друга конституційна цінність, яка визначає важливість окремої думки, а саме забезпечення незалежності суддів, має два виміри: внутрішньої та зовнішньої незалежності<sup>5</sup>. Перший вимір полягає у незалежності судді від своїх колег, а другий – від інших гілок влади. Інститут окремої думки забезпечує те, що суддя при розгляді справи відповідає лише перед своєю свідомістю і сумлінням: «... можливість висловити окрему думку звільняє [суддів] від тиску дотримуватися поглядів, які вони фактично не поділяють, та забезпечує, що вони здатні дотриматися зобов'язання, що міститься в їх суддівській присязі»<sup>6</sup>. Таким же чином Дж. Альдер обґрунтовує, що інститут окремої думки забезпечує рівність між суддями, адже жодна точка зору не утискається<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Див.: Окрема думка судді Конституційного Суду України Шевчука С. В. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/1-v/2016-06.pdf>.

<sup>2</sup> Див.: Lynch A. Is Judicial Dissent Constitutionally Protected? / A. Lynch // *Macquarie Law Journal*. – 2004. – Vol. 4. – P. 81; Little R. Reading Justice Brennan: Is There a 'Right' to Dissent? / R. Little // *Hastings Law Journal*. – 1999. – Vol. 50, No. 4. – P. 683; Vitale D. The Value of Dissenting Constitutional Adjudication: A Context-Specific Analysis / D. Vitale // *Review of Constitutional Studies / Revue d'études constitutionnelles*. – 2014. – Vol. 19, No. 1. – P. 86.

<sup>3</sup> L'Heureux-Dubé C. The Dissenting Opinion: Voice of the Future? / C. L'Heureux-Dubé // *Osgoode Hall Law Journal*. – 2000. – Vol. 38, No. 3. – P. 503.

<sup>4</sup> Scalia A. The Dissenting Opinion / A. Scalia // *Journal of Supreme Court History*. – 1994. – Vol. 19, No. 1. – P. 42.

<sup>5</sup> Див.: Laffranque J. Dissenting Opinion and Judicial Independence / J. Laffranque // *Juridica International*. – 2003. – Vol. 8. – P. 167; Lynch A. Dissent: The Rewards and Risks of Judicial Disagreement in the High Court of Australia / A. Lynch // *Melbourne University Law Review*. – 2003. – Vol. 27, No. 3. – P. 738.

<sup>6</sup> Lynch A. Dissent: The Rewards and Risks of Judicial Disagreement in the High Court of Australia / A. Lynch // *Melbourne University Law Review*. – 2003. – Vol. 27, No. 3. – P. 739.

<sup>7</sup> Alder J. Dissents in Courts of Last Resort: Tragic Choices? / J. Alder // *Oxford Journal of Legal Studies*. – 2000. – Vol. 20, No. 2. – P. 240.

Однак не менш важливим, а в українському контексті, ймовірно, найбільш важливим аспектом інституту окремої думки, є її вплив на аргументацію та обґрунтованість судового рішення: окремі думки не тільки допомагають визначити і висвітлити юридичні питання у справі, а й викладають ті аргументи і обґрунтування, на які у більшості, що приймає рішення, виникає потреба відповісти. Тобто навіть сама можливість окремої думки спонукає більшість суду більш ретельно підійти до викладення юридичного обґрунтування свого рішення<sup>1</sup>. Як підсумував суддя Конституційного Суду України Станіслав Шевчук, «... окрему думку слід розглядати в більш широкому контексті розвитку конституційного права, а викладені в ній позиції, що обмежують, розширюють, пояснюють наведені в судовому рішенні позиції більшості чи навіть суперечать ним, закладають перспективні напрями такого розвитку. Це особливо важливо у випадках, коли подекуди складний процес формування позиції більшості в суді залишає вирішення значущих конституційно-правових питань на майбутнє або має наслідком формування правових позицій, з яких складно вивести керівний принцип чи положення. Роль окремої думки у подібних випадках полягає у так би мовити інсайдерському коментарі до такого рішення та висвітленні важливих

питань, що розглядалися в нарадчій кімнаті, але через особливості процесу досягнення компромісу серед суддів більшості були обійдені мовчанням або залишені на майбутнє»<sup>2</sup>.

Розглядаючи питання ролі інституту окремої думки в розвитку конституційної юриспруденції, слід перш за все виходити з ролі органу конституційної юрисдикції в демократичному суспільстві. Адже така роль полягає не в узурпації влади над текстом Конституції. Виключне повноваження щодо офіційного тлумачення конституційного тексту та монополія на вирішення питань про відповідність законів та інших правових актів Конституції України визначають фундаментальну функцію Конституційного Суду захищати конституцію, права людини та основні свободи від їх порушень органами державної влади<sup>3</sup>. Як зазначає А. Барак: «Демократія – це делікатний баланс між правлінням більшості та фундаментальними цінностями суспільства, яким ця більшість підпорядковується... Коли судді тлумачать конституційні положення та визнають нечинними ці шкідливі закони, вони надають силу фундаментальним цінностям суспільства. Таким чи-

<sup>2</sup> Окрема думка судді Конституційного Суду України Шевчука С. В. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/1-v/2016-06.pdf>.

<sup>3</sup> Див.: Шевчук С. Європейські стандарти обмеження люстраційних заходів: правовий аспект / С. Шевчук // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 2(45). – С. 32–42.

<sup>1</sup> Ibid.; Vitale D. The Value of Dissent in Constitutional Adjudication: A Context-Specific Analysis / D. Vitale // *Review of Constitutional Studies / Revue d'études constitutionnelles*. – 2014. – Vol. 19, No. 1. – P. 87; Brennan W. In Defense of Dissents / W. Brennan // *Hastings Law Journal*. – 1986. – Vol. 37, No. 3. – P. 430.

ном, вони захищатимуть конституційну демократію та утримуватимуть делікатний баланс, на якому вона заснована»<sup>1</sup>. Завданням Конституційного Суду і судової влади в цілому є захист Конституції і забезпечення дотримання законодавцем вказаного обов'язку. Як справедливо вказувала Беверлі Маклохлін, суддя Верховного суду Канади, «Обрані законодавці підпорядковуються Конституції і повинні залишатися в її рамках; це ж стосується і судів. Суди несуть обов'язок вирішувати, чи дотримуються законодавці цього обов'язку. Демократія – дещо більше за популізм, це правомірне здійснення влади, визначеної Конституцією... Коли суди визнають закон неконституційним, вони не обмежують верховенство парламенту. Вони просто тлумачать межі, які встановлені Конституцією щодо парламенту»<sup>2</sup>.

Режим конституційної демократії, що прийшов на зміну парламентській демократії з її «тиранією більшості», визначив формування дискурсивної конституції постмодерної держави<sup>3</sup>, де, на думку Ю. Габермаса, формальну раціональність змінює процесуальна ра-

ціональність права, що дістає свій вияв у діяльності органів правосуддя<sup>4</sup>. Дискурсивна конституція постмодерної держави визначає нову парадигму легітимації права: позитивне право у сучасному суспільстві є легітимним за умов відсутності порушення або диспропорційного обмеження конституційних прав та свобод, а також його відповідності конституційним нормам, принципам та цінностям. Тобто призначення конституційних судів у сучасному суспільстві полягає в забезпеченні функціонування нової ціннісно-орієнтованої парадигми права. Як зазначив Конституційний суд Чехії, «Конституція є не просто мапою установ та процедур; вона містить у своєму тексті певні керівні ідеї, що виражають основоположні непорушні цінності демократичного суспільства, які зв'язують навіть законодавця»<sup>5</sup>.

Разом з тим дискурсивна конституція постмодерну обертається навколо конституційного тексту: «Особливе значення дискурсивних практик в європейській цивілізації сформувалося в силу особливого значення, яке має текст. Власне з огляду на таке значення тексту в історії європейської цивілізації розвинулося розуміння і поняття конституції та конституціоналізму. Саме в цьому аспекті слід шукати корені сучасного розуміння конституції як дискурсу, що еволюціонувало з розуміння конституції як тексту... [Т]екст є альфою і оме-

<sup>1</sup> Barak A. Foreword: A Judgeon Judging: The Role of Supreme Courtin a Democracy / A. Barak // Harvard Law Review. – 2002. – Vol. 116. – P. 49–50.

<sup>2</sup> McLachlin B. Charter Myths / B. McLachlin // University of British Columbia Law Review. – 1999–2000. – Vol. 33, No. 1. – P. 31.

<sup>3</sup> Водяніков О. Між Левіафаном і Бегемотом: Конституція-дискурс і кримінальне право в умовах постмодерну / О. Водяніков // Кримінальна юстиція в Україні: виклики та перспективи в світлі конституційної реформи : зб. тез Першого Львів. форуму з крим. юстиції. – К. : ВАІТЕ, 2015. – С. 17, 21.

<sup>4</sup> Dyzenhaus D. Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Hellerin Weimar / D. Dyzenhaus. – Oxford : Oxford University Press, 1997. – P. 101.

<sup>5</sup> Judgment of the Constitutional Court of Czech Republic Pl.US 19/93, dated 21 December 1993.

гою сучасного права незалежно від підходів, категорій та концепцій конкретної правової системи. Текст є якорем права»<sup>1</sup>. Дискурсивність конституції з такої точки зору одночасно і обмежує інтерпретаційну дискрецію конституційного судді, і розширює інструментарій виведення змісту, адже вона не є нейтральним посередником у формуванні та поширенні цінностей, змісту та знання, які існують поза її рамками, дискурсивність є тим фактором, що їх формує; дискурс становить зміст<sup>2</sup>.

Окрема думка судді – невід’ємний інструмент у подоланні «тиранії більшості», важлива частина конституційного дискурсу, форма діалогу з суддями, правниками, суспільством, як теперішніми, так і майбутніми, з важливих питань, що постали в конституційному провадженні. З точки зору дискурсивної парадигми сучасного конституціоналізму інститут окремої думки в конституційній юриспруденції виконує додаткову функцію легітимації як самого органу конституційної юрисдикції в демократичній державі, так і тієї експлікації конституційного тексту, що міститься в його рішеннях.

Вплив якісної, обґрунтованої окремої думки на формування юридичного дискурсу в державі, а подекуди і за її межами, важко переоцінити, адже мо-

ральний, правовий і науковий світ, в якому народжуються правові ідеї, концепції, принципи та теорії, не є статичним. Позиція судді, викладена в окремій думці, може згодом стати позицією більшості суду при здійсненні конституційного судочинства, як це мало місце з окремою думкою судді Верховного суду США Гарлана у справі *Plessy v. Ferguson*, в якій він відкинув концепцію расової сегрегації<sup>3</sup>, і яка майже півстоліття пізніше була покладена в основу рішення більшості у справі *Brown v. Board of Education*<sup>4</sup>. В умовах глобалізації і поглиблення зв’язків між органами конституційної юрисдикції різних країн окрема думка стає інструментом глобального судового діалогу, взаємних впливів і запозичень. Вже хрестоматійним прикладом<sup>5</sup> щодо цього є окрема думка судді Верховного суду США В. Бренана у справі *Gregg v. Georgia*<sup>6</sup>, яка стала керівним прецедентом при вирішенні справи *S. v. Makwanyane and Another* у Конституційному суді Південно-Африканської Республіки<sup>7</sup>.

Підсумовуючи, слід навести думку судді Конституційного Суду України С. Шевчука, в якій викладена квінтесенція ролі інституту окремої думки

<sup>3</sup> *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537, 552 (1896) (Harlan, J., dissenting).

<sup>4</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U. S. 483 (1954).

<sup>5</sup> Див.: Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні / С. Шевчук. – К.: Реферат, 2007. – С. 372.

<sup>6</sup> *Gregg v. Georgia, Proffitt v. Florida, Jurek v. Texas, Woodson v. North Carolina, and Roberts v. Louisiana*, 428 U. S. 153 (1976) (Brennan J., dissenting).

<sup>7</sup> *S. v. Makwanyane and Another*; Constitutional Court, South Africa 1995, CCT 3/1994, 1995 (6) BCLR 665 (CC), (per Chaskalson J.).

<sup>1</sup> Водянніков О. Між Левіафаном і Бегемотом: Конституція-дискурс і кримінальне право в умовах постмодерну / О. Водянніков // Кримінальна юстиція в Україні: виклики та перспективи в світлі конституційної реформи : зб. тез Першого Львів. форуму з крим. юстиції. – К.: ВАІТЕ, 2015. – С. 12.

<sup>2</sup> Discourse // Barker C. The SAGE Dictionary of Cultural Studies / C. Barker. – London, Thousand Oaks, New Dehli : SAGE Publications, 2004. – P. 54–55.

в розвитку сучасного конституційного права: «Окрема думка є тим маркером, який визначає подальшу науково-практичну дискусію, формує дискурс суспільно-політичного діалогу з важливих конституційних питань, який відбувається на різних рівнях і між різними групами: суддями Конституційного Суду України та судів загальної юрисдикції, законодавцями, урядовими юристами та всією небайдужою громадськістю. Адже особливістю конститу-

ційної юстиції завжди є те, що головним у цьому дискурсі є народ як носій установчої влади. І в рамках такого діалогу значення окремої думки є особливим»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Окрема думка судді Конституційного Суду України Шевчука С. В. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України та суддів вимогам статей 157 і 158 Конституції України // Вісн. Конституц. Суду України. – 2015. – № 4. – С. 54–55.

---

**ЛЕМАК ВАСИЛЬ ВАСИЛЬОВИЧ,**

*завідувач кафедри теорії та історії держави і права ДВНЗ «Ужгородський національний університет», доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України*

## **Реформа Конституції: технологічні вимоги на тлі європейського досвіду**

Питання технологічної складової конституційної реформи є настільки ж важливими, як і питання її змісту, а потреба виокремлення цього аспекту цілком підтверджується відповідною практикою в Україні. Належний процес реформи не обов'язково дасть очікуваний результат, але, слід визнати, повага до процедури, консенсус щодо процесу реформи надає пропонованим змінам більшого шансу як для «проходження», так і для їх сприйняття суспільством.

Ілюстрація від протилежного. Подання одночасно декількох законопроектів про внесення змін до Конституції України створює проблему узгодженості між ними самими. Йдеться не лише про колізійність між ними (коли має місце різне регулювання одних і тих же питань), а й про сприйняття Конституції як цілісного і системного документа. Така технологічна ситуація створює поле невизначеності як щодо предмета, так і щодо тривалості реформи. Ясності процесу реформи не додало й рішення Конституційного Суду від 15 березня 2016 р., яким встановлено, що положен-

ня ст. 155 Конституції «на наступній черговій сесії Верховної Ради України» необхідно розуміти так (цитуюемо): «наступною черговою сесією Верховної Ради України є чергова сесія парламенту, яка має відбутися відповідно до положень розділу XIII...», тобто де-факто йдеться про будь-яку наступну чергову сесію парламенту [1]. Якщо резюмувати, то залишаються невідомими чіткий сценарій конституційної реформи, її цілі, ймовірність внесення наступних змін (окрім питань децентралізації влади та правосуддя) – такі питання є надважливими для ходу реформи і вибудови ефективного конституційного правопорядку в Україні.

Європейський досвід останніх десятиліть демонструє десятки зразків успішного проведення реформ конституції, він є різноманітним з огляду на завдання реформ і специфіки підходів в окремих державах, однак його обсяг насправді значний. Півтора десятки держав Центральної і Південно-Східної Європи, прийняті в ЄС у декілька «хвиль», завчасно провели в себе конституційні реформи (деякі – схвалили

нові конституції). Низка розвинутих демократичних держав також провели в 1990–2000-ні роки конституційні реформи – як локальні (Німеччина, Франція), так і масштабні (Швейцарія, Велика Британія). Увесь цей емпіричний масив заслуговує на увагу й використання, а його аналіз дозволяє виробити певний набір «технологічних вимог» до конституційної реформи.

Звертаємо увагу на ключові та взаємопов'язані між собою проблеми технології конституційної реформи.

**1. Дотримання діючих конституційних процедур внесення змін до конституції.** Така вимога сприймається «*a priori*» в європейських державах, однак нагадати про неї не вважаємо зайвим на тлі вітчизняного досвіду конституційного реформування. Спроби проведення конституційної реформи в неконституційний спосіб, слід визнати, стали вже «традицією» впродовж останніх двох десятиліть. Тут варто згадати і конституційний договір 8 червня 1995 р., укладений всупереч діючим конституційним процедурам, і спробу проведення конституційної реформи шляхом всеукраїнського референдуму 16 квітня 2000 р. (також всупереч порядку, визначеному розд. XIII Конституції). Ще двома етапами подібної практики виступали внесення змін до Конституції 8 грудня 2004 р. і особливо – феномен «визнання неконституційним» закону про внесення змін до Конституції 2004 р. рішенням Конституційного Суду 30 вересня 2010 р. («відновлено» первинну редакцію Конституції 1996 р.). Загрозами в цьому контексті залишаються можливі спроби внесення змін до Консти-

туції України через використання всупереч нормам її розд. XIII механізму всеукраїнського референдуму. Протиставлення інститутів представницької і прямої демократії (парламенту і виборчого корпусу), особливо під час вирішення «конституційного питання», не характерне для європейських держав. Навіть там і тоді, де референдуми з питань конституційної реформи були проведені, їм передували рішення парламенту або установчих зборів (Румунія, Польща). Інша практика конституційної реформи мала місце в Росії, де 12 грудня 1993 р. федеральну конституцію було схвалено у спосіб не передбаченого законом «всенародного опитування», при цьому одночасно обирався склад Державної думи – органу, заснованого тією ж конституцією (набула чинності лише 25 грудня 1993 р.).

**2. Вимога підвищеного рівня легітимності до процесу реформи.** Конституційна реформа – не тривіальний політичний процес з елементами конкуренції, інтриг та потягу до прийняття рішень через кон'юнктурно сформовану більшість. Цей процес відмінний від поточної політики й потребує додаткових засобів легітимації. Зворотним прикладом такої вимоги виступає досвід схвалення Конституції Угорщини в 2011 р., уможливлений результатами виборів 2010 р., за результатами яких «Фідес» і Християнсько-демократична народна партія здобули в однопалатному парламенті 263 мандати, що перевищувало дві третини, необхідні для конституційних змін. Попри те, що спеціальна парламентська комісія з представників усіх фракцій почала



20 липня 2010 р. підготовку нової Конституції, поза цим механізмом було складено проект, який несподівано представлено в парламенті 14 березня 2011 р., а вже 18 квітня 2011 р. головами депутатів двох фракцій новий Основний Закон було схвалено. Виключення з процесу підготовки й обговорення нової Конституції інших політичних сил порушувало фундаментальні правила демократичного політичного процесу і, зрештою, підривало процес легітимності конституційної реформи, проведеної зовні законними засобами. Конституції насправді «передбачають не тільки заснування найкращих механізмів та інститутів», «однак коли трансплантація з цих джерел здійснюється елітою за відсутності соціального діалогу, легітимність ставиться під сумнів. Легітимність виникає тільки в результаті загальнонаціонального процесу встановлення правил, з якого не може бути виключена жодна соціальна, національна, етнічна чи культурна група» [2, с. 64].

Наведений механізм проведення конституційної реформи в Угорщині вибирає більшу частину типових засобів, які роблять цей процес нелегітимним: а) відсутність прозорості; б) обмежені можливості обговорення законопроекту політичними силами, ЗМІ й громадянським суспільством; в) недосягнення компромісу між політичними силами і в суспільстві з приводу тексту конституції, фальшивий діалог з цих питань; г) непроведення різниці між загальноприйнятими рамками поточного демократичного процесу і конституційних питань, що не відображає європейську «конституційну культуру» [3].

Отже, як нам видається, мінімальними умовами легітимності конституційної реформи в демократичному суспільстві виступають:

- зваженість і прозорість процесу на всіх етапах;
- знаходження компромісу між владними і опозиційними політичними силами;
- зосередження основної діяльності щодо реформи в парламенті – єдиному механізмі, котрий дозволяє узгодити позиції різних політичних і громадських суб'єктів, усіх територіальних складових держави та виробити спільне рішення;
- створення умов для широкого публічного обговорення змісту реформи в суспільстві, особливо в експертному середовищі професійних юристів.

Необхідно звернути увагу на безпосередній взаємозв'язок між рівнем легітимності процесу реформи та змістом конституційних документів, які схвалюються в її рамках. У Російській Федерації чи Білорусі надпрезидентські форми правління цілком відображають механізм їх підготовки президентськими командами та прийняття без участі парламенту.

**3. Розуміння вектору конституційної реформи.** Конституційна реформа означає не будь-яку діяльність щодо змін конституції, а лише таку, що означає «розгортання» базових конституційних принципів. Отже, від «реформи» треба відрізнити створення нової конституції в координатах і механізмами установчої влади, з одного боку, а з другого: а) локальні зміни до конституції, пов'язані з уточненням формулювань норм, однак, які не впливають на фун-

даментальні правила, що становлять матеріальну сутність конституції; б) діяльність, де-факто спрямовану на заперечення базових конституційних принципів (зокрема, верховенства права, незалежності судів тощо).

У свою чергу, матеріальну сутність конституції необхідно відрізнити від її письмового тексту і складність цієї проблеми найбільше виявилася в державах із надто складною будовою конституції. Наприклад, ініціатори реформи у Великій Британії в 2001 р. у силу специфіки конституційного порядку (частково писана й некодифікована конституція) змушені були спочатку визначитися з тим, як розуміють конституцію: на їх думку, йдеться про «сукупність законів, правил і практики, які створюють основні інститути держави, її складові і пов'язані з ними одиниці, впорядкування владою цих інститутів та відносин між різними інститутами, а також відносин між цими інститутами та індивідами» [4]. У континентальних європейських державах, за наявності письмової, як правило, кодифікованої конституції, її матеріальна сутність закріплена формально, що підкріплюється також ступенем жорсткості процедур внесення змін до конституції.

Наприклад, з огляду на такий підхід «каркас» матеріальної сутності Конституції України виявляється у трьох групах її принципів і норм: а) існуючі основні права людини, які визнаються й не можуть бути «скасовані» новими законами, а конституційний перелік яких «не є вичерпним»; б) принципи і норми Конституції, які не можуть бути змінені чи скасовані взагалі (окрім основних прав людини, йдеться про положення

щодо незалежності та територіальної цілісності України); в) принципи і норми, які можуть бути змінені або скасовані (положення розділів I, III і XIII), однак, відповідні процедури є надто жорсткими (передбачають не менше двох третин парламенту і референдум).

У наведеному контексті, повторимося, завдання конституційної реформи – «розгортання» змісту базових конституційних принципів, а не їх звуження чи заперечення. Наприклад, принцип незалежності судової влади, поділу влад чи верховенства права диктують певні змістовні рамки для ініціаторів конституційної реформи. Прикладом нерозуміння подібних рамок можуть виступати положення проекту закону про внесення змін до Конституції, яким пропонується скасування чи звуження засобів забезпечення незалежності суддів або гарантій парламентаризму (введення імперативного мандату, скасування депутатського імунітету тощо).

**4. Чітко окреслений предмет реформи.** Йдеться про відповідь на запитання: «Що саме в сукупності підлягає зміні?». Реформа конституції як суспільна проблема постає не спонтанно, рішення про неї та її предмет залежить від консенсусу тих політичних сил, які мають довіру з боку народу за результатами вільних виборів. Чітке окреслення рамкового предмета реформи є важливим технологічним аспектом, від якого залежить її успішність. При цьому йдеться і про загальні цілі реформи (суспільний ефект), і про більш детальні очікувані формальні результати (у співвідношенні з існуючими нормами конституції). Можна стверджувати, що визначення «меж» пред-

мета реформи – це питання ефективності форми правління, функціонуючої в державі. Йдеться про завчасне окреслення предмета реформи, яке в умовах парламентської демократії відбувається через легітимацію платформ партій у ході виборів та їх формалізацію в коаліційній угоді й у програмі діяльності уряду. Повторимось, предмет конституційної реформи проходить такий шлях: а) передвиборна платформа партії; б) коаліційна угода; в) програма діяльності уряду, затверджена парламентом.

У Великій Британії, наприклад, на продовження однієї з найбільш масштабних за всю історію конституційних реформ, у 2010 р. коаліційна програма уряду окреслила цілі політичної реформи: «Уряд вважає, що наша політична система зламана. Нам терміново потрібні фундаментальні політичні реформи, в тому числі референдум з питання реформи виборчої системи, набагато більше співпраці по партійній лінії, а також зміни в нашій політичній системі, щоб зробити її більш прозорою і відповідальною». Далі перераховувалися конкретні кроки: 1) п'ятирічний фіксований термін для Парламенту; 2) запровадження розпуску Палати громад, якщо 55% депутатів Палати громад підтримають таке рішення; 3) реформа Палати лордів і пропорційні вибори до неї тощо [5].

**5. Потреба впорядкування процесу підготовки реформи та етапів проходження відповідного проекту закону.** Цей процес є настільки значимим для суспільства, що диктує доцільність його впорядкування на рівні закону. Такий підхід, принаймні, дозволяє суспільству (і самій політичній еліті) ясно «бачити» увесь сценарій конституційної

реформи і головне – передбачити можливість погоджувальних механізмів для подолання перешкод під час її проходження. Відомо, що успішне вирішення конституційної кризи у Франції 1958 р. стало наслідком не лише серйозних загроз, які консолідували політичну еліту, а й впорядкування цього процесу окремим законом від 1 червня 1958 р.

Яскравим доказом потреби в подібному законодавчому акті є досвід Польської Республіки початку 1990-х, в якій політичний цейтнот із підготовкою нової Конституції загрожував загальному ходу інших реформ. Найгірше, «конституційне питання» стало частиною поточної, повсякденної політики, коли обговорення неодноразово відкладалося. Оскільки підготовка проекту Конституції йшла в потоці повсякденної політики, сама легітимність її розробників неодноразово ставилася під сумнів, і ця обставина значною мірою визначила зміст документа в кінцевому варіанті [2, с. 52]. На певному етапі було визнано за доцільне врегулювати процес підготовки і схвалення нової Конституції окремим законом. Хоча конституційна реформа залишалася тісно пов'язаною з політичним процесом, врегулювання порядку її здійснення значною мірою перетворило її у процес юридичний, в якому суб'єкти отримали права і обов'язки. Крім того, було визначено низку процедур, покликаних «посприяти» політичним суб'єктам у знаходженні компромісу з питання змісту реформи. З цією метою 23 квітня 1992 р. парламент Польщі схвалив конституційний закон «Про режим підготовки і прийняття Конституції Польської Республіки» [6].

І хоча названий закон стосувався порядку схвалення нової Конституції, а не змін до неї в умовах діючих процедур, привертають увагу питання, які залишаються актуальними в Україні, зокрема: а) порядок створення Конституційної комісії – головного органу підготовки конституційної реформи (56 членів, з яких 46 – від Сейму, 10 – від Сенату). Закон визначав порядок проведення засідань комісії, схвалення рішень, її повноваження, зокрема ініціювання дебатів у Сеймі з окремих питань реформи; б) передбачена законом можливість повернення Парламентом проекту конституції до Конституційної комісії, якщо подана редакція проекту не знаходить необхідної підтримки в ньому.

Торкаючись суб'єкта підготовки конституційної реформи, у тому числі суб'єкта підготовки власне тексту відповідного законопроекту, необхідно вказати, що досвід низки європейських держав засвідчив декілька принципових моментів. По-перше, конституційна комісія (умовна назва) створюється органом, якому належать ключові повноваження у процесі схвалення рішень у ході конституційної реформи – звісно, це парламент. По-друге, вона має компактну кількість, яка функціонально забезпечує ефективність, а до її складу входять переважно члени парламенту, що представляють різні політичні сили, а також представники експертного середовища. По-третє, цей робочий орган (одне з основних його завдань) покликаний забезпечити взаємодію політичної і фахової складової в реформі.

Прикладом виступає досвід Французької Республіки, де згаданий закон від 3 червня 1958 р. заснував конституційний консультативний комітет, який формувався палатами парламенту та урядом, очолюваний де Голлем, і якому на рівні закону визначалося повноваження надати висновок щодо проекту нової конституції, що мав бути підготовлений урядом [7]. Фактично і юридично процес підготовки конституційної реформи, як відомо, взяв на себе де Голль. Важливо підкреслити, що безпосереднє керівництво конституційною комісією з боку вищих керівників держави виступає в європейських країнах загальним правилом, яке покликане демонструвати значимість конституційної реформи як вищого державного пріоритету.

Інший приклад. Процес конституційної реформи 2000-х рр. у Великій Британії ініціювався Королівською комісією і, звісно, з урахуванням урядової відповідальності за здійснення королівських прерогатив, мова йде про носіїв вищої виконавчої влади. Пізніше до неї приєдналися відповідні «конституційні комітети» в обох палатах Парламенту.

У будь-якому випадку, в жодній європейській країні не спостерігалася ситуація, за якої аналог конституційної комісії створювався би як «дорадчий» або «допоміжний» орган при главі держави чи уряді.

**6. Роль фахового чинника в підготовці конституційної реформи.** Експертне середовище в процесі підготовки й публічній презентації для суспільства реформи є вкрай важливим.

На ранньому етапі підготовки конституційної реформи у Великій Британії Королівська комісія запросила позицію основних політичних партій (консервативної і лейбористської) щодо їх «бачення» реформ, резонансних для суспільства. Колишній прем'єр-міністр Дж. Мейджор (від консервативної партії) у 2001 р. писав до Королівської комісії: «За відсутності письмової конституції занадто легко просувати радикальні зміни... Мені здається, було би вкрай бажано створити поважний комітет відомих людей, які розуміють, як працює британська конституція і які знаходяться під обов'язком здійснювати незалежні, безпристрасні і авторитетні звіти щодо проблем у галузі конституції і щодо пропозицій про її зміну» [4]. Треба сказати, що, наприклад, Комісія з шотландської деволюції, створена 6 грудня 2007 р., «для того, щоб переглянути положення Закону про Шотландію 1998 р. у світлі досвіду й рекомендувати будь-які зміни до нинішніх конституційних механізмів... і продовжувати забезпечувати становище Шотландії в Сполученому Королівстві», складалася з 15 членів на чолі з професором сером К. Кальманом (Університет Глазго).

Взаємодія експертної і політичної складових у процесі підготовки і супроводу конституційної реформи є одним із найважливіших факторів її результативності. І важливо не змішувати їх «ролей» у процесі реформи. Концептуальне бачення реформи – за політиками, які (гіпотетично чи реально) несуть ідеї, легітимовані демократичним політичним процесом, а за експертами – фахове наповнення концептуальної моделі конкретними механізмами, які спроможні ефективно взаємодіяти між собою.

Отже, як нам видається і це засвідчує досвід європейських держав, до технології конституційної реформи в державі верховенства права ставляться, принаймні, такі вимоги: 1) дотримання режиму конституційності змін (збереження правової континуїти); 2) додаткові засоби забезпечення легітимності процесу; 3) спрямованість реформи на «розгортання» базових конституційних принципів; 4) забезпечення зв'язку предмета реформи з демократичним політичним процесом; 5) доцільність впорядкування процесу підготовки реформи на рівні закону; 6) забезпечення взаємодії експертного і політичного чинника в процесі реформи.

### Список використаних джерел

1. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо офіційного тлумачення положення «на наступній черговій сесії Верховної Ради України», яке міститься у статті 155 Конституції України від 15.03.2016 № 1-рп/2016 // Офіц. вісн. України. – 2016. – № 28. – С. 289. – Ст. 1137. – Код акта 81434/2016.
2. Осятынський В. Парадоксы конституционного заимствования / В. Осятынський // Сравнительное конституц. обозрение. – 2004. – № 3 (48). – С. 53–67.
3. Opinion on the new Constitution of Hungary. Adopted by the Venice Commission at its 87th Plenary Session (Venice, 17-18 June 2011) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)016-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)016-e).

4. Constitution – First Report. Here you can browse the report which was ordered by the House of Lords to be printed 11 July 2001 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldselect/ldconst/11/1102.htm>.
5. The Coalition: our programme for government. Freedom Fairness Responsibility [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/78977/coalition\\_programme\\_for\\_government.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/78977/coalition_programme_for_government.pdf).
6. Ustawa Konstytucyjna z dnia 23 kwietnia 1992 r. o trybie przygotowania i uchwalenia Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej // Dz.U. rok 1992, nr 67, poz. 336.
7. La loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://www.legifrance.gouv.fr/jo\\_pdf.do?numJO=0&dateJO=19580604&pageDebut=05326&pageFin=&pageCourante=05326](https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?numJO=0&dateJO=19580604&pageDebut=05326&pageFin=&pageCourante=05326).

---

**DR. INGA DAUKŠIENĖ,**

*Department of International and EU Law*

*Mykolas Romeris University*

*Vilnius, Lithuania*

## **Protection of Human Rights in Europe: Interaction between the EU Law and the European Convention on Human Rights**

The issue of human rights protection in the EU law was one of the most relevant during the past three or four years. One of the reasons for it was the future access of the European Union to Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR). In 2013, the Draft Agreement on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights (Draft Agreement) was prepared. However, in the end of 2014, the Opinion 2/13 of the Court of Justice on Access of the EU to the ECHR ruled that the Draft Agreement was incompatible with the EU treaties. The Opinion 2/13 of the Court received a lot of attention and criticism. In any case we have to admit that such an agreement cannot be concluded. In the author's opinion, the EU accession to ECHR requires a new stimulus, which does not exist at the moment.

This presentation will not discuss the provision of the Draft Agreement, neither the opinion of the Court of Justice, nor its arguments. It will briefly illustrate the development of human rights protection in the EU law. Moreover, it will emphasize the importance of the ECHR and its legal status in the EU law, including the interaction between the Charter of Fundamental Rights of the EU and ECHR. Besides, it will shortly discuss the issue of responsibility of the EU member states pursuant ECHR in cases of alleged violations to ECHR routing from the EU law. For this reason, the author will present three cases of the European Court of Human Rights: Matthew case, Bosphorus case and Connolly case. Finally, she will conclude with the legal grounding related to the necessity of the accession of the EU to the ECHR.

---

**MARCIN GÓRSKI,**

*Ph.D. in law, Associate professor of the Department of European Constitutional Law of the University of Łódź, attorney at law, member of the Human Rights Committee of the National Council of Attorneys at Law, head of the Legal Department of the City of Łódź Office*

## **Protocol No. 15 to the ECHR in the Context of Structural Deficits of the European Mechanism of Protection of Fundamental Rights**

Protocol No. 15 amending the ECHR shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date on which all High Contracting Parties to the Convention have expressed their consent to be bound by the Protocol. To date 41 states signed the Protocol out of which 27 states already ratified it. In case of 6 states it is still awaiting signature<sup>1</sup>.

### **1. The Protocol**

Protocol No. 15 for the first time inserts the reference to the principle of subsidiarity in the text of the Convention. It does not mean of course that the principle was unfamiliar to the Convention or to the practice of the ECtHR. The principle is enshrined in Article 1 ECHR<sup>2</sup>. There is the impression though that the re-invented word of the Strasbourg language has re-

cently become «subsidiarity»<sup>3</sup>. Although present for decades in the Court's case-law<sup>4</sup> in recent years it has been pronounced on many occasions. Before the year 2000 the term «subsidiarity» was employed in the Court's judgments on 7 occasions only and the adjective «subsidiary» – in 52 judgments (including those instances where the adjective in question was not employed to define the characteristics of the Convention

<sup>3</sup> Signified by the Interlaken Conference declaration in 2010 and proposed as an insertion (alongside the «margin of appreciation») to the preamble of the Convention (see: Protocol No. 15 to the ECHR).

<sup>4</sup> See e.g. for the first time: judgment in case *Handyside v. the United Kingdom* of 7th December 1976, § 48: «the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights». See also: judgment in case *Eckle v. Germany* of 15th July 1982, appl. no. 8130/78, in § 66: «to duplicate the domestic process with proceedings before the Commission and the Court would appear hardly compatible with the subsidiary character of the machinery of protection established by the Convention. The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the enjoyment of the rights and freedoms it enshrines (...). This subsidiary character is all the more pronounced in the case of States which have incorporated the Convention into their domestic legal order and which treat the rules of the Convention as directly applicable».

<sup>1</sup> All numbers are as of 1st May 2016.

<sup>2</sup> M. E. Villiger, *The Principle of Subsidiarity in the European Convention on Human Rights* [in:] M. G. Kohen [ed.], *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution Through International Law. Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden 2007, p. 624.



mechanism<sup>1</sup>). More recently, since 2000, the term «subsidiarity» has been employed 208 times<sup>2</sup>. The motivation to employ the «subsidiarity» argument frequently seems to be of a political provenience. For example, Judge Wojtyczek from Poland employed this term in his concurring opinion in the Romanian case concerning the (denied) right of the clergy to establish trade unions<sup>3</sup>. One can raise that traditionally Roman catholic Poland is very much interested in preventing the Church from claims based on the clergy's labour rights.

The re-worded preamble to the ECHR shall refer both to, on one hand, the primary responsibility of the High Contracting Parties to secure the rights and freedoms guaranteed by the Convention and their «margin of appreciation», on the other hand though, to the supervisory jurisdiction of the ECtHR.

The Explanatory Report makes note that the new wording of the preamble referring to the subsidiarity principle and the doctrine of margin of appreciation «is intended to enhance the transparency and accessibility of these characteristics of the Convention system and to be consistent with the doctrine of the margin of apprecia-

tion as developed by the Court in its case law»<sup>4</sup>, stressing at the same time that «the Court authoritatively interprets the Convention». The Court assessed that «the wording used in this respect, and in the explanatory report, reflects the Court's pronouncements on the principle»<sup>5</sup>.

## 2. The intention of the Protocol

The intention laying foundations under the adoption of Protocol No. 15 was to restrain the «activist» tendency of the Court. For example, the note developed by the UK House of Commons' Library makes clear that «the UK's emphasis on the role of national authorities was in part a response to European Court decisions such as *Hirst* and *Abu Qatada (Othman)*»<sup>6</sup>. Protocol No. 15 responded to some of the proposals for changes to the Convention included in the Brighton Declaration<sup>7</sup>, balancing between tendency to restrain the ECtHR (by attaching special importance to the doctrine of margin of appreciation) and to maintain the *status quo* (by emphasising the supervisory role of the Court). However, if one analyses the activist vs. restrained tendencies in the case-law of the (GC) ECtHR the diagram presents as follows<sup>8</sup>:

<sup>4</sup> Explanatory note on the Draft Protocol No. 15, CETS No. 213, p. 2.

<sup>5</sup> Opinion of the Court on Draft Protocol No. 15 to the European Convention on Human Rights adopted on 6 February 2013, p. 2.

<sup>6</sup> House of Commons' Library note no. SN/IA/7053 of 4<sup>th</sup> December 2014, p. 3.

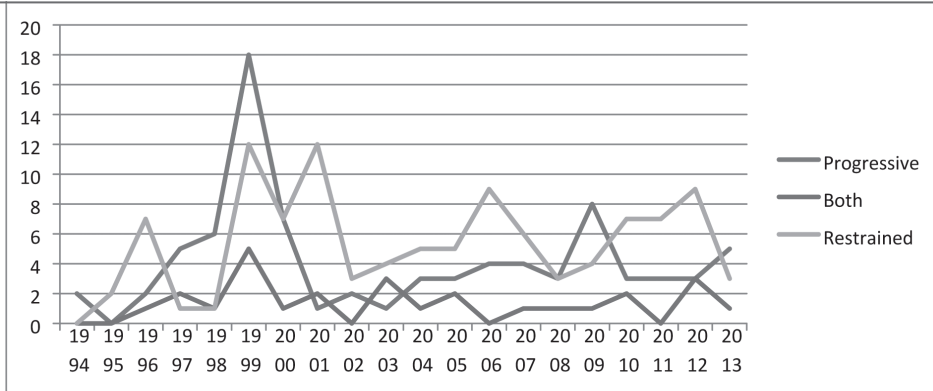
<sup>7</sup> W. A. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford 2015, p. 31. The Brighton Declaration was adopted by the High Level Conference meeting at Brighton on 19 and 20 April 2012 at the initiative of the United Kingdom Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe.

<sup>8</sup> See for greater details in: M. Górski, *Polityczna rola sądów międzynarodowych i jurydyzacja polityki* [in:] A. Wyrozumska [ed.], *Granice swobody orzekania sądów międzynarodowych*,

<sup>1</sup> For example in cases: *Golder v. the United Kingdom* of 21st February 1975, appl. no. 4451/70 or *de Becker v. Belgium* of 27th March 1962, appl. no. 214/5.

<sup>2</sup> It went so far that some «traditional» judges (rightly – in my opinion) expressed their fears of it being abused – see e.g. joint dissenting opinion of judges Rozakis, Jebens and Spielmann in case *Kharin v. Russia*, judgment of 3<sup>rd</sup> February 2011, appl. no. 37345/03, where they included the following passage: «this judgment opens the door to a relaxed approach in so far as justification for detention is concerned and reverses the spirit of subsidiarity».

<sup>3</sup> ECtHR judgment (GC) of 9th July 2013 in case *Sindicatul Păstorul cel Bun v. Romania*, appl. no. 2330/09.



Source: M. Górski, *Polityczna rola sądów międzynarodowych i jurydyzacja polityki* [in:] A. Wyrozumska [ed.], *Granice swobody orzekania sądów międzynarodowych*, Łódź 2014.

The criticism of the doctrine of margin of appreciation (which can be treated as a form of legal *laissez-faire à rebours*: this time to the benefit of states instead of individuals) raised several arguments<sup>1</sup> out of which we shall mention here one: it creates a «threat to the universality of human rights and creation of matrix for moral relativism – the doctrine allows for double

standards which may undermine the credibility of the Court»<sup>2</sup>.

### 3. The initial intentions of the State Parties of the ECHR

The Convention was aimed at development of human rights in a spirit of unity. As the preamble of the ECHR proclaims, «the aim of the Council of Europe is the achievement of **greater unity**<sup>3</sup> between its members and that one of the methods by which that aim is to be pursued is the maintenance and further realisation of Human Rights and Fundamental Freedoms», and the fundamental freedoms guaranteed by the Convention are best maintained «by a **common understanding**<sup>4</sup> and observance of the human rights» and the belief that European states «are **likeminded**<sup>5</sup> and

Łódź 2014, pp. 148–224. The diagram shows that (criticised as) progressive judgments dominated over the restrained ones in 1994, between 1997 and 1999 and again in 2009 and 2013. The general tendency seems to be that the progressive approach, after reaching the peak in 1999 and the bottom between 2001 and 2003, has a slow but visible tendency to increase. The restrained approach seems to be generally stable (after reaching the peak in 1999 and 2001) but rather losing its force in a long-term perspective. Another interesting conclusion can be that (although losing their dynamics in a long-term perspective) the «restrained» decisions, with almost no exceptions, dominated over the «progressive» judgments after 2000, while the progressive approach was normally dominating in the 1990's.

<sup>1</sup> See the catalogue of them in M. Kopa, *The Algorithm of the Margin of Appreciation Doctrine in Light of the Protocol No. 15 Amending the European Convention on Human Rights*, ICLR 2014, Vol. 14, No. 1, pp. 38–39.

<sup>2</sup> E. Benvenisti, *Margin of appreciation, Consensus and Universal standards*, New York University International Law And Politics, Vol. 31, No. 1999, p. 844.

<sup>3</sup> In the French version «une union plus étroite».

<sup>4</sup> In the French version «une conception commune».

<sup>5</sup> In the French version «un même esprit».

have a **common heritage**<sup>1</sup> of political traditions, ideals, freedom and the rule of law». In the conception of the ECHR there was both the experience of the Second World War's human rights horrors and a «great anxiety and uncertainty» which made the states of Western believe that they «had to unite together to survive and [...] to protect what they stood for»<sup>2</sup>. As for the ECtHR, it was created as playing the «supervisory role» in controlling the compliance of the State Parties' practices with the Convention (without substituting domestic courts with their task i.e. to assure the effective application of the ECHR)<sup>3</sup> and in controlling the compatibility of domestic legislation with the standards of the Convention<sup>4</sup>.

The elements of unity of understanding human rights (harmonising approach), as well as the activist element in the interpretation of the ECHR seem to be inherent in the foundations of the Convention system.

#### 4. The questions

The question is whether nowadays the interpretation of the ECHR should depart from these initial assumptions? The Convention is a «living instrument». As the

<sup>1</sup> In the French version «un patrimoine commun».

<sup>2</sup> Both quotations from E. Bates, *The Birth of the European Convention on Human Rights – and the European Court of Human Rights* [in:] J. Christoffersen, M. R. Madsen [eds.], *The European Court of Human Rights Between Law and Politics*, Oxford 2013, pp. 18–19.

<sup>3</sup> See recently, among many other authorities, e.g. judgment of the ECtHR in *Acatrinei v. Romania*, 25<sup>th</sup> June 2013, application no. 18540/04, in § 69.

<sup>4</sup> See recently, among many other authorities, e.g. judgment of the ECtHR in *Scoppola v. Italy* (No. ), 22<sup>nd</sup> May 2012, [GC] application no. 126/05, in § 102.

Court explained for the first time in *Tyrer*<sup>5</sup>, «the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions». It went on to say in *Loizidou*<sup>6</sup> that «these provisions cannot be interpreted solely in accordance with the intentions of their authors as expressed more than forty years ago». Should we abandon the harmonising approach built in the ECHR mechanism by its drafters and turn to a more «subsidiary» direction? Let us try to make a short pros-and-cons calculation.

If we do so – what do we gain? Certainly, we get more acceptance to the case-law of the Court and thus the jurisprudence may become more authoritative. But are we really facing the problem of sudden disobedience to the authority of the Court resulting from general nonacceptance of the alleged activist tendency in the Court's case-law? According to D. Forst, «the execution of judgments by states has proved to be unsatisfactory, either because the adopted measures are not adequate, or because some states are openly unwilling to abide by the Court's judgments. Thus, on 31 December 2011, among the more than 10 000 cases pending before the Committee of Ministers for the supervision of the execution, 278 were leading cases, i.e. cases which have been identified as revealing a new systemic/general problem in a respondent state, which had been pending for more than five years. Moreover, 1354 of the 1696 new cases which became

<sup>5</sup> Judgment of ECtHR of 25<sup>th</sup> April 1978 *Tyrer v. the United Kingdom*, appl. no. 5856/72, § 31.

<sup>6</sup> Judgment of ECtHR of 23<sup>rd</sup> March 1995 *Loizidou v. Turkey (preliminary objections)*, appl. /89, § 71.

final between 1 January and 31 December 2011, were repetitive ones»<sup>1</sup>. One can clearly see that the problem of non-enforcement lays in the quantity of (a multitude of) non-executed decisions rather than in rejection of the ostensible Court's activism. Perhaps we need a more efficient enforcement mechanism than the assumed strengthening of the Court's authority through a more nuanced approach to the States' ways of implementing the Convention standard?

What do we lose then? Legal certainty seems to be the first victim. Individuals in the State parties are exposed to the risk that instead of applying the well-developed standard resulting from the case-law, the Court would be eager to accept some domestic deviations and all of that in the name of «subsidiarity». Secondly, equality before the law seems to be impaired if the Court tends to tolerate certain irregularities occurring on the jagged and uneven verges of the common interpretative standard of the Convention: comparable situations may not be treated in the same way due to application of the margin of appreciation. One may ask: do we need the ECtHR which accepts instead of upbraiding? For legal practitioners it is already difficult to explain the meanders of the Court's reasoning, even without Protocol No. 15. For example, it is hard to explain why did the Court decide in *Janowiec et al.*<sup>2</sup> that it did

<sup>1</sup> D. Forst, *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights. Limits and Ways ahead*, [https://www.icljournal.com/download/f1527ce403500a9ec58b8269a9a91471/ICL\\_Thesis\\_Vol\\_7\\_3\\_13.pdf](https://www.icljournal.com/download/f1527ce403500a9ec58b8269a9a91471/ICL_Thesis_Vol_7_3_13.pdf), viewed 8<sup>th</sup> May 2016.

<sup>2</sup> Judgment of ECtHR of 16<sup>th</sup> April 2012, *Janowiec et al. v. Russia*, appl. nos. 55508/07 i 29520/09. See in particular the dissenting opinion of Judges Spielmann, Villiger and Nussberger.

not find a «genuine connection»<sup>3</sup> constituting grounds to extend the temporal jurisdiction of the Court so as to rule on the plea concerning the violation of Article 2 ECHR and consequently did not decide to apply the factual assumption which can be used where the State Party fails to cooperate with the Court<sup>4</sup>.

One may reasonably fear that meandering aimed at the protection of «margin of appreciation» and the principle of subsidiarity can delegitimize the Court in the eyes of the most important and vulnerable «clients» of the Convention system, namely individuals. We are living in the age of growing extremisms in Europe: as noted by M. Goodwin, «in recent years, populist extremist parties have achieved notable breakthroughs in national and local elections across the European Union. Their rise poses a growing challenge to European societies, to mainstream political parties and to the process of European integration itself»<sup>5</sup>. In this era of turbulence and discord in Europe individuals certainly need a Court whose speech is «Yea, yea; Nay, nay: and whatsoever is more than these is of the evil one»<sup>6</sup>.

Of course, one may say that if the Court disregards national differences of approach to certain interpretative heterogeneities

<sup>3</sup> See judgment of ECtHR of 9<sup>th</sup> April 2007, *Šilih v. Slovenia*, appl. no 71463/01.

<sup>4</sup> This interpretation was applied on many occasions e.g. *Shuvalov v. Russia*, 18<sup>th</sup> October 2011, appl. No. 38047/04, *Filatov v. Russia*, 8<sup>th</sup> November 2011, appl. No. 22485/05, *Akhmadov v. Russia*, 14<sup>th</sup> November 2008, appl. No. 21586/02, *Dzhambekova et al. v. Russia*, 12<sup>th</sup> March 2009, app. Nos. 27238/03 and 35078/04, *Dzhabrailova v. Russia*, 9<sup>th</sup> April 2009, appl. No. 1586/05, *Tekin v. Turkey*, 9<sup>th</sup> June 1998, appl. No. 22496/93.

<sup>5</sup> R. Niblett, *Preface* [in:] M. Goodwin, *Right Response Understanding and Countering Populist Extremism in Europe*, London 2011, p. V.

<sup>6</sup> The Holy Bible, Matthew 5:37.

concerning the Convention, its authority can be challenged by States, as it happened<sup>1</sup> to a certain extent after the Chamber's *Lautsi* judgment<sup>2</sup> or even similarly to

<sup>1</sup> Surprisingly enough, the Socialists and Democrats Group in the European Parliament motioned on 15<sup>th</sup> December 2009 for a resolution – in reaction to the ECtHR Section ruling in *Lautsi* case – calling for the recognition of the principle of subsidiarity by international organisations. Also, the judgment was criticised among others by the Greek Orthodox Church (<http://www.christiantoday.com/article/greek.orthodox.church.opposes.eu.crucifix.ban/24623.htm>) or the Episcopal Council of the Polish Catholic Church, as well as some governments (e.g. Lithuanian: <http://balticreports.com/2010/01/13/when-a-cross-isnt-a-cross/>) and national parliaments (see e.g. Polish Upper Chamber's resolution of 18<sup>th</sup> December 2010). The Italian minister of Defence, Mr. Ignazio La Russa, was allegedly supposed to say on television broadcast: «*Anyway, we won't take away the crucifix! They can die! The crucifix will remain in all school's rooms, in all public rooms! They can die! They can die! Them and those fake international organization that count for nothing!*». For more elaborative overview of reactions to the Section judgment in *Lautsi* – see: G.. Puppink, *The Case of Lautsi v. Italy: A Synthesis*, Brigham Young University Law Review 2012, pp. 886–888.

<sup>2</sup> Judgment of ECtHR of 3<sup>rd</sup> November 2009, *Lautsi v. Italy*, appl. no. 30814/06. As a matter of fact though, the Court did nothing more but drew conclusions from existing jurisprudence and stated that “in countries where the great majority of the population owe allegiance to one particular religion the manifestation of the observances and symbols of that religion, without restriction as to place and manner, may constitute pressure on students who do not practise that religion or those who adhere to another religion” which was a direct quotation from the Commission decision in case *Karaduman v. Turkey* (Decision of the Human Rights Commission of 3<sup>rd</sup> May 1993 in case *Karaduman v. Turkey*, appl. no. 16278/90, p. 108 in § 4. The decision was commented in: I. Pardo, *Morals of Legitimacy. Between Agency and System*, New Directions in Anthropology, vol. 12 [2000], pp. 215-220). Moreover, the Court already found before that prohibiting to wear Islamic headscarves by teachers was not inconsistent with the Convention (judgment of ECtHR of 15<sup>th</sup> February 2001, *Dahlab v. Switzerland*, appl. no. 42393/98).

the reaction of USA<sup>3</sup> to the *Avena*<sup>4</sup> decision of the ICJ. In fact these challenges already occurred, with the notable example of the Russian Federation<sup>5</sup>. However, maybe it is still better to have a truly common understanding of human rights in at least some European states than to have a pretence of such common stand throughout the whole Europe?

### 5. Possible consequences – the answers?

Polish lesson can serve well here: for quite some time the general public had the

<sup>3</sup> See e.g. C. A. Bradley, *Enforcing the Avena Decision in U. S. Courts*, Harvard Journal of Law and Public Policy vol. 30, No. 1, 2006, pp. 119-125, J. Quigley, *The United States' Withdrawal from International Court of Justice Jurisdiction in Consular Cases: reasons and consequences*, Duke Journal of International and Comparative Law vol. 19, 2009, pp. 263–205.

<sup>4</sup> Judgment of ICJ of 31<sup>st</sup> March 2004, *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, ICJ Reports 2004, p. 12

<sup>5</sup> In December 2015 the Russian Federation adopted the new law (Federal Constitutional Law of 14<sup>th</sup> December 2015, N 7-FKZ, on Amendments to the Federal Constitutional Law on the Constitutional Court of the Russian Federation, Rus.: Федеральный конституционный закон от 14.12.2015 N 7ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон “О Конституционном Суде Российской Федерации”») concerning the implementation of ECtHR rulings in the Russia. According to this new law the Russian Federal Constitutional Court shall be competent to hear the applications of the government or the President of the Russian Federation concerning the implementation of the ECtHR decisions. See also Decision 12-П/2016 of the Constitutional Court of the Russian Federation of 19<sup>th</sup> April 2016 «по делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 года по делу “Анчугов и Гладков против России” в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации».

impression (be it justified or not) that the Polish Constitutional Court was more concerned with general interest than individuals' rights. Some decisions of Polish CC indeed increased that impression. Let us mention here a few examples.

Perhaps the most debated one was the ruling concerning the savings collected on accounts in the so-called Open Pensions' Funds (*Otwarte Fundusze Emerytalne*)<sup>1</sup> in which the Constitutional Court held that savings resulting from insurance premiums collected in (private) Open Pensions' Funds are – from the constitutional point of view – public funds and not private funds and that is why the State may decide on transfer of these saving from individual accounts to the state-owned and state-managed insurance system. The Constitutional Court ruled that one must not assume the immutability of norms which define the acquiring of the right to a pension especially in the context of ever-changing socioeconomic circumstances.

Another widely criticised decision was the one dismissing as unfounded the constitutional complaint of Dorota Rabczevska<sup>2</sup>, a famous Polish pop singer sentenced for a minor criminal penalty for saying publicly that the Holy Bible was «something which had been written by somebody boozed with wine and smoking some weed». She challenged the constitutionality of Article 196 of the Penal Code<sup>3</sup> (penalisation of blasphemy) raising that it

violates the constitutional guarantees of freedom of speech and conscience. In the reasoning, the Constitutional Court held among others that «the notion of an *object of religious worship* is normally defined precisely in a given cultural context, at least in reference to religions which are commonly shared in a given place and time. Of course, the alleged definitional

‘liquidity’ of the notion of *object of religious worship* may concern religions or denominations which are not widespread in a given society. The requirement of proving the intentional guilt would ‘protect’ the perpetrator from possible criminal sanction in this case»<sup>4</sup>. In other words, the State decided to protect the religious beliefs from blasphemy consciously choosing one of the religions as deserving special protection.

In 2012 the Constitutional Court held that the change of the method of valorisation of pensions in 2012 from a percentile one to a quota-rate one is not incompatible with the Constitution<sup>5</sup>. In the reasoning the Court found that the Constitution leaves a wide margin of appreciation to the legislature in the area of social rights, which must be utilized in accordance with the present condition of public finance. It also stressed that the violation of the right to social insurance, guaranteed in Article 67

<sup>1</sup> Judgment of the Constitutional Court of 4<sup>th</sup> November 2015, case K 1/14.

<sup>2</sup> Judgment of the Constitutional Court of 6<sup>th</sup> October 2015, case SK 54/13.

<sup>3</sup> Pursuant to this provision, it is penalised to offend religious «feelings» of other persons by publicly insulting an object of religious worship or a place devoted to public religious rituals.

<sup>4</sup> *Idem*, in § 4.3.5. In Polish «pojęcie “przedmiot czci religijnej” jest z reguły rzeczy dookreślone w danym kontekście kulturowym przynajmniej w odniesieniu do religii powszechnie wyznawanych w danym miejscu i czasie. Zarzucana “płynność” znaczeniowa pojęcia “przedmiot czci religijnej” może oczywiście dotyczyć takich religii czy kultów, które nie są w danym społeczeństwie rozpowszechnione. W takiej sytuacji przed ewentualną odpowiedzialnością karną sprawcę “chronić” będzie wymóg przypisania mu winy umyślnej».

<sup>5</sup> Judgment of the Constitutional Court of 19<sup>th</sup> December 2012, case K 9/12.

§ 1 of the Constitution is violated when the legislature decides not to valorise the pensions or to valorise them in such a way that the pensioners' living conditions are situated below the «level of survival»<sup>1</sup>.

Without going into details one can also mention here other decisions such as the *ritual slaughter case*<sup>2</sup>, the *insult offending the President case*<sup>3</sup>, the *Gambling Law cases*<sup>4</sup>, the *delay of civil proceedings case*<sup>5</sup>, the *conscientious objection case*<sup>6</sup>, the *public demonstration of contempt to the Republic case*<sup>7</sup>. All of them were hugely criticised and left the general public with a subtle impression of certain «leniency» (or «margin of appreciation») with which the Court treated the legislature and the government.

The result of the foregoing, regardless of whether one's perception of the Constitutional Court's case-law, is a major constitutional crisis ongoing in Poland since Autumn 2015. Although it is covered with dust of political commotion, the origins of

this crisis can also be seen as rooted in certain disappointment with a some «lenient» decisions of the Constitutional

Court, leaving the legislature a relatively wide «margin of appreciation».

Viewed against this background, Protocol No. 15 highlighting the principle of subsidiarity and the duty to observe the State Parties' «margin of appreciation», can be perceived as creating the potential threat to the consistency of the Convention system. It all depends on the interpretation, though. If the Protocol is to be construed as restraining the Court's interpretation of the Convention (hampering the activist tendency of the case-law), it is likely to put into question the credibility of the Court since the Convention was aimed at «achieving greater unity» among the State Parties as regards their approach to human rights protection and at «development» of fundamental rights and freedoms and it is expected by the individuals in Europe to have that impact. If this turns out to be the case, the Convention and the Court will lose their credibility and legitimacy since – like in the Polish example – the disappointment with the case-law of the Court will grow inevitably and gradually. If however the Protocol is to be interpreted – to the extent that it amends the recitals of the preamble – as mere confirmation of the predeceasing jurisprudence of the Court which already employed the subsidiarity principle and the «margin of appreciation» doctrine to demarcate the boundaries of the States' obligation stemming from the ECHR, it will not meet expectations of drafters and this may result in further political challenges to the authority of the Court. It is likely that the ECtHR will face the *tertium non datur* alternative.

<sup>1</sup> It is perhaps interesting to compare the reasoning of the Polish Constitutional Court with the findings of the Latvian Constitutional Court in the judgment of 21<sup>st</sup> December 2009, case 2009-43-01, on the compliance of Article 2, Paragraph One of the Law «On State Pension and State Allowance Disbursement in the Period from 2009 to 2012» with Articles 1 and 109 of the Constitution of the Republic of Latvia and on the compliance of Article 3, Paragraph One of the above Law with Articles 1, 91, 105 and 109 of the Constitution of the Republic of Latvia.

<sup>2</sup> Judgment of the Constitutional Court of 10<sup>th</sup> December 2014, case K 52/13.

<sup>3</sup> Judgment of the Constitutional Court of 6<sup>th</sup> July 2011, case P 12/09.

<sup>4</sup> Judgments of the Constitutional Court of 11<sup>th</sup> March 2015, case P 4/14 and of 21<sup>st</sup> October 2015, case P 32/12.

<sup>5</sup> Judgment of the Constitutional Court of 22<sup>nd</sup> October 2015, case SK 28/14.

<sup>6</sup> Judgment of the Constitutional Court of 7<sup>th</sup> October 2015, case K 12/14.

<sup>7</sup> Judgment of the Constitutional Court of 21<sup>st</sup> September 2015, case K 28/13.

---

LYRA JAKULEVICIENE,

*PhD*

*Mykolas Romeris University, Lithuania*

## Present and Future Challenges of Asylum Law and Policy in the EU

Just two years ago I was speaking to an audience of young people in Hungary and asked them if they could imagine one agency in the EU dealing with asylum claims and distributing refugees among the Member States according to certain criteria? At that time it seemed like a very unbelievable vision. Just two years later, possible establishment of a Single asylum procedure, one asylum office and quota system according to the distribution key is written black on white in the EU Commission proposals (April 2016).

Thus we are currently experiencing a very historical moment of asylum and migration law development in the EU, which has an impact also on the associate countries (the Balkans and Turkey will be affected in particular). The European migration emergency in 2015 has clearly been the main contributing factor to a substantial revision of the Common European Asylum System (CEAS).

In this short intervention I would like to explore with you the current challenges that shape the EU asylum policies and raise some issues for discussion about the future asylum policy basically in two areas:

1) responsibility sharing for asylum claims among the Member States, or, the so-called Dublin System and its reform;

2) distribution of refugees under quota system within the EU;

At starting point I need to show you some reasons why people move to a particular country or region, as to illustrate how harmonization of asylum law in the EU works in practice:

1) What share do you think EU has in a global refugee statistics, or in other words – where most of asylum seekers stay? Let's take Syrian refugees as an example. First, one of the major issues in the EU has been the varying recognition rates for refugees and subsidiary protection receivers, which explains why people prefer to go to particular Member State (*illustration with statistics is on the screen*) and which raises serious questions of harmonization of asylum laws only on the EU legal surface. The issue for discussion is how to achieve the harmonization beyond the EU legislation (in the mentality and practice of the officials and judges in various States)?

2) Secondly, protection standards in different EU Member States. Back in 1997 it was agreed by the then EU Member States that human rights standards are equivalent in each state and thus it should not matter to which of EU members the asylum seeker comes. At that time the



Member States introduced the so-called Dublin system, which since 2003 is regulated by the EU law. This presumption did not prove to be true and in 2011 was rebutted both by European Human Rights Court and the Court of Justice of the European Union. In *M. S. S. v. Belgium and Greece* case the ECtHR found that Belgium could not have sent an Afghan asylum seeker to Greece where reception conditions were poor and serious deficiencies existed in the asylum system. Later in that year, the CJEU in a case of *N. S. and M. E. v. UK* has ruled that EU law cannot be applied if this violates human rights. Similar decisions have been issued with regard to Malta, Bulgaria, and Italy.

Currently, the Dublin system, which was designed for sharing responsibility for examining asylum claims is dysfunctional. Several reasons could be emphasized:

a) the system did not favor EU members at the external borders, as applicants would enter the EU via Greece, Italy, Malta, Spain, but would not stay there and rather continue to other asylum countries: Germany, United Kingdom, Sweden. However, under the Dublin Regulation they would have to receive these applicants back. But it turned out that there are systemic deficiencies in the asylum systems of some of these border states, thus it was no longer possible to send the applicants back there.

b) Secondly, the system was coercive both for asylum seekers, but also the Member States, since it moved forcibly around 8000 persons per year.

c) The 2015 refugee emergency in Europe has demonstrated that the external EU countries are not capable of coping with

refugees and thus the Dublin system was suspended.

The future is likely to bring us a substantial reform of the Dublin system. Among the main elements of the new system is the introduction of principle that responsibility for examination of asylum claims should rest with the state, to which the applicant for asylum is most closely related (genuine links). Now, the objective is to motivate the person to apply for asylum asap. Thus if a person enters through a particular state, he should be interested to approach the authorities, who would then establish his connections asap and organize the travel to the most relevant country (such connections could be family, job offer, language and others), so not necessarily the person will have to stay in the country of first entry. However, those states that receive too few refugees, will have to take additional ones under special distribution system. This of course raises a question, if the less attractive asylum countries be punished with refugees with no connection?

Second issue that is most discussed in the EU is the introduction of quota system for distributing refugees among member states of the EU. Quotas were introduced for the first time in September 2015 (the Council invoked Art. 78 (3) of the TFEU on solidarity). Of course, this article deals with emergency measures only, but in April of this year, the Commission has already made a proposal for introducing such quota system on a permanent basis as part of the reform of the Dublin Regulation. It is yet to be seen if this flies through, in particular knowing that some new Member States are questioning even the initial Council measures and the case is

pending before the CJEU against the Council brought by Hungary and Slovakia (C-643/15 and C-647/15). The Court decision either will deepen the divide among the Member States over how solidarity should be practiced in the EU; or will set a basis for even further movement away from the discretion of Member States towards more powers by the EU in this field.

Last, but not least, relationship with neighboring countries should not be overlooked. The EU deal reached with Turkey in March of this year is already raising a number of questions of compatibility with EU law on safe third country notion and others. Furthermore, EU non-admis-

sion policies will be bound to change if the ECtHR adopts unfavourable decision for Spain for its policy to reject asylum seekers at the border with Morocco in small enclave cities of Ceuta and Melilla in the North of Africa, which is currently pending in Strasbourg. Reception standards in some EU member states, where even the Strasbourg court has recognized the violations of EU law in some member states and others.

Thus I leave you with a number of questions, but this is how the EU policy on asylum looks like now and also it will hopefully inspire our discussion in the panel.

---

**СЕРЬОГІНА СВІТЛАНА ГРИГОРІВНА,**

*директор Науково-дослідного інституту  
державного будівництва та місцевого самоврядування  
Національної академії правових наук України,  
доктор юридичних наук, професор*

## **Напрями вдосконалення правового регулювання місцевого самоврядування в аспекті європейської інтеграції**

Визнання розвитку місцевого самоврядування одним із пріоритетних напрямів державної політики в рамках євроінтеграційних процесів, ратифікація Україною Європейської хартії місцевого самоврядування та Додаткового протоколу до неї зумовлюють необхідність здійснення поступальних кроків щодо підтримки місцевого самоврядування, забезпечення його відповідності міжнародно-правовим стандартам муніципальної демократії, розширення діапазону і вдосконалення механізму захисту муніципальних прав особистості, якісного перетворення системи владних відносин на регіональному та місцевому рівнях територіальної організації влади.

Зарубіжний досвід переконливо свідчить про те, що найкращих результатів у вирішенні питань місцевого значення досягають там, де вдається, з одного боку, максимально наблизити місце прийняття владних рішень до місця проживання громадян (тобто здійснити децентралізацію влади), а з другого – якомога більше залучити пе-

ресічних громадян до участі у виробленні, прийнятті та реалізації владних рішень (тобто здійснити демократизацію влади).

Незважаючи на те, що Україна дещо повільно просувається в напрямі імплементації в національне законодавство положень Європейської хартії місцевого самоврядування, все ж протягом останніх років здійснюються послідовні кроки у цих двох напрямках, створюючи правове підґрунтя застосування новітніх механізмів управління місцевим розвитком. Безперечним досягненням на цьому шляху стало прийняття Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні, яка була затверджена Кабінетом Міністрів України 1 квітня 2014 р. На сьогодні відповідно до цієї Концепції в Україні здійснюється комплекс заходів щодо законодавчого, науково-методичного й інформаційного забезпечення реформи місцевого самоврядування. Прийняття Концепції створило передумови для вироблення нових підходів до системи державного

управління, що має ґрунтуватися на принципах децентралізації, партнерства між державою та місцевим самоврядуванням.

Крім того, були прийняті закони України «Про засади державної регіональної політики», «Про співробітництво територіальних громад», «Про добровільне об'єднання територіальних громад», внесені зміни до бюджетного та податкового законодавства. На підвищення рівня відкритості й прозорості державного та муніципального управління, створення умов для доступу кожного громадянина до інформації про діяльність органів публічної влади спрямовані положення Закону України «Про доступ до публічної інформації». Здійснено скорочення кількості територіальних підрозділів центральних органів виконавчої влади з передачею відповідних функцій місцевим державним адміністраціям та виконавчим органам місцевого самоврядування, вдосконалюється правове регулювання компетенції органів місцевого управління.

Значну роль у створенні правового підґрунтя реформ у сфері місцевого самоврядування здійснює Міністерство регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України, яке виступає своєрідним флагманом і координатором цих реформ.

Національна модель організації місцевого самоврядування вимагає формування спроможних територіальних громад, здатних брати на себе відповідальність та самостійно вирішувати питання місцевого значення. Це завдання зумовлює необхідність укрупнення низових ланок місцевого самоврядування. Щоб не втрачати час в очікуванні змін до Кон-

ституції, реформа місцевого самоврядування в Україні здійснюється в напрямі добровільного об'єднання громад.

На сьогодні, за даними Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України, створено 177 ОТГ. Ще 798 громад подали заявки щодо об'єднання. 245 громад ініціювали вибори на своїх територіях. Після виборів новостворені громади формують власні виконкоми і мають змогу самостійно вирішувати усі місцеві питання, управляти власними ресурсами, розвивати свою територію. Найголовніше, що бюджети об'єднаних громад переводяться на прямі міжбюджетні відносини з державним бюджетом. Фінансування стає дворівневим, прямим: від держави – безпосередньо громаді.

Відбувається державне стимулювання процесу об'єднання. У 2016 р. з державного бюджету об'єднаним територіальним громадам на розвиток інфраструктури передбачено спеціальну субвенцію в розмірі 1 млрд гривень. Більш як 80% коштів державної субвенції вже розподілено між проектами розвитку інфраструктури об'єднаних територіальних громад.

Для підтримки впровадження реформи місцевого самоврядування та територіальної організації влади у кожній області створені офіси реформ із децентралізації, основними завданнями яких є сприяння процесу добровільного об'єднання територіальних громад; завершення роботи з перспективними планами формування територій громад областей; надання допомоги об'єднаним громадам з реалізації ними інфраструктурних та розвиткових проектів.

Завдяки впровадженню податкової та бюджетної децентралізації місцеві бюджети у 2015-му порівняно із 2014-м зросли на 41 % (26 млрд гривень). У 2016 р., за повідомленням Міністра регіонального розвитку, будівництва та ЖКГ, за перше півріччя зростання місцевих бюджетів становило понад 21 млрд гривень.

Однак, незважаючи на певні успіхи, проблема комплексного реформування місцевого самоврядування залишається до кінця не вирішеною.

Перша проблема пов'язана із необхідністю систематизації масиву нормативно-правових актів у сфері місцевого самоврядування. На сьогодні в Україні ідея прогресу місцевого самоврядування іноді некоректно ототожнюється з ідеєю кількісного накопичення юридичних актів. Часто прирощування нових нормативних актів розглядають як панацею у вирішенні проблем державного будівництва, місцевого самоврядування, соціально-економічного розвитку адміністративно-територіальних одиниць. Проте зрозуміло, що кількість не веде однозначно до якісної зміни правового регулювання суспільних відносин.

На сьогодні питання муніципально-правових відносин в Україні регулюються кількома тисячами нормативно-правових актів різної юридичної сили. У рамках Меморандуму про співробітництво з Міністерством регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України науковці НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України провели роботу щодо комплексного аналізу сис-

теми законодавства, яке визначає компетенцію і повноваження органів місцевого самоврядування у 20 галузях управління. Вони містяться більш ніж у 2200 нормативно-правових актах. Навіть фахівцю важко розібратися у такій кількості нормативного масиву, не говорячи про органи і посадових осіб місцевого самоврядування. За даних умов вкрай важко, з одного боку, забезпечити системність і внутрішню несуперечливість правового регулювання на всій території країни, а з другого – врахувати місцеві особливості та інтереси, підтримати місцеву ініціативу і прагнення до самоорганізації.

Крім того, на сучасному етапі розвитку місцевого самоврядування необхідно поступово обмежувати рівень імперативної регламентації державою відносин у цій царині, ширше застосовувати норми диспозитивні, рекомендаційні. Сьогодні у правовій системі країни зберігаються до 60% заборонних норм (при світових стандартах – до 18%), і головне, ця тенденція, у всякому разі у сфері публічного права, зберігається.

Зрештою, постає питання про посилення систематизації і кодифікації законодавчих актів, а ще важливіше – питання про якість правових актів.

Слід поглиблювати науково-експертну оцінку законопроектів у сфері місцевого самоврядування, приділяючи окрему увагу не тільки зарубіжному досвіду, концепції і презентації проектів, а перш за все юридичній техніці, термінам і категоріям, які застосовуються в цих проектах, адже недостатньо чітка чи суперечлива регламентація відносин призводить до непорозумінь, необхідності

внесення змін і доповнень, додаткового тлумачення актів.

За роки незалежності створено певне законодавче підґрунтя для роботи органів і посадових осіб місцевого самоврядування. Проте правова регламентація системи актів місцевого самоврядування, їх юридичної сили, місця у системі законодавства, специфіки статуту територіальних громад, як і раніше, залишається неналежною, адже до цього часу в Україні відсутній закон «Про нормативно-правові акти».

Зараз в Україні обговорюється теза про те, що реформу з децентралізації належить повністю відокремити від реформи Конституції. Однак виникає питання, як можна докорінно вдосконалити системно-структурну організацію муніципальної влади, належним чином імплементувати положення Європейської хартії місцевого самоврядування, запровадити сучасні європейські принципи територіальної організації без внесення змін до Конституції, яка є фундаментом національного законодавства. Чинна редакція Конституції України суттєво обмежує правовий простір для проведення реформи місцевого самоврядування в аспекті децентралізації публічної влади. Положення Основного Закону мають істотну прогалину і щодо визначення концептуальних засад територіальної основи місцевого самоврядування. Як такі мають визначитися принципи, окреслені Європейською хартією місцевого самоврядування, – децентралізації влади, повсюдності та спроможності місцевого самоврядування. Надання цим принципам конституційного характеру з наступним запровадженням законодавчого механізму їх

реалізації дозволить зробити кроки на шляху до зміцнення правових і соціально-територіальних основ муніципальної влади, а також посилення матеріально-фінансової самостійності громад.

Тому продовження конституційної реформи в напрямі подальшої децентралізації публічної влади, оптимізації її інституційно-функціональної та адміністративно-територіальної організації створить умови для глибинних реформ місцевого самоврядування, за яких відвернення від реформи буде неможливим.

У національне законодавство потребує імплементації не лише Європейська хартія місцевого самоврядування, а й положення Додаткового протоколу до неї (про право участі у справах місцевого органу влади), який був ратифікований Верховною Радою України 2 вересня 2014 р.

На сьогодні, на жаль, першочергова увага приділяється владній складовій системно-структурної організації місцевого самоврядування. Однак не слід забувати, що місцеве самоврядування – інститут громадянського суспільства, а тому належне правове регулювання форм безпосередньої демократії на місцевому рівні є надзвичайно важливим завданням.

Це питання надзвичайно актуалізується й тому, що реалізація чинної конституційної моделі місцевого самоврядування вимагає посилення статусу та організаційно-правового механізму функціонування територіальних громад. Незважаючи на те, що відповідно до Конституції України та Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» територіальна громада є первинним

суб'єктом місцевого самоврядування, до цього часу закон, який би комплексно регламентував питання правового статусу територіальної громади, відсутній, а в Законі «Про місцеве самоврядування в Україні» цьому питанню присвячена лише одна стаття.

Необхідним є прийняття Закону «Про територіальні громади», який би регулював питання юридичного статусу та принципів діяльності територіальної громади; правову основу підготовки та прийняття статутів територіальних громад; символіку, акти, компетенцію територіальних громад; індивідуальні та колективні права членів територіальних громад; форми участі територіальних громад у вирішенні питань місцевого значення; механізм взаємодії органів та посадових осіб місцевого самоврядування з територіальними громадами; відповідальність органів та посадових осіб місцевого самоврядування перед територіальними громадами.

Крім того, слід прийняти закон про місцевий референдум, врегулювати питання місцевих ініціатив, громадських слухань, прийняти нову редакцію Закону «Про органи самоорганізації населення».

У зв'язку з розширенням повноважень органів місцевого самоврядування пропонуємо врегулювати питання громадського контролю за діяльністю органів і посадових осіб місцевого самоврядування, у якому визначити форми контролю, порядок його організації, права та обов'язки суб'єктів контролю, наслідки здійснення контрольних заходів.

Водночас оновлення потребує і законодавча база, яка є чинною на сьогодні та регулює окремі важливі сфери від-

носин місцевого самоврядування. Найсамперед це Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні». Бажано не просто переробити його окремі положення, а зважаючи на суттєву зміну ролі та призначення місцевого самоврядування, реформування його інституційної складової, матеріально-фінансової основи місцевого самоврядування, цей Закон слід прийняти в новій редакції.

Оновлення редакції потребує також Закон України «Про службу в органах місцевого самоврядування». Зміни до цього Закону мають сприяти побудові в Україні професійної та ефективної служби в органах місцевого самоврядування, яка забезпечуватиме надання якісних послуг громадянам. У зв'язку з цим необхідно переглянути умови вступу на службу в органи місцевого самоврядування, порядок її проходження та припинення, правовий статус службовців органів місцевого самоврядування, засади їх соціального і правового захисту.

Попри те, що в Україні неодноразово підступалися до адміністративно-територіальної реформи, ми й досі живемо не тільки зі старою мапою, а й частково за радянським законодавством. Дотепер окремі питання адміністративно-територіального устрою визначаються указом Президії Верховної Ради УРСР від 1981 р. Однак прийняття Закону «Про адміністративно-територіальний устрій» зумовлюється прямою вказівкою на це у Конституції. Цей Закон має врегулювати відносини щодо порядку утворення, ліквідації, встановлення та зміни меж, найменування і перейменування адміністративно-терито-

ріальних одиниць, порядку віднесення поселень (сіл, селищ, міст) до відповідної категорії, закріпити територіальні рівні організації влади, врахувати новітні принципи адміністративно-територіального устрою.

У зв'язку із процесом добровільного об'єднання територіальних громад виникає питання щодо проміжного рівня адміністративно-територіального устрою – районів. На сьогодні є райони, де в межах всієї території утворилося по одній громаді: у Донецькій, Житомирській, Хмельницькій областях. Постає питання щодо доцільності створення районної ради, яка згідно з Конституцією має представляти спільні інтереси територіальних громад. Вирішити цю проблему можливо шляхом покладення на раду об'єднаної терито-

ріальної громади повноважень відповідної районної ради, передбачивши це у відповідному законопроекті.

У підсумку слід зазначити, що за час функціонування місцевого самоврядування в Україні накопичилося значне коло проблем, які потребують свого негайного розв'язання: недосконалість правової основи місцевого самоврядування, незабезпечення імплементації положень Європейської хартії місцевого самоврядування, нерозвиненість форм та інститутів безпосередньої демократії на місцевому рівні, відсутність законодавчих засад вирішення питань адміністративно-територіального устрою. Широта цієї проблематики зумовлює необхідність комплексного підходу до її розв'язання як на конституційному, так і на законодавчому рівнях.



---

## **КУЗНЕЦОВА НАТАЛІЯ СЕМЕНІВНА,**

*доктор юридичних наук, професор,  
академік Національної академії правових наук  
України, професор кафедри цивільного права  
Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка*

## **КОХАНОВСЬКА ОЛЕНА ВЕЛЕОНІВНА,**

*доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент Національної академії  
правових наук України, професор кафедри  
цивільного права Київського національного  
університету імені Тараса Шевченка*

# **Сучасне приватне право України: вектори європейського розвитку**

«Цивільне право споконвіку і за самою своєю структурою було правом окремої людської особистості, сферою його свободи і самовизначення. Тут уперше зародилося уявлення про людину як суб'єкта прав, тобто уявлення про особистість, як про щось юридично самостійне і незалежне навіть по відношенню до держави і його властей», – писав у своїй відомій праці «Основні проблеми цивільного права» Йосип Олексійович Покровський [1, с. 39]. Ця незвичайна за стилем написання книга була опублікована як окреме видання наприкінці буремного 1917 р., напередодні жовтневого перевороту, і 2017 р. цивілісти будуть відзначати сторіччя з моменту її появи як надзвичайну подію. Робота видатного цивіліста вражає сучасністю змісту практично кожної сторінки, витребуваними сьогодні ідея-

ми моральності у праві й відповідальності юриста за еволюційний шлях розвитку права і суспільства, за пошуки цивілізованого вирішення міждержавних спорів і відповідального нормотворення. Ми згадуємо Й. О. Покровського ще й тому, що він працював в Університеті Святого Володимира (нині – Київський національний університет імені Тараса Шевченка) і залишається найвідомішим романістом, одним із небагатьох публіцистів у сфері приватного права, роботи якого зрозумілі й цікаві не лише спеціалістам, а й усім, хто цікавиться зародженням і перспективами цивільного права. Його прогресивні ідеї і ліберальні погляди і сьогодні надихають нас на самовдосконалення і пошуки перспективних і ефективних шляхів вирішення правових проблем. Тому розуміння витоків сучасної європейської

правової свідомості українців слід шукати ще у наукових працях наших видатних співвітчизників – цивілістів минулих століть, в органічному сприйнятті народом України гуманістичних і культурних європейських цінностей.

Слід зазначити, що термін «цивільне», або «приватне», право відомий із давніх-давен. Вже римські юристи оперували цими термінами, поділяючи всю широку сферу права публічного і сферу права приватного, або цивільного. Відтоді цей поділ є видатним здобутком юридичної думки, базисом класифікації правових явищ.

Для України, з часу набуття нею державної незалежності, як і для будь-якої сучасної держави, нині стало актуальним питання про орієнтаційні напрями політичного, соціального, економічного і правового розвитку.

Друга половина минулого століття та початок нового в суспільному житті характеризуються посиленням інтеграційних процесів, активізація яких була також обумовлена розпадом СРСР і співдружності країн соціалістичного табору. Нині ці процеси набули більш драматичних форм і вилились у справжнє протистояння у виборі цивілізаційних шляхів розвитку суспільства в пострадянських державах.

Підписання у 1992 р. Маастрихтського договору і створення на його основі Європейського Союзу засвідчило новий етап у формуванні потужної інтегрованої структури в Європі, яка передбачала не лише зближення європейських співтовариств на базі спільного та єдиного ринку, а й вирішення питань політичного співробітництва в Європі [2, с. 8].

Таке рішення, безумовно, сприяло також процесу правової інтеграції, формуванню спільного правового простору, спрямованого на створення умов для вільного руху людей, товарів, робіт, капіталів.

Як резюмується установчими договорами Євросоюзу, гармонізація його права з національними правовими системами досягається не примусовим узгодженням відповідних правових норм, а шляхом добровільної відмови держав-членів від частини своїх повноважень, пов'язаних з економічною і політичною доцільністю. Унаслідок такого переходу відбувається оптимальний з точки зору балансу інтересів розподіл законодавчих повноважень і відповідальності між національними та європейськими (наддержавними) структурами.

Створення Європейського Союзу, яке було обумовлене необхідністю подолання розбіжностей, встановлених національними правовими системами у сфері формування єдиного європейського ринку (перш за все у митному, податковому, конкурентному, міграційному праві), спонукало до гармонізації та уніфікації правових приписів, перш за все публічно-правового характеру, з метою забезпечення вільного обміну товарами і послугами, вільного руху капіталів і вільного пересування громадян різних держав на території об'єднаної Європи.

Таким чином, можна констатувати, що першочергові завдання уніфікації національних законодавств і створення права Європейського Союзу знаходилися в площині публічного права (митного, податкового, конкурентного, мігра-

ційного). Що ж до уніфікації та гармонізації приватного права, то цей процес розвивався еволюційно, і його витоки в історичному вимірі значно передують ідеї створення ЄС, оскільки він був обумовлений об'єктивними чинниками, що супроводжували розвиток міжнародної торгівлі і в цілому міжнародне співробітництво у сфері приватно-правових відносин.

Така уніфікація та гармонізація здійснювалися шляхом прийняття універсальних конвенцій, як, наприклад, Віденської конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (1980) [3] і рекомендаційних актів, таких як Інкотермс [4], Принципи міжнародних комерційних договорів [5] тощо.

Важливим кроком на шляху гармонізації європейського приватного права стала ідея створення Європейського Зібрання контрактного права, яка була реалізована комісією, очолюваною професором Оле Ландо [6].

Робота, розпочата в середині 1989 р., дала перші результати у 1994 р., коли була завершена підготовка першої частини Принципів (схвалена резолюцією Європарламенту та опублікована в 1995 р.). У подальшому друга частина була переглянута і переструктурована, її консолідована редакція була опублікована в 1999 р. [7]. Ця консолідована друга частина включала принципи, що регулюють укладення договорів, дійсність, тлумачення, зміст договорів, повноваження агентів, виконання договірних зобов'язань, невиконання, порушення) договорів, а також засоби правового захисту.

Третя частина Принципів побачила світ у 2002 р., коли були опубліковані додаткові глави, що охоплювали регламентацію множинності кредиторів і боржників, уступки вимоги, переведення боргу, зарахування вимог, позовної давності та деяких інших важливих інститутів договірної права [8]. Принципи європейського договірної права, які розроблялися видатними європейськими фахівцями в галузі приватного права впродовж 20 років, є важливим джерелом сучасного приватного права. Вони, хоча і є продуктом приватної ініціативи, не мають статусу акта «наднаціонального» або «міжнародного права».

Сьогодні можна із впевненістю стверджувати, що вони відіграли (і продовжують відігравати) важливу роль у процесі гармонізації європейського приватного права.

У подальшому ці роботи розширилися до масштабів підготовки Європейського кодексу приватного права. І хоча спершу це не викликало значного оптимізму в юридичній спільноті, цивілісти сприймали цей проект доволі реалістично [9, с. 66–67].

У подальшому Робоча група зі створення Європейського цивільного кодексу та Група із досліджень чинного приватного права підготували науковий проект загальної довідкової схеми (Draft of a Common Frame of Reference – DCFR), до якого були включені принципи, визначення та модельні норми європейського приватного права у консолідованій редакції [10]. У DCFR відображені сучасні підходи до змісту найбільш витребуваних комерційним оборотом інститутів зобов'язального права.

Це дозволило стверджувати відомому фахівцю у галузі міжнародного приватного права і міжнародного комерційного арбітражу О. С. Комарову, що «DCFR являє собою правовий текст, опрацьований на основі високорозвинутого цивільного права, яке обслуговує високорозвинуту ринкову економіку. Цей документ продовжує континентальну традицію кодифікованого права...» [11, с. 15].

Підготовка проекту чинного Цивільного кодексу України [12], розпочата в 1992 р., за часом збіглася з процесами гармонізації приватного права у країнах Європи. Отже, європейські тенденції зближення цивільно-правових норм, що регулюють перш за все відносини у сфері обороту, безумовно, вплинули на зміст відповідних норм Цивільного кодексу України.

Загалом 90-ті рр. ХХ ст. виявилися надзвичайно сприятливим періодом для української цивілістики, для піднесеного, романтичного правосприйняття і правотворення. Підтвердженням тому і стала розробка провідними українськими вченими нового Цивільного кодексу України, а Книга друга, присвячена особистим немайновим правам фізичної особи, – перемогою багатомірних прагнень людства про втілення у праві понять моральності, справедливості, ідеї самоцінності кожної окремої особистості.

Водночас слід враховувати, що за більше ніж десятиліття, яке відділяє нас від уведення в дію Цивільного кодексу України, відбулися певні зміни як на національному, так і на європейському рівні. Можна стверджувати, що положення ЦК України потребують

ревізії з огляду на формування судової практики їх застосування, а також європейських тенденцій розвитку приватного права за цей період. Утім у процесі прийняття Цивільного кодексу України він був значно змінений, причому не у кращий бік.

Це ставить на порядок денний питання про звільнення Цивільного кодексу України від конструкцій, які руйнують його цілісність, порушують принципи системності його як стрижневого акта приватного права. Щодо цього достатньо згадати історію появи ч. 2 ст. 316 Цивільного кодексу України, яка закріпила право довірчої власності як особливий вид права власності, або нову редакцію ст. 228 Цивільного кодексу України, яка фактично відновила цивільно-правову конфіскацію, від якої принципово відмовилися розробники проекту Цивільного кодексу України. Можна навести й інші приклади «поліпшення» проекту ЦК України у процесі його доопрацювання спеціальною депутатською комісією, а також у ході внесення численних змін і доповнень, обґрунтованість яких нерідко була доволі сумнівною.

Цивільний кодекс України належить до низки фундаментальних законодавчих актів держави, які мають забезпечити сталий розвиток її економіки і водночас реалізацію основних соціально-економічних і особистих прав громадян. Підкреслюючи тісний зв'язок Цивільного кодексу України з інститутами громадянського суспільства, його не випадково називають «економічною Конституцією» або «Кодексом громадянського суспільства».

Виходячи із такої ролі Цивільного кодексу України у розбудові правової держави, зміни, які пропонується вносити до цього акта, мають бути виваженими, обґрунтованими, системними за своїм характером і повинні визначати перспективу розвитку приватно-правового регулювання суспільних відносин.

Цивілістична наука України має своїм основним завданням проведення досліджень, спрямованих на вдосконалення чинного цивільного законодавства. Одним із пріоритетних напрямів розвитку науки приватного права є ґрунтовний аналіз судової практики і в цілому правозастосування як однієї з важливих функцій держави та зокрема судової системи. Водночас дотепер в Україні відповідні глибокі системні дослідження відсутні. У цілому такі фундаментальні теоретичні проблеми приватного (цивільного) права, як система цивільного права, його співвідношення із цивільним законодавством, джерела сучасного приватного (цивільного) права, методологія приватного (цивільного) права, місце цивільного права в системі сучасного права України, співвідношення з іншими галузями права, не стали предметом докторських дисертацій.

Орієнтація на європейський вектор розвитку вимагає від цивілістів України не тільки усвідомлення нових підходів до визначення проблематики наукових досліджень, а й формування нового цивілістичного мислення, сприйняття категорій та конструкцій сучасного європейського приватного права, яке впродовж більш ніж двох десятиліть формується в Європі і входить в євро-

пейську правосвідомість через призму принципу верховенства права, пріоритету прав і свобод людини, засад доброчесності та справедливості.

Сучасний розвиток права актуалізує проблему забезпечення міжгалузевих зв'язків цивільного права.

Перш за все такі зв'язки існують у сегменті приватного права, у структурі якого цивільне право є стрижневим елементом, оскільки його засадничі принципи є певним фундаментом для розвитку сімейного, трудового, комерційного, корпоративного, інформаційного, міжнародного права і права інтелектуальної власності. Отже, дослідження як особливостей дії загальних засад у відповідних сферах приватного права, так і забезпечення єдності правового регулювання всієї маси приватно-правових відносин, є важливим напрямом розвитку цивілістичної науки.

Традиційно важливим і актуальним є дослідження співвідношення матеріально-правового і процесуального регулювання приватно-правових відносин. Однак хоча ці напрями і об'єднані однією науковою спеціальністю, але допоки дослідження проводяться автономно: цивільно-правові аспекти аналізуються окремо, цивільно-процесуальні – також окремо. Ми говоримо, що зміст і форма є нерозривно пов'язаними явищами, але в науковій практиці ця теза залишається доволі декларативною.

Реанімація поділу права на приватне й публічне знову поставила на порядок денний цілу низку теоретичних питань, зокрема про співвідношення та можливу взаємодію норм приватного

та публічного права, про роль і місце публічно-правових елементів у механізмі регулювання приватно-правових відносин, наприклад, положень щодо державної реєстрації юридичних осіб, державної реєстрації актів громадянського стану, реєстрації об'єктів інтелектуальної власності тощо.

Водночас у публічному праві активно використовуються такі цивілістичні інструменти, як юридична особа, договір, збитки тощо. Це дало підставу для висновку про конвергенцію приватного і публічного права [13, с. 117].

Не ставлячи завдання детально проаналізувати ступінь взаємопроникнення приватного і публічного права у процесі здійснення правового регулювання суспільних відносин, можна беззаперечно стверджувати, що в сучасних умовах між публічним і приватним правом залишаються принципові відмінності, які існують об'єктивно, але між публічним і приватним правом немає нездоланної прірви. Це робить важливим врахування особливостей впливу норм приватного права і норм публічного права на окремі явища і процеси, що підпадають під їх дію (регулювання). За таких умов ймовірно доцільно проводити комплексні дослідження, які передбачають аналіз як приватно-правових, так і публічно-правових аспектів такого регулювання, оскільки тільки такий підхід може забезпечити баланс публічних і приватних інтере-

сів, ефективність дії правових інструментів, максимальне задоволення потреб як суспільства в цілому, так і окремих громадян. У цьому розумінні пророчими можна назвати слова Й. О. Покровського: «Якщо ми не припускаємо перетворення людини у простий засіб для цілей інших, то, очевидно, вищою істиною для нашої моральної свідомості є ідея самоцінності людської особистості. Тільки такий правовий порядок ми можемо вважати етично бездоганим, в якому кожна окрема людина буде рівною мірою з іншими розглядатися як самоціль, визнаватиметься однаковою самоцінністю» [1]. Заради цього працює нині вся світова прогресивна наукова цивілістична думка.

Розглядаючи питання про орієнтацію українського приватного права на європейські стандарти, напрями та механізми забезпечення відповідності, слід особливу увагу приділяти вивченню досвіду країн Східної та Центральної Європи, Балтії, які вже пройшли цей шлях і сьогодні є членами Європейського Союзу.

Міжнародна співпраця України із зарубіжними колегами, обмін результатами наукових досліджень, участь у спільних проектах, безумовно, збагатять українську цивілістичну думку і, можливо, певною мірою будуть корисними і для європейської правової спільноти.

### Список використаних джерел

1. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – Изд. 3-е, стереотип. – М. : Статут, 2001. – 353 с.
2. Опришко В. Ф. Право Європейського Союзу: Загальна частина : підруч. для вищ. навч. закл. / В. Ф. Опришко, А. В. Омельченко, А. С. Фастовець. – К. : Вид. КНЕУ, 2002. – 460 с.

3. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі – продажу товарів від 11 квітня 1980 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_003](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_003).
4. Інкотермс. Офіційні правила тлумачення торговельних термінів Міжнародної торгової палати [Електронний ресурс]. Видання МТП № 560. Введені в дію з 01.01.2000. – Режим доступу: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/988\\_007](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/988_007).
5. Принципы международных коммерческих договоров (принципы УНИДРУА (UNIDROIT) от 01.01.1994 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_920](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_920).
6. Ole Lando Guest Editorial: European Contract Law after the year 2000 (1998) 35 Common Market Law Review.
7. Lando O. Principles of European Contract Law, Part I and II / O. Lando, H. Beale. – The Hague, 1999.
8. Introduction to the Principles of European Contract Law prepared by The commission on European Contract Law [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.cbs.dk/departments/Law/staff/ol/commission\\_on\\_ecl/survey\\_pecl.html](http://www.cbs.dk/departments/Law/staff/ol/commission_on_ecl/survey_pecl.html).
9. Кодифікація приватного (цивільного) права України / А. С. Довгерт, О. А. Підпригора, Д. В. Боброва та ін. ; ред. А. С. Довгерт. – К. : Укр. центр правн. студій, 2000. – 336 с.
10. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR); Outline Edition [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf).
11. Рассказова Н. Ю. Модельные правила европейского частного права / Н. Ю. Рассказова. – М. : Статут, 2013. – 989 с.
12. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.
13. Коршунов Н. М. Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики / Н. М. Коршунов. – М. : Норма, ИНФРА – М., 2011. – 256 с.

---

VILIUS MAČIULAITIS,

*PhD*

*Mykolas Romeris University*

*Institute of Private Law*

## **Freedom of Agreement in Labour Relations: Challenges of EU Law Transposition**

Traditionally labour law and its position in the legal system differs from country to country. Respectively in the Soviet time labour law was considered as a part of public law. Similar approach we can find nowadays in some post-Soviet countries. Some scholars has the opinion that labour law does not belong to the public either to the private law. And also the opinion assigning the labour law as part of private law is known.

Understanding of a place of labour law in the legal system of the country make a significant influence to the application of regulatory methods of labour law. According to the dependence of labour law to the public of private law, the influence of a government as a third player in labour relations also different. The government has more power and desire to regulate labour relations in the countries where labour law belongs to the public law and respectively less power and possibilities of regulation where methods of regulation are much «softer» – in such a case the employment relationship is based mainly on the agreement of parties of that relationship.

The role of employment contract differs as well. In the system of «hard» regulation, the employment contract serves as «memorandum of rights», sometimes reflecting only the requisites of the parties, functions of the employee and, the most important, salary. In other words with the significant influence of the regulation, the possibility of finding the most appropriate way of implementation of employment rights is also limited – the state and the law knows better what should be applied for the parties of employment contract. And *vice versa*, we can presume that in case of «soft» regulation, the scope and possibility of agreement between parties of employment relationship restricted with only few minimum standards, sometimes the possibilities are significantly wider.

EU labour law having the aim of non-discrimination and protection of employees' rights as a rule establishes the minimum thresholds and standards for. The EU law has no aim of regulation of employment relationship. It is the instrument of harmonisation of legal systems of Member States.



The principle of freedom of contract in employment relations could be understandable in different approaches, first of all – it is the general freedom to conclude a contract. From this perspective freedom of contract is universal principle, usually stated in the mail laws or even Constitutions.

The second approach towards the understanding of freedom of contract in employment relations is the freedom to formulate the content of agreement. In this field the law (and the government) can make an influence to the will of parties of employment relationship. Here we could talk about the flexibility of employment regulation: to what extent parties are free to agree on conditions of implementation of their employment rights. Council Directive 91/533/EEC ensures that employers provide the information for the employees with the essential information (identity, nature of the job, duration of contract, amount of payment, normal working hours, and information on collective agreements). Although the Directive is not directly linked to the freedom of agreement, it gives a message which contractual clauses are mainly important in the employment relationship. The other conditions seems not so important, but in the same time it reflects the freedom of agreement and

sometimes are restricted by the national legislation. No wish or will to bargain, because of illusion of being unlawful.

The freedom of termination of employment relations also can be considered as under coverage of this topic. On the other hand that freedom of agreement can be linked to the possibility of conclusion of an employment contract. EU Directive 1999/70/EEC establishes the principle of non-discrimination and prevents the inappropriate usage of fixed-term contracts. Moreover, the flexibility of employment relations usually is directly correlated with the flexibility of recruitment and dismissal of employees. Some scholars say, that the legal regulation of termination of labour relations reflects the level of flexibility of labour relations. So the *flexibilisation* of employment relations is directly linked to the scope of parties' of employment relationship to bargain the conditions of employment. In other words, the flexibility directly dependant on the participation of the state in the contractual relationship between employer and employee.

Therefore, EU and international rules on employee's protection on one side and respective economical pressure on the other side makes complicated the ensuring of flexibility and security of labour relations.

---

**ОРЛЮК ОЛЕНА ПАВЛІВНА,**

*директор Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності Національної академії правових наук України, в.о. завідувача кафедри інтелектуальної власності Київського національного університету імені Тараса Шевченка, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України*

## **Захист прав інтелектуальної власності в контексті європейської інтеграції**

Глобалізація кидає виклик основам захисту прав інтелектуальної власності. Адже інтелектуальна власність не є територіальною з погляду свого застосування та свого значення. Інтелектуальна власність є невід'ємною складовою міжнародної торгівлі й глобальної економіки. Разом із тим, оскільки права інтелектуальної власності є приватними і територіальними за своїм характером правами, виникає питання щодо того, чи можна забезпечити ефективний захист прав інтелектуальної власності в епоху глобалізації. Стрімкі темпи міжнародної торгівлі, що посилюються взаємозв'язком економічних систем і відомі наслідки неефективного захисту на рівні окремих національних правових систем, підштовхуватимуть країни до переосмислення суті та шляхів удосконалення захисту прав інтелектуальної власності, у тому числі в його цивільно-правових аспектах. Оскільки міжнародна торгівля й господарська діяльність розширюються, наслідки та використання інтелектуальної власності

ті за межами національних кордонів також стають усе більш актуальними.

Країни, зокрема ті, що розвиваються, шукають для себе можливості, аби створити сприятливий клімат для залучення інвестицій, у тому числі іноземних, для розвитку бізнесу, стимулювати більш високу економічну активність. Для досягнення цієї мети одним із важливих міркувань є створення міцного і збалансованого режиму інтелектуальної власності, який має сприяти комерційній та промисловій діяльності у цілому. Недаремно у Доповіді Всесвітньої організації інтелектуальної власності (WIPO) за 2015 рік «Револьюційні інновації та економічне зростання» Ф. Гаррі зазначив, що інтелектуальна власність перебуває у центрі інноваційного зростання національних економік [1].

Водночас гарантоване отримання прибутків від використання прав інтелектуальної власності можливе лише тоді, коли в державі розвинена система захисту таких прав в усіх її компонен-

тах. При цьому зазначена система має включати відповідне законодавство, яким закріплюються відповідні процедури та способи захисту, наявність кваліфікованих правоохоронних та митних органів, незалежний суд тощо. Слід також враховувати, що значення ролі захисту прав інтелектуальної власності в інноваційній привабливості країни оцінюється не лише на національних рівнях, а й на міжнародному, зокрема – у процесі визначення питань щодо доцільності інвестування.

Потрібно зауважити, що проблема захисту прав інтелектуальної власності не є унікальною лише для України, а є спільною для усього світового середовища. У цьому сенсі слід відзначити постійну діяльність Всесвітньої організації інтелектуальної власності (далі – ВОІВ) (WIPO) в напрямі створення спільних майданчиків для обміну таким досвідом країнами світу, у тому числі й європейськими країнами, аби шукати найкращі шляхи не лише у частині удосконалення процедур правової охорони, а й безпосередньо захисту прав інтелектуальної власності. На даний момент робота ВОІВ у галузі захисту прав виходить зі Стратегічної мети VI, що була визначена під час прийняття Порядку денного в галузі розвитку. Відповідно до Стратегічної мети VI забезпечення поваги до інтелектуальної власності на стійкій основі являє собою широку концепцію, у рамках якої охорона і захист прав інтелектуальної власності мають здійснюватися з урахуванням інтересів соціально-економічного розвитку та захисту споживачів. Щодо цього основою для Стратегічної мети VI служить рекомендація 45 Порядку денного в галузі

розвитку [2], згідно з якою охорона і захист прав інтелектуальної власності мають сприяти технічним інноваціям і передачі й розповсюдженню технології до взаємної вигоди виробників і користувачів технічних знань таким чином, щоб сприяти досягненню соціально-економічного добробуту і балансу прав та обов'язків. Показовим є й досвід діяльності Консультативного комітету із захисту прав (ККЗП), що був заснований Генеральною асамблеєю ВОІВ у 2002 р. [3]. Цей Комітет наділений мандатом на надання технічної допомоги та здійснення координації в галузі захисту прав (разом із тим нормотворчість чітко виключається з цього мандата). Згідно з Рекомендаціями ККЗП приділяє головну увагу: координації діяльності з державними та приватними організаціями з метою боротьби з контрафакцією і піратством; просвіті громадськості; наданню допомоги; координації з метою проведення національних і регіональних навчальних програм для всіх відповідних зацікавлених сторін; обміну інформацією з питань захисту прав.

Україна має виходити й з європейського досвіду у частині захисту прав інтелектуальної власності. Адже створення єдиного європейського ринку потребує гармонізації відповідних національних законодавств держав – членів ЄС, а також поліпшення системи захисту інтелектуальних прав на міждержавному рівні. Про важливість останнього свідчать положення про розширення компетенції ЄС у сфері торговельних аспектів інтелектуальної власності в Ніщцькому договорі ЄС від 26 лютого 2001 р., який набув чинності

з 1 лютого 2003 р. Захист інтелектуальної власності як невід'ємного права людини проголошений у ч. 2 ст. 17 Хартії основних прав Європейського Союзу, схваленої у вересні 2000 р. Текст Хартії не був включений до Лісабонського договору від 13 грудня 2007 р., однак її положення є обов'язковими. У статті 6 Договору ЄС закріплено, що «ЄС поважає права, свободи та принципи, викладені в Хартії з прав людини» [4].

Право інтелектуальної власності поширюється в державах – членах ЄС, безпосередньо впливаючи на національні системи правової охорони. Про його позитивний вплив свідчить приклад наших сусідів – країн Східної Європи, які вже набули членства в ЄС (Польща, Чехія, Словаччина, країни Балтії, Угорщина, Болгарія, Румунія). Для цих держав орієнтація на право ЄС була важливим чинником розвитку національного законодавства, враховуючи той факт, що з багатьох аспектів право інтелектуальної власності ЄС випереджає відповідні норми на рівні регулювання ВОІВ, а в деяких випадках – і розвиток права інтелектуальної власності США. Слід зауважити, що стандарти охорони й захисту прав інтелектуальної власності Євросоюзу відіграють вирішальну роль як під час вдосконалення національних систем охорони, так і під час оцінювання ефективності реалізації прав. При цьому поряд із численними директивами та регламентами ЄС, що регулюють сферу інтелектуальної власності, насамперед у частині правової охорони, 29 квітня 2004 р. було прийнято Директиву № 2004/48/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС про забезпечення прав на інтелектуальну

власність, що поширює свою дію на Європейський економічний простір [5].

Європейське співтовариство активно провадить політику, спрямовану на підвищення рівня захисту прав інтелектуальної власності. Наприклад, у 2003 р., коли Іспанія головувала в Раді ЄС, вона виступила із пропозицією створити Європейський пункт спостереження за порушеннями прав інтелектуальної власності. У 2010 р. структура і повноваження Punkту спостереження були розширені. Для європейських країн характерним є створення органів, діяльність яких спрямована на боротьбу з порушеннями прав інтелектуальної власності та захист таких прав. Прикладами можуть бути Міжгалузева комісія по боротьбі з порушеннями прав промислової власності (CAPRI) в Іспанії, яка у 2014 р. пережила суттєве реформування [6]; Група із захисту прав Данії, створена наприкінці 2015 р. на базі Відомства з патентів і товарних знаків Данії (DKPTO). Причому для цілей міжвідомчого співробітництва в Данії з 2008 р. функціонує Міністерська мережа по боротьбі з порушеннями прав інтелектуальної власності, що об'єднує зусилля багатьох державних структур [7; 8].

Для України, що взяла курс на євроінтеграцію ще на початку 2000-х рр., й активно його реалізує, питання захисту прав інтелектуальної власності набувають додаткового змісту. Зокрема, уклавши у 1994 р. Угоду про партнерство та співробітництво з ЄС, а також вступивши у 2008 р. до СОТ (що потягло за собою застосування Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (Угоди TRIPS) [10]),

Україна взяла на себе зобов'язання забезпечити рівень захисту сфери інтелектуальної власності, аналогічний існуючому в Європейському Союзі. Зазначені зобов'язання не є голосливими, адже на сьогодні економічні санкції за невиконання цієї умови вже застосовувалося відносно країн – членів СОТ (зокрема, щодо Данії, Ірландії, Греції).

В Угоді про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, ратифікованій 16 вересня 2014 р. Верховною Радою України та Європейським парламентом [9], глава 9 присвячена безпосередньо інтелектуальній власності. У статті 157 Угоди визначено основні дві цілі у цій царині: а) спрощення створення і комерційного використання інноваційних продуктів та продуктів творчої діяльності на території Сторін; і б) досягнення належного та ефективного рівня охорони і захисту прав інтелектуальної власності.

Отже, належний та ефективний рівень захисту прав інтелектуальної власності має розумітися як один зі стратегічних напрямів реформування національного законодавства та правозастосовної практики у цілому в напрямі європейської інтеграції.

Відзначимо, що необхідність створення умов для належного захисту прав інтелектуальної власності розуміється й на внутріполітичному рівні. Стратегією сталого розвитку «Україна – 2020», затвердженою Указом Президента України від 12 січня 2015 р. [11], захист прав інтелектуальної власності визна-

чений як вектор реформування за напрямом національної безпеки.

Отже, із метою забезпечення ефективного захисту прав інтелектуальної власності Україна приречена до запровадження прогресивних європейських стандартів та міжнародної практики. Доцільно зауважити, що на необхідність впровадження прогресивних правових стандартів звертають увагу провідні вчені України, у тому числі – й у сфері цивільного права. Зокрема, стосовно готовності та актуальності сприйняття таких стандартів наголошує академік НАПрН України Н. С. Кузнєцова, яка вважає це одним із орієнтирів розвитку приватного права [12, с. 139]. Стосовно сфери інтелектуальної власності ми маємо добре розуміти, що сприйняття прогресивних правових стандартів має здійснюватися не лише матеріальними, а й процесуальними галузями, знаходити закріплення не лише в матеріальних, а й у процесуальних актах національного законодавства.

Частиною 1 ст. 54 Конституції України [13] громадянам гарантуються свобода літературної, художньої, наукової творчості, захист інтелектуальної власності, їхніх авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності. Кожний громадянин має право на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності, ніхто не може використовувати або поширювати їх без його згоди, за винятками, встановленими законом. Недаремно говорять, що майнові права творців виступають рушійною силою розвитку інтелектуального потенціалу країни. Окрім Конституції України, правовідносини

у сфері інтелектуальної власності регулюються нормами Цивільного, Кримінального, Митного, Господарського кодексів України, Кодексом України про адміністративні правопорушення, процесуальними кодексами, понад десятьма спеціальними законами й більш як сотнею підзаконних нормативно-правових актів. Зазначена сфера суспільних відносин знайшла своє закріплення й у декількох десятках міжнародних договорів та актів, учасницею яких виступає Україна.

Що стосується питань судового захисту прав інтелектуальної власності, то право на судовий захист є конституційним правом громадян відповідно до ст. 55 Конституції України. Ця норма відбиває підходи, закріплені Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод; адже ст. 6 Конвенції закріплено право на справедливий судовий розгляд [14]. Крім того, захист прав інтелектуальної власності доцільно розглядати насамперед через призму реалізації принципу захисту цивільних прав та законних інтересів, відповідно до ст. 3 Цивільного кодексу України [15].

Захист прав та законних інтересів авторів, власників охоронних документів реалізується через механізм захисту, який в остаточному підсумку являє собою систему форм, способів та засобів діяльності відповідних юрисдикційних органів і зацікавлених осіб, спрямовану на визнання та поновлення порушених прав, припинення порушення прав і законних інтересів авторів, власників охоронних документів та на застосування до правопорушників заходів державно-примусу.

Захист прав та законних інтересів суб'єктів права інтелектуальної власності здійснюється за допомогою передбачених чинним законодавством заходів щодо їх визнання та поновлення, припинення їх порушення, застосування до правопорушників заходів юридичної відповідальності. Стаття 432 Цивільного кодексу України закріплює право кожної особи звернутися до суду за захистом свого права інтелектуальної власності відповідно до ст. 16 Цивільного кодексу України. При цьому судовому захисту підлягають лише ті права суб'єктів права інтелектуальної власності, які охороняються законом.

У сфері права інтелектуальної власності можуть застосовуватися дві основні форми захисту прав – юрисдикційна та неюрисдикційна. При цьому преваюча роль залишається саме за юрисдикційною формою, яка реалізується через позови до суду, адміністративну відповідальність, кримінальне переслідування порушників прав інтелектуальної власності.

Чи є актуальним це для нашої країни? Звичайно, так. Адже наявність істотних проблем із забезпеченням належного захисту прав інтелектуальної власності визнають як безпосередньо творці об'єктів інтелектуальної власності, так і професійне середовище, й міжнародна спільнота. На більшості публічних заходів, що проводяться у сфері інтелектуальної власності, у тому числі з залученням міжнародних організацій та представництв, питанням захисту приділяється чи не найбільша увага. Прикладом може бути зустріч керівників урядових органів з представниками Єврокомісії 30 вересня 2015 р.,

на якій, фактично, відбувався звіт щодо питань імплементації Угоди про Асоціацію з ЄС у сфері інтелектуальної власності до національного законодавства. І основна увага, й основні вимоги звучали саме щодо захисту. Те саме було лейтмотивом при обговоренні вже питань реформування державної системи інтелектуальної власності, що проходять останні декілька місяців на майданчику Міністерства економічного розвитку та торгівлі України. У тому числі – на останньому «круглому столі», що відбувся під головуванням першого віце-прем'єр міністра України С. Кубіва 16 травня за участю народних депутатів, міжнародних організацій, професійного середовища, наукових кіл тощо, де було визначено, що сфера інтелектуальної власності в цілому є основою для розвитку інноваційної економіки держави. І Уряд для себе розглядає цю сферу як пріоритетну. Отже, мають бути розв'язані основні проблеми, що стоять перед цією сферою, де питання захисту посідають визначальне місце.

Адже в Україні, незважаючи на значні зрушення в напрямі формування якісної правової бази щодо питань правової охорони об'єктів інтелектуальної власності, питання з порушеннями прав інтелектуальної власності, а отже, і з захистом таких прав, залишаються здебільшого не вирішеними.

Серед них достатньо окреслити хоча б ті, що вже набули визнання на державному рівні [16]:

– відсутність захисту прав інтелектуальної власності в мережі Інтернет; відсутність нормальних механізмів фіксації таких порушень;

– відсутність випадків притягнення до відповідальності власників сайтів із піратським контентом;

– відсутність дієвих інструментів захисту прав інтелектуальної власності (фактично, інституціональна неспроможність правоохоронних органів);

– «патентний тролінг», який в Україні має свою специфіку й реалізується у вигляді шахрайства у сфері товарів загального вжитку, зокрема – при митному оформленні;

– використання неліцензійного програмного забезпечення в державних органах;

– відсутність належного захисту прав авторів та виконавців у зв'язку з наявністю непрозорого механізму збору та розподілу авторських винагород через організації колективного управління;

– надзвичайна ускладненість зібрання доказів для захисту порушених прав інтелектуальної власності у судовому порядку в зв'язку з необхідністю залучення судово-експертних досліджень, які можуть проводити нині майже два десятки судових експертів на всю країну;

– відсутність ефективного судового захисту у зв'язку з наявністю трьох юрисдикцій, через які вирішуються такі справи (загальні, адміністративні та господарські суди);

– відсутність розробленої стратегії щодо боротьби з наявними організованими ринками з піратським контентом та контрафактною продукцією (медичина, АПК, FMGG);

– відсутність належних правових механізмів щодо застосування заходів юридичної відповідальності (від невда-

ло сформульованих норм адміністративного та кримінального законодавства до неприйнятих методик розрахунку збитків, завданих порушеннями прав інтелектуальної власності).

І цей перелік можна продовжувати.

В основі цих явищ лежить ціла низка факторів. Неврегульованість значного ряду питань на законодавчому рівні, наявність колізій та прогалін. Відсутність стратегії бачення національної політики у сфері правової охорони й захисту прав інтелектуальної власності. Відсутність упродовж багатьох років уваги з боку державницьких органів до питань інтелектуальної власності. Одиничні парламентські чи комітетські читання, присвячені цій сфері (2007, 2009, 2014 рр.), які так і не привели, здебільшого, до втілення на практиці більшості прийнятих за їх результатами рішень. Неefективне державне управління. Поряд із цим одним із ключових факторів має розумітися низький рівень культури інтелектуальної власності, відсутність поваги до прав творців та правовласників.

Чи є перспективи швидкого розв'язання цих проблем? У принципі, певною мірою є. Якщо говорити про законодавчі ініціативи, що здійснюються як урядом, так і народними депутатами<sup>1</sup>, то прикладом поточного розв'язання заявлених вище проблем можуть слугувати такі ініціативи.

Зокрема, ініціативи у напрямі протидії Інтернет-піратству. Протягом 2012–2014 рр. Україна була «піратом № 1» у світі (за списком 301). Одним із кроків

<sup>1</sup> За результатами діяльності робочих груп, у т. ч. за участю науковців НДІ інтелектуальної власності НАПрН України.

усунення цього явища стало подання до Верховної Ради України проекту Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту авторського права і суміжних прав у мережі Інтернет» (реєстр. № 4629 від 10 травня 2016 р.).

Із метою усунення піратського контенту, зокрема аудіо/відео, виведення десятків мільйонів доходів від показу реклами на піратських сайтах в оподатковуване середовище, 28 січня 2016 р. парламентом прийнято у першому читанні проект Закону «Про державну підтримку кінематографії в Україні» (реєстр. № 3081-Д від 27 листопада 2015 р.). Крім того, у Верховній Раді України зареєстровано законопроект «Про внесення змін до статті 5 Закону України “Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп’ютерних програм, баз даних” (щодо подолання піратства та поліпшення інвестиційного клімату)» (реєстр. № 4571 від 4 травня 2016 р.).

У 2015 р. у структурі Національної поліції України було створено спеціалізований підрозділ по боротьбі з правопорушеннями у сфері інтелектуальної власності. За цей час було відкрито 802 кримінальних провадження щодо порушення прав інтелектуальної власності, у т. ч. 466 – за фактами порушень авторського права і суміжних прав [16].

Ініціативи в напрямі удосконалення сфери організацій колективного управління (ОКУ). Зараз в Україні діє 19 ОКУ, які, фактично, отримують винагороду без належних підстав (відсутність реальних договорів з авторами). Наявність



непрозорого механізму збору і розподілу авторських винагород (ринок авторських і суміжних прав оцінюється, приблизно, в 1,5–2 млрд грн, натомість фактичні дані ОКУ – 60 млн грн). Відсутній дієвий контроль за розподілом винагород, та відсутня можливість створення фондів розвитку культури за рахунок таких внесків. На їх усунення здійснено ряд заходів, зокрема, 16 грудня 2016 р. було видано спільний наказ МЕРТ та МОН України за № 243/123 «Про внесення змін до Порядку обліку організацій колективного управління». Припинено взяття на облік нових ОКУ до прийняття відповідного закону. Розроблено проект Плану дій з роздержавлення ДО «УААСП». Створено Раду авторів. До Верховної Ради України внесено проект Закону щодо діяльності організацій колективного управління (реєстр. № 4461 від 18 квітня 2016 р.). Запропоновано ініціативу щодо запровадження автоматизованої системи з обліку надходжень, розподілу та виплати винагороди, а також оприлюднення відповідної інформації.

Держава намагається показати приклад впровадження політики захисту прав інтелектуальної власності. Приміром, у МЕРТ у 2016 р. виділено 4,2 млн грн на легалізацію програмного забезпечення. Ініціюється питання щодо закладення коштів до Державного бюджету на 2017 рік із метою легалізації ПЗ у всіх органах центральної виконавчої влади, адже допоки 39,9% такого ПЗ є неліцензійним [16].

Водночас слід зауважити, що в Україні фактично не сформульовано підходів щодо розробки законодавчого регулю-

вання використання в органах влади вільного програмного забезпечення. Хоча фахівці, що спеціалізуються у цьому напрямі, вважають, що необхідним є прийняття на рівні урядового акта «Ліцензії на вільне використання програм для державних органів України».

МЕРТ та ряд інших міністерств (зокрема, Мінагрополітики, МОЗ) активно займаються підготовкою проектів законів, спрямованих на імплементацію Угоди про Асоціацію між Україною та ЄС. Серед законопроектів, робота над якими триває, слід назвати:

- проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правової охорони інтелектуальної (промислової) власності» (патентний тролінг);

- проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо посилення відповідальності та захисту прав у сфері інтелектуальної власності»;

- проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правової охорони географічних зазначень»;

- проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення охорони на компонування напівпровідникового виробу» (топографії інтегральних мікросхем);

- проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів у сфері авторського права і суміжних прав»;

- проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення охорони винаходів (корисних моделей)»;

– проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо посилення захисту прав інтелектуальної власності)».

На порядку денному стоять також питання розроблення змін до статей 176, 177, 229 Кримінального кодексу України та до статей 399, 401, 476, 497, 498 Митного кодексу України.

У прийнятому Комітетом Верховної Ради України з питань науки і освіти законопроекті № 3692, пов'язаному зі змінами у сфері авторського права та суміжних прав, ініційованому, зокрема, IT-середовищем, що виноситиметься на перше читання, пропонується внесення змін щодо розподілу прав на службові об'єкти права інтелектуальної власності, у тому числі до Цивільного кодексу України.

Інтелектуальна власність має бути визнана товаром у Господарському кодексі України. Крім того, має бути налагоджена система балансової та позабалансової звітності інтелектуальної власності. Також необхідним є перегляд методики оцінки вартості нематеріальних активів, прийнятої ФДМУ вже понад десять років тому.

Ініціюється питання щодо створення органу по боротьбі з піратством та участь Антикорупційного бюро в посиленні захисту прав інтелектуальної власності.

Забезпечення контролю за ліцензійними відрахуваннями та роялті пропонується покласти на органи Державної фіскальної служби України.

Обговорюється питання оптимізації державних органів, підприємств, інституцій та організацій, що забезпечують

впровадження та захист прав інтелектуальної власності, зокрема, шляхом створення Національного органу з інтелектуальної власності. На даний момент тривають дискусії щодо перспектив розвитку системи державного управління цією сферою.

У світлі судової реформи, що має бути втілена в Україні, пропонуються істотні зміни до цивільного та господарського процесу, які стосуватимуться безпосередньо сфери захисту прав інтелектуальної власності. Зокрема, Рада з питань судової реформи представила проект внесення змін до ЦПК України, КАС України, ГПК України [17]. Серед змін передбачено розширення способів судового захисту та засобів доказування (зокрема, електронні докази як самостійний засіб доказування). Захист прав може здійснюватися не тільки у спосіб, визначений законом або договором, а й в інший спосіб, який ефективно захищає право. Пропонуються дієві механізми забезпечення позову та доказів (зокрема, розширення способів забезпечення позову, широке застосування зустрічного забезпечення, відшкодування шкоди, завданої необґрунтованим забезпеченням позову або доказів). Суд виконуватиме виключно роль арбітра і ніколи – слідчого.

Пропонуються також зміни, спрямовані на спрощення та прискорення розгляду нескладних та менш значних справ; на забезпечення ґрунтовної підготовки та розгляду складних справ; на забезпечення своєчасності розгляду справи та правової визначеності; впровадження «електронного суду» тощо. У ході реформування запропоновано

й механізми запобігання зловживанню процесуальними правами. Як останні передбачено запобігання «позовам-клонам» та іншим інструментам маніпуляції розподілом справ, умисному затягуванню справи, маніпуляції підсудністю, а також заходи дієвої відповідальності за зловживання правами. Для сфери інтелектуальної власності це є надзвичайно важливим, адже розгляд спорів із порушення прав інтелектуальної власності триває роками.

Запропоновано нові правила юрисдикції та підсудності. Так, юрисдикція між загальними, господарськими та адміністративними судами розмежовується залежно від предмета, а не сторін спору. Відповідно, спори з порушення прав інтелектуальної власності переважно переходять до юрисдикції господарських судів та розглядатимуться в порядку господарського судочинства. Професійне середовище у сфері інтелектуальної власності сприйняло це як позитивне явище не лише з позицій полегшення розгляду спорів шляхом зменшення кількості юрисдикцій, а й як можливість створення бази для формування у подальшому в Україні Патентного суду (суду з інтелектуальної власності). Адже типові моделі спеціального патентного суду використовують США, Австрія, Німеччина, Швеція. Створені та діють патентні суди у Великобританії, Кореї, Тайвані, Таїланді, Філіппінах тощо. Ще на початку 2004 р. Єврокомісія запропонувала створити Європейський патентний суд, що займеться розглядом спорів у сфері інтелектуальної власності, який нині розпочинає свою діяльність.

Для України ефективно, кваліфіковане розв'язання судових спорів, що виникають із порушень прав інтелектуальної власності, має надзвичайне значення, адже дотепер саме судовий порядок відіграє превалюючу роль у процедурах захисту прав. За останні десять років кількість прийнятих судових рішень становить майже 18 тис. (див. дод. 1). І кількість таких спорів демонструє тенденцію до зростання.

Для захисту прав інтелектуальної власності перспективним є підтримка судом міжнародного комерційного арбітражу та третейського суду. Адже в Україні давно назріла необхідність активного використання альтернативних судовому способів захисту прав інтелектуальної власності. При цьому істотну роль у майбутньому має відігравати медіація.

Крім того, необхідним виглядає посилення ролі Антимонопольного комітету України у процесі припинення недобросовісної конкуренції, яка притаманна сфері інтелектуальної власності. У цьому сенсі Україна має також скористатися досвідом європейських країн та може базуватися на європейських директивах у цій площині.

Україна має ставити за перспективу забезпечення її представниками участі в робочих групах Європейського комітету зі спостереження за порушеннями прав інтелектуальної власності.

Має бути налагоджена активна співпраця з правоохоронними органами, зокрема Європолем, митними органами, зі спеціальними організаціями європейських країн, створеними для

боротьби з порушеннями у сфері інтелектуальної власності.

Однак у перспективі визначальна роль у процесі удосконалення захисту прав інтелектуальної власності, на наш погляд, належить не лише органам державної влади (законодавчої, виконавчої, судової), а й науці та освіті. У цьому сенсі надзвичайно важливим для України є формування правової культури «чесних користувачів». Досягнення цього завдання має бути одним із завдань правової освіти. Його слід враховувати при формуванні новітніх освітніх стандартів, що нині розробляються під егідою МОН України відповідно до вимог оновленого у 2014 р. Закону України «Про вищу освіту». Необхідним є відновлення курсу «Інтелектуальна власність» в усіх вищих навчальних закладах, так само, як і запровадження у шкільних програмах знань з основ інтелектуальної власності, аби діти змалу навчалися повазі до результатів інтелектуальної, творчої діяльності.

Досить важливою у цьому процесі є й роль правової науки. Відповідні напрями щодо пошуку шляхів захисту прав інтелектуальної власності знайшли своє відображення у Пріоритетних напрямках розвитку правової науки на 2016–2020 роки, затверджених Національною академією правових наук України у березні 2016 р.

У цьому сенсі заслуговує на увагу діяльність НДІ інтелектуальної власності НАПрН України. Визнаний, фактично, національним експертом у сфері інтелектуальної власності, Інститут бере активну участь у розроб-

ленні більшості проектів законодавчих актів, спрямованих на імплементацію положень Угоди про Асоціацію з ЄС; у тому числі спрямованих на удосконалення процедур захисту прав інтелектуальної власності. Рішення, що приймалися на парламентських та комітетських слуханнях з питань інтелектуальної власності, готувалися за участю фахівців Інституту. Більшість із напрямів реформування цієї сфери також визначена у численних фундаментальних та прикладних дослідженнях Інституту<sup>1</sup>. Нині в рамках визначених Пріоритетних напрямів розвитку правової науки Інститут розробляє Стратегію розвитку на найближчі п'ять років, в якій беруться до уваги основні проблеми, що потребують розв'язання на рівні національної політики. Наприклад, у напрямі правового забезпечення в галузі національної безпеки та міжнародного правопорядку передбачено розроблення проекту Закону «Про правову охорону секретних винаходів», в межах якого вивчатиметься досвід країн НАТО, пропонуватимуться механізми матеріального заохочення до створення та використання секретних винаходів та захисту прав винахідників.

На даний момент в Інституті триває робота над низкою законів, зокре-

<sup>1</sup> Див., зокрема: Видання НДІ інтелектуальної власності НАПрНУ за 2010–2015 роки [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ndiiv.org.ua/ua/drukovanii-vydannja-institutu-za-2010-2015-rr.html>; Архів науково-практичного журналу «Теорія і практика інтелектуальної власності» за 2006–2016 роки [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ndiiv.org.ua/ua/journal-archive.html>.

ма, над проектом закону, пов'язаного з питаннями правової охорони та захисту прав інтелектуальної власності в галузі національної оборони. Так, пропонується внести зміни до Господарського кодексу України, законів України «Про державне оборонне замовлення», «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні», «Про державний контроль за міжнародними передачами товарів військового та подвійного призначення» тощо. Відповідні ініціативи реалізуються за різними напрямками – фарма, доступ до товарів, селекційні досягнення тощо.

Значною мірою на можливість розробки законодавчих змін впливає практичний досвід Інституту. Зокрема, узагальнення експертної та судової практики у сфері порушень прав інтелектуальної власності дозволило пропонувати зміни до національного цивільного, адміністративного, кримінального законодавства, законодавства про судову експертизу тощо. Зокрема, за період з 2006 по 2015 р. атестованими експертами Інституту зроблено 1500 висновків, у тому числі близько 950 висновків судових експертів об'єктів інтелектуальної власності, близько 400 експертних досліджень тощо (див. дод. 2).

Як підсумок зазначимо, що перед Україною, що обрала для себе інноваційний шлях розвитку та розбудову економіки знань, стоїть невідкладне завдання щодо створення умов для належного та ефективного захисту прав інтелектуальної власності. Таке завдання має вирішуватися комплексно:

– на рівні комплексної розробки національного законодавства, до якого мають імплементуватися положення європейського законодавства, зокрема на виконання положень Угоди про Асоціацію з ЄС;

– на рівні розроблення національної стратегії розвитку системи правової охорони й захисту прав інтелектуальної власності;

– шляхом координації діяльності державного та приватного сектору з метою боротьби з контрафакцією і піратством;

– якісним переформуванням засад діяльності правоохоронних та судових органів, оновленням судової системи, удосконаленням судових та активним використанням альтернативних способів захисту прав інтелектуальної власності;

– шляхом активної і постійної просвіти громадськості: проведення національних і регіональних навчальних програм для всіх відповідних зацікавлених сторін, активне залучення до цього міжнародних організацій та європейських колег; активний обмін інформацією з питань захисту прав як у межах України, так і між національними та європейськими уповноваженими органами; суттєве підвищення ролі науки (у першу чергу правової) у формуванні суспільства знань та забезпечення поваги до прав інтелектуальної власності.

Поступова реалізація зазначених кроків надасть можливість створити в Україні умови, привабливі як для бізнесу й інвестування, так і для підтримки та забезпечення поваги до національного автора, творця.

## Список використаних джерел

1. World Intellectual Property Report 2015 «Breakthrough Innovation and Economic Growth» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_944\\_2015.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_944_2015.pdf).
2. Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, 13 Decmber 2007 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ%3AC%3A2007%3A306%3ATOC>.
3. DIRECTIVE 2004/48/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:195:0016:0025:en:PDF>.
4. The 45 Adopted Recommendations under the WIPO Development Agenda [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/recommendations.html#f>.
5. FUTURE WORK OF THE ADVISORY COMMITTEE ON ENFORCEMENT : Advisory Committee on Enforcement Tenth Session Geneva, November 23 to 25, 2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/en/wipo\\_ace\\_10/wipo\\_ace\\_10\\_3\\_rev.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/en/wipo_ace_10/wipo_ace_10_3_rev.pdf).
6. ENFORCEMENT OF INDUSTRIAL PROPERTY RIGHTS: EXPERIENCE OF THE SPANISH PATENT AND TRADEMARK OFFICE (OEPM) Advisory Committee on Enforcement Tenth session Geneva, 23–25 November, 2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/en/wipo\\_ace\\_10/wipo\\_ace\\_10\\_9.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/en/wipo_ace_10/wipo_ace_10_9.pdf).
7. DANISH INITIATIVES COMPLEMENTING ONGOING ENFORCEMENT MEASURES : Advisory Committee on Enforcement Tenth session Geneva, 23–25 November, 2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/en/wipo\\_ace\\_10/wipo\\_ace\\_10\\_23.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/en/wipo_ace_10/wipo_ace_10_23.pdf).
8. Kommissorium for Ministeriernes Netværk om Piratkopiering 12. marts 2009 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.stoppiraterne.dk/media/101609/sg.pdf>.
9. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: ратифікована 16 вересня 2014 року Верховною Радою України та Європейським парламентом [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.kmu.gov.ua/kmu/control/uk/publish/article?art\\_id=246581344&cat\\_id=223223535](http://www.kmu.gov.ua/kmu/control/uk/publish/article?art_id=246581344&cat_id=223223535).
10. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (Угода ТРІПС) від 15.04.1994 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/981\\_018](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/981_018).
11. Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020» [Електронний ресурс] : Указ Президента України № 5/2015 від 12.01.2015 р. – Режим доступу: <http://www.president.gov.ua/documents/18688.html>.
12. Кузнецова Н. Проблеми гармонізації та уніфікації сучасного приватного права / Н. Кузнецова // Право України. – 2012. – № 1–2. – С. 139–153.
13. Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. (зі змінами) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.
14. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. (зі змінами та доповненнями, внесеними Протоколом № 11 від 11.05.1994 р., Протоколом № 14 від 13.05.2004 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004).
15. Цивільний кодекс України [Електронний ресурс] : Закон від 16.01.2003 р. № 435-IV (зі змінами). – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
16. Концептуальні засади реформування сфери інтелектуальної власності: Міністерство економічного розвитку і торгівлі України: презентація на круглому столі 16.05.2016 р. Проект розпорядження КМУ «Про схвалення Концептуальних засад реформування державної системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=727fc030-84ff-4e45-acaec412cd212f&title>.
17. Рада з питань судової реформи: 13 головних змін в господарському та цивільному процесі: презентація на круглому столі 31 березня 2016 р. Матеріали розміщено на сайті Ради [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [jrc.org.ua](http://jrc.org.ua).

## Стан судової практики у справах про порушення прав на об'єкти права інтелектуальної власності за період із 2006 по 2015 р.<sup>1</sup>

### Статистичні дані

За даними Єдиного державного реєстру судових рішень України<sup>2</sup> протягом 2006–2015 років загальна кількість розглянутих судами всіх юрисдикцій справ про порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності становить: 18 104, з них 6 803 – справи про порушення прав на об'єкти авторського права та суміжних прав та 11 301 – справи про порушення прав на об'єкти промислової власності.

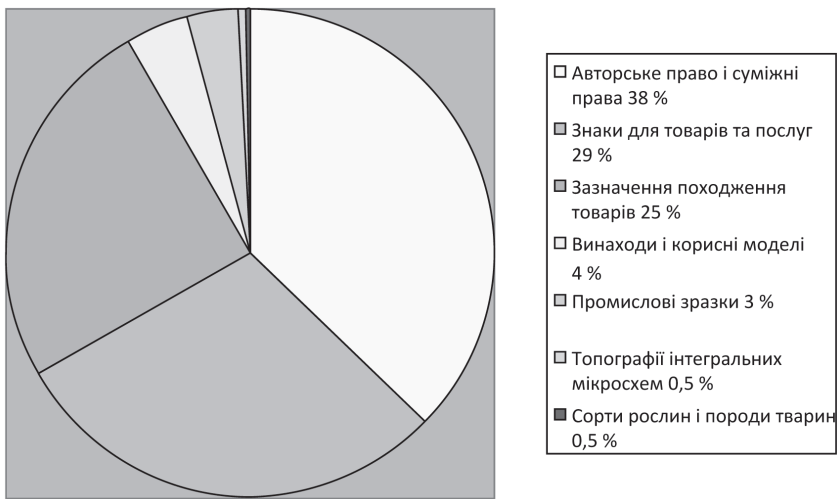


Рис. 1.

За кількістю розглянутих справ у період з 2006 по 2015 р. (за спаданням) на першому місці справи про порушення прав на об'єкти авторського права і суміжних прав, далі, відповідно, справи про порушення прав на знаки для товарів і послуг, на зазначення походження товару, на винаходи та корисні моделі, на промислові зразки, топографії інтегральних мікросхем, сорти рослин та породи тварин.

Динаміка змін кількості розглянутих справ про порушення прав на об'єкти авторського права та суміжних прав та об'єкти права промислової власності за період з 2006 по 2015 р. характеризується наступними показниками (рис. 2, табл. 1).

<sup>1</sup> Дані підготовлено відділом узагальнення експертної та судової практики НДІ інтелектуальної власності НАПрН України.

<sup>2</sup> Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/>. (Станом на 12.05.2016 р.).

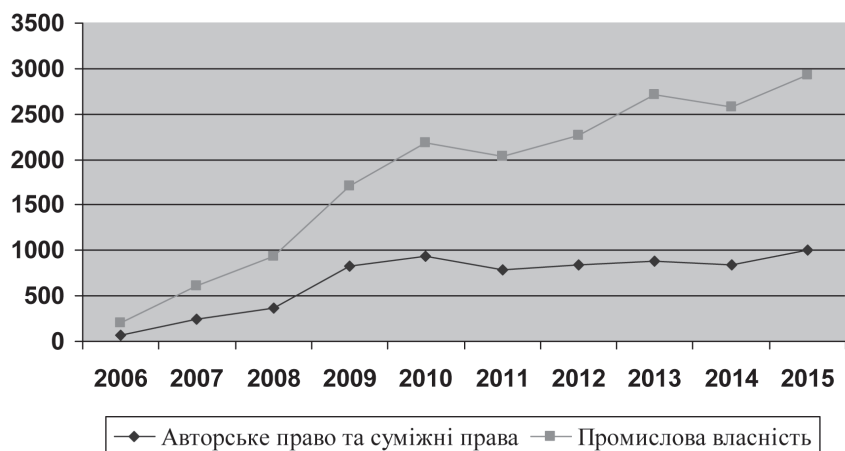


Рис. 2

Таблиця 1

Рік	Авторське право та суміжні права	Знаки для товарів та послуг	Зазначення походження товару	Винаходи та корисні моделі	Промислові зразки	Топографії інтегральних мікросхем	Сорти рослин та породи тварин
2006	69	63	39	19	14	2	1
2007	241	190	125	32	18	1	2
2008	361	293	174	60	39	5	4
2009	832	420	295	69	63	15	22
2010	935	598	465	74	87	11	8
2011	790	603	492	84	58	4	4
2012	843	640	606	91	74	7	3
2013	885	835	788	106	80	7	7
2014	844	802	709	120	83	8	6
2015	1005	896	848	105	81	2	0
<b>Загальна кількість справ</b>	<b>6806</b>	<b>5340</b>	<b>4541</b>	<b>760</b>	<b>597</b>	<b>62</b>	<b>57</b>

Аналіз статистичних даних, наведених на рис. 2 та в табл. 1 за останні 10 років, свідчить про те, що в період з 2006 по 2010 р. спостерігалася тенденція до зростання кількості справ про порушення прав на об'єкти авторського права та суміжних прав. У 2011 р. зафіксовано незначний спад, а з 2012 по 2015 р. спостерігалася загальна тенденція до зростання кількості справ про порушення прав на



зазначені об'єкти. Найбільша кількість судових справ про порушення прав на об'єкти авторського права та суміжних прав була розглянута у 2015 р.

Аналіз статистичних даних, наведених на рис. 1 та табл. 1 за останні 10 років, свідчить про те, що наявна тенденція до зростання кількості справ про порушення прав на об'єкти права промислової власності.

Зокрема, кількість справ про порушення прав на знаки для товарів і послуг, а також на зазначення походження товарів характеризується постійним зростанням, за винятком 2014 р., в якому спостерігався незначний спад. Найбільша кількість судових справ на зазначені об'єкти була розглянута у 2015 р.

По справах про порушення прав на винаходи та корисні моделі спостерігається загальна тенденція до зростання. Слід зауважити, що у 2014 р. було розглянуто найбільшу кількість справ у цій категорії.

За справами про порушення прав на промислові зразки спостерігається загальна тенденція до зростання кількості справ, за винятком 2011 р., в якому спостерігався значний спад.

За справами про порушення прав на топографії інтегральних мікросхем, спостерігається тенденція до зростання кількості справ. Найбільшу кількість справ було розглянуто у 2009–2010 рр.

За справами про порушення прав на сорти рослин та породи тварин спостерігається тенденція до зростання кількості справ. Найбільшу кількість справ було розглянуто у 2009 р., а у 2015 р. не було розглянуто жодної справи.

**Статистичний аналіз судових експертиз та спеціальних досліджень,  
проведених співробітниками НДІ інтелектуальної власності  
НАПрН України за період з 2006 по 2015 р.<sup>1</sup>**



<sup>1</sup> Аналіз підготовлено Центром експертних досліджень НДІ інтелектуальної власності НАПрН України (див.: <http://ndiiv.org.ua/ua/statystychnyy-analiz-sudovykh-ekspertyz-ta-spetsial-nykh-doslidzhen.html>).

---

**ANDRZEJ JAKUBIEC,**

*PhD*

*lecturer of the department of Commercial  
and Economic Law at the Faculty of Law  
and Administration at the University of Lodz,  
a practicing attorney-at-law, as a Partner  
in Janeta Jakubiec Węgierski Legal Office*

## **Polish Commercial Law in the Time of Transformation and European Integration. Chosen Aspects**

### **Preliminary remarks**

Since the end of the 80', polish commercial law has undergone such dramatic changes, that a question arises, as to the possibility of calling this phenomenon a transformation. Transformation consists by definition of a change – an alteration of one's form while preserving its subjective continuity. However, in the case of polish commercial law, the regulations in force towards the end of the era of socialism, were merely a caricature, of what commercial law was in the free world. What is more, the business transactions were carried out mostly by peculiar, from today's perspective, entities, called units of socialized economy.

That is only one side to the story. It cannot be forgotten, that at that time, the civil code from 1964<sup>1</sup> was in force. It won't be an overstatement, to say that this act is unique on a world scale. In the age of primitive and mundane socialism, a group of distinguished lawyers, educated

during the interwar period in Poland, achieved a great success in persuading the authorities to accept and pass a code, whose underlying assumptions were a unique synthesis of German property law, French obligation law, enriched by and adjusted to the Polish reality. This code, after many a modification has ever since been in force and, according to many researchers, is the starting point towards achieving the long-term aim of creating a common European civil law, which will surely be dominated by German and French legal thought.

What is more, at the end of 80s and at the beginning of 90s, the Commercial Code from 1934<sup>2</sup> was also in force. As a matter of course its practical application in the era of socialism was limited, it was however a part of the binding legal system. At that time and until today in unchanged form, there have been in force two acts of an exceptionally high legal standard – act

---

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks Cywilny, Dz. U. z 2016 r. poz. 380

<sup>2</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks Handlowy, Dz. U. z dnia 30 czerwca 1934 r. z późniejszymi zmianami

concerning promissory notes<sup>1</sup> and act concerning cheques<sup>2</sup>. There existed as well the *acquis* of the interwar doctrine and jurisprudence, which was not extensive, but of the highest standard. After all there lived people, educated in the prewar period, who preserved Polish legal traditions, including these of commercial law, whose vast knowledge and experience could not be fully employed during the socialism era.

The landscape of Polish commercial law, which was in force prior to the political and economic transformation, which began in 1989, can be compared to the tip of the iceberg. The visible part were the acts in force at the given moment, at times limited in their original scope, at times burdened with years of influence of the practice. On the other hand, there existed a rich intellectual *acquis* and legal acts, either in disuse (Act Concerning Promissory Notes, Act concerning Cheques, Insolvency Act<sup>3</sup>) or partly derogated (the Commercial Code), which at that time were modern enough, that that could be reintroduced into the binding legal system without much difficulties.

It has to be underlined however, that all of this would be insufficient, had it not been for the authorities of the People's Republic of Poland, which in 1988 passed the Act on Business Activity<sup>4</sup>, which was exceptionally liberal as regarded conducting business activities and its regulation,

which in turn created the right conditions for the small entrepreneurs to thrive. What is more this tendency was not only not halted, but through further ambitious legal reforms – it even deepened.

Until the beginning of 2000s, the Polish commercial law was developing very successfully, notable examples of which are the new Code of Commercial Companies<sup>5</sup> and the Act on the National Court Register<sup>6</sup>. In that period it can be observed a new phenomenon in the development of Polish law, caused by the necessity of adjusting Polish regulations to the European law, just before the accession of Poland to EU, and later on in the subsequent years. It is a process, which from the perspective of 12 years of membership of Poland in the EU, may be assessed objectively and with an attitude neither characteristic of unjustified excitement or unfounded fears. Naturally, detailed assessments will be objects of many research in the decades to come, but even so, certain remarks may already be made.

It seems that the Polish legislator passed and changed numerous acts with too much haste, and convinced of the superiority of European solutions over the domestic ones, which in some cases meant certain regression. Before proceeding to examples, I would like to clarify, that references are mainly made to adjusting the Polish private law according to EU directives, which by definition impose certain minimal guarantees on the Member States, which have to be fulfilled. There is no prohibition of exceeding these minimal guar-

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 28 kwietnia 1936 r. – Prawo wekslowe, Dz. U. z 2016, poz. 160

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 28 kwietnia 1936 r. – Prawo czekowe, Dz. U. z 2016, poz. 462

<sup>3</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 24 października 1934 r. – prawo upadłościowe., Dz.U.1991 nr 118, poz.512

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej, Dz.U.z 1988 nr 41 poz. 324

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spisek handlowych, Dz. U. z 2013 r. poz. 1030

<sup>6</sup> Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, Dz.U.z 2015 poz. 1142

antees. Notwithstanding, no one from the political decision makers realized that the guarantees concerning warranty for physical defects and quality guarantee in case of sale agreement, existing in the Civil code from its inception, offer better protection to the buyer than the European regulations. In order to adopt the European standard, a new act was passed<sup>1</sup>, which was meant to establish guarantees for the consumers and derogated certain parts of the Civil Code in respect to that group. However, the regulations in the act, which were automatically copied from the directive, offered lower standard of protection than the Civil Code. As a result the situation of the consumers worsened, compared to the state prior to the change.

It is not the aim of this article to thoroughly analyze chosen institutions, as such an analysis would require a separate monography about each. The aim of this article is to briefly present them, which can demonstrate the essence of evolution of certain regulations and show the positive as well as negative examples of Polish Legislator decisions. That in turn, may draw the attention of the Ukrainian Legislator, and possibly allow to avoid the same mistakes and use the positive examples from the Polish practice.

### **Entrepreneur and business activity**

From the perspective of mass development of entrepreneurship in Poland at the end of 80s and at the beginning of 90s, two notions introduced by the Act on Business Activity were of crucial importance: notion of business subject and the business

activity itself. The act was revolutionary, as it introduced, even before the transformation, actual freedom of conducting business activities for everyone on equal terms. It also made the State interference in this sphere bearable, by reducing control over it to the necessary minimum. With a hint of irony, it can be therefore stated, that the most liberal act after the Second World War, was passed still under the People's Republic of Poland, as the subsequent acts were not as beneficial as this one.

The very notion of the business subject may seem peculiar from the linguistic point of view, but it can be assumed, that given the times, during which it was introduced, had to be relatively conservative. It doesn't, however, change the fact that all of the subsequent notions of entrepreneurs were identical with the notion of business subject<sup>2</sup>. And so the business subject was to be understood under this act, as an entity conducting business activity. It could be a natural person, a legal person or a non-corporate organizational unit with legal capacity conducting economic activity on its own behalf. Such regulation, led to an unnatural in the Polish legal order consequence, of granting the status of a business subject also to these non-corporate organizational unit, which are devoid of legal personality or capacity, such as civil partnerships, which after all is merely an agreement. By creating such a broad definition of a business subject, however, it was assumed that civil partnerships are entrepreneurs, which in turn led to granting them legal capacity. Such a situation

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego, Dz.U. z 2002 Nr 141 poz. 1176

<sup>2</sup> See more: W. Katner, Pojście przedsiębiorcy – w odpowiedzi na artykuł dr A. G. Harli, PPH 2007 nr 4; A. Kidyba, Prawo handlowe, Warszawa 2015, s. 17

on the one hand was beneficial to the development of small entrepreneurship, on the other hand however it constituted a severe constructive breach in the legal doctrine, approved of by the jurisprudence until mid-90s<sup>1</sup>.

Apart from natural persons, commercial companies, regulated in the newly reinstated Commercial Code, were also entrepreneurs. There were types of partnership, i.e. registered partnership and limited partnership, and two capital companies: i.e. limited liability company, and joint-stock company. At this point other entities which could conduct business activity will be skipped under different legal forms. It wasn't until the introduction of the Code of Commercial Companies, when two other personal companies were previewed: professional partnership aimed at allowing partners to conjointly perform liberal professions and limited joint-stock partnership, which was devised as a way to allow bigger family companies to thrive, and which gained on popularity due to tax reasons. Recently, also due to tax reasons the company suddenly lost its appeal.

The partnerships are characterized in polish law by the following qualities (with different intensity in each type)<sup>2</sup>. Firstly they are not complete legal persons, which manifests itself in the fact, that its members have subsidiary responsibility for its debts, as well as the fact that these companies are not subject to the Corporate Income Tax, thanks to which only its mem-

bers pay either PIT or CIT taxes<sup>3</sup> (depending on their legal personality). The partnerships have no organs, and their affairs are conducted by the partners, whose position as a partner as a rule does not change. Partnership have legal capacity, which means that they can in its own name, acquire rights, including the ownership of real property and other property rights, to assume obligations, and to sue and be sued. Their creation is deformalized and there's no minimal contribution obligation for the partners. Interestingly enough, the courts were reluctant to introduce the partnerships in the land registers as land owners, as they labored under misapprehension that it was the partners, who were owners of the land. Due to this fact, in the Code of Commercial Companies the provision includes, apart from the capacity to acquire rights, special capacity to acquire real property, which from today's perspective is redundant, but at its time, was passed as an answer to a need expressed by jurisprudence<sup>4</sup>.

On the opposite pole there the capital companies, whose creation process (notably in the case of joint-stock company) and their functioning are far more formalized.<sup>5</sup> They have legal personality and their partners and shareholders are not responsible for their obligations. The price for lack of the obligation is the fact that these compa-

<sup>3</sup> See more: A. Bartosiewicz, Komentarz do art.14 ustawy o podatku dochodowym od osyb fizycznych, LEX 2015

<sup>4</sup> See more: S. Wiodyka, Komentarz do art. 8 KSH, [w:] System Prawa Handlowego, red. S. Wiodyka, Warszawa 2012

<sup>5</sup> See more: A. Soitysicski, *Ogólna charakterystyka spierek kapitaowych*, [w:] System Prawa Prywatnego t. 17a – Prawo Spierek osobowych, red. A. Soitysicski,, Warszawa 2008

<sup>1</sup> See more: A. Herbert, *Spyika cywilna*, [w:] System Prawa Prywatnego t. 16 – Prawo Spierek osobowych, red. Andrzej Szajkowski, Warszawa 2008

<sup>2</sup> See more: A. Szajkowski, *Konstrukcja prawna spiereki osobowej*, [w:] op.cit., red. A Szajkowski

nies are subject to the CIT, which, given additional analogous taxation of dividends distributed to the partners, makes conducting business in this form safer, but more expensive. The companies conduct their affairs through organs such as management board, supervisory board, audit committee and shareholders' meeting. The companies have share capital, which is the manifestation of the positions of each shareholder in the company (their share is proportionate to the number of shares, which in turn is tied to the number of votes they have, as well the exact share in the company's gain and its post liquidation value).

It is important to note, that in Polish law there is no single definition of the notion of entrepreneur. Each act contain its own regulation in this respect. The best example of the contradictions this situations leads to, is deeming the partnership as entrepreneurs, but not its partners, according to the current Act on the Freedom of Business Activity<sup>1</sup>, but on the other hand deeming the partners as entrepreneurs by the virtue of other acts. The influence of this discrepancies have to assessed as being negative, although, admittedly, it can at times (however not always) be justified – e.g. in the law concerning competition.

Due to social and political reasons, but surely not without legal reasons as well, agricultural activities have been excluded from the scope of the Act on the Freedom of Business Activity. In the Polish law, farmers are not entrepreneurs within the meaning of this act, although from the economic point of view, their farms have to

be deemed as an enterprise, and they themselves as entrepreneurs.

The business activity itself has been differently defined in various acts, although their evolution is not as significant, which means, that the definition adopted in 1988 was suitable and required no significant modifications. And so it was defined as any profit-making activity related to manufacturing, construction, trading, provision of services. Today's definition is largely similar to it, as it reads that business activity is a profit-making activity related to manufacturing, construction, trading, provision of services, identification and extraction of minerals, as well as professional activity conducted in an organised and continuous fashion<sup>2</sup>. The legislator extended it somehow to include the mining activities and also added certain features to it, in order to distinguish it from one-time activities.

Currently, the demarcation line between one-time enterprise and business activity can prove problematic. This problem could not have been anticipated by the legislator in the 1988, and neither was it in 2004 when the act was passed. In practice the issue concerns people frequently selling items via Internet. As far as lack of intervention of the Legislator can be understood, the lack of definite answer provided by the jurisprudence is astonishing given the meticulousness of the tax organs in finding possible tax evasions.

Since 1988, conducting business activities in Poland has been free, but not unlimited. New acts introduce further limitations as regards certain fields of

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie dzialalności gospodarczej, Dz.U. z 2015 poz. 584

<sup>2</sup> See more: M. Sieradzka, *Komentarz do art.2 ustawy o swobodzie dzialalności gospodarczej*, LEX 2013

business activity, and the freedom of business activities is further hindered by overgrowth of administrative regulations concerning audits. To offer a comparison, the act from 1988, which freed the Polish business contained 5 pages, and the current one contains 77. On the additional 72 pages, there hardly are only provisions aimed at assisting the entrepreneurs.

### Insolvency law

As stated above, at the time of the transformation in 1989 there was in force insolvency law, which in all likelihood had not be used for 50 years. It was an act dating as far back as to 1934 and, like all legal acts from that period, was succinct and of highest legal level.

The problem was that there was no qualified staff of judges or trustees of insolvency and not even insolvency courts, and the entrepreneurs themselves had no awareness, as to how employ the regulations in this act. What is more, insolvency law is every legal system a very specific branch of law, and is regarded as more obscure than e.g. law of commercial companies. From that follows, that in 1989 there were good regulations, but Poland lacked infrastructure and lawyers, which could enable proper management of insolvency cases. The problem was solved by rapid changes in the organization of the courts, coupled with necessary training. The trustees of insolvency were attracted by high earning possibilities. The public attention was drawn to insolvency law and its procedure by first notable cases of bankruptcy.

The main trait of the insolvency practice in Poland is the majority of proceedings aiming at liquidation of the bankrupt's

property, while the accord proceedings, whose purpose is to preserve the bankrupt's enterprise by the virtue of concessions made by the creditors, are still a rare occurrence. It is a negative phenomenon which has no economic justification. Its causes are likely the immaturity of both the debtors and creditors, who can perceive striking an accord as something "shameful". As a rule, debtors were unwilling to cooperate with the creditors, and the latter preferred to see the debtor's downfall, rather than to participate in the conversion of the liability into shares, which would in turn mean that both creditor and debtors would have to cooperate in respect to the saved business venture.

For approximately 10 years, there has been noted an increase in the accord proceedings, which can only be assessed positively. The abovementioned example clearly shows that the law alone is not sufficient to ensure a proper functioning of a certain aspect of economic life.

It is necessary to build certain awareness among addressees of the legal norms concerning that aspect and preserving the culture of law, both at the level its creation, as well as its execution.

Insolvency law has undergone many a change. The act from 1934 was replaced by the Act on Bankruptcy and Composition from 2003<sup>1</sup>. Currently, from the beginning of 2016 there are two separate acts: Act on bankruptcy<sup>2</sup> and Act on restructuring<sup>3</sup>. The upcoming years will show if the

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 28 lutego 2003 – prawo upadłościowe i naprawcze, Dz. U. z 2015 r., poz. 233

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 28 lutego 2003 – prawo upadłościowe, Dz. U. z 2015 r., poz. 233

<sup>3</sup> Ustawa z 15 maja 2015 – prawo restrukturyzacyjne, Dz. U. z 2015, poz. 978



change is a positive one, but there can be many doubts if that is the case<sup>1</sup>.

One of the main problems of the Polish insolvency law, with which the Polish practice has not come to terms with, is the notion of bankruptcy, which is necessary for a declaration of insolvency. While the previous definition of bankruptcy, which had been in force until the end of 2015, had some imperfections, with which the jurisprudence and the doctrine tried to cope with difficulties, the new definition is far more complicated, even though it does refer to the previous definition. Only time will show if the new definition will be a better solution to the existing problems, which were considerable. For example according to article 11 (1) of the Act on Bankruptcy and Composition from 2003<sup>2</sup>, a debtor was bankrupt, if he permanently ceased to fulfil its due pecuniary obligations.

Not addressing the details, certain obvious points need to be raised. Firstly, the Legislator has not mentioned debts at issue. Practice decided that the debts at issue need to be excluded, which was beneficial to the debtors, who tended to file a suit to establish inexistence of an obligation, just to make a debt a debt at issue. This led to sorrowful consequences for the creditors, as it effectively prevented them from starting the insolvency procedures, if they sued the debtors, and they decided to defend their position. Taking into account, that proceedings before Polish courts last for

years, the situation of the creditors was unenviable. Secondly, it is incomprehensible, why the debtor who does not fulfill his pecuniary debts can be perceived as a bankrupt, but not a debtor who fails to fulfill the non-pecuniary ones. The new regulations, far more complicated than the previous one, was meant to address these issues but it is far too early to assess its effectiveness.

It needs to be noted that the sanctions for not submitting a petition for bankruptcy by a debtor, are insignificant, as it is up to two years of imprisonment. Interestingly, the penalty for stealing an item of a value exceeding 100 EUR is more severe. On the nationwide scale, the unconditional convictions for imprisonment because of abovementioned crime of not submitting a petition for bankruptcy are alarmingly few. Neither are there effective mechanism to involve a civil liability of those, who failed to fulfil that obligation.

Another issue, faced by the Polish commercial law is a not entirely adequate regulation of the liquidation proceedings, regarding the commercial companies. While a company is easy to be created, it is very challenging to terminate its existence. And what's more it is challenging even if it is not the case of a bankrupt company, subject to insolvency proceedings aiming at liquidation of the bankrupt's property, but merely a company which intends to close its operations, e.g. as a result of fulfilling its original economic purpose<sup>3</sup>. It seems that the current regulations are not

<sup>1</sup> See more: J. Kruczałak-Jankowska, *Tendencje zmian regulacji prawnych niewypłacalności przedsiębiorcy w prawie polskim*, PPH 2016 Nr 1

<sup>2</sup> See more: S. Gurgul, *Komentarz do art. 11 ustawy prawo upadłościowe i naprawcze*, Warszawa 2004, s. 41

<sup>3</sup> See more: S. Wiodyka, *Komentarz do art. 67 KSH*, [w:] *System Prawa Handlowego*, red. S. Wiodyka, Warszawa 2012 oraz A. Soitysiecki, *Komentarz do art. 2 70 KSH*, [w:] *Komentarz do Kodeksu Spiek handlowych*, red. A. Soitysiecki

adjusted to the rapidity of today's business reality, in which companies are treated instrumentally and very often are created to perform only one legal act. The regulations however, seem to be treating them as institutions with yearlong tradition, which simply seems unnecessary.

### Consumer

Consumer law is one of the best examples of the evolution of Polish law in the last three decades. Of course, it can be argued, if the consumer law forms a part of commercial law, or if the latter should be interpreted narrowly and limited only to B2B relations. For the purposes of this article it is not important. During the socialism reign, the notion of consumer was not known. Neither were there regulations which would protect the buyers. It has to be admitted, that the regulations of the Civil Code from 1964 and jurisprudence of the courts in the times of Gomułka, Gierek and Jaruzelski protected the buyers as well as the current European directives, regulations, registers and offices. The consumer law is a great example, of the simple truth that thoughtless and automatic copying adjusting of Polish law to Western novelties is not always the way to go. The issues concerning warranty were described above, and thus there is not necessity to discuss them anew.

Another regulation, introduced to adjust Polish legal system to its European counterparts is noteworthy, i.e. the responsibility for dangerous consumers' products. There are many doubts as to, whether the adjustment was at all necessary, and it has been performed correctly.

At this point two problems should be addressed. The first is the notion of the

consumer and the second is the register of the abusive clauses and their economic meaning. The definition of a consumer has been added to the Civil Code in 2003, it defined the consumer as a natural person who carries out a juridical act which is not directly related to his economic or professional activity<sup>1</sup>.

This formulation caused the following problems. Firstly, the Legislator forgot to add that the status of a consumer can only be conceivable in confrontation with an entrepreneur, which could suggest – obviously incorrectly – that it is possible to have a C2C (consumer with consumer). This shortcoming was later on erased by the modification from 2014. Secondly, by indicating that only a natural person can be consumer, other entities, which would from teleological standpoint merit a similar protection, were excluded from it. Consumer is by nature a weaker entity than a professional, as a consumer does not have an equal economic power or professional knowledge as a professional, with whom consumer deals. Thus, a group of residents renovating flight of stairs in a building would be perceived as consumers, but the community of residence would never attain such a status.

Of importance are also the register of abusive clauses administered by the Polish Office for Consumer and Competition Protection<sup>2</sup>. The mere assessment of a philosophy of creating a list of abusive clauses is arguable. Personally, I am a declared

<sup>1</sup> See more: T. Pajor, Komentarz do art. 22(1) Kodeksu Cywilnego, [w:] Kodeks Cywilny – Komentarz, red. M. Pyziak-Szafnicka, P. Ksikiak, LEX 2014

<sup>2</sup> See more: A. Olejniczak, Komentarz do art. 385(1) Kodeksu Cywilnego, [w:] Kodeks Cywilny – Komentarz, A. Kidyba, LEX 2014

opponent of limiting the freedom of contracting in general, and in such a way in particular. There are two basic reasons for it. Firstly, a clause may be abusive in one contract (assessed taking into the account the whole agreement), but an identical one in a different contract does not have to have such a character. Besides, a register of clause is a collection of expression, sentences and words, while one thought can be expressed in countless ways. It seems that the register policy is both axiologically (limitation of freedom of contracting

and decidedly overprotection of consumers) and methodologically (for the two abovementioned reasons) unfounded.

From the point of view of entrepreneurs the situation is even more disadvantageous, given that they are frequently sued by consumer associations, who demand small sums of money for giving the claim up. Of course, it does not mean, than in the light of how law and contracts themselves are complicated, the consumers do not deserve certain protection and mechanism to ensure it.

---

**VIRGINIJUS BITĖ,**

*Professor and director of the Institute of Private  
Law Faculty of Law, Mykolas Romeris  
University (Lithuania)*

## **Adaptation of Lithuanian Close Company Law to EU Law: Problems and Lessons Learned**

On 1<sup>st</sup> of May 2004 Lithuania became an EU Member State, together with nine other countries. EU membership had a huge influence on many areas of legal regulation in Lithuania. Lithuanian company law was not an exception. This impact was enhanced by the fact that statutory regulation of companies in Lithuania did not have old traditions. The respective legal forms of companies have been introduced and regulated just in the year 1990, following Restoration of Independence of the Republic of Lithuania. This statutory regulation has been reformed several times, considering both: developments within the domestic business environment, as well as trends of the European company law.

The presentation involves the assessment of the impact of the EU membership on regulation of Lithuanian close companies. In other words, it tries to identify whether it encouraged the improvement of Lithuanian company law or maybe it was only an irritant for national legislator, as well as to present the Lithuanian experience and lessons learned. Due to a limited scope, the presentation involves only close (private) company regulation, because the

EU Member States had more flexibility in this area.

Without a doubt, the greatest impact on close (private) company regulation was made by the need to harmonize the Lithuanian legislation with EU legal acts. Although the EU Company Law directives were mainly addressed to public companies, but some provisions had impact on private company regulation, for instance, refusal of the prohibition to purchase company's own shares, the mandatory annual audit in large private companies or company's financial aid for acquisition of its shares. Other initiatives were related with implementation of the Shareholder Rights Directive (2007/36/EC), which mainly aims to ensure the proper realization of shareholder rights to participate and vote in the meeting of shareholders using electronic means of communication. Another effect was that after Lithuania's accession to the EU the list of active Lithuanian commercial legal entities was supplemented by the European supranational corporate forms: European Economic Interest Group, European Company and the European Cooperative Society.

The presentation also involves the issue of establishment of the entities by elec-

tronic means, which was likely to have been caused by Directive 2009/101/EC and European Commission's initiatives on reduction of the costs and administrative burdens for the foundation of companies and promoting cross-border establishment. Unfortunately, existing on-line registration in Lithuania does not mean real cross-border registration yet, because some technical issues should be solved, together with other Member States.

Because of EU membership the Lithuanian legislator had to take into consideration the European trends and actualities: practice of the European Court of Justice regarding free movement (corporate mobility), horizontal regulatory competition between EU Member States and the European Commission's initiatives in the field of private companies regulation, such as the European Commission's proposal (2008) on the Statute for a European Private Company (*Societas Privata Europaea, SPE*) and the proposal (2013) for a Directive on Single-Member Private Limited Liability Companies (*Societas Unius Personae, SUP*). One of main issues, which have to be addressed in this field – the issues of minimum capital requirement for private limited liability companies. Attempts to reduce the limit failed, but in Lithuania this issue was partially solved by presentation (since 1 September 2012) of a new private entity form – a small partnership – with limited liability and no minimum capital requirements. However, this theoretical model of a vehicle for small and medium-size business in Lithuania proved not to be effective in practice, mainly because of the tax aspects.

In summary, EU membership resulted in improvement of Lithuanian close companies' regulation – Lithuanian legislator is monitoring trends in the European company law, with the inclusion of innovative legal provisions as well.

### Chronology

**July 1990** – the first Law on Companies (Lith. – *Akcinių bendrovių įstatymas*, abbreviation: *ABI*).

**July 1994** – 1994 ABI reform.

**December 1995** – official application for EU membership. Under the Commission's opinion as of July 1997, Lithuania was not been assessed as ready to join.

**April 1998** – amendments of ABI.

The preparation of the new law started already in 1998, when implementing the measures of the programme for Lithuania accession to EU (national programme for the adoption of the *acquis*), in order to improve and modernize the Lithuanian law on companies and achieve full harmonization thereof with the business law of European Communities, at the same time, seeking to solve problems in the application of this law.

**December 1999** – invitation to start negotiations.

**July 2000** – 2000 ABI reform – the new ABI was adopted on 13/07/2000 and came into force on 01/07/2001 (*2000ABI*).

**December 2002** – official end of negotiations.

**July 2003** – 2003 ABI reform – came into force on 01/01/2004 (*2003ABI*). Those changes mitigated many requirements related to *UAB*.

**1st of May 2004** – Lithuania became an EU Member State.

**Lithuanian close company BEFORE Private limited liability company** (Lith. – *uždarojiakcinė bendrovė*, abbreviation: *UAB*; hereinafter referred to as *UAB*).

It was (and is) the most popular legal form of business organization in Lithuania.

**Such popularity of *UAB* is mainly determined by its:**

- assumed flexibility,
- comprehensive statutory regulation,
- limited civil liability of shareholders,
- lower amount of required minimum share capital,
- simplified procedure for transferring shares,
- clear structure of company's management and possibility to choose from a wide range of management structures, etc.

On 08/05/1990 the Law on Enterprises of the Republic of Lithuania was adopted (it remained valid until the 01/05/2004) which listed companies, i.e. [other] private legal entities, that can be established in Lithuania:

- individual (personal) company (Lith. – *individuali (personalinė) įmonė*, abbreviation – *ĮĮ*),
- general partnership (Lith. – *tikroji ūkinė bendrija*, abbreviation – *TŪB*),
- limited (trust) partnerships (Lith. – *komandinė ūkinė bendrija*, abbreviation – *KŪB*),
- public limited liability company (Lith. – *akcinė bendrovė*, abbreviation – *AB*),
- Under the amendments of 01/06/1993 – cooperative society (cooperative) (Lith. – *kooperatinė bendrovė* (*kooperatyvas*)).

– Under the amendments of 05/07/1995, another new form of incorporation – an investment company (Lith. – *investicinė bendrovė*), was added to the list of enterprises. This form lost its validity after the adoption of the Law on Collective Investment Undertakings of the Republic of Lithuania as of 25/07/2003. Investment companies were not recognized as a separate form of legal entity – they were acting as public limited liability companies.

**Main features of *UAB*'s regulation BEFORE membership (negotiation process):**

**1) Statutory prohibition of public stock trading** (Article 2(4) of 1990 *ABI*).

2) It seems that the developers of 1990 *ABI* applied both models of ensuring of closed (private) nature (*intuitu personae*) of regulation of private company:

**a) Statutory limitation on the number of shareholders – not less than 2 and no more than 50** (now – up to 249); however, while calculating the maximal number of shareholders, the law allowed an exclusion of permanent employees of the company (Articles 2(4), 4(1) of 1990 *ABI*);

**b) Consent clause** – if it is determined in the articles of association (now – pre-emption rights) – it may determine the necessity of **consent of the Board** to transfer the registered shares (Article 34(2) of 1990 *ABI*), i.e., the incorporators were able to choose one of the most commonly used systems of restrictions on share transfer in private companies – so called **consent clause**. Thus, control of the right of per-

sonal choice (Latin *delectus personae*) can be assigned to the shareholders remaining in the company, and by using this right they can protect themselves from unwelcome outsiders.

**3) Minimum authorized capital** (since 1994 to 2015—approx. EUR 2,896; since 2015 – EUR 2,500). In 1990 ABI the minimum size of the required authorized capital was not established.

**4) ‘Mixed’ system of corporate structure:**

– The bodies of the company management were named as follows: **the general meeting of shareholders, the supervisory board, the management board**

– The general meeting of shareholders of *UAB* can decide not to set up the management board at the same time transferring its functions to the head of the company’s administration and general meeting of shareholders (such possibility was not allowed in the case of public limited liability companies (*AB*)), we can assume that **the head of the company’s administration has been considered as the management body**, although this has not been explicitly stated in the law.

– The supervisory board may be not formed.

**5) Requirement to have an elected auditor**

**6) Prohibition for company to purchase its own shares**

### Harmonization

Mainly the EU Company Law directives were addressed to public companies, but some provisions had impact on *UAB* regulation.

**Some influenced changes before official invitation to start negotiations:**

– **Twelfth Company Law Directive 89/667/EEC** on single-member private limited-liability companies

– **Cancelled requirement for the minimum number of shareholders (1994 ABI).**

**Cancelled requirement of detailed definition of the company's business activities:**

– **Second Company Law Directive 77/91/EEC**(Article 2(b))

– The requirement to specify all possible economic activities in the articles of association was revoked – only the nature of economic activity is sufficient (*2000ABI*). Thus, the shareholders themselves could decide on the detailed definition of the company's business activities in the articles of association thereof.

### Mandatory annual audit

– **Fourth Company Law Directive 78/660/EEC** (together with Eighth Directive –*the Accounting Directive*)

– The requirement for each company to have an elected auditor was revoked; however, companies were left the possibility to provide such control body in its articles of association (Article 37(1) of *2000ABI*).

– Equally important change was the determination of the mandatory annual audit in large *UAB*(Article 60(2) of *2000ABI*) – in 2003 limits (amount of the assets and income limit of sales) were increased twice – audit is required only in those *UAB*, which meet at least two of the following criteria:

a) the net income of sales exceeds 10 million Lithuanian Litas during the fiscal year (since 01/07/2015 – 3.5 mill. EUR);

b) the value of assets indicated in the balance sheet exceeds 5 million Lithuanian Litas (since 01/07/2015 – 1.8 mill. EUR);

c) the average number of employees during the financial year exceeds 50.

#### **Purchase of company's own shares**

– **Second Company Law Directive 77/91/EEC** (Article 19)

– The prohibition to purchase company's own shares applied to *UAB* was refused (Article 55 of 2003 *ABI*).

#### **Establishment by electronic means**

– **Directive 2009/101/EC** (*before 21/10/2009*: **First Council Directive 68/151/EEC**)

– In order to reduce the administrative burden related to establishment and registration of *UAB*, the idea to establish *UAB* electronically was implemented (2009). It was the first necessary step in providing the opportunity to reject mandatory notarial confirmation of documents of *UAB* establishment and other documents submitted to the Register of Legal Entities, if these documents conform to confirmed model documents of *UAB* establishment. However the actual opportunity to provide documents of *UAB* establishment electronically was accessible when the Registry keeper installed the information system on 03/11/2010. Firstly, one could establish *UAB* with only one founder electronically, but later, when the Ministry of Economy confirmed the model form of *UAB* establishment agreement on the 16/12/2010, such opportunity was provided to several founders.

#### **Improvement of shareholders rights – Shareholder Rights Directive (2007/36/EC)**

– *ABI* amendments in 2009:

– The provision established under amendments of the 17/07/2009 gave the right to shareholders to participate directly in the meeting of shareholders and to vote using electronic means of communication,

– right to submit questions for company in advance which are related to the agenda of shareholder's general meeting and the company is obliged to answer to them until general meeting (Article 16<sup>1</sup>).

– The amendments of 15/12/2009 also regulated particular alterations of shareholders pre-emption right to acquire the shares of the *UAB* being sold. These amendments show the tendency to give more freedom for *UAB* shareholders to regulate interrelationships at their own discretion.

#### **Financial aid**

– **Directive 2012/30/EU** (Article 25)

– **New provision** (05/06/2014 *ABI amendments*): financial aid is permitted:

- **for financial organizations**
- **for companies when its shares are acquired by its employees**

#### **Minimum capital requirement**

##### **Influence:**

**1. Free movement (corporate mobility)** – right of freedom of establishment

– **ECJ practice:** *Centros* (1997), *Inspire Art* (2003), *Uberseering* (2005), etc. – the result of this activist jurisprudence from the ECJ is that there is now a considerable measure of **corporate mobility within the EU**.



A practice had developed of businesses from other Member States incorporating in the UK, driven by the absence of minimum capital requirements for private companies and the speed, ease and low cost of incorporation. This practice was not welcomed by the 'home' Member States. The Court has struck down various efforts by individual states to impose their rules of corporation law on firms operating locally but incorporated in other member states.

So once incorporated in Member State A:

1) that company must be recognised as such in all other Member States, even if it conducts no business in the state of incorporation (*Umberseering*);

2) that company can choose to operate in another Member State either through a subsidiary, branch or agency (*Centros*);

3) where the choice is to act through a branch, Member State cannot impose obligations on the branch equivalent to those imposed to businesses incorporated in the Member State (*Inspire Art*).

## 2. Horizontal regulatory competition

– More recently, among the EU states a certain degree of *regulatory competition* has been inspired by decisions of the ECJ. Some Member States have moved to liberalise their domestic requirements and speed up their formation processes **in order to compete**.

– First way: Reduction or elimination of the minimum capital requirement (MCR) for private companies- in 2011 the average MCR was EUR 7,000 with the median EUR 3,000. Since 2003, MCRs have been reduced in 10 Member States. However, in 5 countries only EUR 1 has to be paid as MCR (e. g. the UK, Ireland, Cyprus, France (2003) or Germany).

– Second way: In addition, some countries have introduced new legal forms for start-ups with no or EUR 1 MCR

– since 2009, German *Unternehmergesellschaft (UG or Mini GmbH)* with a EUR 1 MCR

– in France – *SAS* (2003)

– in Spain – *S. L. N. E.*

## 3. The European Commission's initiatives on private companies:

– In June 2008, the European Commission published its proposal on the Statute for a European Private Company (*Societas Privata Europaea, SPE*). However, due to a failure to reach the Member States' consensus on the *SPE* Statute the Commission has already abandoned its proposal on *SPE* (in October 2013).

– In its first draft (2008) – EUR 1 MCR for *SPEs*

– The last version (2011) of the *SPE* Statute (Article 19(3)) states that: the Member States have the right to set a higher MCR for *SPEs* registered in their territory, however, it should not exceed EUR 8,000.

– in April 2014, the Commission published its Proposal for a Directive on Single-Member Private Limited Liability Companies, which would provide an EU-wide set of harmonised rules for single-member private limited liability companies and would result in appearance of national legal form of company called *Societas Unius Personae (SUP)* with the minimum capital requirement of at least €1, or at least one unit of the national currency in Member State in which this is not the euro

– latest amendments in the SUP Proposal: Member States may require the SUP to build up legal reserves as a per-

cent age of the profits of the SUP and/or up to the amount of minimum share capital required for national private limited liability companies.

– first issue for Lithuanian legislator would be to decide whether to present a radically new legal form for single-member private limited liability company or to introduce a sub-type of existing *UAB* with special rules on the issues regulated by the SUP Directive and with the possibility to re-register as an *UAB*.

#### Lithuanian strategy:

– **Failed attempts to reduce the MCR (2009 and 2012). Up to LTL 1000 (app. EUR 290).** The Ministry of Economy argued this by the aim to **facilitate business conditions**, to **promote the establishment of companies** and to **make *UAB* more attractive legal form for small and medium-sized businesses**; the European Commission proposed to set the 1 euro MCR to the SPE and considered the requirements of minimum capital in respect of *UAB* as **additional difficulties for electronic registration of companies**; the **tendencies of the «decapitalization»** idea of certain business entities emerging in Europe, the **freedom of establishment** recognized by EU and the fact that today the authorized capital of the closed-type companies basically **no longer performs the function of creditor protection** and function of information about the company's solvency.

– **Presentation of new form – *Small partnership* (2012):**

– Its introduction to the legal system of Lithuania was significant when dealing with some issues of *UAB* regulation significant to small and medium business and

providing flexible form of business organization.

– This form of incorporation is not deemed to be a company, but a certain form of partnership.

– **No MCR**

– **Limited liability**

– **More flexible regulation**

– In fact, the adopted law had some restrictions in connection to the number and status of the members (**maximum 10 physical persons could be the members**).

– as well as *UAB* can be established **electronically**, using **confirmed model forms** of the documents of establishment.

– **More flexible and simpler management system.** In the provisions of the small partnership, one can choose one of two management systems according to particular needs (Article 12 of *MBJ*): either **to have only the meeting of members of the small partnership**. Unlike in *UAB*, where the employment agreement is subject to mandatory conclusion with its manager, the **civil (service) contract is concluded with manager** of the small partnership.

– **BUT:** This theoretical model of a vehicle for small and medium-size business in Lithuania proved not to be effective in practice, mainly because of the tax aspects (since 2015 – a duty to pay monthly state social insurance contributions).

#### Instead of conclusions

– EU membership resulted in improvement of Lithuanian close companies regulation- Lithuanian legislator is monitoring trends in the European company law, with the inclusion of innovative legal provisions as well.

– **Strengths: Lithuania is possibly among those jurisdictions where incorporation of a *UAB*, in particular a single-member *UAB*, is the easiest. Incorporation of a small partnership is even simpler.**

1) New possibility for SMEs – *small partnership (SP)*. To pursue business activities in the form with limited civil liability, to choose between ordinary *UAB* and simpler and more flexible *SP*.

2) Incorporation costs are not very high compared with other EU Member States. While **the amount of MRC** (EUR 2,500 for *UAB* and no MCR for *SP*) **is among the smallest in Europe**

3) **Establishment by electronic means** – Payment of notary's fees, however, can be avoided by forming a *UAB* or a small partnership electronically.

4) The incorporators can save costs of legal services by using the approved forms of **model incorporation documents**

– **Evidence:**

– Newly incorporated *UAB* numbers continuously increased with each year (during 2004 – 2918 *UAB*) and reached the top in 2012 – 10902 *UAB* was established. However over the year of 2013 (i.e. after emergence of the small partnership as a form of legal entities) latter number decreased by more than a quarter – only 7977 incorporated *UAB* per year and 7962 during 2014. The appeal and competitiveness

of the new form is represented by rapidly increasing number of registered small partnerships and notably decreasing number of new *UAB*. The number of incorporated **small partnerships** during the 4th quarter of the year 2012 was equal to 124, **during year 2013 – 2713** and during three quarters of 2014 – 2584.

– Impressive leap in *Starting a business* rank (189 countries evaluated): **from 107** (World Bank Group *Doing Business 2013*) **to 11** (*Doing Business 2014* and 2015) **and to 8** (2016)<sup>1</sup> (**from 189**) – mainly, because Lithuania made starting a business easier by **creating a new form of limited liability company with no MCR**; also by **introducing online registration** for limited liability companies and eliminating the notarization requirement for incorporation documents.

**2014:** Procedures (number) – 4. Time (days) – 6.5. Cost (% of income per capita) – 0.9. Min. capital (% of income per capita) – 0.0. **2015:** Procedures (number) – 3. Time (days) – 3.5. Cost (% of income per capita) – 0.7. Min. capital (% of income per capita) – 0.

**2016:** Procedures (number) – 2. Time (days) – 3.5. Cost (% of income per capita) – 0.6. Min. capital (% of income per capita) – 0.0.

<sup>1</sup> Lithuania made starting a business easier by introducing online VAT registration.

## Organic Farming in Proposed Future European Regulation – a Way to Develop or to Impede the Sector

### Introduction

Organic farming is a way of producing food that respects natural life cycles. It minimises the human impact on the environment and operates as naturally as possible, in accordance with objectives and principles including the following: crops are rotated so that on-site resources are used efficiently; chemical pesticides, synthetic fertilisers, antibiotics and other substances are severely restricted; genetically modified organisms (GMOs) are prohibited; on-site resources are put to good use, such as manure for fertiliser or feed produced on the farm; disease-resistant plant and animal species adapted to the local environment are used; livestock are raised in a free-range, open-air environment and are fed on organic fodder; animal husbandry practices are tailored to the various livestock species<sup>1</sup>. Organic farming is part of an extensive supply chain, which also includes food processing, distribution and retailing. Each link in this chain aims to deliver the benefits of organic food production in terms of: consumer confidence, environmental protection, food quality and

animal welfare. Currently the European requirements for organic production are set by Council Regulation (EC) No 834/2007<sup>2</sup> defining the official EU aims, objectives and principles of organic farming and production, and by two implementing regulations (No 889/2008<sup>3</sup> and No 1235/2008<sup>4</sup>) detailing the organic production, labelling and import rules. It seems however that existing legislation is not sufficient to ensure significant growth in organic sector. Despite the fact that organic market has constantly expanded, the EU's organic land area still represents less than 6% of the total agricultural area and the difference between EU demand and production is covered by growing imports. To overcome the regulatory obstacles to

---

<sup>1</sup> [http://ec.europa.eu/agriculture/organic/organic-farming/what-is-organic-farming/producing-organic/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/agriculture/organic/organic-farming/what-is-organic-farming/producing-organic/index_en.htm).

<sup>2</sup> Council Regulation (EC) No 834/2007 of 28 June 2007 on organic production and labelling of organic products and repealing Regulation (EEC) No 2092/91 (O. J. of the EU 2007, L189/1).

<sup>3</sup> Commission Regulation (EC) No 889/2008 of 5 September 2008 laying down detailed rules for the implementation of Council Regulation (EC) No 834/2007 on organic production and labelling of organic products with regard to organic production, labelling and control (O. J. of the EU 2008, L 250/1).

<sup>4</sup> Commission Regulation (EC) No 1235/2008 of 8 December 2008 laying down detailed rules for implementation of Council Regulation (EC) No 834/2007 as regards the arrangements for imports of organic products from third countries.

the development of the sector and increase consumer confidence in the EU organic logo, the European Commission adopted in March 2014 a proposal for a Regulation on organic production and labelling of organic products which seems to revolutionize the organic production sector<sup>1</sup>.

The aim of the paper is to analyze and assess future regulation and to attempt to answer the question if the proposed future legislation is a way to effective development of organic production sector or, on the contrary, it is supposed to create additional obstacles to organic farmers.

### **The Commission's proposal**

Compared to the existing legislation, the Commission proposal intends to:

1. harmonise production rules by removing some exceptions such as use of non-organic seed when organic is not available, introduction of non-organic young poultry, exceptions for beekeeping, etc.), except where temporary measures are necessary in order to allow organic production to continue or restart in the case of catastrophic circumstances;

2. reduce the allowance to mixed farming (organic and conventional production) involving different varieties that can be easily differentiated to the conversion period. After the conversion period, organic agricultural holdings have to be managed entirely in compliance with the requirements applicable to organic production and the possible retroactive acknowledgement

of the conversion period would be limited only when fallow land is involved;

3. to address the issue of clarity and readability, specific production rules are brought together in Annex II of the proposed regulation;

4. organic operators other than farmers or operators producing seaweed or aquaculture animals would be required to develop a system for improving their environmental performance, with the exceptions of micro-enterprises;

5. the control system provisions would be integrated into a single legislative text under the Commission proposal for a regulation on official controls and other official activities in food and feed;

6. the risk-based approach to official controls would be reinforced by removing the requirement for mandatory annual verification of compliance of all operators provided for in Regulation (EC) No 834/2007;

7. for small-scale farmers, a system of group certification is introduced with a view to reducing inspection and certification costs and the associated administrative burden, strengthening local networks, contributing to better market outlets, and ensuring a level playing field with operators in third countries;

8. specific provisions are also introduced to harmonise action to be taken when non-authorized products or substances are detected. In this context, there may be instances where farmers are prevented from marketing their products as organic due to the unintentional presence of non-authorized products or substances. Member States may be authorized by the Commission to grant national payments to compensate for the losses incurred in such

<sup>1</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on organic production and labelling of organic products, amending Regulation (EU) No XXX/XXX of the European Parliament and of the Council [Official controls Regulation] and repealing Council Regulation (EC) No 834/2007.

instances. In addition, Member States may use the instruments of the Common Agricultural Policy to cover, totally or partially, such losses;

9. the trade regime is adapted to harmonise the rules to be applied in the EU and in the third countries and to better ensure consumer confidence. The possibility of equivalence agreements with third countries remains, while the system of unilateral equivalency is phased out. The recognition of control bodies is proposed to be shifted to a compliance instead of equivalence regime<sup>1</sup>.

### European Parliament's statement

On the European Parliament side, Martin Häusling (Greens/EFA, Germany) presented his draft report to the AGRI committee on 7 May 2015<sup>2</sup>. The draft report consists of 353 amendments to the Commission proposal, and brings back a number of provisions of the current regulation, including mandatory annual inspection and some derogations so as to take into account the lack of organic seeds, young

animals, feed and other organic inputs which impede the development of the sector, which are behind some exceptions to organic production rules. It reduces the number of implementing and delegated acts and revises the import system from third countries. On mixed farms, it proposes a transitional period of 10 years provided that there is a clear separation of conventional and organic production units and a conversion plan into organic production for the entire holding. It indicates also the need for deletion of introduction of a threshold for decertification of organic products in case of the presence of non-authorised substances or pesticides. The draft proposes also some new elements as the obligatory certification of restaurants and canteens as organic food retailers and the establishment of an EU organic farming agency to improve the implementation of the regulation and to be responsible for better implementation of control and import requirements.

The AGRI committee of European Parliament decided that the mixed farming in the EU producing both conventional and organic food should be still allowed, on condition that their conventional farming activities are clearly separated and differentiated from organic farming ones. Moreover, it rejected the threshold of 0.01 milligrams per kilogram as far as non-authorised substances are concerned and introduced instead some precautionary measures, which would aim to increase the accountability of operators throughout the organic supply chain and avoid the use of non-authorised techniques, as well as more harmonised investigation procedures in cases of contamination. On the import of organic products into the EU, the Commit-

<sup>1</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on organic production and labelling of organic products, amending Regulation (EU) No XXX/XXX of the European Parliament and of the Council [Official controls Regulation] and repealing Council Regulation (EC) No 834/2007, p. 4–5; F. Tropea, Organic farming legislation Revision of Regulation on organic production and labelling of organic products, Briefing EU Legislation in Progress 20 October 2015, PE 569.036, p. 5–6.

<sup>2</sup> Draft report of 7<sup>th</sup> of May 2016 on proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on organic production and labelling of organic products, amending Regulation (EU) No XXX/XXX of the European Parliament and of the Council [Official controls Regulation] and repealing Council Regulation (EC) No 834/2007 (COM(2014)0180 – C7 0109/2014 – 2014/0100(COD)).

tee supported the Commission proposal to ensure that all imported products will comply with the EU organic farming rules. The current equivalence regimes, which require third countries to comply with similar but not identical standards, should be phased out within the next five years, with some derogations<sup>1</sup>.

### **The Council's statement**

On 16 June 2015 the Council of Agriculture Ministers agreed on a general direction regarding the EU Commission proposal on the EU Organic Farming Regulation which provides a solid basis for achieving a modernisation of the European organic farming regulations in negotiations with the European Parliament. However, the Council did not support specific residue thresholds for organic products to be introduced at EU level. National threshold values would only be continued until the end of 2020. The specific regulations on organic controls and production standards would be still separated. Organic enterprises would also continue to undergo an annual inspection, generally involving a physical on-site inspection. The compromise text additionally included regulations which support EU-wide harmonisation of inspection procedure implementation, in particular regarding the

question of legal consequences in cases where residues are found. The number of delegated acts proposed by the Commission was greatly reduced. A significant issue is that both the European Parliament and the Council basically agree on the most critical points: both institutions clearly rejected the concept of a threshold for unauthorised substances and both agree on keeping the specific organic control requirements in the organic regulation rather than moving them to the horizontal 'official controls' legislation<sup>2</sup>.

### **Assessment of the proposed legislation**

As for the environmental performance rules for processors and traders, in the proposal it was foreseen that processors and traders (excluding micro-enterprises) have to ensure environmental management system with a view of improving their performance. The current legislation has not made any requirements for environmental performance for processors and traders. Therefore the idea of imposing duties to measure and to improve their environmental performance should be assessed positively. However these measures should be clear enough and do not create bureaucratic burden on operators. To avoid unnecessary duplication of the control process, these criteria should be checked within the organic control procedure.

As for the possibility to certify groups of operators, such solution is welcome. The proposal limits the possibility of being part of the group to the farmers with less than 5 ha agriculture land. It could be problem-

<sup>1</sup> Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on organic production and labelling of organic products, amending Regulation (EU) No XXX/XXX of the European Parliament and of the Council [Official controls Regulation] and repealing Council Regulation (EC) No 834/2007 (COM(2014)0180 – C7-0109/2014 – 2014/0100(COD)); F. Tropea, Organic farming legislation Revision of Regulation on organic production and labelling of organic products, Briefing EU Legislation in Progress 20 October 2015, PE 569.036, p. 11.

<sup>2</sup> <http://www.ifoam-eu.org/en/news/2016/05/23/press-release-constructive-approach-needed-organic-regulation-negotiations>.

atic if such limitation is properly indicated. Such solution could be based on different criteria such turnover.

As for simplified structure, the proposed document resign from the separate regulations and includes the whole legislation in one regulation and its annexes. It seems to be practical solution for the transparency of the organic production rules and their specification.

As for including organic control system in general food control system, it seems to be improper solution. As it was said by IFOAM EU, organic quality is essentially defined by a process-driven approach, which is a core value of organic production and part of its identity. Most of process criteria as they are established within organic regulations worldwide are guaranteed by checking the practical implementation in annual audits. Therefore, organic controls cannot be inspections to check the safety of the final products but are rather quality audits of the system as a whole. Organic products, like other food products, are subject to all other horizontal legislation. The annual inspection is an essential element to maintain consumer trust in organic produce. Furthermore, it gives the

operator the opportunity to get clarification on how to stay in line with the organic rules<sup>1</sup>.

As for risk-based approach to the control, control bodies have the obligation to operate risk-based inspection systems. However there are clear differences in the ways that this provision is implemented at the Member State level, meaning that the

<sup>1</sup> Position on the Commission proposal for a new organic regulation. A roadmap towards sustainable growth of the EU organic sector, IFOAM EU, 6 November 2014, p. 10.

system is well adopted and working in some Member States, but in others the system is rudimentary and inconsistent. Strengthening of risk based inspections and more harmonization of the risk based concept should be a cornerstone of the new regulation. The concept of risk based inspection is already in, but should be broadened and harmonised<sup>2</sup>.

As for import regime, the compliance is virtually impossible for most products originating outside the EU. Therefore, it seems that removing provisions for equivalent control bodies could radically alter the variety and affordability of organic products in the EU. Such situation occurred in for instance in Japan and China after tightening import rules. It might lead to import shortages for certain

products on the EU market. Moreover, such solution would create a two-tiered system, which provides trade advantages based on equivalence deals between developed country markets, and constrains other imports by requiring strict compliance<sup>3</sup>.

As for resignation from flexibility rule, such solution seems to be a burden for development of organic sector. It should be noticed that countries that have just started organic production are not able to meet the requirement without exceptions. The same applies to farms located in regions with difficult production environment such as mountain or island areas. Moreover, there are some exceptions crucial for further continuation of organic production in small farms such as the possibility of tethering animals. However, the removal of some exceptions is welcome. It concerns the use of non-or-

<sup>2</sup> Position..., op. cit., p. 11.

<sup>3</sup> Position..., op. cit., p. 12.



ganic animals, protein feed or animal origin for the livestock.

As for introducing a specific legal threshold that makes organic producers liable for pesticide contamination by conventional farmers, such solution seems to be disproportionate, in terms of the burden on the sector, compared to the reality and the size of the issue. In fact, it is demonstrated by several monitoring activities that the presence of contaminants in organic products can be 500 times lower than in conventional products. It is therefore clear that pesticide residues are not a major problem in organic products, even if European organic farmers

work in a context in which 95% of the arable land is treated with a huge amount of pesticide. This is thanks to the serious work of organic stakeholders to avoid contamination or residues. However, introducing such a threshold would significantly increase the costs of organic produce without providing real improvement. Moreover, such solution seems to be contrary to the polluter pays principle as it makes organic farmers responsible and obliged to pay for harm done by the majority of farmers in the EU who are using pesticides. The Commission or Member States should instead consider clear rules for a coexistence regime on pesticide contamination to ensure that organic farmers are protected.

As for rejection of mixed farms, the ban seems not to be proportionate and

could negatively affect organic farming. It is due to the fact that significant number of organic farmers are involved in mixed production. The ideal of conversion of the whole farm is not always possible. Mixed production is often a forced option or the result of market reasons. Moreover, it is easier for the farmers who consider conversion to convert part of the farm is a first step<sup>1</sup>.

### Conclusion

Commission's proposal should be assessed as to demanding for the current situation of organic farming in Europe. Therefore, the amendments proposed by European Parliament and the Council seems to be reasonable in many ways.

The current organic regulation provides a good basis for the development of the organic farming. In many areas of the regulation an improved implementation of the existing provisions is sufficient for the further development of the organic sector. It refers for instance to harmonization of risk-based approach of controls, assuring the traceability and guaranteeing a more efficient cooperation and exchange of information between Commission, Member States, control authorities and operators and for the flexibility rule that addresses the huge range of environment, culture and structural conditions present among the Member States.

<sup>1</sup> Position..., op. cit. p. 17.

---

## КАПЛІНА ОКСАНА ВОЛОДИМИРІВНА,

завідувач кафедри кримінального процесу  
Національного юридичного університету  
імені Ярослава Мудрого, доктор юридичних  
наук, професор, член-кореспондент  
Національної академії правових наук України

# Імплементация міжнародно-правових стандартів у кримінальному провадженні України

Із моменту прийняття нового Кримінального процесуального кодексу України (КПК) пройшло вже чотири роки. Поступово сформувалася практика застосування багатьох його норм, напрацьовуються доктринальні положення, виявляються логіко-структурні дефекти системи кримінального процесуального законодавства.

Варто зазначити, що в чинному КПК імплементовані багато міжнародно-правових стандартів кримінальної процесуальної діяльності, проте ще залишаються резерви для вдосконалення.

Сьогодні хотілося б звернути увагу на тлумачення ст. 23 у системному зв'язку зі ст. 87 КПК.

Зокрема, відповідно до ст. 23 КПК «Безпосередність дослідження показань, речей і документів» суд досліджує докази безпосередньо. Показання учасників кримінального провадження суд отримує усно. Не можуть бути визнані доказами відомості, що містяться в показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, крім випадків, передбачених КПК. Суд може прийняти як доказ показання осіб, які не дають

їх безпосередньо в судовому засіданні, лише у випадках, передбачених КПК (до таких, зокрема, належить ст. 225 КПК).

Сторона обвинувачення зобов'язана забезпечити присутність під час судового розгляду свідків обвинувачення з метою реалізації права сторони захисту на допит перед незалежним та неупередженим судом.

Крім того, ст. 87 КПК містить імперативне правило про те, що недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини.

Суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод, коли порушено право особи на перехресний допит (п. 5 ч. 2 ст. 87 КПК).

У наведених нормах КПК імплементує міжнародно-правові стандарти, що містяться:

– у п. «d» ч. 3 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: «Кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше такі права: ...d) допитувати свідків обвинувачення або вимагати, щоб їх допитали, а також вимагати виклику й допиту свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинувачення»;

– а також у п. «e» ч. 3 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права: «Кожен має право при розгляді будь-якого пред'явленого йому кримінального обвинувачення як мінімум на такі гарантії на основі цілковитої рівності: ...e) допитувати свідків, які дають проти нього показання, або мати право на те, щоб цих свідків було допитано, і мати право на виклик і допит його свідків на тих самих умовах, які існують для свідків, що дають показання проти нього».

Буквальне тлумачення зазначених норм КПК дає підставу стверджувати, що вітчизняний законодавець закріпив доволі жорсткі правила про безпосередність дослідження показань учасників кримінального провадження. Утім правозастосовна практика стикається зі складними випадками, коли свідка не можна доставити до суду та допитати, у тому числі й шляхом перехресного допиту.

Якщо звернутися до практики Європейського суду з прав людини, то можна побачити, що Суд по-іншому підходить до тлумачення положень п. «d» ч. 3 ст. 6 Конвенції.

Зокрема, у справі «Луценко проти України» (від 3 липня 2012 р.) ЄСПЛ зазначив, що «неможливість забезпе-

чити участь свідка у судовому розгляді сама по собі не тягне припинення кримінального переслідування. У такій ситуації за умови дотримання права на захист національні суди можуть брати до уваги показання, отримані під час досудового слідства, зокрема, якщо в них є підстави вважати, що ці показання підтверджені іншими доказами у справі. Проте проблема може виникати, якщо вирок ґрунтується виключно або переважно на таких показаннях (п. 43)».

У разі коли національний суд повинен оцінити кілька версій подій, які суперечать одна одній та викладені однією і тією ж особою, то само по собі надання переваги показанням, які давалися органам слідства, над показаннями, що мали місце під час судового розгляду, не суперечить Конвенції, якщо надання такої переваги обґрунтоване, а самі показання особа дала добровільно (п. 49).

В іншій справі ЄСПЛ «Биков проти Росії» (від 10 березня 2009 р.) заявника звинувачували в тому, що він замовив вбивство свого конкурента. «Кілер» погодився співпрацювати із поліцією і надав викривальні показання, які були ним підтверджені на очній ставці під час попереднього слідства. Крім того, «кілер» прийшов до замовника і записав на плівку свою розмову із замовником. На суді «виконавця злочину» допитати не вдалося, але суд зміг заслухати плівку та дослідити інші непрямі докази винуватості у вчиненні злочину підсудного, які підтверджували зміст протоколів допиту заявника.

ЄСПЛ зазначив, що хоча під час судового розгляду «виконавець вбивства»

не був допитаний, вину за це не можна покласти на владу, яка вжила всіх необхідних заходів до встановлення його місцезнаходження і забезпечення його явки на судовий розгляд. Ці заходи включали навіть звернення до Інтерполу (п. 97 рішення).

Крім того, заявникові була надана можливість ставити питання свідку обвинувачення під час очної ставки на стадії попереднього розслідування.

Важливе значення слід надати і тій обставині, що адвокат заявника погодився із оголошенням у відкритому судовому засіданні показань виконавця замовного вбивства, наданих на попередньому слідстві. Причому ці показання були підтверджені непрямыми доказами, зокрема, значною кількістю показань свідків, які підтвердили наявність конфлікту бізнес-інтересів між заявником і потерпілим (Вілором Стругановим).

У справі не було обставин, які б свідчили про порушення права на захист заявника, зловживання національних судів (п. 98 рішення).

Отже, незважаючи на те, що у підгрунтя вироку були покладені показання головного свідка обвинувачення, які були дані ним на стадії попереднього розслідування, ЄСПЛ не знайшов порушення п. «d» ч. 3 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Так само у справі «Ісгро проти Італії» ЄСПЛ не знайшов порушення ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, пославшись на те, що уряд ужив усіх можливих заходів, щоб розшукати свідка, але це виявилось неможливим. Крім того, особа

свідка була відома підсудному. Вирок відносно заявника був побудований на показаннях свідка, якого не вдалося допитати в суді, тому що він зник і його пошуки не дали результату. Разом з тим цей свідок був двічі допитаний (навіть проведена очна ставка) на досудовому слідстві слідчим суддею за участю заявника, який мав можливість поставити свідкові запитання.

Слід також зауважити, що в цій справі показання відсутнього свідка не були єдиним доказом і підтверджувалися сукупністю інших доказів.

Дуже часто свідка не вдається допитати з об'єктивних причин, за які держава не відповідає. Так, у справі «Ферантеллі і Сантаджело проти Італії» ЄСПЛ розглядав скаргу на те, що одного з основних свідків не допитали за участю заявників. Однак цей свідок покінчив із життям у в'язниці ще до початку судового розгляду. Тому Суд відзначив той факт, що держава була фізично не в змозі допитати цього свідка на стадії судового розгляду. Його показання, надані на досудовому слідстві, були досліджені та підтверджені іншими показаннями. Тому ЄСПЛ також не визнав порушення п. «d» ч. 3 ст. 6 Конвенції.

У справі «Майалі проти Франції» Суд висловив таку позицію: ст. 6 не дозволяє судам засновувати вирок на показаннях свідка обвинувачення, якого обвинувачений не мав можливості допитати на будь-якій стадії процесу. Винятком є такі випадки: по-перше, якщо неможливість проведення особистого допиту пов'язана з неможливістю знайти свідка. В цих випадках повинно бути встановлено, що власті активно його шукали, щоб все ж нада-

ти можливість його допитати; по-друге, оспорюваний доказ не повинен бути єдиним, на якому ґрунтується обвинувальний вирок.

Іншу позицію висловив ЄСПЛ у справі «Халки проти Туреччини». Заявника звинувачували в тому, що він брав участь у стрілянні з жандармами. Основними свідками були співробітники жандармерії (внутрішніх військ), які впізнали заявника по фотографії як одного з учасників озброєної сутички. До суду жандармів не викликали з тих міркувань, що подорожувати було небезпечно (справа була в турецькій частині Курдистану). Суд не переконав аргумент уряду, що доставлення свідків до суду могло бути пов'язане з деякими складнощами у зв'язку із загальною небезпечною ситуацією в регіоні, це не робило їх особистий допит в суді неможливим. Цей приклад показує, що транспортні труднощі й навіть загальні міркування безпеки не сприйматимуться Судом як серйозний аргумент, що виправдовує державу, яка не змогла забезпечити явку свідка до суду.

Так само у справі «Володимир Романов проти Росії» суд вирішив оголосити показання свідка, який перебував за кордоном, але мав повернутися через п'ять днів. Суд не з'ясував у сторін їхню думку щодо можливості оголошення показань свідка, а відразу зачитав їх, вказавши, що свідок не з'явився з по-

важної причини. У цій справі ЄСПЛ знайшов порушення ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: хоча в якийсь час свідок і відсутній з «поважної причини», незрозуміло, чому не можна було його допитати після його повернення.

Підсумовуючи, можна вказати, що ЄСПЛ дуже ретельно підходить до кожної конкретної справи, оцінюючи залежно від її обставин наявність чи відсутність порушення п. «d» ч. 3 ст. 6 Конвенції. Важливими при цьому є такі положення:

1) чи був свідок, якого не вдалося допитати, ключовим і яка роль його показань для справи;

2) з яких причин неможливо було допитати свідка;

3) чи буде законним і обґрунтованим вирок без цього доказу;

4) наскільки цей доказ достовірний і узгоджується з іншими;

5) чи була у заявника можливість оспорити допустимість цього доказу і чи досліджував суд питання допустимості;

6) які були умови дослідження доказу в суді і наскільки обмежені були можливості захисту під час дослідження;

7) чи мали сторони рівні процесуальні можливості.

Отже, зазначені положення, що містяться у рішеннях ЄСПЛ, можуть бути корисними й для вітчизняної правозастосовчої практики.

---

**ШИЛО ОЛЬГА ГЕОРГІЇВНА,**

*завідувач кафедри кримінального процесу  
та оперативно-розшукової діяльності*

*Національного юридичного університету*

*імені Ярослава Мудрого,*

*доктор юридичних наук, професор*

## **Проблеми адаптації кримінального процесуального законодавства України до права Європейського Союзу**

Законом України від 16 вересня 2014 р. ратифіковано Угоду про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами (далі – Угода про асоціацію з ЄС), з іншої сторони. Значення цієї події для України важко переоцінити, адже вона нарешті створила підґрунтя подальшим стратегічним реформаційним процесам у всіх сферах суспільного життя, що в сукупності забезпечать утвердження й визнання у державі європейських цінностей поваги до прав людини і основоположних свобод, демократії, верховенства права.

Одним із зобов'язань України, закріплених у Преамбулі до Угоди про асоціацію з ЄС, є поступова адаптація законодавства України до *acquis* ЄС відповідно до напрямів, визначених у цій Угоді, та ефективного її виконання.

Чільне місце серед таких напрямів посідає боротьба зі злочинністю та корупцією; співробітництво у боротьбі

з тероризмом; боротьба з легалізацією (відмиванням) коштів та фінансуванням тероризму; співробітництво у боротьбі з незаконним обігом наркотичних засобів, прекурсорів та психотропних речовин; правове співробітництво.

У зв'язку з цим доречно пригадати, що спочатку установчі договори ЄС не містили положень стосовно співробітництва у кримінально-правовій галузі, адже метою його створення був розвиток інтеграції у соціально-економічній сфері. Але в умовах сучасної глобалізації саме ці напрями міжнародного співробітництва набули стратегічного значення, оскільки спрямовані на створення загальноєвропейського простору свободи, безпеки і правосуддя, захист держав від загроз, що здатні перешкодити їх подальшому розвитку та становлять небезпеку для всього світу. Зважаючи на це, значна частина Угоди про асоціацію з ЄС присвячена співробітництву у сфері юстиції та безпеки.

Згідно зі ст. 22 Угоди про асоціацію з ЄС співробітництво сторін спрямовується на вирішення, *inter alia*, таких проблем: а) незаконне переправлення через державний кордон нелегальних мігрантів, торгівля людьми і вогнепальною зброєю та незаконний обіг наркотиків; б) контрабанда товарів; с) економічні злочини, зокрема злочини у сфері оподаткування; d) корупція як у приватному, так і в державному секторі; е) підробка документів; f) кіберзлочинність. Сторони посилюють двостороннє, регіональне та міжнародне співробітництво у цій сфері, зокрема співробітництво із залученням Європолу. Сторони і надалі розвивають співробітництво, *inter alia*, стосовно: а) обміну найкращими практиками, в тому числі щодо методик розслідування та криміналістичних досліджень; б) обміну інформацією відповідно до існуючих правил; с) посилення потенціалу, зокрема навчання та, у разі необхідності, обміну персоналом; d) питань, пов'язаних із захистом свідків та жертв. Сторони віддані ефективному виконанню Конвенції ООН проти транснаціональної організованої злочинності 2000 року та трьох Протоколів до неї, Конвенції ООН проти корупції 2003 року та інших відповідних міжнародних документів.

Боротьба з легалізацією (відмиванням) коштів та фінансуванням тероризму за змістом ст. 20 Угоди про асоціацію з ЄС передбачає посилення двостороннього та міжнародного співробітництва у цій сфері, зокрема співробітництва на оперативному рівні. Сторони забезпечують імплементацію відповідних міжнародних стандартів, а саме стандартів Групи з розробки фінансових заходів

боротьби з відмиванням грошей та фінансуванням тероризму (FATF) та стандартів, рівнозначних тим, які були прийняті Союзом.

Співробітництво у боротьбі з тероризмом згідно зі ст. 23 Угоди про асоціацію з ЄС здійснюється з метою попередження та запобігання актам тероризму згідно з міжнародним правом, міжнародним правом щодо захисту прав людини, біженців та гуманітарним правом, а також відповідними нормативними та підзаконними актами Сторін. Зокрема, Сторони домовились співробітничати на основі повного виконання Резолюції Ради Безпеки ООН № 1373 2001 р., Глобальної контртерористичної стратегії ООН 2006 р. та інших документів ООН, а також відповідних міжнародних конвенцій та документів. Ці домовленості Сторони реалізують шляхом: а) обміну інформацією щодо терористичних угруповань та організованих груп, які здійснюють їх підтримку; б) обміну досвідом та інформацією про тенденції тероризму та стосовно засобів і способів боротьби з тероризмом, зокрема надають допомогу в технічній галузі та навчанні, та с) обміну досвідом стосовно запобігання тероризму.

Співробітництво у боротьбі з незаконним обігом наркотичних засобів, прекурсорів та психотропних речовин спрямоване на боротьбу з незаконним обігом наркотиків, зменшення обсягів постачання, торгівлі та попиту на наркотики, боротьбу з наслідками для здоров'я та соціальними наслідками наркозалежності, а також на більш ефективне запобігання відводу хімічних прекурсорів, що використовуються для

нелегального виробництва наркотиків та психотропних речовин.

Слідуючи своїм європейським прагненням і європейському вибору, Україна має забезпечити поступову адаптацію внутрішнього законодавства, що регулює правові відносини у вказаних сферах, до права Європейського Союзу. Згідно з положеннями Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, затвердженої Законом України від 18 березня 2004 р., адаптація полягає у приведенні законів України та інших нормативно-правових актів у відповідність із «*acquis communautaire*». Це передбачає необхідність ухвалення законодавства України, створення інституційних механізмів та здійснення відповідних дій як на міжнародному рівні у взаємовідносинах України з ЄС, так і в правопорядку України<sup>1</sup>.

У цьому контексті слід зазначити, що правове регулювання напряму боротьби зі злочинністю та корупцією в Україні останніми роками зазнало концептуальних змін, адже починаючи з 2012 р. почали ухвалюватися законодавчі акти у цій сфері, які не тільки впроваджують істотно нові правові інститути, більшість з яких раніше не були відомі національному законодавству і являють собою імплементацію європейських стандартів, а й уособлюють нову ідеологію кримінального судочинства, сутність якої полягає у визнанні найвищою цінністю права

і свободи людини, а їх забезпечення і захист – обов'язком держави, що має виконуватися її уповноваженими органами з дотриманням європейських стандартів у галузі прав людини та здійснення правосуддя.

Серед таких законодавчих актів перш за все необхідно назвати Кримінальний процесуальний кодекс України, прийнятий 13 квітня 2012 р., який заклав підґрунтя подальших законодавчих новацій у царині кримінального судочинства. Змагальність кримінального провадження; розмежування кримінальних процесуальних функцій; істотне розширення судового контролю під час досудового розслідування і процесуальних можливостей сторони захисту щодо збирання відомостей про факти, що можуть бути судовими доказами; впровадження принципу незмінності участі прокурора в кримінальному провадженні; кардинальна зміна моделі початкового етапу кримінального провадження; унормування негласної діяльності сторони обвинувачення щодо перевірки заяви про злочин та збирання відомостей про факти, які можуть мати значення судових доказів, яка отримала назву негласних слідчих (розшукових) дій; розширення диспозитивності і впровадження у зв'язку з цим консенсуальних процедур (перш за все інституту угод у кримінальному провадженні), що надають можливості ефективно захистити приватні інтереси учасників кримінального провадження і одночасно вирішити кримінально-правовий конфлікт; широке використання технічних засобів фіксації при здійсненні кримінального провадження – це лише невелика частка тих концептуальних змін, що відбулися

<sup>1</sup> Муравйов В. Зближення законодавства України з правом Європейського Союзу: сучасний стан та перспективи / В. Муравйов // Вісн. Київ. нац. ун-ту ім. Тараса Шевченка. – 2007. – № 35–36. – С. 48.



в кримінальному процесуальному законодавстві України з прийняттям нового КПК, і які спрямовано на впровадження європейських цінностей і стандартів захисту прав і свобод людини до сфери кримінального судочинства. У цьому ж контексті не можна також не відзначити зміни КПК України, внесені Законом України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо виконання рекомендацій, які містяться у шостій доповіді Європейської комісії про стан виконання Україною Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України, стосовно удосконалення процедури арешту майна та інституту спеціальної конфіскації» від 18 лютого 2016 р., якими істотно змінено порядок арешту майна, зокрема, з метою забезпечення спеціальної конфіскації, передбачено можливість арешту майна третьої особи за наявності достатніх підстав вважати, що воно підлягатиме спеціальній конфіскації тощо.

Адаптаційні процеси в напрямі євроінтеграції України знайшли своє відображення і в новітньому законодавстві, що також є джерелом кримінального процесуального права України, а саме: у законах України «Про безоплатну правову допомогу» від 2 червня 2011 р., «Про забезпечення права на справедливий суд» від 12 лютого 2015 р., «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 р., «Про Національне антикорупційне бюро України» від 14 жовтня 2014 р., «Про державне бюро розслідувань» від 12 листопада 2015 р., «Про Національну поліцію» від 2 липня 2015 р., «Про пробацію» від 5 лютого 2015 р. тощо.

Цими законодавчими актами істотно змінено правове регулювання діяльності окремих існуючих інституцій у сфері кримінальної юстиції (зокрема, прокуратури стосовно оптимізації її повноважень та обмеження сфери їх застосування відповідно до рекомендацій Ради Європи), а також створено нові інституції, функціональне призначення яких полягає у забезпеченні дієвого функціонування сфери кримінального судочинства на рівні, що відповідає європейським цінностям та стандартам захисту прав людини, суспільним очікуванням щодо боротьби зі злочинністю та корупцією, підвищення довіри до правоохоронних органів та суду (зокрема, Національна поліція, Національне антикорупційне бюро України, система надання безоплатної правової допомоги, органи пробації тощо).

Разом із тим, як констатовано у Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки, схваленої Указом Президента України від 20 травня 2015 р., існують системні проблеми у сфері стратегічного планування та у законодавчому процесі, функціонування прокуратури та кримінальної юстиції як суміжних правових інститутів має свої недоліки, наявні системи правової допомоги засвідчили свою недостатню функціональну спроможність, а система правосуддя на сьогодні не виконує поставлені перед нею завдання на належному рівні.

Указані чинники детермінують необхідність комплексного підходу до реформування сектору кримінальної юстиції, здійснення заходів, що передбачено вказаною Стратегією та Планом

дій щодо реалізації положень Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки, схваленому Радою з питань судової реформи.

Унаслідок реалізації цих положень судова система України та суміжні правові інститути працюватимуть, як зазначено у Стратегії, керуючись принципом верховенства права, ефективно, продуктивно та скоординовано, стануть підзвітними громадянам України, вільними від будь-якого політичного впливу та відповідатимуть стандартам і передовим практикам Європейського Союзу.

Аналіз стратегічних напрямів подальшого реформування кримінального процесуального законодавства України з метою адаптації його до *acquis* ЄС у секторі кримінальної юстиції, сучасного правового регулювання порядку здійснення кримінального провадження, правозастосовної практики органів досудового розслідування та суду дозволяє виділити пріоритетні завдання у цій сфері, до яких, видається, слід віднести такі положення:

– запровадження режиму реалізації європейських стандартів здійснення кримінального судочинства, що крім якості кримінального процесуального закону, який, як було зазначено вище, імплементував ці стандарти у національне судочинство, передбачає також необхідність зміни професійної правосвідомості працівників правоохоронних органів і суддів, формування правозастосовної практики, що відповідає вимогам Конституції України, орієнтованої на дотримання європейських цінностей і стандартів, а також практики Європейського суду з прав людини;

– створення належної правової основи боротьби з кіберзлочинністю. Розуміння надзвичайної важливості вирішення цієї проблеми привело до затвердження Указом Президента України від 15 березня 2016 р. №96/2016 Стратегії кібербезпеки України, метою якої є створення умов для безпечного функціонування кіберпростору, його використання в інтересах особи, суспільства і держави. Наступним очікуваним кроком є прийняття відповідного Закону України.

Одним із напрямів забезпечення кібербезпеки України відповідно до п. 4.5 вказаної Стратегії є боротьба з кіберзлочинністю, яка передбачає здійснення в установленому порядку, серед іншого, таких заходів: створення ефективного і зручного контакт-центру для повідомлень про випадки кіберзлочинів та шахрайства у кіберпросторі, підвищення оперативності реагування на кіберзлочини правоохоронних органів, зокрема їх регіональних підрозділів; удосконалення процесуальних механізмів щодо збирання доказів в електронній формі, що стосуються злочину, удосконалення класифікації, методів, засобів і технологій ідентифікації та фіксації кіберзлочинів, проведення експертних досліджень; запровадження блокування операторами та провайдерами телекомунікацій визначеного (ідентифікованого) інформаційного ресурсу (інформаційного сервісу) за рішенням суду; унормування порядку внесення обов'язкових до виконання операторами та провайдерами телекомунікацій приписів про термінове фіксування та подальше зберігання комп'ютерних даних, збереження даних про трафік; врегулю-

вання питання можливості терміново-го здійснення процесуальних дій у режимі реального часу із застосуванням електронних документів та електронного цифрового підпису; упровадження схеми (протоколу) координації правоохоронних органів щодо боротьби з кіберзлочинністю; підготовка суддів (слідчих суддів), слідчих та прокурорів для роботи з доказами, що стосуються злочину, отриманими в електронній формі, з урахуванням особливостей кіберзлочинів; запровадження особливого порядку зняття інформації з каналів телекомунікацій у випадку розслідування кіберзлочинів; підвищення кваліфікації співробітників правоохоронних органів.

Необхідно звернути увагу на те, що серед вказаних складових зазначеного напрямку боротьби з кіберзлочинністю, як впливає із наведеного, є низка заходів кримінального процесуального характеру, що спрямовані на оптимізацію досудового розслідування кіберзлочинів та здійснення доказування в суді. Окремі з них поки що не врегульовані чинним кримінальним процесуальним законодавством України і тому є перспективними напрямами його розвитку. Це є цілком логічно, адже Стратегія формалізує політику держави у сфері кібербезпеки, у зв'язку з чим визначає стратегічні завдання, деталізація вирішення яких має знайти відображення у галузевому законодавстві.

Унормування цих заходів є вкрай необхідним, оскільки, як свідчить практика, розслідування таких злочинів викликає низку проблем, що, зокрема, пов'язані із: неможливістю проведення у багатьох кримінальних провадженнях

негласних слідчих (розшукових) дій (зважаючи на те, що злочин, з приводу якого здійснюється кримінальне провадження, не є тяжким); складністю доказування причетності конкретної особи до вчинення злочину у випадках використання комп'ютерного обладнання декількома особами; неможливістю вилучення слідів злочину у віртуальному просторі; необхідністю залучення спеціаліста до участі в проведенні слідчих (розшукових) дій (обшуку, огляду) та залучення експерта для проведення експертиз, спрямованих на збирання доказів; складністю виявлення та фіксації слідів злочину в телекомунікаційних мережах, враховуючи легкість їх знищення та зміни комп'ютерної інформації; короткостроковістю збереження інформації у провайдерів (зокрема, Ір-адреса, що дозволяє ідентифікувати місцезнаходження особи, імовірно причетної до вчинення злочину) тощо; створення системи ефективного захисту свідка і потерпілого від загроз, що пов'язані з їх участю в кримінальному провадженні щодо тяжких і особливо тяжких злочинів. Значення цього завдання як гарантії забезпечення прав і законних інтересів людини у сфері кримінального судочинства та гарантії здійснення правосуддя обумовило його закріплення у ст. 22 Угоди про асоціацію з ЄС, яка містить положення про те, що сторони і надалі розвивають співробітництво, *inter alia*, стосовно питань, пов'язаних із захистом свідків та жертв.

Європейський підхід до захисту свідка і потерпілого полягає у тому, що такий захист розглядається як обов'язок держави, найважливішою цінністю

в якій є людина, її права і свободи. Тому в більшості держав – членів ЄС існують програми захисту свідка (національні, федеральні, регіональні). Захист свідка і потерпілого в кримінальному судочинстві майже у всіх державах – членах ЄС являє собою ресурсомістку програму, яка передбачає низку заходів забезпечення безпеки цих осіб, що застосовуються на різних етапах діяльності правоохоронних органів, які реалізують цю програму. Використовується підхід Riskmanagement (управління ризиками), який складається з певних етапів діяльності. На першому етапі здійснюється оцінка загроз свідку. Результати оцінки цих загроз мають значення для вирішення питання включення свідка до Програми захисту і обрання конкретних заходів захисту. На другому етапі здійснюється класифікація ризиків за рівнями небезпеки (високий, середній, низький), що дозволяє з'ясувати, які саме заходи захисту необхідно застосувати. На третьому етапі здійснюється аналіз факторів ризику і оцінка їх значення з метою встановлення ймовірності настання небажаних для свідка наслідків, які також можуть вплинути і на досягнення мети кримінального судочинства. Аналіз ризиків включає їх оцінку і методи їх зниження або зменшення пов'язаних із ними негативних наслідків, які можуть бути попереджені працівниками правоохоронних органів. Четвертий етап включає контроль за заходами безпеки, що застосовуються до свідка<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Краснова К. А. Защита свидетелей в государствах-членах ЕС [Електронний ресурс] / К. А. Краснова. – Режим доступу: <http://sbsnews.eu/ru>.

В Україні питання забезпечення безпеки свідка і потерпілого врегульовано Законом України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» від 23 грудня 1993 р. та КПК України. На відміну від КПК 1960 р., чинний КПК України не містить глави щодо підстав і порядку застосування заходів безпеки, а передбачає окремі положення, що стосуються закріплення права на забезпечення безпеки як елементу правового статусу окремих учасників процесу; можливості проведення закритого судового засідання; особливостей порядку: пред'явлення особи для впізнання, відкриття матеріалів іншій стороні, оскарження рішень, дій чи бездіяльності слідчого або прокурора при застосуванні заходів безпеки; проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції під час судового провадження. Новим порівняно із раніше чинним законодавством є обов'язок слідчого судді вжити необхідних заходів для забезпечення безпеки особи, що логічно впливає із загальних обов'язків слідчого судді щодо захисту прав людини.

Утім, як свідчить правозастосовна практика, забезпечення безпеки учасників кримінального провадження поки що лишається тим сегментом діяльності правоохоронних органів, що потребує істотного покращення та інтенсифікації їх взаємодії, впровадження нових механізмів захисту свідка і потерпілого, розробки відповідної програми з урахуванням досвіду вирішення цього питання у державах – членах ЄС;

– посилення взаємодії органів досудового розслідування і суду України із компетентними органами держав – чле-

нів ЄС щодо співробітництва у формі надання взаємної правової допомоги у кримінальних справах та екстрадиції. Це, зокрема, стосується міжвідомчої співпраці на державному рівні у формі спільних слідчих груп, що створюються для розслідування злочинів, вчинених на територіях декількох держав, або якщо порушуються інтереси цих держав; удосконалення процесуального порядку здійснення видачі особи (її екстрадиції), взаємного визнання результатів експертизи, проведеної на території іншої держави тощо;

– застосування усіх можливих механізмів боротьби з тероризмом і відвернення існуючої загрози міжнародного тероризму. Цей напрям передбачає необхідність удосконалення існуючої нормативної основи діяльності правоохоронних органів держави, а також інтенсифікації співробітництва компетентних органів щодо обміну інформацією стосовно терористичних груп, досвідом попередження терористичних актів тощо. Контекстно слід зазначити, що КПК України містить окремий розділ IX<sup>1</sup> «Особливий режим досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції», який включає лише одну статтю. Зрозуміло, що таке правове регулювання цього надзвичайно актуального питання не можна визнати достатнім. Адже порядок здійснення кримінального провадження у зазначених умовах має істотні особливості, що з огляду на ст. 92 Конституції України повинні регулюватися виключно законом, а не підзаконними нормативно-правовими актами, як це має місце на теперішній час;

– усунення корупційних ризиків кримінального процесуального законодавства України, що створюють умови для корупційних практик осіб, які здійснюють кримінальне провадження. Такі ризики пов'язані з недосконалістю законодавства, що регламентує кримінальне провадження. Зокрема, йдеться про неточність використаних у законі формулювань, що обумовлюється недоліками законодавчої техніки, що, у свою чергу, створює передумови різноманітності підходів до їх системного тлумачення, використання оціночних понять, відсутність єдиних стандартів правової технології забезпечення якості кримінальних процесуальних рішень, допустимість дискреційних повноважень, непрозорість механізму прийняття певних процесуальних рішень та вчинення процесуальних дій, недосконалість механізмів прокурорського нагляду та судового контролю та ін. Враховуючи сказане, не викликає сумніву той факт, що в сучасних умовах антикорупційність законодавства є одним із якісних змістових критеріїв позитивного права. У зв'язку з цим цілком виправданим вбачається запровадження Законом України від 14 жовтня 2014 р. «Про запобігання корупції» антикорупційної експертизи, яка визначена законодавцем як діяльність із виявлення в нормативно-правових актах, проектах нормативно-правових актів положень, які самостійно чи у поєднанні з іншими нормами можуть сприяти вчиненню корупційних правопорушень або правопорушень, пов'язаних з корупцією (ст. 1 Закону). При цьому обов'язковій антикорупційній експертизі відповідно до ст. 55 вказаного Закону підлягають про-

екти законів України (крім антикорупційної експертизи проектів нормативно-правових актів, внесених на розгляд Верховної Ради України народними депутатами України, яка здійснюється комітетом Верховної Ради України, до предмета відання якого належать питання боротьби з корупцією), актів Президента України, інших нормативно-правових актів, що розробляються Кабінетом Міністрів України. Будучи одним із найважливіших превентивних заходів у протидії корупції, про що свідчить світова практика, запровадження в Україні антикорупційної експертизи законодавства є вкрай важливим, оскільки корупціогенні ризики (фактори), що сприяють вчиненню корупційних правопорушень або полегшують їх вчинення, нерідко закладаються саме на рівні законодавства.

Отже, вельми актуальною видається проблема оцінки кримінального процесуального законодавства України під кутом зору його корупціогенності з метою виявлення пріоритетних напрямів його вдосконалення, спрямованих на попередження корупційних проявів у цій сфері.

Указані положення, безумовно, не претендують на вичерпність їх переліку, оскільки євроінтеграційні процеси України передбачають необхідність

здійснення системи заходів законодавчого, інституційного, організаційного характеру, спрямованих на гармонізацію законодавства України у сфері кримінальної юстиції і безпеки із правом ЄС.

На завершення варто зазначити, що адаптація кримінального процесуального законодавства України до *acquis* ЄС потребує належного наукового супроводу, проведення фундаментальних досліджень з питань, які становлять сутність вищенаведених та інших положень. Це, на мою думку, визначає пріоритетні напрями розвитку науки кримінального процесу, сутність яких становлять:

- створення теоретичних концепцій адаптації норм кримінального процесуального законодавства України до *acquis* ЄС;

- моніторинг правозастосовної практики з метою встановлення її відповідності європейським стандартам у галузі захисту прав людини та здійснення правосуддя;

- теоретична розробка проблеми антикорупційних стандартів кримінального процесуального законодавства України;

- дослідження проблеми альтернатив кримінальному переслідуванню та ін.

---

## НАСТЮК ВАСИЛЬ ЯКОВИЧ,

завідувач кафедри адміністративного права  
та адміністративної діяльності Національного  
юридичного університету імені Ярослава  
Мудрого, доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент Національної академії  
правових наук України

# Стандарти демократичного контролю над сектором безпеки

«Демократичний контроль над сектором безпеки» зазвичай сприймається як підпорядкування збройних сил та інших організацій безпеки демократично обраним політичним органам. Це означає, що ухвалення рішень з національної безпеки і оборони має бути передане тим, хто відповідає за політику у сфері безпеки і оборони країни. Практична дія цієї тези пов'язана з такими питаннями: яким чином повинен бути досягнутий цивільний контроль над сектором безпеки, які структури і процедури необхідні для цього і яка роль існуючих державних інститутів – глави держави, парламенту, уряду або держслужбовців виконавчої влади.

Політичні і правові принципи і практичні підходи (стандарти) зі встановлення демократичного контролю можна об'єднати у три групи.

*По-перше*, конституція повинна гарантувати, що цивільні органи влади мають абсолютну владу в таких сферах, як:

– ухвалення рішень відносно війни і миру (демократія дійсно існує лише тоді, коли влада, обрана народом, ухвалює життєво важливі для суспільства рішення);

– управління і контроль над військовими, поліцією, розвідкою та іншими організаціями сектору безпеки (перше правило демократичних відносин між сектором безпеки і (громадянським) суспільством є те, що за (обраною) виконавчою владою вирішальне слово, де, коли і як армія і поліція будуть використані). Щоб запобігти неправильній інтерпретації, командні повноваження повинні в останній інстанції здійснюватися тільки однією людиною (тому командні повноваження передаються главі держави, і в той же час міністр оборони – відповідальний за оперативні проблеми);

– правочинність визначати вид організацій сектору безпеки, їхня структура і розмір мають бути закріплені за цивільною владою, а не за професіоналами.

*По-друге*, демократичний контроль повинен також мати свої обмеження. В усіх трьох згаданих сферах цивільна влада зазнавала б законної критики, якби приймала рішення без порад доповіданих службовців/професіоналів. Це стосується перш за все тих випадків, коли цивільна влада має тільки незначні

професійні знання у військовій сфері. Тому поради досвідчених службовців важливі для ефективності політики безпеки і оборони, хоча це не означає, що ці поради є завжди правильними або що їм обов'язково треба слідувати. Місія військових і служб безпеки – захищати суспільство і демократію, а не створювати їх. Зокрема, солдати не повинні ставати частиною урядового процесу. Громадяни в демократіях знають про необхідність збройних сил. У разі потреби – це головний інструмент для збереження свободи. Тому військові повинні бути ефективними, дисциплінованими, слухняними і готовими віддати життя заради захисту своєї країни. Місії військових не можуть бути основою суспільства.

*По-третє*, ефективність демократичного контролю повинна забезпечуватись державними політичними структурами на конституційно-правових засадах:

– структура державної влади повинна забезпечувати розподіл влади над армією між виконавчою і законодавчою владою. Ніхто з них не може здійснювати повний контроль, оскільки ні виконавча, ні законодавча влада не повинні мати можливості використовувати армію один проти одного. Військові мають підкорятися цим двом владам, і ці владні гілки повинні співпрацювати для забезпечення безпеки та оборони. І відповідні закони повинні це гарантувати;

– військові й поліція є частиною виконавчої влади. Уряд розробляє проект оборонної політики і бюджет. Це здійснюється через цивільного міністра, який підтримується штатом цивільних

службовців із знанням військової проблематики, що є необхідним для отримання довіри військового керівництва;

– необхідний освічений і добре поінформований цивільний штат службовців. Традиційно зв'язки військових між собою настільки сильні, що цивільна влада не може повністю покладатися на них як на єдиних радників (що також є причиною правила, яке застосовується у США: солдат, що знаходиться на службі, або звільнений у відставку, може стати військовим радником лише через десять років після завершення своєї дійсної служби). Уряд повинен створювати установи, де б відбувалося спільне навчання військових і цивільних службовців. Багато країн мали безліч чудових військових теоретиків і практиків, але майже жодного академічно освіченого цивільного експерта. Військові не вивчали питання національної безпеки, робився лише односторонній акцент на вивчення військової справи. Це створило напруженість між цивільними і військовими службовцями міністерств оборони і закордонних справ. Але консультувати уряд повинні цивільні службовці;

– не лише виконавча, але також і законодавча влада повинна мати у своєму розпорядженні штат кваліфікованих спеціалістів для прийняття рішень із проблем збройних сил. Члени парламенту потребують спеціалістів не тільки для здійснення парламентського контролю, а й для складання бюджету, за який законодавча влада несе відповідальність.

Крім державних органів, відповідальних за цивільний контроль над військовими, потрібно здійснювати



політичні та соціальні заходи на підтримку цивільного контролю над військовими:

– найважливішими елементами порядку в державі є конституційність і верховенство права. Це не означає тільки те, що держава відповідно до своєї конституції встановлює і гарантує правовий порядок. Це означає також гарантію деяких історично розвинених у західних демократичних державах правових принципів, таких, як розподіл влади, гарантія фундаментальних прав людини, зв'язок законодавства з конституційним порядком і зв'язок виконавчої і судової влади із законом і правом. Але недостатньо, щоб законодавча влада приймала закони, а виконавча влада їх застосовувала. Конституційність і правовий порядок повинні підтримуватися населенням і освітніми установами, ЗМІ й багатьма організаціями. Конституційність і правова держава перешкоджають солдатам втручатись у політику. Відповідь на те саме запитання значно відрізняється, якщо питання стосується ступеня розвиненості конституційності і правових державних гарантій цивільних прав і свободи преси в колишніх комуністичних країнах, і яким чином система освіти, ЗМІ та організації громадянського суспільства їх підтримують;

– другим, вельми істотним демократичним інститутом забезпечення демократичного контролю над військовими, є «цивільна сила». Цим терміном позначаються службовці поліції, або резервісти, які є «двічі громадянами», як одного разу сказав про них Вінстон Черчилль. Ці солдати ідентифікують себе більше з цивільною частиною суспільства, аніж зі збройними силами. Під час кризи вони – важлива протиріччя військовим, протиріччя невиконання законів і порядку. У щоденному житті – найважливіший елемент, що підтримує інтеграцію військових у громадянське суспільство;

– третій елемент – це безпосередньо армія, яка може і зобов'язана здійснювати демократичний контроль сама над собою. Було б найлегше, якби сама армія дотримувалася чинних правових норм, прав і обов'язків, дисциплінарного порядку і порядку щодо подання скарг, а також, якщо дозволяє правовий статус, – положень по висуненню представників і доповідачів. Цивільний контроль стосується також принципів лідерства (у Німеччині відомий як «громадянин в уніформі» і «внутрішнє лідерство»). Цивільний контроль починається тоді, коли військові співпрацюють зі ЗМІ, профспілками та іншими неурядовими організаціями.

**РАБІНОВИЧ ПЕТРО МОЙСЕЙОВИЧ,**

*доктор юридичних наук, професор,*

*головний науковий співробітник*

*Львівської лабораторії прав людини і громадянина*

*Науково-дослідного інституту державного*

*будівництва та місцевого самоврядування*

*Національної академії правових наук України,*

*Україна, м. Львів*

*e-mail: rtp2009@mail.ru*



УДК 340.12

## Львівській лабораторії прав людини – 20 років

*У статті висвітлюються причини створення у 1996 р. у структурі Академії правових наук України Львівської лабораторії прав людини, а також основні результати її дослідницької діяльності, участь у сприянні удосконаленню Конституції та іншого законодавства України, його тлумачення і застосування. Зокрема, йдеться про підготовку та оприлюднення у 2015 р. першого проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України в частині прав, свобод і обов'язків».*

**Ключові слова:** Львівська лабораторія прав людини, права людини, Європейський суд з прав людини, Конституція України.

Коли у 1996 р. у незалежній Україні було ухвалено Конституцію, в якій – вперше у вітчизняній історії – неабияку увагу було приділено основоположним правам людини, тоді стало цілком очевидним, що для нашої наукової юриспруденції ця проблематика набула надзвичайної актуальності і мала би стати навіть її концептуальним стрижнем. Тому саме тоді мені довелося запропонувати керівництву Академії правових наук України створити

у м. Львові нову науково-дослідну установу – Лабораторію прав людини (далі – Лабораторія).

Така пропозиція відразу дістала підтримку Головного вченого секретаря АПрН України, академіка Ю. М. Грошевого та її Президента – академіка В. Я. Тація, і в червні 1996 р. Президія АПрН України ухвалила з цього питання позитивне рішення. Невдовзі затверджується Статут Лабораторії як юридичної особи, а вже наступного

року публікуються перші наукові результати її діяльності [1].

Лабораторія повинна була, зокрема, сприяти науковому обґрунтуванню державної політики у галузі прав людини в напрямі удосконалення їх юридичного забезпечення та імплементації відповідних міжнародних стандартів. Задля цього вона мала проводити дослідження фундаментальних проблем теорії й практики здійснення прав людини і громадянина в Україні та брати участь: у розробці й науковому експертуванні законодавчих та інших нормативно-правових актів України з цієї проблематики та їх проєктів; у підготовці й обґрунтуванні пропозицій щодо покращення юридичного забезпечення прав людини і громадянина в Україні відповідно до таких стандартів, стану дотримання прав людини в Україні; у поширенні знань серед юристів та населення про права людини і громадянина та про юридичні механізми їх здійснення й захисту; в організації навчально-просвітницьких заходів із цих питань.

З огляду на специфіку означених завдань, а також зважаючи на відсутність у той час вітчизняних аналогічних наукових інституцій, Лабораторії довелося започатковувати низку таких заходів, які були, образно кажучи, піонерськими.

Так, Лабораторія *вперше* в Україні:

- вдалася до розпрацювання сучасних концептуально-методологічних засад загальної теорії основоположних прав і свобод людини та її впровадження у навчальний процес й у законодавчу практику;

- відразу після ратифікації Україною (1997 р.) Конвенції про захист прав лю-

- дини і основоположних свобод (далі – Конвенція) розпочала перекладати державною мовою, реферувати й публікувати рішення Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ);

- провела у Львові (спільно з Інститутом конституційної та правової політики – COLPI, м. Будапешт) міжнародну двотижневу школу для молодих викладачів юридичних факультетів Білорусі, Молдови й України з питань використання у навчальному процесі Конвенції та практики її застосування ЄСПЛ (2001 р.);

- спільно з юридичним факультетом Регенсбурзького університету (Німеччина) та юридичним факультетом Львівського національного університету імені Івана Франка організувала у Львові Міжнародний симпозіум з релігійних прав людини, участь в якому взяли також науковці з Австрії, Білорусі, Литви, Німеччини, Польщі (2004 р.);

- започаткувала з 2005 р. щорічне проведення всеукраїнських, а згодом і міжнародних, «круглих столів» з антропології права, які тривали протягом десяти років і завжди супроводжувалися публікацією їх матеріалів;

- підготувала й опублікувала збірку афоризмів і прислів'їв народів світу щодо прав, свобод та обов'язків людини і громадянина (2001 р.);

- сформувала й видала спеціалізовані каталоги наукової літератури та інших джерел із проблематики прав і свобод людини та громадянина, які нараховували загалом майже 8300 назв публікацій (1996 р. і 2011 р.);

- організувала у Львові зустріч Голови ЄСПЛ п. Луціуса Вільдхабера з її науковими співробітниками (2005 р.);

– спільно з Інститутом відкритого суспільства (м. Будапешт) організувала проведення у Львові трирічної Програми для викладачів гуманітарних вищих навчальних закладів «Філософія прав людини» (2010–2012 рр.);

– починаючи з 2012 р. бере участь в організації і проведенні (спільно з Координатором проектів ОБСЄ в Україні, ЄСПЛ та юридичним факультетом Львівського національного університету ім. Івана Франка) щорічних Міжнародних форумів з практики ЄСПЛ, під час яких – у присутності близько 100 вітчизняних юристів-практиків і науковців – виступають зазвичай декілька суддів ЄСПЛ, юристів його Секретаріату і відомі вітчизняні фахівці;

– протягом 2007–2015 рр. здійснювала науковий супровід розробки й обґрунтування пропозицій з модернізації більшості праволюдних положень Конституції України відповідно до їхніх міжнародних стандартів (спочатку для Національної конституційної ради, потім для Конституційної асамблеї і, нарешті, для нинішньої Конституційної комісії). Кінцевим результатом цієї тривалої роботи Лабораторії став перший проект Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо прав, свобод і обов’язків)». Його було повністю опубліковано у журналі «Право України» (2015 р. № 10) разом із належною Пояснювальною запискою до нього та Порівняльною таблицею з відповідними статтями чинної Конституції.

Які ж ще є вагомі здобутки діяльності Лабораторії протягом двадцяти років?

Понад 40 випусків її «Праць», виданих двома серіями (перша – «Дослі-

дження та реферати», друга – «Коментарі законодавства і прав»), у т. ч. низка збірок реферованих перекладів рішень ЄСПЛ; участь в організації загалом близько двадцяти п’яти міжнародних і національних наукових та науково-практичних конференцій, «круглих столів», тренінгів; біля двадцяти захищених кандидатських дисертацій із загальнотеоретичних проблем прав та свобод людини – такими є найбільш значимі результати роботи колективу співробітників Лабораторії.

Видання Лабораторії нині знаходяться не тільки в основних вітчизняних публічних і вузівських бібліотеках, а й у бібліотеках Конституційного Суду України, Верховної Ради України, Верховного Суду України, а також ЄСПЛ.

Із-поміж найвідоміших творів співробітників Лабораторії назву, зокрема, такі монографії: «Реалізація прав людини: проблеми обмежування» (Львів, 2001; автори – П. М. Рабінович, І. М. Панкевич); «Актуальні проблеми загальної теорії прав людини» (Львів, 2006; автор – С. П. Добрянський); «Соціальна держава і права людини “другого покоління”» (Львів, 2006; автор – О. З. Панкевич); «Право людини на ефективний державний захист її прав та свобод» (Львів, 2007; автор – Т. І. Пашук. Він, до речі, тривалий час працює в Секретаріаті ЄСПЛ); «Економічні і соціальні права людини: європейські стандарти та їх впровадження в юридичну практику України (загальнотеоретичне дослідження)» (Львів, 2009; автор – С. О. Верланов); «Права людини: соціально-антропологічне дослідження» (Львів, 2009; автор – Д. А. Гудима); «Конституційно-правовий статус

людини: можливості удосконалення в Україні» (Львів, 2012; співавтори – усі наукові співробітники Лабораторії); «Юснатуралізм у філософії права» (Київ – Харків, 2013; автор – С. П. Рабінович); «Динамічне тлумачення юридичних норм» (Львів, 2013; автор – В. В. Гончаров); «Європейська Конвенція з прав людини та практика її застосування Європейським судом з прав людини як джерела права в Україні» (Київ, 2014; автори – П. М. Рабінович, О. В. Соловйов).

Ці та інші видання Лабораторії неодноразово діставали схвальні оцінки у публічних рецензіях [2].

Отож, мабуть, навряд чи буде перебільшенням стверджувати, що нині Лабораторія є помітним науковим осередком вітчизняної теоретичної юриспруденції – своєрідним «методологом» досліджень праволюднинної проблематики. Цей осередок і уособлює *львівську наукову школу теорії прав людини*.

Результати досліджень Лабораторії знаходять попит і у вітчизняній правотворчій, правоінтерпретаційній, правозастосувальній та правопросвітницькій практиці. Її співробітники брали участь, зокрема, у проектуванні «Основних засад державної політики у галузі прав людини» (ухвалених постановою Верховної Ради України від 10 липня 1999 р.); у підготовці – на запит Конституційного Суду України – низки висновків стосовно певних конституційних подань (2001–2013 рр.); в обговоренні на засіданнях Науково-консультативної ради при Верховному Суді України проектів постанов його Пленуму (2003–2005 рр.).

З огляду на міжнародний статус стандартів прав людини Лабораторія була «приречена» на дослідження й поширення цих стандартів. Тому цілком природним було те, що одним із основних і постійних напрямів її діяльності стало рефероване перекладання державною мовою й оприлюднення матеріалів практики ЄСПЛ. Загалом за час існування Лабораторії її співробітниками й помічниками було опрацьовано близько 500 таких його актів, які неодноразово видавалися окремими збірками [3] і тривалий час друкувались у декількох періодичних юридичних виданнях України (зокрема, у тижневику «Юридичний вісник України», а також у журналі «Право України»).

Та усі ці досягнення Лабораторії навряд чи були би можливими, якби не постійна доброзичлива підтримка з боку Президії НАПрН України та керівництва НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування, до складу якого Лабораторію було включено у 2001 р. (тодішній директор цього Інституту – академік НАПрН України, професор Ю. П. Битяк, нинішній директор – член-кореспондент НАПрН України, професор С. Г. Серьогіна).

За значну допомогу Лабораторії слова вдячності слід сказати також колишнім деканам юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка – академіку НАПрН України, професору В. Т. Нору, а також професору А. М. Бойку.

Нині у складі Лабораторії працюють: головний науковий співробітник (з виконанням функцій завідувача), академік НАПрН України П. М. Рабі-

нович; провідні наукові співпрацівники: кандидат юридичних наук С. П. Добрянський та доктор юридичних наук С. П. Рабінович; старші наукові співробітники: кандидати юридичних наук Д. А. Гудима й О. З. Панкевич; науковий співробітник, кандидат юридичних наук В. В. Гончаров, молодший науковий співробітник А. М. Наконечна. Усі вони, окрім іншого, беруть безпосередню участь і у впровадженні результатів лабораторних досліджень у навчальний процес на юридичних факультетах Львівського національного університету ім. Івана Франка і Львівського державного університету внутрішніх справ (зокрема, при викладанні таких навчальних курсів, як: «Захист прав людини», «Практика ЄСПЛ», «Основи загальної теорії прав людини», «Демократичні принципи та стандарти прав людини в ЄС та державах-партнерах»). Доцент кафедри теорії та філософії права Львівського національного університету імені Івана Франка Т. І. Ду-

даш, яка тривалий час працювала науковим співробітником Лабораторії, підготувала навчально-практичний посібник «Практика Європейського суду з прав людини», який тричі (у 2013, 2014 та 2016 рр.) видавався у Києві.

У подальших творчих планах Лабораторії, зокрема, дослідження шляхів і засобів ефективізації юридичних (насамперед конституційних) гарантій прав людини в Україні; започаткування з осені 2016 р. нової серії всеукраїнських міждисциплінарних щорічних «круглих столів» на тему «Права людини: філософський, теоретико-юридичний та політологічний виміри»; коментування новітніх конституційних й інших законодавчих актів (та нових їх проектів) щодо прав людини і громадянина; інтенсифікація ділових зв'язків і співпраці з зарубіжними праволюдними інституціями, закладами, дослідниками.

Адже двадцять років – це ще вік молодості!..

### Список використаних джерел

1. Рабінович П. М. Права людини і громадянина у Конституції України (До інтерпретації вихідних конституційних положень) / П. М. Рабінович // Пр. Львів. лаб. прав людини Акад. прав. наук України. Сер. II. Коментарі законодавства. – Вип 1. – X. : Право, 1997. – 68 с.
2. Право України. – 2002. – № 6; 2003. – № 10; 2004. – № 4, 12; 2005. – № 9.
3. Практика Європейського суду з прав людини. Вип. 1, 2, 3, 4. – Львів, 1997 – 2000 рр.; Вибрані рішення Європейського суду з прав людини (1993–2002 рр.). – Харків, 2003; Європейський суд з прав людини. Матеріали практики (1993–2003 рр.). – Київ, 2004; Європейський суд з прав людини. Матеріали практики (2004–2005 рр.). – Львів, 2006; Європейський суд з прав людини: матеріали практики (2006–2008 рр.) – Львів, 2009.

### References

1. Rabynovych P. M. Prava ljdunu i gromadjanuna v Constytucii Ukrainu (Do interpretacii vuhidnuh constutyciynuh pologen // Pr. Ljviv. lab. prav ljudunu Academiji prav. nayk Ukrainu. Ser. II. Comentari zakonodavstva. – Vup 1. – Kh. : «Pravo», 1997. – 68 s.
2. Pravo Ukrainu. – 2002. – № 6; 2003. – № 10; 2004. – № 4, 12; 2005. – № 9.

3. Prackuka Evropeiskogo sydy z prav ljudunu. Vup. 1,2,3,4. – Ljviv, 1997 – 2000 pp.; Vubrani rishennja Evropeiskogo sydy z prav ljudunu. (1993 – 2002p.). – Kharkiv, 2003; Evropeiskuy syd z prav ljudunu. Materialu practucu (1993 – 2003 pp.). – Kyiv, 2004; Evropeiskuy syd z prav ljudunu. Materialu practucu (2004 – 2005 pp.). – Ljviv, 2006; Evropeiskuy syd z prav ljudunu. Materialu practucu praktiki (2006 – 2008 pp.) – Ljviv, 2009.

*Стаття надійшла до редколегії 05.09.2016.*

**Рабинович П. М.**, доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник Львовской лаборатории прав человека и гражданина Научно-исследовательского института государственного строительства и местного самоуправления Национальной академии правовых наук Украины, Украина, г. Львов  
e-mail: rmp2009@mail.ru

#### **Львовской лаборатории прав человека – 20 лет**

*В статье излагаются причины создания в 1996 г. в структуре Академии правовых наук Украины Львовской лаборатории прав человека, а также основные результаты ее исследовательской деятельности, участие в усовершенствовании Конституции и иного законодательства Украины, его толкования и применения. В частности, речь идет о подготовке и публикации в 2015 г. первого проекта Закона Украины «О внесении изменений в Конституцию Украины относительно прав, свобод и обязанностей».*

**Ключевые слова:** Львовская лаборатория прав человека, права человека, Европейский суд по правам человека, Конституция Украины.

**Rabynovych P. M.**, Doctor of Legal Sciences, professor of the Chair of the Theory and Philosophy of Law, Lviv National University after Ivan Franko, academician of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine, Lviv  
e-mail: rmp2009@mail.ru

#### **Lviv Laboratory on Human Rights – 20 Years**

*The article highlights reasons of creation in 1996 in the structure of the Academy of Legal Sciences of Ukraine Lviv Laboratory on Human Rights, as well as main results of its' research activities and promotion the process of Constitution and other legislation of Ukraine improvement, its' interpretation and application.*

*Namely during 20 years of Laboratory research activities there were published over 40 editions of its' «Works», presented in two series (first – «Researches and referats», second – «Commentaries of legislation and human rights»), including list of compilations of the European Court on Human Rights judgments translations;*

*participation in organization of about 25 international and national scientific and scientific-practical conferences, round tables, trainings; about 25 defended PhD dissertation on general theoretic problematic – these are the most significant achievements of the research activities of the collective of Laboratory co-worker. Publications of the Laboratory are located nowadays not only in the main public and universities libraries of Ukraine, but as well in the libraries of the Constitutional Court of Ukraine, Supreme Council of Ukraine, Supreme Court of Ukraine and in the premises of the European Court on Human Rights.*

*During 2007 – 2015 Laboratory provided scientific support of the elaboration and argumentation of the suggestions aimed at modernization of the most «human rights*

*protection» provisions of the Constitution of Ukraine according to their international standards (first for the National Constitutional Council, later on for the Constitutional Assembly, and finally for currently functioning Constitutional Commission). The final result of the long lasting scientific activities of the laboratory had become the draft-law of Ukraine «On amendments to the Constitution of Ukraine (in relation to human rights, freedoms and obligations)». It was published along in the magazine «Law of Ukraine» (2015 p., № 10) along with Explaining Note and Comparative Column on respective articles of the current Constitution.*

**Key words:** Lviv Laboratory on Human Rights, human rights, European Court on Human Rights, Constitution of Ukraine.



---

## ГОНЧАРОВ ВОЛОДИМИР ВІКТОРОВИЧ,

кандидат юридичних наук, науковий  
співробітник Львівської лабораторії прав  
людини і громадянина

Науково-дослідного інституту державного  
будівництва та місцевого самоврядування  
Національної академії правових наук України,  
Україна, м. Львів

e-mail: gonchar.lawyer@gmail.com



УДК 340.12

## Створення прав людини через їх проголошення

*У статті аналізується натуралістична інтерпретація прав людини, запропонована С. Головатим. Висвітлюються її вихідні положення та доводиться, що в ній нівелюється складний мовно-соціальний механізм, завдяки котрому права людини отримують свою значимість. На обґрунтування наводяться аргументи соціального конструктивізму.*

**Ключові слова:** права людини, соціальний конструктивізм, статусні функції прав людини, колективна інтенціональність.

**Вступні зауваги.** Права людини становлять одну з «космополітичних» рубрик юриспруденції, адже це спільне проблемне поле для учених всього світу. Представники вітчизняної науки, своєю чергою, теж виявляють неабияку зацікавленість різними сторонами цієї проблематики. Зокрема, на особливу увагу заслуговують дослідження Д. Вовка, Д. Гудими, В. Джуня, С. Добрянського, М. Козюбри, О. Костенка, С. Максимова, І. Панкевича, О. Панкевича, С. Погребняка, П. Рабіновича, С. Рабіновича, С. Шевчука.

Однак, безумовно, особливою промовистістю й претензійністю відзначаються дослідження С. Головатого. У найбільш завершеній, навіть можна сказати, монографічній формі погляд цього автора на сутність прав людини викладений в опублікованій ним на початку 2015 р. статті в журналі «Право України» [1]. Наведені в ній думки будуть об'єктом моєї уваги у пропонованому дослідженні.

Почну з короткого аналізу підмурків концепції С. Головатого, при цьому особливу увагу приділю онтологічній сто-

роні питання, а саме тому, що в теорії шановного вченого становить джерело прав людини. Далі спробую продемонструвати, що теорія С. Головатого має істотні вади в частині ігнорування складного мовно-соціального механізму, який надає правам людини їхньої значущості й цінності. Необхідні для такого аналізу інструменти запозичу з концепції соціального конструктивізму одного з провідних сучасних філософів, мовознавця і соціолога Дж. Сьорля.

**Виклад основних положень.** Головним мотивом статті С. Головатого є заперечення всіх проявів соціальної природи прав людини. Під цим кутом зору аналізується текст чинної Конституції й праці провідних теоретиків прав людини. Спершу, так би мовити, «дістається» розробникам Конституції. Так, згідно з ч. 1 її ст. 3 людину визнано найвищою соціальною цінністю. С. Головатий покликається на позицію Венеціанської Комісії, що тут мало би йтися *просто про найвищу цінність*. За його словами, «Формулювання частини 1 статті 3, що “права людини визнаються найвищою соціальною цінністю”, складає враження, принаймні в її перекладі англійською, що особа розглядається крізь призму функцій суспільства, а не у власній властивій їй цінності й гідності, що передує державі, є унікальною і невід’ємною та незрівнянною» [2]. Думка Комісії щодо цього відбиває далеко не беззаперечні постулати Провісвітництва і корелюється з переконаннями самого С. Головатого: «Направду, якщо людину розглядати як “соціальну цінність”, то не випадає не думати, що сама людська істота – це те, що породжено суспільством, або ж те, що на-

лежить суспільству. Втім здоровий глузд та набуті людством знання ведуть до протилежного, доводячи, що людина та її гідність потребують охорони і захисту виключно через те, що людина – це витвір Природи, а аж ніяк не “соціуму” (суспільства)» [1, с. 16]. Незабаром спробую продемонструвати наївність цього уявлення (словом, ця методологічна помилка давно відома як оприродничування соціальних явищ), але зараз звернімося до інших аргументів шановного дослідника.

С. Головатий (ізнов) покликається на думку згаданої Комісії про начебто надмірно розширений перелік прав за Конституцією (включно із соціальними, економічними та екологічними) [1, с. 15]. У дусі класичного лібералізму він дотримується думки, що правами людини можуть бути визнані лише ті, котрі можуть бути захищені безпосередньо в суді, отже, соціальні, економічні й екологічні права, що називається, «не вміщаються» у вузьке ліберальне розуміння прав людини. Тут вчений вдається, на жаль, чи то до спрощення позиції Комісії, чи то просто до її пересмиккування, адже остання не стояла на боці вузького ліберального переліку прав людини, начебто заперечуючи праволюдський статус соціальних, економічних, культурних й екологічних прав. От що насправді зазначала Венеціанська Комісія «...прикро, що формулювання “кожен має право на” також застосовується до соціальних, економічних, культурних та екологічних прав. У багатьох випадках, як-от зі статтею 47 право на житло... положення, що держава створює умови для здійснення цього права, може свідчити про те, що право не може

бути безпосередньо впроваджене су-  
дом» [2]. Втім, не бачу в цьому поло-  
женні критики на бік самих по собі прав  
другого і третього покоління; натомість  
критика стосується лише *необачного*  
*формулювання цих прав*, що загрожує  
їхній дієвості. Таким чином, намагання  
С. Головатого зобразити Венеціанську  
Комісію як прихильницю вузького лібе-  
рального переліку прав видаються без-  
підставними.

Загалом твердження про те, що ліп-  
ше мати маленький перелік дієвих прав,  
ніж великий перелік декларацій, нале-  
жить аж ніяк не С. Головатому, а зустрі-  
чається ще, скажімо, у М. Кренстона  
(1967 р.): «Традиційні права людини  
можуть... бути легко гарантовані зако-  
нодавством; і загалом вони можуть бути  
захищені простим і чесним законодав-  
ством. Оскільки ці права є здебільшого  
правами проти втручання держави у ді-  
яльність людини, величезна частина  
законодавства потрібна просто для того,  
аби обмежити виконавчі повноваження  
уряду. І це вже зовсім інша річ ніж “пра-  
во на працю”, “право на соціальну за-  
хищеність” і таке інше. Адже для того,  
щоб держава могла забезпечити соці-  
альну захищеність особи, їй потрібно  
дещо більше, ніж просто створювати  
закони; такій державі потрібен доступ  
до значних ресурсів капіталу, а багато  
держав у нинішньому світі досі є бідни-  
ми. Уряд Індії, скажімо, просто не має  
в розпорядженні достатньої кількості  
ресурсів для того, щоб гарантувати 480  
мільйонам населення Індії “мінімальні  
стандарти життя”, достатні для забез-  
печення здоров'я й добробуту для себе,  
своїх сімей, або навіть самих по собі

“оплачуваних вихідних”» [4, с. 51]<sup>1</sup>. Це  
твердження вразливе з того погляду, що  
не враховує холістичності прав людини:  
так, особа, котрій не забезпечено право  
не зазнавати бідності (що, на думку  
С. Головатого, правом людини не є),  
навіть чи матиме повноцінну можли-  
вість здійснювати в суді «справжні»  
права людини (права першого поколін-  
ня) [5, с. 117–120]. Однак ці зауваження  
до теорії шановного вченого лише під-  
водять нас до головного її ускладнення.

С. Головатий розглядає людину та її  
природу як невід'ємну частину Космо-  
су [1, с. 68], права людини – як такі, що  
походять від самої людської природи  
[1, с. 79]. *З цього, зокрема, випливає, що*  
*права людини, основоположні свободи,*  
*їх зміст і обсяг жодним чином не за-*  
*лежать (а) від думки суспільства чи*  
*будь-яких суспільних відносин, (б) іс-*  
*нували завжди (з появою вочевидь кро-*  
*маньйонця), є незмінними та повинні*  
*виконуватись всіма державами неза-*  
*лежно від будь-яких їхніх культурних*  
*особливостей. Також з цього випливає,*

<sup>1</sup> Уявлення про те, що права людини можуть  
бути універсально забезпечені лише тоді, коли  
становитимуть саму лише свободу від втручань  
(права першого покоління), ґрунтується на тому  
уявленні, що для їх забезпечення майже непо-  
трібно ресурсів держави. Натомість соціальні,  
економічні, культурні й екологічні права для  
свого забезпечення потребують неабияких ре-  
сурсів. Оскільки не кожна держава наділена та-  
кими ресурсами, то права другого і третього  
покоління стають лише пустопорожніми претен-  
зіями на блага. Однак це твердження не узгоджу-  
ється з сучасним розумінням, що навіть грома-  
дянські і політичні права й деякі основоположні  
свободи вимагають від держави і позитивних дій  
(наприклад, нездійснення ефективного розслі-  
дування у справі про вбивство Європейським  
судом з прав людини кваліфікується як порушен-  
ня права на життя).

що правами людини наділений навіть такий собі самотній Робінзон, що живе поза суспільством.

Як видається, ці твердження самі по собі виглядають контрінтуїтивними (скажімо, як демонструє Страсбурзький суд, права і основоположні свободи людини перебувають у постійному розвитку<sup>1</sup>, що сам С. Головатий чомусь оминає увагою; ці права є засобом захисту від звичайних загроз, які трапляються в суспільстві, а поза суспільством права втрачають свою значимість). Це, своєю чергою, спонукає шукати причину цілої плетениці помилкових суджень С. Головатого в обраних ним метафізичних підмурках, зокрема у цілком допустимому в часи Просвітництва метафізичному уявленні про пасивну еманацию прав людини з певного «природного», державного стану справ і про «врожденний» і незмінний характер прав та основоположних свобод.

На противагу позиції С. Головатого, спробую нижче продемонструвати, що права людини, як й інші факти соціальної дійсності, отримують своє життя тільки в суспільстві через механізм, що англійський філософ і соціолог Дж. Сьорль називав *декларуванням статусних функцій*: «Гроші, приватна власність, національність, університети, коктейльні вечірки і літні відпустки – всі ці речі є тим, чим вони є, тому що ми так вирішили. Але яким чином можна мати епістемологічно об'єктивне знання про ці онтично суб'єктивні речі, як це працює?». Це відбувається за допомогою застосування певних принци-

<sup>1</sup> Вже станом на 2013 р. ЄСПЛ встиг 25 разів змінити (здебільшого розширити) свої інтерпретації прав і свобод людини та їх складових [6].

пів. Перший принцип – розрізнення залежного і незалежного від спостерігача. Всі вищеназвані речі залежать від спостерігача. Вони передбачають співучасть спостерігача, те, що я називаю колективною інтенціональністю. Вони існують тільки тому, що ми як колектив визнаємо ці речі грошима, приватною власністю і так далі» [7, с. 111].

Суспільство наділяє певні речі смыслом, приписуючи їм певні функції. Функція завжди співвіднесена зі спостерігачем і поза ним не існує. Так, завдяки колективній інтенціональності існують, наприклад, гроші – для останніх важливою є не фізична форма, а той статус, котрий за ними закріплює суспільство. При цьому такі функції хоч і є онтично суб'єктивними (залежать від нашої з вами свідомості), та все ж є епістемологічно об'єктивними.

Таким чином, нас оточують статусні функції предметів і явищ: X набуває функції Y у контексті Z – рух по дошці шахів фігурою вважається ходом, певний хід може вважатися за певних умов шахом або матом. Статусні функції перетинаються, нашаровуються. Цікаво, що для існування соціального факту не завжди є потреба в існуванні фізичного факту. Сьорль пояснює це на прикладі із грошима – електронні гроші представлені у певних даних, однак це представлення не свідчить про певний незалежний фізичний факт, натомість саме це представлення породжує існування грошей. Електронні гроші, юридичні особи – все це незалежні інституційні факти.

Що породжує інституційні факти? Відповідь Дж. Сьорля – колективна інтенціональність і мова. Цей механізм слід розглянути детальніше. Коли ми

говоримо, що, скажімо, «іде дощ», то описуємо певний стан справ. І цей стан справ описано правильно й умови істинності виконано тоді, коли на вулиці справді іде дощ. Однак є мовні акти, котрим притаманний інший спосіб співвідношення з дійсністю – накази й обіцянки не описують світ, а змінюють його (т. зв. перформативи).

Однак існує ще один клас висловлювань, котрому ми завдячуємо, зокрема, й існуванню прав людини, – це декларативи. Декларативи, за Сьорлем, утворюють реальність за допомогою її репрезентації у мові. Це стосується усіх інституційних фактів людства – грошей, відпусток чи посвідчень водія. Так, скажімо, Б. Обама є Президентом США не через якісь фізичні властивості, а тому, що існує «колективно визнаний декларатив його статусної функції. Це і робить його Президентом. При цьому цей декларатив може мати пряму форму чи опосередковану – необов'язково казати «Ця людина – Президент», щоб приписати їй статусну функцію.

Таким чином, мова маркує певні статусні функції. Феміністки, пише Сьорль, боролися проти звертання «леді», оскільки воно маркувало певні статусні функції. Так само більшовики увели звертання «товариш», тим самим усуваючи попередню суспільну ієрархію. Додамо, що просвітителі робили те саме, увівши поняття «громадянин» – контроль над лексикою дозволяє мати контроль над статусними функціями предметів та явищ.

Коли Бог сказав: «Хай станеться світло», – то це був не наказ, а декларатив, що породив факт – «надприродний декларатив», і хоч ми не маємо можливості створювати світло декларативом, однак маємо

владу, щоб цими ж декларативами створювати гроші, відпустки і навіть права людини. Декларатив статусної функції породжує інституційний факт. Кожен інституційний факт породжує деонтичну владу – права, обов'язки, повноваження тощо. Сукупність цих інституційних фактів становить цивілізацію.

Поява в новий час людини як «носія невідчужуваних прав і свобод» відбулася через декларування її статусної функції [7, с. 79]. Декларатив статусної функції породив інституційний факт, що пов'язаний, знову ж таки, з деонтичною владою – правами й обов'язками.

Таким чином, ідея про те, що людина народжується з певними правами, джерелом котрих є її природа і гідність, була лише вигадкою епохи Просвітництва, що приховала справжній механізм конструювання нової соціальної реальності через мовний механізм.

**Деякі висновки.** Як бачимо, натуралістична інтерпретація прав людини виглядає надто застарілою й, зрештою, не науковою на фоні критики її з позицій соціального конструктивізму й оновленої суспільної онтології. Виходячи з останньої, ми отримуємо більш реальний погляд на права: вони існували не завжди й ніколи не існуватиме їх остаточний перелік із завершеним змістом і обсягом. Права людини виникли через їх проголошення і продовжують розвиватися саме таким чином.

Звісно, можливості задовольняти основоположні потреби людини існували задовго до епохи Просвітництва й проголошення прав людини. Однак права як гарантії реалізації таких потреб з'являються лише після їх інституціоналізації в суспільстві.

Список використаних джерел

1. Головатий С. П. Тріада європейських цінностей – верховенство права, демократія, права людини – як основа українського конституційного ладу (частина третя: права людини) / С. П. Головатий // Право України. – 2015. – № 1. – С. 13–92.
2. Opinion on the Draft Constitution of Ukraine (Text approved by the Constitutional Commission on March 1996) adopted at the 27th Meeting of the Venice Commission on 17–18 May 1996 on the basis of the contributions submitted by: Mr Luis Aguilar de Luque (Spain), Mr Sergio Bartole (Italy), Mr Gerard Batliner (Liechtenstein), Mr Jan Klucka (Slovakia), Mrs Anna Milenkova (Bulgaria), Mr Helmut Steinberger (Germany), Mr Cyril Svoboda (Czech Republic). – Strasbourg, 21 May 1996. Doc. CDL-INF (96)6.
3. Opinion on the Draft Constitution of Ukraine (Prepared by a Working Group headed by Mr V. M. Shapoval) adopted by the Venice Commission at its 75th Plenary Session (Venice, 13–14 June 2008) on the basis of comments by: Mr Sergio Bartole (Italy), Ms Angelika Nussberger (Germany), Mr Peter Paczolay (Hungary), Ms Hanna Suchocka (Poland), Mr Kaarlo Tuori (Finland). – Strasbourg, 16 June 2008. Doc. CDL-AD(2008)015.
4. Cranston Maurice. Human Rights: Real and Supposed / Maurice Cranston // Political Theory and the Rights of Man [edited by D. D. Raphael]. – Bloomington: Indiana University Press, 1967. – Pp. 43–51.
5. Ishay Micheline R. The History of Human rights / Micheline R. Ishay. – University of California Press, 2003. – 450 p.
6. Гончаров В. «Overruled»: перегляд Європейським судом з прав людини власних рішень / В. Гончаров // II Міжнародний форум з практики Європейського суду з прав людини : матеріали (м. Львів, 29 листоп. – 1 груд. 2013 р.). – Львів : Край, 2013. – С. 33–44.
7. Searle John R. The Construction of Social Reality / John R. Searle. – NY : The Free Press, 1997. – 241 p.

References

1. Golovaty S. P. Triada evropeys'kikh tsinnostey – verkhovenstvo prava, demokratiya, prava lyudini – yak osnova ukrains'kogo konstitutsiynogo ladu (chastina tretya: prava lyudini) / S. P. Golovaty // Pravo Ukraini. – 2015. – № 1. – S. 13–92.
2. Opinion on the Draft Constitution of Ukraine (Text approved by the Constitutional Commission on March 1996) adopted at the 27th Meeting of the Venice Commission on 17–18 May 1996 on the basis of the contributions submitted by: Mr Luis Aguilar de Luque (Spain), Mr Sergio Bartole (Italy), Mr Gerard Batliner (Liechtenstein), Mr Jan Klucka (Slovakia), Mrs Anna Milenkova (Bulgaria), Mr Helmut Steinberger (Germany), Mr Cyril Svoboda (Czech Republic). – Strasbourg, 21 May 1996. Doc. CDL-INF (96)6.
3. Opinion on the Draft Constitution of Ukraine (Prepared by a Working Group headed by Mr V. M. Shapoval) adopted by the Venice Commission at its 75th Plenary Session (Venice, 13–14 June 2008) on the basis of comments by: Mr Sergio Bartole (Italy), Ms Angelika Nussberger (Germany), Mr Peter Paczolay (Hungary), Ms Hanna Suchocka (Poland), Mr Kaarlo Tuori (Finland). – Strasbourg, 16 June 2008. Doc. CDL-AD(2008)015.
4. Cranston Maurice. Human Rights: Real and Supposed / Maurice Cranston // Political Theory and the Rights of Man [edited by D. D. Raphael]. – Bloomington: Indiana University Press, 1967. – Pp. 43–51.
5. Ishay Micheline R. The History of Human rights / Micheline R. Ishay. – University of California Press, 2003. – 450 p.
6. Goncharov V. «Overruled»: pereglyad Evropeys'kim sudom z prav lyudini vlasnikh rishen' / V. Goncharov // II Mizhnarodniy forum z praktiki Evropeys'kogo sudu z prav lyudini : materialy (m. L'viv , 29 listopada – 1 grudnya 2013 roku) . – L'viv : Kray, 2013. – S. 33–44.
7. Searle John R. The Construction of Social Reality / John R. Searle. – NY: The Free Press, 1997. – 241 p.

*Стаття надійшла до редколегії 05.09.2016.*

**Гончаров В. В.**, кандидат юридических наук, научный сотрудник Львовской лаборатории прав человека и гражданина Научно-исследовательского института государственного строительства и местного самоуправления Национальной академии правовых наук Украины, Украина, г. Львов  
e-mail: gonchar.lawyer@gmail.com

### Создание прав человека через их провозглашение

*В статье анализируется натуралистическая интерпретация прав человека, предложенная С. Головатым. Освещаются ее исходные положения и доказывается, что в ней нивелируется сложный социально-языковой механизм, благодаря которому права человека получают свою значимость. В обоснование приводятся аргументы социального конструктивизма.*

**Ключевые слова:** права человека, социальный конструктивизм, статусные функции прав человека, коллективная интенциональность.

**Honcharov V. V.**, Candidate of Legal Sciences, research fellow of the Lviv Laboratory of Rights of Man and the Citizen of the Research Institute of State Building and Local Government of National Academy of Law Sciences of Ukraine, Ukraine, Lviv  
e-mail: gonchar.lawyer@gmail.com

### Creation of Human Rights by Their Declaration

*The article develops social-constructivist notion of human rights via criticism of S. Holovaty's naturalistic interpretation. The article starts by showing the basic statements of naturalistic notion of human rights. These are emanation of human rights from human nature and dignity, timeless essence of human rights, their unchangeable list etc. This drives us to conclusion that under naturalistic point of view human rights originated more than 40.000 years ago when the first Cro-Magnon man appeared. Moreover, naturalistic interpretation of human rights also appears to be static, i.e. it claims that human rights can never be changed – neither widened, nor narrowed. All these assumptions appear counterintuitive because of the initial drawback of naturalistic human rights theory – rejection social impact on human rights.*

*Then the author addresses the notion of status-functions, developed by English philosopher J. Searle. Searle claims that Prior to the European Enlightenment the concept of rights had application only within some institutional structure-property rights, marital rights, droit de seigneur, etc. But somehow the idea came to be collectively accepted that one might have a status-function solely by virtue of being a human being, that the X term was «human» and the Y term was «possessor of inalienable rights». It is no accident – Searle claims – that the collective acceptance of this move was aided by the idea of divine authority: «they are endowed by their Creator with certain unalienable rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness». The idea of human rights has survived the decline of religious belief, and has even become internationalized.*

*The main idea is that human right do not naturally emanate from neither force, be it dignity or Space (as S. Holovaty argues). Creation of human rights is the result of collective intentionality in action. We ascribe a status-function to facts and persons, creating this way a new institutionalized reality – the reality of human rights. This reality gives rise to deontic powers – rights, duties and obligations.*

*Possessing human rights has actually nothing to do with human nature and dignity alone. Something more powerful must be engaged here to give these nature and dignity an effect. And this is collective intentionality that creates human rights by declaration of new status-function of a person – bearer of inalienable rights and freedoms.*

**Key words:** human rights, social constructivism, status-function of human rights, collective intentionality.

---

## ГУДИМА ДМИТРО АНАТОЛІЙОВИЧ,

доцент, кандидат юридичних наук,  
старший науковий співробітник Львівської  
лабораторії прав людини і громадянина  
Науково-дослідного інституту державного  
будівництва та місцевого самоврядування  
Національної академії правових наук України,  
Україна, м. Львів  
e-mail: dmytro.hudyma@gmail.com  
ORCID 0000-0003-1967-4251



УДК 341.645:341.231.14

## Принцип законності обмеження фізичної свободи у практиці Європейського суду з прав людини

*У статті з'ясовано зміст принципу законності обмеження фізичної свободи в його інтерпретації Європейським судом з прав людини. Розглянуто ознаки закону та законності для цілей ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Аргументовано, що законність обмеження свободи передбачає відсутність сваволі у діях агентів держави, які здійснюють таке обмеження, і його відповідність цілям, передбаченим у п. 1 ст. 5 Конвенції. Встановлено, що поняття «закон» у практиці Суду охоплює не лише нормативні акти вищої юридичної сили, а й підзаконні нормативні акти, міжнародні договори, що є частиною системи джерел права держави, та усталену судову практику. Звернуто увагу на таку властивість закону, як його якість, концепція якої застосовується Судом для виявлення відповідності національного законодавства зобов'язанням держави за Конвенцією.*

**Ключові слова:** законність, закон, якість закону, фізична свобода, стаття 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, Європейський суд з прав людини.

**Вступні міркування.** Позбавлення волі, затримання, взяття і тримання під вартою (арештом) – це лише невелика частина аспектів обмеження свободи, на які поширюється ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція). Ця стаття також стосується примусового поміщення людини у психіатричні й соці-

альні установи, домашнього арешту, тримання в транзитних зонах аеропортів, поліцейських відділках, патрульних автомобілях і багатьох інших випадків [1, п. 4], не кожен з яких прямо вказаний в її тексті. Проте у кожному з них Європейський суд з прав людини (далі – Суд) з'ясовує, зокрема, чи був дотриманий державою при застосуванні обмежень



права на свободу й особисту недоторканність («right to liberty and security») принцип законності.

Як відомо, терміни, що використовуються в Конвенції, мають автономне значення. Тобто поняття, позначені цими термінами, можуть бути витлумачені Судом безвідносно до їх значення в національному законодавстві. У контексті ст. 5 Конвенції Суд також не вважає себе зв'язаним правовими висновками національних органів влади щодо того, чи мало місце позбавлення волі, та здійснює автономну оцінку обставин справи [1, п. 4]. Отже, і зміст понять «закон» («law») і «законний» («lawful»), якими оперує п. 1 ст. 5 Конвенції, що покликаний звести до мінімуму ризик сваволі у діях органів влади, неможливо встановити без звернення до відповідної практики Суду.

Вказане зумовлює актуальність теми цієї статті.

Стаття 5 Конвенції встановлює мінімальні гарантії від незаконного обмеження фізичної свободи людини [1, п. 1] (до слова, «право на свободу» та «право на особисту недоторканність» розглядаються Судом не як окремі права, а як два аспекти одного права, яке, зазвичай, трактується лише як право на фізичну свободу). Якщо внутрішнє законодавство не надає таких гарантій, то повинні застосовуватися конвенційні. Але коли національний закон передбачає більш високий рівень гарантій, то, спираючись на приписи ст. 5 Конвенції, рівень державних гарантій не можна знизити.

Тому, якщо під час застосування заходів з обмеження свободи (затримання, взяття під варту тощо), як часто буває, не виконуються вимоги законодавства

держави, це може означати порушення Конвенції. Якщо ж внутрішнє законодавство належно виконується, то порушення ст. 5 Конвенції може вбачатися у тому, що таке законодавство саме по собі не відповідає конвенційним вимогам, оскільки дозволяє, заохочує або, можливо, примушує агентів держави (її органи, їх посадових осіб) до невиконання приписів Конвенції.

Таким чином, як багато інших статей Конвенції, ст. 5 покладає на державу позитивні обов'язки захищати свободу людей, які перебувають під її юрисдикцією, зокрема, впроваджувати сумісне з вимогами Конвенції ефективне внутрішнє законодавство, що передбачає випадки та порядок обмеження свободи людини, оскарження такого обмеження, а також притягнення до відповідальності винних у її порушенні. Крім того, держава зобов'язана знати про місцезнаходження особи, обмеженої органами влади у свободі, надавати інформацію про таке місце, передбачати заходи щодо запобігання ризику зникнення людей, а також без затримок проводити ефективне розслідування за заявою про факт зникнення особи після обмеження її свободи агентами держави.

Гарантії фізичної свободи, надані у ст. 5 Конвенції, вимагають від держав точного дотримання внутрішнього законодавства, а саме виконання встановлених ним матеріальних і процесуальних вимог до застосування заходів з обмеження свободи людини [1, п. 19]. А, крім того, будь-які застосовувані державами обмеження свободи мають переслідувати тільки ті легітимні (законні) цілі, що передбачені у підпунктах «а» – «f» п. 1 ст. 5 Конвенції. З огляду

на обмеженість обсягу цієї статті з'ясування змісту означених цілей може бути предметом окремого дослідження.

**Законність.** Інтерпретація конвенційних понять «законність» і «закон» в окремих справах Суду може відрізнятися від поширеного їх розуміння у загальній теорії права [2, с. 129, 130, 138, 165, 173; 3, с. 197–199, 213, 261, 268, 337; 4, с. 178–181, 365–366].

Як зазначив суддя *ad litem* у Міжнародному трибуналі щодо колишньої Югославії С. Трехсель (Швейцарія), для цілей ст. 5 Конвенції законність має бути наявною у двох проявах: з одного боку, повинен існувати «законодавчий текст», який дозволяє застосування певного способу позбавлення свободи; з другого боку, мають існувати «відповідні процесуальні гарантії», оскільки згідно з п. 1 ст. 5 Конвенції позбавлення свободи здійснюється «відповідно до процедури, встановленої законом». Отже, по-перше, «повинна існувати належна правова основа та процедура», а, «по-друге, при розгляді конкретної справи закон має бути додержаний» [5, с. 121–122].

Із формального боку, для визначення законності обмеження свободи достатньо встановити, що нормативною підставою для такого обмеження був акт, який називається «закон», прийнятий парламентом, набув чинності та на момент застосування не був скасований або змінений у відповідній частині. Однак, як свідчить практика Суду, такий підхід є занадто вузьким і не може забезпечити належний захист конвенційних прав і свобод.

Свого часу колишній Урядовий уповноважений у справах Європейського

суду з прав людини Ю. Зайцев, назвав цей підхід «формально-примітивним», «схематизованим» і вказав на те, що «термін «закон» у контексті практики Європейського суду з прав людини має ширше значення, ніж його «технічне» розуміння; більше того, він тісно пов'язаний із таким поняттям, як законність» [6, с. 482, 484].

Для дотримання передбаченої п. 1 ст. 5 Конвенції гарантії законності обмеження свободи насамперед важливо, щоби таке обмеження було здійснене на підставі національного закону. Обов'язок його тлумачити та застосовувати входить у компетенцію національних органів влади, зокрема, судів, а Суд може розглянути питання про те, чи дотримане національне законодавство для цілей ст. 5 Конвенції [1, п. 21].

Формальна законність обмеження свободи, тобто повна відповідність такого обмеження національному законодавству, є основним, але не завжди вирішальним критерієм оцінки дотримання п. 1 ст. 5 Конвенції. Тому Суд має встановити, що обмеження свободи було сумісним із метою цього пункту, а саме із «запобіганням свавільному чи необґрунтованому позбавленню свободи» [1, п. 17]. Інша справа, що, як слушно зауважив С. Трехсель, «не зовсім зрозуміло, в яких межах Суд бере на себе визначення того, чи було дотримано національного закону в тій чи іншій конкретній справі» [5, с. 122].

Таким чином, якщо про незаконність обмеження свободи у практиці Суду свідчить, хоч і не завжди, порушення національного закону, то його точне дотримання не завжди підтверджує відповідність зазначеного обмеження гаран-

тії законності. Суд виходить із того, що *ex injuria jus non oritur*. З огляду на це нормативні акти держави, що не відповідають її міжнародним зобов'язанням, не є законом у розумінні Конвенції.

Правомірність (законність) обмеження свободи означає відсутність сваволі у діях агентів держави, які здійснюють таке обмеження, і його відповідність цілям, передбаченим у п. 1 ст. 5 Конвенції. У випадку якщо національне законодавство щодо обмеження свободи не відповідає Конвенції, засноване на ньому позбавлення свободи буде формально законним, але неправомірним, тобто свавільним, несумісним із вимогами Конвенції (див. також: [1, п. 27]).

Поняття сваволі у контексті ст. 5 Конвенції певним чином варіюється залежно від типу позбавлення свободи. Один із загальних принципів, сформульованих у прецедентному праві Суду, передбачає, що тримання під вартою буде свавільним, якщо, незважаючи на дотримання букви національного законодавства, мав місце елемент несумлінності або обману з боку органів влади, або якщо вони не намагалися застосувати відповідний закон належним чином.

Крім того, вимога про те, щоби тримання під вартою не було свавільним, передбачає дотримання пропорційності між підставами для позбавлення свободи та фактично застосованим позбавленням свободи. Масштаби перевірки на пропорційність, яка повинна проводитися у конкретній справі, також варіюються залежно від типу позбавлення волі.

**Закон.** Про неприпустимість вузького підходу до інтерпретації поняття закону в контексті п. 1 ст. 5 Конвенції

мова вже йшла вище. Це поняття Суд тлумачить достатньо широко, не зводячи його до нормативного акта, який у національній правовій системі має назву «закон».

Більше того, означеним поняттям може охоплюватися не лише нормативний акт. Так, у справах «Ювіг (Huvig) проти Франції» [7, п. 28] і «Круслен (Kruslin) проти Франції» [8, п. 29], в яких відповідачем була держава з системи континентального права, Суд звернув увагу на те, що він «завжди розумів і розуміє термін “закон” у його “сутнісному”, а не “формальному” змісті. Він включає як акти більш низького рівня, ніж закон, так і неписане право. ... було би неправильно перебільшувати відмінності між країнами загального та континентального права... Статутне право значиме й у країнах загального права. І навпаки, судова практика традиційно відіграє настільки істотну роль у континентальних країнах, що цілі напрямки позитивного права значною мірою є її результатом. Безумовно, Суд неодноразово враховував це... Якби Суд не брав до уваги судову практику, то тим самим він підірвав би правову систему континентальних держав майже так само, як рішення у справі “Санді Таймс” від 26 квітня 1979 року... “потрясло би до коренів” правову систему Сполученого Королівства, якби Суд виключив загальне право з поняття “закон у сенсі Конвенції”. У сфері дії писаного права “законом” є чинний правовий акт, витлумачений компетентними судовими органами, якщо необхідно, у світлі будь-яких нових практичних обставин». Тим самим, стверджує С. Трехсель, Суд визнав, що «усталене прецедентне пра-

во» може також розглядатися як закон [5, с. 122].

Зазначене підтверджує той факт, що термін «закон» у практиці Суду має більш широке значення, ніж його загально-нотеоретичне розуміння. Він стосується не тільки законодавчих актів вищої юридичної сили, а й міжнародних договорів держави, якщо вони визнаються частиною національного законодавства, підзаконних нормативних актів і навіть стійкої судової практики, якщо така є обов'язковою для застосування.

**Якість закону.** Як зазначалося, здійснення обмеження свободи відповідно до національного законодавства є основним, але не завжди вирішальним чинником для визначення того, чи відповідає таке обмеження принципу законності. Суд повинен, крім того, бути задоволений тим, що обмеження свободи людини було сумісним із метою п. 1 ст. 5 Конвенції, щоби запобігти свавільному позбавленню людей свободи. Крім того, Суд повинен встановити, чи відповідає саме законодавство положенням Конвенції, включаючи загальні принципи, що виражені в ній або які мають на увазі.

Для встановлення відповідності національного законодавства зобов'язанням держави за Конвенцією Суд застосовує розроблену в його практиці концепцію якості закону. Вона стосується не тільки ст. 5 Конвенції, а й інших її статей і протоколів, відповідність яким національного законодавства, що обмежує конвенційні права та свободи, потрібно перевірити.

Суть концепції якості закону полягає в тому, що правовий припис має бути сформульований, визначений із достат-

ньою чіткістю, що дає людині можливість регулювати її поведінку. Особа повинна мати можливість (користуючись, якщо буде потреба, відповідною правовою допомогою) розумною мірою передбачити у конкретній ситуації, які наслідки може мати той чи інший її вчинок з погляду цього припису. В іншому випадку останній у розумінні Суду не буде вважатися законом, навіть якщо він закріплений в акті парламенту з назвою «закон».

Наприклад, практика тримання особи під вартою на підставі обвинувального висновку без будь-яких конкретних підстав, передбачених національним законодавством або правозастосовною практикою, є порушенням п. 1 ст. 5 Конвенції («Барановський (Baranowski) проти Польщі» [9, pp. 50–58]). Так само практика автоматичного продовження попереднього ув'язнення без будь-яких законних підстав суперечить вказаному пункту («Свіпста (Svipsta) проти Латвії» [10, p. 86]) [1, p. 23].

Порушення принципу законності може бути встановлене, наприклад, у зв'язку з тим, що відповідне національне законодавство не було чітким і узгодженим та не відповідає вимозі якості закону, наслідком чого стало його суперечливе застосування судами, або ж судами у випадку зазначеної суперечності не був застосований підхід, більш сприятливий для людини.

Ілюстрацією застосування концепції якості закону у зв'язку з дією міжнародних договорів може слугувати рішення Суду у справі «Солдатенко (Soldatenko) проти України» [11], в якій заявник був затриманий міліціонерами на підставі

постанови про міжнародний розшук, виданої туркменською владою. У день затримання він довідався про це, а також про те, що кримінальна справа проти нього розслідується у Туркменістані, а не в Україні. Того ж дня управління міліції одержало офіційне прохання туркменської влади про тимчасовий арешт відповідно до ст. 61 Конвенції СНД про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 року (далі – Мінська Конвенція).

Заявник перебував в ізоляторі тимчасового тримання (далі – ІТТ) без рішення суду протягом тижня після затримання. А наступним рішенням суду він був узятий під варту до закінчення процедури екстрадиції. Конкретний строк тримання під вартою суд не визначив. Тривале тримання заявника в ІТТ без рішення суду через місяць після затримання було визнане прокурором незаконним.

Уряд стверджував, що, беручи під варту заявника, українські органи влади діяли відповідно до їхніх міжнародних зобов'язань за Мінською Конвенцією, і його тримання під вартою здійснювалося з метою екстрадиції.

Заявник доводив, що Мінська Конвенція не передбачає процедури тримання під вартою з метою екстрадиції та не має відповідного національного закону, на підставі якого може здійснюватися таке тримання.

Тому Суд вважав за потрібне «з'ясувати, чи відповідає “національний закон” Конвенції, включаючи загальні принципи, які сформульовані у ній або впливають із неї. Стосовно цих принципів Суд наголошує, що, коли йдеться

про позбавлення свободи, надзвичайно важливою умовою є забезпечення відповідності такого позбавлення загальному принципу юридичної визначеності. Встановлюючи, що будь-яке позбавлення свободи має здійснюватися “відповідно до процедури, встановленої законом”, пункт 1 статті 5 не просто відсилає до національного закону; як і словосполучення “згідно із законом” і “встановлені законом” у пункті другого статей 8–11, він також стосується “якості закону”, вимагаючи від закону відповідності принципу верховенства права – поняттю, яким пронизані всі статті Конвенції. У цьому сенсі “якість закону” означає, що у випадку, коли національний закон передбачає можливість позбавлення свободи, такий закон має бути достатньо доступним, чітко сформульованим і передбачуваним у своєму застосуванні для того, щоби виключити будь-який ризик свавілля. У справі «Насруллоєв (Nasrulloev) проти Росії» (заява № 656/06, пп. 72–77) «Суд встановив, що глава КПК про екстрадицію особи для кримінального переслідування або виконання вироку не передбачала спеціальної процедури затримання та тримання під вартою з метою екстрадиції, однак відсилала до процедур затримання та тримання під вартою як запобіжних заходів на досудовому слідстві. Ця глава створила плутанину в її застосуванні національними органами. Суд дійшов висновку, що ці положення російського закону, які зумовлювали позбавлення свободи з метою екстрадиції, не були ні точними, ні передбачуваними для їх застосування та не дотягували до стандарту “якості

закону”, необхідного за Конвенцією» [11, п. 107, п. 111].

Тому у справі Солдатенка Суд, погодившись з Урядом у тому, що Мінська Конвенція є частиною національного законодавства, проте не передбачає для держави процедури позбавлення свободи з метою екстрадиції, встановив, що акти власне українського законодавства не передбачали процедуру, яка була достатньо доступною, точною і передбачуваною у своєму застосуванні, щоб уникнути небезпеки свавільного тримання під вартою в очікуванні екстрадиції [11, п. 112, п. 114].

Таким чином, інтерпретація Судом понять закону та законності в комбінації із його тлумаченням поняття сваволі передбачають змістовне наповнення принципу правової визначеності (*legal certainty*) як одного з основних складових верховенства права. Саме ця визначеність є вихідною для оцінки якості закону як ключового інструмента регулювання суспільних відносин, пов’язаних з обмеженням прав і свобод людини та, зокрема, прав, гарантованих ст. 5 Конвенції.

**Судове рішення, засноване на законі.** Наявність судового рішення про обмеження свободи може бути підставою для оцінки цього обмеження як законного, а скасування зазначеного рішення в апеляційному або касаційному порядку не тягне автоматичне визнання незаконності обмеження свободи, застосованого на підставі цього рішення [1, п. 29].

Наприклад, у справі «Худойоров (Khudoorov) проти Росії» [12] суд за клопотанням прокурора продовжив строк тримання заявника під вартою,

а Верховний Суд Російської Федерації скасував це рішення через істотні порушення кримінально-процесуального законодавства та повернув на новий розгляд питання про тримання під вартою. Після цього обласний суд знову виніс постанову про тримання заявника під вартою.

Тому Суд зосередив увагу на тому, чи було законним і чи відповідало порядку, встановленому законом, тримання під вартою заявника у період після продовження обласним судом строку його тримання під вартою і аж до скасування цього рішення Верховним Судом.

Суд нагадав, що період тримання під вартою є в принципі законним, якщо особа тримається під вартою на підставі постанови суду. Наступний висновок про те, що суд неправильно застосував національне законодавство при винесенні постанови, необов’язково ретроспективно торкається правомірності відповідного періоду тримання під вартою. Через це конвенційні органи у своїй практиці періодично відмовлялися підтримати скарги осіб, засуджених за вчинення злочинів, які скаржилися на те, що апеляційні суди визнали їх вироки або покарання заснованими на фактичних чи правових помилках [12, п. 128].

У справі Худойорова Суд вказав, що «факт скасування постанови про продовження строку тримання під вартою заявника у касаційному порядку сам по собі не стосувався законності тримання під вартою у попередній період. Для оцінки дотримання п. 1 ст. 5 Конвенції необхідно провести докорінне розмежування між постановами про триман-

ня під вартою, які не мають законної сили *ex facie* (наприклад, винесені судом з перевищенням його юрисдикції, або коли зацікавлена сторона не була належним чином сповіщена про судові засідання), і постановами про тримання під вартою, що мають законну силу *prima facie* та діють, якщо тільки і поки вони не будуть скасовані вищим судом» [12, п. 129].

Суд звернув увагу на те, що відповідно до законодавства національний суд мав право розглядати клопотання прокурора про продовження строку тримання заявника під вартою та продовжити такий строк у межах шести місяців до закінчення вивчення заявником матеріалів справи і скерування справи до суду. Крім того, заявник не стверджував, що обласний суд перевищив свої повноваження.

Суд встановив, що тримання заявника під вартою на підставі постанови обласного суду, скасованої у подальшому Верховним Судом, не можна визнати свавільним, тому що національний суд вказав підстави для продовження строку тримання під вартою (достатність і відносність цих підстав розглядаються в контексті пункту 3 статті 5 Конвенції). Тому немає причин вважати, що, виносячи постанову про продовження строку тримання під вартою, обласний суд діяв недобросовісно або знехтував можливістю правильно застосувати відповідне законодавство. Той факт, що суд касаційної інстанції виявив деякі процесуальні недоліки, сам по собі не означає, що тримання під вартою було незаконним у розумінні п. 1 ст. 5 Конвенції [12, пп. 131–132].

У тих же випадках, якщо обмеження свободи взагалі не засноване на судовому рішенні, або у ньому відсутня пряма вказівка на обмеження свободи, або відсутня вказівка на строк такого обмеження, то будь-який період цього обмеження вважається незаконним, крім випадків первинного короткотривалого затримання людини органом виконавчої влади.

Наприклад, у справі «Белевицький (Belevitskiy) проти Росії» у постанові суду першої інстанції не був визначений строк, на який продовжувалося тримання заявника під вартою, а також були відсутні посилання на відповідні положення закону, на яких ґрунтувалася ця постанова. Указане залишило заявника у ситуації невизначеності щодо правових підстав для тримання його під вартою після винесення такої постанови. Тому Суд вважав, що остання не надала заявникові адекватний захист від сваволі, який є істотним елементом законності тримання під вартою за змістом п. 1 ст. 5 Конвенції [13, п. 89, п. 92].

У справі «Кац (Kats) і інші проти України» [14] донька заявників, яка була заражена ВІЛ, мала наркотичну залежність і перебувала на обліку як шизофренік, померла під вартою через кілька днів після того, як була винесена постанова слідчого про її звільнення, але до фактичного виконання цієї постанови слідчим ізолятором. Заявники скаржилися на те, що тримання їх доньки під вартою у цей період було незаконним.

Суд нагадав, що законність тримання під вартою відповідно до національного закону не завжди є вирішальною для встановлення відповідності п. 1

ст. 5 Конвенції. Проте рішення про звільнення доньки заявників не було виконане негайно, як того вимагало національне законодавство. З огляду на це Суд визнав, що тримання її під вартою після винесення постанови про звільнення з-під варти не було законним, як того вимагає п. 1 ст. 5 Конвенції [14, пп. 138–142].

Окрема практика Суду склалася щодо тримання під вартою осіб без рішення суду у період між закінченням досудового розслідування та початком судового розгляду. Суд неодноразово встановлював, що практика тримання обвинувачуваних під вартою без конкретної правової основи або без чітких правил, що регулюють їхнє становище, внаслідок чого вони можуть бути позбавлені волі на невизначений строк без судової санкції, несумісна з принципами правової визначеності, захисту від свавілля та верховенства права (див., напр.: «Белевицький (Belevitskiy) проти Росії» [13, пп. 86–93], «Харченко (Kharchenko) проти України» [15, пп. 70–72]).

У справі «Чанєв (Chanuyev) проти України» [16], яка відрізняється від аналогічних за фабулою справ тим, що процесуальні дії щодо заявника вчинялися на підставі Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України 2012 року, Суд, відзначивши, що новий Кодекс був призначений, з-поміж іншого, усунути законодавчі недоліки, що лежали в основі поточних порушень ст. 5 Конвенції, вирішив розглянути скарги заявника більш докладно.

Заявник скаржився на те, що більше місяця він тримався під вартою без якогось-небудь рішення суду, пенітенціарні

органи відмовлялися звільнити його, а прокуратура та суд не відреагували на це. На думку заявника, факт передання справи до суду не міг виправдати його тримання під вартою без судового рішення. Він вважав, що пенітенціарні органи були зобов'язані звільнити його, коли минув термін тримання під вартою, передбачений у рішенні суду.

Уряд, зокрема, відзначив, що суд під час попереднього слухання справи ретроспективно розглянув законність тримання заявника під вартою після спливу терміну, визначеного судом раніше, та виявив, що не було ніяких підстав для звільнення заявника.

Після передання справи заявника до суду, уповноваженого обрати запобіжний захід для обвинувачуваного, суд упродовж тривалого часу не виносив жодного рішення про продовження тримання заявника під вартою. Він залишався під вартою, незважаючи на те, що згідно з КПК України ухвала про застосування запобіжного заходу припиняє свою дію після закінчення строку дії ухвали про обрання запобіжного заходу.

Усі скарги заявника на незаконність його досудового тримання під вартою без судового рішення та його прохання про звільнення були відхилені на тій підставі, що тримання під вартою відповідає закону. Зокрема, слідчий суддя відхилив його скаргу, заявивши, що в суду першої інстанції було два місяці, щоб ухвалити рішення щодо його подальшого тримання під вартою. Таким чином, органи влади вважали, що не було ніякого порушення права заявника на свободу, незважаючи на очевидний



факт, що він тримався під вартою в зазначений вище період без судового рішення. Більше того, вони посилалися на приписи КПК України, які уможливили таку ситуацію.

Суд зі стурбованістю відзначив, що новий КПК України не регулює ясно та чітко питання тримання обвинувачуваного під вартою між завершенням досудового розслідування та початком судового процесу, надаючи суду першої інстанції два місяці, щоби вирішити, чи необхідне подальше тримання під вартою обвинувачуваного, навіть якщо попередній строк тримання під вартою, ухвалений слідчим суддею, вже минув.

Викладені міркування виявилися достатніми для того, щоби Суд дійшов висновку, що чинна в Україні законодавча база дозволяє тримання під вартою обвинувачуваного без судового рішення на строк до двох місяців, і що застосування цих приписів до заявника порушило п. 1 ст. 5 Конвенції [16, pp. 27–31].

**Деякі узагальнення.** Оцінка обмежень права на фізичну свободу як таких, що відповідають ст. 5 Конвенції, неможлива без звернення до інтерпретації Судом понять «законність» і «закон». З огляду на цілі та сферу дії Конвенції розуміння цих понять Судом – нетотожне їхньому розумінню у загальнотеоретичній юридичній науці. Вказане, однак, не означає, що Суд вносить певну невизначеність у правничу термінологію, зокрема, включаючи в обсяг конвенційного поняття «за-

кон» судову практику, як і навряд чи може означати те, що тлумачення понять «законність» і «закон» у вітчизняній загальній теорії права потребують, так би мовити, радикального оновлення з огляду на практику Суду.

З одного боку, здійснюючи тлумачення вказаних понять для застосування Конвенції при вирішенні конкретних справ і начебто протиставляючи свою – «сутнісну» – їх інтерпретацію тій, що названа ним «формальною» та поширена на національному рівні, не формулює дефініцій для національних правових систем, а лише вказує на те, яким чином розуміти відповідну термінологію Конвенції.

З другого боку, незалежно від того, чи мова йде про національний закон у вузькому, чи у широкому розумінні, Суд, характеризуючи це поняття, не оминає такої його властивості, як належна якість, тобто доступність, чіткість приписів закону, прогнозованість наслідків їх дії. Вочевидь, ця юридикотехнічна властивість має бути характерною для всіх нормативних актів держави, зокрема і тих, які регулюють відносини у сфері фізичної свободи людини. Проте, на жаль, відсутність належної регламентації в Україні нормопроектувальної діяльності, як і низка інших, «неюридичних» чинників, не завжди дозволяють стверджувати про якість нормативних актів особливо з погляду передбачуваності їх наслідків для адресатів.

### Список використаних джерел

1. Посібник зі статті 5 «Право на свободу та особисту недоторканність» / Рада Європи ; Європейський суд з прав людини, 2012. – 43 с.

2. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. / Петро Мойсейович Рабінович. – Вид. 10-те, допов. – Львів : Край, 2008. – 224 с.
3. Теорія держави і права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О. В. Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський та ін. ; за ред. О. В. Петришина. – Х. : Право, 2014. – 368 с.
4. Загальна теорія права : підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. – К. : Ваіте, 2015. – 392 с.
5. Трехсель С. Стаття 5 Європейської конвенції з прав людини / Стефан Трехсель // Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст / за ред. О. Л. Жуковської. – К. : ЗАТ «ВІПОЛ», 2004. – С. 119–162.
6. Зайцев Ю. Поняття ЗАКОН та ЗАКОННІСТЬ: бачення Європейського суду з прав людини / Юрій Зайцев // Європейський суд з прав людини. Базові матеріали. Застосування практики. – К. : Укр. Центр Правн. Студій, 2003. – С. 482–485.
7. Рішення від 24.04.1990 р., заява № 11105/84.
8. Рішення від 24.04.1990 р., заява № 11801/85.
9. Рішення від 28.03.2000 р., заява № 28358/95.
10. Рішення від 09.06.2006 р., заява № 66820/01.
11. Рішення від 23.10.2008 р., заява № 2440/07.
12. Рішення від 08.11.2005 р., заява № 6847/02.
13. Рішення від 01.03.2007 р., заява № 72967/01.
14. Рішення від 18.12.2008 р., заява № 29971/04.
15. Рішення від 10.02.2011 р., заява № 40107/02.
16. Рішення від 09.10.2014 р., заява № 46193/13.

## References

1. Council of Europe/European Court of Human Rights (2014). *Guide on Article 5. Right to liberty and security* [In Ukrainian].
2. Rabinovych, P. M. (2008). *Osnovy zahalnoi teorii prava ta derzhavy [The Foundations of the General Theory of Law and State]*. Lviv: Kray [In Ukrainian].
3. Petryshyn, O. V., Pogrebnyak, S. P., Smorodynskiy, V. S. (2014). *Teoriya derzhavy i prava [Theory of State and Law]*. Kharkiv: Pravo [In Ukrainian].
4. Kozubra, M. I. (2015). *Zahalna teoriya prava [General Theory of Law]*. K.: Vaite [In Ukrainian].
5. Trekhsel, S. (2004) *Stattia 5 Evropeyskoi Konventsii z prav lyudyny [Article 5 of the European Convention on Human Rights] Evropeyska konventsiiya z prav lyudyny : osnovni polozhennya, praktyka zastovuvannya, ukraïnskyi kontekst. – European Convention on Human Rights: Basic Provisions, Practice of Application, Ukrainian Context*. K: ZAT “VIPOL”, 119-162. [In Ukrainian].
6. Zaycev, Yu. (2003) *Ponyattya ZAKON ta ZAKONNIST: bachennya Evropeyskoho sudu z prav lyudyny [Concept of Law and Legitimacy: the View of the European Court of Human Rights] Evropeyskyi sud z prav lyudyny. Bazovi materialy. – European Court of Human Rights. Basic Materials*. K.: Ukraïnskyi tsentr pravnychkykh studiy, 482-485. [In Ukrainian].
7. Judgment of 24 April 1990, application no. 11505/84.
8. Judgment of 24 April 1990, application no. 11801/85.
9. Judgment of 28 March 1990, application no. 28358/95.
10. Judgment of 9 June 2006, application no. 66820/01.
11. Judgment of 23 October 2008, application no. 2440/07.
12. Judgment of 8 November 2005, application no. 6847/02.
13. Judgment of 11 March 2007, application no. 72967/01.
14. Judgment of 18 December 2008, application no. 29974/04.
15. Judgment of 10 February 2011, application no. 40107/02.
16. Judgment of 9 October 2014, application no. 46193/13.

Стаття надійшла до редколегії 12.08.2016.

**Гудыма Д. А.**, доцент, кандидат юридических наук, старший научный сотрудник Львовской лаборатории прав человека и гражданина Научно-исследовательского института государственного строительства и местного самоуправления Национальной академии правовых наук Украины, Украина, г. Львов

e-mail: dmytro.hudyma@gmail.com

ORCID 0000-0003-1967-4251

### **Принцип законности ограничения физической свободы в практике Европейского суда по правам человека**

*В статье определено содержание принципа законности ограничения физической свободы в его интерпретации Европейским судом по правам человека. Рассмотрены признаки закона и законности для целей ст. 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Обосновано, что законность ограничения свободы предполагает отсутствие произвола в действиях агентов государства, осуществляющих такое ограничение, и его соответствие целям, предусмотренным в п. 1 ст. 5 Конвенции. Установлено, что термином «закон» в практике Суда охватываются не только нормативные акты высшей юридической силы, но и подзаконные нормативные акты, международные договоры, являющиеся частью системы источников права государства, и сложившаяся судебная практика. Обращено внимание на такое свойство закона, как его качество, концепция которого применяется Судом для выявления соответствия национального законодательства обязательствам государства по Конвенции.*

**Ключевые слова:** законность, закон, качество закона, физическая свобода, статья 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, Европейский суд по правам человека.

**Hudyma D. A.**, associated professor, PhD, senior researcher of the Lviv Laboratory of Human and Citizen Rights of the Research Institute of State-building and Local Self-government of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine, Lviv

e-mail: dmytro.hudyma@gmail.com

ORCID 0000-0003-1967-4251

### **Principle of Lawfulness of the Restrictions on Physical Liberty in the Practice of the European Court of Human Rights**

*The content of the principle of lawfulness of the restrictions on physical liberty in its interpretation of the European Court of Human Rights is found out in this article. For this purpose a number of judgments in cases concerning the application of the Article 5 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms were used.*

*The correlation between the Conventional and national guarantees of the right to physical liberty is determined. It is drawn attention on positive obligations of the state according to the Article 5 of the Convention.*

*It is noted that the interpretation of the Conventional concepts such as «lawfulness» and «law» can differ in some cases of the Court from their widespread understanding in the general theory of law.*

*The formal and «essential» approaches to understanding of the concept of law in the Court case-law are compared. It is established that the term «law», used in the Court practice, covers regulations of higher legal force as well as subordinate legislation, international treaties that are the part of the sources of the national law, and well-established court jurisprudence.*

*It is found that implementation of the restrictions on liberty in accordance with national law is essential, but not always the deciding factor in determining, whether such a restriction complies with the principle of lawfulness. It is explained that the lawfulness of restricting liberty implies the absence of arbitrariness in the actions of state agents, who carry out such a restriction, and its consistency with the objectives laid down in the Art. 5(1) of the Convention.*

*Attention is paid to such attribute of law as its quality, a concept of which is used by the Court to identify the compliance of national law with obligations of the state under the Convention.*

**Key words:** lawfulness, law, quality of law, physical liberty, Article 5 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Court of Human Rights.

---

## ПАНКЕВИЧ ОЛЕГ ЗІНОВІЙОВИЧ,

кандидат юридичних наук, доцент,  
старший науковий співробітник  
Львівської лабораторії прав людини і громадянина  
Науково-дослідного інституту державного  
будівництва та місцевого самоврядування  
Національної академії правових наук України,  
Україна, м. Львів  
e-mail: pankevych9@gmail.com



УДК 340.12

## Підстави обмежування прав людини: філософсько-правовий аспект

*У статті з філософсько-правових позицій розглядається проблема обмеження основних прав людини. Наголошується, що встановлення чітких критеріїв обмежування таких прав на міжнародно-правовому та конституційному рівнях є гарантією від дій держави щодо свавільного зменшення обсягу правореалізації.*

*Відзначається, що наявна бінарність правообмежуючих підстав у статтях міжнародно-правових актів та більшості сучасних конституцій є ознакою втілення в юридичну практику ідей ліберального комунітаризму.*

**Ключові слова:** обмежування прав людини, правообмежуючі підстави, лібералізм, комунітаризм, ліберальний комунітаризм.

**Вступні зауваги.** Реальне та ефективне здійснення основних прав та свобод людини видається неможливим без чіткого та оптимального (у тих чи інших конкретно-історичних умовах) встановлення меж їхньої реалізації. Як слушно зауважує академік П. М. Рабинович, «сучасна, новітня історія людства є історією боротьби саме за межі прав людини (а конкретніше – за юридичне закріплення та юридичну інтерпретацію таких меж)» [1, с. 8].

Означена проблематика є особливо актуальною на сьогодні в Україні, де «у кризовій ситуації ризику непропорційного обмеження прав і свобод людини зростають, що потребує особливого контролю з боку суспільства» [2].

Проблеми обмеження основних прав особи знайшли певне відображення у працях вітчизняних та зарубіжних науковців: Л. Д. Воеводіна, Д. І. Дедова, Б. С. Ебзеєва, В. П. Камишанського, Г. М. Комкової, Н. М. Колосової,

В. В. Лапаєвої, О. В. Малька, М. Ф. Орзіха, І. М. Панкевича, В. Ф. Погорілка, С. В. Пчелінцева, П. М. Рабіновича, С. П. Рабіновича, В. С. Устинова, А. Є. Стрекалова, Ю. М. Тодики, А. О. Четверикова, І. Д. Ягофарової та ін.

Однак у вітчизняній науковій літературі практично відсутні дослідження проблеми обмежування прав саме з філософсько-правових позицій. Отже, **метою статті** є спроба певним чином заповнити вказану прогалину.

**Виклад основних положень.** Рецепти вирішення будь-яких складних правових проблем мають певне філософське підґрунтя (інколи не зовсім усвідомлюване навіть самими суб'єктами права). Не є винятком і широка проблематика прав і свобод людини (а отже, й невід'ємна та надзвичайно важлива її складова, що стосується питань обмеження останніх), варіанти розв'язання якої детерміновані прихильністю до тієї чи іншої філософської позиції.

При цьому однією з найголовніших, визначальних дихотомій для сучасної західної політико-правової філософії, вважаємо, є дихотомія «лібералізм – комунітаризм», серцевиною (основою) для вірного розуміння котрої є протиставлення індивідуального та соціального [3].

Прикметно, що вперше на законодавчому рівні про обмеження прав людини було зазначено вже в документі, який водночас вперше проголосив власне й самі права людини (цей історичний факт яскраво свідчить про нерозривний зв'язок між цими поняттями та явищами, які вони позначають).

Ідеться про Декларацію прав людини і громадянина, прийняту постановою

Національних зборів Франції 26 серпня 1789 р. Стаття 4 цієї Декларації (остання є невід'ємною складовою чинної сьогодні Конституції Франції 1958 р.) проголошує: «Свобода полягає в можливості робити все, що не завдає шкоди іншому: таким чином, здійснення природних прав кожної людини обмежене лише тими рамками, які забезпечують іншим членам суспільства користування тими ж правами» [4, с. 80].

Гадаємо, це конституційне положення може бути використано як певний додатковий наочний аргумент прихильниками як класичного лібералізму<sup>1</sup> (що, як традиційно вважається, обстоює індивідуалістичний підхід до розуміння прав і обов'язків особи у суспільстві), так й апологетами сучасного лібертаризму.

Зокрема, В. В. Лапаєва – одна з яскравих послідовників вчення, що обґрунтовує «розуміння права як загальної форми і рівної норми (міри) свободи індивідів» [6, с. 321], – наголошує: «Позиція лібертарної концепції щодо питання обмеження прав людини полягає у такому: право людини може бути обмежено законом лише з метою захисту інших прав людини і лише тією мірою, якою це не порушує принцип формальної рівності при здійсненні цього права. Такий підхід помітно від-

<sup>1</sup> Класик лібералізму Джон Стюарт Міл сформулював «дуже простий принцип, котрий дозволить безумовно управляти діями суспільства щодо індивіда... Цей принцип полягає в тому, що єдина мета, котра надає людству право в індивідуальному або колективному порядку втручатися у вільні дії будь-кого зі своїх членів, – це самозахист. Єдина мета, з якою може бути правомірно використана влада над будь-яким членом цивілізованої громади проти його волі, – це запобігти шкоді для інших» [5, с. 19].

різняється від того, що прийнятий у практиці конституційного правосуддя та Європейського суду з прав людини. Ця практика, як відомо, виходить з уявлення про те, що права людини можуть бути обмежені для захисту не тільки інших прав людини, але також й інших цінностей, що виражають спільні інтереси» [7, с. 105]. Видається, що процитована позиція В. В. Лапаєвої є надто категоричною і такою, що потребує додаткового роз'яснення. На нашу думку, обмеження в інтересах національної безпеки чи громадського порядку, зрештою, можна розуміти як обмеження «з метою захисту інших прав людини»<sup>1</sup> (зокрема, у цьому випадку – права людини на безпеку).

Власне про необхідність захисту таких публічних цінностей, як підстава правообмеження, йдеться практично в усіх міжнародно-правових актах та більшості сучасних конституцій.

Зокрема, у ст. 29 Загальної декларації прав людини проголошується: «При здійсненні своїх прав і свобод кожна людина повинна зазнавати тільки таких обмежень, які встановлені законом виключно з метою забезпечення належного визнання і поваги прав і свобод інших та забезпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку і загального добробуту в демократичному суспільстві» [8].

Дозволимо собі зауважити, що при усій важливості цього положення ч. 2, гадаємо, хибним буде зациклюватися на аналізі лише цієї частини ст. 29 (як це часто роблять при висвітленні проблеми обмеження прав людини), ігноруючи

<sup>1</sup> Тут і далі всі виділення за текстом зроблені автором статті.

інші дві частини, що разом із першою знаходяться у нерозривному системно-логічному взаємозв'язку.

Власне, на нашу думку, положення ч. 2 впливає із ч. 1 («Кожна людина має обов'язки перед суспільством, у якому тільки й можливий вільний і повний розвиток її особи»<sup>2</sup>), котра має відчутне комунітаристське «забарвлення». Адже обмеження (і навіть свідоме самообмеження) прав можна розглядати, принаймні з позицій комунітаризму, само по собі, як певний обов'язок людини перед суспільством.

Не можна оминати увагою і ч. 3 («Здійснення цих прав і свобод ні в якому разі не повинно суперечити цілям і принципам Організації Об'єднаних Націй»), адже вона теж формулює своєрідні додаткові межі здійснення прав і свобод особи.

Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права [10] включає декілька правообмежуючих статей (4, 5, 8), серед яких найбільш узагальнюючий припис містить ст. 4: «... держава може встановлювати тільки такі

<sup>2</sup> У дещо модифікованому вигляді це положення відтворено у ст. 23 Конституції України: «Кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей, та має обов'язки перед суспільством, в якому забезпечується вільний і всебічний розвиток її особистості». Зазначимо, що за конституційно-проектними пропозиціями Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України, «оскільки чинна ст. 23 визнає наявність у людини обов'язків перед суспільством, то слід передбачити можливість обмеження права на розвиток не тільки в інтересах інших людей, а усього суспільства і окремих його соціальних груп (наприклад, дітей)» [9, с. 13].

обмеження цих прав, які визначаються законом, і лише остільки, оскільки це є сумісним з природою зазначених прав, і виключно з метою сприяти загальному добробуту в демократичному суспільстві».

Зазначимо, що на думку Е. С. Мирзаханяна, «вихідні онтологічні характеристики (лібералізму та комунітаризму. – О. П.) передбачають розбіжності щодо самої природи соціального життя, котрі реалізуються в полярності індивідуалізму та холізму. Лібералізм базується на платформі методологічного індивідуалізму, виходить із примату особистості та індивідуальних прав. Комунітаризм... передбачає протилежні настанови, відштовхуючись від соціального цілого й об'єктивно необхідних йому благ» [11, с. 10].

Наголосимо, що базовою, головною соціально-етичною цінністю комунітаризму є так зване *спільне благо*. І в цьому контексті можна погодитися з одним із провідних теоретиків сучасного комунітаризму Ф. Селзніком, на думку якого, «термін «комунітарний» може вживатися для означення будь-якої доктрини, яка високо цінує спільне благо або ідеали спільного блага й обмежує прагнення до індивідуальної незалежності та самореалізації» [цит. за: 12, с. 29].

Базуючись на цих теоретичних викладках, підставним буде стверджувати про наявність комунітаристських засад, «мотивів» у аналізованому акті.

Своєю чергою, Міжнародний пакт про громадянські і політичні права [13] має у своєму складі вже шість статей (5, 12, 18, 19, 22, 25), які так чи інакше містять правообмежуючі фрагменти,

згадують про принципи та умови державно-юридичного обмежування прав людини. Для прикладу наведемо ст. 19, яка встановлює, що користування передбаченими в п. 2 цієї статті правами (право на вільне вираження свого погляду, що включає «свободу шукати, одержувати і поширювати будь-яку інформацію та ідеї, незалежно від державних кордонів, усно, письмово чи за допомогою друку або художніх форм вираження чи іншими способами на свій вибір») «накладає особливі обов'язки і особливу відповідальність. Воно може бути, отже, пов'язане з певними обмеженнями, які, однак, мають встановлюватися законом і бути необхідними: а) для поважання прав і репутації інших осіб; б) для охорони державної безпеки, громадського порядку, здоров'я чи моральності населення».

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод [14] – стрижневий акт європейської правозахисної системи – нараховує вісім статей правообмежуючого змісту (статті 8, 9, 10, 11, 15, 17, 18, 53). При цьому найбільший перелік правообмежуючих підстав містить ст. 10 «Свобода вираження поглядів», ч. 2 якої проголошує: «Здійснення цих свобод, оскільки воно пов'язане з обов'язками і відповідальністю, може підлягати таким формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошен-



ню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду».

Згідно з Хартією основних прав Європейського Союзу, «будь-яке обмеження прав та свобод, визнаних цією Хартією, повинно бути передбачене законом і дотримуватися основного змісту цих прав та свобод. Обмеження можуть застосовуватися лише за умови дотримання принципу пропорційності й тільки в тому випадку, якщо вони необхідні і дійсно відповідають загальним цілям, що визнаються Європейським Союзом, або необхідні для захисту прав і свобод інших людей» (п. 1 ст. 52)<sup>1</sup>.

Подібні підстави обмежування прав та свобод людини і громадянина можна знайти і в більшості конституцій сучасних держав. Характерно, що такі підстави видається за можливе поділити на дві групи: 1) захист індивідуальних прав та свобод людини і громадянина; 2) захист публічних (суспільних і дер-

жавних) інтересів. Наприклад, ст. 3 розділу «Свобода і відповідальність» Основного Закону Угорщини 2011 р. проголошує: «Здійснення будь-якого фундаментального права може бути обмежено тільки в інтересах примусового здійснення іншого фундаментального права або для захисту цінностей, закріплених у Конституції, лише у міру потреби, відповідно до мети, котра буде досягнута, при повному дотриманні значимої сутності фундаментального права». Найбільш лаконічно ця ж думка сформульована в ч. 2 ст. 36 Конституції Швейцарії 1999 р.: «Обмеження основних прав мають бути обґрунтовані публічним інтересом чи захистом основних прав третіх осіб».

Виходячи, по суті, з такого поділу, П. М. Рабінович та І. М. Панкевич визначають самі підстави обмежування прав людини як «певні особисті (індивідуальні) та соціальні (колективні) інтереси, задля забезпечення яких нормовстановлюючий орган вважає за потрібне обмежувати певні права людини» [17, с. 94].

У наявності такої бінарності правообмежуючих підстав у текстах міжнародно-правових актів та більшості сучасних конституцій вбачаємо ознаки так званого ліберального комунітаризму як результату своєрідної конвергенції ліберальних і комунітаристських ідеологем [3].

Фактично про це говорить і російський науковець Б. С. Ебзеев, за словами якого, «соціальною основою конституційних обмежень, частиною котрих виступають обмеження основних прав, є особисто-збірний (рос. лично-собирабельный) характер суспільства.

<sup>1</sup> На думку С. Добрянського, «порівняння зазначеного положення з п. 3 ст. 52, за яким права та свободи людини, закріплені в Хартії ЄС, повинні мати зміст та обсяг відповідно до однойменних прав і свобод, закріплених у ЄКПЛ, дозволяє констатувати, що в ЄКПЛ не передбачено такої підстави обмежування прав та свобод людини, як загальні цілі ЄС; отже, очевидним є відмінне розуміння принципу пропорційності у практиці ЄСПЛ та правовій системі ЄС» [15, с. 10]. Проте, видається, що тут є поле для дискусії, насамперед зважаючи на формулювання ст. 53 Хартії: «Жодне з положень цієї Хартії не повинно тлумачитися як таке, що обмежує або шкодить правам людини і основним свободам у відповідній сфері їх застосування, визнаним правом Європейського Союзу, міжнародним правом і міжнародними конвенціями, учасниками котрих є Європейський Союз, Європейське співтовариство або всі держави-члени, й особливо Європейською конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод...» [16].

Людина виступає не тільки як ізольований індивід, а й як член спільноти людей. Своєю чергою, суспільство не є ані простою сукупністю індивідів, ані якимсь одноструктурним монолітом, це своєрідний соціальний організм, в якому особистість має самостійну цінність та відіграє творчу роль, а особисте (приватне, індивідуальне) та спільне (колективне, соціальне) повинно знаходитися в рівновазі» [18, с. 190].

Зазначимо, що в науковій літературі виділяють декілька моделей конституційного регулювання обмеження прав і свобод людини і громадянина:

«Перша модель: у конституціях встановлюються загальні умови обмеження всіх прав і свобод (цілі, форма закріплення, співмірність) та підстави, способи, процедури обмеження окремих конкретних прав і свобод. Наприклад, у Росії загальне нормування обмежень прав і свобод здійснено ч. 3 ст. 55 Конституції РФ 1993 р.: «...права і свободи людини і громадянина можуть бути обмежені федеральним законом лише тією мірою, якою це необхідно з метою захисту основ конституційного ладу, моральності, здоров'я, прав і законних інтересів інших осіб, забезпечення оборони країни та безпеки держави». Крім цих загальних умов, у Конституції Росії є статті, що закріплюють можливість обмеження окремих прав і свобод (ч. 2 ст. 20, ч. 2 ст. 22, ч. 2 ст. 23, ст. 25, ч. 2 і 4 ст. 29, ч. 3 ст. 32 та ін.). Подібні норми загального і конкретного характеру щодо обмеження прав і свобод, є в конституціях Португалії 1976 р., Туреччини 1982 р., Хорватії 1990 р., Румунії 1991 р., Словенії 1991 р., Молдови 1994 р., Таджикистану 1994 р., Вірменії

1995 р., Казахстану 1995 р., Польщі 1997 р., Албанії 1998 р., Швейцарії 1999 р., Киргизстану 2010 р.

Друга модель: у конституції є застереження загального характеру про можливість обмеження прав і свобод тільки законом або на підставі закону й положення про обмеження окремих прав і свобод (конституції Бахрейну 2002 р., Іраку 2005 р. та інших держав).

Третя модель: конституція встановлює тільки обмеження окремих прав і свобод, не згадуючи про загальні умови обмеження (конституції Ірландії 1937 р., Італії 1947 р., Індії 1950 р., Кувейту 1962 р., Данії 1953 р., Сінгапуру 1959 р., Монако 1962 р., Пакистану 1973 р., Сан-Марино 1974 р., Греції 1975 р., Іспанії 1978 р., Болгарії 1991 р., Литви 1992 р., Андорри 1993 р., Азербайджану 1995 р., Грузії 1995 р., України 1996 р., Фінляндії 1999 р., Афганістану 2004 р.)» [19, с. 144–145].

Видається, що Конституція Республіки Сан-Марино під кутом зору нашого дослідження є винятковою, особливою, з огляду на те, що вона передбачає можливість законодавчо обмежити здійснення низки громадянських і політичних прав «лише у виняткових випадках зі спеціальних мотивів *публічного* (і тільки! – *О. П.*) порядку та інтересу» (ст. 6).

**Деякі висновки.** Обмеження основних прав є фундаментальною (базовою) категорією конституційно-правового статусу особи. Виходячи з того, що абсолютних, «безмежних» прав людини апріорі існувати не може, вважаємо встановлення чітких та зрозумілих критеріїв обмежування таких прав на найвищих (міжнародно-правовому та кон-

ституційному) рівнях важливою гарантією від можливих дій держави та її окремих органів щодо свавільного зменшення обсягу правореалізації.

Наявна бінарність правообмежувачих підстав (1) захист індивідуальних прав та свобод людини і громадянина; 2) захист публічних (суспільних і державних) інтересів) у статтях міжнародно-правових актів та більшості сучасних конституцій є, як видається, ознакою втілення в юридичну практику ідей *ліберального комунітаризму* як результату синтезу ліберальних і комунітаристських постулатів<sup>1</sup>.

Коло замикається: межі та обмеження реалізації прав людини і громадяни-

на у конституціях та міжнародних «праволюдних» документах означені як інтереси *суспільства, громадський порядок, національна безпека* тощо. Інакше кажучи, ми знову маємо можливість спостерігати певний конфлікт між ліберальним закріпленням прав людини і вимушеним обмеженням їхньої реалізації з підстав, що мають чітко виражений комунітаристський відтінок.

Проте факти обмежування прав людини на користь державної влади (з метою захисту державної (національної) безпеки і таке інше) вже свідчать, гадаємо, про недостатність розгляду конституційно-правового статусу особи лише під кутом зору дихотомії «лібералізм – комунітаризм». Адекватнішим видається в подальшому проводити відповідне дослідження в межах, образно кажучи, трикутника «влада (потестарний (макіавелліансько-кантіанський) дискурс) – людина (лібералізм) – суспільство (комунітаризм)», що й буде завданням наших наступних публікацій.

<sup>1</sup> Прикметно, що згідно з конституційно-проектними пропозиціями Львівської лабораторії прав людини і громадянина НДІ державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України, визнано за доцільне абзац перший ст. 22 Конституції України викласти у такій редакції: «Права та свободи людини та інших осіб мають бути справедливо збалансовані з інтересами суспільства» [20, с. 16].

### Список використаних джерел

1. Рабінович П. М. Межі здійснення прав людини (загальнотеоретичний аспект) / П. М. Рабінович // Вісн. Акад. прав. наук України. – 1996. – № 6. – С. 5–13.
2. Національна стратегія у сфері прав людини: затв. Указом Президента України від 25 серп. 2015 р. № 501/2015 // Уряд. кур'єр. – 2015. – 2 верес. (№ 160).
3. Панкевич О. З. Лібералізм і комунітаризм: до питання про дві парадигми сучасної політико-правової філософії / О. З. Панкевич // Право і громад. сусп.-во. – 2013. – № 3(4). – С. 122–134.
4. Конституції зарубіжних держав: Великобританія, Франція, Германия, Италия, Европейский Союз, США, Япония, Индия : учеб. пособие / сост. В. В. Маклаков. – 5-е изд. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – 608 с.
5. Міл Джон Стюарт. Про свободу: Есе : пер. з англ. – К. : Основи, 2001. – 463 с.
6. Нерсесянц В. С. Философия права : учеб. для вузов / В. С. Нерсесянц. – М. : НОРМА, 2003. – 652 с.
7. Лапаева В. В. Критерии ограничения прав человека с позиций либертарной концепции правового понимания / В. В. Лапаева // Журнал рос. права. – 2006. – № 4. – С. 103–115.
8. The Universal Declaration of Human Rights [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>.
9. Львівські пропозиції з удосконалення конституційно-правового статусу людини і громадянина в Україні // Юрид. вісн. України. Судова практика. – 2015. – 22–28 серп. (№ 33). – С. 1–16.

10. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.
11. Мирзаханян Э. С. Дискуссия о проблеме рационального обоснования социальной справедливости в западной философии второй половины 20-го – начала 21-го века : автореф. дис. ... канд. филос. наук : 09.00.03 / Э. С. Мирзаханян. – Тверь, 2008. – 18 с.
12. Красноголов Ю. О. Теоретичні засади та політичні стратегії комунітаризму крізь призму комунітарної критики лібералізму / Ю. О. Красноголов // Наук. зап. Києво-Могилян. акад. – Політ. науки. – 2008. – Т. 82. – С. 28–34.
13. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_043](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043).
14. The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=basictexts>.
15. Добрянський С. Роль Хартії основних прав Європейського Союзу в юридичному гарантуванні прав і свобод людини / С. Добрянський // Право України. – 2015. – № 10. – С. 67–78.
16. Charter of Fundamental Rights of the European Union [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf).
17. Рабінович П. М. Здійснення прав людини: проблеми обмежування (загальнотеоретичні аспекти) : монографія / П. М. Рабінович, І. М. Панкевич. – Львів : Астрон, 2001. – 108 с.
18. Эбзеев Б. С. Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации : монография / Б. С. Эбзеев. – М. : Проспект, 2013. – 656 с.
19. Подмарев А. А. Вопросы ограничения прав и свобод человека и гражданина в современной конституции / А. А. Подмарев // Вестн. Саратов. юрид. акад. – 2014. – № 4. – С. 144–145.
20. Проект Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо прав, свобод і обов'язків)» // Право України. – 2015. – № 10. – С. 14–25.

### References

1. Rabinovych P. M. (1996) Mezhi zdiisnennia prav liudyny (zahalnoteoretychnyi aspekt) [The limits of human rights (general theoretical aspect)] *Visnyk Akademii pravovyykh nauk Ukrainy. – Bulletin of the Academy of Law Sciences of Ukraine*, 6, 5–13. [in Ukrainian]
2. Natsionalna stratehiia u sferi prav liudyny. Zatverdzheno Ukazom Prezydenta Ukrainy vid 25 serpnia 2015 roku № 501/2015 [The national strategy on human rights. Approved by Decree of the President of Ukraine on August 25, 2015 № 501/2015] (2015) *Uriadovyi kurier. – Governmental Courier*, 160. [in Ukrainian]
3. Pankevych O. Z. (2013) Liberalizm i komunitaryzm: do pytannia pro dvi paradyhmy suchasnoi polityko-pravovoi filosofii [Liberalism and communitarianism: to the question about two paradigms of modern political and legal philosophy] *Pravo i hromadianske suspilstvo. – Law and Civil Society*, 3, 122–134. [in Ukrainian]
4. Konstitucii zarubezhnykh gosudarstv: Velikobritanija, Francija, Germanija, Italija, Evropejskij sojuz, SShA, Japonija, Indija [Constitution of foreign states: United Kingdom, France, Germany, Italy, the European Union, USA, Japan, India] (2006) M. Wolters Kluwer [in Russian]
5. Mil Dzhon Stiuart (2001) *Pro svobodu: [On Freedom]* K. Osnovy [in Ukrainian]
6. Nersesjants V. S. (2003) *Fylosofija prava [Philosophy of law]* Moscow, NORMA. [in Russian]
7. Lapaeva V. V. (2006) Kryteryi ohranychennia prav cheloveka s pozytysi lybertarnoi kontseptsyy pravoponymanyia [The criteria for restrictions on human rights from the standpoint of the libertarian concept of legal] *Zhurnal rossijskogo prava. – Journal of Russian law*, 4, 103–115. [in Russian]
8. The Universal Declaration of Human Rights. Available: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>. [in English]
9. Lvivski propozyzii z udoskonalennia konstytutsiino-pravovoho statusu liudyny i hromadianyna v Ukraini [Lviv suggestions for improving the constitutional and legal status of man and citizen in Ukraine] (2015) *Yurydychnyi visnyk Ukrainy. Sudova praktyka. – Legal Bulletin of Ukraine. The judicial practice*, 33, 1–16. [in Ukrainian]
10. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights Available: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. [in English]

11. Mirzahanjan Je. S. (2008) Diskussija o probleme racional'nogo obosnovanija social'noj spravedlivosti v zapadnoj filosofii vtoroj poloviny 20-go – nachala 21-go veka [Discussion on the problem of rational justification of social justice in the western philosophy of the second half of the 20th – beginning of the 21st century] : avtoref. dis. ... kand. filos. nauk: spec. 09.00.03. Tver [in Russian]
12. Krasnoholov Y. O. (2008) Teoretychni zasady ta politychni stratehii komunitaryzmu kriz pryзму komunitarnoi krytyky liberalizmu [Theoretical principles and political strategies in the light of communitarianism communitarian critique of liberalism] *Naukovi zapysky Kyievo-Mohylianskoj Akademii. Politychni nauky. – Scientific notes of Kyiv-Mohyla Academy. Political Science*, Vol. 82, 28-34. [in Ukrainian]
13. International Covenant on Civil and Political Rights. Available: <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. [in English]
14. The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Available: <http://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=basictexts>. [in English]
15. Dobrianskyi S. (2015) Rol Khartii osnovnykh prav Yevropeiskoho Soiuzu v yurydychnomu harantuvanni prav i svobod liudyny [The role of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in legal guarantee of human rights and freedoms] *Pravo Ukrainy. – Law of Ukraine*, 10, 67–78. [in Ukrainian]
16. Charter of Fundamental Rights of the European Union. Available: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf). [in English]
17. Rabinovych P. M., Pankevych I. M. (2001) *Zdiisnennia prav liudyny: problemy obmezhuвання (zahalnoteoretychni aspekty)* [Implementation of human rights: the problems limiting (general theoretical aspects)] Lviv, Astron. [in Ukrainian]
18. Jebzeev B. S. (2013) *Chelovek, narod, gosudarstvo v konstitucionnom stroe Rossijskoj Federacii* [Man, the people, the state in the constitutional order of the Russian Federation] Moscow, Prospekt. [in Russian]
19. Podmarev A. A. (2014). Voprosy ogranichenija prav i svobod cheloveka i grazhdanina v sovremennoj konstitucii [Questions restrictions on rights and freedoms of man and citizen in the modern constitution] *Vestnik Saratovskoj juridicheskoi akademii. – Bulletin of the Saratov Law Academy*, 4, 144–145. [in Russian]
20. Proekt Zakonu Ukrainy «Pro vnesennia zmin do Konstytutsii Ukrainy (shchodo prav, svobod i oboviazkiv)» [Draft Law of Ukraine «On Amendments to the Constitution of Ukraine (regarding the rights, freedoms and duties)»] (2015) *Pravo Ukrainy. – Law of Ukraine*, 10, 14–25. [in Ukrainian]

Стаття надійшла до редколегії 05.09.2016.

**Панкевич О. З.**, кандидат юридических наук, доцент, старший научный сотрудник Львовской лаборатории прав человека и гражданина Научно-исследовательского института государственного строительства и местного самоуправления Национальной академии правовых наук Украины, Украина, г. Львов  
e-mail: pankevych9@gmail.com

### Основания ограничения прав человека: философско-правовой аспект

*В статье с философско-правовых позиций рассматривается проблема ограничения основных прав человека. Подчеркивается, что установление четких критериев ограничения таких прав на международно-правовом и конституционном уровнях является гарантией от действий государства по произвольному уменьшению объема право-реализации.*

*Отмечается, что имеющаяся бинарность правоограничивающих оснований в статьях международно-правовых актов и большинства современных конституций является признаком воплощения в юридическую практику идей либерального коммунитаризма.*

**Ключевые слова:** ограничение прав человека, правоограничивающие основания, либерализм, коммунитаризм, либеральный коммунитаризм.

**Pankevych O. Z.**, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Senior researcher of Lviv Laboratory on Rights of Man and the Citizen of the Research Institute of State Building and Local Government of National Academy of Law Sciences of Ukraine, Ukraine, Lviv  
e-mail: pankevych9@gmail.com

### **Grounds of Human Rights Limitations: Philosophic and Legal Aspects**

*The article examines philosophical and legal grounds to restrict human rights and freedoms in the constitutional and international legal acts. In particular, from this standpoint the subject of analysis encompasses the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, the European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union.*

*The solution of any complicated legal issue has a particular philosophical basis (sometimes not even perceived by legal subjects). The broad issue of human rights is no exception (and, thus, restrictions of rights which are an integral and crucial part of human rights). Therefore, solution options are determined by the commitment to a particular philosophical position.*

*Thus, one of the most important, defining dichotomies for modern Western political and legal philosophy, in our opinion, is the dichotomy of «liberalism – communitarianism», the basis for a true understanding of which is the opposition between an individual and the society.*

*Hence, the restriction of fundamental rights is a basic category of constitutional and legal status of a person. Based on the fact that absolutely «unlimited» human rights cannot exist, we consider that establishing clear and understandable criteria limiting those rights at the highest (international legal and constitutional) level is an important safeguard against possible actions of the state and its individual bodies on arbitrary reduction of law implementation.*

*Available limiting binary grounds 1) protection of individual human rights and freedoms; 2) protection of public (social and public) interests in articles of international instruments and most modern constitutions are the sign of the embodiment in legal practice ideas of liberal communitarianism as a result of the synthesis of liberal and communitarian postulates.*

*The circle closes: the boundaries and limitations of the human rights and civil rights in constitutions and international documents on human rights are designated as public interest, public order and so on. In other words, we again have the opportunity to observe a conflict between liberal consolidation of human rights and forced restriction on the grounds of their implementation with clearly defined communitarian shade.*

*However, we believe that facts of limiting human rights in favor of the government (for the protection of state (national) security, public order etc.) evidence the lack of consideration of the constitutional and legal status of a person only from the perspective of the dichotomy of «liberalism – communitarianism». It seems to be adequate in the future conduct a study within the triangle «power (potestary (Machiavellian-Kantian) discourse) – people (liberalism) – society (communitarianism)».*

**Key words:** human rights limitation, limiting grounds, liberalism, communitarianism, liberal communitarianism.

---

**ДОБРЯНСЬКИЙ СВЯТОСЛАВ ПАВЛОВИЧ,**

кандидат юридичних наук, доцент,  
провідний науковий співробітник  
Львівської лабораторії прав людини і громадянина  
Науково-дослідного інституту державного  
будівництва та місцевого самоврядування  
Національної академії правових наук України,  
Україна, м. Львів  
e-mail: svatolex@gmail.com



УДК 340.12

## **Юридичне гарантування основоположних прав людини у Європейському Союзі: проблеми та перспективи**

*У статті охарактеризовано особливості становлення та розвитку інституту прав людини в Європейському Союзі. Аналізуються норми Хартії основоположних прав Європейського Союзу як головного юридичного інструменту гарантування прав людини цього міжнародного формування, а також досліджуються перспективи удосконалення юридичного гарантування основоположних прав та свобод у Європейському Союзі з огляду на підготовку Договору про приєднання Європейського Союзу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.*

**Ключові слова:** права людини, Європейський Союз, Хартія основоположних прав.

Кризова ситуація, у якій опинилася Україна впродовж останніх трьох років, вимагає рішучих кроків у остаточному визначенні зовнішньополітичного вектору розвитку. На Європейському континенті для нашої держави, вочевидь, найбільш перспективними та ефективними напрямками інтеграції виступають такі міжнародні формування, як Рада Європи (далі – РЄ) та Європейський Союз (далі – ЄС). У той час, коли РЄ є перспективною формою політич-

ної інтеграції держав Європи, ще більші можливості співпраці не лише у політичній сфері, а й у сферах економічній, соціальній, культурній, відкриваються для України у такому міжнародному інтеграційному об'єднанні, як ЄС, Угоду про асоційоване членство з яким було підписано у березні 2014 р. після доленосних подій на Майдані впродовж грудня 2013 р. – березня 2014 р.

Реалізація положень Угоди про асоційоване членство з ЄС вимагає від

України, поряд із іншим, освоєння правової системи ЄС, зокрема юридичних норм щодо гарантування основоположних прав та свобод. Отже, метою цієї статті є дослідження загальних закономірностей, особливостей, а також проблем у юридичному гарантуванні основоположних прав та свобод у ЄС задля з'ясування шляхів більш ефективного наближення правової системи України до правової системи ЄС.

Хоча на початку 1950-х рр. було прийнято вважати, що повага та захист основоположних прав людини – це виключний обов'язок РЄ (оскільки інститути так званих Європейських Співтовариств (попередника ЄС, далі – ЄСС), які функціонували у певних галузях економіки, не можуть безпосередньо впливати на реалізацію принципу захисту прав людини), реалії політико-правових процесів між державами – членами ЄС показали, що це не так. Фактично з перших років функціонування центральної судової інституції ЄСС – тоді ще Суду Справедливості ЄС (далі – Суд ЄС) було запропоновано прийняти рішення щодо відповідності актів інститутів ЄС конституційним положенням держав-членів у сфері регулювання прав людини [1, с. 100].

**Роль Суду ЄС у юридичному гарантуванні прав людини в ЄС.** Принцип поваги та захисту прав людини впродовж тривалого часу явно не викремлювався у таких фундаментальних, установчих засадах правової системи ЄС, як *принципи свободи, демократії та верховенства права*. Первісно установчі документи ЄС не гарантували дотримання прав і основних свобод людини у правовій системі ЄС. Так, до

другої половини 1960-х рр. Суд ЄС відмовлявся здійснювати тлумачення актів інститутів ЄСС на відповідність конституційним положенням держав-членів з метою забезпечення прав та свобод. У 1959 р. до Суду ЄС було подано чотири скарги, в яких піднімалося питання про невідповідність рішень Верховного органу (орган управління, створений відповідно до Договору про утворення Європейського об'єднання вугілля та сталі від 18 квітня 1951 р. (далі – Договір про ЄОВС)) конституційним вимогам щодо прав громадян держав-членів. Розглянувши в об'єднаному провадженні ці чотири справи 15 липня 1960 р., Суд ЄС визнав свою компетенцію приймати рішення про законність актів Верховного органу відповідно до Договору про ЄОВС, однак зазначив, що він не зобов'язаний встановлювати відповідність таких актів національному законодавству держав-членів, за винятком їх конституційного законодавства. Суд також відмітив, що *«право Співтовариства, як зазначено в Договорі про ЄОВС, не містить жодних загальних принципів, які би гарантували основоположні права»* [1, с. 101].

Однак подальше розгортання процесів європейської інтеграції неминуче висувало проблему забезпечення основних прав людини на одне з перших місць порядку денного ЄС, що, зрештою, й спонукало Суд ЄС змінити свою позицію і розпочати процес конституціоналізації інституту основоположних прав та свобод. Першим кроком у цьому стало рішення у справі *Loos*, в якому Суд ЄС вказав, що незалежно від держав-членів, право Співтовариства не тільки встановлює обов'язки



окремих осіб, а й також одночасно закріплює основоположні права як частину європейської правової традиції [2]. Крім того, Суд ЄС постановив, що «установчі договори повинні тлумачитися як такі, що мають пряму дію і надають індивідуальні права, які національні суди повинні захищати».

Подальшим кроком у напрямі забезпечення основоположних прав людини стала справа *Stauder* (1969 р.), у якій Суд ЄС постановив, що *права людини входять до системи загальних принципів права Спільноти*, які ним захищаються. А пізніше, у справі *Nold* (1974 р.) Суд ЄС вказав, що право Спільноти, яке він має тлумачити, виходить з *спільних конституційних традицій держав-членів, і при формуванні цінностей Спільноти він буде брати до уваги конвенції та угоди, укладені із державами-членами, а також Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.* (далі – ЄКПЛ) [3, р.144].

Таким чином, аналізуючи прецедентну практику Суду ЄС, можна виокремити два періоди його функціонування, які кардинально відрізнялися застосовуваними підходами: якщо на першому етапі Суд ЄС усіяко уникав визнання проблеми захисту основоположних прав людини (прямо посилаючись на те, що Установчі договори ЄС не містять положень щодо гарантування прав людини), то з другої половини 1960-х рр. захист прав людини було визнано ним невід’ємним принципом права ЄС. Більше того, завдяки діяльності Суду ЄС вдалося частково подолати прогалини в установчих договорах ЄС щодо гарантування прав та свобод людини.

### Уконституювання інституту прав людини в установчих договорах ЄС.

Лише через 30 років після заснування Європейського Співтовариства (далі – ЄСП) у Єдиному європейському акті вперше було вміщено посилання на принцип захисту прав людини. В абзаці 3 преамбули цього Акта зазначалося, що держави – члени ЄС «сповнені рішучості сприяти спільними зусиллями розвитку демократії, яка спирається на права, визнані конституціями і законами держав-членів, ЄКПЛ та Європейською соціальною хартією» [1, с. 104].

Подальший процес конституціоналізації основоположних прав людини продовжив Амстердамський Договір від 2 жовтня 1997 р. Положеннями цього документа було внесено суттєві корективи в систему угод про утворення ЄС: так, принцип поваги до прав людини та фундаментальних свобод, раніше закріплений тільки у преамбулі Договору про ЄС, перетворився на фундамент інтеграційних процесів у ЄС [1, с. 105]. А за часів головування Німеччини в ЄС (1999) було запропоновано «... на сучасному етапі становлення ЄС розробити Хартію основоположних прав (далі – Хартія ЄС) задля того, щоб явно гарантувати для громадян Союзу першочергову значимість прав та свобод».

Такий документ було, врешті-решт, розроблено, і він був «урочисто проголошений» Європейським парламентом, Радою міністрів ЄС та Європейською комісією у Ніцці 7 грудня 2000 р. [4, с. 158]. Спочатку, на жаль, Хартія не була інкорпорована до системи установчих угод ЄС, вона навіть була опублікована у серії «С» офіційного журна-

лу, а не у серії «Л», яка зарезервована саме для права.

Таким чином, після свого проголошення Хартія 2000 р. не була наділена юридичною силою і була вперше згадана Судом ЄС лише у 2006 р. у справі щодо законності Директиви про об'єднання сім'ї.

**Місце Хартії ЄС у системі джерел права ЄС.** Із набранням чинності Лісабонським договором 1 грудня 2009 р. Хартія ЄС набула юридичної сили як один з установчих договорів ЄС.

Варто зауважити, що тільки за перший рік чинності Хартії ЄС Суд ЄС посилався на її норми понад 30 разів, а в листопаді 2010 р. уперше застосував положення Хартії ЄС як правову підставу анулювання приписів низки регламентів ЄС через їх суперечність Хартії ЄС [6].

Загалом схвально оцінюючи значення цього документа в правопорядку ЄС, поставимо питання: чи можна вважати процес конституціоналізації прав людини в ЄС таким, що досягнув своєї завершальної стадії, а отже, проблеми, які виникали на різних етапах європейської інтеграції, отримали нарешті своє належне вирішення? Відповідаючи на це запитання, варто, на нашу думку, звернути увагу на певні практичні проблеми при застосуванні Хартії для захисту основоположних прав людини.

По-перше, норми Хартії ЄС мають обов'язковий характер лише для інституцій ЄС у процесі здійснення наданих їм повноважень (зокрема, при прийнятті відповідних правових актів), а також для держав – членів ЄС при імплементації ними положень права Союзу. Тоді як приватні особи як суб'єкти право-

порядку ЄС володіють обмеженими процесуальними можливостями щодо оскарження актів інституцій ЄС на предмет порушення останніми прав та свобод, закріплених у Хартії ЄС. Відповідно до ст. 263 ДФЄС, приватні особи мають право оскаржити акт інституції ЄС, який не адресований їм персонально (а переважна більшість означених актів має саме такий характер), тільки у тому випадку, коли він породжує для них безпосередні правові наслідки та стосується їх персонально [11, с. 65]. Зазначені принципи (*персональний та безпосередній характер акта*) були детально розроблені у судовій практиці Суду ЄС, і, як зазначається в науковій літературі, складність дотримання цих критеріїв на практиці тягне для приватних суб'єктів неможливість безпосереднього оскарження актів інституцій ЄС на основі положень Хартії ЄС [5, с. 114].

Отже, можна зробити висновок, що для повноцінного використання можливостей, які впливають із Хартії ЄС, необхідно є принципова лібералізація процесуально-правового статусу приватних суб'єктів, яка прямо уможливить оскарження ними актів інституцій ЄС на предмет порушення основоположних прав та свобод.

По-друге, норми Хартії ЄС (зокрема ч. 3 ст. 52) містять положення, за яким права та свободи, закріплені у цьому документі, у процесі його застосування повинні мати значення та обсяг відповідно до однойменних прав та свобод, закріплених у ЄКПЛ [1, с. 107]. Зазначена норма покликана слугувати гарантією того, що принципи захисту прав людини, закріплені в ЄКПЛ та розроб-

лені практикою Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), отримують своє належне і повне відображення у правозахисній практиці Суду ЄС.

Натомість практика Суду ЄС нерідко демонструє певну автономність застосування та тлумачення ним прав і свобод людини на відміну від ЄСПЛ. Конфліктною площиною між ЄС та ЄСПЛ у сфері прав людини називають щонайменше: а) систему надання біженцям притулку в ЄС на основі так званого Дублінського регламенту ЄС (станом на сьогодні понад 1000 заяв щодо порушення норм ЄКПЛ при вирішенні питання про депортацію біженців із держав – членів ЄС чекають на своє вирішення у ЄСПЛ); б) практику застосування в ЄС Європейського ордеру на арешт, який, як стверджується, значно розходиться з усталеною практикою ЄСПЛ щодо застосування ст. 3 і ст. 6 ЄКПЛ; в) антимонопольну практику ЄС з її надзвичайно високими штрафами і невинувато великими повноваженнями Європейської комісії з розслідування порушень і накладення штрафів [7, с. 111–114].

**Перспективи приєднання ЄС до ЄКПЛ.** Оскільки положення установчих договорів у чинній редакції договору про ЄС (ст. 6) передбачають обов'язок ЄС приєднатися до системи захисту прав людини на основі ЄКПЛ, видається, що зазначені вище проблеми юридичного гарантування прав людини у правовій системі ЄС могли би бути більш ефективно вирішені після визнання обов'язковою для нього юрисдикції ЄСПЛ. Адже результатом такого кроку буде передача спірних питань на розгляд такого незалежного авторитетного міжнародного арбітра, як ЄСПЛ.

Взагалі ідея приєднання ЄС до ЄКПЛ активно обговорювалася як політиками, так і юристами, вже з кінця 1970-х рр. Однак Суд ЄС у своєму рішенні 2/94 від 28 березня 1996 р. вказав, що Європейське Співтовариство не володіє необхідними повноваженнями для приєднання до ЄКПЛ, і такий крок вимагає внесення змін до установчих договорів.

Після оприлюднення такої правової позиції суду ЄС упродовж тривалого часу (понад 14 років) процес приєднання ЄС до ЄКПЛ не відбувався, допоки не стало очевидним, що накопичення практики Люксембурзького суду в царині захисту прав людини на основі застосування положень Хартії ЄС (зокрема, тих, які закріплюють права людини одноіменні з правами, гарантованими ЄКПЛ), тягне за собою поступове розходження правозахисної практики Суду ЄС та ЄСПЛ. У липні 2010 р. розпочалися переговори щодо приєднання ЄС до ЄКПЛ, результатом яких стало вироблення відповідного проекту договору.

Отож, розглянемо більш детально юридичні норми відповідно до цього проекту, котрі опосередковуватимуть процес приєднання ЄС до ЄКПЛ і, що має особливе значення у контексті нашого дослідження, визначатимуть межі судового нагляду ЄСПЛ за актами органів ЄС після підписання зазначеного договору (далі – Договір про приєднання).

Стаття 1 (b) Протоколу № 8 до Договору про приєднання містить вимогу про те, що така угода «передбачає створення механізму, необхідного для того, щоби забезпечити те, що скарги держав – нечленів ЄС та індивідуальні

звернення про порушення прав людини правильно адресувалися відповідно проти держави-члена ЄС або самого ЄС» [8]. У той же час ст. 3 цього Протоколу визначає, що «ніщо в Договорі про приєднання не впливатиме на застосування ст. 344 ДФЄС», а ст. 6 (2) Договору про ЄС встановлює, що «приєднання до ЄКПЛ не впливатиме на повноваження Союзу, визначені в угодах» [9]. Зазначена стаття містить вимогу про те, що «держави-члени зобов'язуються не використовувати інших способів вирішення спорів щодо тлумачення та застосування Договорів, аніж ті, котрі визначені у цьому договорі». Як роз'яснив Суд ЄС у справі *МОХ*, «це положення стосується також усіх спорів щодо вторинного законодавства ЄС» [10, р. 191]. Інакше кажучи, ст. 344 ДФЄС встановлює монополію Суду ЄС щодо вирішення будь-яких спорів, які виникають між державами-членами і стосуються права ЄС.

Які ж практичні наслідки застережень, визначених у юридичних нормах, котрі опосередковують процес приєднання ЄС до ЄКПЛ?

По-перше, важливим є те, що приписи ст. 344 ДФЄС фактично виступають юридичною підставою унеможливлення звернення до ЄСПЛ однієї держави – члена ЄС проти іншої держави-члена щодо порушення нею прав людини, котре є результатом застосування права ЄС. Отже, юридичні можливості звернення до ЄСПЛ за захистом прав людини у справах, котрі стосуються застосування державами – членами права ЄС, фактично зводяться нанівець [10, р. 182].

По-друге, схожа проблема постає у випадку гіпотетичного звернення зі скаргою на порушення прав людини, гарантованих ЄКПЛ, держави – члена ЄС проти самого ЄС або ж ЄС проти своєї держави-члена. Оскільки предметом такої скарги, так чи інакше, буде проблема тлумачення та застосування права ЄС, такі справи також «випадатимуть» за межі юрисдикції ЄСПЛ.

Які ж суб'єкти володітимуть *реальними процесуальними можливостями* ініціювання захисту прав людини у справах, котрі виникають із правовідносин, ініційованих актами застосування права ЄС?

**Звернення недержавних суб'єктів.** Що стосується індивідуальних звернень стосовно порушення прав людини, то їх можна вважати ефективними засобами захисту прав людини від актів інституцій ЄС та держав-членів цього формування за умови врахування таких факторів. Як відомо, проблема захисту прав людини у правопорядку ЄС раніше уже була предметом розгляду ЄСПЛ у низці справ, серед яких окремої уваги заслуговують справи *Bosphorus v. Ireland* [10, р. 327] та *Mss v. Belgium and Greece* [10, р. 328].

У першій із них ЄСПЛ сформулював принцип так званого «еквівалентного захисту прав людини». Зокрема, розглядаючи скаргу проти держави – члена ЄС, котра виконувала свої обов'язки відповідно до одного із регламентів ЄС, ЄСПЛ зазначив: «Дії держави, вжиті на виконання своїх юридичних обов'язків, є обґрунтованими, допоки відповідна організація вважається такою, що захищає основоположні права людини як щодо вжитих матеріальних гарантій,

так і механізмів, котрі забезпечують їх дотримання у спосіб, який можна вважати принаймні еквівалентним до того, який забезпечує Конвенція» [10, р. 327]. У декількох наступних рішеннях ЄСПЛ підтримав та дещо уточнив своє розуміння принципу «еквівалентного захисту прав людини», зокрема щодо дотримання обов'язків, котрі випливають зі ст. 6 ЄКПЛ (рішення у справі *Kokkelvisserij v. the Netherlands*).

У справі *Mss v. Belgium and Greece* ЄСПЛ розглядав звернення особи афганської національності проти Бельгії на основі Регламенту Дублін II. Бельгійська влада вжила заходів із вислання заявника до Греції, куди, за його словами, він не мав бути висланий через випадки нелюдського та принизливого ставлення в Греції до тих, хто звертається за отриманням притулку. ЄСПЛ виступив проти Бельгії, оскільки «регламент ЄС у даному випадку надає державі певну самостійність у діях, яку вона не використала». ЄСПЛ зазначив, що «підхід, вироблений у справі *Boshorus v. Ireland*, не може застосовуватися» [10, р. 342].

Отож, якщо на стадії оцінки прийнятності індивідуальної скарги щодо порушення прав людини державою – членом ЄС у контексті виконання нею обов'язків, які випливають із законодавства ЄС, ЄСПЛ дійде висновку про те, що слід застосувати принцип «еквівалентного правового захисту», піднята у скарзі проблема захисту прав людини вкотре залишається в царині Суду ЄС. Чи сприятиме такий підхід повноцінному захисту прав людини? Видається, що знайти відповідь на це питання буде не важко.

Що стосується індивідуальних звернень проти самого ЄС (попри те, що така можливість захисту прав людини відкривається після підписання Договору про приєднання), видається, що кількість таких звернень – з огляду на специфічний правопорядок ЄС, зокрема щодо прийняття рішень та розподілу владних повноважень між державами – членами ЄС та його органами, – не буде великою.

Наведений вище аналіз положень проекту Договору про приєднання ЄС до ЄСКЛ дозволяє, як видається, констатувати максимальне врахування інтересів ЄС, а саме: збереження унікального (*sui generis*) правового порядку ЄС, розподілу компетенції між його інституціями та державами-членами, а також попередження втручання будь-яких «небажаних» суб'єктів у правову систему ЄС.

Здавалося би, що в такому формулюванні Договору про приєднання мав би у найближчому майбутньому набрати юридичної сили і надати, нарешті, ЄС повної легітимності в обговоренні з іншими державами питань дотримання прав людини. Однак, усупереч будь-яким очікуванням, 18 грудня 2014 р. Суд ЄС прийняв Висновок 2/13 щодо невідповідності Договору про приєднання ЄС до ЄКПЛ установчим договорам ЄС, внаслідок чого приєднання ЄС до ЄКПЛ відкладається на невизначений термін [11, с. 90].

Докладний аналіз цього Висновку Суду ЄС потребує, вочевидь, окремого дослідження. Однак варто звернути увагу на те, що головним аргументом, який Суд ЄС поклав в основу свого негативного рішення, як не парадоксально,

є саме тим комплексом проблем, які розробники документа намагалися вичерпно передбачити та врегулювати забезпечення принципу 1) верховенства права ЄС; 2) добросовісного співробітництва держав – членів ЄС та автономії права ЄС; 3) монополії Суду ЄС на вирішення конфліктів, а також 4) проблема залучення ЄС або держави-члена як співвідповідачів [11, с. 83–91].

Тож розглянемо окремі аргументи Суду ЄС, які, на його думку, виступають за своєю суттю вагомими перешкодами на шляху приєднання ЄС до ЄКПЛ.

**Проблема дотримання принципу верховенства права ЄС.** У згаданому вище Висновку Суд ЄС зазначає, що «передача повноважень по контролю за діями ЄС зовнішньому судовому органу (ЄСПЛ), рішення якого будуть носити для ЄС обов’язковий характер, саме по собі не суперечить праву ЄС. При цьому у ЄСПЛ не повинно бути можливості ставити під сумнів висновок Суду ЄС стосовно сфери дії права ЄС, зокрема стосовно того, чи зв’язана держава – член ЄС обов’язком дотримання основоположних прав та свобод ЄС».

Як зазначають коментатори Висновку Суду ЄС, проблема полягає у тому, що ст. 53 ЄКПЛ надає право державам – членам ЄС встановлювати більш високі стандарти захисту прав людини, аніж ті, які закріплені ЄСПЛ. Отже, Суд ЄС звертає увагу на потенційну загрозу того, що у випадку приєднання ЄС до ЄКПЛ, за умовами чинного проекту Договору про приєднання, держави – члени ЄС зможуть використовувати ст. 53 ЄКПЛ як підставу для відмови виконувати свої зобов’язання відповідно до права ЄС, навіть незважаючи на наяв-

ність відповідної попередньої практики Суду ЄС (його рішення по справі *Melloni*, за яким держави не можуть відмовлятися від виконання вимог права ЄС, покликаючись на те, що їх внутрішнє законодавство передбачає більш високий ступінь захисту прав людини, аніж Хартія ЄС [10, р. 376]).

Чи можна погодитися з тим, що в цій частині Висновку 2/13 аргументи Суду ЄС мають переконливий характер? Навряд чи.

По-перше, захист і забезпечення основоположних прав та свобод людини не є єдиним пріоритетом сучасних держав – членів ЄС, а така ціль балансується з іншими загальносуспільними інтересами – такими, як, наприклад, стабільний економічний розвиток, збереження безпеки та розвиток демократії. Так, відповідно до ст. 67 ДФЄС «ЄС створює простір свободи, безпеки та законності при дотриманні основоположних свобод». Отже, за умови проведення відповідними інституціями ЄС збалансованої політики у сферах, переданих державами – членами ЄС національним органам ЄС, такої проблеми просто не буде виникати.

По-друге, досвід окремих держав – членів ЄС свідчить, які непередбачувані та шкідливі суспільні наслідки можуть викликати неадекватні правові і політичні кроки окремої держави-члена щодо самого ЄС. Так, економічні проблеми Англії після проведення національного референдуму на предмет виходу з ЄС, гадаємо, стануть пересторогою для інших держав приймати поспішні й сумнівні правові та політичні кроки щодо ЄС. Відтак держави – члени ЄС навряд чи поспішатимуть сьогодні

з правовими рішеннями (у нашому випадку – відмовлятися від виконання вимог права ЄС під приводом забезпечення основоположних прав та свобод), які ставлять у загрозове становище їхній чинний статус у правопорядку ЄС.

І, нарешті, оскільки Хартія ЄС включає права людини, гарантовані ЄКПЛ, дотримання мінімальних стандартів прав людини, розроблених у відповідній практиці ЄСПЛ, буде достатнім для того, щоби були відхилені аргументи для критики держав-членів щодо недотримання ЄС необхідних показників прав людини.

**Проблема дотримання монополії Суду ЄС щодо вирішення правових спорів.** Ще одна перешкода, на яку вказує Суд ЄС у своєму Висновку 2/13 як підставу непідписання Договору про приєднання, є те, що приєднання ЄС до ЄКПЛ відкрис для держав – членів ЄС можливість подачі до ЄСПЛ міждержавної скарги (на основі ст. 33 ЄКПЛ) чи то проти самого ЄС, чи то проти іншої держави-члена, чим буде порушено ст. 344 ДФЄС. Однак, як було з'ясовано вище, ст. 344 ДФЄС встановлює монополію Суду ЄС на вирішення тих спорів, у яких піднімається питання застосування чи тлумачення права ЄС. Отже, у випадку порушення державою – членом ЄС принципу добросовісного співробітництва (який вимагає у спорах щодо питань тлумачення та застосування права ЄС звертатися в першу чергу

до Суду ЄС), Європейська комісія має у своєму розпорядженні усі необхідні правові інструменти (подання позову до держави – члена ЄС про невиконання нею своїх зобов'язань) для притягнення винних до юридичної відповідальності [11, с. 89]. Отже, проблема, на яку вказує Суд ЄС у згаданому Висновку, не має реальної практичної значущості.

**Основні висновки.** 1. Аналіз процесів юридичного гарантування основоположних прав та свобод у ЄС дозволяє констатувати наявність значного поступу в напрямі захисту прав та свобод: на зміну первісних правових позицій Суду ЄС про заперечення необхідності захисту прав людини в ЄС було прийнято відповідні зміни до установчих договорів ЄС, за якими дотримання принципу захисту основоположних прав людини трансформоване на необхідну правову умову членства у ЄС.

2. Приєднання ЄС до ЄКПЛ могло би стати позитивним кроком і привести, у кінцевому результаті, до гармонізації праволюдних стандартів РЄ та ЄС. Але негативне рішення Суду ЄС 2/13 від 18 грудня 2014 р. зупинило такий процес на невизначений строк.

3. Відновити процес приєднання ЄС до ЄКПЛ можна буде, як видається, тільки після суттєвого доопрацювання Договору про приєднання і внесення відповідних змін до установчих договорів ЄС.

### Список використаної літератури

1. Табушка С. Развитие защиты прав человека в рамках правовой системы Европейского Союза / С. Табушка // Право України. – 2013. – № 3. – С. 100–107.
2. Case C-26/62 Van Gend en Loos vs. Belasting Administration of February 5, 1963 // European Court Reports. – 1963.

3. Nanette N. A. Allan R. The European Union and Human Rights / N. A. Nanette, R. Allan. – The Hague: Boston : London : Kluwer Law International, 1995. – 246 p.
4. Хартия Европейского Союза об основных правах. Комментарий. – М. : Юриспруденция, 2001. – 203 с.
5. Энтин К. В. Присоединение Евросоюза к ЕКПЧ / К. В. Энтин / Европ. право. – 2012. – № 3. – С. 111–123.
6. Joined cases C-92/09 and C-93/09 Volker and Markus Schecke Gbr (C-92/09) Harmut Eifert (C-93/09) v. Land Hassen [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://curia.europa.eu/juris/document/>.
7. Исполинов А. С. Практика ЕСПЧ в отношении Европейского Союза: некоторые уроки для ЕврАзЭС / А. С. Исполинов // Журн. зарубеж. законодательства и сравнит. правоведения. – 2012. – № 3. – С. 112–114.
8. Draft legal instruments on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Working\\_documents/CDDH-UE\\_2011\\_16\\_final\\_en/pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Working_documents/CDDH-UE_2011_16_final_en/pdf).
9. Белова Г. Институциональные и процессуальные проблемы, связанные с присоединением Европейского Союза к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод / Г. Белова // Право України. – 2013. – № 3. – С. 109–113.
10. Gaja G. Accession to the ECHR / G. Gaja // EU Law After the Lisbon Treaty / ed. by B. Biondi, P. Eeckhout, S. Ripley. – Oxford University Press, 2012.
11. Энтин К. В. Присоединение Европейского Союза к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод: анализ Заключения Суда ЕС 2/13 / К. В. Энтин // Сравнит. Конституц. обозрение. – 2015. – № 3. – С. 83–91.

## References

1. Tabushka S. Razvitie zashitu prav cheloveka v ramkah pravovoy sistemu Evropejskogo Sojuza / S. Tabushka // Pravo Ukrainu. – 2013. – № 3. – S. 100–107.
2. Case C-26/62 Van Gend en Loos vs. Belastigen Administration of February 5, 1963 // European Court Reports. – 1963.
3. Nanette N. A. Allan R. The European Union and Human Rights / N. A. Nanette R. Allan // – The Hague/ Boston / London: Kluwer Law International, 1995. – 246 p.
4. Hartija Evropejskogo Sojuza ob osnovnih pravah. Comentarij. – М. : Jurisprudencija 2001. – 203 s.
5. Entin K. V. Prisoedinenie Evrosojuusa k EKPCH / K. V. Entin / Evropejskoje pravo. – 2012. – № 3. – S. 111–123.
6. Joined cases C- 92/09 and C-93/09 Volker and Markus Schecke Gbr (C- 92/09) Harmut Eifert (C-93/09) v/ Land Hassen // <http://curia.europa.eu/juris/document/>
7. Ispolinov A. S. Practica ESPCH v otnoshenii Evropejskogo Sojuza: nekoroje uroki dlja EvrAses / A. S. Ispolinov // Gurnal zarubegnogo sakonodatelstva I sravnitel'nogo pravovedenija. – 2012. – № 3. – S. 112–114.
8. Draft legal instruments on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Working\\_documents/CDDH-UE\\_2011\\_16\\_final\\_en/pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Working_documents/CDDH-UE_2011_16_final_en/pdf).
9. Belova G. Institucionalnuje I procesualnuje problemu, svjazannuje s prisojedineniem Evropejskogo Sojuza k Evropejskoj Convenciji o zashite prav cheloveka I osnovnih svobod / G. Belova // Pravo Ukrainu. – 2013. – № 3. – S. 109–113.
10. Gaja G. Accession to the ECHR // EU Law After the Lisbon Treaty. – ed. by Biondi B., Eeckhout P., Ripley S. – Oxford University Press. – 2012. – 589 p.
11. Entin K. V. Prisoedinenie Evropejskogo Sojuza k Evropejskoj Convenciji o zashite prav cheloveka I osnovnih: analiz zakluchenia Suda ES 2/13 / K. V. Entin // Sravnitel'noje Konstitucionnoje obozrenie. – 2015. – № 3. – S. 83–91.

*Стаття надійшла до редколегії 26.08.2016.*



*Добрянский С. П.*, кандидат юридических наук, доцент, научный сотрудник Львовской лаборатории прав человека и гражданина Научно-исследовательского института государственного строительства и местного самоуправления Национальной академии правовых наук Украины, Украина, г. Львов  
e-mail: svatolex@gmail.com

### **Юридическое гарантирование основоположных прав человека в Европейском Союзе: проблемы и перспективы**

*В статье характеризуются особенности становления и развития института прав человека в Европейском Союзе. Анализируются нормы Хартии основоположных прав Европейского Союза как главного юридического инструмента гарантирования прав человека в данном международном объединении, а также исследуются перспективы усовершенствования юридического гарантирования основоположных прав и свобод в Европейском Союзе с учетом подготовки Договора о Присоединении Европейского Союза к Конвенции о защите прав человека и основоположных свобод.*

**Ключевые слова:** права человека, Европейский Союз, Хартия основоположных прав.

*Dobryanskiy S. P.*, candidate of legal sciences, docent, manl scientific co-worker of the Lviv Laboratory on human and citizen's rights of the Scientific-research Institute of State building and local self-governance of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Ukraine, Lviv  
e-mail: svatolex@gmail.com

### **Legal Protection of the Fundamental Rights in the European Union: Problems and Perspectives**

*Specifics of human rights institution development and formation in the European Union are researched. The problem of the human rights protection and corresponding standards of such rights were analyzed in the scientific works of such scholars as Tabushka S., Nanette N., Allan R., Entin K., Ispolinov A., Belova G., Gaja G. These scientists researched different aspects of evolution and elaboration of human rights protection in the primary and secondary legislation of the European Union, namely role of the Court of European Union in this process, amendment of the founding treaties of the European Union bearing in mind necessity of the human rights protection clauses.*

*At the same time it is worth mentioning that within Ukrainian scholars the problem of European Union human rights standards has not been sufficiently researched, notwithstanding fact that after signing Agreement on Associated Partnership between Ukraine and European Union that very the problem of approximation of Ukrainian legislation in the sphere of human rights towards European Union standards become of paramount importance. That is why the goal of this article to research and suggest some particular suggestions for amendment of the Constitution of Ukraine in the realm of fundamental human rights and freedoms.*

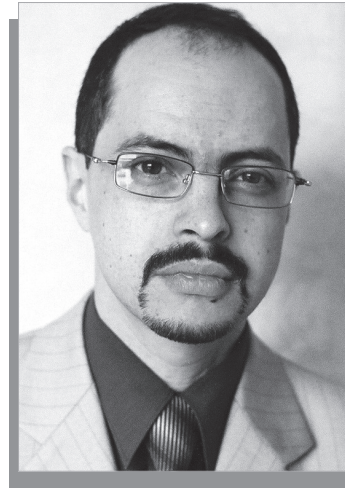
*Norms of the Charter of the Fundamental Rights of the European Union are analyzed through the prism of Charter understanding as the main legal instrument of human rights protection in this international organization, as well as perspectives of legal protection enhancing of human rights in this international formation are researched. A special emphasis is being made in relation to the possible accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of the Council of Europe. Efforts are being made for analyzing draft legal instruments on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights – Agreement on Accession.*

**Key words:** Human Rights, European Union, Charter of Fundamental Rights.

---

**РАБІНОВИЧ СЕРГІЙ ПЕТРОВИЧ,**

доктор юридичних наук, професор,  
провідний науковий співробітник Львівської  
лабораторії прав людини Науково-дослідного  
інституту державного будівництва та  
місцевого самоврядування Національної  
академії правових наук України,  
Україна, м. Львів  
e-mail: serg\_rabin@yahoo.com



УДК 342.41

## Можливості використання соціолого-правових підходів Ганса Кельзена при аналізі конституційних змін 2004–2014 років в Україні

*З огляду на актуалізацію проблем внесення змін до Основного Закону України в статті аналізуються елементи «чистого вчення про право» Г. Кельзена, які характеризують його конституційне праворозуміння. Обґрунтовується, що кельзенівський нормативізм виявляється насправді змістовно підпорядкованим соціології права і соціолого-правовій доктрині в питаннях, які стосуються революційних змін конституції і «основної норми». Сформульовані в результаті такого аналізу висновки частково екстраполюються на практику змін Конституції України в 2004, 2010 і 2014 роках.*

**Ключові слова:** нормативізм, соціологія права, чинність конституції, дієвість конституції, принцип ефективності.

Конфлікт між політичною доцільністю та конституційною законністю, легальністю й легітимністю неодноразово ставав предметом уваги українських правознавців. Чимало приводів для розмірковувань над цим конфліктом вкотре дають і події, пов'язані з вельми суттєвими змінами Основного Закону України, здійсненими у 2004, 2010 і 2014 роках. Останнім часом політичні й пра-

вові аспекти цих змін розглядалися, зокрема, О. Бориславською [1], В. Колісником [2, с. 22–32], М. Мельником [3], О. Мережком [4], О. Мироненком [5], Ю. Мірошніченко [6, с. 32–45], В. Мусіякою [7], В. Речицьким [8], С. Різником [9], М. Савчиним [10], П. Стецюком [11], М. Теплюком [12], І. Тимченком [13], В. Шаповалом [14], О. Ющиком [15].

Згаданими науковцями здійснювався правовий аналіз окремих етапів конституційного процесу в Україні, розглядалися їх матеріально-правові, конституційно-процедурні й соціально-політичні аспекти, піддавались оцінці конституційність, чинність і легітимність актів, якими оформлювались зміни до Основного Закону, для чого наводились різноманітні аргументи – юридичні, політичні й соціологічні. Водночас не можна не зауважити, що власне теоретико-методологічні основи такого оцінювання переважно залишаються недостатньо проясненими. З огляду на це міркування й доводи, що наводяться окремими авторами навіть у рамках однієї публікації, іноді можуть ґрунтуватись на відмінних типах правової аргументації й тому нерідко виявляються непорівнянними з позиціями їх опонентів. У деяких випадках має місце підміна конституційно-правових оцінок суто політичними або ж, навпаки, абстрагування від політичної реальності на користь «чистоти» конституційної догматики.

Натомість плідне обговорення будь-яких теоретичних проблем, у тому числі проблем конституційного процесу, видається можливим за умови чіткого усвідомлення використовуваних дослідницьких підходів та меж їх застосування.

У конституційно-правових і міждисциплінарних дослідженнях процес зміни конституції нерідко описується за допомогою терміно-понять, значення яких належать до відмінних смислових рядів. Останні, у свою чергу, відповідають базовим методологічним підходам до розгляду конституційного процесу: формально-юридичним, соціологічним

та аксіологічним. Деякі з таких смислових рядів наведені нижче: формально-юридичний – легальність, конституційна законність, чинність та ін.; соціолого-правовий – дієвість, виконуваність, реальність тощо; політико-соціологічний – доцільність, ефективність та ін.; соціолого-психологічний – бажаність, очікуваність та ін.; аксіолого-правовий – справедливість, пропорційність, матеріальна конституційність тощо; аксіолого-політичний – демократизм, прогресивність, легітимність та ін. Множинність значень окремих термінопонять, які – залежно від обраного підходу – можуть належати до різних смислових рядів, звісно, ускладнює обговорення політико-правових аспектів конституційних революцій. Це зумовлює необхідність мінімальної уніфікації значень використовуваної термінології.

Отже, пропонована стаття має на меті уточнити теоретико-методологічне підґрунтя аналізу тих змін конституції, за яких, так чи інакше, відбувається розрив між легальністю й легітимністю, розрив правової наступності. Засобом для цього слугуватиме звернення до положень класичної праці Ганса Кельзена «Чисте правознавство» (1934) [16], яка дотепер не втрачає своєї методологічної значущості, продовжуючи викликати жвавий інтерес сучасних правників [див., напр.: 18–23].

**«Чисте правознавство»: між легістським та соціологічним позитивізмом.** Насамперед, вибачаючись за вимушено великий обсяг цитування, наведемо кілька тверджень Г. Кельзена, які розкривають його погляд на питання про вплив фактичної дієвості конституційних норм на їх чинність.

Згідно з Г. Кельзенем, «мінімум так званої дієвості є умовою чинності норми <...> правова норма вже не розглядатиметься як чинна, якщо вона тривалий час лишається недієвою» [16, с. 21]. «Норми правового порядку бувають чинними *тому, що* засаднича норма, котра становить основне правило їх створення, припускається як чинна, а не тому, що вони є дієвими; однак вони є чинними тільки *тоді*, себто поки цей правовий порядок є дієвим. Як тільки конституція, а отже, й установлений на її основі правовий порядок як цілість втратять свою дієвість, тоді й правопорядок, і кожна його норма втратять свою чинність». Отже, дієвість правової норми тут прямо визнана необхідною умовою її чинності [16, с. 239, 240].

В іншому місці розглядуваного класичного твору зазначається: «Принцип, згідно з яким норма правового порядку є чинною доти, доки її чинність не буде припинена одним із визначених цим правопорядком способів чи доки тієї чинності не замінять чинністю якоїсь іншої норми цього самого правопорядку, є принципом легітимності.

Однак цей принцип може бути застосований до державного правового порядку лише з одним украй важливим застереженням. У випадку революції він не застосовується. Революція в ширшому розумінні слова, яке охоплює і державний переворот, є всякою нелегітимною, себто *такою, що не відповідає положенням конституції, зміною цієї ж конституції або ж її заміною іншим основним законом...* <...> Засаднича норма належить лише до такої конституції, що є фактично запровадженою через законодавчий акт або звичай

і є дієвою. А конституція є дієвою, коли установлені відповідно до неї норми *в загальному й цілому застосовуються й виконуються.* <...> Якщо б революція не перемогла, себто коли б революційний – створений не за попередньою конституцією – основний закон не набув дієвості... <...> ...тоді б революція не вважалась би процесом створення нового права, а тлумачилася б – згідно з попередньою конституцією й карним законодавством, що все ще спиралося б на неї й вважалося б чинним, – як державна зрада. <...> Таким чином, *принцип легітимності обмежується принципом ефективності*» [16, с. 233–234] (курсив наш. – С. Р.; пер. уточнено за [17]).

Наведені положення видаються прикметними у кількох аспектах. По-перше, чітко розрізняючи характеристики конституції формально-юридичні («чинність») та соціологічні («дієвість»), саме останні правознавець розглядає як необхідну передумову для перших, дещо несподівано й водночас цілком недвозначно демонструючи істотну роль соціологічних і політичних передумов у своїх теоретичних побудовах [див.: 22]. При цьому Г. Кельзен намагається розмежувати співвідносне значення юридичних і соціальних чинників як, відповідно, детермінуючих із логічною необхідністю («тому, що») і таких, що обумовлюють чинність конституції зовні («тоді», «поки»). І хоча характер обох чинників є якісно відмінним, однак роль емпіричної реальності для визнання норми чинною виявляється тут аж ніяк не меншою, аніж роль ідеальної юридико-нормативної реальності.

Та обставина, що, за Г. Кельзенем, для визнання конституції чинною вимагається наявність її «мінімальної дієвості» (фактичної застосовуваності), підтверджує прикладний характер кельзенівської концепції, яка, попри прагнення до кантіанської «чистоти», не може собі дозволити абстрагуватись від реалій політичної практики.

По-друге, мислителем запроваджується формально-юридичне значення поняття «революція» та похідне від нього терміно-поняття «революційна конституція». Оцінка «революційності» конституції (радше, революційності її зміни) передбачає виключно нормативістський критерій: відповідність конституційним умовам і порядку зміни основного закону (названий Г. Кельзенем «легітимністю»). Важливе застереження, згідно з яким принцип легітимності *не застосовується* у випадку революції, засвідчує ту поступку, яку в цьому пункті нормативізм робить соціології та політології: у пункті зустрічі права і сили право «не застосовується». На відміну від поглядів, обстоюваних Г. Кельзенем у працях 1920-х років, тут уже не держава визнається тотожною своїй конституції [24, с. 35], а навпаки, прямо стверджується, що смисл «конституційного» задається державною владою та її *«ефективним»*, а *отже*, і *законним*, урядом: «згідно із засадничою нормою всякого державного правового порядку фактично існуючий уряд, що на основі дієвої конституції запроваджує дієві загальні та індивідуальні норми, і є законним урядом держави» [16, с. 234]. І хоча згаданий вище вислів «не застосовується» можна

розглядати як суто описовий, йому може бути надано також і нормативне значення.

По-третє, фундатор юридичного нормативізму пов'язує чинність змін конституції з успіхом чи неуспіхом революції. Джерелом чинності конституції із необхідністю виявляється ефективний уряд. При цьому кельзенівське поняття революції охоплює, зокрема, й неконституційні дії органів державної влади зі зміни основного закону держави. Це, ясна річ, не виключає можливості юридичної переоцінки дій органів державної влади, які здійснили попередню конституційну революцію, в разі успіху наступної революції. Таким чином, у Кельзена йдеться про суто *юридичну*, «конституційну» (вислів А. Медушевського) революцію, яка, вочевидь, не завжди поєднується із революцією соціальною.

**«Чисте правознавство» і питання про чинність Конституції України.** Наведені вище положення, гадаємо, можуть бути певною мірою використані при розгляді взаємозв'язку легальності й легітимності у процесі тих змін Конституції України, які відбувались у 2004–2014 роках. Коротко схарактеризуємо основні етапи цього процесу.

Перехід від президентсько-парламентської до парламентсько-президентської форми державного правління в Україні було оформлено, як відомо, Законом України від 8 грудня 2004 р. № 2222-IV, прийнятого під час подій Помаранчевої революції. Порухення конституційної процедури, допущені при цьому парламентом, були досить очевидними як для прихильників, так

і для супротивників зміни Основного Закону. Таким чином, із кельзенівських позицій у цьому випадку є достатні підстави стверджувати про конституційну революцію 2004 р., яка відбувалась в умовах політичної революції.

26 червня 2008 р. Конституційний Суд України ухвалив Рішення № 13-рп/2008 у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів від фракцій «БЮТ» і «НУ-НС». Рішенням було визнано неконституційними положення Закону України «Про Конституційний Суд України», згідно з яким юрисдикція Суду не поширюється на вирішення питання щодо конституційності законів про внесення змін до Конституції України, які набрали чинності. Вказане подання і Рішення були спрямовані на створення юридичного підґрунтя для припинення дії змін і доповнень до Конституції, здійсненого у 2010 р. зусиллями вже іншої політичної сили – команди В. Януковича. Не можна не звернути увагу й на те, що згаданим Рішенням Конституційний Суд України розширив у неконституційний спосіб межі власної компетенції, визначені в Основному Законі.

Наступним пунктом зворотного руху «маятника» конституційних змін стали події 30 вересня 2010 р. Тоді Конституційний Суд України за поданням 252 народних депутатів – членів «Партії регіонів» ухвалив Рішення № 20-рп/2010 у справі про додержання процедури внесення змін до Конституції України, яким було визнано неконституційним Закон України № 2222-IV. Із формально-юридичного погляду підстав для розгляду питання про консти-

туційність вказаних положень Закону № 2222 Конституційним Судом України не існувало: ці положення не були чинними (не діяли) на момент звернення з конституційним поданням, тому ані розглядатись на предмет конституційності, ані втратити свою чинність вони не могли. Окрім цього, Конституційний Суд України не наділений правом наступного контролю конституційності змін до Основного Закону. Отже, згідно з Г. Кельзенем, є підстави констатувати наступну конституційну революцію, а радше – контрреволюцію або ж, радше, «реставрацію».

Акти українського парламенту від 21–22 лютого 2014 р., прийняття яких відбулось в очевидній формальній суперечності з положеннями Конституції, юридично оформили ще одну конституційну революцію в Україні.

Із позицій доктрини нікчемності правових актів (яка, зауважимо, не поділялась Кельзенем [23, с. 181]) можна було б стверджувати, що протягом понад трьох років після ухвалення Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 р. державний механізм України функціонував у режимі лише фактичної конституції, паралельно із застосуванням якої суто формально зберігала свою чинність Конституція зі змінами, внесеними 8 грудня 2004 р. Однак відповідно до концепції Кельзена зміна «засадничої норми» правопорядку, згідно з якою «належить виконувати нову конституцію», залежить від успішності юридичної революції, яка відбулась; водночас правова норма вже не вважається чинною, якщо вона трива-

лий час не застосовується, залишаючись недієвою. Із такого погляду про чинність Конституції 2004 р. вже навряд чи могло йти під час Революції Гідності 2013–2014 років. З огляду на використовуваний Кельзенем «принцип ефективності», у лютому 2014 р. чинність Конституції України в редакції 2004 р. могла вважатись уже *de facto* припиненою внаслідок успішної «реставрації» у 2010 р. й тривалого незастосування Конституції в редакції 2004 р. Таким чином, компроміс між нормативізмом і соціологією права в питанні співвідношення чинності права з його дієвістю дозволяє уникнути визнання радикального дуалізму юридичної та фактичної конституцій.

Відзначимо, що зміни Конституції у 2004, 2014 роках здійснювались в умовах політичних революцій. Ця обставина, з огляду на заборону зміни конституції в умовах надзвичайного стану, слугує додатковим свідченням юридичної революційності змін. Збройна агресія з боку Росії та початок воєнних дій створили нові підстави для сумнівів у легальності сучасного процесу зміни Конституції. Отже, з позицій «Чистого правознавства» революційний характер притаманний усім конституційним актам, якими оформлювались зміни Конституції України 1996 р. Ці зміни відбувались із порушеннями конституційних умов та/або процедури внесення змін до Конституції, а отже, за Г. Кельзенем, вони також мають бути кваліфіковані як «революційні». При цьому розриви процесуально-процедурної наступності тут поєднувались з част-

ковим збереженням матеріально-правової континуальності конституційних положень.

**Основні висновки.** Аналізовані положення твору Г. Кельзена відображають передовсім реальну політико-правову практику, в якій логіко-сміслові (формально-юридичні) властивості конституції суттєво зумовлюються соціально-політичними чинниками.

Видається більш ніж прикметним, що навіть у вченні лідера нормативістів принцип конституційної законності виявляється не абсолютним. Часові рамки застосування вказаного принципу визначає момент конституційної революції. Політичний успіх чи неуспіх революції, «ефективність» або ж «неефективність» революційного уряду стають умовами застосування чи, навпаки, незастосування принципу конституційної законності.

Залежність чинності конституції від її «мінімальної дієвості» підпорядковує юридичну догматику соціології права. Необхідність відповіді на питання про чинність конституції після здійснення конституційної революції змушує до методологічного компромісу, за якого «чистоту» правознавства, яке було би засноване виключно на формальній юридичній логіці, зберегти виявляється неможливим: у такий спосіб у класика легістського позитивізму соціологія конституційного права здобуває блискучу перемогу над конституційним нормативізмом. Що ж, життя бере своє! Й у цьому пункті прихильники юридичного реалізму на знак примирення мусили б лише потиснути Кельзенові руку.

Список використаних джерел

1. Бориславська О. Верховенство конституції чи верховенство права: деякі питання відновлення дії окремих положень Конституції України / О. Бориславська // Вісн. Конституц. Суду України. – 2015. – № 6. – С. 48–57.
2. Колісник В. Відновлення дії Конституції України та зміна форми правління як засіб поновлення конституційного ладу / В. Колісник // Вісн. Конституц. Суду України. – 2015. – № 4. – С. 103–109.
3. Мельник М. Конституційна афера / М. Мельник // Дзеркало тижня. – 2014. – 14 лют. (№ 5).
4. Мережка О. Природне право і помаранчева революція [Електронний ресурс] / О. Мережка. – Режим доступу: <http://www.grom-bezpeka.at.ua/publ/4-1-0-69#.V5cbRdKLSUK>.
5. Мироненко О. М. Конституційний Суд України: історія і сучасність, доктрина і практика / О. М. Мироненко. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького, 2011. – 910 с.
6. Контроль за додержанням належної конституційної процедури / С. Вдовіченко, В. Кампо, В. Овчаренко та ін. – К. : Алерта, 2011. – 94 с.
7. Мусіяка В. Будь-яка влада є результат узурпації? / В. Мусіяка // Дзеркало тижня. – 2010. – № 40.
8. Речицький В. Юридичний коментар до поточних конституційних трансформацій в Україні / В. Речицький // Права людини в Україні. – 2014. – 1–14 квіт. – С. 2–5.
9. Різник С. Про нез'ясоване питання конституційності актів парламенту, прийнятих в умовах Революції Гідності / С. Різник // Вісн. Конституц. Суду України. – 2015. – № 6. – С. 58–66.
10. Савчин М. Конституційний Суд України та реалізація Конституції України / М. Савчин // Публ. право. – 2015. – № 1. – С. 9–17.
11. Стецюк П. Зміни до Конституції України 1996 року: поступ чи криза конституціоналізму? / П. Стецюк // Вісн. Львів. ун-ту. Сер. юрид. – 2006. – Вип. 42. – С. 133–143.
12. Теплюк М. Правові проблеми змінення Конституції України / М. Теплюк, О. Ющик // Право України. – 2007. – № 12. – С. 3–7.
13. Тимченко І. Конституційна реформа? Конституційна криза? Конституційний переворот? / І. Тимченко // Народ і влада в Україні. – 2008. – № 1. – С. 14–19.
14. Шаповал В. Без парламенту змінити Конституцію сьогодні неможливо / В. Шаповал // Віче. – 2009. – Лип. – № 13.
15. Ющик О. Без легітимної Конституції не може бути легітимної влади / О. Ющик // Дзеркало тижня. – 2014. – 3 жовт. (№ 35).
16. Кельзен Г. Чисте правознавство: 3 дод.: Проблема справедливості / Г. Кельзен ; пер. з нім. О. Мокровольський. – К. : Юніверс, 2004. – 496 с.
17. Чистое учение о праве Ганса Кельзена : сб. пер. Вып. 1 / пер.: С. В. Лезов, Ю. С. Пивоваров. – М. : ИНИОН РАН, 1987. – 195 с.
18. Коваль Д. А. Международно-правовые идеи Ганса Кельзена и современные политико-правовые процессы в Украине / Д. А. Коваль // Укр. часопис міжнар. права. – 2014. – № 1–2. – С. 68–71.
19. Корнута Р. Друге прочитання основної праці Ганса Кельзена «Чисте правознавство» / Р. Корнута // Право України. – 2005. – № 10. – С. 13–17.
20. Сліденко І. Д. До проблеми номінального та реального конституціоналізму, теорії «Reine Rechtslehre» й онтології конституційного контролю / І. Д. Сліденко // Пробл. філософії права. – 2008/2009. – Т. 6/7. – С. 135–146.
21. Темченко В. Особливості співвідношення моралі та права у концепції «чистого права» Г. Кельзена / В. Темченко // Право України. – 2005. – № 1. – С. 36–38.
22. Антонов М. В. Соціологія права і чиста теорія права: складний взаємозв'язок / М. В. Антонов // Філософія права і загальна теорія права. – 1/2012. – С. 250–256.
23. Краевский А. А. Чистое учение о праве Ганса Кельзена и современный юридический позитивизм [Електронний ресурс] : дис. ... канд. юрид. наук / А. А. Краевский ; СПб ГУ. – 2014. – 231 с. – Режим доступу: [http://www.igpran.ru/prepare/a.persons/Kraevskiy/Kraevskiy\\_diss.pdf](http://www.igpran.ru/prepare/a.persons/Kraevskiy/Kraevskiy_diss.pdf).
24. Шмитт К. Политическая теология / К. Шмитт ; пер. с нем. ; сост. А. Филиппова. – М. : КАНОН-пресс-Ц., 2000. – 336 с.



## References

1. Boryslavska O. (2015) Verhovenstvo konstytutsiyi chy verhovenstvo prava: deyaki pitannia vidnovlennia diyi okremykh polozhen Konstytutsii Ukrainy [Supremacy of the Constitution or Rule of Law: Some Issues of the Restoration of Certain Provisions of the Constitution of Ukraine] *Visn. Konstytuts. Sudu Ukrainy. – Bulletin of the Constitutional Court of Ukraine* 6, 48–57 [In Ukrainian]
2. Kolisnyk V. (2015) Vidnovlennia dii Konstytutsii Ukrainy ta zmina formy pravlinnia yak zasib ponovlennia konstytutsiinogo ladu [Restoration of the Constitution of Ukraine and change of the form of government as a means of restoration of constitutional order] *Visn. Konstytuts. Sudu Ukrainy. – Bulletin of the Constitutional Court of Ukraine* 4, 103–109. [In Ukrainian]
3. Melnyk M. (2014) Konstytutsiina afera [Constitutional fraud] *Dzerkalo tizhnia*, 5, 14.02.2014 [In Ukrainian]
4. Merezko O. (2004) Pryrodne pravo i pomarancheva revolyutsiia [Natural law and Orange Revolution] *grom-bezpeka.at.ua* Retrieved from: <http://www.grom-bezpeka.at.ua/publ/4-1-0-69#.V5cbRdKLSUK> [In Ukrainian]
5. Myronenko O. M. (2011) Konstytutsiyniy Sud Ukrainy: Istorii i suchasnist, doktryna i praktyka. [Constitutional Court of Ukraine: history and contemporary, doctrine and practice] – К. : Koretsky Institute of state and law [In Ukrainian]
6. Vdovichenko S., Kampo V., Ovcharenko V. and oth. (2011) Kontrol za doderzhanniam nalezhnoii konstytutsiynoi protsedury. [Control for Independent Constitutional proceeding] – К. : Alerta [In Ukrainian]
7. Musiyaka V. (2010) Bud-yaka vlada e rezultat uzurpatsii? [Is ever authority the result of usurpation?] *Dzerkalo tizhnia*, 40 [In Ukrainian]
8. Rechitskiy V. (2014) Yuridichniy komentar do potochnykh konstytutsiinykh transformatsij v Ukraini [Law commentary on the current Constitutional changes in Ukraine] *Prava lyudini v Ukrainy – Human Rights in Ukraine* 1–14.04.2014, 2–5 [In Ukrainian]
9. Riznyk S. (2015) Pro nez'yasovane pytannia konstytutsiynosti aktiv parlamentu, prynyatyih v umovah Revolyutsii Gidnosti [On the issue of the constitutionality of the parliament acts, adopted under the Revolution of Dignity conditions] *Visn. Konstytutsiinogo Sudu Ukrainy. – Bulletin of the Constitutional Court of Ukraine* 6, 58–66 [In Ukrainian]
10. Savchyn M. (2015) Konstytutsiynii Sud Ukrainy ta realizatsiia Konstytutsii Ukrainy [Constitutional Court of Ukraine and implementation of Constitution of Ukraine] *Publ. pravo. – Public law*, 1, 9–17 [In Ukrainian]
11. Stetsyuk P. (2006) Zmini do konstytutsii Ukrainy 1996 roku: postup chy kryza konstytutsionalizmu? [Amendments to the 1996 Constitution of Ukraine: Step forward or crisis of Constitutionalism] *Visn. Lviv. un-tu. Ser. yurid. – Scientific journal «Visnyk of Lviv University», Series «Legal Sciences», 42, 133–143* [In Ukrainian]
12. Tepluk M., Yuschyk O. (2007) Pravovi problemy zminennia Konstytutsiyi Ukrainy [Legal problems of the Revision of the Ukrainian Constitution] *Pravo Ukrainy – Law of Ukraine*, 12, 3–7 [In Ukrainian]
13. Tymchenko I. (2008) Konstytutsiyna reforma? Konstytutsiyna kriza? Konstytutsiyniy perevorot? [Constitutional reform? Constitutional crisis? Constitutional coup?] *Narod i vlada v Ukrainy. – People and authority in Ukraine* 1, 14–19 [In Ukrainian]
14. Shapoval V. (2009) Bez parlamentu zminiti Konstytutsiyu soganodi nemozhливо [It's impossible to change the Constitution without parliament] *Viche. – Viche*, 07, 13 [In Ukrainian]
15. Yuschyk O. (2004) Bez legitimnoyi Konstytutsiyi ne mozhe buti legitimnoyi vladi [Any Authority isn't Legitimate if the Constitution isn't Legitimate] *Dzerkalo tizhnyia*, 35, 3.10.2014 [In Ukrainian]
16. Kelzen G. (2004) Chiste pravoznavstvo. Problema spravedlivosti [Pure theory of Law. Problem of Justice] translated by O. Mokrovolskiy. – К. : Yunivers [In Ukrainian]
17. Chistoe uchenie o prave Gansa Kelzena (1987), [Hans Kelzen's Pure theory of Law] Part 1, Transl. by Lezov S. V., Pivovarov Yu. S. – М.: ISISS RAS [In Russian]
18. Koval D. A. (2014) Mezhdunarodno-pravovyye idei Gansa Kelzena i sovremennyye politiko-pravovyye protsessy v Ukraine [Hans Kelzen's International law ideas and contemporary political and legal processes in Ukraine] *Ukrayinskiy chasopis mizhnarodnogo prava. – Ukrainian Journal of International Law*, 1–2 / 2014, 68–71. [In Russian]

19. Kornuta R. (2005) Druge pročitannia osnovnoi pratsi Gansa Kelzena «Chyste pravoznavstvo» [Hans Kelzen's main work «Pure theory of Law»] *Pravo Ukrainy. – Law of Ukraine*, 10, 13-17 [In Ukrainian]
20. Slidenko I. D. (2008/2009) Do problemy nominalnogo ta realnogo konstytutsionalizmu, teorii «Reine Rechtslehre» y ontologii konstytutsiinogo kontroliu [On the issue of nominal and real constitutionalism, theory of «Reine Rechtslehre» and the ontology of constitutional control] *Probl. filozofiyi prava. – Philosophy Of Law Issues An International Journal*, Vol. 6/7, 135–146. [In Ukrainian]
21. Temchenko V. (2005) Osoblyvosti spivvidnoshennia morali ta prava u kontseptsii «chystogo prava» G. Kelzena [Features of interrelation between morals and law by Hans Kelzen's «pure law» conception] *Pravo Ukrainy. – Law of Ukraine* 1, 36-38 [In Ukrainian]
22. Antonov M. V. (2012) Sotsiologiya prava i chysta teoriia prava: skladnyi vzaemozv'yazok [Sociology of Law and Pure Theory of Law: a Difficult Relation] *Filozofiya prava i zagalna teoriya prava. – Philosophy of law and General Theory of Law*, 1, 250–256 [In Ukrainian]
23. Kraevskii A. A. (2014) Chistoe uchenie o prave Gansa Kelzena i sovremenniyi yuridicheskii pozitivizm [Hans Kelzen's «Pure theory of Law» and contemporary legal positivism] The thesis for obtaining of a scientific degree of law, St. Petersburg's State University. *igpran.ru* Retrieved from: [http://www.igpran.ru/prepare/a.persons/Kraevskiy/Kraevskiy\\_diss.pdf](http://www.igpran.ru/prepare/a.persons/Kraevskiy/Kraevskiy_diss.pdf) [In Russian]
24. Shmitt K. (2000) Politicheskaya teologiya [Political Theology]. – M. : CANON-press-Centre [In Russian]

*Стаття надійшла до редколегії 29.08.2016.*

**Рабинович С. П.**, доктор юридических наук, професор, ведучий научный сотрудник Львовской лаборатории прав человека Научно-исследовательского института государственного строительства и местного самоуправления Национальной академии правовых наук Украины, Украина, г. Львов  
e-mail: serg\_rabin@yahoo.com

**Возможности использования  
социолого-правовых подходов Ганса Кельзена при анализе  
конституционных изменений 2004–2014 годов в Украине**

*В связи с актуализацией проблем внесения изменений в Основной Закон Украины в статье анализируются элементы «чистого учения о праве» Г. Кельзена, которые характеризуют его конституционное правопонимание. Обосновывается, что кельзеновский нормативизм по отношению к социологии права и социолого-правовой доктрине выполняет подчиненную роль в вопросах, касающихся революционных изменений конституции и «основной нормы». Сформулированные в результате такого анализа выводы частично экстраполируются на практику изменений Конституции Украины в 2004, 2010 и 2014 годах.*

**Ключевые слова:** нормативизм, социология права, действительность конституции, действенность конституции, принцип эффективности.

**Rabinovych S. P.**, Doctor of Juridical Sciences, Professor, Leading Researcher of Lviv Laboratory of Human Rights of the Scientific Research Institute of State Building and Local Government of National Academy of Law Sciences of Ukraine, Ukraine, Lviv  
e-mail: serg\_rabin@yahoo.com

**How Hans Kelsen's Sociological and Legal Approaches  
Can Be Apply in the Analysis of the Constitution's Changes  
in Ukraine in 2004–2014**

*The problem of correlation between normativism and sociology of law as Kelsen's methodological grounds of law-understanding is examined. Elements of Hans Kelsen's «Pure Theory of Law» which characterized his constitutional understanding of law are analyzed:*

*correlation between the validity of constitution and it's effectiveness; Kelsen's «effectiveness principle»'s influence validity of the constitution. Attention is drawn to the law substance of the legality of the constitutional changes principle.*

*The author presents a rationale that Kelsen's normativism occupies a subordinate role in relation to sociology of law in the process of revolutionary changes of constitution. It is confirmed by the following tenets of «Pure Theory of Law»: effectiveness of constitution is a priority for its validity; force of constitutional legality principle is limited by revolution moment; principle of legitimacy is limited by the principle of effectiveness; Basic Norm may be repealed in case of its non-application during a long time. The article provides that sociological positivism is the necessary element of general law-understanding in the constitutional legal order's change.*

*The author's conclusions are used while analyzing the changes of the Constitution of Ukraine. It is shown that the Ukrainian Constitution's changes in 2004, 2010 and 2016 were a «law revolutions». It is stated that contradiction between legality and legitimacy characterize not only periods of revolutionary change of the government, but are becoming feature of the whole constitutional process.*

**Key words:** normativism, sociology of law, constitution in action, effectiveness of the constitution, principle of effectiveness.

**ЧЕРКАС МАРИНА ЄВГЕНІВНА,**

кандидат юридичних наук,  
асистент кафедри теорії держави і права,  
Національний юридичний університет  
імені Ярослава Мудрого,  
Україна, м. Харків  
ORCID 0000-0002-6939-9545



УДК 340.12

## Чинники, що впливають на формування правосвідомості в Україні

*У статті проаналізовано основні чинники, що впливають на процес становлення правосвідомості, виокремлено позитивні та негативні тенденції, проаналізовано ознаки, види та особливості формування на сучасному етапі державотворення. Авторкою здійснено історичну ретроспективу визначення правової природи правосвідомості. Зокрема, визначено, що до основних сфер, які впливають на розвиток правосвідомості, належать право, політика, економіка та релігія.*

**Ключові слова:** право, правосвідомість, праворозуміння, деформація правосвідомості.

**Постановка проблеми.** Становлення правової, соціальної держави та громадянського суспільства в Україні вимагає підвищення рівня правосвідомості громадян нашої держави.

Саме на сучасному етапі свого розвитку правосвідомість українського суспільства показує досить високий рівень динаміки її трансформаційних процесів. Фактично можна схематично собі уявити шлях її розвитку у вигляді синусоїди, оскільки вона то вбирає най-

кращі цінності попередніх епох та розвиває їх до ідеального стану, то відображає усі можливі негативні прояви її деформації.

Сьогодні на прикінцевій стадії завершення переговорних процесів щодо інтеграції Української держави до Європейського Союзу постає важливе завдання переосмислення та сприйняття нових демократичних цінностей суспільного буття, зокрема, й підвищення якісних показників суспільної право-

свідомості та правової культури, що є досить непростим завданням в умовах посилення негативних тенденцій розвитку українського суспільства.

**Мета цієї статті** – детальний розгляд та аналіз основних чинників й особливостей формування правосвідомості в Україні. Для досягнення цієї мети поставлено такі завдання: 1) дати загальне визначення понять «правосвідомість» та розглянути її правову природу в історичній ретроспективі; 2) дослідити основні ознаки та риси правосвідомості; 3) виокремити види правосвідомості; 4) визначити фактори, що впливають на становлення правосвідомості.

**Об'єктом цього дослідження** є система відносин, що склались у державі та суспільстві щодо формування правосвідомості. Предметом дослідження є безпосередньо чинники, що впливають на формування правосвідомості в Україні.

**Аналіз останніх досліджень.** Окремі питання визначення правової природи, видів та ознак правосвідомості розглядалися такими вченими, як: О. Данильян, І. Ільїн, Б. Кістяківський, Г. Клімова, М. Ковалевський, М. Коркунов, П. Новгородцев, М. Палієнко, О. Петришин, С. Погребняк, Б. Чичерін та ін. Однак системного аналізу чинників, що впливають на формування правосвідомості на сучасному етапі, на жаль, не було здійснено.

**Виклад основного матеріалу.** Варто наголосити, що поняття правосвідомості детально досліджено у правовій теорії. Першу спробу розробки теорії правосвідомості здійснив П. Новгородцев, який хоча й не дає концептуального ви-

значення правосвідомості, проте його праці містять розуміння цієї категорії як філософсько-правової реальності.

Вагомий внесок у розбудову теорії правосвідомості зробив І. Ільїн, який зазначав, що передумова нормального, здорового права закладена в самій людині, її правосвідомості [1, с. 22–23].

Починаючи з другої половини ХХ ст. панівною в європейській правовій думці є течія так званого «м'якого» позитивізму, провідною тезою якого є думка, що критерієм юридичної цінності правової норми може бути її відповідність моральним принципам або змістовним цінностям [2, с. 13–14].

Суттєво зростає актуальність дослідження правової свідомості, яка є важливим суб'єктивним ціннісним началом позитивного права, критерієм його оцінки з точки зору відповідності певним моральним стандартам. Слід повністю погодитись з Е. Соловйовим, який виходить із того, що «правосвідомість – це не просто відображення в індивідуальній свідомості духу й характеру законів, що вже діють у суспільстві. У правосвідомості «активний темперамент», і найбільш адекватно вона виявляє себе, коли критикує й коригує чинні закони з позицій ідеальної справедливості, яка набула непорушного значення для достатньо великої маси людей» [3, с. 189]. Заслугує на підтримку також позиція І. Ільїна, який наголошує на тому, що нормальна правосвідомість не зводиться до *правильного знання позитивного права*. Вона взагалі не зводиться до одного «знання», а включає в себе всі основні функції душевного життя і передовсім –

волю (і саме – *духовно виховану волю*) [4, с. 167].

У сучасній правовій теорії під правосвідомістю зазвичай розуміють сукупність емоцій, почуттів, настанов, ідей, теорій, концепцій, за посередництвом яких відображається правова дійсність, формуються ставлення до права та юридичної практики, ціннісна орієнтація щодо правової поведінки, бачення перспектив і напрямів розвитку правової системи [5, с. 147]. Ми розуміємо під **правосвідомістю** різновид суспільної свідомості, який відображає у правових чуттєво-раціональних формах існуючу правову дійсність, правові явища, що існували в минулому, і бажані правові явища, здійснює нормативно-регулюючу дію на соціальну діяльність людей [6, с. 30].

Аналіз різноманітних праць вчених – дослідників питань правосвідомості дає підстави виокремити такі узагальнені **ознаки правосвідомості**: *по-перше*, це форма (різновид) суспільної свідомості; *по-друге*, суб'єктами (носіями) правосвідомості є різноманітні суб'єкти права; *по-третє*, об'єктом правосвідомості є ставлення людини до правових явищ, вираження індивідуальних та суспільних оцінок справедливості чи несправедливості законів, діяльності судових та правоохоронних органів тощо; *по-четверте*, вона є активним елементом системи правового регулювання, підставою для розвитку права та праворозуміння; *по-п'яте*, правосвідомість розглядається як специфічний засіб саморегуляції поведінки людей, впливаючи на їх правомірний вибір та ухвалення рішення щодо додержання або порушення правових норм.

У перехідних суспільствах, де відбувається зміна системи цінностей, правосвідомість має низку особливостей: 1) амбівалентність – наявність «старої» і «нової» системи цінностей; 2) мотиваційна невизначеність; 3) поведінкова непослідовність, що пов'язано з пошуком найбільш раціональних схем реалізації життєвих планів; 4) відсутність необхідних знань про правову систему країни; 5) превалювання звичаїв над позитивним правом; 6) терпиме ставлення до неправових засобів вирішення конфліктних ситуацій; 7) звернення до традицій та нехтування правом; 8) домінування патерналістських настанов у правосвідомості над активістськими; 9) прагнення упорядкувати власний життєвий світ і сподівання на раціоналізацію соціуму на мікро- та макрорівнях, не спираючись на правові норми; 10) поступове збільшення правової та загальносоціальної активності [7, с. 89]. Ці особливості повною мірою характерні і для пострадянського суспільства, зокрема українського.

Найбільш типовою є така схема структурного аналізу правосвідомості: з точки зору глибини (рівня) відбиття правових явищ виокремлюють теоретичну, професійну і повсякденну правосвідомість; залежно від способу (форми) відбиття – правову ідеологію і правову психологію; за суб'єктом відбиття – суспільну, групову й індивідуальну правосвідомість; з точки зору предмета відбиття – сфери правової свідомості, які відповідають різним видам суспільних відносин і галузям права [8, с. 180–186].

Варто зауважити, що існує тісний взаємозв'язок між правом та політи-

кою. Право є одним із численних засобів вираження політичних рішень, закріплення усталених політичних відносин та політичної системи суспільства. Варто зауважити, що правосвідомість безпосередньо стосується політики державної влади, виявляючись через розуміння цієї політики та ставлення до неї з позиції принципу правомірності та справедливості. Вона нерозривно пов'язана з процесом легітимації та демократизації публічної влади, і притаманна всім членам громадянського суспільства, які є активними учасниками державних політичних процесів. Цей підвид правосвідомості має суттєвий вплив на політичний процес, проте одночасно зазнає його впливу. Як зазначає В. Ковальчук, у даному випадку можна виокремити особливий різновид правосвідомості – *громадянську правосвідомість* – вид правосвідомості, який являє собою сукупність правових поглядів і почуттів, що безпосередньо стосуються діяльності публічної влади, її оцінки згідно з принципом правомірності та справедливості [9, с. 49].

О. Данильян та О. Петришин виділяють такий вид правосвідомості, як *демократична правосвідомість*. При цьому науковці зауважують, що базовою константою демократичної правосвідомості постає толерантність [10, с. 292].

Серед чинників, які впливають на процес становлення демократичної правосвідомості, можна виокремити, з одного боку, наявність та схвалення тих фундаментальних положень, які закріплюють мету та принципи демократиза-

ції суспільства (політико-правові передумови), а з другого – сутнісні умови можливості існування демократичної правосвідомості як явища правової реальності. Не менш важливою передумовою становлення правосвідомості демократичного напрямку є високий загальний рівень суспільної свідомості та культури, оскільки механічне дотримання законодавчих приписів ще не створює сприятливого ґрунту в суспільстві для впровадження демократичних інститутів, принаймні успіх таких нововведень, не укорінених у суспільній свідомості, не буде тривалим. Також одним із необхідних факторів формування демократичної правосвідомості є висока духовність суспільства, вкорінена в історичних, цивілізаційних та ментальних особливостях соціуму [10, с. 298–301].

Аналізуючи детально весь процес формування правосвідомості в Україні сьогодні, варто зупинитись на основних проблемах, які виникають (або ж потенційно можуть виникнути) на його шляху.

Так, сьогодні досить поширеним явищем нашого суспільного буття виступають різноманітні прояви (форми) *деформації правосвідомості*. Безпосередньою причиною виникнення деформацій правової свідомості є стан основних елементів механізму правового регулювання. Посиленню деформаційних явищ у суспільній правосвідомості України сприяють суперечності в різних галузях законодавства й правоохоронній системі в цілому. Таке становище дозволяє маніпулювати законодавством залежно від ситуації: спо-

стерігається поблажливе ставлення до багатьох поширених і небезпечних форм протиправної діяльності правлячої еліти.

Також суттєвою причиною існування деформацій правосвідомості в українському суспільстві є поступове звикання населення, особливо молоді, до злочинності. У міжнародному та національному масштабах набули широкого поширення і стали «звичними» для пересічних громадян такі види злочинів, як тероризм, масове захоплення заручників, работоргівля, замовні убивства, багатомільйонні шахрайства, корупційність у багатьох сферах суспільного життя [7, с. 294].

На сучасному етапі, як ніколи, необхідно акцентувати увагу на тому, що на рівень правосвідомості громадян (і відповідно – кількості проявів її деформації) впливає ціла низка різноманітних факторів, зокрема, відсутність єдиної високоефективної системи правового виховання, а також популяризація антиправової поведінки через ЗМІ, зокрема, прямі заклики до насильства через соціальні мережі в Інтернеті, створення спеціальних груп, «розправи» над людьми, які вчиняють протизаконні дії та поширення відео цих «розправ» із застереженням на майбутнє відмовитись від учинення подібних дій тощо. Саме тому, окрім більш детального аналізу поширених та непоширених форм деформації правової свідомості, до основних завдань, що ставить сам час перед науковцями, а у перспективі – й керманічами нашої держави, слід додати деталізацію причин виникнення різноманітних деформацій

правової свідомості, а також шляхи їх подолання.

Потрібно окремо зауважити, що в сучасній науковій літературі аналізуються різноманітні шляхи формування правосвідомості і правової культури українських громадян. Серед них, зокрема: демократизація усіх сфер соціального життя; вдосконалення правотворчого і правозастосовчого процесів; зміцнення законності і правопорядку; розвиток правовідносин; зростання ефективності діяльності всієї системи правосуддя; адаптація законодавства України до міжнародних норм і стандартів прав людини; гармонізація законодавства України із нормативними актами Європейського Союзу. Разом з тим важливе значення для формування правосвідомості і правової культури мають такі напрями: реалізація даного процесу як здійснення правового виховання і правового навчання українських громадян, а також підвищення ефективності їх правової інформованості [4, с. 307].

Важливим у контексті нашого дослідження є аналіз сучасного стану українського суспільства. Ще на початку 2000-х років, як зазначають окремі дослідники [11, с. 332], досить поширеною у Західній Європі, Японії, Росії та Україні була тенденція превалювання споживацької психології серед молоді, то починаючи з кінця 2013 р. в Україні духовні й громадянські цінності виходять на перший план. Зокрема, швидкого поширення набуває волонтерський рух (причому за різними напрямками: і допомога армії, і допомога



переселенням, і допомога тим, хто виїжджає із зони конфлікту, і т. д.), а також повністю змінюється ставлення до ідентифікації себе як українця, як свідомого громадянина нашої держави. Так, Л. Нагорна, яка аналізувала стан української суспільної думки щодо самовизначення протягом 1990-х рр. – початку 2000-х рр., вказувала на те, що втомлений, дезорієнтований, поляризований український соціум демонструє байдужість до національних цінностей. Мало не все українське вважається непрестижним, а поняття «патріотизм» практично зникло з політичного дискурсу [12, с. 44].

На сьогодні, навпаки, ця ситуація є прямо протилежною. Зокрема, аналіз даних соціологічних досліджень дає всі підстави стверджувати, що впродовж 2014–2015 рр. у соціальному, політичному, міжнародному становищі країни відбулися кардинальні зміни, які можуть створити передумови для успішного проведення реформ та створення якісно нових засад розвитку країни. Найбільші позитивні зміни відбулися в українському соціумі. Події Майдану, масовий рух добровольців на захист територіальної цілісності країни, значне поширення волонтерства, єднання громадян, поширення ідеї «братерства заради миру», свідомо матеріальна та фінансова підтримка громадянами армії та інших збройних формувань засвідчили, що в Україні є справжнє, дієве громадянське суспільство, яке спирається на власну базу. Російська агресія стала стимулом консолідації української політичної нації, зростання патріотиз-

му, спричинила стирання ліній поділу українського соціуму, що базувалися на соціокультурних відмінностях. Наочним свідченням цього стало значне та повсюдне зростання рівня підтримки європейського та євроатлантичного вектору розвитку України. Вперше за історію соціологічних досліджень зафіксовано значний позитивний баланс підтримки ідеї вступу України до НАТО – одного з ключових маркерів соціокультурного поділу українського суспільства. Україна остаточно визначилася з геополітичним вектором розвитку, підписавши та ратифікувавши Угоду про асоціацію з ЄС, відмовившись від позаблокового статусу і взявши курс на досягнення критеріїв, необхідних для членства в НАТО. Держава отримала потужну політичну, економічну, фінансову підтримку від міжнародних організацій, об'єднань і провідних країн світу, покращився імідж України у світі. Водночас постійне ведення бойових дій на окремих територіях, фактичний стан війни, невизначеність підпорядкування окремих територій, масштабність проблем, що постали перед державою, вкоріненість у діяльності влади корупційних схем і практик, брак у новій владній команді кваліфікованих управлінських кадрів, готових працювати за новими діловими і морально-етичними стандартами, прагнення швидких змін і реформ, не підкріплене ретельним аналізом можливостей і ресурсів, знижували і знижують ефективність дій влади, а подекуди призводили до помилкових політичних рішень.

Сьогодні продовжується процес залучення частини інститутів громадянського суспільства до політичного життя. Як бачимо, він має три основні форми: інкорпорація окремих активістів до складу партій або до їх виборчих списків; призначення радниками Президента, членами Кабінету Міністрів, керівниками місцевих органів влади; участь у місцевих виборах, обрання до органів місцевого самоврядування. При цьому вплив інститутів громадянського суспільства на владу поступово зростає. Йдеться як про участь незалежних експертів у процесі формування державної політики у різних сферах суспільного буття, так і про прямий тиск інститутів громадянського суспільства на владу. Досить очевидним є той факт, що у перспективі зростатиме конкуренція між різними інститутами громадянського суспільства на рівні пропозицій ідей і проектів конкретних рішень – що загалом можна оцінити як позитивну тенденцію. Можна очікувати також інтенсифікацію цього процесу на регіональному рівні [13].

Слід наголосити, що значним також є вплив на правосвідомість сучасного суспільства досягнень постіндустріальної та інформаційної цивілізації: кардинально змінилися кількість, якість та засоби передачі інформації, розширився спектр відносин, які не «встигає» регулювати законодавство, і тому вони опосередковані перш за все правосвідомістю суб'єктів конкретної правової ситуації, а також традиціями громадянської культури [7, с. 110]. Саме тому необхідна повсякчасна актуалізація питань інформаційної без-

пеки, оскільки, як усі ми могли переконались, одне й те ж явище чи подія можуть бути «подані» за допомогою засобів масової інформації у різних, часто протилежних ракурсах. Це, звичайно ж, не сприятиме єднанню окремих груп чи верств української нації.

Важливою тенденцією сучасного світу сьогодні виступає зміна ставлення до міжнародного права. Однією з ознак нового відношення до міжнародного права є перехід частини функцій і повноважень від національних держав до міжурядових організацій (яскравим прикладом цього виступає ЄС) [7, с. 190].

**Висновки.** Аналізуючи *основні чинники*, що на сучасному етапі впливають на формування суспільної правосвідомості, слід виокремити такі блоки:

*1. Право.* Стабільне законодавство, чіткий механізм його реалізації, високий рівень правової культури впливають на формування правосвідомості громадян найкращим чином. Сьогодні, в умовах нестабільності законодавства, численних його змін, реформування базових галузей законодавства, коли досить складно орієнтуватись у його нормах, формування правосвідомості відбувається хаотично, асимілюючи в себе як найкращі надбання цього періоду, так і його негативні прояви. Важливим у цій ситуації є те, що громадськість більше не покладається на право як на певний непохитний постулат, а керується саме правосвідомістю при оцінці своєї поведінки як правової чи неправової. Це може зумовити два абсолютно протилежних рухи, причому одночасно. Перший ва-

ріант – підвищення рівня правосвідомості (як індивідуального, так і колективного), увібрання найкращих європейських уявлень про право, цінність прав і свобод людини і громадянина тощо. Другий варіант – нівелювання дії правових норм шляхом їх невиконання, невідкорення, створення власної «системи правових норм», яка буде змінюватись відповідно до зміни ситуації. Останній варіант фактично означатиме сплеск нової, ще більшої хвилі правового нігілізму.

2. *Політика.* Політична ситуація в державі у всі часи мала значний вплив на правосвідомість. Причому останні дослідження та фактична ситуація на виборах до Верховної Ради України свідчать про те, що чим менш стабільна політична ситуація, чим більше загроз національному суверенітету, життю та здоров'ю громадян, тим більше проявів деформацій правосвідомості, зокрема, радикалізму (що яскраво демонструє склад парламенту, а також виникнення нових політичних та громадських течій). Враховуючи те, що частина громадян змушена була змінити місце проживання (у тому числі, й іммігрувати за кордон) через нездатність влади їх захистити, досить поширеним явищем сьогодні є недовіра до влади, можна стверджувати наявність «розбалансування» правосвідомості. Позитивним досягненням сучасної політики є ви-

значення єдиного вектору розвитку нашої держави – європейського. Звичайно ж, окремої уваги потребує питання зменшення корупції в країні, оскільки саме дієві та швидкі антикорупційні механізми, на нашу думку, зможуть у найближчій перспективі повернути довіру більшості до влади, що є важливим кроком для розвитку правосвідомості громадян.

3. *Економіка.* Аналіз функціонування економічної системи дозволяє констатувати її кризовий стан, повну розбалансованість та часткову руйнацію через фізичне знищення окремих її секторів та галузей. Це призвело до падіння доходів населення, зростання цін та, як наслідок, знецінення національної валюти. Знову ж таки, така ситуація зумовлює виникнення все нових і нових форм деформації правосвідомості. Сьогодні відбувається зміна вектору розвитку національної економіки: із суспільства споживання до інноваційного суспільства, в якому переважатиме збереження, відтворення та створення нових, альтернативних ресурсів.

4. *Релігія.* Важливим на етапі розбудови України як європейської держави є те, що протягом двох останніх років відбулося примирення різних конфесій, їх єднання в намаганнях допомогти людям пережити складну ситуацію в державі.

### Список використаних джерел

1. Ильин И. А. О сущности правосознания / И. А. Ильин. – М. : Рагорть, 1993. – 225 с.
2. Погребняк С. П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика) : монографія / С. П. Погребняк. – Х. : Право, 2008.

3. Соловьев Э. Ю. И. Кант: взаимодополнительность морали и права / Э. Ю. Соловьев. – М. : Наука, 1992.
4. Ильин И. А. Теория права и государства / И. А. Ильин. – М. : Зерцало, 2003.
5. Теорія держави і права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О. В. Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський та ін. ; за ред. О. В. Петришина. – Х. : Право, 2014.
6. Черкас М. Є. Правосвідомість та її функції в механізмі правового регулювання : монографія / М. Є. Черкас. – Х. : Право, 2014.
7. Калиновський Ю. Ю. Правосвідомість українського суспільства: генеза та сучасність / Ю. Ю. Калиновський. – Х. : Право, 2008.
8. Ратинов А. Р. Структура и функции правового сознания / А. Р. Ратинов // Проблемы социологии права. – Вильнюс, 1970. – С. 180–186.
9. Ковальчук В. Б. Громадянська правосвідомість як фактор утвердження легітимності державної влади / В. Б. Ковальчук // Вісник Академії митної служби України. Серія «Право» : наук. зб. – Д., 2014. – № 1 (12). – С. 47–53.
10. Данильян О. Г. Демократична правосвідомість: ознаки, передумови становлення й тенденції втілення в українському соціумі / О. Г. Данильян, О. В. Петришин // Правосвідомість і правова культура як базові чинники державотворчого процесу в Україні : монографія /Л. М. Герасіна, О. Г. Данильян, О. П. Дзьобань та ін. – Х. : Право, 2009.
11. Яковец Ю. В. Глобализация и взаимодействие цивилизаций / Ю. В. Яковец. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : ЗАО «Изд-во “Экономика”», 2003.
12. Нагорна Л. П. Українська етнопсія: криза ідентичності / Л. П. Нагорна // Національна інтеграція в полікультурному суспільстві: український досвід 1991–2000 років. – К. : ІнІЕНД; Бланк-Прес, 2002.
13. УКРАЇНА 2014–2015: ДОЛАЮЧИ ВИКЛИКИ (аналітичні оцінки) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.razumkov.org.ua/upload/1424704722\\_file.pdf](http://www.razumkov.org.ua/upload/1424704722_file.pdf).

### References

1. Ilyin, I. A. (1993) *O sushchnosti pravosoznaniya [About the nature of awareness]* M. : Ragort' [In Russian]
2. Pohrebnyak, S. P. (2008) *Osnovopoljni principy prava (zmistovna kharakterystyka) [The fundamental principles of law (substantial characteristics)]* Kh. : Pravo [In Ukrainian]
3. Solov'yev, E. U. (1992) *Kant: vzaimodopolnitel'nost' morali i prava [Kant: complementarity of morality and law]* M. : Nauka [In Russian]
4. Ilyin, I. A. (2003) *Teoriya gosudarstva i prava [The Theory of Government and Law]* M. : Zertcalo [In Russian]
5. Petryshyn O. V., Pohrebnyak S. P., Smorodyn'skyi V. S. et. Al. (2014) *Teoriya derzhavy i prava [The Theory of Government and Law]* (Petryshyn O. V. Ed.) Kh. : Pravo [In Ukrainian]
6. Cherkas, M. Ye. (2014) *Pravosvidomist' ta yiyi funkciy v mekhanizmi pravovo rehuliuвання [The Legal awareness and its function in the mechanism of legal regulation]* Kh. : Pravo [In Ukrainian]
7. Kalynovskyi, Yu. Yu. (2008) *Pravosvidomist' ukrainskoho suspil'stva: heneza ta suchasnist' [The Legal awareness of Ukrainian society: genesis and contemporaneity]* Kh. : Pravo [In Ukrainian]
8. Ratinov, A. R. (1970) *Struktura i funkciy pravovogo soznaniya [The structure and function of Legal awareness]* *Problemi sociologii prava. – Problems of the sociology of law*, 1, 180 [In Russian]
9. Kovalchuk, V. B. (2014) *Hromadska pravosvidomist' yak faktor utverdzhennia lehitymnosti derzhavnoi vlady [The civil legal awareness as a factor in establishing the legitimacy of the government]* *Visnyk Akademii mytnoi sluzhby. Seria «Pravo». – Bulletin of the Academy of Customs. Series «Law»*, 1 (12), 47 [In Ukrainian]
10. Danil'yan O. G., Petryshyn O. V. (2009) *Demokratichna pravosvidomist': oznaky, peredumovy stanovlennia i tendencii vtilennia v ukrains'komu sociumi [Democratic legal awareness : signs ,*

- conditions of formation and implementation of trends in Ukrainian society] In Herasina L. M., Danil'yan O. G. & Dzioban' O. P. (Eds), *The Pravosvidomist' i pravova kultura yak bazovi chynnyky derzhavotvorchoho procesu* (292). Kh. : Pravo [In Ukrainian]
11. Yakovec, Yu. V. (2003) *Globalizaciya i vzaimodeistviye civilizacij [The Globalization and the interaction of civilizations]* M. : ZAO «Izdatelstvo «Ekonomika» [In Russian]
  12. Nahorna, L. P. (2002) *Ukrainska etnonaciya: kryza identichnosti [The Ukrainian etnonatsiya : identity crisis]* // *Nacional'na intehraciya v polikulturnomu suspilstvi: ukrainskii dosvid 1991-2000 rokiv* K. : IpiEND; Blank-Pres
  13. *Ukraina 2014-2015: Dolauchy vyklyky (analitichni ocinky) [Ukraine 2014-2015 : overcoming challenges]* Retrieved from : [http://www.razumkov.org.ua/upload/1424704722\\_file.pdf](http://www.razumkov.org.ua/upload/1424704722_file.pdf) [In Ukrainian]

*Стаття надійшла до редколегії 15.08.2016.*

**Черкас М. Є.**, кандидат юридических наук, асистент кафедри теорії державства і права, Національний юридический університет імені Ярослава Мудрого, Україна, г. Харків

ORCID 0000-0002-6939-9545

### **Факторы, влияющие на формирование правосознания в Украине**

*В статье проанализированы основные факторы, влияющие на процесс становления правосознания, выделены положительные и отрицательные тенденции. Автором также проанализированы признаки, виды и особенности формирования правосознания украинского общества на современном этапе создания государства. Также осуществлена историческая ретроспектива определения правовой природы правосознания и дано авторское определение понятия «правосознание». Автором очерчены главные пути повышения уровня правосознания украинских граждан, а также основные уровни динамики трансформационных процессов правосознания. В частности, определено, что к основным сферам, влияющим на развитие правосознания, относятся право, политика, экономика и религия. Дополнительно акцентируется внимание на важности повышения уровня правосознания в контексте вступления в ЕС.*

**Ключевые слова:** право, правосознание, правопонимание, деформация правосознания.

**Cherkas M. Ye.**, Candidat of Legal Sciences, assistant, Department of the Theory of the State and Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv

ORCID 0000-0002-6939-9545

### **Factors Affecting the Formation Legal Awereness in Ukraine**

*The article analyzes the main factors influencing the process of establishing justice, highlighted positive and negative trends. First of all carried out a historical retrospective determination of the legal nature of legal awareness, and given to the author's definition of «legal awareness». The author also analyzed the types and features of formation of legal consciousness of the Ukrainian society at the present stage of the creation of the state. Provided generalized signs of consciousness. First, a form of social consciousness; Second, subjects are diverse entities. Thirdly, the object of legal awareness is human's relation to legal phenomena, individual expression and social assessments of justice or injustice of the laws*

*of the judiciary and law enforcement agencies and others. Fourth, it is an active element of the regulation, the basis for the development of law and legal thinking. Fifth, justicelegal awareness – is a specific means of self-regulation of behavior. The author outlines the main ways to increase the level of legal awareness of the Ukrainian citizens, as well as the main levels of the dynamics of transformation processes of justice. In particular, it is determined that the main areas that affect the development of the sense of justice, are law, politics, economics and religion. In addition, the focus is on the importance of raising the level of legal awareness in the context of EU accession.*

**Key words:** law, legal awareness, legal thinking, deformation of legal awareness.

**БАКУМОВ ОЛЕКСАНДР СЕРГІЙОВИЧ,**

кандидат юридичних наук, доцент кафедри  
конституційного та міжнародного права  
факультету № 4, Харківський національний  
університет внутрішніх справ України,

Україна, м. Харків

e-mail: bakumov.aleks@gmail.com

ORCID 0000-0002-4003-1974



УДК 342.8

## Правові позиції Європейського суду з прав людини щодо права на вільні вибори: спірні питання практики

*Охарактеризовано практику тлумачення положень статті 3 Протоколу № 1 Європейської конвенції з прав людини і основоположних свобод «Право на вільні вибори» Європейським судом з прав людини. Значну увагу приділено справі Hirst v. UK (6 October 2003), в якій ЄСПЛ зазначив, що позбавлення волі за вироком суду тягне за собою втрату будь-яких інших прав, зокрема виборчих. Проаналізовано аналогічні постанови, що констатують порушення статті 3 Протоколу № 1 у справі Frodl v. Austria (8 April 2010), Anchugov and Gladkov v. Russia (4 July 2013), Alajos Kiss v. Hungary (20 травня 2010) та інші. Аналізується резонансна справа Sitaropoulos et Giakoumopoulos v. Grèce (15 Mars 2012), в якій Велика палата ЄСПЛ не знайшла порушення права на вільні вибори.*

**Ключові слова:** Європейський суд з прав людини, право на вільні вибори.

У практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ; Європейський Суд; Суд) одна із найсерйозніших розбіжностей між суддями полягає у тлумаченні положень ст. 3 Протоколу № 1 «Право на вільні вибори» Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі –

Конвенція). Нагадаємо її зміст: «Високі Договірні Сторони зобов'язуються проводити з розумною періодичністю вільні вибори шляхом таємного голосування в таких умовах, які забезпечуватимуть вільне вираження думки народу у виборі законодавчого органу».

Закріплюючи «нове» право, якого немає в основному тексті Конвенції, ця стаття – результат політичного компромісу – по суті своїй не закріплює безпосередньо ніякого індивідуального права, а якесь «вільне вираження думки народу»; крім того, з неї виключені вибори в муніципальні та регіональні органи влади, вибори президента, які не є виборами «органів законодавчої влади» у строгому сенсі. Згодом Суд істотно розширив сенс цієї статті шляхом «еволютивного тлумачення» [1].

Окремі аспекти проблематики, що стосується практики ЄСПЛ щодо виборів, знайшли своє відображення у працях таких вітчизняних і зарубіжних вчених, як Б. Бауринг, С. А. Голубок, А. Ковлер, М. В. Мазур, П. М. Рабінович, М. де Сальвіа, С. Р. Тагієв, С. В. Шевчук, Є. Юрійчук та ін. Метою статті є з'ясування спірних питань практики Європейського суду з прав людини щодо права на вільні вибори. Завданнями статті є розкриття специфіки розгляду скарг Європейським судом з прав людини; з'ясування особливостей права на вільні вибори в контексті Конвенції; встановлення причин еволюції практики Європейського суду щодо права на вільні вибори.

Почнемо з того, що в Конвенції, прийнятій 4 листопада 1950 р., наводиться перелік прав, що становлять основне ядро європейської системи захисту прав людини. Однак у цій системі норма Конвенції *per se* не є самоціллю, вона необхідна лише для того, щоб виявити сутність того чи іншого права, яка впливає із судового тлумачення. Це, швидше, норма-орієнтир, аніж імперативна норма в сенсі понять континен-

тальної правової сім'ї. Саме за судовим тлумаченням залишається розкриття змісту прав і свобод людини у світлі конкретних звернень до ЄСПЛ зі скаргами про можливі порушення Конвенції. Що б не говорили критики Суду, це право він не привласнив собі, ним його наділили Високі Договірні Сторони, які підписали і ратифікували Конвенцію, в ч. 1 ст. 32 якої зазначено: «Юрисдикція Суду поширюється на всі питання, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції та протоколів до неї...» [2]. У підсумку в багатій скарбниці прецедентів Суду на основі Конвенції вироблено спільне «право прав людини» через тлумачення та застосування норм-параметрів Конвенції.

Утім тлумачення Конвенції дається не якимось абстрактним судом, а судом, що складається із суддів, кожен з яких «завантажений» власним праворозумінням і уявленнями про справедливе. В Європейському Суді, склад якого становить 47 суддів, які представляють 47 держав з їх культурними та правовими традиціями, суддів, які нерідко пройшли підготовку або стажування за межами своєї країни чи навіть Європи, що мають різний професійний досвід (викладач, суддя, адвокат, дипломат, депутат), – суб'єктивний фактор в ухваленні рішень як ніде великий. Так, у справі Даджена (*Dudgeon v. UK*, 22 October 1981) про кримінальне переслідування в Північній Ірландії за акти гомосексуального характеру, суддя Мехмед Зекія писав у своїй окремій думці: «Звичайно, з одного боку, мене можуть вважати упередженим, оскільки я є кіпрським суддею. Однак, з другого боку, можна припустити, що я... здатний



передбачити вибух громадського обурення, який піде на Кіпрі або в Північній Ірландії, якщо ці закони будуть скасовані або змінені на користь гомосексуалістів. Населення обох країн дуже релігійне і дотримується традиційних моральних цінностей... У демократичному суспільстві більшість створює закон. Мені видається дивним і прикрим, коли при повазі особистого життя недооцінюють необхідність збереження в силі закону, який захищає моральні підвалини, так високо шановані більшістю» [3].

Перед тим, як перейти до аналізу конкретних прецедентів Суду з виборчої тематики, проаналізуємо коротко становище нашої країни у цьому авторитетному органі, чия юрисдикція поширюється на Україну починаючи з 11 вересня 1997 р., тобто з моменту ратифікації Конвенції. Примітно, що ще за рік до її ратифікації Україною в новій Конституції 1996 р. було закріплено положення, відповідно до якого «кожен має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна» (ч. 4 ст. 55). На практиці, як відомо, Суд приймає скарги від громадян України після проходження ними другої (апеляційної) інстанції, що діє на рівні областей та міст Києва і Севастополя.

Перш за все впадає в очі різке зростання звернень українських громадян до ЄСПЛ протягом 2014–2015 рр. Так, якщо в 2013 р., останньому «мирному» році в новітній історії України, вона за-

ймала 4-те місце за кількістю звернень своїх громадян (9,9%), поступаючись «пальною першості» трійці «великих грішників» (англ. big sinners): Росії з 21,2%, Туреччини з 13,5% та Італії з 11,5% звернень у загальній частці «страсбурзького пирога», то за станом на 30 вересня 2015 р. наша країна вийшла в безперечні лідери з 21,5% від загальної кількості скарг, що надійшли до ЄСПЛ, що в кількісному еквіваленті становить 14 250 зі 66 150 скарг [4, с. 95].

У 2015 р. особливо вражало зростання кількості запитів Суду (комунікацій) владі держави-відповідача: 2946 – у 2013 р., 737 – у 2014 р., 5377 – тільки за 1-ше півріччя 2015 р., що свідчить, крім іншого, про «якісне зростання» змісту скарг, яке намітилось останнім часом.

Для повноти картини додамо, що всього за період, що минув з моменту ратифікації Україною Конвенції і до 2014 р. включно стосовно нашої країни Європейським судом було прийнято 1002 постанови (з них 7 – «пілотних»), серед яких в 987 (тобто у 98,5% випадків) Судом було виявлено хоча б одне порушення Конвенції. Так, 481 постанова стосувалася права на справедливий судовий розгляд, 336 – захисту власності, 298 – тривалості судового розгляду, 203 – права на свободу і фізичну недоторканність, 185 – відсутності ефективного засобу правового захисту, 117 – нелюдського або такого, що принижує людську гідність, поведження, 53 – відсутності ефективного розслідування (в сенсі ст. 3 Конвенції), 46 – недоторканності приватного і сімейного життя, 30 – відсутності ефективного розслідування (в сенсі ст. 2 Конвенції), 29 – невиконання

судових рішень, 12 – заборони катувань, 10 – свободи вираження поглядів, 9 – права на життя, 4 – свободи зібрань та об'єднань, 3 – свободи думки, совісті і релігії, 2 – заборони дискримінації та свободи виборів, 1 – покарання виключно на підставі закону, 26 – інших статей Конвенції.

Якщо ж повернутися безпосередньо до правових позицій ЄСПЛ щодо виборів і до згаданого еволютивного тлумачення, то побачимо, що тлумачення Європейським судом змісту ст. 3 Протоколу № 1 трансформувалося від ідеї інституційного права на проведення вільних виборів до концепції «загально-го виборчого права», а потім – до поняття суб'єктивних прав участі у виборах: «права голосування»/«вільне вираження думки народу» (Free expression of opinion of people/Vote), «обрання законодавчого органу» (choice of the legislature) та права «балотуватися на виборах до законодавчого органу» (stand for election) [5, с. 73].

Право голосувати і бути обраним з'явилося як якийсь «таємний код» 3 Протоколу № 1, який Суд застосовував залежно від «умов життя» [6; 7], поки не спіткнувся на справі Херста (*Hirst v. UK* № 2, GC, 6 October 2003): виправдовуючи насамперед позбавлення виборчих прав ув'язнених як «покарання безчестям на певний період», він зробив різкий кульбіт у цій справі, де йшлося про позбавлення виборчих прав засудженого до довічного ув'язнення за подвійне вбивство. Заявивши, що права, передбачені ст. 3 Протоколу № 1, «не є абсолютними, вони можуть підлягати певним обмеженням», і що державам «треба надавати в цій сфері певну сво-

боду власного розсуду» (§ 60 постанови), Суд в особі більшості суддів стверджував, що активне виборче право – це не привілей, а право і що в XXI ст. демократична держава повинна прагнути наділити виборчими правами максимально широкі верстви населення. Більше того: «Європейський Суд не погоджується з тим, що позбавлення волі за вироком суду тягне за собою втрату будь-яких інших прав» (§ 74) [8] – а це, вочевидь, твердження, що йде набагато далі визначеної у ст. 3 мети.

Логіка позиції більшості суддів Великої палати збігається із логікою адвоката Херста і укладається в кілька простих посилок: позбавлення права голосу ув'язнених, що вже і так відкинуті за межі громадянського суспільства, перешкоджає їх майбутній реадaptaції, підсилює почуття ізольованості від решти суспільства, в яке вони рано чи пізно повернуться. Європейський Суд також зазначив, що в Європі всього 13 держав беззастережно обмежують здійснення активного виборчого права ув'язненими, які відбувають покарання за вироком суду. Суд при цьому істотно розширив сенс змісту цієї статті і зазначив, що «на відміну від інших статей Конвенції, ст. 3 Протоколу № 1 до Конвенції не визначає цілей, які повинні переслідувати обмеження прав людини, і не обмежує їх. Тому вимогам цієї статті може відповідати широкий спектр цілей» (постанова Великої палати Європейського суду від 6 жовтня 2005 р. по справі «Херст проти Сполученого Королівства (№ 2)», § 74).

Європейський Суд погоджується, однак, із твердженням заявника про те, що активне виборче право – це не привілей,

а право, і що в ХХІ ст. демократична держава повинна прагнути наділити виборчими правами максимально широкі верстви населення. Висловлюючи невдоволення однозначно негативною позицією британського парламенту з питання наділення ув'язнених активним виборчим правом (§ 79), Суд зазначає, що багато європейських держав вирішують проблему наділення цим правом ув'язнених безліччю різних способів, зокрема, залежно від призначених їм строків ув'язнення.

Такий відступ Суду від своїх багаторічних правових позицій і далекоглядний суддівський активізм не залишили байдужими низку суддів, які брали участь у справі: голову Суду Л. Вільдхабера, голову Секції Ж.-П. Коста (майбутній голова Суду), голову Секції П. Ларсена, суддів А. Ковлера і С.-Е. Йебенса, які висловили спільну окрему думку, проголосувавши проти більшості, яка визнала порушення Великобританією ст. 3 Протоколу № 1. Не маючи можливості викласти всі положення цієї незгоди, відзначимо два моменти. Говорячи про «динамічне» і «еволютивне» тлумачення Конвенції, судді відзначили: «Ми не ставимо під сумнів, що важливим завданням Європейського суду є забезпечити відповідність гарантованих Конвенцією прав “вимогам сьогоденного дня” і що, відповідно, в деяких ситуаціях “динамічний і еволютивний” підхід може бути виправданий. Однак важливо мати на увазі, що Суд не є законодавчим органом і повинен проявляти обережність, щоб не покладати на себе законодавчі функції. “Еволютивне” і “динамічне” тлумачення повинно достатньою мірою ґрунтуватися на

змінах, що відбуваються в суспільствах Договірних Держав, у тому числі і на формування консенсусу щодо стандартів, яких треба досягти. Ми не вбачаємо в цій справі нічого з перерахованого вище». Нарешті, критикуючи національне законодавство про вибори як таке, що не відповідає Конвенції в загальному плані, Європейський суд, на думку п'яти суддів, повинен був вказати, в якому напрямі слід було б реформувати законодавство: «Оскільки обмеження активного виборчого права, як і раніше відповідають Конвенції, здавалося б, очевидно, що в майбутньому не виключено позбавлення цього права за вчинення найбільш тяжких злочинів, таких, як умисне вбивство або ненавмисне вбивство. Або більшість суддів вважає, що позбавлення активного виборчого права після відбуття обов'язкової частини покарання виключено, або воно думає, що суддя повинен вирішувати питання про позбавлення виборчих прав в кожному конкретному випадку. Ми думаємо, що бажано було б вказати правильну відповідь».

До цього варто було б додати думку Ж.-П. Коста, який додатково до загальної окремої думки заявив: «Насправді не слід плутати ідеал, до якого треба прагнути і який я поділяю, – тобто докласти всіх зусиль, щоб покласти край ізоляції ув'язнених, яким було винесено обвинувальний вирок, навіть якщо вони були притягнуті до кримінальної відповідальності за вчинення найтяжчих злочинів, і підготуватися до їх реінтеграції в суспільство і в громадянське середовище, – з реальною ситуацією, яка склалася в справі «Херст проти Сполученого Королівства (№ 2)», коли Європей-

ський Суд, з одного боку, теоретично наділяє держави свободою власного розсуду в широких рамках при визначенні умов здійснення суб'єктивного права (яке і з'явилося на світ шляхом судового тлумачення!), а з другого боку, доходить висновку, що у справі було допущено порушення цього права, позбавляючи тим самим державу всіляких рамок свободи власного розсуду і будь-яких засобів її здійснення».

Досить критичну оцінку викликала ця постанова і у аналітиків, не кажучи вже про «політичний клас» Великобританії, які зустріли це «нове слово» про політичні права з явною ворожістю.

Нагадаємо, що оскільки британський парламент провалив законопроект про зміну Виборчого акта в світлі вимог ЄСПЛ, Суд, отримавши від британських адвокатів більш як 2500 аналогічних скарг, застосував процедуру «пілотної постанови» і прийняв постанову *Greensand M. T. v. UK* (23 November 2010), в якій зобов'язав Великобританію внести зміни до законодавства. Лише 16 жовтня 2013 р. Верховний Суд Великобританії у своїй постанові погодився (із різними нюансами) з критикою Європейським Судом бланкетної заборони голосування ув'язнених незалежно від термінів ув'язнення, висловившись за «врахування позиції» ЄСПЛ, але одноразово заявивши про право законодавця мати «поле розсуду» при внесенні змін до Акта про народне представництво [9, р. 390]. Відзначимо для повноти картини, що в лютому 2015 р. британський парламент врахував відповідні законодавчі пропозиції. Щоправда, результат подібних змін до Виборчого акта Ірландії приніс більш

ніж скромні результати: у 2007 р. у голосуванні на парламентських виборах виявили бажання брати участь близько 10% ув'язнених, у 2011 р. – всього 4%.

Пізніше аналогічні постанови, що констатують порушення ст. 3 Протоколу № 1, були винесені у справі *Frodl v. Austria* (8 April 2010) і по справі *Anchugov and Gladkov v. Russia* (4 July 2013) – в останній порушення визнано одногосно у зв'язку з дією ч. 3 ст. 32 Конституції Російської Федерації: «Не мають права обирати і бути обраними громадяни, які визнані судом недієздатними, а також ті, які утримуються в місцях позбавлення волі за вироком суду», а це вже серйозніше, ніж аналогічна ситуація у справі Херста, оскільки мова йде про рівень Основного Закону.

Можна було б поставити в цьому питанні фінальну крапку – зрештою навіть такий радикальний активізм має свою внутрішню логіку. Але як поєднати його з позицією Суду в справі про позбавлення права голосу 3,7 млн греків (з 11 млн громадян), які проживають за кордоном? Палата Секції № 1 п'ятьма голосами проти двох знайшла в ньому порушення ст. 3 Протоколу № 1. Однак Велика палата дійшла при перегляді справи іншого висновку: «Що стосується обмежень права голосу за кордоном, заснованих на критеріях місця проживання виборця, органи Конвенції в минулому вважали, що такі обмеження виправдані з багатьох причин: по-перше, презумпція того, що громадянин, який не живе в країні, не так безпосередньо і не так довго опікується повсякденними проблемами своєї країни і менше знає про них; по-друге, громадяни, що живуть за кордоном, роблять менший вплив на вибір кандидатів

або на підготовку їх виборчих програм; по-третє, відсутній тісний зв'язок між правом голосу на парламентських виборах і фактором прямого впливу на них актів обраних органів влади; і по-четверте, законна заклопотаність, яку повинен відчувати законодавець у сенсі обмеження впливу громадян, що живуть за кордоном, на вирішення питань, які, будучи фундаментальними, все ж зачіпають у першу чергу осіб, які проживають у даній країні» (*Sitaropoulos et Giakoumopoulos v. Grèce*, GC, 15 Mars 2012 § 69) [10]. Дозволимо собі запитати, а хіба ці чотири критерії не стосуються ув'язнених ще більшою мірою, ніж тих, що проживають за кордоном, вільних громадян?

Існує багата прецедентна практика Суду щодо виборчих прав громадян і по інших країнах. Так, в угорській справі, в якій зі списків виборців було виключено громадянина, щодо якого була встановлена часткова опіка, Європейський Суд знайшов порушення ст. 3 Протоколу № 1 до Конвенції: «Суд тому робить висновок, що огульне позбавлення виборчих прав людини, – без індивідуалізованої судової оцінки – засноване виключно на його розумовій слабкості, що вимагає часткової опіки, не може вважатися сумісним із законними підставами для обмеження виборчого права» (постанова Європейського Суду від 20 травня 2010 р. у справі «Алайош Кісс проти Угорщини» [*Alajos Kiss v. Hungary*], § 44 [11]).

Типовим італійським ноу-хау є позбавлення виборчих прав осіб, визнаних банкрутами в судовому порядку (див. *Inter alia*, рішення Європейського Суду

від 13 липня 2006 р. по справі «Вінченцо Таіані проти Італії» [*Vincenzo Taiani c. Italie*], постанова Європейського Суду від 23 березня 2006 р. по справі «Кампаньяно проти Італії» [*Campagnano c. Italie*]), причому це обмеження встановлено декретом Президента Італійської Республіки № 223 від 20 березня 1967 р. через почастищення зловживань із боку недобросовісних підприємців процедурою банкрутства – свого роду національного спорту. Європейський Суд суворо засудив практику застосування декрету, який «має єдиною метою зменшити число банкрутств і являє собою моральний осуд [blame moral] цієї практики через один факт неплатоспроможності, що не залежить від ступеня вини» (постанова Європейського Суду у справі «Кампаньяно проти Італії», § 49).

Подібного роду прецеденти, в яких Суд фіксував порушення права на вільні вибори, виглядають особливо недоречними на тлі багаторічної практики Суду виправдовувати порушення даного права там, де вони були особливо очевидними з точки зору будь-якого неупередженого спостерігача. Слід погодитися з мальтійським суддею Джованні Бонелло, який помітив у справі «Сейдіч і Фінці проти Боснії та Герцеговини» [*Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*] (постанова Великої палати Європейського Суду від 22 грудня 2009 р.), що «протягом багатьох років Страсбурзький Суд без видимих зусиль санкціонував обмеження виборчих прав (права обирати і балотуватися на виборах), виправдовуючи це різними міркуваннями, які тільки можна собі уявити: від того, що кандидат не володіє

тією чи іншою мовою, до того, що він знаходиться під вартою або що він раніше був судимий за вчинення тяжкого злочину; від того, що кандидат не проживає в країні безперервно протягом чотирьох років, до того, що він не відповідає вимогам щодо обов'язкової наявності у кандидатів громадянства відповідної держави або не належить до потрібної національності; від того, що кандидат є членом парламенту іншої держави, до того, що він має подвійне громадянство; від того, що кандидат не відповідає віковим вимогам, до того, що кандидат не досяг 40-річного віку; від того, що кандидат становить загрозу стійкості демократичного правопорядку, до відмови скласти присягу при вступі на посаду певною мовою; від того, що кандидат є державним службовцем, до того, що він є муніципальним службовцем; від невиконання вимоги, згідно з якою особи, які бажають балотуватися на виборах, повинні попередньо зібрати певну кількість підписів виборців, до відмови дати клятву монарху. Всі ці обставини Страсбурзький Суд вважав досить ґрунтовними, щоб виправдати позбавлення права обирати або балотуватися на виборах» [12].

«Список Бонелло» можна було б продовжити. Так, із рішень і постанов останніх років, у яких Суд виправдав обмеження виборчих прав досить численних категорій громадян, відзначаємо такі. Це справа «Пі проти Франції» [*Pu c. France*] (постанова Європейського Суду від 11 січня 2005 р.), в якій заявник Бруно Пі, викладач університету, який приїхав із метрополії, оскаржував позбавлення його права голосу в Новій Каледонії (заморської території

Франції) через ценз осілості. Позиція Суду: «Суд вважає, що історія і статус Нової Каледонії такі, що вони можуть характеризуватися як “місцева необхідність” [*necessites locaux*], що допускає обмеження права голосу заявника» (§ 64) (мова йшла про обрання місцевої законодавчої асамблеї, покликаної визначити майбутній статус території).

Наступною є справа «Алі Ерелі і Мустафа Дамделен проти Кіпру» [*Ali Erel and Mustafa Damdelen v. Cyprus*] (рішення Європейського Суду від 14 грудня 2010 р.): скарга стосувалася невнесення до списків виборців турецьких кіпріотів, що живуть на півночі острова, але бажають голосувати на виборах до парламенту Кіпру на одній із виборчих дільниць у столиці Нікосії. Суд визнав заяву неприйнятною для розгляду по суті, посилаючись на національне виборче законодавство і нестабільну ситуацію [*irregular situation*] на Кіпрі.

Резонансною стала справа «Ситаропулос і Джіакомопулос проти Греції» [*Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Greece*] (постанова Великої палати Європейського Суду від 15 березня 2012 р.). Йшлося про позбавлення численної грецької діаспори (3,7 з 11 мільйонів громадян Греції за відомостями влади) права голосувати на парламентських виборах, при тому, що грецькі громади в низці країн досить численні і проживають компактно (1,850 мільйонів в США, 558 тисяч в Австралії і т. д.). При цьому змінений у 2001 р. текст Конституції Грецької Республіки передбачав (ч. 4 ст. 51) необхідність прийняття 2/3 голосами депутатів парламенту закону, що дає можливість грекам за

кордоном брати участь у парламентських виборах. Президентський же декрет № 96/2007 позбавляв права голосу недієздатних громадян, які відбувають покарання ув'язнених та осіб, не внесених до виборчих списків у грецьких муніципалітетах, тобто «закордонних» греків (вражає об'єднання всіх «позбавленців» в один список). Палата Першої Секції п'ятьма голосами проти двох встановила порушення ст. 3 Протоколу № 1 до Конвенції. Велика палата одногосно скасувала цю постанову і не знайшла порушення, про що ми вже згадували вище.

Таким чином, можна дійти висновку, що практика ЄСПЛ щодо тлумачення ст. 3 Протоколу № 1 Європейської конвенції з прав людини і основоположних свобод «Право на вільні вибори» є дуже різнобарвною, та деякою мірою, суперечливою. Розуміння права на вільні вибори у практиці ЄСПЛ пройшло певну еволюцію, що пояснюється неоднозначністю і особливістю кожної окремої ситуації, а також необхідністю захищати одну з ключових цінностей сучасної демократії – право людини обирати і бути обраним.

### Список використаних джерел

1. Ковлер А. Сцилла и Харибда Европейского Суда: субсидиарность или правовой активизм? / А. Ковлер // Сравнит. конституц. обозрение. – 2010. – № 6. – С. 90–100.
2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод // Право України. – 2010. – № 10. – С. 215–234.
3. Dudgeon v. United Kingdom, 22 October 1981 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.hrcr.org/safrica/dignity/Dudgeon%20\\_UK.htm](http://www.hrcr.org/safrica/dignity/Dudgeon%20_UK.htm).
4. Евсеев А. Судебная власть в Украине: затянувшийся транзит / А. Евсеев. – М. : Юрайт, 2016. – 116 с.
5. Юрійчук Є. Рішення Європейського суду з прав людини як критерій зовнішньополітичної електоральної легітимзації влади на пострадянському просторі / Є. Юрійчук // Вісн. Центр. виб. комісії. – 2011. – № 2. – С. 70–84.
6. Бауринг Б. Позиции Европейского Суда по правам человека в вопросе об избирательных правах граждан в контексте латвийской практики: критический анализ / Б. Бауринг // Права человека. Практика Европ. Суда по правам человека. – 2008. – № 6. – С. 28–45.
7. Голубок С. А. Правовые позиции Европейского Суда по правам человека относительно права на свободные выборы / С. А. Голубок // Изв. вузов. Правоведение. – 2009. – № 6. – С. 187–211.
8. Case of Hirst v. the United Kingdom, GC, 6 October 2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-70442#{\"itemid\":\[\"001-70442\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-70442#{\).
9. Dickson B. Human rights and the United Kingdom Supreme Court / B. Dickson. – Ox. : Oxford Univ. Press, 2013. – 400 p.
10. Case of Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece GC, 15 Mars 2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-109579&filename=001-109579.pdf>.
11. Case of Alajos kiss v. Hungary, 20 May 2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-98800&filename=001-98800.pdf&TID=nlznbgtpxd>.
12. Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina, 22 December 2009 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-96491&filename=001-96491.pdf>.

References

1. Kovler A. Stsilla i Haribda Evropeyskogo Suda: subsidiarnost ili pravovoy aktivizm ? / A. Kovler // Sravnit. konstituts. obozrenie. – 2010. – № 6. – S. 90–100.
2. Konventsiya pro zahist prav lyudini i osnovopolozhnih svobod // Pravo Ukrayini. – 2010. – № 10. – S. 215–234.
3. Dudgeon v. United Kingdom, 22 October 1981 [Elektronniy resurs]. – Rezhim dostupu [http://www.hrcr.org/safrica/dignity/Dudgeon\\_UK.htm](http://www.hrcr.org/safrica/dignity/Dudgeon_UK.htm)
4. Evseev A. Sudebnaya vlast v Ukraine: zatyanyuvshiysya tranzit / A. Evseev. – M.: Yurayt, 2016. – 116 s.
5. Yurlychuk E. Rishennya Evropeyskogo sudu z prav lyudini yak kriteriyi zovnishnopolitichnoyi elektoralnoyi legItimatsiyi vladi na postradyanskomu prostori / E. Yurlychuk // Visn. Tsentr. vib. komisiyi . – 2011. – № 2. – S. 70–84.
6. Bauring B. Pozitsii Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka v voprose ob izbiratelnykh pravakh grazhdan v kontekste latviyskoy praktiki: kriticheskiy analiz / B. Bauring // Prava cheloveka. Praktika Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka. – 2008. – № 6. – S. 28–45.
7. Golubok S. A. Pravovyye pozitsii Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka otnositelno prava na svobodnyie vyiboryi / S. A. Golubok // Izvestiya vuzov. Pravovedenie. – 2009. – № 6. – S. 187–211.
8. Sase of Nirst v. the United Kingdom, GC, 6 October 2003 [Elektronniy resurs]. – Rezhim dostupu [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70442#{"itemid":\["001-70442"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70442#{)
9. Dickson B. Human rights and the United Kingdom Supreme Court / B. Dickson. – Ox.: Oxford Univ. Press, 2013. – 400 p.
10. Case of Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece GC , 15 Mars 2012 [Elektronniy resurs]. – Rezhim dostupu <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-109579&filename=001-109579.pdf>
11. Case of Alajos kiss v. Hungary, 20 May 2010 [Elektronniy resurs]. – Rezhim dostupu <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-98800&filename=001-98800.pdf&TID=nlznbgtpxd>
12. Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina, 22 December 2009 [Elektronniy resurs]. – Режим до-  
ступу <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-96491&filename=001-96491.pdf>

*Стаття надійшла до редколегії 15.08.2016.*

**Бакумов А. С.**, кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и международного права факультета № 4, Харьковский национальный университет внутренних дел, Украина, г. Харьков  
e-mail: bakumov.aleks@gmail.com  
ORCID 0000-0002-4003-1974

**Правовые позиции Европейского суда по правам человека  
о праве на свободные выборы: спорные вопросы практики**

*Охарактеризована практика толкования положений статьи 3 Протокола № 1 Европейской конвенции по правам человека и основных свобод «Право на свободные выборы» Европейским судом по правам человека. Основное внимание уделено делу Hirst v. UK (6 October 2003), в котором ЕСПЧ отметил, что лишение свободы по приговору суда влечет за собой потерю любых других прав, в частности избирательных. Проанализированы аналогичные постановления, констатирующие нарушение статьи 3 Протокола № 1 в деле Frodl v. Austria (8 April 2010), Anchugov and Gladkov v. Russia (4 July 2013), Alajos Kiss v. Hungary (20 мая 2010) и другие. Анализируется резонансное дело Sitaropoulos et Giakoumopoulos v. Grèce (15 Mars 2012), в котором Большая палата ЕСПЧ не нашла нарушения права на свободные выборы.*

**Ключевые слова:** Европейский суд по правам человека, право на свободные выборы.



*Bakumov O. S.*, Candidate of Law, docent of the department of Constitutional and international law faculty number 4, Kharkiv National University of Internal Affairs, Ukraine, Kharkiv

e-mail: bakumov.aleks@gmail.com

ORCID 0000-0002-4003-1974

### **The Legal Position of the European Court of Human Rights on the Right to Free Elections, Disputes Practice**

*The article describes the practice of interpretation of Article 3 of Protocol № 1 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms «The right to free elections» by the European Court of Human Rights. Special attention is paid to the case of Hirst v. UK (6 October 2003), in which the ECHR noted that imprisonment upon conviction entails the loss of any other right, including the election. Analyzed a similar ordinance that states the violation of Article 3 of Protocol number 1 in the case of Frodl v. Austria (8 April 2010), Anchugov and Gladkov v. Russia (4 July 2013), Alajos Kiss v. Hungary (20 May 2010) and others. Profile cases analyzed Sitaropoulos et Giakoumopoulos v. Grèce (15 Mars 2012), in which the Grand Chamber of the ECHR found no violation of the right to free elections.*

*ECtHR case law on the interpretation of Article 3 of Protocol № 1 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms «The right to free elections» is very colorful, and to some extent, contradictory. Understanding the right to free elections in the practice of the ECHR passed certain evolution, because of the ambiguity and feature each particular situation, and the need to protect one of the core values of modern democracy – human rights elect and be elected.*

**Key words:** European Court of Human Rights, the right to free elections.

---

## ЛЕТНЯНЧИН ЛЮБОМИР ІВАНОВИЧ,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри  
конституційного права України,  
Національний юридичний університет  
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків  
ORCID 0000-0001-6495-9809



УДК 342.56(477)

## Конституційна судова реформа: проблеми та перспективи

*У статті здійснено спробу критичного конституційно-правового аналізу конституційної судової реформи 2016 р. ще на початковому етапі її реалізації, тобто після схвалення, але до повноцінної матеріалізації. Визначено її достоїнства та проблемні моменти, внесено пропозиції щодо її підсилення.*

**Ключові слова:** конституційна судова реформа, суддя, Конституційний Суд України, прокуратура, адвокатура, індивідуальна конституційна скарга.

Конституційна судова реформа, схвалена парламентом 2 червня 2016 р., є другою системною конституційною реформою після конституційної політичної реформи 2004 р. Вона може стати більш успішною і її не спіткатиме доля політичної реформи, яка спочатку була визнана неконституційною за рішенням Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 р., через процедурні порушення під час її прийняття, а потім відновлена українським парламентом у результаті драматичних подій кінця 2013 – початку 2014 р. Власне зміни до Конституції України

в частині правосуддя відбулися у чіткій відповідності до «букви» й «духу» розд. XIII Основного Закону України, тобто конституційних підстав для визнання її у майбутньому неконституційною немає.

Прикметно, що ця вкрай важлива реформа сталася на 20-му році дії Конституції України 1996 р. Вже стає майже особливістю (на закономірність вона ще не тягне) те, що системні зміни до Основного Закону України відбуваються через кожні 10 років: політична реформа 2004 р. набула чинності 1 січня 2006 р., а основні зміни в частині право-

суддя 2016 р. набудуть чинності орієнтовно з жовтня-листопада 2016 р.

Переконливою видається позиція суб'єкта конституційної законодавчої ініціативи – Президента України, який вважає судову реформу «однією з найочікуваніших у суспільстві, оскільки справедливий, безсторонній та неупереджений суд є важливою гарантією ефективної боротьби з корупцією, надходження в Україну інвестицій, забезпечення прав і свобод кожного та побудови держави, керованої верховенством права».

На думку Глави держави, конституційна реформа в частині правосуддя спрямована на забезпечення незалежності судової влади, підвищення вимог та професійних стандартів до суддівського корпусу, обмеження імунітету суддів до функціонального, оптимізацію системи судоустрою, забезпечення інституційної спроможності прокуратури, адвокатури та системи виконання судових рішень, а також на забезпечення безперервної та ефективної роботи органів судової влади на перехідний період.

Слід зазначити, що 23 жовтня 2015 р. на 104-му пленарному засіданні Венеціанської Комісії було ухвалено Остаточний висновок (документ CDL-AD(2015) 027), в якому зазначається, що *«остання версія змін до Конституції України, підготовлена Робочою групою Конституційної Комісії з питань правосуддя, є дуже позитивною і добре підготовленою та заслуговує повної підтримки»*.

Утім, незважаючи на аж десять окремих думок суддів Конституційного Суду України, конституційна реформа

2016 р. має низку достоїнств, які в довгостроковій перспективі здатні виправдати очікування Українського народу, інститутів громадянського суспільства, кожного українця. На деяких знакових моментах варто коротко зупинитися.

1. Змінами переглянуті конституційні повноваження Верховної Ради України та Президента України у сфері правосуддя відповідно до міжнародних стандартів.

Ураховуючи зауваження експертів Венеціанської Комісії, повноваження Верховної Ради України щодо процесу обрання суддів на посади безстроково передано до Вищої ради правосуддя.

Із метою забезпечення стандарту незмінюваності суддів як однієї з гарантій незалежності скасовано інститут «призначення судді на посаду вперше» (п'ятирічний, так званий «випробувальний», термін для суддів) та передбачено, що судді обійматимуть посади безстроково.

Призначення на посаду судді здійснюватиметься Президентом України *за поданням Вищої ради правосуддя*, що забезпечить, як про це сказано у пояснювальній записці до законопроекту, виключно церемоніальну роль Глави держави у цьому процесі. Останнє є дійсно принциповим і важливим і здатне забезпечити справжню деполітизацію процедури формування суддівського корпусу.

Повноваження щодо звільнення суддів та їх переведення з одного суду до іншого також передаються Вищій раді правосуддя.

2. Формування та діяльність органів, відповідальних за суддівський корпус відповідно до європейських стандартів.

Конституційний закон визначає основи юридичного статусу, порядок формування та діяльності, а також повноваження Вищої ради правосуддя, яка є незалежним від політичного впливу органом, що відповідає за суддівську кар'єру, вживає заходів щодо забезпечення незалежності суддів тощо.

Так, Вища рада правосуддя складатиметься із двадцяти одного члена, з яких десятьох – обиратиме з'їзд суддів України з числа суддів чи суддів у відставці, двох – призначатиме Президент України, двох – обиратиме Верховна Рада України, двох – обиратиме з'їзд адвокатів України, двох – обиратиме всеукраїнська конференція прокурорів, двох – обиратиме з'їзд представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ. Голова Верховного Суду входить до складу Вищої ради правосуддя за посадою (*ex officio*).

3. Підвищення вимог та професійних стандартів для суддівського корпусу.

Запропоновано зміни щодо основ конституційно-правового статусу судді, зокрема: підвищено вікові та професійні цени до кандидатів на посаду судді, запроваджено конкурсний принцип призначення судді на посаду, уточнено і посилено гарантії незалежності та недоторканності суддів.

Так, на посаду судді може бути призначений громадянин України, не молодший тридцяти та не старший шістьдесяти п'яти років, який має вищу юридичну освіту і стаж професійної діяльності у сфері права щонайменше п'ять років, є компетентним, добросовісним та володіє державною мовою. При цьому вимога щодо компетентності охоплюватиме не лише професійний

аспект, а також інші аспекти – зокрема особистий, соціальний тощо. Така вимога у подальшому має бути конкретизована в законі та отримати належну подальшу деталізацію в межах установлених законом норм. Закладений у змінах механізм призначення суддів спрямований на унеможливлення ситуації, за якої Вища рада правосуддя могла б вносити подання про призначення суддею особи, яка не відповідає вимогам, установленим до кандидата на посаду судді.

Законом також можуть бути передбачені додаткові вимоги для призначення на посаду судді. До таких додаткових вимог законом можуть бути віднесені вимоги щодо спеціального стажу роботи адвокатом чи суддею тощо.

4. Обмеження імунітету суддів до функціонального.

Реформою закладено інститут функціонального імунітету судді – замість того, що передбачений чинною Конституцією України у вигляді абсолютного імунітету.

Природа суддівського імунітету при здійсненні правосуддя полягає у забороні притягнення судді до кримінальної відповідальності за його юридичну позицію, викладену в судовому рішенні, оскільки наявність такого унеможливає незалежність судді та безсторонність.

Водночас суддя має нести кримінальну чи дисциплінарну відповідальність за злочини (наприклад, отримання неправомірної вигоди) та дисциплінарні проступки, що опосередковано можуть впливати на юридичну позицію судді при здійсненні ним правосуддя. Зокрема, суддя може бути притягнутий

до дисциплінарної відповідальності у разі, якщо він порушує встановлені законом вимоги щодо змісту судового рішення, не дає оцінки аргументам сторін, не викладає обґрунтування свого рішення тощо.

Змінами передбачено, що суддю не може бути притягнуто до відповідальності за ухвалене ним судове рішення, за винятком вчинення злочину або дисциплінарного проступку. Щодо дій, не пов'язаних із виконанням суддівських функцій, суддя нестиме юридичну відповідальність у загальному порядку.

Відповідно до нового порядку повноваження щодо надання згоди на затримання судді або утримання його під вартою чи арештом переходять до Вищої ради правосуддя. Водночас встановлено, що суддю може бути затримано або утримувано під вартою чи арештом до винесення обвинувального вироку судом без такої згоди, якщо його затримано під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину.

5. Забезпечення гарантій щодо фінансування, а також захисту професійних інтересів суддів.

Змінами закріплено гарантії щодо фінансування та належних умов для функціонування судів і діяльності суддів.

Так, у Державному бюджеті України окремо визначаються видатки на утримання судів з урахуванням пропозицій Вищої ради правосуддя, а розмір винагороди судді повинен встановлюватися законом про судоустрій.

Ця норма не означає, що Вища рада правосуддя може підміняти органи виконавчої або законодавчої влади у виконанні їх функцій щодо визначення

видатків державного бюджету. При визначенні видатків на утримання судів пропозиції Вищої ради правосуддя беруться до уваги та повинні бути розглянуті, однак остаточне рішення залишається за відповідним суб'єктом бюджетного процесу.

Окремою статтею закріплено інститут суддівського самоврядування, яке діє для захисту професійних інтересів суддів та вирішення питань внутрішньої діяльності судів відповідно до закону.

6. Однією з важливих новел законопроекту є істотна зміна юридичного статусу органів прокуратури в Україні.

Так, із Конституції України вилучено розд. VII «Прокуратура» у повному обсязі, а приведені відповідно до міжнародних та європейських стандартів положення, що визначають юридичний статус органів прокуратури, включено до розд. VIII «Правосуддя».

Зокрема, з переліку функцій прокуратури вилучено низку не властивих (за європейськими стандартами) їй функцій, таких як: нагляд за додержанням прав і свобод людини і громадянина; нагляд за додержанням законів із цих питань органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими і службовими особами (так званий «загальний нагляд»); нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних із обмеженням особистої свободи громадян.

Як наслідок запропонованих змін, органи прокуратури отримають широкі процесуальні можливості для набагато

якіснішого виконання властивих прокуратурі функцій – підтримання публічного обвинувачення в суді; процесуального керівництва досудовим розслідуванням; вирішення відповідно до закону інших питань під час кримінального провадження; нагляду за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями органів правопорядку; представництво інтересів держави в суді у виключних випадках і в порядку, що визначені законом. Запропонована зміна функцій прокуратури відповідає положенням Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, практиці Європейського суду з прав людини у сфері кримінального судочинства та європейським стандартам стосовно функціонування органів (служби) публічного обвинувачення у демократичному суспільстві, керованому верховенством права.

Утім, конституційна судова реформа має й низку проблемних моментів.

1. Реформа виокремлює Конституційний Суд України як самостійну та відмінну від судів інституцію (п. 3.13 пояснювальної записки до законопроекту).

Це виявляється, зокрема, у такому.

По-перше, із ст. 124 вилучено частину третю, відповідно до якої судочинство здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції. По-друге, відповідно до частини третьої ст. 125 законопроекту Верховний Суд конститується найвищим судом у системі судоустрою України (за нині чинною редакцією Верховний Суд України є найвищим судовим органом в системі судів загальної юрисдикції (ч. 2 ст. 125)). По-третє, статус судів Конституційного Суду чітко відо-

кремлюється від статусу суддів, а відповідні норми перенесені безпосередньо у розд. XII «Конституційний Суд України». Так, суддів Конституційного Суду України, які, як і раніше, призначатимуться на дев'ять років, звільнятиме сам Конституційний Суд України (двома третинами від складу), так само він даватиме згоду на затримання, утримання під вартою чи арештом до винесення обвинувального вироку судом, за винятком затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину. *Особливою є і процедура набуття повноважень суддею Конституційного Суду України, а саме після складання присяги на пленарному засіданні Суду.* По-четверте, положення спрямовані на посилення незалежності Конституційного Суду України у вигляді гарантій щодо його фінансування та належних умов для його діяльності. Так, передбачається, що у Державному бюджеті України окремо визначатимуться видатки на діяльність Конституційного Суду України з урахуванням пропозицій його Голови, а розмір винагороди судді Конституційного Суду України повинен встановлюватися законом про Конституційний Суд України.

Таким чином, конституційну юстицію виводять за межі судової влади (за нині чинним статусом Конституційний Суд України – єдиний орган конституційної юрисдикції, вищий орган судового конституційного контролю, який не входить до системи судів загальної юрисдикції, проте інтегрований до судової влади, з високим конституційним статусом). Схоже на те, що автори конституційної судової реформи вирішили

реанімувати дещо призабуту концепцію контрольно-наглядової гілки влади, яка була популярною у середині 90-х – на початку 2000-х рр. Ідея не нова, більше того, навіть сьогодні окремі науковці Конституційний Суд, омбудсмена, Рахункову палату, прокуратуру розглядають саме в такому ракурсі. Хоча автори судової реформи чітко ту ж таки прокуратуру вмонтували в судову владу, вилучивши розд. VII «Прокуратура» і зафіксувавши статус органів прокуратури в розд. VIII «Правосуддя», що є цілком логічним з точки зору місця прокуратури за умов дії конституційного принципу поділу державної влади на законодавчу, виконавчу та судову.

Нове конституювання Конституційного Суду України надає додаткового аргументу для критики такої ідеї для апологетів буквального, «класичного» підходу до принципу поділу влади, оскільки, як на їх погляд, порушується засадничий принцип організації і функціонування вищих органів державної влади України з їх поділом на законодавчу, виконавчу і судову. Більше того, уможлиблює виведення діяльності Конституційного Суду України з-під дії вимоги частини другої ст. 6 Основного Закону України – «органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України». У світлі загальнообов'язковості, остаточності та неоскаржуваності його рішень такі побоювання виглядають не такими вже й фантазмагоричними.

2. За реформою Конституційний Суд України більше не здійснюватиме офіційного тлумачення законів (залишить-

ся лише офіційне тлумачення Конституції України). Дійсно, практика тлумачення законів конституційними судами не є поширеною у світі (хіба що Албанія, Єгипет, Польща, Узбекистан). Видається, що з цією місією здатен упоратися Верховний Суд.

Водночас ще не до кінця зрозумілим є позбавлення Конституційного Суду України високого титулу єдиного органу конституційної юрисдикції. Адже, як і раніше, до його повноважень належить вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність) законів та інших актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим. А так само чинних міжнародних договорів або тих міжнародних договорів, які вносяться до парламенту для надання згоди на їх обов'язковість. Більше того, повноваження останнього розширено. Тепер Суд за зверненням Президента України або щонайменше сорока п'яти народних депутатів України надає висновки про відповідність Конституції України (конституційність) питань, які пропонуються для винесення на всеукраїнський референдум за народною ініціативою. Як відомо, на сьогодні таку перевірку мають право здійснювати як Центральна виборча комісія, так і Президент України (ч. 8 ст. 22 Закону «Про всеукраїнський референдум») і ця, часом активна, їх діяльність зводила фактично нанівець будь-які спроби в прямий спосіб ухвалення українським народом важливих рішень. У світлі широких можливостей ініціювання всеукраїнських референдумів із законодавчих,

і навіть конституційних питань, така перевірка саме Конституційним Судом України є виправданою і надасть рішенню вищої легітимності.

Чи не єдиним поясненням вищезазначеним новаціям може бути те, що фактично питання конституційності актів суб'єктів владних повноважень, крім актів Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, як і конституційності їх дій чи бездіяльності, включно з вищими владними суб'єктами, підпадали під юрисдикцію адміністративних судів (прикметно, що реформа безпосередньо конститує адміністративні суди з метою захисту прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин). Тепер уже існують певні ризики домінування адміністративної юстиції.

Разом з цим забезпечувати верховенство Конституції України як Основного Закону України і цінностей, які нею захищені (людську гідність, свободу, права людини, демократію, правову соціальну державу) можуть лише високопрофесійні, освічені, моральні і авторитетні фахівці. Тому вітається пропозиція робити відбір на посаду судді Конституційного Суду України на конкурсних засадах у визначеному законом порядку. Так само підтримується пропозиція щодо посилення вимог до кандидатури на цю посаду: стаж професійної діяльності у сфері права щонайменше п'ятнадцять років, високі моральні якості, особа є правником із визнаним рівнем компетентності (при цьому ценз осілості скасовується). Схвально сприймається

збільшення граничного віку перебування на посаді конституційного судді з 65 до 70 років.

3. На думку Президента України, істотним кроком у утвердженні верховенства права шляхом зміцнення національної системи захисту прав людини та приведення її у відповідність із сучасними практиками європейських країн є запровадження інституту індивідуальної конституційної скарги, що означає відповідне розширення повноважень Конституційного Суду України.

Так, передбачається, що право на звернення із конституційною скаргою до Конституційного Суду України стосовно відповідності Конституції України (конституційності) закону України отримує особа, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України.

Надання Конституційному Суду України нового повноваження щодо розгляду конституційної скарги особи кореспондується із відповідною гарантією, передбаченою змінами до ст. 55 Конституції України, яка доповнена новою частиною третьою, а саме: *«Кожному гарантується право звернутись із конституційною скаргою до Конституційного Суду України з підстав, установлених цією Конституцією, та у порядку, визначеному законом»*.

За рекомендацією Венеціанської Комісії передбачено, що конституційна скарга може бути подана в разі, якщо всі інші національні засоби юридичного захисту вичерпано.



На перший погляд така довгоочікувана новація сприймається вельми позитивно і лише схвально. Однак при аналізі цієї новації так би мовити «з коліс» виникає низка попередніх зауваг. По-перше, наразі реалізувати це право може лише фізична особа (адже доповнена ст. 55 Конституції України, а розд. II поширює свою дію за відомим Рішенням Конституційного Суду України на фізичних осіб). Правда, законодавець може виявити добру волю і надати законом таке право юридичним особам. По-друге, лише після вичерпання усіх національних засобів юридичного захисту. Проходження передбаченого фільтру – а саме вичерпання усіх національних засобів юридичного захисту може видатися надто складним. По-третє, можливі складнощі із правовим обґрунтуванням неконституційності закону. Майже 20-річна практика конституційного судочинства показала усю складність правового обґрунтування неоднозначного застосування Конституції і законів України, що призвело або могло призвести до порушення конституційних прав і свобод як підстави відкриття конституційного провадження. Саме Конституційний Суд України, а не законодавець, визначив, що слід розуміти під неоднозначним застосуванням цих актів. А це «...різне застосування одних і тих самих норм Конституції України та законів судами, іншими органами державної влади за однакових юридично значимих обставин». Фактично на фізичних і юридичних осіб покладался часом не підйомний тягар виявлення проблем у правозастосуванні. Це може статися і у зв'язку із запровадженням інституту ін-

дивідуальної конституційної скарги. Тому без фахової допомоги не обійтися.

4. У цьому зв'язку не можемо оминати увагою ще однієї новації – запровадження майже монопольного становища адвокатури на ринку професійної правничої допомоги. Відповідно до ч. 4 ст. 131<sup>2</sup> «виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення». Правда, «законом можуть бути визначені винятки щодо представництва в суді у трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів та референдумів, у малозначних спорах, а також стосовно представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена». Такий залишковий підхід трохи нагадує обсяг цивільної дієздатності неповнолітньої особи певного віку, яка має право самостійно здійснювати лише дрібні побутові правочини. Щось подібне конституційний законодавець залишив за фахівцями у галузі права, які не є адвокатами. Цікаво, чи може, наприклад, фахівець у галузі конституційного права України, зокрема, кандидат наук та/або доцент чи доктор наук та/або професор бути представником особи у Конституційному Суді України? Якщо брати до уваги, що останній є самостійною і відмінною від судів інституцією, то відповідь буде ствердною. Втім питання представництва інтересів у судах адміністративної юрисдикції, зокрема, з конституційних питань, залишається відкритим, і, очевидно, має бути законодавчо врегульованим.

*Стаття надійшла до редколегії  
15.07.2016.*

*Летнянчин Л. И.*, кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного права Украины, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков  
ORCID 0000-0001-6495-9809

**Конституционная судебная реформа:  
проблемы и перспективы**

*В статье осуществлена попытка конституционно-правового анализа конституционной судебной реформы, принятой Парламентом Украины 2 июня 2016 г. При этом автор отдает себе отчет в том, что полноценная ее реализация – дело не одного дня и даже не одного года и во многом будет зависеть от принимаемых Верховной Радой Украины законов, имеющих целью раскрыть и детализировать в целом прогрессивные идеи конституционной судебной реформы. К таковым автор относит: деполитизацию порядка формирования судейского корпуса и органа, ответственного за этот процесс, повышение возрастных и профессиональных цензов для кандидатов на должность судьи, внедрение конкурсного принципа назначения судьи на должность, ограничение судейского иммунитета, существенное изменение статуса прокуратуры, внедрение института конституционной жалобы.*

*К проблемным моментам судебной реформы исследователь относит: неопределенность места Конституционного Суда Украины в системе высших органов государственной власти Украины, который, к тому же, потерял высокий статус единственного органа конституционной юрисдикции, монопольное положение адвокатуры на рынке профессиональной правовой помощи, сложная процедура реализации права на конституционную жалобу.*

**Ключевые слова:** конституционная судебная реформа, судья, Конституционный Суд Украины, прокуратура, адвокатура, индивидуальная конституционная жалоба.

*Letnyanchyn L. I.*, Candidate of Legal Sciences, associate Professor, Department of constitutional law of Ukraine, National Law University Yaroslav the Wise, Ukraine, Kharkiv  
ORCID 0000-0001-6495-9809

**A Constitutional Judicial Reform:  
Problems and Perspective**

*The article is attempted to constitutional and legal analysis of the constitutional judicial reform, approved by the Parliament of Ukraine June 2, 2016. The author is well aware that its full implementation is not easy and largely depends on the Verkhovna Rada of Ukraine which adopted laws to implement the whole progressive ideas of constitutional judicial reform. These author is talking about: de-politicization of the procedure for forming the judiciary and the authority responsible for this process, increasing age and professional qualifications for candidates for the position of judge, the introduction of competitive principle of appointment of judges, limiting the immunity of judges to the functional, providing guarantees for funding and protection professional interests of judges, a significant change in the legal status of the prosecution in Ukraine, which brought to international and European standards, and, finally, the introduction of the individual constitutional complaint.*

*Meanwhile, the researcher says, the reform contains a series of conceptual stories that at least raise questions and generate discussion. First of all it is an uncertainty of the place of the Constitutional Court of Ukraine in the higher echelons of power. Thus, the reform distinguishes the Constitutional Court of Ukraine as a separate and distinct from the institution of the courts, which to some extent is somewhat revives the forgotten concept of «control and supervision» branch.*

*The Constitutional Court of Ukraine has lost authority to the official interpretation of laws of Ukraine, but he lost his title «sole body of constitutional jurisdiction», which is not yet fully understood. We have to say that its constitutional powers expanded. It is astonishing that Advocacy has a monopoly position. The introduction of the individual constitutional complaint, rather than constitutional appeal at first glance appears to be extremely positive. «Filters» which are established by the Constitution of Ukraine, can turn democratic potential of this institution into an unattainable dream.*

**Key words:** constitutional judicial reform, judge, Constitutional Court of Ukraine, prosecutors, lawyers, individual constitutional complaint.

---

**МУЗА ОЛЕГ ВАЛЕНТИНОВИЧ,**

*старший науковий співробітник,  
доктор юридичних наук,  
завідувач сектору експертних робіт,  
Інститут законодавства  
Верховної Ради України,  
Україна, м. Київ  
e-mail: ovm\_ol@ukr.net*



УДК 342.9(477)

## **Адміністративно-процесуальні правовідносини як концептуальна вихідна формування адміністративно-процесуального права України**

*Досліджуються теоретичні проблеми формування адміністративно-процесуального права України з погляду його місця у вітчизняній системі адміністративного права крізь призму адміністративно-процесуальних правовідносин.*

**Ключові слова:** адміністративно-процесуальні правовідносини, адміністративно-процесуальне право, адміністративне право, адміністративні процедури, адміністративне судочинство.

**Постановка проблеми.** Адміністративне право України набуло свого розвитку з проголошенням незалежності України, прийняттям Конституції України та проведенням адміністративної реформи. В умовах конституційної модернізації правової системи України та новітніх перетворень у сфері владно-управлінської діяльності адміністративне право змінює своє функціональне призначення у регулюванні суспільних відносин публічно-правової сфери – провідне місце відводиться людині як носію задекларованого обсягу прав і свобод.

У науковій літературі вже вкрай на-зрілою є проблема розв'язання доктринального конфлікту між адміністративним правом і адміністративним процесом. Тривалий час перемагала «широка» концепція адміністративного процесу, яка є найбільш визнаним підходом у науці адміністративного права, оскільки її автори висвітлюють сутність адміністративного процесу через різні сфери реалізації адміністративного матеріального правовідношення за допомогою процесуально-правових засобів. Використовуючи теоретичні засади «широ-

кої» концепції адміністративного процесу, можна уникнути наукових неточностей щодо характеристики окремих видів процесуальних правовідносин в адміністративному праві.

Найбільш популярною в адміністративно-правовій науці ідеєю врегулювання адміністративно-процесуальної діяльності є створення окремої галузі чи підгалузі права адміністративного права – адміністративно-процесуального права. Так, «з урахуванням прийняття в Україні адміністративного процесуального законодавства нині існує нагальна потреба і склалися об'єктивні умови формування та розвитку науки і самостійної галузі новітнього адміністративного процесуального права, принципово відмінного від адміністративного процесуального права, обґрунтованого адміністративним правом радянської доби. В Україні малодослідженими, якщо не сказати недослідженими, є так звані загальний і особливий адміністративний процес» [1, с. 50–51]. Однак одним із головних питань на шляху формування цієї самостійної галузі права є пошук та формулювання її предмета, методу, системи законодавства та механізму правового регулювання. У зв'язку з цим адміністративно-процесуальні правовідносини можуть слугувати концептуальною вихідною для формування адміністративно-процесуального права України.

**Актуальність теми дослідження.** Наукова диференціація адміністративно-правових норм у контексті становлення нової системи вітчизняного адміністративного права визнала необхідність чіткої структуризації адміністративної діяльності органів державної влади та

органів місцевого самоврядування відповідно до вимог процесуально- й процедурно-правового забезпечення право-реалізаційних відносин. Суперечливою тенденцією розвитку вітчизняного адміністративного процесу є «звуження» його предметної частини, зокрема прив'язка до сфери адміністративного судочинства. Ми схилиємося до думки, що одномоментне заперечення процедурного та адміністративно-деліктного характеру адміністративно-процесуальних правових норм може призвести до появи концептуальних вад у процесі формування адміністративно-процесуального права.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Сучасна проблематика адміністративного процесу досліджена у роботах таких вітчизняних учених-адміністративістів, як: А. М. Апаров, В. М. Бевзенко, Ю. П. Битяк, Т. О. Коломєць, В. К. Колпаков, О. В. Кузьменко, Р. С. Мельник, Н. Р. Нижник, А. О. Селіванов та ін.

**Формулювання цілей статті** – запропонувати авторське бачення формування концептуально-теоретичних основ адміністративно-процесуального права України крізь призму адміністративно-процесуальних правовідносин.

**Виклад основного матеріалу.** Представники «широкої» концепції адміністративного процесу (О. М. Бандурка, Д. М. Бахрах, Ю. П. Битяк, В. К. Колпаков, О. В. Кузьменко, Н. Р. Нижник, А. О. Селіванов, С. Г. Стеценко, М. М. Тищенко та ін.) розуміють адміністративний процес по-різному: і як процес виконавчої та розпорядчої діяльності органів державного управління, і як встановлений законом порядок

розгляду та вирішення індивідуальних справ, і як діяльність юрисдикційного правоохоронного характеру, застосування державно-правового примусу в адміністративно-процесуальній формі тощо. Різноманітність наукових уявлень та поглядів не веде до уніфікованості правових ознак адміністративного процесу.

Ми пропонуємо розглядати адміністративний процес як систему адміністративних правовідносин, у яких відбувається реалізація адміністративного матеріального правовідношення за допомогою адміністративних процесуальних норм, правил і процедур. Сучасна доктрина адміністративного процесу набула ознак багатопластової структури адміністративно-процесуальної діяльності суб'єктів владних повноважень.

У зв'язку з викладеною думкою слід акцентувати увагу на тому, що у сучасному адміністративному праві склалися різні види правовідносин, в яких відбувається реалізація адміністративно-правових норм. Існуюча на цей час кількість законодавчих та підзаконних нормативно-правових актів, якими встановлюється порядок взаємодії фізичних та юридичних осіб, з одного боку, та органів публічної влади – з другого, нашою метою є необхідність виокремлення сфер виникнення, зміни та припинення адміністративно-процесуальних правовідносин за такими структурними частинами: управлінський процес, адміністративний деліктний процес та адміністративний судовий процес.

Щодо ідеї формування адміністративно-процесуального права в Україні, то така думка не є новою для адміні-

стративно-правової науки, однак час від часу актуалізується у зв'язку із розвитком певних подій (як приклад, прийняття у 2005 р. Кодексу адміністративного судочинства України).

Одним із перших, хто підняв проблему виокремлення предмета і методу адміністративно-процесуального права, був В. Д. Сорокін (1960-ті). На сьогодні в науці адміністративного права існують дві основні позиції: адміністративно-процесуальне право розглядають як підгалузь адміністративного права та як самостійну галузь права.

На думку О. В. Кузьменко, «адміністративно-процесуальне право – це система юридичних норм, якими регламентуються державно-владні організуючі суспільні відносини, що виникають у зв'язку з реалізацією адміністративно-процесуальної форми по застосуванню норм відповідних матеріальних галузей права» [2, с. 168].

Відзначимо, що адміністративний процес порівнюють із кримінальним, цивільним, господарським процесами, вважаючи, що адміністративний процес повинен зайняти своє місце у системі процесуальних галузей права. Аргументів на користь цього є достатньо – запровадження адміністративного судочинства, участь суду як незалежного арбітра при вирішенні публічно-правових конфліктів та справ про адміністративні правопорушення. Крім того, таке відокремлення адміністративного процесу від адміністративного права прискорить реформування адміністративного права. Такі обставини призвели до часткового заперечення окремими вченими «широкої» концепції адміністративного процесу та «звуження» обсягу

розуміння адміністративно-процесуальних правовідносин виключно до тих, що виникають у сфері адміністративного судочинства.

Поряд із цим існує думка про формування не адміністративно-процесуального права, а адміністративно-судового права. У цьому контексті певні наукові та практичні суперечності викликає невизначеність місця адміністративного судочинства у системі адміністративного права: як окремого інституту адміністративного права у регулюванні спірних адміністративних правовідносин, чи як складової частини адміністративного процесу.

Зауважимо, що в рамках судової концепції адміністративного процесу адміністративний процес розуміється як: самостійна галузь судово-процесуальної спрямованості (В. Б. Авер'янов); адміністративний судовий процес (С. М. Махіна); судовий розгляд адміністративно-правових спорів (Ж. М. Машутіна); захист громадян від дій та рішень органів публічної влади, що порушують їхні права і свободи у судовому порядку (Ю. М. Старілов). Виникнення цієї концепції пов'язують із процесами, що розпочались у 1970–1980-х рр. стосовно наукового обґрунтування запровадження судового порядку оскарження рішень органів державної влади, посадових і службових осіб. Спочатку мова йшла лише про мінімальну кількість справ, що мали б бути предметом судового оскарження. Згодом таке коло справ розширювалося, що зумовило необхідність запровадження інституту адміністративної юстиції. Крім того, слід говорити й про підви-

щення ролі суду як контрольної інстанції у суспільстві та державі. Звідси на практиці розпочинає збільшуватися кількість справ, розгляд яких переходить від компетенції органів державної влади до судових органів. Такий стан справ дедалі більше наближує адміністративний процес до судового процесу, що, відповідно, позначається на доктринальному розумінні цього правового явища.

Р. С. Мельник є прихильником самостійного характеру адміністративно-судового права, вважаючи, що «інститут адміністративної юстиції, пройшовши досить довгий трансформаційний шлях у межах системи вітчизняного адміністративного права, набув ознак цілісної галузі права, які дозволяють йому зайняти самостійне місце у системі національного права» [3, с. 361].

Варто нагадати, що існуючі до вересня 2005 р. адміністративний (квазісудовий) та спрощений судовий (у цивільному чи господарському судочинстві) порядки розгляду окремих адміністративно-правових спорів не могли повною мірою ефективно задовольняти вимоги приватних осіб, які потребували захисту своїх суб'єктивних публічних прав та інтересів. У цьому контексті відбулася не лише зміна функціонування механізму захисту прав громадян та юридичних осіб, порушених представниками органів публічної адміністрації. Треба чітко говорити про докорінну зміну системи вітчизняної галузі адміністративного права, оскільки запровадження адміністративного судочинства – це не лише організаційно-правова та процесуальна формалізація

інституту адміністративної юстиції, який і так у своїй «псевдоформі» існував в Україні. У теорії адміністративного права розпочали поширюватися думки та пропозиції щодо перегляду змістової наповненості правових норм, що регулюють власне адміністративні процесуальні відносини, тобто адміністративно-процесуальну сферу владної діяльності уповноважених суб'єктів владних повноважень. І найбільше суперечностей з приводу цього викликає прагнення окремих науковців виокремити адміністративне судочинство в підгалузь адміністративного права або взагалі йде мова про існування предмета і об'єкта самостійної галузі права – адміністративно-судового права (на зразок цивільного, господарського, кримінального процесів). Для такого обґрунтування першочерговою постає необхідність з'ясування адміністративної та процесуальної природи інститутів адміністративного судочинства і, зокрема, дослідження питання про обсяг та межі адміністративної процесуальної правосуб'єктності учасників адміністративного судочинства.

Про оновлення системи адміністративного процесу та адміністративно-процесуального права зокрема зауважує В. М. Бевзенко. «Зваживши на правовідносини як передумову виникнення адміністративного процесу, призначення адміністративної юстиції, завдання адміністративного судочинства, об'єктивно існуючі адміністративно-процесуальні й адміністративно-правові категорії, норми й інститути адміністративного процесуального права, системи адміністративного процесуаль-

ного права може бути представлена як сукупність трьох основних частин: загальна частина (інститути адміністративного судочинства); особлива частина (судовий розгляд адміністративних справ особливих категорій, перегляд судових рішень, захист прав та законних інтересів відповідача); спеціальна частина (практика ЄСПЛ)» [4, с. 35].

При цьому справедливо зазначається, що «судовий розгляд справ – це аж ніяк не “адміністративний порядок”». Тому адміністративне судочинство можна лише дуже умовно віднести до видів “адміністративного процесу”, хоча і тільки за чіткого наголосу на “судовому” характері процесу, а саме – адміністративно-судовий процес» [5, с. 62].

Отож, така невизначеність у науці адміністративного права і процесу не сприяє чіткому формуванню національної доктрини адміністративного судочинства, визначенню його теоретико-методологічних засад.

О. В. Кузьменко визначає предмет адміністративно-процесуального права як «публічні, організуючі суспільні відносини, які складаються з приводу реалізації публічною адміністрацією, порядку розгляду питань про застосування норм відповідних матеріальних галузей права, що закріплені адміністративно-процесуальним законодавством» [6, с. 10], що свідчить про збереження адміністративно-процесуального права у єдиній системі адміністративного права.

У цьому ракурсі цікавим для науки адміністративного права є визначення загальної і особливої частини адміні-



стративного процесу. Варто погодитися з тим, що застосування окремих положень загальної частини адміністративного процесуального права у межах його особливої частини згідно з такими уявленнями адміністративного процесу й адміністративного процесуального права видаються складнопридатними для практики застосування норм адміністративного й адміністративного процесуального права. Як відомо, положення загальної частини будь-якої галузі права є обов'язковими, принциповими, визначальними для положень особливої частини. У цьому контексті запропонована загальна (принципи адміністративного процесу й судочинства; процесуальні презумпції й фікції; учасники адміністративного процесу; судові виклики і повідомлення; підвідомчість і підсудність (юрисдикція) адміністративних справ; адміністративний позов (первісний і зустрічний) та його забезпечення; докази й доказування; судові витрати; процесуальні строки; судові рішення; прецедентне право в адміністративному процесуальному праві України; адміністративний процесуальний примус), особлива (судовий розгляд адміністративних справ особливих категорій; перегляд судових рішень, захист прав та законних інтересів відповідача; захист прав та законних інтересів відповідача) та спеціальна (практика Європейського Суду з прав людини) частини адміністративного процесуального права [4, с. 33, 35].

А. М. Апаров подає таку систему адміністративно-процесуального права [7, с. 15–16]:

– загальна частина: 1) адміністративно-процесуальні норми, що регулюють основи адміністративного процесу (базисні положення): норми, що визначають предмет, законодавство, завдання й межі адміністративного процесу; норми, що встановлюють принципи адміністративного процесу; 2) адміністративно-процесуальні норми, що регулюють статус учасників процесу (інститут суб'єктів адміністративного процесу): норми, що визначають осіб, які беруть участь у провадженні, їх права і особливості реалізації; 3) адміністративно-процесуальні норми, що регламентують процес доведення (інститут доведення в адміністративному процесі); 4) адміністративно-процесуальні норми, що встановлюють процесуальні строки (інститут процесуальних строків в адміністративному процесі); 5) адміністративно-процесуальні норми, що регламентують витрати (інститут формального забезпечення процесу);

– особлива частина: 1) адміністративно-процесуальні норми, що регламентують особливі провадження; 2) адміністративно-процесуальні норми, що регламентують виконавче провадження; 3) адміністративно-процесуальні норми, що регламентують особливості провадження у справах, пов'язаних зі здійсненням виборчого права і права на участь у референдумі; 4) адміністративно-процесуальні норми, що регламентують особливості провадження у справах про нормативно-правові акти; 5) адміністративно-процесуальні норми, що регламентують особливості проваджень у справах про оскарження рішень і дій (безді-

альності) з питань надання або позбавлення статусу біженця; 6) адміністративно-процесуальні норми, що регламентують порядок і процедури провадження в суді першої інстанції: норми, що визначають право скарги, – питання подання скарги, її змісту, прийняття і відмови у прийнятті, повернення і залишення скарги без руху (інститут адміністративного позову в адміністративному процесі); норми, що регулюють порядок здійснення попереднього захисту заявлених вимог, – заходи попереднього захисту, їх зміна й визначення судді про їх реалізацію (інститут попереднього захисту в адміністративному процесі); норми, що регламентують процес підготовки адміністративної справи до судового розгляду (інститут підготовки до судового розгляду в адміністративному процесі); норми, що регламентують судовий розгляд у суді першої інстанції (інститут судового розгляду, що є найбільш об’ємним інститутом адміністративного процесу, включає такі питання, як порядок у судовому засіданні, заходи, що застосовуються до порушників порядку, відкриття засідання, відкладення розгляду); норми, що становлять інститут рішення суду першої інстанції в адміністративній справі, де розкриваються питання змісту, викладу і винесення постанови, особливої думки судді; 7) адміністративно-процесуальні норми, що регламентують порядок і процедури перегляду судових рішень; 8) адміністративно-процесуальні норми, що регламентують провадження у справах про адміністративні правопорушення; 9) адміністративно-про-

цесуальні норми, що регламентують провадження з розгляду скарг громадян; 10) адміністративно-процесуальні норми, що регламентують дисциплінарні провадження щодо державних службовців; 11) адміністративно-процесуальні норми, що регулюють неюрисдикційні провадження: з підготовки й ухвалення нормативних правових актів; з підготовки й ухвалення індивідуальних правових актів; з укладання адміністративних договорів; з розгляду пропозицій і заяв громадян; реєстраційне й дозвільне; установче; з реалізації контрольно-наглядових повноважень; виконавче; з діловодства; з приватизації державного і громадського майна; у земельних, екологічних, фінансово-бюджетних, податкових і деяких інших справах.

Існує й інший погляд на сучасну структуру адміністративного процесу у системі адміністративного права. Як варіант, у структурі адміністративного права запропоновано виокремити кілька самостійних процесуальних інститутів: «а) інститут “внутрішньо організаційних” адміністративних проваджень – регулює різноманітні процедури і провадження або оперативно-розпорядчого, або службового характеру; б) інститут правотворчих проваджень – регулює підготовку і видання нормативних та індивідуальних правових актів; в) інститут сервісних адміністративних проваджень – регулює провадження, які охоплюють процедури розгляду заяв приватних осіб, у тому числі з питань надання їм різноманітних адміністративних послуг; г) інститут “спірних” та “юрисдикцій-

них” адміністративних проваджень – регулює провадження, які охоплюють процедури як розгляду скарг приватних осіб, так і застосування заходів адміністративного примусу, включаючи застосування адміністративних стягнень, а також заходів дисциплінарної відповідальності щодо державних службовців» [5, с. 60–61].

**Висновки.** На нашу думку, на сучасному етапі реформування адміністративно-процесуальних правовідносин, адміністративно-процесуальне право необхідно представити із якомога більшим набором процесуальних інститутів, що охоплювало б, таким чином, усі види адміністративно-процесуальних правовідносин. Якщо так сформулювати предмет адміністративно-процесуального права, це дасть можливість відокремити адміністративно-процедурні правовідносини від системи адміністративно-процесуальних у рамках «широкої» концепції адміністративного процесу. В результаті це призведе до формування у межах адміністративно-процесуального права адміністративно-деліктного та адміністративно-судового права.

Погоджуючись із необхідністю розмежування адміністративної процедури і адміністративного процесу, вирішення таких завдань на законодавчому рівні насамперед окреслить межі адміністративно-процедурної та адміністративно-процесуальної діяльності. При цьому, дотримуючись «широкої» концепції адміністративного процесу, вважаємо, що розвиток інституту адміністративних процедур має відбуватися такими поетапними шляхами:

1) прийняття систематизованого законодавчого акта про адміністративну процедуру, що має увібрати у собі усі управлінські дії органів державної влади та органів місцевого самоврядування щодо реалізації матеріальних норм адміністративного права за зверненнями приватних осіб;

2) «ревізія» адміністративно-процедурних норм, що не увійдуть до закону (кодексу) про адміністративну процедуру з метою уніфікації адміністративно-процедурних правовідносин та створення окремої підгалузі адміністративного права у межах її Особливої частини – адміністративно-процедурного права;

3) відокремлення адміністративно-процедурного права від системи адміністративного процесу за умови одночасного формування й виокремлення адміністративно-процесуального та адміністративно-деліктного права.

Отже, за умови виокремлення адміністративно-процедурного права від адміністративно-процесуального права, виникає можливість формування адміністративно-деліктного права, що має після формування адміністративно-процесуального права посісти окреме місце в системі вітчизняного адміністративного права. У такому разі адміністративно-процесуальне право у перспективі може бути представлене виключно сферою адміністративного судочинства.

Викладене свідчить про необхідність формування трьох самостійних підгалузей адміністративного права: адміністративно-процедурного, адміністративно-деліктного та адміністративно-процесуального права, що призведе до зміни

наукового концепту «адміністративний процес». Оновлена система адміністративного права повністю відображає необхідність підтримки еволюційного розвитку «широкої» концепції адміністративного процесу в українських реаліях розвитку адміністративних правовідносин. Нова система адміністративного права має бути побудована не лише на

zasadaх підвищення ефективності організації роботи суб'єктів владних повноважень, а й повинна створити безпечісні правові інструменти для реалізації кожною людиною своїх прав та інтересів у відносинах з органами державної влади, органами місцевого самоврядування з питань, що віднесені до сфери адміністративно-правового регулювання.

### Список використаних джерел

1. Бевзенко В. Адміністративна юрисдикція: поняття, сутність, проблеми відмежування / В. Бевзенко // Вісн. Вищ. адм. суду України. – 2013. – №3. – С. 39–53.
2. Кузьменко О. В. Процесуальні категорії адміністративного права : [монографія] / О. В. Кузьменко ; Нац. акад. внутр. справ. – Львів, 2004. – 232 с.
3. Мельник Р. С. Система адміністративного права України : [монографія] / Р. С. Мельник. – Х. : Вид-во Харк. нац. ун-ту внутр. справ, 2010. – 398 с.
4. Бевзенко В. Система адміністративного процесуального права України: оновлений погляд на поняття, зміст і соціальне призначення / В. Бевзенко // Вісн. Вищ. адм. суду України. – 2012. – №2. – С. 31–38.
5. Демократичні засади державного управління та адміністративне право : [монографія] / Ю. С. Шемшученко, В. Б. Авер'янов, О. Ф. Андрійко та ін. ; за заг. ред. В. Б. Авер'янова. – К. : Юрид. думка, 2010. – 496 с.
6. Кузьменко О. В. Адміністративний процес у парадигмі права : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07 / Кузьменко Оксана Володимирівна. – К., 2006. – 401 с.
7. Апаров А. М. Адміністративно-процесуальне право як комплексна галузь права / А. М. Апаров // Право та державне управління : зб. наук. пр. – 2014. – №4 (17). – С. 13–16.

### References

1. Bevzenko V. (2013) Administratyvna yurysdyktsiia: poniattia, sutnist, problemy vidmezhuвання [Administrative jurisdiction: the concept, the essence, the problem of separating]. Visn. Vyshch. adm. sudu Ukrainy. – Herald of Supreme Administrative Court of Ukraine. 3. 39–53 [in Ukrainian].
2. Kuzmenko O. V. (2004) Protseusualni katehorii administratyvnoho prava [Procedural category of Administrative Law]. Natsionalna akademiia vnutrishnikh sprav. Lviv [in Ukrainian].
3. Melnyk R. S. (2010) Systema administratyvnoho prava Ukrainy [The system of administrative law Ukraine]. Kh. Vyd-vo Kharkiv. nats. un-tu vnutr. Sprav [in Ukrainian].
4. Bevzenko V. (2012) Systema administratyvnoho protseusualnoho prava Ukrainy: onovlenyi pohliad na poniattia, zmist i sotsialne pryznachennia [The system of administrative procedural law of Ukraine: an updated view of the concept, meaning and social purpose]. Visn. Vyshch. adm. sudu Ukrainy. – Herald of Supreme Administrative Court of Ukraine. 2. 31–38 [in Ukrainian].
5. Shemshuchenko Yu. S., Averianov V. B., Andriiko O. F. (2010) Demokratychni zasady derzhavnoho upravlinnia ta administratyvne pravo [The democratic principles of governance and administrative law]. V. B. Averianova (Eds.). K. Yuryd. dumka [in Ukrainian].
6. Kuzmenko O. V. (2006) Administratyvnyi protses u paradyhmi prava [The administrative process of law paradigm]. Doctor's thesis. K. [in Ukrainian].
7. Aparov A. M. (2014) Administratyvno-protseusualne pravo yak kompleksna haluz prava [Administrative and procedural law as a complex area of law]. Pravo ta derzhavne upravlinnia : zb. nauk. pr. – Law and Governance. 4 (17). 13–16.

*Стаття надійшла до редколегії 11.07.2016.*

**Муза О. В.**, старший научный сотрудник, доктор юридических наук, заведующий сектором экспертных работ, Институт законодательства Верховной Рады Украины, Украина, г. Киев

e-mail: ovm\_ol@ukr.net

**Административно-процесуальные правоотношения как концептуальная исходная формирования административно-процесуального права Украины**

*Исследуются теоретические проблемы формирования административно-процесуального права Украины с точки зрения его места в отечественной системе административного права.*

**Ключевые слова:** административно-процесуальные правоотношения, административно-процесуальное право, административное право, административные процедуры, административное судопроизводство.

**Муза О. В.**, Senior Researcher, Doctor of Law, Chief of Expertise Sector, The Legislation Institute of the Verkhovna Rada of Ukraine, Ukraine, Kyiv

e-mail: ovm\_ol@ukr.net

**Administrative and Procedural Legal Relations as Conceptual Initial of Forming of Administrative Procedure Law of Ukraine**

*The theoretical problems of forming of administrative procedure law in Ukraine in the context of its place in the national system of administrative law through the administrative and procedural legal relations are analyzed.*

*The head problem in the scientific literature is scientific and doctrine conflict salvation between administrative law and administrative process. A "Wide" conception of administrative process, that is the most confessed doctrine approach in science of administrative law, has been on leading positions for a long time, as her authors light up essence of administrative process despite of the different spheres of realization of administrative material legal relationship by means of judicially and legal facilities. Usage theoretical principles of "wide" conception of administrative procedure makes possible to avoid scientific inaccuracies connected with description of separate types of judicial legal relations in administrative law.*

*Scientific differentiation of administrative norms in the context of becoming of the new system of administrative law created the necessity of clear structuring of administrative activity of public and organs of local self-government authorities in accordance with requirements judicial – and procedural providing of legal and realization relations. We claim that denial of existence of procedural and tort character in the administrative procedure norms may cause conceptual mistakes in administrative procedure law formation.*

*The conclusion is made, that on the modern state of reformation of administrative procedure legal relations the administrative procedure law must be presented comprehensively. If the subject of administrative procedure law is comprehensively described, it will lead to separate administrative procedure relations from administrative procedure powers in the framework of the «wide» concept of administrative procedure. As the result administrative procedure, administrative tort and administrative justice law will be created.*

*It is proven, that the by the condition of separation of administrative procedure law from the administrative and processual law, there will be a possibility of forming of administrative tort law in the system of national administrative law. At that rate an administrative processual law in a prospect can be presented exceptionally by the sphere of the administrative legal proceedings.*

*It is summarized in the article about the necessity of forming of three branches of administrative law: administrative procedure law, administrative tort law, administrative and processual law.*

**Key words:** administrative and processual legal relations, administrative and processual law, administrative law, administrative procedures, administrative legal proceedings.

---

**ПИСАРЕНКО НАДІЯ БОРИСІВНА,**

доцент, кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри адміністративного права,  
Національний юридичний університет  
імені Ярослава Мудрого,  
Україна, м. Харків  
e-mail: n.pysarenko@ukr.net  
ORCID 0000-0003-2159-5459



УДК 347.998.85:177.9

## **Застосовність гарантій права на справедливий суд в адміністративному судочинстві: практика Європейського суду з прав людини та українські реалії**

*Зроблено спробу окреслити сферу дії статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року з метою її застосування українськими судами під час вирішення спорів за правилами адміністративного судочинства. Історичний та порівняльний аналіз рішень Європейського суду з прав людини дозволив дійти висновку про застосовність цивільно-правового аспекту права на справедливий суд відносно спорів, що виникають у публічній сфері. Визначено критерії, якими керується Суд під час вирішення питання застосовності згаданої конвенційної норми і які мають бути враховані судовими інституціями України. Визначено види публічно-правових спорів, на вирішення яких Суд із обережністю поширює гарантії пункту 1 статті 6 Конвенції. Акцентовано увагу на тих наслідках, які можуть настати у випадку ігнорування гарантій, що відображені у конвенційних приписах, але не знайшли закріплення в Кодексі адміністративного судочинства України.*

**Ключові слова:** право на справедливий суд, публічно-правовий спір, цивільно-правовий аспект права на справедливий суд, застосовність цивільно-правового аспекту при вирішенні публічно-правових спорів.

**Постановка проблеми.** Одним із нормативно-правових актів, у положеннях якого ідея справедливого суду знайшла найяскравіше відтворення, є Конвенція про захист прав людини

*і основоположних свобод 1950 року (далі – Конвенція). Статтею 6 Конвенції гарантовано право на справедливий суд. У першому реченні пункту першого цієї статті зазначається таке: «Кожен має*

право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення» [1; 2]. Отже, саме у цьому реченні визначено сферу застосування ст. 6: вона поширюється на розгляд справ, які торкаються «прав та обов'язків цивільного характеру» та «кримінального обвинувачення», і не підлягає використуванню у провадженнях, пов'язаних із розв'язанням інших конфліктів.

Однак останнє твердження не виглядає беззаперечним. Хоча б із цієї причини, що сам *Європейський суд з прав людини* (далі – ЄСПЛ) безкінечно відзначає, що Конвенція є «живим» інструментом, а тому вона має тлумачитися з огляду на умови, що існують на час застосування її положень. Звідси – надзвичайно велика кількість рішень, в яких відображена позиція ЄСПЛ відносно розуміння сутності та змісту розглядуваного права, а отже, відносно необхідності поширення гарантій, які наповнюють це право, на сфери, що, на перший погляд, не стосуються кримінального обвинувачення чи вирішення справ про права та обов'язки цивільного характеру<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Відділ досліджень Європейського суду з прав людини розміщує на сайті ЄСПЛ видання, в яких, у тому числі, висвітлює питання застосовності ст. 6 Конвенції. Серед таких видань виділимо: «Руководство по статье 6 Конвенции. Право на справедливое судебное разбирательство (гражданско-правовой аспект)» [3], «Руководство по статье 6 Конвенции. Право на

Идется насамперед про публічну сферу, де спори, як правило, обумовлені владною діяльністю певних суб'єктів. Їх учасники – владарюючі суб'єкти й приватні особи – «нерівні» у правовідносинах, з яких вони (спори) виникають: перші можуть впливати на поведінку інших, корегувати її відповідно до нормативно встановлених вимог, а другі – мають або «підкорятися» такому впливу, або, якщо він зачіпає їхні права, свободи, інтереси, – протистояти йому, в тому числі через звернення до суду за захистом.

Очевидно, що справедливе вирішення подібних конфліктів неможливе без закріплення за учасниками судового провадження процесуальних прав та обов'язків, здійснення яких дозволяє «нерівним» у відносинах стати «рівними» у процесі. Щодо самого судочинства, то воно має бути підкорено таким правилам, які гарантуватимуть реалізацію згаданих прав та обов'язків.

справедливое судебное разбирательство (уголовно-правовой аспект)» [4], а також «Практическое руководство по критериям приемлемости» [5]. Науковці, які репрезентували Україну, у своїх публікаціях також робили спроби розв'язати проблему застосовності досліджуваної конвенційної норми. Так, О. Толочко акцентує увагу на цій проблемі та пропонує своє бачення її подолання [6, с. 233–270]. Цікавими видаються публікації І. Бойко і Т. Фулей, в яких, однак, ідеться про застосовність кримінально-правового аспекту права на справедливий суд під час розгляду справ про адміністративні правопорушення [7; 8]. Цій же тематиці присвячено деякі роботи автора цього дослідження [9; 10]. Відзначимо також, що Т. Фулей у 2015 р. підготувала цікавий навчально-методичний посібник для суддів «Застосування практики Європейського суду з прав людини в адміністративному судочинстві», у тексті якого торкнулася розглядуваної проблеми [11].

І правила судової діяльності щодо розгляду публічно-правових спорів, і права та обов'язки сторін відповідного судового процесу в Україні об'єднано у спеціальному процесуальному законі – *Кодексі адміністративного судочинства України*. Цей Закон був прийнятий у 2005 р. – через 8 років після ратифікації українською владою Конвенції. Отже, його норми не могли не зазнати «впливу» з боку положень Конвенції.

Наскільки приписи Кодексу проинциповано конвенційними ідеями? Чи відчують представники української Феміди необхідність у прямому застосуванні «процесуальних» норм Конвенції? Чи усвідомлюють вони, які наслідки можуть настати за умов ігнорування тих гарантій, що випливають зі змісту конвенційних приписів та не знайшли належного відображення у національному процесуальному законі? Спробуємо дати відповіді на ці питання.

Можна впевнено стверджувати, що дискусія відносно умов застосування досліджуваної конвенційної норми до спорів, що виникають у публічній сфері, є безкінечною. Свою точку зору з цього приводу найбільш «рельєфно» ЄСПЛ висловив у декількох рішеннях, які нині найчастіше цитують як у самих судових прецедентах, так і у наукових публікаціях, присвячених розглядуваній проблематиці.

До таких рішень можна віднести рішення у справах *«Рінгайзен проти Австрії»* та *«Кеніг проти Німеччини»*. Конфліктні ситуації у цих справах суттєво розрізняються: справа пана Рінгайзена стосувалася порушення його прав під час розгляду австрійським адміні-

стративним органом заяви про затвердження договору про придбання ним нерухомості; пан Кеніг скаржився на тривалість розгляду позову про визнання протиправним рішення про скасування дозволу на утримання ним клініки та зайняття медичною практикою.

Разом з тим аналіз цих несхожих ситуацій дозволив ЄСПЛ відтворити ряд позицій, що можуть сприйматися як орієнтири під час вирішення питання про застосовність цивільно-правового аспекту права на справедливий суд при розв'язанні спорів за участю представників публічної влади.

Стисло ці позиції можна представити так.

1. Поняття «права та обов'язки цивільного характеру» не може тлумачитися виключно у світлі внутрішнього законодавства держави-відповідача. Воно є *автономним*; його слід сприймати «у розумінні Конвенції». Утім ЄСПЛ не вважає, що у даному контексті законодавство держави-відповідача не має значення. «Чи буде право розглядатися як цивільне у розумінні Конвенції, залежить не від його юридичної кваліфікації у внутрішньому законодавстві, а від того, який матеріальний зміст уміщено в нього цим законодавством і які наслідки законодавство пов'язує із ним. Здійснюючи свою контрольну функцію, Суд має враховувати завдання і цілі як Конвенції, так і правових систем держав-учасниць» [12, п. 89].

2. Пункт 1 ст. 6 Конвенції охоплює не тільки приватноправові конфлікти у традиційному розумінні, тобто спори між приватними особами або між приватною особою та державою у тому випадку, коли остання діє як суб'єкт цивільного



права. Визначальним для кваліфікації спору як спору про права цивільні є сам характер права, відносно реалізації якого цей спір виник [13, п. 94].

3. Для застосування п. 1 ст. 6 Конвенції не має значення те, що конфлікт між приватною особою і державою обумовлений прийняттям компетентним органом на виконання владних повноважень адміністративного акта. Не відіграє будь-якої ролі і те, що відповідно до права держави-відповідача ухвалення рішення на його розв'язання покладено на адміністративні суди. Єдине, що має значення, це те, що «предметом розгляду під час вирішення конфлікту є права приватного характеру» [12, п. 94].

Зауважимо, що питання про застосовність п. 1 ст. 6 Конвенції Європейський суд з прав людини вирішує дуже виважено, з обережністю, ухвалюючи рішення по кожній конкретній справі окремо. Хоча судді ЄСПЛ іноді демонструють більшу рішучість і відкрито та послідовно відстоюють позицію, за якою носіями розглядуваного права є приватні особи, що стикнулися із проявами несправедливості під час вирішення національними судами будь-яких конфліктів за їх участю, а тому, на їхню думку, ЄСПЛ повинен без застережень розглядати заяви таких осіб та оцінювати відповідність судової діяльності вимогам, закріпленим у розглядуваній конвенційній нормі.

Убачаємо доречним з цього приводу згадати справу *«Маауя проти Франції»*, порушену за заявою, в якій ставилося питання про визнання нерозумною тривалості судового провадження з приводу скасування наказу про вислання із Франції.

У рішенні ЄСПЛ констатовано не-застосовність у даній справі п. 1 ст. 6 Конвенції. Суд посилався на існування ст. 1 Протоколу № 7 до Конвенції, якою визначено окремі процедурні гарантії щодо вислання іноземців за межі країни. Отже, провадження відносно скасування наказу про вислання має відбуватися з огляду на ці гарантії, а не на ті, що встановлено для розв'язання питань про права та обов'язки цивільного характеру. Суд також відзначив, що наказ про вислання не був пов'язаний із встановленням обґрунтованості будь-якого кримінального обвинувачення. Він визнав, що характер подібних наказів у рамках національного правового поля створює підґрунтя для різних тлумачень. Але держави – члени Ради Європи не кваліфікують ці накази як заходи кримінального характеру. Вони (накази) у більшості держав видаються адміністративними органами, становлять особливий запобіжний захід з метою імміграційного контролю і не пов'язуються зі встановленням обґрунтованості будь-якого кримінального обвинувачення [14].

Двоє із 17 суддів ЄСПЛ, що увійшли до складу судової колегії, проголосували проти такого рішення; семеро – висловили окремі думки. Привертає увагу окрема думка судді Лукаса Г. Лукайде-са, в якій відзначено таке: «Беручи до уваги об'єкт та мету пункту 1 статті 6 Конвенції, що сприймаються у сукупності із розглядуваним контекстом... стає очевидним, що поняття “цивільний” повинно тлумачитися як таке, що охоплює всі інші права, які не мають кримінально-правового характеру. Якщо не прийняти таке телеологічне

тлумачення, то об'єкт і мета пункту 1 статті 6 Конвенції будуть марними. Я вважаю безсумнівним, що об'єкт та мета статті 6 Конвенції полягають у забезпеченні через судові гарантії справедливого відправлення правосуддя відносно будь-якої особи при оцінці або визначенні її законних прав та обов'язків. Було б абсурдним визнати, що судові гарантії призначалися лише для певних прав, зокрема прав приватних осіб, і не для інших законних прав та обов'язків, включаючи усі права щодо адміністрації, в яких судовий контроль для захисту осіб від державних органів влади є особливо необхідним» [15, с. 8–20].

Очевидно, що точка зору судді Лукайдеса принципово відрізняється від тієї, що висловлена у згаданому вище рішенні ЄСПЛ. Він не дискутує з приводу того, які гарантії необхідно забезпечити під час розгляду справи про правомірність вислання іноземця, – ті, що випливають з п. 1 ст. 6, або ті, що передбачені у ст. 1 Протоколу № 7 до Конвенції. Суддя наполягає на застосовності цивільно-правового аспекту досліджуваного права при вирішенні будь-яких юридичних спорів, у тому числі й тих, які виникають із публічно-правових відносин.

Дозволимо собі припустити, що суддя Лукайдес фактично пропонує відмовитися від вживання у розглядуваному конвенційному приписі словосполучення «цивільного характеру», бо вважає, що буквально його сприйняття обмежує приватних осіб у реалізації права на судовий захист прав, свобод, інтересів від порушень із боку владарюючих суб'єктів.

Важко сприйняти точку зору судді Лукайдеса безапеляційно. Особливо з огляду на історію формулювання п. 1 ст. 6 Конвенції, яка, безумовно, не має вирішального значення для його тлумачення. Але вона є повчальною у зв'язку із пошуком відповідей на питання про його (пункту) застосовність до публічно-правових спорів.

Ця історія вдало підсумована у спільній окремій думці суддів ЄСПЛ, що була висловлена у справі *«Доймлянд проти Німеччини»*. За рішенням ЄСПЛ, постановленим десятьма голосами проти восьми, п. 1 ст. 6 Конвенції у даній справі має застосовуватися, незважаючи на те, що предмет спору – виплата сум, передбачених певними преференціями у сфері соціального забезпечення, – регулюється нормами публічного права. Такому висновку передувала порівняльна оцінка рис публічного та приватного права у розглядуваній справі, на підставі якої ЄСПЛ констатував, що різні «риси приватного права», пов'язані з вимогами, заявленими позивачкою, настільки переважали «риси публічного права», що надали цим вимогам характеру цивільних.

Не погоджуючись із позицією більшої частини, автори згаданої вище окремої думки наполягали на тому, що позов, поданий пані Доймлянд з метою отримання додаткової пенсії, настільки віддалено та опосередковано пов'язаний із приватноправовими відносинами, що це не може обумовлювати застосування п. 1 ст. 6, а будь-яка із виокремлених ЄСПЛ «рис приватного права» не змінює переважно публічного характеру відносин між позивачкою та суспільством.

Далі судді, які висловили окрему думку, підкреслили, що використання формули «права та обов'язки цивільного характеру» повинно було, за задумом укладачів Конвенції, встановити межі застосування п. 1 ст. 6, а тому ця стаття визначає процесуальні гарантії для розв'язання не всіх правових конфліктів. Вони також помітили, що зіставлення «цивільного» та «кримінального» у контексті досліджуваної статті демонструє, що слово «цивільний» не передбачає її застосовність відносно усіх без винятку питань, відмінних від «кримінальних».

Щодо історії формулювання, то судді нагадали, що прикметник «цивільний» було додано до англійської версії п. 1 ст. 6 у листопаді 1950 р., за день до відкриття Конвенції для підписання, коли Комітет експертів по правах людини Ради Європи востаннє перевіряв її текст і «зробив декілька виправлень формального характеру та виправлень перекладів». Можна припустити, що причина внесення в останню хвилину зміни полягала просто у приведенні англійського тексту у більшу відповідність із формулюваннями французького варіанта: до внесення змін у франкомовному варіанті говорилося про «права та обов'язки цивільного характеру»; в англкомовному – йшлося про «права і обов'язки в судовому спорі». Тоді не було надано жодного пояснення цієї зміни. Але зазначені дві формули обговорювались на зустрічі Комітету експертів ще у березні 1950 р. й, за твердженням авторів окремої думки, були запозичені безпосередньо з еквівалентної статті вже існуючого тоді проекту *Міжнародного пакту про громадянські і політичні права Організації Об'єднаних Націй*.

На підсумок судді, які висловили окрему думку, констатували, що введення обмежувального терміна «цивільного характеру» було спрямовано на виключення зі сфери дії ст. 14 Міжнародного пакту, а отже, і п. 1 ст. 6 Конвенції, деяких категорій спорів, «пов'язаних із відправленням правосуддя у відносинах між фізичними особами та урядами» [16].

Наголосимо, що автори згаданої вище окремої думки висловлювались за встановлення обмежень для застосування п. 1 ст. 6 Конвенції щодо вирішення лише *деяких* спорів, які виникають у публічній сфері. Очевидно, що така точка зору підтримується і більшістю суддів ЄСПЛ: стосовно справ із елементами публічного права тлумачення поняття «права та обов'язки цивільного характеру» стає все більш ліберальним. За таких умов легше вирізнити судові провадження з розгляду публічно-правових спорів, що не підпадають під дію досліджуваного конвенційного положення, аніж сформулювати перелік тих, до яких це положення застосовується.

Можемо стверджувати, що ЄСПЛ демонструє послідовність та непохитність у питанні незастосовності гарантій п. 1 ст. 6 Конвенції при розв'язанні (1) *спорів, пов'язаних з реалізацією політичних прав*. Провадження з розгляду (2) *конфліктів між державою та платниками податків*, за загальним правилом, також не підпадають під сферу застосування «цивільної» частини ст. 6; але останнім часом ЄСПЛ своїми рішеннями все ж таки намагається вплинути на перебіг відносин за участю податкових органів. І нарешті, очевидних «поблажливих» змін зазнають позиції

ЄСПЛ щодо застосовності гарантій п. 1 ст. 6 під час вирішення (3) *суперечок з приводу перебування на державній службі*.

1) *Спори, пов'язані з реалізацією політичних прав*.

У справах проти України ЄСПЛ тричі виносив ухвали, якими оголошував подані заяви неприйнятними у частині порушення п. 1 ст. 6 Конвенції, бо у цих заявах окрім іншого ставилося питання і про забезпечення реалізації політичних прав. Йдеться про ухвали за заявами *Миколи Івановича Мельниченка* [17], *Костянтина Анатолійовича Бабенка* [18] та *Сергія Головатого* [19].

У всіх трьох випадках заявники скаржилися на порушення ст. 3 Першого протоколу до Конвенції («Право на вільні вибори») як окремо, так і в поєднанні зі ст. 14 («Заборона дискримінації»), а також вказували на ігнорування національними судами вимог п. 1 ст. 6 при розгляді справ щодо створення перепон у здійсненні виборчих прав.

Розрізняються дані конфліктні ситуації в тому, що пани Бабенко та Головатий вважали, що вибори проведено із грубими порушеннями, а тому апелювали до рішень судів, якими оцінювалась їх законність; у той час як пан Мельниченко стверджував, що відмова Центральної виборчої комісії України у реєстрації його як кандидата в народні депутати (у подальшому «схвалена» Верховним Судом України) є обмеженням його прав балотуватися та бути обраним до Верховної Ради України.

Ураховуючи ці відмінності, ЄСПЛ заяви Бабенка та Головатого визнав неприйнятними повністю, а заяву Мельниченка проголосив прийнятною в час-

тині скарг, які стосувалися порушення ст. 3 Першого протоколу до Конвенції («Право на вільні вибори»), й рішенням від 19 жовтня 2004 р. встановив шістьма голосами проти одного, що таке порушення мало місце [20].

Ще раз відзначимо, що процедури проведення виборів, у яких брали участь Бабенко та Головатий, так само як підстави і порядок відмови Мельниченку в реєстрації його як народного депутата були предметом розгляду в українських судах. У відповідних судових провадженнях вирішувалося питання, яке не має відношення до здійснення прав та обов'язків цивільного характеру. Саме цим обґрунтував свою точку зору ЄСПЛ, зазначивши в ухвалах, що розглянуті національними судами спори з приводу реалізації політичних прав, в яких названі особи є стороною, не підпадають під захист п. 1 ст. 6 Конвенції.

2) *Спори між державою та платниками податків*.

Розмірковуючи з приводу застосовності цивільного аспекту права на справедливий суд при розгляді спорів із податковими органами, ЄСПЛ погоджується із тим, що у податковому провадженні завжди вирішуються матеріальні інтереси. Але просте доведення, що спір має «матеріальний» характер, не є само по собі достатнім для визнання застосовності п. 1 ст. 6 Конвенції. «Матеріальні» зобов'язання перед державою, за твердженням ЄСПЛ, мають розглядатися як такі, що належать до сфери публічного права, і тому не охоплюються поняттям «цивільних прав і обов'язків». Крім штрафів, які встановлюються як «міра кримінального

покарання», ЄСПЛ до таких, належних до сфери публічного права матеріальних зобов'язань відносить і ті, що впливають із податкового законодавства» [21].

Зазвичай, вже на етапі з'ясування, чи є заява прийнятною, ЄСПЛ констатує, що оподаткування є питанням публічного права, а тому розгляд відповідного спору не підпадає під захист досліджуваного конвенційного положення. Хоча у деяких випадках, зважаючи на складність конфліктної ситуації, ЄСПЛ приймає заяву до розгляду по суті і вже у рішенні висловлюється щодо застосовності п. 1 ст. 6 Конвенції у конкретному, описаному в заяві випадку.

Так, у справі «Феррадзіні проти Італії» скаржник вказував на порушення його права на справедливий суд італійськими органами, які понад 10 років розв'язували заяву про зменшення податкової ставки. Зважаючи на складність скарги, ЄСПЛ прийняв її до розгляду, відзначивши, що питання застосовності п. 1 ст. 6 залежить від результатів вирішення скарги по суті. Урешті-решт ЄСПЛ одинадцятьма голосами проти шести постановив, що досліджуване конвенційне положення у цій справі не застосовується. У рішенні зазначено, що податкові проблеми обов'язково пов'язані із настанням для платників податків матеріальних наслідків, але вони все одно не торкаються цивільних прав та обов'язків, бо є «частиною основного пакету прерогатив державних органів» [22].

У справі «Щокін проти України» (так само, як і у справі «Феррадзіні проти Італії») ЄСПЛ одночасно розглядав питання щодо прийнятності та суті по-

даних заяв. Однак пан Щокін перш за все нарікав на порушення його майнових прав, стверджуючи, що здійснення податковими органами перерахунку та збільшення розміру прибуткового податку не відповідали законові. Він посилався на ст. 1 Першого протоколу до Конвенції («Захист права власності»). Заявник у даній справі скаржився також і за ст. 6 Конвенції, говорячи, що судові провадження за його позовами були несправедливими.

Заява Щокіна виглядає подібною до згаданої вище заяви пана Мельниченка у справі щодо права на вільні вибори. Щокін, як і Мельниченко, спочатку повідомляв про порушення його «матеріального» права, гарантованого Конвенцією, а вже потім стверджував, що національний суд при розгляді відповідного позову не дотримувався процесуальних правил п. 1 ст. 6. Очевидно, що ЄСПЛ на підставі детального аналізу претензій щодо матеріального права доходив висновку про його характер, встановлював, чи належить воно до прав цивільних, і вже після цього оцінював застосовність досліджуваної конвенційної норми при вирішенні конфлікту, обумовленого порушенням цього права.

Відносно скарги на порушення майнових прав, то ЄСПЛ встановив, що у справі Щокіна воно (порушення) мало місце. Три роки поспіль податкові органи ухвалювали рішення, якими накладали на заявника додаткові зобов'язання зі сплати прибуткового податку. Зазначені рішення пан Щокін оспорував у національних судах. Суд касаційної інстанції, постанови якого визнавалися остаточними і подальшому оскарженню

не підлягали, вважав рішення податкових органів такими, що відповідають законові. За твердженням ЄСПЛ, втручання з боку податкових органів у майнові права заявника було свавільним, бо здійснювалося на підставі суперечливих норм права, розміщених до того ж в актах різної юридичної сили.

Стосовно заяви про порушення вимог ст. 6 Конвенції, то ЄСПЛ її відхилив як явно необґрунтовану. З цього приводу ЄСПЛ висловився так: «Розглянувши скаргу заявника в світлі всіх наявних матеріалів і настільки, наскільки вони охоплювалися його компетенцією, Суд дійшов висновку про відсутність будь-яких ознак порушень прав і свобод, гарантованих Конвенцією» [23]. Отже, ЄСПЛ, вирішуючи справу Щокіна, фактично уникнув розв'язання питання про застосовність цивільного аспекту права на справедливий суд щодо спору про податки.

3) *Спори з приводу перебування на державній службі.*

Європейський суд з прав людини ухвалив чимало рішень, перш ніж окреслити більш-менш чіткі критерії застосування гарантій судової процедури до спорів між державними службовцями та державою. Серед цих рішень відзначаємо два – у справах *«Пеллегрін проти Франції»* [24] та *«Вільхо Ескелінен та інші проти Фінляндії»* [25]. Вони заслуговують на особливу увагу, бо в їх текстах описано всі ті утруднення, із якими стикнувся ЄСПЛ на шляху до вирішення зазначених критеріїв.

До 1999 р., тобто до винесення рішення у справі *«Пеллегрін проти Франції»*, ЄСПЛ спирався у своїх «вердиктах» на такий принцип: дія п. 1 ст. 6 не

поширюється на спори, що стосуються трудового найму, просування по службі та звільнення державних службовців. Однак на підставі аналізу прецедентної практики можна констатувати, що даний принцип безкінечно обмежувався або уточнювався, і це призвело до виникнення протилежних висновків в нібито схожих справах, розглянутих ЄСПЛ<sup>1</sup>.

Рішенням у справі *«Пеллегрін проти Франції»* ЄСПЛ запропонував при розв'язанні питання про застосовність досліджуваного конвенційного положення до справ, розгляд яких ініційовано державними службовцями, використовувати функціональний критерій, який у подальшому отримав назву «критерій Пеллегріна». За цим критерієм дія п. 1 ст. 6 Конвенції не поширюється на спори між органами влади і робітниками, які обіймають посади, що передбачають участь у здійсненні публічно-правових повноважень або пов'язані із захистом загальних інтересів держави чи інших органів влади. Яскравими прикладами діяльності, спрямованої на реалізацію подібних владних функцій, на думку ЄСПЛ, є служба в армії чи у поліції.

«Критерій Пеллегріна» було сформульовано досить категорично. Він ґрунтувався виключно на характері по-

<sup>1</sup> Огляд прецедентної практики Європейського суду з прав людини у справах, пов'язаних із перебуванням на державній службі, за період 1991–1997 рр. здійснено у публікації заступника Секретаря Суду Пола Махоуні «How Civil is the Civil Service?», *Melanges en hommage a Louis Edmond Pettiti, Etablissements Emile Bruylant, Editions Nemesis, Bruxelles, 1998*; переклад українською див.: Махоуні П. Наскільки «цивільною» є державна служба? / П. Махоуні // *Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі.* – 1999. – № 3. – С. 169–184 [26].

садових обов'язків державного службовця-робітника. Така його «односторонність» викликала стурбованість із боку ЄСПЛ. Урешті-решт ЄСПЛ вимушений був визнати, що «встановлення характеру та статусу функцій заявників є складним завданням», і тому «функціональний критерій у такому його вигляді, в якому він використовується на практиці, не спрощує аналізу питання про застосовність статті 6 Конвенції при розв'язанні справи, в якій однією зі сторін є державний службовець... не вносить у це питання хоч якоїсь визначеності» [25, пп. 52, 55].

З огляду на виявлену проблему в рішенні у справі *«Вільхо Ескелінен та інші проти Фінляндії»* ЄСПЛ дійшов висновку про необхідність удосконалення «критерію Пеллегріна». Хоча важко погодитися із тим, що підходи, запропоновані ЄСПЛ в останньому із згаданих рішень, були спрямовані саме на удосконалення. Очевидним для нас є те, що ЄСПЛ продемонстрував принципово відмінне бачення вирішення питання застосовності п. 1 ст. 6 Конвенції для судових проваджень з розгляду спорів за участю державних службовців. Тепер він виходив із того, що у багатьох державах, що приєдналися до Конвенції, для таких службовців правосуддя є доступним, і вони можуть звертатися із позовами про заробітну платню, про додаткові виплати і навіть про прийняття на службу чи звільнення з неї так само, як і робітники приватного сектору. Отже, статус носія державної влади не виключає застосування вимог судового контролю. І там, де такий контроль запроваджено, розгляд відповідних справ має відбуватися із дотриманням

гарантій, закріплених у розглядуваній конвенційній нормі.

Зауважимо, що рішенням у справі *«Вільхо Ескелінен та інші проти Фінляндії»* ЄСПЛ фактично запровадив так звану презумпцію застосовності ст. 6 Конвенції. Тепер державний службовець може бути позбавлений захисту, що втілена у зазначеній статті, лише за умов, якщо держава-відповідач продемонструє, по-перше, що національне законодавство не закріплює за таким службовцем права на доступ до правосуддя, та, по-друге, що таке обмеження у реалізації даного права є виправданим.

До критеріїв справи *«Вільхо Ескелінен та інші проти Фінляндії»* ЄСПЛ звернувся у справі *«Олександр Волков проти України»*. Пан Волков скаржився на те, що його право на справедливий суд було порушено при розгляді питання про його звільнення з посади судді Верховного Суду України.

За українським законодавством професійні судді звільняються з посади постановою Верховної Ради України, що приймається на підставі подань Вищої ради юстиції та пропозиції Комітету Верховної Ради України з питань правосуддя. Усі згадані органи визнали, що пан Волков підлягав звільненню, бо він порушив присягу судді. Волков оскаржив своє звільнення до Вищого адміністративного суду України; останній відмовив у задоволенні його вимог і визнав рішення про звільнення таким, що відповідає законіві.

Однак рішення у справі *«Олександр Волков проти України»* викликає неабиякий інтерес не тільки тому, що воно ілюструє використання критеріїв справи *«Вільхо Ескелінен та інші проти Фін-*

ляндії» [27]. Цим рішенням ЄСПЛ поширив гарантії п. 1 ст. 6 не тільки на судове провадження; фактично він визнав необхідність їх дотримання всіма переліченими вище державними інституціями, що були причетні до розв'язання питання про звільнення Волкова.

Аргументуючи таку точку зору, ЄСПЛ відзначив, що йому ніщо не заважає назвати «судом» конкретний національний орган, який не входить до судової системи з тим, щоб встановити відповідність такого органу критеріям, викладеним у справі *«Вільхо Ескелінен та інші проти Фінляндії»*. «З огляду на це не можна дійти висновку, що національне законодавство виключало можливість доступу до суду для скарги заявника. Отже, перший критерій справи *«Вільхо Ескелінен та інші проти Фінляндії»* дотримано не було, а тому стаття 6 Конвенції застосовується у її цивільному аспекті» [27, п. 91].

За твердженням ЄСПЛ, вирішуючи справу Волкова та ухвалюючи обов'язкове для виконання рішення, Вища рада юстиції, парламентський комітет і пленарне засідання парламенту разом виконували функцію суду. Вищий адміністративний суд України, який є судом, що входить до національної судової системи, у класичному розумінні цього слова, згодом лише переглянув рішення про звільнення заявника. У підсумку ЄСПЛ констатував порушення п. 1 ст. 6 Конвенції, бо і Вища рада юстиції, і Верховна Рада України не забезпечили незалежний і безсторонній розгляд справи заявника, а наступний перегляд його справи судом не виправив ці помилки [27, пп. 117, 122, 131].

Український парламент швидко відреагував на рішення ЄСПЛ у справі Волкова. Не чекаючи перегляду Верховним Судом України постанови Вищого адміністративного суду України з підстави встановлення міжнародною установою порушення Україною міжнародних зобов'язань при розгляді судової справи<sup>1</sup>, парламент ухвалив постанову, якою скасував своє рішення про звільнення пана Волкова [28]. Отже, Верховна Рада України продемонструвала чітке розуміння того, що вона є таким адресатом рішення ЄСПЛ, який здатен вчинити дії, спрямовані на поновлення прав приватної особи.

**Висновки.** Викладене вище дозволяє стверджувати, що Європейський суд з прав людини своїми рішеннями демонструє намір поширити правила ст. 6 Конвенції на розгляд спорів, що виникають із відносин різної галузевої належності, у тому числі й тих, які регламентовано нормами публічного права. Без сумніву, такий намір обумовлено бажанням забезпечити належний рівень судового захисту прав і свобод приватних осіб.

У зв'язку із цим доречно ще раз згадати рішення у справі *«Вільхо Ескелінен та інші проти Фінляндії»*, в якому Суд відзначив, що, якщо національний закон допускає судовий контроль відносно рішень владарюючих суб'єктів, то такий контроль має відбуватися із дотриманням гарантій, відображених у п. 1 ст. 6 Конвенції.

<sup>1</sup> Така підстава для перегляду Верховним Судом України судових рішень в адміністративних справах передбачена п. 3 ч. 1 ст. 237 Кодексу адміністративного судочинства України.



Як вбачається, використання у тексті Конвенції обмежувальної категорії «права та обов'язки цивільного характеру» пояснюється тим, що її творці усвідомлювали існування таких «щільних» суспільних зв'язків між державою і приватною особою, які не можуть і не повинні зазнавати впливу з боку міжнародних інституцій.

Відзначимо, однак, що позиція Суду щодо незастосовності п. 1 ст. 6 під час

розгляду спорів, які виникають із таких «щільних» зв'язків, зовсім не означає, що гарантії цієї конвенційної норми не повинні бути відображені у національному процесуальному законі, яким визначено порядок їх (спорів) розв'язання. Навпаки, подібна імплементація є бажаною і навіть необхідною, адже ілюструє панування прогресивних, демократичних ідей, на яких ґрунтуються відносини між державою та індивідом.

### Список використаних джерел

1. Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів №2, 4, 7 та 11 до Конвенції : Закон України від 17 лип. 1997 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1997. – №40. – Ст. 263.
2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року : офіц. пер. // Офіц. вісн. України. – 2006. – №32. – Ст. 2371.
3. Guide on article 6. Right to a Fair Trial (civil limb) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf).
4. Guide on article 6. Right to a Fair Trial (criminal limb) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_criminal\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf).
5. Practical Guide on Admissibility Criteria [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility\\_guide\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf).
6. Толочко О. Право на справедливий судовий розгляд (стаття 6 ЄСПЛ) у світлі українського законодавства та правозастосовної практики / О. Толочко // Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст / за заг. ред. О. Л. Жуковської. – К. : ЗАТ «ВІПОЛ», 2004. – 960 с.
7. Бойко І. В. Право на справедливий суд у провадженні в справах про адміністративні правопорушення / І. В. Бойко // Україна в умовах реформування правової системи: сучасні реалії та міжнародний досвід : [матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., м. Тернопіль, Тернопіл. нац. екон. ун-т, 8–9 квіт. 2016 р.]. – Тернопіль : Екон. думка, 2016. – С. 24–26.
8. Фулей Т. І. Значення автономного тлумачення понять Європейського суду з прав людини для правової системи України / Т. І. Фулей // Вісн. Акад. адвокатури. – 2013. – №2(27). – С. 164–167.
9. Pysarenko N. V. Impact of the resolution of the European Court of Human Rights on formation of the position regarding the application of the separate provisions of the legislation on administrative offences / N. V. Pysarenko // Адм. право і процес. – 2015. – №2(12). – С. 16–22.
10. Писаренко Н. Б. Окремі аспекти реалізації права на справедливий суд у провадженні в справах про адміністративні правопорушення [Електронний ресурс] / Н. Б. Писаренко // Журн. східноєвроп. права. – 2015. – №22. – С. 61–69. – Режим доступу: [http://easternlaw.com.ua/wp-content/uploads/2015/12/pysarenko\\_22.pdf](http://easternlaw.com.ua/wp-content/uploads/2015/12/pysarenko_22.pdf).
11. Фулей Т. І. Застосування практики Європейського суду з прав людини в адміністративному судочинстві : навч.-метод. посіб. для суддів / Т. І. Фулей. – 2-ге вид., випр., допов. – К. : [Б. в.], 2015. – 128 с.
12. Решение Европейского суда по правам человека по делу «Кёниг против Германии» от 28 июня 1979 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://european-court.ru/uploads/ECHR\\_Konig\\_v\\_Germany\\_28\\_06\\_1978.pdf](http://european-court.ru/uploads/ECHR_Konig_v_Germany_28_06_1978.pdf).
13. The European Court's of Human Rights judgment, July 28, 1971, on the case of Ringeisen v. the Austria [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57565>.

14. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Маауя проти Франції» від 5 жовтня 2000 р. // Практика Європ. суду з прав людини. Рішення. Коментарі. – 2000. – № 4. – С. 188–191.
15. Лукайдеc Л. Справедливое судебное разбирательство. Комментарий к пункту 1 статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод / Л. Лукайдеc // Рос. юстиция. – 2004. – № 2. – С. 8–20.
16. Решение Европейского суда по правам человека по делу «Доймеланд против Германии» от 25 мая 1986 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://europeancourt.ru/uploads/ECHR\\_Deumeland\\_v\\_Germany\\_29\\_05\\_1986.pdf](http://europeancourt.ru/uploads/ECHR_Deumeland_v_Germany_29_05_1986.pdf).
17. Ухвала Європейського суду з прав людини щодо прийнятності заяви Миколи Івановича Мельниченка від 4 листопада 2003 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://old.minjust.gov.ua/2577>.
18. Ухвала Європейського суду з прав людини щодо прийнятності заяви Костянтина Анатолійовича Бабенка від 4 травня 1999 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://old.minjust.gov.ua/194>.
19. Ухвала Європейського суду з прав людини щодо прийнятності заяви Сергія Головатого від 16 березня 2000 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://old.minjust.gov.ua/195>.
20. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Мельниченко проти України» від 19 жовтня 2004 р. // Офіц. вісн. України. – 2005. – № 21. – Ст. 1182.
21. The European Court's of Human Rights judgment, December 9, 1994, on the case of Schouten and Meldrum v. the Netherlands [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57907>.
22. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Феррадзіні проти Італії» від 12 липня 2001 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=442>.
23. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Щокін проти України» від 14 жовтня 2010 р. // Офіц. вісн. України. – 2013. – № 6. – Ст. 236.
24. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Пеллегрін проти Франції» від 8 грудня 1999 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=124>.
25. Решение Европейского суда по правам человека по делу «Вильхо Эскелинен и другие против Финляндии» от 19 апреля 2007 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://europeancourt.ru/uploads/ECHR\\_Vilho\\_Eskelinen\\_and\\_Others\\_v\\_Finland\\_19\\_04\\_2007.pdf](http://europeancourt.ru/uploads/ECHR_Vilho_Eskelinen_and_Others_v_Finland_19_04_2007.pdf).
26. Махоуні П. Наскільки «цивільною» є державна служба? / П. Махоуні // Практика Європ. суду з прав людини. Рішення. Коментарі. – 1999. – № 3. – С. 169–184.
27. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Олександр Волков проти України» від 9 січня 2013 р. // Офіц. вісн. України. – 2013. – № 89. – Ст. 3307.
28. Про виконання рішення Європейського суду з прав людини у справі «Олександр Волков проти України» щодо судді Верховного Суду України Волкова Олександра Федоровича : постанова Верхов. Ради України від 25 груд. 2014 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2015. – № 4. – Ст. 34.

## References

1. Pro ratyfikatsiiu Konventsii pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod 1950 roku, Pershoho protokolu ta protokoliv № 2, 4, 7 ta 11 do Konventsii : Zakon Ukrainy vid 17 lyp. 1997 r. // Vidom. Verkhov. Rady Ukrainy. – 1997. – № 40. – Ст. 263.
2. Oficial'nyj perevod teksta Konvencii o zashchite prav cheloveka i osnovopolozhnykh svobod 1950 goda sm.: Ofic. visn. Ukrainy. – 2006. – № 32. – Ст. 2371.
3. Guide on article 6. Right to a Fair Trial (civil limb). Available at: [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf).
4. Guide on article 6. Right to a Fair Trial (criminal limb). Available at: [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_criminal\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf).
5. Practical Guide on Admissibility Criteria. Available at: [http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility\\_guide\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf).
6. Tolochko O. Pravo na spravvedlyvyi sudovyi rozghliad (stattia 6 YeSPL) u svitli ukrainskoho zakonodavstva ta pravozastosovnoi praktyky / O. Tolochko // Yevropeiska konventsiia z prav liudyny: osnovni polozhennia, praktyka zastosuvannia, ukrainskyi kontekst / za zah. red. O. L. Zhukovskoi. – K. : ZAT «VIPOL», 2004. – 960 s.

7. Boiko I. V. Pravo na spravedyvnyi sud u provadzhenni v spravakh pro administratyvni pravoporushennia / I. V. Boiko // Ukraina v umovakh reformuvannia pravovoi systemy: suchasni realii ta mizhnarodnyi dosvid: [Materialy Mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii, m. Ternopil, Ternopilskiy natsionalnyi ekonomichniy universytet, 8-9 kvitnia 2016 r.]. – Ternopil : Ekonomichna dumka, 2016. – S. 24–26.
8. Fulei T. I. Znachennia avtonomnoho tлумachennia poniat Yevropeiskoho sudu z prav liudyny dlia pravovoi systemy Ukrainy / T. I. Fulei // Visnyk Akademii advokatury. – 2013. – № 2(27). – S. 164–167.
9. Pysarenko N. B. Impact of the resolution of the European Court of Human Rights on formation of the position regarding the application of the separate provisions of the legislation on administrative offences / N. B. Pysarenko // Administratyvne pravo i protses. – 2015. – № 2(12). – S. 16–22.
10. Pysarenko N. B. Okremi aspekty realizatsii prava na spravedyvnyi sud u provadzhenni v spravakh pro administratyvni pravoporushennia / N. B. Pysarenko // Zhurnal skhidnoevropeiskoho prava. – 2015. – № 22. – S. 61–69 [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu: [http://easternlaw.com.ua/wp-content/uploads/2015/12/pysarenko\\_22.pdf](http://easternlaw.com.ua/wp-content/uploads/2015/12/pysarenko_22.pdf).
11. Fulei T. I. Zastosuvannia praktyky Yevropeiskoho sudu z prav liudyny v administratyvnomu sudochynstvi : navch.-metod. posib. dlia suddiv. – 2-he vyd., vypr., dopov. – K. : Bez. vyd., 2015. – 128 s.
12. Reshenie Evropejskogo suda po pravam cheloveka po delu «Kyonig protiv Germanii» ot 28 iyunya 1979 g. [E'lektronnyj resurs]. – Rezhim dostupa: [http://european-court.ru/uploads/ECHR\\_Konig\\_v\\_Germany\\_28\\_06\\_1978.pdf](http://european-court.ru/uploads/ECHR_Konig_v_Germany_28_06_1978.pdf).
13. The European Court's of Human Rights judgment, July 28, 1971, on the case of Ringeisen v. the Austria. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57565>.
14. Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny u spravi «Maauia proty Frantsii» vid 5 zhovt. 2000 r. // Praktyka Yevropeiskoho sudu z prav liudyny. Rishennia. Komentari. – 2000. – № 4. – S. 188–191.
15. Lukajdes L. Spravedlivoє sudebnoє razbiratel'stvo. Kommentarij k punktu 1 stat'i 6 Evropejskoj konvencii o zashhite prav cheloveka i osnovnyx svobod / L. Lukajdes // Ros. yusticiya. – 2004. – № 2. – S. 8–20.
16. Reshenie Evropejskogo suda po pravam cheloveka po delu «Dojmeland protiv Germanii» ot 25 maya 1986 g. [E'lektronnyj resurs]. – Rezhim dostupa: [http://european-court.ru/uploads/ECHR\\_Deumeland\\_v\\_Germany\\_29\\_05\\_1986.pdf](http://european-court.ru/uploads/ECHR_Deumeland_v_Germany_29_05_1986.pdf).
17. Ukhvala Yevropeiskoho sudu z prav liudyny shchodo pryiniatnosti zaiavy Mykoly Ivanovycha Melnychenka vid 4 lystop. 2003 r. [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu: <http://old.minjust.gov.ua/2577>.
18. Ukhvala Yevropeiskoho sudu z prav liudyny shchodo pryiniatnosti zaiavy Kostiantyna Anatoliiovycha Babenka vid 4 trav. 1999 r. [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu: <http://old.minjust.gov.ua/194>.
19. Ukhvala Yevropeiskoho sudu z prav liudyny shchodo pryiniatnosti zaiavy Serhiiia Holovatoho vid 16 berez. 2000 r. [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu: <http://old.minjust.gov.ua/195>.
20. Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny u spravi «Melnychenko proty Ukrainy» vid 19 zhovt. 2004 r. // Ofits. visn. Ukrainy. – 2005. – № 21. – St. 1182.
21. The European Court's of Human Rights judgment, December 9, 1994, on the case of Schouten and Meldrum v. the Netherlands. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57907>.
22. Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny u spravi «Ferradzini proty Italii» vid 12 lyp. 2001 r. [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu: <http://www.eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=442>.
23. Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny u spravi «Shchokin proty Ukrainy» vid 14 zhovt. 2010 r. // Ofits. visn. Ukrainy. – 2013. – № 6. – St. 236.
24. Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny u spravi «Pellehrin proty Frantsii» vid 8 hrud. 1999 r. [Elektronnyi resurs]. – Rezhym dostupu: <http://www.eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=124>.
25. Reshenie Evropejskogo suda po pravam cheloveka po delu «Vil'xo E'skelinen i drugie protiv Finlyandii» ot 19 apr. 2007 g. [E'lektronnyj resurs]. – Rezhim dostupa: [http://european-court.ru/uploads/ECHR\\_Vilho\\_Eskelinen\\_and\\_Others\\_v\\_Finland\\_19\\_04\\_2007.pdf](http://european-court.ru/uploads/ECHR_Vilho_Eskelinen_and_Others_v_Finland_19_04_2007.pdf).
26. Makhouni P. Naskilky «tsyvilnoiu» ie derzhavna sluzhba? / P. Makhouni // Praktyka Yevropeiskoho sudu z prav liudyny. Rishennia. Komentari. – 1999. – № 3. – S. 169–184.
27. Rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny u spravi «Oleksandr Volkov proty Ukrainy» vid 9 sich. 2013 r. // Ofits. visn. Ukrainy. – 2013. – № 89. – St. 3307.

28. Pro vykonannya rishennia Yevropeiskoho sudu z prav liudyny u spravi «Oleksandr Volkov proty Ukrainy» shchodo suddi Verkhovnoho Sudu Ukrainy Volkova Oleksandra Fedorovycha : postanova Verkhovnoi Rady Ukrainy vid 25 hrud. 2014 r. // Vidom. Verkhov. Rady Ukrainy. – 2015. – №4. – St. 34.

*Стаття надійшла до редколегії 25.08.2016.*

**Писаренко Н. Б.**, доцент, кандидат юридических наук, доцент кафедри административного права Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков

e-mail: n.pysarenko@ukr.net

ORCID 0000-0003-2159-5459

**Применимость гарантий права на справедливый суд  
в административном судопроизводстве: практика Европейского суда  
по правам человека и украинские реалии**

*В статье сделана попытка обозначить сферу действия статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основоположных свобод 1950 года с целью её применения украинскими судами при разрешении споров в порядке административного судопроизводства. Исторический и сравнительный анализ решений Европейского суда по правам человека позволил прийти к выводу о применимости гражданско-правового аспекта права на справедливый суд в отношении споров, возникающих в публичной сфере. Определены виды публично-правовых споров, на разрешение которых Суд с осторожностью распространяет гарантии пункта 1 статьи 6 Конвенции.*

**Ключевые слова:** право на справедливый суд, публично-правовой спор, гражданско-правовой аспект права на справедливый суд, применимость гражданско-правового аспекта при разрешении публично-правовых споров.

**Pysarenko N. B.**, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Administrative Law Department of the Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkov

e-mail: n.pysarenko@ukr.net

ORCID 0000-0003-2159-5459

**Applicability of the Right to a Fair Trial Guarantees  
in Administrative Justice: Practice of the European Court  
of Human Rights and Ukrainian Realities**

*It has been attempted in this paper to delineate the scope of application of Article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 with the aim of its application by the Ukrainian courts in the resolution of public law disputes. Historical and comparative analysis of the European Human Rights Court decisions allowed to come to the conclusion of the applicability of the civil-law aspects of the right to a fair trial relating disputes arising in the public sphere. The criteria that the Court is guided by in addressing the question referred to the applicability of the Convention's rules and that should be taken into consideration by the courts of Ukraine have been marked. The types of public-law disputes in the resolving of which the Court extends guarantees Article 6 § 1 of the Convention with caution have been defined. The attention has been paid to the consequences that may occur in the case of ignoring the guarantees that are reflected in the Convention's regulations, but did not find proper legislative consolidation in the Code of Administrative Procedure of Ukraine.*

**Key words:** the right to a fair trial, a public law dispute, civil aspect of the right to a fair trial, the applicability of a civil law perspective in the resolution of public law disputes.

**РЕЗНІКОВА ОЛЕНА ІГОРІВНА,**

кандидат юридичних наук, науковий співробітник,  
Науково-дослідний інститут вивчення проблем  
злочинності імені академіка В. В. Сташиса  
Національної академії правових наук України,  
Україна, м. Харків  
e-mail: reznikova859@gmail.com



УДК 343.98

## **Криміналістичне дослідження особи корупціонера: напрями використання гомологічних даних**

*Проаналізовано проблеми криміналістичного дослідження особи корупціонера – одного з перспективних напрямів наукових пошуків у сфері криміналістичного забезпечення розслідування злочинів корупційної спрямованості (корупційних злочинів і злочинів, пов'язаних з корупцією). Встановлено перелік учасників злочинної події і кримінального провадження, криміналістичне дослідження яких є необхідним для ефективного розслідування злочинів корупційної спрямованості. Доведено, що використання криміналістично значущої інформації про особу (гомологічних даних) у ході розслідування корупційних злочинів сприяє вирішенню проміжних криміналістичних завдань і стратегічних завдань кримінального провадження в цілому. Розкрито сутність та основні напрями практичного і наукового рівнів використання гомологічних даних з криміналістичною метою.*

**Ключові слова:** корупція, корупційні злочини, криміналістичне дослідження особи, корупціонер, криміналістична гомологія, гомологічні дані.

**Постановка проблеми.** Інтеграція України до Європейського Союзу відкриває нову сторінку в історії нашої держави, вимагає проведення системи докорінних і послідовних реформ, реалізації політичної волі, якісних трансформацій індивідуальної та колективної свідомості, розвитку й вко-

рінення поваги до духу і букви закону, подолання нігілізму. Умовою рівноправного партнерства України з країнами – членами ЄС та іншими демократичними державами світу виступає ефективно запобігання і реальна протидія будь-яким корупційним проявам. У цьому контексті невтішно ви-

глядають дані міжнародних антикорупційних рейтингів і національних звітів протидії корупції в Україні. Так, індекси сприйняття корупції міжнародної організації Transparency International (Corruption Perceptions Index, далі – CPI) останніх років вказують на стабільно високий рівень корупції в нашій державі. Зокрема, у рейтингу CPI 2015 Україна серед 168 країн світу зайняла 130 місце, набравши 27 із 100 балів, а роком раніше – 142 позицію серед 175 країн із 26 балами. Насамперед такі зміни пов'язані із вибуттям з CPI 2015 сімох країн світу [1]. Звіти ж про стан протидії корупції в Україні демонструють, що у 2013 р. було розпочато (продовжено) досудове розслідування у 3277 кримінальних провадженнях за ознаками корупції, а у 2014 і 2015 рр. – у 2625 і 2615 провадженнях відповідно. З них у 2013–2015 рр. направлено до суду з обвинувальним актом або клопотанням про застосування примусових заходів медичного характеру 1605, 1506 і 1696 проваджень відповідно. Для вирішення питання про звільнення від кримінальної відповідальності у 2013 р. до суду направлено 35 кримінальних проваджень, а у 2014 і 2015 рр. – 25 і 46 відповідно. В аналізований період часу було закрито 452; 79 і 22 кримінальних провадження відповідно, за якими кількість виправданих і осіб, щодо яких провадження закрито за відсутністю події або складу кримінального правопорушення чи за недоведенням винуватості, у 2013–2015 рр. становила 6; 22 і 25 осіб відповідно [2]. Корупційні

злочини вчиняються у різних сферах суспільних відносин: фінансово-кредитній, банківській і бюджетній системах держави, паливно-енергетичному, агропромислового та оборонно-промислового її комплексах, сферах освіти, охорони здоров'я й довкілля, земельних, транспортних й інших галузях. Тотальна корупція пояснюється недовістю антикорупційних реформ, неефективною правоохоронною діяльністю з виявлення корупційних правопорушень і притягнення осіб до відповідальності, повільним виконанням міжнародних зобов'язань із запровадження антикорупційних стандартів [3]. Водночас спостерігаються підвищення нетерпимості до корупції, поява антикорупційних активістів, збільшення критичних матеріалів у ЗМІ, на які влада вимушена реагувати [1].

Багато в чому корупція стає визначальною характеристикою XXI ст. – так само, як XX ст. характеризувалося ідеологічною боротьбою між демократією, фашизмом і комунізмом. Нині більшість країн світу визнають легітимність демократії і, бодай, намагаються створити ілюзію конкурентних виборів. Вирізняє сучасні політичні системи саме прихильність до корупції, прагнення правлячих еліт скористатися владою з метою служіння загальним інтересам суспільства або ж власним [4]. Через те, що в основі феномену «корупція» закладено вікові традиції взаємодії у суспільстві – «послуга за послугою» або «do ut dest» [5, с. 86], лише після піднесення боротьби з корупцією до рівня державної полі-

тики у ХХ ст. вдалось мінімізувати її негативний вплив [6, с. 9]. Такі заходи вбачаються необхідними, адже корупція здатна спричинити серйозні проблеми у розвитку суспільства і держави, загрожувати її безпеці та економіці, демократичним інститутам і цінностям, порушити дію принципів справедливості, верховенства права, належного управління, рівності, провокувати розвиток організованої та економічної злочинності [7], перешкоджати ефективному використанню ресурсів (регресивний податок). Вона підриває легітимність політичних систем, надає недемократичні способи утримання влади, підтримує життя «еліт» за рахунок інших і змушує талановитих витрачати час на «ігри з системою», замість створення нових благ [4]. З огляду на це корупція вмотивовано віднесена до числа *загроз національній безпеці й інтересам України* [8], а протидія їй – до пріоритетів розвитку держави [3].

**Актуальність теми дослідження.** Потреба протидії корупції в Україні зумовлює необхідність консолідації зусиль державних і місцевих органів влади, їх службових і посадових осіб, національних і міжнародних організацій, представників громадськості та науки, імплементації провідного антикорупційного досвіду. Триваюча антикорупційна реформа в Україні приводить до суттєвого оновлення законодавства, створення нових антикорупційних органів (Національне антикорупційне бюро, Спеціалізована антикорупційна прокуратура, Вищий антикорупційний суд України), перерозподілу компетенції існуючих.

Такі трансформації не завжди спричиняють позитивні правозастосовні наслідки. Тому очікувані результати антикорупційної реформи (зменшення втрат державного бюджету та бізнесу, просування країни у міжнародних рейтингах, впровадження антикорупційних механізмів й ін.) [9] переконують у необхідності наукового супроводження діяльності суб'єктів боротьби з корупцією, зокрема у частині *розслідування корупційних правопорушень і криміналістичного забезпечення вказаної діяльності*. Така проблематика має комплексний характер та охоплює *техніко-криміналістичний, тактико-організаційний і методико-криміналістичний напрями* й може бути вирішена шляхом розроблення теоретичних основ і науково-практичних рекомендацій розслідування злочинів корупційної спрямованості [10, с. 3]. Дійсно, слідчі, детективи, співробітники оперативних підрозділів, прокурори, судді та адвокати у ході розслідування вказаної категорії злочинів все більше потребують новітніх та ефективних криміналістичних засобів, прийомів і методів.

Важливою складовою наукового пошуку у сфері криміналістичного забезпечення розслідування злочинів корупційної спрямованості є вирішення багатогранної проблеми з формування теоретичних основ і науково-практичних рекомендацій з *криміналістичного дослідження особи, у тому числі й корупціонера*. З одного боку, вона пов'язана з побудовою комплексної криміналістичної методики – *методики розслідування злочинів корупційної спря-*

мованості (корупційних злочинів і злочинів, пов'язаних з корупцією)<sup>1</sup>, та системи ускладнених (родових, міжродових) і простих (видових, підвидових) методик розслідування [11, с. 92–94]. З другого, вирішення такої проблеми має спиратися на певне теоретико-методологічне підґрунтя, роль якого ви-

<sup>1</sup> У наукових джерелах на позначення досліджуваної групи злочинів вживають різні терміни: «корупційні злочини», «злочини корупційної спрямованості», «злочини, пов'язані з корупцією», які до початку антикорупційної реформи вважались суто науковими. Лише після внесення змін до КК України, пов'язаних із прийняттям Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України» від 14 жовтня 2014 р. №1698-VII, у кримінальному законодавстві України з'явився термін «**корупційні злочини**». Зокрема, у примітці до ст. 45 КК України вказано, що корупційні злочини – це злочини, передбачені статтями 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410 КК України (у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем), і злочини, передбачені статтями 210, 354, 364, 364<sup>1</sup>, 365<sup>2</sup>, 368–369<sup>2</sup> КК України. Проте такі положення повною мірою не відповідають Закону України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII (далі – Закон № 1700-VII), тому потребують змін. Так, необхідно закріпити у КК України два самостійних види **злочинів корупційної спрямованості**: «корупційні злочини» і «злочини, пов'язані з корупцією», як похідні від понять «корупційні правопорушення» та «правопорушення, пов'язані з корупцією» (Закон № 1700-VII), запропонувавши їх визначення та перелік. Групу корупційних злочинів необхідно сформувати за критерієм наявності у таких злочинних діяннях ознак корупції, а групу злочинів, пов'язаних з корупцією, – за критеріями відсутності ознак корупції, але наявності порушення встановлених Законом № 1700-VII вимог, заборон та обмежень. Це покращить якість антикорупційного законодавства, дозволить сформувати групу злочинів корупційної спрямованості та розробити їх класифікацію, конкретизувати підслідність (ст. 216 КПК України). У такому разі КК України не суперечитиме Закону № 1700-VII, а переліки вказаних злочинів не викликать питань. До внесення таких змін перевагу має законодавча категорія «корупційні злочини».

конують положення окремих розділів криміналістики та деякі криміналістичні теорії, зокрема *криміналістична гомологія*. Однак ані перший, ані другий напрями наукових пошуків не можна вважати розробленими та позбавленими дискусійності, що є перешкодою у формуванні рекомендацій щодо криміналістичного дослідження особи у ході розслідування корупційних злочинів.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Оскільки корупція є складним і багатоаспектним соціально-економічним, правовим, моральним і політичним явищем [5, с. 85], протидія якому вимагає комплексного підходу, то її справедливо можна віднести до числа сучасних *міждисциплінарних науково-практичних проблем*. Проте попри постійну увагу до цієї проблеми вчених – представників різних галузей науки (адміністративного, кримінального, кримінального процесуального права, криміналістики, кримінології та ін.), чимало її питань залишаються відкритими. Так, системному аналізу не піддавались можливості криміналістичного дослідження особи у ході розслідування корупційних злочинів, не визначався повний перелік таких суб'єктів та їх класифікація. Недостатньо уваги приділяється й вивченню особи корупціонера та можливостям використання гомологічних даних у ході розслідування, адже здебільшого науковці зосереджують увагу лише на аналізі ознак, притаманних такій особі під час дослідження однойменного елемента криміналістичної характеристики злочинів. Однак питання використання гомологічних даних цим явно не обмежуються, демонстрація чого й стала **метою цієї статті**.



**Виклад основного матеріалу.** Проблеми криміналістичного дослідження особи здавна привертала увагу вчених, адже забезпечення правоохоронних органів ефективними й обґрунтованими науково-практичними рекомендаціями щодо обсягу, меж і напрямів криміналістичного вивчення особи, яка потрапляє до орбіти кримінального судочинства, методів і засобів його реалізації допомагає встановлювати необхідну для швидкого, повного та неупередженого досудового розслідування, судового розгляду та профілактики кримінальних правопорушень, *криміналістично значущу інформацію*. Тому криміналістичні положення щодо особи пройшли тривалий шлях розвитку: від окремих рекомендацій до формування складної системи знань. Проте багато років перевага надавалась розробленню основ криміналістичного дослідження особи лише певних учасників злочинної події та кримінального провадження: *злочинця (підозрюваного, обвинувачуваного); жертви злочину (потерпілого); свідка*. Лише з появою криміналістичних учень про злочинця (підозрюваного, обвинувачуваного) і жертву злочину (потерпілого) було запропоновано створити інтегративне вчення – *криміналістичну гомологію*. Уперше перспективність криміналістичного дослідження особи учасників кримінального процесу (свідків, слідчого, судді, спеціаліста, експерта) визначив Ф. В. Глазирін [12, с. 8]. Така ідея була підтримана В. В. Вандишевим [13], М. О. Лушечкіною [14], М. І. Малихіною [15] та ін. За задумом творців криміналістичної гомології, таке вчення покликано акумулювати знання про поняття криміналістичного

дослідження особи, класифікацію його об'єктів і суб'єктів, методи, межі й обсяг здійснення, тому є методологічною основою криміналістичного дослідження різних учасників злочинної події та кримінального провадження. Окремі криміналістичні теорії, які містять знання про специфіку дослідження злочинця (підозрюваного, обвинуваченого) чи жертви злочину (потерпілого), виступають продовженням і розвитком криміналістичної гомології, її підгалуззями, що оформлені у вигляді окремих теорій. Пропозиції щодо створення криміналістичної гомології підтримують не всі. Так, Р. С. Белкін відносить її до «спірних» [16, с. 5], а О. Ю. Головін – до недостатньо аргументованих і невідомих учень [17, с. 129].

На нашу думку, криміналістична гомологія нині перебуває на етапі свого становлення, адже тривають дискусії з приводу її назви, поняття, предмета, структури та місця в науці. Зокрема, багато питань викликає *об'єкт* цього криміналістичного вчення – *коло осіб, які мають досліджуватися у ході розслідування злочинів*. Із цього приводу науковцями запропоновано два підходи: вузький та широкий. Прибічники першого наполягають на дослідженні лише *учасників злочинної події*<sup>1</sup>, тобто осіб, які є джерелами інформації про злочин

<sup>1</sup> Учасниками злочинної події прийнято вважати злочинця, його жертву та очевидців. Убачається, що кожний із названих суб'єктів має піддаватись ретельному криміналістичному дослідженню в силу їх активної або пасивної безпосередньої участі у злочинній події. Тому під час розслідування злочинів необхідно з'ясувати та перевіряти найрізноманітніші за характером дані про таких осіб (біологічні, соціальні, психологічні, демографічні тощо).

(Н. І. Малихіна, В. А. Образцов). Представники другого наголошують на важливості вивчення не лише учасників злочину, а й *учасників кримінального провадження*<sup>1</sup> (В. А. Жбанков, М. О. Лушечкіна, В. О. Полстовалов) [15, с. 84–88]. На наше переконання, у процесі розслідування злочинів корисною може стати найрізноманітніша інформація про різних осіб, як безпосередніх учасників злочинної події, так й осіб, які є учасниками кримінального провадження, особливо це стосується корупційних злочинів. До того ж, учасники злочинної події (злочинець, жертва злочину, очевидець) після потраплення до орбіти кримінального судочинства стають учасниками кримінального провадження й набувають офіційних статусів – підозрюваний, обвинувачений, потерпілий або свідок, отже, їх поділ на

окремі групи можна вважати умовним. Разом із цим не кожен потерпілий у кримінальному провадженні є фактичною жертвою злочину, так само як і не кожен свідок – його очевидцем. Звісно, що перелік учасників кримінального провадження, на відміну від переліку учасників злочинної події, значно ширший, а криміналістичне дослідження кожного учасника кримінального провадження, названого як такого у ч. 1 ст. 3 КПК України, не може та і не повинне здійснюватися, оскільки таке дослідження має ситуативний характер і відбувається з огляду на потребу вирішення нагальних завдань органів досудового розслідування та судового розгляду кримінальних проваджень, слідчої або судової ситуації. Тому ми підтримуємо широкий підхід у дискусії щодо кола осіб, яких необхідно досліджувати у ході розслідування злочинів.

Людина як об'єкт криміналістичного дослідження в ході розслідування злочинів постає як біосоціокультурна система, унікальність якої визначається сплавом природних, вроджених особливостей індивіда і увібраних нею під час становлення цінностей культури, впливу соціального середовища, в якому особа формувалась [18, с. 32]. Багатоманітність ситуацій злочинної діяльності та діяльності щодо її розслідування зумовлюють те, що криміналістично значущими можуть стати будь-які людські ознаки і властивості особи [19, с. 170], адже така інформація здатна сприяти вирішенню проміжних, власне криміналістичних завдань (пізнавальних, ідентифікаційних, організаційних, тактичних, профілактичних та ін.) і стратегічних завдань кримінального

<sup>1</sup> Складніше виглядає ситуація із переліком учасників кримінального провадження, криміналістичне дослідження яких може бути необхідним. Так, КПК України до числа таких осіб відносить сторони кримінального провадження, потерпілого, його представника (законного представника), цивільного позивача, його представника (законного представника), цивільного відповідача та його представника, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, особу, щодо якої розглядається питання про екстрадицію, заявника, свідка та його адвоката, понятого, заставодавця, перекладача, експерта, спеціаліста, секретаря судового засідання, судового розпорядника. Сторони кримінального провадження включають тих, хто виступає з боку обвинувачення (слідчий, керівник органу досудового розслідування, прокурор, потерпілий, його представник, законний представник), і тих, хто діє на стороні захисту (підозрюваний, обвинувачений, підсудний, засуджений, виправданий, особа, щодо якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, їхні захисники та законні представники (ч. 1 ст. 3 КПК України).

провадження в цілому (ст. 2 КПК України). Гомологічні дані у кримінальному провадженні можуть мати орієнтовне або доказове значення (ст. 91 КПК України). З огляду на це вдалим вбачається визначення криміналістичного дослідження особи як процесу встановлення криміналістично значущої інформації про злочинця, жертву, обвинуваченого, потерпілого й інших учасників розслідування, що включає встановлення відомостей про їх анатомічні, біологічні, психологічні або соціальні властивості, задля ідентифікації особи, вирішення тактичних завдань, відтворення картини злочину у ході розслідування і здійснення криміналістичної профілактики [14, с. 11]. Разом із цим кожна категорія злочинів і процес їх розслідування вимагає проведення криміналістичного дослідження різних типових груп учасників злочинної події і кримінального провадження. Відносно проблеми криміналістичного дослідження особи у ході розслідування корупційних злочинів зауважимо, що таке вивчення може здійснюватися стосовно двох груп осіб: *учасників корупційних злочинів* та *учасників кримінального провадження* щодо таких кримінальних правопорушень.

Стосовно особливостей криміналістичного дослідження *учасників корупційних злочинів* зауважимо таке. Головним об'єктом криміналістичного дослідження необхідно вважати *особу корупціонера*, ретельне вивчення якого є основою створення надійної доказової бази у кримінальному провадженні. Проте через широкий законодавчий перелік корупційних злочинів, суб'єктний

склад названої групи кримінальних правопорушень є вельми різноманітним, що і зумовлює певні складнощі криміналістичного дослідження таких осіб. Разом із цим корисливий характер цієї категорії злочинів дає змогу говорити про необхідність першочергового ретельного дослідження так званої «*фінансової історії*» таких осіб і членів їх сімей. Зокрема, мова йде про збирання, дослідження, оцінку та використання таких даних, як: 1) *відомості про доходи особи і членів її сім'ї, одержані або нараховані з усіх джерел в Україні чи за її межами* (загальний сукупний дохід, у тому числі й відомості про заробітну плату, інші виплати та винагороди, нараховані або виплачені за трудовим або цивільно-правовим договором, дані про дохід від викладацької, наукової і творчої діяльності, медичної практики, інструкторської та суддівської практики із спорту з обов'язковим встановленням закладу, установи тощо, в яких одержано або нараховано такі доходи, відомості про авторські винагороди, доходи від реалізації майнових прав інтелектуальної власності, дивіденди, проценти, дані про матеріальну допомогу, дарунки, призи, виграші, допомогу по безробіттю, аліменти, спадщину, страхові виплати, страхові відшкодування, викупні суми та пенсійні виплати, що сплачені особі за договором страхування, недержавного пенсійного забезпечення та пенсійного вкладу, а також дані про дохід від: відчуження рухомого та нерухомого майна, підприємницької та незалежної професійної діяльності, відчуження цінних паперів та корпоративних прав, передачі в оренду майна, а та-

кож інші види доходів; 2) відомості про нерухоме майно, що перебуває у власності, в оренді чи на іншому праві користування в особи і членів її сім'ї та її (їх) витрати на придбання такого майна або на користування ним (земельні ділянки, житлові будинки, квартири, садові або дачні будинки, гаражі або інше нерухоме майно); 3) відомості про транспортні засоби особи і членів її сім'ї, що перебувають у власності, в оренді чи на іншому праві користування та її (їх) витрати на їх придбання або користування (легкові, вантажні автомобілі, водні засоби, повітряні судна та інші засоби, їх перелік, марки, моделі, рік випуску та інші показники); 4) відомості про вклади у банках, цінні папери та інші активи, що перебувають у власності особи і членів її сім'ї, та її (їх) витрати на придбання таких активів (сума коштів на рахунках у банках та інших фінансових установах, номінальна вартість цінних паперів, розмір внесків до статутного (складеного) капіталу товариства, підприємства, організації); 5) фінансові зобов'язання особи і членів її сім'ї, а також інші її (їх) витрати (добровільне страхування, недержавне пенсійне забезпечення, утримання зазначеного вище майна, погашення основної суми позики або кредиту, погашення суми процентів за позику або кредитом, а також інші витрати). Зауважимо, що фінансова історія корупціонера і членів його сім'ї має досліджуватися ретельно та послідовно за період перебування такої особи на посаді, службі або виконання нею певної діяльності тощо, з якою пов'язаний вчинений нею корупційний

злочин або їх серія (корупційна діяльність). Істотно допомогти у збиранні таких відомостей покликані декларації про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру, що заповнюються та подаються окремими суб'єктами за певний рік відповідно до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 7 квітня 2011 р. № 3206-VI<sup>1</sup>. У ході аналізу фінансової історії особи корупціонера особливу увагу необхідно звертати на кількість готівки та інших матеріальних цінностей у персональних речах, вдома або на робочому місці тощо. Розмір офіційного прибутку має відповідати фактичним статкам і витратам, а у разі виявлення надлишкового капіталу або майна необхідно встановлювати джерела та природу їх походження. Другим, але не менш важливим, блоком даних щодо такої особи слід вважати відомості про її соціальні зв'язки: коло спілкування, професійне (службове) або побутове оточення, близькі друзі та знайомі, склад сім'ї, близькі й далекі родичі тощо. У цьому разі особливого значення набуває встановлення так званої «повіреної» особи, яка уповноважена зберігати отриману корупціонером неправомірну вигоду або координувати його тіньовий бізнес, тим самим забезпечуючи бездоганну фінансову репута-

<sup>1</sup> Названий Закон хоча і втратив чинність, однак положення щодо фінансового контролю продовжували діяти та втратили чинність лише з початком роботи електронної системи подання й оприлюднення декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, ведення яких здійснюється на офіційному веб-сайті Національного агентства з питань запобігання корупції відповідно до вимог Закону № 1700-VII.

цію суб'єкта злочину<sup>1</sup>. Обов'язковою складовою криміналістичного дослі-

<sup>1</sup> У науковій літературі доречно ведуть мову про так званих «*інших суб'єктів корупційних відносин*», адже у деяких статтях КК України, що передбачають відповідальність за корупційні злочини (у широкому розумінні), йдеться про вчинення таких злочинів в інтересах не самого його суб'єкта, а в інтересах інших (третіх) осіб. Учені виокремлюють такі види третіх осіб: 1) *особи, за ради одержання якими неправомірної вигоди суб'єкти злочинів використовують владу або службове становище (повноваження) або зловживають повноваженнями*. За наявності підстав такі фізичні особи, можуть нести відповідальність за статтями 27 і 364 або 364<sup>1</sup>, 365<sup>2</sup>, 222<sup>1</sup>, 232<sup>1</sup> КК України як підбурювачі чи пособники злочину – залежно від того, чия була ініціатива його вчинення (третьої або службової особи). Якщо про вчинення злочину така особа дізналась постфактум, – то за ст. 396 КК України у разі, якщо він є тяжким або особливо тяжким та ці особи не є членами сім'ї чи близькими родичами фігуранта справи. Необґрунтований прибуток (статті 222<sup>1</sup>, 232<sup>1</sup> КК України) підлягає спеціальній конфіскації; 2) *особи, яким надають неправомірну вигоду чи передають у власність активи*. Якщо такі особи не є службовими, то вони не несуть кримінальну відповідальність за одержання неправомірної вигоди (активів) за статтями 354, 368, 368<sup>3</sup>, 369<sup>2</sup>, 369<sup>3</sup> КК України. Проте за умови усвідомлення факту отримання ними майна, одержаного злочинним шляхом, їхня відповідальність, залежно від конкретних обставин, може наставати за статтями 209, 198 або 396 КК України. Така вигода (активи) підлягає спецконфіскації; 3) *особи, в інтересах яких вчиняються чи не вчиняються певні дії*. Такі фізичні особи за наявності підстав можуть нести відповідальність за статтями 27 і 354, 368, 368<sup>3</sup> або 368<sup>4</sup> КК України як підбурювачі або пособники відповідного злочину, залежно від того, за чиєю ініціативою було вчинено злочин; 4) *особи, яким передають майно, викрадене службовою особою шляхом розтрати* (за умови усвідомлення ними факту отримання майна, яке здобуто злочинним шляхом, – несуть відповідальність за статтями 209 або 198 КК України). На практиці третіми особами, як правило, виступають члени сім'ї та інші близькі особи, а також особи, які мають із суб'єктом злочину спільні бізнес-інтереси (див: Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М. І. Хаврюнюка. – К. : ВД «Дакор», 2016. – С. 79–81 [20]).

дження корупціонера також є стандартні загальнодемографічні відомості про особу. Разом із цим залежно від кримінальної та слідчої ситуацій невиключена необхідність встановлення певних біологічних або психологічних даних про таку особу.

Із приводу ж інших представників групи учасників злочинної події, які підлягають криміналістичному дослідженню у ході розслідування корупційних злочинів, зауважимо, що у зв'язку з широким законодавчим трактуванням понять «корупція» та «корупційні злочини», крім традиційного дослідження особи злочинця, може виникнути необхідність вивчення жертв та очевидців злочину. Така проблематика має складний характер, тому встановлення закономірностей криміналістичного дослідження вказаних осіб у ході розслідування корупційних злочинів, формування теоретичних основ і науково-практичних рекомендацій стане предметом подальших наукових досліджень, результати якого знайдуть відображення в окремих публікаціях автора.

Стосовно *учасників кримінального провадження, особи яких підлягають криміналістичному дослідженню у ході розслідування корупційних злочинів*, зауважимо, що, крім традиційного дослідження підозрюваного, обвинуваченого (особи корупціонера), потерпілого чи свідків, може виникнути необхідність з'ясувати певні відомості й про учасників кримінального провадження, які представляють державу та реалізують владні службові повноваження. Такі ситуації часто постають, коли необхідно з'ясувати відомості про

неупередженість та об'єктивність окремих суб'єктів (слідчого, детектива, судді, слідчого-судді, експерта, прокурора, співробітника оперативного підрозділу), відсутність будь-яких зв'язків з підозрюваними (обвинуваченими). Така інформація – запорука успішного досудового розслідування та судового розгляду цієї категорії злочинів, оскільки дозволяє передбачити можливу протидію розслідуванню та нейтралізувати її. У цьому випадку криміналістично значущою стає інформація про властивості учасників розслідування, що впливають на його ефективність та визначають його тактичну сутність: від відомостей про соціальні зв'язки до інформації про психологічні особливості особи.

Розглянувши так званий практичний рівень використання гомологічної інформації – конкретне кримінальне провадження, неможливо оминати увагою ще один рівень використання такої інформації – науковий. Так, узагальнена криміналістично значуща інформація про особу може успішно використовуватися й у процесі розвитку і вдосконалення положень криміналістики, яка на базі аналізу правозастосовної практики покликана запропонувати техніко-криміналістичні методи, тактичні прийоми та методичні рекомендації розслідування певної категорії злочинів. У такому випадку узагальнена гомологічна інформація може використовуватися у двох напрямках: *ретроспективному* та *перспективному*. Зокрема, ретроспективний напрям покликаний задовольнити потреби правозастосовної практики в обґрунтованих рекомендаціях з відтворення фактичної картини злочину, її

розумового моделювання. Тому особливого теоретичного і прагматичного значення набуває використання таких даних у побудові **криміналістичних характеристик злочинів**, що відіграють ключову роль у формуванні окремих криміналістичних методик. Дійсно, криміналістична характеристика злочинів має власний гомологічний аспект, існування якого зумовлено складністю кримінальних ситуацій, взаємодією їх учасників – злочинця та його жертви, дані про яких, з огляду на побудову слідчих версій, є криміналістично значущими для процесу розслідування. Через типовість гомологічних компонентів злочинної діяльності, такого роду дані включаються до змісту криміналістичної характеристики злочинів. У цьому випадку йдеться про використання узагальнених даних про злочинця та жертву злочину, що покликані змістовно наповнити однойменні елементи криміналістичної характеристики злочинів. Варто також пам'ятати, що дані про таких осіб можуть використовуватися й у процесі побудови такого елементу криміналістичної характеристики злочинів, як «типові сліди злочину», адже жертва злочину і злочинець, з точки зору механізму слідоутворення, є слідосприймаючими та слідоутворюючими об'єктами. Прагматичне значення криміналістичної характеристики злочинів та її інформаційно-пізнавальна природа зумовлюють залучення різних гомологічних даних до її структури. Натомість, перспективний напрям використання гомологічних даних у криміналістиці покликаний надати науково-практичні рекомендації

щодо оптимальної лінії поведінки суб'єктів кримінальної процесуальної діяльності, прийомів провадження слідчих, негласних слідчих (розшукових) і судових дій, оперативно-розшукових заходів, їх організації та планування. Тактика проведення зазначених дій включає такі складові: діагностика, прогнозування та корегування позицій і поведінки учасників кримінального провадження; прогнозування, усунення та попередження негативного впливу на них з боку зацікавлених осіб.

**Висновки.** Таким чином, криміналістичне дослідження особи у кримінальних провадженнях злочинів корупційної спрямованості (корупційних і пов'язаних з корупцією) має здійснюватися відносно двох груп осіб: учасників злочинної події та учасників кримінального провадження, що перебуває у залежності від завдань кримінального провадження в цілому й проміжних завдань певного етапу досудового розслідування та судового розгляду, слідчої або судової ситуацій.

### Список використаних джерел

1. Подъем с глубины: Украина 130-я в Индексе восприятия коррупции [Електронний ресурс] // Transparency International Украина. – 2016. – Режим доступу: <http://ti-ukraine.org/news/media-aboutus/5763.html>.
2. Звіти про стан протидії корупції за 12 місяців 2013, 2014 та 2015 років [Електронний ресурс] / М-во внутр. справ України, 2016. – Режим доступу: <http://mvs.gov.ua>. – Заголовок з екрана.
3. Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки [Електронний ресурс] : Закон України від 14.10.2014 № 1699-VII // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/169918/print1443692585697179>.
4. Фукуяма Ф. Що таке корупція? [Електронний ресурс] / Ф. Фукуяма ; пер. М. Мишкала // Інформ.-аналіт. портал «Хвиля». – Режим доступу: <http://hvylya.net/analytics/society/frensis-fukuyama-shho-take-koruptsiya.html>.
5. Мельник М. Корупція: проблема визначення сутності і поняття / М. Мельник // Вісн. Акад. прав. наук України. – 1997. – № 3(10). – С. 76–86.
6. Романюк Б. В. Законодавство України та зарубіжних країн щодо протидії корупції. Міжнародний досвід боротьби з корупцією : монографія / Б. В. Романюк, О. Ю. Бусол. – К., 2010. – 628 с.
7. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції [Електронний ресурс] : Закон України від 18.10.2006 № 251-V // Офіційний веб-портал Верховної Ради України. – Режим доступу: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_c16](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_c16).
8. Про основи національної безпеки України [Електронний ресурс] : Закон України від 19.06.2003 № 964-IV. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/964-15>. – Заголовок з екрана.
9. Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020» [Електронний ресурс] : Указ Президента України від 12.01.2015 № 5/2015. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/5/2015>. – Заголовок з екрана.
10. Шепітько В. Ю. Розслідування злочинів корупційної спрямованості : наук.-практ. посіб. / В. Ю. Шепітько, В. А. Журавель ; Нац. акад. прав. наук України, НДІ вивчення проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса. – Х. : Харків юрид., 2013. – 220 с.
11. Журавель В. А. Криміналістичні методик: сучасні наукові концепції : монографія / В. А. Журавель ; Нац. акад. прав. наук України, Ін-т вивчення проблем злочинності. – Х. : Апостіль, 2012. – 304 с.
12. Глазырин Ф. В. Практические и теоретические проблемы изучения личности участников уголовного судопроизводства (криминалистические аспекты) / Ф. В. Глазырин // Проблемы изучения личности участников уголовного судопроизводства : межвуз. сб. науч. тр. – Свердловск : Изд-во Урал. ун-та, 1980. – С. 3–13.

13. Вандышев В. В. Теоретические и практические аспекты взаимосвязи криминалистики и ви-  
ктимологии : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / В. В. Вандышев. – М. : [б. и.], 1989. –  
34 с.
14. Лушечкина М. А. Криминалистическое изучение личности в тактике расследования : автореф.  
дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Лушечкина Марина Александровна. – М., 2002. – 26 с.
15. Малыхина Н. И. Вопросы формирования криминалистического учения об участниках крими-  
нального события / Н. И. Малыхина // Современная криминалистика: проблемы, тенденции,  
перспективы : материалы междунар. науч.-практ. конф., посвящ. 90-летию д-ра юрид. наук,  
проф. Н. П. Яблокова (22 дек. 2015 г.) / ред.-сост. М. А. Лушечкина. – М. : МАКС Пресс, 2015. –  
С. 84–88.
16. Белкин Р. С. Курс криминалистики : учеб. пособие / Р. С. Белкин. – 3-е изд., доп. – М. : ЮНИТИ-  
ДАНА : Закон и право, 2001. – 837 с.
17. Головин А. Ю. Некоторые проблемы системы частных криминалистических теорий (учений) /  
А. Ю. Головин // Теорія та практика судової експертизи і криміналістики. Вип. 2 : зб. матеріалів  
міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 19–20 черв. 2002 р.). – Х., 2002. – С. 129–131.
18. Милуков С. В. Современные возможности использования свойств человека при установлении  
личности в раскрытии и расследовании преступлений : монография / С. В. Милуков. – М. :  
Юрлитинформ, 2013. – 192 с.
19. Криминалистика : учебник / отв. ред. Н. П. Яблоков. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Юристь,  
2005. – 781 с.
20. Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред.  
М. І. Хавронюка. – К. : ВД «Дакор», 2016. – С. 46.

## References

1. Podjom s glubiny: Ukraina 130-ia w Indeksie vospriiatii koruptsii [Deep Rising: Ukraine 130th in  
the Corruption Perceptions Index] (2016) Transparency International Ukraine. ti-ukraine.org Retrieved  
from: <http://ti-ukraine.org/news/media-aboutus/5763.html>. [In Ukrainian]
2. Zvity pro stan protydzii korupcii za 12 misiatsiv 2013, 2014 ta 2015 rokiv [Reports on the state of  
combating corruption for 12 months of 2013, 2014 and 2015]. Min-vo vnur. Sprav Ukrainy, (2016)  
mvs.gov.ua Retrieved from: <http://mvs.gov.ua>. [In Ukrainian]
3. Pro zasady derzhavnoi antykoruptsiinoi polityki v Ukraini (Antykoruptsiina stratehiia) na 2014–2017  
roky: Zakon Ukrainy vid 14.10.2014 № 1699-VII [On the principles of anti-corruption policy in Ukraine  
(Anti-corruption Strategy) for years 2014–2017] zakon5.rada.gov.ua Retrieved from:  
<http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/169918/print1443692585697179>. [In Ukrainian]
4. Fykuiaia F. Shcho take koruptsiia? [What is corruption?] (M. Myshkala Trans.), Inform.-analit. portal  
«Khvyliia» (n.d.) hvyliia.net Retrieved from: <http://hvyliia.net/analytics/society/frensis-fukuyama-shho-take-koruptsiya.html>. [In Russian]
5. Melnyk M. (1997) Korupciia: problema vyznachennia sutnosti i poniattia [Corruption: the problem  
of determining the nature and concept] Visn. Akad. prav. nauk Ukrainy. – Bulletin of the Academy of  
Sciences of Ukraine, 3(10),76–86. [In Ukrainian]
6. Romaniuk B. V., Busol O. Yu. (2010) Zakonodavstvo Ukrainy ta zarubizhnykh krain shchodo protydzii  
koruptsii. Mizhnarodnyi dosvid borotby z koruptsiieiu [Zakonodavstvo Ukraine and foreign countries  
to combat corruption. International Anti-Corruption] K. [In Ukrainian]
7. Konventsiia Orhanizatsii Obiednanykh Natsii proty koruptsii: Zakon Ukrainy vid 18.10.2006 № 251-V  
[The United Nations Convention against Corruption [electronic resource]: Law of Ukraine of 18.10.2006  
number 251-V] zakon5.rada.gov.ua Retrieved from: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_c16](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_c16).  
[In Ukrainian]
8. Pro osnovy natsionalnoi bezbeky Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 19.06.2003 № 964-IV [On National  
Security of Ukraine] zakon5.rada.gov.ua Retrieved from: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/964-15>.  
[In Ukrainian]
9. Stratehiia Staloho Rozvytku «Ukraina – 2020» Ukaz Prezydenta Ukrainy 12.01.2015 № 5/2015.  
[Sustainable Development Strategy «Ukraine – 2020»] zakon5.rada.gov.ua Retrieved from:  
<http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/5/2015>. – Zaholovok z ekrana. [In Ukrainian]



10. Shepitko V. Yu., Zhuravel V. A. (2013) Rozsliduvaniia zlochyniv koruptsiinoi spriamovanosti [Investigation of crimes of corruption focus] Nats. akad. prav. nauk Ukrainy, NDI vyvchennia problem zlochynnosti im. akad. V. V. Stashysa . Kh. : [In Ukrainian]
11. Zhuravel V. A. (2012) Kryminalistychni metodyky: suchasni naukovi kontseptsii [Criminalistic techniques, modern scientific concepts] Nats. akad. prav. nauk Ukrainy, In-t vyvchennia problem zlochynnosti. Kharkiv: Apostil [In Ukrainian]
12. Glazyrin F. V. (1980) Prakticheskie i teoreticheskie problemy izucheniia lichnosti uchastnikov ugolovnoho sudoproizvodstva (kriminalisticheskie aspekty) [Practical and theoretical problems of studying the individual in criminal proceedings (forensic aspects)] Problemy izucheniia lichnosti uchastnikov ugolovnoho sudoproizvodstva: mezhvuz. sb. nauch. trud. – Problems of studying the individual in criminal proceedings: between high schools collection of scientific papers, Sverdlovsk : Izd-vo Ural. un-ta. [In Russian]
13. Vandyshev V. V. (1989) Teoreticheskiie i prakticheskiie aspekty vzaimosviasi kriminalistiki i viktimologii [Theoretical and practical aspects of the relationship of Criminology and Victimology] Extended abstract of candidate's thesis, Moskva [In Russian]
14. Lushechkina M. A. (2002) Kriminalisticheskoe izucheniie lichnosti v taktikie passledovania: [Forensic study of personality in the tactics of the investigation] Extended abstract of candidate's thesis M., [In Russian]
15. Malykhina N. I. (2015) Voprosy formirovaniia kriminalisticheskogo ucheniia ob uchastnikakh kriminalnogo sobytiia [Questions of formation of the criminalistic doctrine about the participants of the criminal events]. Modern criminology: challenges, trends and prospects: materials of the international scientific-practical conference dedicated to the 90th anniversary of Doctor of Law, Professor. NP Yablokov' 15 – Sovremennaia kriminalistika: problemy, tendentsyi, perspektivy: materialy mezhdunar. nauch.-prakt. konf., posviashch. 90-letiiu d-ra yurid. nauk. prof. N. P. Iablokova (22 dek. 2015 g.) ( M. A. Lushechkina Eds.). M. : MAKS Press [In Russian]
16. Belkin R. S. (2001) Kurs kriminalistiki [Rate Criminology] (3d Eds.) – M. : YUNITI–DANA: Zakon I pravo, [In Russian]
17. Golovin A. Yu. (2002) Nekotorye problem chasnykh kriminalisticheskikh teorii (uchenii) [Some problems of private forensic theories of (exercise)]. Theory and practice of forensics and criminology. Issue 2: Proceedings of the international scientific conference' 02 – Teoria I praktyka sudovoi ekspertyzy i kryminalistyki. Vyp. 2: zb. Materialiv mizhnar. nauk.-prakt. konf. (m. Kharkiv, 19–20 cherv. 2002 r.). Kh., [In Russian]
18. Miliukov S. V. (2013) Sovremennyye vozmozhnosti ispolzovaniia svoistv cheloviaka pri ustanovlenii lichnosti v raskrytii i rassledovanii priestuplenii [Modern possibilities of the use of the properties of the person at the mouth of the personality-lished in the detection and investigation of crimes] M. : Yurlitinform [In Russian]
19. (Iablokov N. P. Eds.) (2005) Kriminalistika :[ Criminal Law] (3d Ed.) M. : Yurist,
20. Khavryniuka M. I. (2016) Nastilna knyha detektyva, prokurora, suddi: komentar antykoruptsiinoho zakonodavstva [Handbook investigator, prosecutor, judge: Comment corruption legislation] K. : VD «Dakor» [In Ukrainian]

*Стаття надійшла до редколегії 26.08.2016.*

**Резникова Е. И.**, кандидат юридических наук, Научно-исследовательский институт изучения проблем преступности имени академика В. В. Сташиса Национальной академии правовых наук Украины, Украина, г. Харьков  
e-mail: reznikova859@gmail.com

### **Криминалистическое исследование личности коррупционера: направление использования гомологичных данных**

*Проанализированы проблемы криминалистического исследования личности коррупционера – одного из перспективных направлений научных поисков в области криминалистического обеспечения расследования преступлений коррупционной направленности (коррупционных преступлений и преступлений, связанных с коррупцией). Установлен*

*перечень участников преступного события и уголовного производства, криминалистическое исследование которых является необходимым для эффективного расследования преступлений коррупционной направленности. Доказано, что использование криминалистически значимой информации о личности (гомологических данных) в ходе расследования коррупционных преступлений способствует решению промежуточных криминалистических задач и стратегических задач уголовного судопроизводства в целом. Раскрыты сущность и основные направления практического и научного уровней использования гомологических данных в криминалистических целях.*

**Ключевые слова:** коррупция, коррупционные преступления, криминалистическое исследование лица, коррупционер, криминалистическая гомология, гомологические данные.

**Reznikova O. I.**, Candidate of Legal Sciences, Research Academician Stashis Scientific Research Institute for the Study of Crime Problems National Ukrainian Academy of Law Sciences, Ukraine, Kharkiv  
e-mail: reznikova859@gmail.com

### **Forensic Research of the Person of Corruptionner: the Way to Use Homology Data**

*Modern integration processes and social and political developments require successful anti-corruption reforms and qualitative transformations in order to prevent corruption. Analysis of international anti-corruption rankings and national statistical report indicates the consistently high level of corruption in Ukraine and therefore the relevance of further scientific support of the fight against corruption. Outlined problems have complex and multifaceted nature and consist of separate areas: technical, forensic, forensic and tactical methodology, which were analyzed in forensic literature. Not enough attention is paid to the analysis of the corrupt and the possibility of using homologous data in the course of the investigation of crimes. The purpose of writing this article is forming the theoretical foundations and scientific recommendations for forensic research entity, including corruption. While carrying out the scientific research it was found out Forensic examination of a person in the criminal proceedings of corruption (corruption and corruption-related) can be divided in two groups: members of criminal events and participants in criminal proceedings. Using forensic meaningful information about a person (homologous data) during the investigation of crimes contributes to solving a variety of intermediate-forensic tasks (cognitive, identity, organizational, tactical, prophylactic, etc.) as well as strategic objectives of the criminal proceedings as a whole. Two levels of using the homologous information were analyzed: practical and scientific. As for the scientific level, it was determined that homologous compiled data can be used in retrospective and prospective direction.*

**Key words:** corruption, corruption crimes, forensic research of a person, corruptionner, forensic homology, homologous data.

---

## ХАРИТОНОВ СЕРГІЙ ОЛЕКСАНДРОВИЧ,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри

кримінального права № 2,

Національний юридичний університет

імені Ярослава Мудрого,

Україна, м. Харків

e-mail: kharitonovs@ukr.net

ORCID 0000-0002-8947-8734



УДК 344.13

## Об'єкт і система військових злочинів

*У статті розглядається об'єкт злочину, який протягом багатьох років є предметом дискусій науковців-криміналістів. Автор вважає, що найбільш переконливим є підхід, згідно з яким об'єктом злочину визнаються суспільні відносини, що охороняються законом про кримінальну відповідальність. Цей підхід достатньою мірою вирішує проблеми об'єкта, дає можливість розкривати його структуру та зміст, здійснити класифікацію об'єктів та виокремити їх види, показує взаємозв'язок з іншими елементами та ознаками складу злочину. Розглядаючи на цій методологічній основі об'єкт злочинів проти порядку проходження (несення) військової служби, пропонується авторське визначення родового та видових об'єктів військових злочинів, що виступають елементами внутрішньої структури даного об'єкта. Видові об'єкти визнаються як критерії систематизації цих злочинів та їх поділу на самостійні, відносно відокремлені групи.*

**Ключові слова:** об'єкт злочину, родовий об'єкт військових злочинів, видові об'єкти військових злочинів, військовослужбовець (військовозобов'язаний), воєнна організація держави, порядок здійснення військової служби, система військових злочинів.

**Постановка проблеми.** Протягом більш як двох століть у теорії кримінального права висловлені різні точки зору щодо найважливішого елемента складу злочину, його об'єкта. Саме об'єкт злочину значною мірою обумовлює об'єктивні та суб'єктивні ознаки складу злочину. Не визначивши поняття загаль-

ного об'єкта злочину, неможливо розробляти проблему підпорядкованих йому об'єктів: родового, видового та безпосереднього. Тому науковці ще і дотепер по-різному висловлюються щодо багатьох ключових питань відносно об'єктів окремих злочинів. Військові злочини у цьому сенсі не є винятком.

**Актуальність теми дослідження.**

Стан науки кримінального права, ступінь розв'язання завдань і реалізації її функцій, відсутність глибоких теоретичних досліджень у сфері військових злочинів обумовлює необхідність активізації розробки зазначеної проблематики, в тому числі об'єкта та системи цих злочинів.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Вагомий внесок у розробку проблем військових злочинів за період незалежності України зробили такі вчені, як: Г. В. Андрусів, В. М. Білоконев, П. П. Богуцький, В. П. Бондаєвський, В. К. Грищук, М. І. Карпенко, М. І. Мельник, В. О. Навроцький, М. І. Панов, М. І. Хавронюк, Г. І. Чангулі та ін. Проте проблема об'єкта і системи вказаних злочинів, на наш погляд, залишається ще недостатньо розробленою.

**Формування цілей статті.** Метою статті є аналіз наукових підходів трактування загального об'єкта і на цій підставі родового об'єкта військових злочинів, аналіз структури суспільних відносин, що виникають та функціонують у процесі здійснення військової служби, виокремлення (типологія) видових об'єктів та з'ясування на цій підставі системи військових злочинів.

**Виклад основного матеріалу.**

Об'єкт злочинів проти порядку проходження (несення) військової служби за своїм змістом є похідним від загального поняття об'єкта злочину і в той же час характеризується його певними особливостями. Тому поряд із загальними ознаками, що притаманні всім об'єктам кримінально-правової охорони, він має і свої специфічні ознаки, в яких зосе-

реджена сутність суспільних відносин у сфері здійснення особливого виду державної служби – військової служби. Розробка проблеми об'єкта військових злочинів має важливе теоретичне і практичне значення, оскільки насамперед об'єкт злочину значною мірою визначає характер і ступінь суспільної небезпечності діяння. Саме об'єкт злочину багато в чому визначає і об'єктивну сторону, і суб'єктивні ознаки злочину, які йому властиві, що в подальшому дає можливість вирішувати питання щодо криміналізації суспільно небезпечних діянь, встановлювати межі кримінальної відповідальності, правильно кваліфікувати вчинені діяння, розмежовувати суміжні злочини та відрізнити злочинні діяння від незлочинних. Недарма Б. С. Нікіфоров справедливо вважав, що шкода, збиток охоронюваному кримінальним законом об'єкту може бути спричинена не будь-якими, а тільки певними діями, характер яких визначається якостями самого об'єкта [1, с. 137].

Усе це врешті-решт визначає об'єкт як важливіший критерій систематизації та класифікації злочинів. У свою чергу, систематизація злочинів, упорядкування їх у струнку, логічно узгоджену систему має важливе і теоретичне, і практичне значення.

Проблема об'єкта злочину знаходиться у полі зору вчених-криміналістів ще з XIX ст. Але досі існують різні погляди щодо цього питання. Тому не втрачають актуальності слова М. Й. Коржанського, які він виголосив ще 1973 р.: «Важко назвати іншу проблему науки кримінального права, в якій так багато було незрозумілого і суперечливого» [2, с. 32]. Аналіз сучасної літератури по-

казує, що вчення про об'єкт злочину стало ще більш складним. Тому, для того щоб проаналізувати об'єкт військових злочинів, потрібно чітко визначення та розуміння самого поняття об'єкта злочину. Безперечним є філософське твердження, згідно з яким той, хто береться за приватні питання без попереднього вирішення загальних, той неминує буде на кожному кроці, не усвідомлюючи для себе, нашттовхуватися на ці загальні питання.

Не претендуючи на вичерпність висвітлення всіх вчень та всіх підходів кримінально-правової науки щодо об'єкта злочину, вважаємо за можливе об'єднати їх у шість самостійних груп, а саме: 1) об'єкт злочину – це суспільні відносини; 2) об'єкт злочину – це соціальні цінності; 3) об'єкт злочину – це правові блага (інтереси); 4) об'єкт злочину – це суб'єктивні права; 5) об'єкт злочину – це норми права; 6) об'єкт злочину – це людина.

Концепція об'єкта злочину як людини (фізичної особи) або юридичних осіб у різних інтерпретаціях було сформульовано ще в дореволюційних роботах вчених-криміналістів. Безпосереднім об'єктом злочинної діяльності вважалися держава, суспільство, окрема особа або потерпілий «жертва злочину» [3]. У сучасній літературі ця позиція поновому була сформульована Г. П. Новоселовим – злочин спричиняє або створює загрозу спричинення шкоди не чомусь (благам, нормам права, відносинам тощо), а комусь, отже, як об'єкт злочину потрібно розглядати не що, а кого. Об'єкт злочину – той, проти кого він вчиняється, тобто окремі особи або якась множинність осіб, матеріальні або

нематеріальні цінності, які поставлені під кримінально-правову охорону і зазнають злочинного впливу, унаслідок чого цим особам спричиняється шкода або створюється загроза спричинення шкоди. Його позиція була підтримана іншими вченими [4].

Засновники класичної школи кримінального права визнавали об'єктом злочину суб'єктивні права або норму права в її реальному бутті, що охороняються кримінальним законом (А. Фейєрбах, пізніше К. Біндінг). У подальшому цю теорію підтримували М. С. Таганцев, В. М. Хвостов, В. Д. Спасович та ін. Специфіка цього підходу виходила із природжених прав особи, а тому природних, недоторканих, невід'ємних від людини і тим самим немов об'єктивно даних та відображених у нормах. У сучасній науці кримінального права цей підхід набув свого розвитку стосовно злочинів проти особи [5].

Теорія об'єкта злочину як правового блага (інтересу) вперше була запропонована Ф. Листом у межах його соціологічного вчення про злочин та дістала широку підтримку серед дореволюційних вчених. У сучасній науці кримінального права цю точку зору поділяє А. В. Наумов, який вважає об'єктом злочину блага (інтереси), на які посягає злочинне діяння і які охороняються кримінальним законом, правове благо завжди зазнає злочинного впливу, а тому цьому благу завдається шкода, яка може бути встановлена насамперед завдяки розумінню його як цінності [6]. Ця точка зору знайшла підтримку серед сучасних вітчизняних науковців – П. С. Магишевського, Є. В. Фесенко, С. Б. Гавриша [7]. Кримінально-пра-

вові доктрини науковців більшості європейських країн, таких як Австрія, Данія, Швейцарія, Фінляндія, об'єктом злочину розглядають правове благо або правоохоронюване благо у ФРН [8].

Як соціальні цінності розглядати об'єкт злочину запропонував Ю. А. Демидов. Пізнання об'єкта кримінально-правової охорони в ціннісному аспекті, вважає він, дає можливість «підняти» його та поставити на місце, що відповідає його значенню у кримінальному праві, і, що не менш важливо, виявити нові сторони та грані його природи [9, с. 32].

Із філософської точки зору цінність – це те, що знаходиться над усім і до чого можливо прагнути. Цінність є не властивістю певної речі, а сутністю та одночасно умовою повноцінного буття об'єкта. За змістом розрізняються речові цінності, логічні, етичні та естетичні цінності тощо. У юридичних науках, коли мова йде про цінності, то найчастіше вони розуміються як певна річ матеріального світу, яка має значущі властивості для суб'єкта, тому структура цінності виглядає таким чином: 1) суб'єкт (володар) цінності – індивід (особа), клас (група), суспільство, держава; 2) явища соціальної дійсності (речові або не речові утворення матеріального та духовного світу), інакше кажучи, предмет цінності; 3) взаємодія між суб'єктами та предметом цінності (ціннісне ставлення суб'єкта до явищ соціальної дійсності).

І, нарешті, найбільш визнаним трактуванням об'єкта злочину є концепція об'єкта як суспільних відносин. Суспільні відносини не є правовою категорією, юристи її запозичили у філосо-

фів, і вперше вона була використана Л. А. Цветасвим ще в 1825 р. [10, с. 35]. Тому не можна погодитись із твердженням, що суспільні відносини – це знахідка радянських вчених-криміналістів. Вони лише поставили цю теорію на класові рейки. В. Д. Спасович писав, що злочинне діяння повинно містити в собі посягання на суспільні відносини [11, с. 84], маючи на увазі відносини між людьми в суспільстві. М. С. Таганцев вважав, що злочин є розірванням нормальних відносин між членами суспільства [12, с. 5]. Але ці визначення мали суто дефінітивне призначення та не розкривали внутрішню структуру суспільних відносин як об'єкта злочину. У радянські часи вагомий внесок у розробку категорії суспільних відносин як об'єкта злочину зробили А. А. Піонтковський, А. Н. Трайнін, Б. С. Нікіфоров, М. М. Перфільєв, М. Й. Коржанський, В. К. Глістін, Ю. І. Гревцов, Е. О. Фролов, В. Я. Тацій та ін. [13].

Остання точка зору, в основу якої покладені досягнення як філософії, так і соціології, на наш погляд, є найбільш переконливою, тому що в повному обсязі висвітлює проблеми об'єкта, розкриває його структуру, показує взаємозалежність з іншими предметами та явищами соціальної дійсності. Ця позиція в цілому не суперечить іншим, раніше розглянутим. Більш того, не виключає і ціннісний аспект об'єкта злочину, а також його окремі структурні елементи, що містяться у розглянутих позиціях науковців і визнаються як об'єкт.

Суспільні відносини є більш широкою категорією за обсягом. Вони розглядаються як різноманітні зв'язки, що

виникають між соціальними групами, класами, націями, а також усередині них у процесі їх економічного, соціального, політичного, культурного життя та діяльності. Окремі люди виступають у суспільних відносинах як члени (представники) тих або інших соціальних спільнот та груп.

Таким чином, суспільні відносини як об'єкт злочину включають у себе такі елементи: 1) носіїв (суб'єктів) певних інтересів – учасників відносин; 2) предмет (блага або інші явища), з приводу якого виникають та функціонують суспільні відносини; 3) суспільно значуща діяльність (соціальний зв'язок) як зміст суспільних відносин, яка може виражатися у динамічному зв'язку – у формі відповідної діяльності суб'єктів відносин та у статичному зв'язку – у формі їх певного стану щодо один одного. Якщо перша форма соціального зв'язку виявляється в активній поведінці учасників відносин, то друга – у збереженні можливості діяти певним чином, тобто у підтримці відповідного стану.

Таке трактування загального поняття об'єкта злочину та його структури має надзвичайно важливе методологічне значення і надає можливість вирішувати питання щодо системи та видів об'єктів. Виходячи саме з цього методологічного підходу, вважаємо за потрібне вирішувати і проблему родового об'єкта військових злочинів.

Поняття родового об'єкта злочинів проти порядку проходження військової служби (військових злочинів) в історії та теорії кримінального права визначалося по-різному, залежно від того, якої концепції загального об'єкта злочину дотримувався той чи інший автор:

1) як – військово-службові обов'язки [14]; 2) чи – військово-правова норма в її реальному бутті [15]; 3) або – військова безпека держави [16]. Найбільш поширеною є концепція, згідно з якою об'єктом військових злочинів визнається військовий правопорядок, або порядок проходження військової служби [17]. Така позиція є домінуючою серед науковців. Проте і відносно її трактування існують суттєві розбіжності. Одні з них визнають об'єктом цих злочинів порядок несення та проходження військової служби, який визначений низкою законів України, військовою присягою, військовими статутами, положеннями про проходження військової служби різними категоріями військовослужбовців, наказами відповідних начальників та іншими нормативно-правовими актами [18, с. 444]. Інші – як суспільні відносини з встановленого порядку проходження військової служби (військовий правопорядок) [19, с. 8] або ж як суспільні відносини з встановленого законодавством України порядку несення або проходження військової служби [20, с. 80] чи суспільні відносини з встановлення чинними законами та іншими нормативно-правовими актами України порядку несення військової служби [21, с. 845].

Усі ці погляди за наявності деяких відмінностей між ними, безумовно, відображають у той же час ті чи інші суттєві риси досліджуваного об'єкта і тому не можуть бути відкинуті та проігноровані. При цьому слід акцентувати увагу на тому, що попри всю привабливість перелічених вище позицій, поняття родового об'єкта військових злочинів не розроблено в достатньому обсязі, і трак-

товка порядку проходження військової служби потребує деяких уточнень. Військовий правопорядок – це не аморфне явище, воно поширюється на певну сферу державного і соціально-правового буття. Цією сферою, ми вважаємо, є воєнна організація України.

І хоча серед науковців існують різні точки зору щодо поняття воєнної організації держави та її структури [22], усі згодні з тим, що найважливішою її складовою є військові формування, у відповідних підрозділах яких як кадрова військова компонента (потенціал) здійснюють військову службу військовослужбовці та військовозобов'язані під час проходження зборів. При цьому їм притаманні такі ознаки: 1) виконання військовослужбовцями (військовозобов'язаними) в особливому порядку службових обов'язків (обов'язків військової служби); 2) регламентація їх діяльності військовим законодавством, яке не поширюється на інші види діяльності; 3) і це головне, рішення специфічних завдань воєнної безпеки держави специфічними засобами. Особливості правового статусу військовослужбовця (військовозобов'язаного), які традиційно розглядаються як головний фактор виокремлення воєнно-кримінального законодавства, визначаються характером військової служби, її пріоритетами перед іншими видами діяльності. Саме особливий характер діяльності військовослужбовців, ми вважаємо, обумовлює необхідність виділення інтересів військової служби в самостійний об'єкт кримінально-правової охорони та встановлення спеціального режиму кримінальної відповідальності військовослужбовців.

У процесі здійснення військової служби різними категоріями військовослужбовців (військовозобов'язаними) складаються і функціонують суспільні відносини, *а якщо бути точнішими, – правовідносини*, що достатньо повно та чітко врегульовані Конституцією України, окремими законами, військовими статутами, положеннями військової присяги, наказами міністра оборони України та іншими нормативно-правовими актами. Ці правовідносини утворюють зміст військової служби і вони є основою нормальної діяльності воєнної організації України.

Порушення врегульованих нормативно-правовими актами правовідносин у рамках здійснення військовослужбовцем (військовозобов'язаним) військової служби впливає саме на нормальну діяльність воєнної організації держави, спричиняє їй шкоду і тому ці правовідносини охороняються кримінальним законодавством від злочинних посягань як родовий об'єкт військових злочинів.

Родовий об'єкт військових злочинів – відповідна система суспільних відносин (правовідносин), яка тісно пов'язана з іншими системами суспільних відносин, що охороняються кримінальним законом. І в цій специфічній системі слід виділити такі обов'язкові складові, як: воєнна організація держави, військова служба та військовослужбовець, які взаємопов'язані, утворюють та доповнюють одна одну та взаємно функціонують для забезпечення обороноздатності України. Зазначені суспільні відносини є багатоаспектними.

На підставі викладеного пропонуємо розуміти під *родовим об'єктом вій-*



*ських злочинів, передбачених розд. XIX Особливої частини КК України, – правовідносини, які складаються і функціонують при здійсненні військовослужбовцями (військовозобов'язаними) військової служби, що є основою нормальної діяльності воєнної організації України, відповідають законодавству України і охороняються кримінальним законодавством від злочинних посягань.*

Ураховуючи зміст суспільних відносин, вважаємо, що структурою родового об'єкта військових злочинів є такі елементи: 1) суб'єктами правовідносин виступає держава в особі відповідних органів (формувань) воєнної організації України – з одного боку та військовослужбовці (військовозобов'язані) – з другого; 2) предметом правовідносин є порядок проходження військової служби; 3) суспільно значуща діяльність має прояв у зв'язку між суб'єктами правовідносин щодо відповідного порядку проходження військової служби.

Слід зазначити, що при вчиненні військового злочину шкода його об'єкту спричиняється не ззовні, а лише зсередини правовідносин, та відбувається або шляхом протиправного впливу на суб'єкт чи предмет суспільних відносин, або це виражається у розірванні (деформації) соціального зв'язку в тих випадках, коли військовослужбовець (військовозобов'язаний) протиправно виключає себе із військових правовідносин.

Запропоноване поняття родового об'єкта військових злочинів має досить широкий за обсягом характер системи суспільних відносин. Воно логічно включає в себе окремі, більш деталізо-

вані види суспільних відносин, які в літературі прийнято називати видовими (підгруповими) об'єктами. Потреба в них виникає тоді, коли усередині великої групи споріднених суспільних відносин (родовий об'єкт), що заслуговує єдиної комплексної кримінально-правової охорони, нормами одного і того ж розділу КК, є підстави вирізняти окремі, більш вузькі за обсягом групи відносин, для яких характерним є наявність одного і того ж (спільного) інтересу в усіх учасників цих відносин, чи вони відображають деякі тісно взаємопов'язані інтереси одного і того ж суб'єкта [23, с. 203]. Видове поняття об'єкта злочину – підлегле поняття, яке входить до складу іншого, більш загального поняття, яке називається родовим. У свою чергу, родове поняття – поняття, що підпорядковує, до складу якого належать менші за обсягом видові поняття – видові об'єкти. Видовий об'єкт може розглядатися умовно як окремий, відносно самостійний вид суспільних відносин, що виступає в той же час як структурний елемент більш широких за обсягом суспільних відносин (родового об'єкта). Безумовно, слід визначити, значення видового об'єкта полягає в такому: 1) даний об'єкт уточнює, конкретизує відповідну, окрему сферу суспільних відносин, які належать до змісту родового об'єкта і на які посягає певна група суспільно небезпечних діянь; 2) зберігаючи ознаки, притаманні більш загальним за обсягом суспільним відносинам (родовому об'єкту), видовий має особливі (специфічні) ознаки, які суттєво впливають на особливості суспільно небезпечних діянь (а також на їх об'єктивні і суб'єктивні ознаки), що по-

сягають на вказані відносини у тій чи іншій сфері; 3) маючи властивості, притаманні йому ознаки, як видовому (підгруповому) об'єкту, як відносно самостійний вид суспільних відносин, істотно впливає на ознаки кожного із безпосередніх об'єктів, на які посягають конкретні злочини, передбачені у певному розділі КК [24, с. 18].

Інакше кажучи, зміст елементів видових об'єктів військових злочинів відіграє роль, так би мовити, «перехідного містка» між родовим об'єктом, правовідносинами, що складаються і функціонують при здійсненні військової служби, та безпосередніми об'єктами, тими конкретними суспільними відносинами, проти яких прямо та безпосередньо спрямоване злочинне діяння і які, внаслідок цього, спеціально беруться під охорону кримінальним законом. Він є критерієм внутрішньої класифікації злочинів, передбачених розд. XIX КК. Відповідно саме видовий об'єкт дає можливість класифікувати військові злочини на окремі структурно визначені групи та є системоутворюючим критерієм. У цій класифікації загальний об'єкт злочину відповідає філософській категорії загального, родовий об'єкт – особливого, видовий об'єкт – окремого. Безпосередній об'єкт є лише окремим випадком прояву окремого виду суспільних відносин.

Внутрішню структуру родового об'єкта військових злочинів утворюють такі види елементів як окремі, особливі різновиди правовідносин у сфері здійснення військової служби, які ми вважаємо за потрібне визнати видовими об'єктами, – правовідносини у сфері: порядку підлеглості та військової честі;

порядку перебування на військовій службі; порядку збереження та користування військовим майном; порядку експлуатації озброєння та військової техніки; порядку несення спеціальних служб; порядку охорони державної таємниці; порядку здійснення своїх повноважень військовими службовими особами; порядку виконання військового обов'язку в бою та інших особливих умовах; порядку дотримання звичаїв та правил війни.

Вирішуючи питання щодо безпосереднього об'єкта військових злочинів, ми виходимо перш за все з того, що вони становлять частину родового та видового об'єктів військових злочинів та посягають на конкретні (окремі) правовідносини, що виникають та функціонують при здійсненні військової служби.

Виходячи з цього, залежно від видових об'єктів, що виступають як підстава класифікації системи військових злочинів, їх можливо поділити на такі відносно самостійні групи: *злочини проти порядку підлеглості та військової честі* (статті 402–406); *злочини проти порядку перебування на військовій службі* (статті 407–409); *злочини проти порядку збереження та користування військовим майном* (статті 410–413); *злочини проти порядку експлуатації озброєння та військової техніки* (статті 414–417); *злочини проти порядку несення спеціальних служб* (статті 418–421); *злочини проти порядку охорони державної таємниці* (ст. 422); *злочини проти порядку здійснення своїх повноважень військовими службовими особами (військові службові злочини)* (статті 425–426<sup>1</sup>); *злочини проти порядку виконання військового обов'язку*

в бою та інших особливих умовах (статті 427–432); злочини проти порядку дотримання звичаїв та правил війни (статті 433–435).

Запропонована система військових злочинів базується на єдиному систе-

моутворюючому критерію – об'єкті злочину, який відображає особливості суспільної небезпеки, зовнішніх та внутрішніх взаємозв'язків системи, фактичних та юридичних ознак злочинів, що утворюють саму систему.

### Список використаних джерел

1. Никифоров Б. С. Объект преступления / Б. С. Никифоров. – М. : Гос. изд-во юрид. л-ры, 1960. – 229 с.
2. Коржанский Н. И. Объект посягательства и квалификация преступлений : учеб. пособие / Н. И. Коржанский. – Волгоград : Изд-во ВСШ МВД СССР, 1976. – 120 с.
3. Кистяковский А. Ф. Элементарный учебник общего уголовного права. Часть Общая / А. Ф. Кистяковский. – Киев, 1891. – 892 с.
4. Новоселов Г. П. Учение об объекте преступления. Методологические аспекты / Г. П. Новоселов. – М. : Изд-во НОРМА, 2001. – 208 с.
5. Каиржанов Е. Интересы трудящихся и уголовный закон. Проблемы объекта преступления / Е. Каиржанов. – Алма-Ата, 1973. – 160 с.
6. Наумов А. В. Российское уголовное право. Общая часть: Курс лекций / А. В. Наумов. – М. : БЕК., 1996. – 560 с.
7. Фесенко Є. В. Цінності як об'єкт злочину / Є. В. Фесенко // Право України. – 1999. – № 6. – С. 75.
8. Современное зарубежное уголовное право: Аргентина, Дания, Япония, Югославия : пер. с нем. Т. 1. – М., 1957. – 638 с.
9. Демидов Ю. А. Социальная ценность и оценка в уголовном праве / Ю. А. Демидов. – М. : Юрид. лит., 1975. – 184 с.
10. Цветаев Л. Начертание теории уголовных законов / Л. Цветаев. – М., 1825. – 83 с.
11. Спасович В. Д. Учебник уголовного права. Т. 1. Вып. 1–2 / В. Д. Спасович. – СПб., 1963. – 442 с.
12. Таганцев Н. С. О повторении преступлений (исследование) / Н. С. Таганцев. – СПб. : Журн. М-ва юстиции, 1867. – 296 с.
13. Таций В. Я. Объект и предмет преступления в советском уголовном праве / В. Я. Таций. – Харьков, 1988. – 100 с.
14. Кузьмин-Караваев В. Д. Военно-уголовное право. Часть Общая / В. Д. Кузьмин-Караваев. – СПб., 1895. – 306 с.
15. Друцкой С. А. Причины невменения в военно-уголовном праве / С. А. Друцкой. – Варшава, 1902. – 342 с.
16. Тер-Акопов А. А. Безопасность человека (теоретические основы социально-правовой концепции) / А. А. Тер-Акопов. – М., 1998. – 196 с.
17. Ахметшин Х. М. Советское военно-уголовное законодательство / Х. М. Ахметшин. – М., 1972. – 95 с.
18. Дячук С. І. Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини) / С. І. Дячук // Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України : у 3 кн. / за заг. ред. В. Г. Гончаренка, П. П. Андрушка. – К. : ФОРУМ, 2005. – Кн. 3. – 584 с.
19. Сызранцев В. Г. Воинские преступления: комментарии к главе 33 УК РФ / В. Г. Сызранцев. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2002. – 304 с.
20. Військові злочини: [комент. законодавства] / [М. І. Хавронюк, С. І. Дячук, М. І. Мельник]; відп. ред. М. Д. Дрига, В. І. Кравченко. – К. : А. С. К., 2003. – 272 с.
21. Андрусів Г. В. Військові злочини / Г. В. Андрусів // Кримінальне право України: Особлива частина : [підруч. для студ. юрид. вузів і фак.] / [Г. В. Андрусів, П. П. Андрушко, С. Я. Ляхова та ін.]; за ред. П. С. Матишевського та ін. – К. : Юрінком Інтер, 1999. – 884 с.
22. Сокурєнко В. В. Сфера оборони України: адміністративно-правове регулювання : монографія / В. В. Сокурєнко. – К., 2015. – 544 с.
23. Фролов Е. А. Спорные вопросы общего учения об объекте преступления / Е. А. Фролов // Сб. уч. тр. Свердлов. юрид. ин-та, 1969. – Вып. 10. – С. 199.
24. Панов М. І. Об'єкт і система злочинів у сфері господарської діяльності / М. І. Панов, М. М. Панов // Юрид. Україна. – К., 2010. – № 5.

## References

1. Nikiforov B. S. (1960) Obyekt prestupleniya [Property crimes]. M. : Gos .izd-vo. yurid. lit-ry. [in Russian].
2. Korzhanskiy N. I. (1976) Obyekt posyagatelstva i kvalifikatsiya prestupleniy : ucheb. posobiye [The object encroachment and qualification of crimes: tutorial]. Volgograd : Izd-vo VSSh MVD SSSR. [in Russian].
3. Kistyakovskiy A. F. (1891) Elementarnyy uchebnyk obshchego ugolovnoho prava [An elementary textbook of general criminal law. Common part]. Chast Obshchaya. Kiyev. [in Russian].
4. Novoselov G. P. (2001) Ucheniye ob obyekte prestupleniya. Metodologicheskiye aspekty [The doctrine of the object of the crime. Methodological aspects]. M. : Izd-vo NORMA. [in Russian].
5. Kairzhanov E. (1973) Interesytrudyashchikhsya i ugolovnyy zakon. Problemy obyekt prestupleniya [Workers' interests and criminal law. object of crime problems]. Alma-Ata. [in Russian].
6. Naumov A. V. (1996) Rossiyskoyeugolovnoye pravo. Obshchayachast: Kurs lektsiy [Russian criminal law. General Part: Lectures]. M. БСК. [in Russian].
7. Fesenko Ye. V. (1999) Tsinnosti yak obiekt zlochynu [Values as the object of the crime]. Pravo Ukrainy. – Law of Ukraine. 6. 75 [in Ukrainian].
8. Sovremennoye zarubezhnoye ugolovnoye pravo: Argentina. Daniya. Yaponiya. Yugoslaviya [Modern foreign criminal law: Argentina, Denmark, Japan, Yugoslavia]. Vol. 1. – M.. 1957 [in Russian].
9. Demidov Yu. A. (1975) Sotsialnaya tsennost i otsenka v ugolovnom prave [Social value and evaluation in criminal law]. M. Yurid. lit. [in Russian].
10. Tsvetayev L. (1825) Nachertaniye teorii ugolovnykh zakonov [Inscription of the theory of criminal law]. M. [in Russian].
11. Spasovich V. D. (1963) Uchebnyk ugolovnoho prava [Textbook of criminal law]. Vol. 1 V. 1–2. SPb. [in Russian].
12. Tagantsev N. S. (1867) O povtoreniy prestupleniy (issledovaniye) [On repetition of crimes (research)]. SPb. : Zhurn. M-va yustitsii. [in Russian].
13. Tatsiy V. Ya. (1988) Obyekt i predmet prestupleniya v sovetskom ugolovnom prave [Object and subject of crime in the Soviet criminal law]. Kharkov [in Russian].
14. Kuzmin-Karavayev V. D. (1895) Voyenno-ugolovnoye pravo. Chast Obshchaya [Military criminal law. Part of Total]. SPb. [in Russian].
15. Drutskoy S. A. (1902) Prichiny nevmneneniya v voyenno-ugolovnom prave [Reasons nevmneneniya in military criminal law]. Varshava [in Russian].
16. Ter-Akopov A. A. (1998) Bezopasnost cheloveka (teoreticheskiye osnovy sotsialno-pravovoy kontseptsii) [Human security (the theoretical foundations of socio-legal concept)]. M. [in Russian].
17. Akhmetshin Kh. M. (1972) Sovetskoye voyenno-ugolovnoye zakonodatelstvo [Soviet military criminal law]. M. [in Russian].
18. Diachuk S. I. (2005) Zlochyny proty vstanovlenoho poriadku nesennia viiskovoi sluzhby (viiskovi zlochyny) [Crimes against the established order of military service (military crimes)]. Naukovo-praktychnyi komentar do Kryminalnoho kodeksu Ukrainy – Scientific-practical commentary to the Criminal Code of Ukraine. Vols. 1–3. – V. H. Honcharenka, P. P. Andrushka (Eds.) K. : FORUM [in Ukrainian].
19. Syzrantsev V. G. (2002) Voinskiye prestupleniya: kommentarii k glave 33 UK RF [Military offenses: Commentary to Chapter 33 of the Criminal Code]. SPb. Yurid. tsentr Press [in Russian].
20. Khavroniuk M. I., Diachuk S. I., Melnyk M. I. (2003) Viiskovi zlochyny [War crimes]. M. D. Dryha, V. I. Kravchenko (Eds.) – K. : A. S. K. [in Ukrainian].
21. Andrusiv H. V. Andrushko P. P., Liakhova S. Ya. (1999) Viiskovi zlochyny. Kryminalne pravo Ukrainy: Osoblyva chastyna [War crimes. Criminal Law Ukraine: Special Section]. P. S. Matyshevskoho (Eds.) K. : Yurinkom Inter [in Ukrainian].
22. Sokurenko V. V. (2015) Sfera oborony Ukrainy: administratyvno-pravove rehuliuвання [Field of Defence of Ukraine, administrative and legal regulation]. K. [in Ukrainian].
23. Frolov E. A. (1969) Spornyye voprosy obshchego ucheniya ob obyekte prestupleniya [Controversial issues of general teaching on the subject of crime]. Sverdl. yurid. in-ta. Vol. 10 [in Russian].

24. Panov M. I., Panov M. M. (2010) Obiekt i systema zlochyniv u sferi hospodarskoi diialnosti [Object and system of crimes in the sphere of economic activity]. Yuryd. Ukraina. – Legal Ukraine. Vol. 5. K. [in Ukrainian].  
Стаття надійшла до редакції 26.08.2016.

**Харитонов С. А.**, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права № 2, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков  
e-mail: kharitonovs@ukr.net  
ORCID 0000-0002-8947-8734

### Объект и система воинских преступлений

*В статье рассматривается объект преступления, который на протяжении многих лет является предметом дискуссий ученых-криминалистов. Автор считает, что наиболее убедительным является подход, согласно которому объектом преступления определяются общественные отношения, охраняемые законом об уголовной ответственности. Этот подход в достаточной мере решает проблемы объекта, дает возможность раскрыть его структуру и содержание, осуществить классификацию объектов и выделить их виды, показывает взаимосвязь с иными элементами и признаками состава преступления. Рассматривая на этой методологической основе объект преступлений против порядка прохождения (несения) воинской службы, предлагается авторское определение родового и видовых объектов воинских преступлений, которые выступают элементами внутренней структуры этого объекта. Видовые объекты определяются в качестве критериев систематизации данных преступлений и их разделения на самостоятельные, отдельные группы.*

**Ключевые слова:** объект преступления, родовый объект воинских преступлений, видовые объекты воинских преступлений, военнослужащий (военнообязанный), военная организация государства, порядок осуществления воинской службы, система воинских преступлений.

**Kharytonov S. O.**, Candidate of Legal Sciences, Assistant Professor of the Criminal Law Department № 2, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv  
e-mail: kharitonovs@ukr.net  
ORCID 0000-0002-8947-8734

### Object and System of Military Crimes

*The article analyzes the object of the crime, which has been the subject of discussion of forensic scientists for many years. The author analyzed the main existing points of view that the approach that the object of the crime defined social relations protected by the law on criminal liability is the most compelling. This approach adequately addresses the problem of the object and makes it possible to reveal its structure and content as well as classify objects and identify their species, demonstrates the relationships with other elements and features of a crime. Considering this methodological basis of crimes against the order of the object passing (objection) military service, offers its own definition of genera and species of objects of military crimes, which are the elements of the internal structure of the object. Specific items are defined as criteria for the systematization of these crimes and their separation into separate distinct groups.*

*Under the generic object of military crimes author understands under Section XIX of the Criminal Code of Ukraine legal relations which are formed and operate in the implementation of military personnel (liable for military service) and military service are the basis for the normal functioning of the military organization of Ukraine, comply with the legislation of Ukraine and are protected by the criminal law from criminal attacks.*

**Key words:** object of the crime, generic object of the military crimes, species objects of the military crimes, soldier (reservist), state military organization, order of military service, system of military crimes.

**БРУСЛИК ОЛЕКСІЙ ЮРІЙОВИЧ,**

аспірант кафедри державного будівництва,  
Національний юридичний університет  
імені Ярослава Мудрого,  
Україна, м. Харків  
e-mail: bruslex7@gmail.com  
ORCID 0000-0002-4217-2586



УДК 342.37(410)

## Конституційно-правова трансформація британської монархії в новітню епоху Єлизавети II (стаття друга)<sup>1</sup>

*У статті досліджено методи впливу королеви на виконавчу владу. Суттєву увагу приділено щотижневим аудієнціям Прем'єр-міністра Великобританії у монарха та їхньому значенню для управління державою. Виділені головні фактори критики британської монархії (фінансовий, моральний, інституційний) та у зв'язку з ними розглянуті способи відновлення авторитету монархії. Досліджено сукупність проведених реформ інституту монархії. Аргументований висновок про те, що в нинішніх умовах монархія є цементауючим державним інститутом, що дозволяє зберігати національну та державну єдність Сполученого Королівства.*

**Ключові слова:** вплив королеви, взаємовідносини, аудієнція, Прем'єр-міністр, критика, реформування, фінансування, престолонаслідування, Єлизавета II.

**Постановка проблеми.** В першій статті, яка була опублікована в попередньому номері «Вісника Національної академії правових наук України», нами було досліджено певні аспекти конституційно-правового статусу британської

монархії. Зокрема, значну увагу приділено реалізації королівських прерогатив та питанню щодо наявності в даному аспекті у королеви дискреційних повноважень. Це дало змогу дійти висновку про те, що в період правління

<sup>1</sup> Стаття присвячена 90-річчю королеви Сполученого Королівства Великобританії та Північної Ірландії Єлизавети II.

Єлизавети II та після формування «нової британської конституції» монарша дискреція фактично нівельована, а королівські прерогативи здійснюються за ініціативою та під контролем Прем'єр-міністра особисто, чи інших представників Уряду. Однак у такому випадку постає логічне питання, чи є королева повністю безправною, чи все ж в її арсеналі залишився певний інструментарій, який допомагає впливати на виконавчу владу, а як наслідок – і на управління державою? **Актуальність статті** обумовлена необхідністю дослідження способів реального впливу монарха на виконавчу владу в Сполученому Королівстві, а також дослідження сукупності реформ британського інституту монархії, які були здійснені на початку ХХІ ст.

#### **Ступінь розробленості проблеми.**

Вказаною проблематикою тією чи іншою мірою займалися такі вітчизняні та зарубіжні науковці, як: В. Богданор, Р. Блекберн, І. Ковальов, П. Лейланд, В. Лузін, Н. Мішина, С. Серьогіна, В. Шаповал та ін. Мета запропонованої статті полягає в наданні характеристики тих аспектів конституційно-правового статусу британської монархії, які зазнали реформування наприкінці ХХ – на початку ХХІ ст., задля завершеності дослідження щодо трансформації інституту монархії в період правління королеви Єлизавети II.

**Вклад основного матеріалу.** Наприкінці ХVІІІ ст. видатний британський державний діяч Едмунд Берк писав: «Повноваження Корони майже мертві і гнилі як прерогатива, вирости заново з більшою силою і набагато меншою ганьбою під назвою “вплив”» [1, с. 120].

Насправді, нині «вплив» британського монарха на державне управління здійснюється не через реалізацію королівських прерогатив, а шляхом застосування сукупності інших неформальних, часто закамфльованих механізмів.

На практиці найбільш значимим повноваженням монарха є консультування своїх міністрів. Передовсім мова йде про Прем'єр-міністра, для якого на постійній основі проводиться королівська аудієнція – щовівторка близько 18:30 у Букінгемському палаці. Ці зустрічі можуть бути і частішими, ніж один раз на тиждень, залежно від необхідності проведення додаткових консультацій. За період правління Єлизавети II функціонувало тринадцять прем'єр-міністрів, починаючи від Вінстона Черчилля до Терези Мей. Із кожним із своїх прем'єрів королева мала щонайменше один раз на тиждень зустрічі, під час яких обговорювався стан справ у Сполученому Королівстві, а коло розглянутих питань було суворо конфіденційним.

Свого часу В. Беджгот зазначав, що монарх під час аудієнцій у нього голови Уряду може вплинути на Прем'єра шляхом використання трьох прав: права на консультацію, права на заохочення та права на попередження. На думку авторитетного конституціоналіста, монарх має говорити своєму Прем'єр-міністрові: «Відповідальність за впровадження цих заходів лежить на вас. Щоб ви не думали, краще з цього має бути зроблено. Щоб ви не думали, краще має мою повну та ефективну підтримку. Але якщо те, що ви пропонуєте, погано, ви швидко пересвідчитесь в цьому. Однак я не проти цих заходів, адже мій обов'язок не протистояти. Але

я підкреслюю, що попереджаю вас про можливі негативні наслідки таких рішень» [2, с. 75]. Указана позиція класика британського конституціоналізму була висвітлена в його роботі «Англійська конституція», яка вперше побачила світ 1867 р. Коментуючи запропоновану В. Беджготом формулу правомочностей монарха в аспекті взаємовідносин із Прем'єр-міністром, майбутній спадкоємець престолу герцог Йоркський (згодом король Георг V) зазначав, що вказані науковцем права монарха «відкривають перед королем широке поле для діяльності і можуть надати йому можливість істотно впливати на державні справи» [3, с. 353–354].

Прем'єр-міністри епохи королеви Єлизавети II, коментуючи роль їхніх аудієнцій у монарха, не вдаючись до подробиць, висловлювали солідарну позицію щодо важливості вказаних щотижневих зустрічей. Наприклад, Прем'єр-міністр Великобританії 1970–1974 рр. Едвард Хіт зазначав, що королева має суттєвий вплив через «обмін думками» з її прем'єр-міністрами, але вона ніколи не буде говорити очільнику Уряду, що він повинен чи не повинен робити [4, с. 72]. Прем'єр-міністр Сполученого Королівства 1979–1990 рр. Маргарет Тетчер із приводу аудієнцій писала: «Кожен, хто думає що вони (аудієнції. – О. Б.) проста формальність чи соціальна умовність, глибоко помиляється. Насправді вони проходять в спокійній діловій атмосфері, і Її Величність завжди демонструє свою здатність охоплювати широке коло проблем і свій великий досвід» [5, с. 18].

Аудієнції, як видається, насправді є надзвичайно важливим аспектом дер-

жавного управління у Сполученому Королівстві. Щотижневі зустрічі з монархом, де Прем'єр-міністр має відзвітувати про виконану роботу за тиждень, а також про те, що Уряд планує зробити найближчим часом, слугують постійним нагадуванням правителю про те, що главою держави є монарх. Аудієнції вгамовують фактичного керівника Сполученого Королівства та нагадують Прем'єру, що він та його Кабінет тимчасові, а монархія і Великобританія – вічні. Також слід відзначити, що аудієнції у монарха та питання до Прем'єр-міністра в Парламенті є не простою формальністю, а важливими елементами встановленої в Сполученому Королівстві форми правління. Прем'єр-міністр як слуга Її Величності звітує перед монархом щовівторка о 18:30 під час їхніх зустрічей, а як всенародно обраний фактичний керівник держави – перед виборцями щосередини о 12:30 у британському Парламенті під час запитань до Прем'єр-міністра. Якби не підзвітність очільника Уряду королеві, то Сполучене Королівство було б не монархією, а республікою. Якби не відповідальність глави Кабінету перед Парламентом, то Прем'єр-міністр був би Президентом. Вказані обставини є важливими пазликами строкатої амальгами британської парламентарної монархії.

В аспекті впливу монарха на виконавчу владу також важливим є те, що інформацію про функціонування Уряду королева отримує не лише від Прем'єр-міністра, а з різних джерел і в різний спосіб. Відповідно до встановленої традиції, суверену двічі на день доставляють спеціальний червоний кейс, так звану «червону валізу», із найбільш



важливими державними паперами, які спеціально готують для монарха різні міністри. Окрім цього, глава держави має право витребувати в будь-якого члена Уряду інформацію, яка цікавить монарха, та ознайомитися з рішеннями, що приймалися відповідними міністерствами, відомствами, чи Кабінетом у цілому. Оскільки вся документація Кабінету (протоколи засідань, службова переписка, проекти рішень тощо) є державною таємницею і при зміні влади не передається наступному Уряду, тому тільки королева володіє повною інформацією про роботу і характер прийнятих рішень кабінетів та прем'єр-міністрів, що діяли в період правління монарха [6, с. 345]. Таким чином, британська королева, обіймаючи трон безстроково, фактично є незмінним членом Уряду.

Важливим аспектом у діяльності Єлизавети II є факт зустрічей і проведення консультацій не лише з представниками виконавчої влади Сполученого Королівства. Королева, виконуючи конституційну роль голови Британської Співдружності та королеви ще 15 держав світу, постійно зустрічається з очільниками цих країн. Також під час офіційних візитів зарубіжних лідерів до Великобританії їхні зустрічі проводяться не лише з Прем'єр-міністром, а й із королевою, що робить її дуже вправною з питань зовнішньої політики. З огляду на вищевказане стає зрозумілим, що в таких умовах монарх є найбільш поінформованою людиною у країні із колосальним досвідом і знаннями.

В. Беджгот підкреслював: «Характерною перевагою конституційного короля є його незмінність. Це дає йому

можливість набути послідовних знань зі складних питань, але це дає лише можливість. Король повинен використовувати її. До політичних справ не королівська дорога: вони мають численні деталі, неприємні, складні та неоднорідні. Король, щоб бути рівним із міністрами в дискусії, повинен працювати, як вони працюють; він повинен бути людиною справи, оскільки вони є людьми справи» [2, с. 85].

Незважаючи на свій поважний вік, королева Єлизавета II і понині відповідально здійснює покладені на неї обов'язки британського монарха, щоденно виконуючи колосальний обсяг роботи та демонструючи невтомну працездатність. Так, головний репортер впливової британської газети «Телеграф» А. Алдерсон, який готує матеріали, що пов'язані з королівською сім'єю, описуючи робочий день королеви, відзначає таке. Щоранку королева Єлизавета II після сніданку переглядає добірку кореспонденції (їй надходить щодня 200–300 листів), ознайомлюється зі змістом червоних кейсів та проводить нараду зі своїми приватними секретарями. Окрім цього, ще до опівдня британський монарх проводить низку офіційних зустрічей із зарубіжними послами, державними службовцями, міністрами тощо. Одна зустріч триває приблизно 20 хвилин. Близько 19:30 кожного робочого дня королеві надходить звіт про парламентське засідання, яке відбувалося в цей день. Даний документ готується одним із парламентських партійних організаторів (батогів), а королева Єлизавета II ознайомлюється з його змістом одразу після отримання [7].

Слід відзначити, що нині правляча королева Сполученого Королівства володіє беззаперечним авторитетом серед політичних акторів не лише як представник державного інституту, а перш за все як особистість та державний діяч. Прем'єр-міністри та міністри Її Величності безсумнівно прислухаються до думки королеви з приводу тих чи інших питань, хоча вирішальне слово все ж залишається за очільником Уряду та Кабінетом. Дозволимо собі припустити, що «вплив» Єлизавети II на державне управління викликаний перш за все наявністю в неї колосального досвіду, який накопичений королевою за період її перебування на монаршому престолі. Окрім цього, судячи з практики діяльності урядів Сполученого Королівства, можна зробити висновок про те, що прем'єр-міністри особливо прислухаються до позиції королеви в аспекті відносин Великобританії з іншими країнами Британської Співдружності. Важливим аспектом діяльності монарха є віра підданих Її Величності в те, що королева Єлизавета II представляє і відстоює інтереси нації і саме з цих позицій вона намагається впливати на діяльність виконавчої влади. Що б там не було, але вказані судження, швидше, є науковою гіпотезою, оскільки справжня взаємодія між Урядом та монархом має виключно конфіденційний характер. У даному контексті слід погодитися з Р. Блекберном, який зазначає: «Монархія є найзагадковішим британським політичним інститутом, оскільки багато з правил, що регулюють її діяльність, є туманними за своєю природою, балансують між правом і політикою, між міфом і реальністю» [8, с. 177].

Ореол таємничості та особиста харизма королеви Єлизавети II посприяли тому, що нині британська монархія є дуже популярною як у самому Сполученому Королівстві, так і за його межами. Однак в епоху правління Єлизавети II були періоди, коли майже кожний другий британець вважав монархію розкішною, яку країна не може собі дозволити. Подолати критичні настрої в суспільстві та досягнути підтримки й любові підданих до монархії вдалося в тому числі завдяки проведенню реформування цього інституту.

Критицизм британської монархії в новітню епоху Єлизавети II головним чином зосереджувався навколо трьох проблем. По-перше, фінансового утримання монархії; по-друге, морального аспекту, що викликано низкою скандалів у британській сім'ї; по-третє, аргументами республіканців щодо непотрібності інституту монархії в сучасних умовах розвитку британської державності. Саме суспільна критика монархії, апогеєм якої стали 90-ті рр. XX ст., незалежно від причин її виникнення, змісту та масштабів, стала основним фактором стимулювання процесу пошуку варіантів модернізації цього найстарішого британського державного інституту. Саме у вказаний період різко збільшилася кількість академічних досліджень конституційного статусу британської монархії. Окрім цього, в умовах підірваного іміджу монархії необхідність змін усвідомлювали і самі члени королівської сім'ї, які прагнули відновити авторитет репрезентованого ними державного інституту шляхом проведення конституційно-правових реформ.

На початку 1990-х рр. саме з ініціативи принца Уельського, спадкоємця британського престолу, почалася робота комплексного плану реформування інституту монархії. Члени королівської сім'ї в неформальній обстановці під час зустрічей в Сандрингемі та Балморалі (королівські палаци) обговорювали можливі варіанти перетворень, покликаних довести їхню корисність і необхідність сучасному британському суспільству. Примітно, що як консультант у процесі вироблення проекту можливих реформ, був запрошений один із найавторитетніших сучасних британських конституціоналістів – професор Оксфордського університету Вернон Богданор. Він також активно співпрацював із принцом Чарльзом під час роботи над своєю книгою «Монархія і конституція», яка була опублікована в 1995 р. [4]. У даному контексті по суті мова йшла про підготовку своєрідної «дорожньої карти» модернізації, покликаної забезпечити збереження і зміцнення британської монархії в ХХІ ст. [9, с. 499].

Право на фінансове забезпечення є однією із найдавніших особистих королівських прерогатив. Разом з тим саме фінансовий аспект завжди був чи не найважливішим об'єктом критики британської монархії. Протягом епохи правління Єлизавети II реформування цієї сфери відбувалося в декілька етапів. Так, у 1992 р. королева Єлизавета II повідомила про те, що фінансування особистих потреб із державного бюджету, яке починаючи з 1697 р. здійснювалося відповідно до так званого «цивільного листа» і забезпечувалося всім членам монаршої сім'ї, тепер буде

здійснюватися адресно. Окрім самої королеви, бюджет Сполученого Королівства забезпечував потреби її чоловіка, герцога Единбурзького, та королеви-матері. Після смерті останньої в 2002 р. пряме державне фінансування здійснюється виключно самої королеви та її чоловіка.

Окрім цього, іншим аспектом фінансової реформи британської монархії в 1992 р. стала відмова Єлизавети II від важливої особистої прерогативи – звільнення від сплати податку на прибуток [10, с. 264]. Нині королева, як і піддані Її Величності, сплачує вказаний податок у бюджет країни. Разом з тим королева зберегла певні фіскальні привілеї. Наприклад, у 2002 р. після смерті королеви-матері, Єлизавета II відмовилася сплачувати податок на спадщину. Також у 1992 р. Букінгемський палац оголосив про те, що королева більше не буде використовувати спеціальні авіарейси під час відвідування зарубіжних держав [6, с. 332, 352], а в 1997 р. за ініціативою лейбористського Уряду монарша сім'я відмовилася від утримання яхти «Британія», передавши її музею.

Апофеозом реформування фінансового аспекту функціонування британської монархії стало прийняття в 2011 р. Парламентом Великобританії Акта про грант суверена [11]. Цим статутом було консолідовано джерела державного фінансування монархії в один фонд – грант суверена. Він щорічно формується Казначейством і затверджується Актом Парламенту. Грант суверена розраховується як певний відсоток від доходів, що отримуються державою від переданих в її управління володінь Корони. Відповідно до ст. 1 Акта про грант

суверена первісна ставка встановлена на рівні 15%. Відповідно до ст. 7 вказаного статуту після 2016 р. ставка може переглядатися кожні 5 років і в обов'язковому порядку має бути затверджена Актом Парламенту. Разом з тим, якщо після проведення аудиту на кінець фінансового року виявиться, що 50% виділених коштів на монархію не було використано, то за рекомендацією королівських фінансових опікунів Урядом може бути прийнято рішення про певне ситуативне скорочення фінансування інституту монархії (ст. 6 Акта).

Канцлер Казначейства Дж. Осборн коментуючи проведену реформу, зазначав: «Новий грант суверена є суспільним балансом. Наша королева буде отримувати достатньо коштів для виконання своїх обов'язків, а, з другого боку, будуть дотримані законні інтереси платників податків щодо обсягів і належної підзвітності вказаних бюджетних витрат» [12]. Разом з тим слід відзначити, що розмір гранту суверена щорічно збільшується. Якщо фінансування монархії на 2012–2013 фінансовий рік, відповідно до ст. 1 Акта про грант суверена, передбачалося в розмірі 31 мільйона фунтів, тоді як на 2016–2017 фінансовий рік передбачено 42 мільйони 800 тисяч фунтів стерлінгів [13]. Втім державні видатки на утримання монархії нині є значно меншими, ніж прибутки від існування цього інституту. Як мінімум половина іноземних туристів, особливо із США та республіканських країн Європи, приїждять до Британії задля того, щоб помилуватися атрибутами королівської влади (подивитися на паради королівської гвардії, відвідати монарші палаци-музеї тощо).

Усе це забезпечує державі мільярдні прибутки. Тому в умовах фінансово реформованого інституту монархії королева є не утриманцем, а матеріальним донором Сполученого Королівства.

Важливим аспектом критики монархії в 90-ті рр. був моральний аспект, що викликаний фактом розлучення в 1992 р. двох нащадків королеви Єлизавети II – принца Ендрю та принцеси Анни. Однак найбільших репутаційних збитків монархії завдало розлучення в 1996 р. спадкоємця престолу принца Чарльза та Діани Спенсер. Після трагічної смерті «народної принцеси» [14, с. 149] в 1997 р. монаршу сім'ю багато прихильників Діани звинувачували якщо не в смерті, то в руйнуванні її життя. «Фактор Діани» негативно вплинув на авторитет монархії серед британців. У даному контексті мова йшла не стільки про інститут, як про персоналії, адже багато підданих Її Величності й досі не бажають, щоб їхнім королем став принц Чарльз.

Репутацію монаршої сім'ї вдалося поступово відновити шляхом схильності королеви Єлизавети II до реформування інституту, який вона представляє, а також завдяки нащадкам «народної принцеси» – принцу Вільяму та принцу Гаррі. Одруження принца Вільяма, народження спадкоємців престолу стали подіями, які об'єднали британців та мимоволі реставрували моральну прихильність підданих Її Величності до монаршої сім'ї. Разом з тим не можна не погодитися з позицією Р. Блекберна, який підкреслює, що королева Єлизавета II встановила «золотий стандарт поведінки монарха в аспекті виконання нею ролі глави держави в новітній час»

[8, с. 177]. Тому саме завдяки зусиллям нині правлячої королеви, яка є надпопулярною у Сполученому Королівстві, моральний авторитет монаршої сім'ї та підтримку серед населення інституту монархії вдається утримувати на високому рівні.

Останнім аспектом реформування британської монархії стало змінення умов престолонаслідування. Однією з основоположних особистих королівських прерогатив є принцип «монарх ніколи не вмирає» [15, с. 511]. Таким чином, британська правова система передбачає постійне функціонування інституту монархії, що виражено в формулі: «Король помер. Хай живе король!». У формально-юридичному сенсі вказана формула втілювалася у британському праві шляхом статутного закріплення порядку і умов престолонаслідування, які у Великобританії були незмінними протягом більш як 310 років.

У жовтні 2011 р. на саміті глав держав Британської Співдружності в австралійському Перті Прем'єр-міністр Великобританії Д. Кемерон заявив про бажання коаліційного Уряду внести зміни в порядок престолонаслідування, пов'язавши цю ініціативу з процесами демократизації і модернізації: «Ідея про те, що молодший син повинен стати монархом замість старшої дочки тільки тому, що він чоловік, або про те, що майбутній монарх може укласти шлюб з представником будь-якої віри, окрім католицької, заходить в очевидну суперечність із нашим статусом сучасної країни» [16]. Акт про спадкування Корони було прийнято Парламентом Великобританії 25 квітня 2013 р., однак він набрав чинності лише 26 березня

2015 р. Подібна затримка в майже два роки була пов'язана з тим, що всі 16 країн Британської Співдружності, які визнають королеву главою держави, мали дати свою згоду та внести відповідні зміни до національного законодавства в аспекті наслідування британського престолу.

Акт про спадкування Корони 2013 р. [17] містив у собі три основні новели. По-перше, відповідно до ст. 1 вказаного статуту всі члени королівської сім'ї чоловічої статі, які народилися після 28 жовтня 2011 р., більше не можуть випереджати своїх старших сестер у лінії спадкування британського престолу. По-друге, згідно зі ст. 2 статуту, шлюб із католиком більше не є підставою для виключення зі списку претендентів на Корону. По-третє, Акт про королівські шлюби 1772 р. [18] втрачав свою силу відповідно до ст. 3 Акта про спадкування Корони 2013 р. Якщо раніше для укладення законного шлюбу з будь-яким представником королівської родини потрібна була згода монарха, то тепер подібний дозвіл повинні будуть отримувати лише перші шість претендентів у черзі на трон.

Нік Клегг, лідер ліберальних демократів, які були союзниками торі по коаліційному Уряду 2010–2015 рр., з приводу нової процедури престолонаслідування зазначив: «Цей статут (Акт про спадкування Корони 2013 р. – О. Б.) відображає прагнення Уряду домогтися рівності, ліквідувати вікову дискримінацію за релігійною і статевою ознаками. Цей Акт встановлює правила спадкування, які відповідають двадцять першому століттю і сучасній конституційній монархії» [9, с. 502].

На даному етапі проведена реформа престолонаслідування стала останньою спробою модернізації британської монархії. Таким чином, відповідно до новоприйнятого статуту, нинішня лінія спадкування британського престолу виглядає таким чином. Офіційним спадкоємцем є принц Уельський Чарльз (1948 р. н.), за ним у лінії престолонаслідування слідує його син принц Вільям (1982 р. н.), далі син Вільяма – Джордж (2013 р. н.).

**Висновки.** Головним спадком епохи правління королеви Єлизавети II можна вважати саме збереження інституту монархії у Сполученому Королівстві. Запорукою досягнення цього результату впливова британська газета «Телеграф» назвала те, що «Єлизавета II – найбільш покірний монарх за тисячу років» [19]. Можливо, так і є, однак нам видається, що Єлизаветі II вдалося зберегти державний інститут монархії завдяки її особистій здатності пристосовуватися до мінливих умов розвитку сучасної державності. Саме завдяки адаптації монархії вдалося віднайти нове місце в системі органів публічної влади у Сполученому Королівстві. Прем'єр-міністр Д. Кемерон, виступаючи 7 березня 2012 р. у Палаті громад зі зверненням з нагоди Діамантового ювілею правління королеви Єлизавети II, зазначив: «Якось було сказано, що мистецтво прогресу полягає у збереженні порядку

на тлі змін та впровадження змін на тлі порядку, і в цьому королева не має собі рівних» [20].

Нині британський монарх не керує державою, однак, як нами було доведено, в його арсеналі є достатній інструментарій, щоб здійснювати вплив на виконавчу владу. Це одна із багатьох причин, чому королева є не суто символічною чи церемоніальною фігурою, як інколи відзначається в правовій літературі.

Функціонування інституту монархії дає британцям можливість зберегти історію живою, не втратити зв'язок із минулим. В епоху правління Єлизавети II королева почала здебільшого сприйматися навіть не як глава держави, а як символ нації, що виступає як фокус для національної ідентичності, гордості та єдності. Разом з тим у сучасному мінливому світі монархія також є важливим фактором стабільності та постійності в державному, правовому і суспільному розвитку. Окрім того, королева є символом державності, символом самої Великобританії, як, наприклад, Біг Бен. Недарма в 2012 р. найвідомішу пам'ятку Лондона було офіційно перейменовано у вежу Єлизавети II на честь Діамантового ювілею правління королеви. Усе це дає нам підстави стверджувати, що допоки існує монархія, існуватиме й сама британська державність.

### Список використаних джерел

1. Burke E. Letter / Edmund Burke. – London : Printed for J. Debrett, 1796. – 120 p.
2. Bagehot Walter The English Constitution / Walter Bagehot. – 7-th edition. – L. : Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Ltd, 1894. – 292 p.
3. Овчинников В. В. Сакура и дуб: Впечатления и размышления о японцах и англичанах / В. В. Овчинников. – Киев : Днипро, 1986. – 479 с.

4. Bogdanor V. *The Monarchy and the Constitution* / V. Bogdanor. – Oxford : Clarendon Press, 1995. – 328 p.
5. Thatcher M. *The Downing Street Years* / Margaret Thatcher. – London : HarperCollins, 1993. – 832 p.
6. Ковалев И. Г. Экономика и современное государственно-политическое устройство Великобритании / И. Г. Ковалев. – М. : Перо, 2011. – 587 с.
7. Alderson A. *The Queen's working day* / Andrew Alderson // *The Telegraph* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/theroyalfamily/7870095/The-Queens-working-day.html>.
8. *The British Constitution: Continuity and Change: A Festschrift for Vernon Bogdanor* / edited by Matt Qvortrup. – Oxford : Hart Publishing, 2013. – 212 p.
9. Ковалев И. Г. Британская монархия: современная роль и проблема модернизации / И. Г. Ковалев // *Политика и общество*. – 2015. – №4 (124). – С. 495–505.
10. Сьрьогіна С. Г. Форма правління: питання конституційно-правової теорії та практики / С. Г. Сьрьогіна. – Х. : Право, 2011. – 768 с.
11. *Sovereign Grant Act 2011* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/15>.
12. *Collection: Sovereign Grant Act 2011: Report of the Royal Trustees* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.georgeosborne4tatton.com/content/collection-sovereign-grant-act-2011-report-royal-trustees>.
13. *Sovereign Grant Act 2011: Report of the Royal Trustees on the Sovereign Grant for 2016-17* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/479563/sovereign\\_grant\\_report\\_final\\_web.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/479563/sovereign_grant_report_final_web.pdf).
14. Блер Т. Шлях / Тоні Блер. – К. : Темпора, 2011. – 848 с.
15. Конституционное право зарубежных стран : учебник / под общ. ред. М. В. Баглая, Ю. И. Лейбо, Л. М. Энтина. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Норма : ИНФРА-М, 2013. – 1088 с.
16. *The Succession to the Crown Bill-Constitution Committee* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201213/ldselect/ldconst/106/10603.htm>.
17. *Succession to the Crown Act 2013* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/20>.
18. *Royal Marriages Act 1772 (repealed)* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legislation.gov.uk/apgb/Geo3/12/11>.
19. *Queen Elizabeth II: the most dutiful monarch in a thousand years* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/queen-elizabeth-II/9927341/Queen-Elizabeth-II-the-most-dutiful-monarch-in-a-thousand-years.html>.
20. *PM's parliamentary address for the Diamond Jubilee* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.gov.uk/government/speeches/pms-parliamentary-address-for-the-diamond-jubilee>.

## References

1. Burke E. (1796) *Letter*. London : Printed for J. Debrett, [In English]
2. Bagehot Walter (1894) *The English Constitution* (7th Ed.). L. : Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Ltd, [In English]
3. Ovchinnikov V. V. (1986) *Sakura i dub: Vpечatleniia i razmyshleniia o yaponsakh i anglichanakh* [Sakura and Oak: Impressions and thoughts about the Japanese and the English] Kiiev : Dnipro [In Russian]
4. Bogdanor V. (1995) *The Monarchy and the Constitution*. Oxford : Clarendon Press, [In English]
5. Thatcher M. (1993) *The Downing Street Years*. London : HarperCollins [In English]
6. Kovaliov I. G. (2011) *Ekonomika i sovriemiennoie gosudarstviенno-politichieskoie ustroistvo Vielikobritanii* [Economy and modern state-political structure of the UK] Moskva : Piero [In Russian]
7. Alderson A. *The Queen's working day*. *The Telegraph* [telegraph.co.uk](http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/theroyalfamily/7870095/The-Queens-working-day.html) Retrieved from: <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/theroyalfamily/7870095/The-Queens-working-day.html> [In English]

8. (Matt Qvortrup Eds.) (2013) The British Constitution: Continuity and Change: A Festschrift for Vernon Bogdanor. Oxford : Hart Publishing [In English]
9. Kovaliov I. G. (2015) Britanskaia monarchiia: sovremiennaia rol i problema modernizatsii [British monarchy: the modern role and the problem of modernization] Politika i obshchestvo. – Politics and Society, 4 (124), 495–505. [In Russian]
10. Seriohina S. H. (2011) Forma pravlinnia: pytannia konstytutsyino-pravovoi teorii ta praktyky [Form of government: the question of constitutional law theory and practice] Kh. : Pravo [In Ukrainian]
11. Sovereign Grant Act 2011 legislation.gov.uk Retrieved from: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2011/15> [In English]
12. Collection: Sovereign Grant Act 2011: Report of the Royal Trustees georgeosborne4tatton.com Retrieved from: <http://www.georgeosborne4tatton.com/content/collection-sovereign-grant-act-2011-report-royal-trustees> [In English]
13. Sovereign Grant Act 2011: Report of the Royal Trustees on the Sovereign Grant for 2016–17 gov.uk Retrieved from: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/479563/sovereign\\_grant\\_report\\_final\\_web.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/479563/sovereign_grant_report_final_web.pdf) [In English]
14. Bler T.(2011) Shliakh [The Way]. Kyiv : Tempora [In Ukrainian]
15. Baglaia M. V., I. Lieibo Yu., Entina L. M. (2013) Konstitutsionnoie pravo zarubiezhnykh stran [Constitutional law of foreign countries] (3d Eds.). Moskva : Norma : INFRA-M [In Russian]
16. The Succession to the Crown Bill-Constitution Committee publications.parliament.uk Retrieved from: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201213/ldselect/ldconst/106/10603.htm> [In English]
17. Succession to the Crown Act 2013 legislation.gov.uk Retrieved from: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/20> [In English]
18. Royal Marriages Act 1772 (repealed) legislation.gov.uk Retrieved from: <http://www.legislation.gov.uk/apgb/Geo3/12/11> [In English]
19. Queen Elizabeth II: the most dutiful monarch in a thousand years. telegraph.co.uk Retrieved from: <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/queen-elizabeth-II/9927341/Queen-Elizabeth-II-the-most-dutiful-monarch-in-a-thousand-years.html> [In English]
20. PM's parliamentary address for the Diamond Jubilee gov.uk Retrieved from: <https://www.gov.uk/government/speeches/pms-parliamentary-address-for-the-diamond-jubilee> [In English]

*Стаття надійшла до редколегії 26.08.2016.*

**Бруслик А. Ю.**, аспирант кафедры государственного строительства, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков  
e-mail: bruslex7@gmail.com  
ORCID 0000-0002-4217-2586

**Конституционно-правовая трансформация  
британской монархии в новую эпоху Елизаветы II  
(Статья вторая)**

*В статье исследованы методы воздействия королевы на исполнительную власть. Существенное внимание уделено еженедельным аудиенциям Премьер-министра Великобритании у монарха и их значению для управления государством. Выделены главные факторы критики британской монархии (финансовый, моральный, институциональный) и в связи с этим рассмотрены способы восстановления авторитета монархии. Исследована совокупность проведенных реформ института монархии. Аргументирован вывод о том, что в нынешних условиях монархия является цементирующим государственным институтом, который позволяет сохранять национальное и государственное единство Соединенного Королевства.*

**Ключевые слова:** влияние королевы, взаимоотношения, аудиенция, Премьер-министр, критика, реформирование, финансирование, престолонаследие, Елизавета II.



**Bruslyk O. Y.**, postgraduate student, the Department of State Construction, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv  
e-mail: bruslex7@gmail.com  
ORCID 0000-0002-4217-2586

**Constitutional-Law Legal Transformation of the British Monarchy  
in the New Era of Elizabeth II  
(The second article)**

*The article analyzes the methods of royal influence on the executive power. Attention is concentrated on the weekly audience between monarch and Prime Minister and their value for governance. The author proves, that weekly meeting with the monarch, where the Prime Minister has to report on the work done in a week, and that the government plans to do soon, serve as a constant reminder to the governor that the head of state is the monarch. Audiences satisfy the actual head of the United Kingdom and remind the Prime Minister, he and his Cabinet are temporary, while the monarchy and Britain – ever.*

*Attention is also concentrated on the main factors of criticism of the British monarchy: financial, moral and institutional. In this context, the article examines how the authority of the monarchy was restored. In addition, the article examines a set of constitutional-law reforms of the monarchy, which were held in the late twentieth century and in the early twenty-first century. For example, the financing reform of the monarchy and adoption by Parliament Sovereign Grant Act 2011; the succession to the Crown reform and adoption by Parliament Succession to the Crown Act 2013.*

*Now the British monarch is not governs the state, however, as we have proved in his arsenal is enough tool to exert influence on the executive power. During the reign of Queen Elizabeth II began largely perceived not as a head of state, but as a symbol of the nation, which acts as a focus for national identity, pride and unity. Moreover, the Queen is a symbol of statehood, the symbol of the UK, such as Big Ben. No wonder the in 2012 the most famous monument in London was officially renamed the Tower of Elizabeth II in honor of the Diamond Jubilee of Queen rule. All this gives us reason to believe that as long as there is a monarchy until then there will be a Kingdom.*

**Key words:** Queen's influence, relationships, audience, Prime Minister, criticism, reform, financing, succession, Elizabeth II.

## Правові системи сучасності: взаємодія та конфлікти

19 липня 2016 р. в Одесі відбувся «круглий стіл» з міжнародною участю *«Правові системи сучасності: взаємодія та конфлікти»*, організований Національним університетом «Одеська юридична академія» (кафедра права Європейського Союзу та порівняльного правознавства) та Українською асоціацією порівняльного правознавства за участю науково-освітнього клубу «Єдність у різноманітті».

Серед доповідей на «круглому столі» можна виокремити два основних блоки. Перший присвячено питанням взаємодії правових систем.

У доповіді *«Цінності в правових системах сучасності: проблеми взаємодії»* професор Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого С. П. Погребняк, відштовхуючись від характеристики цінностей (їх зв'язок із переконаннями, сильна емоційність, привабливість, спонукання, вічні дискусії щодо їхнього змісту та ін.), звернув увагу присутніх на перешкоди, що виникають при порівнянні цінностей, притаманних різним правовим системам. Крім того, доповідачем були визначені найбільш значущі європейські правові цінності, окреслено перспективи їх сприйняття та використання в межах вітчизняної правової системи.

Член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права, завіду-

вач кафедри права Європейського Союзу та порівняльного правознавства Національного університету «Одеська юридична академія» Х. Н. Бехруз у доповіді *«Конфліктність правових норм релігійного і світського характеру в релігійних правових системах»* зазначив, що дуалізм правових систем релігійного типу породжує серйозні виклики для релігійної свідомості індивіда й релігійних інститутів загалом. Тому вони нині стикаються зі складними процесами внутрішньої трансформації, викликані змінами не стільки в межах цих держав, скільки за їх межами. Дуалізм таких правових систем виявляється у співіснуванні правових норм релігійного та світського характеру, яке часом супроводжується конфліктністю, породженою відмінностями традицій правового розвитку. Найбільш яскраво вона виявляється у правових системах ісламських держав, що функціонують на основі поєднання правових норм ісламсько-релігійного та світського характеру, що сформувалися завдяки правотворчій діяльності чи запозиченню із західного права. Ісламські правові норми залишаються потужним чинником, адже згідно з ісламською правовою доктриною можуть застосовуватися лише відповідні його принципам правові норми світського характеру.

Доцент Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого Д. В. Лук'янов у доповіді «*Досвід застосування ісламського права в Англії*» проаналізував проблему конфлікту і взаємодії загального та ісламського права. Мусульманська громада є найбільш динамічно зростаючою громадою в усіх європейських країнах, а у Великобританії вона нараховує близько 3 млн мусульман, які мешкають переважно в Англії. Останнє десятиліття показало неминучість запровадження ісламського права у правовій системі Англії: визнано полігамний мусульманський шлюб, укладений за кордоном, відкрито перший офіційний ісламський суд відповідно до закону «Про арбітраж», рішення якого є юридично зобов'язуючими. Поступово формується т. зв. «англо-мусульманське право», існує мережа юридичних фірм, адвокатів та нотаріусів, які є фахівцями з обох видів права та надають клієнтам послуги з сімейного, спадкового та цивільного права, що відповідають вимогам обох правових систем. Досвід Англії демонструє принципову можливість співіснування та взаємодії правових систем загального та мусульманського права.

Доцент Міжнародного вільного університету Молдови О. А. Халабуденко у доповіді «*Традиція й антитрадиція в праві*» зазначив, що для європейської традиції ядром правової системи є приватне право – як міра свободи особи щодо легітимно присвоєного блага, що визначається відповідним нормативним приписом. У цьому розумінні право є свобода особи від мінливості фактичних обставин (виявлена, встановлена

соціальна закономірність). Згідно з таким типом праворозуміння від початку будуються європейські правові системи: тут немає нав'язаної ззовні волі суверена, а лише узагальнення практик правового спілкування, що склалися. Цим правопорядкам відповідає тип державності, що походить із римського права. Протилежний підхід, характерний зокрема для колишнього СРСР, заснований на уявленні про право як волю панівної соціально організованої групи осіб, сукупність соціальних регуляторів, нав'язаних суспільству ззовні. Тут право підкорене факту, а держава сприймається як гіпостазована сутність. Ці дві традиції права виключають одна одну: для першої друга є антиправом. Відповідно римський тип державності, стикаючись із протилежною традицією, має справу з антисистемним явищем.

Доцент Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого В. С. Смородинський у доповіді «*Умови та чинники інкорпорації національної правової системи України до романо-германської правової сім'ї*» зазначив, що умови віднесення тієї чи іншої правової системи суспільства (національної правової системи) до певної правової сім'ї (кола) не обмежуються класичним чинником домінантного джерела права. Адже, за сучасною доктриною, вона є сталою системою правових явищ, що функціонують у цьому суспільстві, пов'язані між собою та з іншими соціальними явищами. До важливих чинників, що формують цю систему й визначають її ефективність, слід віднести також систему юридичної освіти, правову ідеологію та правову культуру суспільства, правові цін-

ності, що сприймаються та поділяються його членами.

Другий блок доповідей було присвячено проблемам методології порівняльного правознавства, зокрема, пов'язаним із пізнанням взаємодії правових систем.

Професор Львівського національного університету імені Івана Франка П. М. Рабінович у доповіді *«Несхожість соціальної сутності правових систем – одна з головних причин їх конфліктності»* наголосив на необхідності уточнення та розширення рамок предмета науки юридичної компаративістики, в тому числі за рахунок дослідження соціальної сутності правових систем. Відсутність порівняння сучасних правових систем за цим критерієм є істотною методологічною вадою і навіть бідою обговорюваної галузі знань, а наслідки цього – колосальні. Якщо при класифікації правових систем брати до уваги лише суто правові (юридичні) явища й оминати увагою неправові явища, до яких мають бути віднесені й потреби (інтереси) різних суб'єктів того суспільства, позитивно-правову систему якого ми збираємося вивчати та порівнювати її з позитивно-правовими системами інших суспільств, то можливе спотворення оцінки її соціальної сутності.

Член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права, завідувач Центру порівняльного правознавства Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України О. В. Кресін у доповіді *«Форми організації порівняльно-правового знання у першій третині XIX ст.»* зазначив, що у пошуку неметафізичних способів кореляції

й взаємодії індивідуального та загального в праві, побудови вчення про право конструювалися такі наукові проекти, як філософія позитивного права, енциклопедія права, порівняльне правознавство, порівняльна історія права, галузеві порівняльно-правові дисципліни. Усі вони зводилися до виведення універсальних принципів, а також часткового редукування правового різноманіття на основі узагальнення емпіричних досліджень. В їх основі – порівняльний підхід – незалежно від того, чи задекларований він у назві. Він був результатом позитивістської, соціальної, емпірицистської, плюралістичної парадигми мислення тогочасних юристів, а створені на його основі проекти-дисципліни мають розглядатися як взаємодоповнювані.

У доповіді професора Одеського державного університету внутрішніх справ Л. Г. Матвєєвої *«Конфлікт як передумова транзитивності в праві»* вказувалося на причини конфліктів у транзитивному суспільстві: порушення балансу інтересів різних соціальних груп, конфлікт у межах правлячої політичної еліти, зміна системи правових цінностей. Проявом суспільної транзиції є змінюваність соціальних інститутів, у тому числі й права, яке традиційно сприймається як форма, оболонка соціальних інститутів, і разом з тим саме по собі є одним з інститутів суспільства. Право оформлює, вкормовує й урешті-решт інституціоналізує суспільні перетворення, але й саме не залишається незмінним: воно трансформується, оновлюється, нерідко радикально, змінюються його зміст, його співвідношення з державою та іншими суспільними явищами.

Також було виголошено виступи доцента Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого М. І. Дамірчієва («Порівняльно-правовий аналіз податкових систем України та Азербайджану»), доцентів Національного університету «Одеська юридична академія» К. В. Горобця («Помилка аналогії як проблема порівняльного правознавства») і А. О. Запорожченко («Застосування нових біотехнологій в Україні: огляд деяких проблемних аспектів крізь призму європейського права»), асистентів Національного університету «Одеська юридична академія» В. А. Ромашенко («Сучасні моделі регулювання інформаційного суспільства: взаємодії та конфлікти»), З.-О. М. Козловської («Еліта і реформування правової системи»), Р. Ф. Харитонова («Проблеми галузевої юридичної компаративістики»), аспірантки Національного університету «Одеська юридична академія» С. В. Куліш («Основні напрями конвергенції сучасних правових систем»).

Кожний виступ супроводжувався тривалим обговоренням. Основними проблемами, що викликали активну дискусію під час «круглого столу», стали: межі загальної теорії права, питання про самостійну розробку поняття права в різних юридичних дисциплінах, «потребує праворозумін-

ня», критерії класифікації правових систем, особливості не-західної держави та права, трансформація мусульманського права в процесі його застосування у західній правовій системі, параметри наближення правової системи України до систем романо-германського типу та ін.

Загалом у роботі «круглого столу» взяли участь 33 вчені з України (Одеса, Київ, Харків, Львів, Запоріжжя, Миколаїв, Прилуки), Молдови (Кишинів) та Білорусі (Мінськ). Серед них: 11 докторів юридичних наук, 15 кандидатів, 7 учасників без наукового ступеня.

За результатами заходу буде видано збірник матеріалів «Правові системи сучасності: взаємодія та конфлікти», до якого увійде понад 30 статей українських та зарубіжних учених.

*Матеріал підготували:*

**О. Кресін**, керівник Центру порівняльного правознавства Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, головний науковий співробітник відділу зв'язків з державними органами і міжнародними організаціями НАПрН України, кандидат юридичних наук, доцент

**Х. Бехруз**, завідувач кафедри права Європейського Союзу та порівняльного правознавства Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор

## Нове дослідження щодо механізму реалізації судової влади

(рецензія на монографію: Ткачук О. С. Проблеми реалізації  
судової влади у цивільному судочинстві.

Х. : Право, 2016. — 600 с.)

Системні зміни до законодавства, зумовлені конституційною реформою у сфері правосуддя, наслідком яких стало прийняття законів України: від 02.06.2016 р. № 1401-VIII «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», від 02.06.2016 р. № 1402-VIII «Про судоустрій і статус суддів», від 02.06.2016 р. № 1403-VIII «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів», від 02.06.2016 р. № 1404-VIII «Про виконавче провадження», потребують серйозного доктринального переосмислення ролі й значення суду як фундаментального інституту демократичного суспільства та правової держави в контексті європейського вектору розвитку України. З цієї точки зору актуальності набувають дослідження, метою яких є аналіз сучасного стану відправлення правосуддя у цивільних справах у контексті гармонізації національної практики цивільного судочинства із міжнародними стандартами правосуддя з урахуванням трансформаційних змін, викликаних конституційною реформою.

Саме таким дослідженням є монографія О. С. Ткачука «Проблеми реалі-

зації судової влади у цивільному судочинстві», яку по праву можна вважати першим у нашій державі комплексним монографічним дослідженням, присвяченим проблемам цивільного судочинства в умовах конституційної реформи щодо правосуддя в Україні.

На наш погляд, монографія може бути цікавою не тільки в межах національного правопорядку, а й на наднаціональному рівні, адже більшість держав сучасного світу стикаються із серйозними проблемами у сфері відправлення правосуддя у цивільних справах, зокрема надмірними строками судового розгляду, несвоєчасним виконанням судових рішень, порушенням права на доступ до суду тощо. Враховуючи те, що наша держава взяла на себе зобов'язання забезпечити кожній особі право на справедливий судовий розгляд відповідно до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (надалі – ЄКПЛ), підвищується актуальність досліджень питань реалізації судової влади у цивільному судочинстві в контексті п. 1 ст. 6 ЄКПЛ та ст. 13 ЄКПЛ, а також практики Європейського суду з прав людини (надалі – ЄСПЛ) щодо тлумачення та застосування цих

статей, що також свідчить про своєчасність рецензованої монографії.

Робота О. С. Ткачука відрізняється новизною та збагачує теоретичні уявлення про роль та місце судової влади у правовій державі. Основоположна методологічна ідея дослідження полягає у запропонованій новій моделі системно-функціонального дослідження реалізації судової влади у цивільному судочинстві, заснованій на концептуалізації динамічних характеристик судової влади у сфері цивільного судочинства в аспекті основоположного принципу верховенства права та конвенційного права на справедливий судовий розгляд і практики ЄСПЛ щодо його тлумачення та застосування, з урахуванням конституційної реформи щодо правосуддя в Україні.

За своєю структурою основний зміст монографії складається із чотирьох логічно побудованих і пов'язаних між собою розділів, що дозволяють розкрити обрану тему дослідження.

Розділ 1 «Концептуальні засади реалізації судової влади у цивільному судочинстві» присвячений розкриттю методологічного підґрунтя для подальшого дослідження, здійсненого у наступних розділах монографії, та зосереджений навколо таких визначальних та базових із теоретичної точки зору питань, як поняття правосуддя у цивільних справах та його кореляція із судовою владою, природа та функції судової влади, принцип спеціалізації судової діяльності та диверсифікація видів судочинства, єдність та диференціація цивільної процесуальної форми.

У розд. 2 «Основні тенденції цивільного судочинства: європейський век-

тор» автор аналізує основні тенденції європеїзації вітчизняного цивільного судочинства, зокрема забезпечення права на справедливий судовий розгляд, регламентацію спрощених судових проваджень та процедур цивільного судочинства, диверсифікацію альтернативних способів вирішення цивільно-правових спорів та приватизацію інституту виконання судових рішень. При цьому автором обстоюється ідея розширення сфери юстиціарного захисту цивільних прав і обов'язків, що приводить по суті до формування окремого сегменту інтеграційного юстиціарного правопорядку, що включає, окрім правосуддя, дотичні інститути альтернативного вирішення цивільно-правових спорів та виконання судових рішень у національних системах судового захисту.

У розд. 3 «Принцип верховенства права та ресурс судової влади в цивільному судочинстві» автором здійснена спроба проаналізувати та алгоритмізувати застосування основоположного принципу верховенства права як універсального стандарту судового правотлумачення та правозастосування, що має втілюватися на рівні національних практик відправлення правосуддя у цивільних справах. Крім того, кризь призму верховенства права здійснено аналіз інституту судової юрисдикції, що зазнав суттєвих змін унаслідок конституційної реформи, та досліджено основні глобалізаційні тренди у сфері цивільного судочинства. Оригінальною видається ідея щодо дослідження еволюції національної моделі цивільного судочинства з точки зору таких її визначальних характеристик, як активність

суду та сторін у цивільному судочинстві та визначення необхідності утвердження моделі справедливого судочинства на рівні національного правопорядку, що дозволяє переосмислити класичні погляди на слідчу та змагальну модель цивільного судочинства й обґрунтовує необхідність запровадження в національну практику інституту судового керівництва справою як форми активності суду в цивільному процесі.

У розд. 4 «Розвиток цивільного судочинства у контексті конституційних змін щодо правосуддя України» автор робить слушні пропозиції щодо подальших напрямів удосконалення національного законодавства, зокрема, у частині забезпечення єдності судової влади, модернізації статусу судді, розвитку досудових процедур цивільного судочинства та впровадження інформаційних технологій у цивільне судочинство з метою підвищення його ефективності.

Стиль викладу автором матеріалу в монографії є досить вдалим – науково-теоретичні судження і аргументи автора доповнюються в ній фактами із судової практики, і все це справляє враження досить взаємообумовленого, переконливого і логічного дослідження.

Монографію О. С. Ткачука можна вважати завершеною комплексною працею, присвяченою проблемам реалізації судової влади у цивільному судочинстві, що є актуальною як з теоретичної, так і з практичної точки зору. Зазначена монографія буде пізнавальною та корисною правникам-науковцям і практикам, студентам вищих юридичних закладів та усім, хто цікавиться проблемами цивільного процесуального права.

*С. Шимон*, завідувач кафедри правового регулювання економіки Київського національного економічного університету, доктор юридичних наук, доцент





Виповнилось 75 років від дня народження визначного українського вченого-правознавця в галузі цивільного судочинства, талановитого педагога, професора, члена-кореспондента Національної академії правових наук України, заслуженого професора Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого **Володимира Івановича Тертишнікова**.

Народився Володимир Іванович 22 серпня 1941 р. у с. Криворіжжя Ростовської обл. (Російська Федерація). У 1967 р. закінчив Харківський юридичний інститут (нині – Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого), де і розпочав трудову діяльність за фахом у 1967 р., пройшовши шлях від асистента до професора. З 1974 по 1978 р. – завідувач кафедри теорії держави і права, з 1978 р. – заступник декана, з 1983 по 2007 р. – декан господарчо-правового факультету, з 1991 р. – професор кафедри цивільного процесу.

У 1972 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Процесуальні засоби зміцнення сім'ї в провадженні про розірвання шлюбу» (спеціальність 12.712, нині – 12.00.03). Науковий ступінь кандидата юридичних наук присуджено у 1972 р., вчене звання

професора присвоєно у 1992 р. Був обраний членом-кореспондентом Національної академії правових наук України у 2002 р.

Загальновідомим є внесок В. І. Тертишнікова у розвиток вітчизняної правничої науки та освіти. Він є автором і співавтором понад 120 наукових та науково-методичних праць. Його праці присвячені дослідженню найбільш актуальних проблем правового регулювання, що виникали на певних етапах розвитку вітчизняної держави і права. Серед них: «Судова експертиза» (у співавт., 2004), «Господарський процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар» (у співавт., 2004), «Основы исполнительного производства» (у співавт., 2003, 2004), «Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар» (2007, 2010), «Цивільний процес України (лекції)» (2008), «Гражданский процесс Украины» (2009), «Цивільний процес України (курс лекцій)» (2011), «Основы цивільного судочинства» (2011), «Цивільний процес України» (2012) та ін.

Багаторічна сумлінна праця В. І. Тертишнікова, його вагомий внесок у розвиток вітчизняної юридичної науки і освіти, підготовку висококваліфікованих кадрів юристів були відзначені державними, відомчими та громадськими нагородами і почесними відзнаками. Його нагороджено Почесною грамотою Президента Республіки Тува (1994), Почесною грамотою Кабінету Міністрів України (2003), орденом «За заслуги»

III ступеня (2004), Почесною відзнакою «Орден Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»» (2012), «Заслужений професор Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»» (2012), Переможець XIV обласного конкурсу «Вища школа Харківщини – кращі імена» в номінації «Викладач професійно орієнтованих дисциплін» (2016).



Виповнилося 70 років від дня народження видатного вченого в галузі кримінального процесу, доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента Національної академії правових наук України, заслуженого юриста України **Юрія Павловича Аленіна**.

Народився Юрій Павлович 18 вересня 1946 р. у с. Дублени Львівської обл. У 1973 р. закінчив Одеський державний університет ім. І. І. Мечникова (нині – Одеський національний університет імені І. І. Мечникова) за спеціальністю «юрист-правознавець». У 1972–1977 рр. – стажист, потім слідчий прокуратури Ленінського району м. Одеси, у 1977 р. – прокурор слідчого управління прокуратури Одеської області. З 1977 по 1997 р. працював в Одеському державному університеті ім. І. І. Мечникова (нині – Одеський національний університет імені І. І. Мечникова), прой-

Президія Національної академії правових наук України та редакційна колегія «Вісника Національної академії правових наук України» щиро вітають вельмишановного **Володимира Івановича Тертишнікова** зі славним ювілеєм і бажають йому міцного здоров'я, благополуччя, невичерпної енергії, сил, оптимізму, творчих здобутків та життєвих гараздів на многії літа.

шовши шлях від асистента, старшого викладача до доцента кафедри криміналістики (нині – кафедра кримінального процесу та криміналістики). З 1997 р. і дотепер – завідувач кафедри кримінального процесу Національного університету «Одеська юридична академія».

У 1984 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Розслідування в проблемних ситуаціях, які виникають в справах про розкрадання рибпродуктів» (спеціальність 12.00.09), у 1997 р. – дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Теоретичні та практичні осередків злочинів» (спеціальність 12.00.09). Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1997 р., вчене звання професора присвоєно у 2001 р. У 2012 р. присвоєно почесне звання «Заслужений юрист України». Обраний членом-кореспондентом Національної академії правових наук України у 2013 р.

Основними напрямками наукових досліджень Юрія Павловича Аленіна є проблеми розслідування тяжких

злочинів, слідчі (розшукові) дії та їх провадження, початок кримінального провадження, запобіжні заходи у кримінальному процесі, сторона обвинувачення, загальні умови досудового розслідування, закінчення досудового розслідування. Він є автором близько 150 наукових праць, значними серед яких є «Особенности расследования тяжких преступлений. Руководство для следователей» (у співавт., 1995), навчальний посібник «Особенности расследования тяжких преступлений против личности» (у співавт., 1996), монографія «Выявление и расследование очагов преступлений: теория и практика» (1996), «Організація розслідування і тактика слідчих дій. Методичний посібник» (у співавт., 2000), монографія «Процессуальные особенности производства следственных действий» (2002), «Введение в украинское право» (у співавт., 2005, 2009), «Расследование тяжких преступлений: Научно-практическое пособие» (у співавт., 2006), «Прийняття процесуальних рішень за новим кримінальним процесуальним законодавством України» (у співавт., 2012), навчально-методичний посібник «Кримінальний процес України» (у співавт., 2013), «Кримінально-процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар» (у співавт., 2003, 2007, 2008, 2009, 2011), «Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар» (у співавт., 2013), «Розслідування злочинів проти особи: керівництво для слідчих» (у співавт., 2014) та ін.

Юрій Павлович здійснює наукове керівництво та наукове консультування,

його учнями захищено 22 дисертації, з них 2 – на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук.

Брав участь у розробці проекту Кримінально-процесуального кодексу України. Залучався до участі у Науково-консультативній раді при Верховному Суді України. Постійно бере участь у експертних оцінках законопроектів, підготовці відповідей на запити Конституційного Суду України, Верховного Суду України, Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, адвокатські запити. Член спеціалізованих вчених рад при Національному університеті «Одеська юридична академія».

Член редколегії збірників наукових праць та журналів «Актуальні проблеми держави і права», «Актуальні проблеми політики», «Юридичний вісник», «Судова апеляція», «Наукові праці Національного університету “Одеська юридична академія”», «Прикарпатський юридичний вісник», «Вісник Чернівецького факультету Національного університету “Одеська юридична академія”», «Вісник кримінального судочинства».

Свій ювілей Юрій Павлович зустрічає у повноті творчих сил із новими планами на майбутнє. Президія Національної академії правових наук України та редколегія «Вісника Національної академії правових наук України» щиро вітають вельмишановного **Юрія Павловича Аленіна** зі славним ювілеєм і бажають йому подальших творчих успіхів, здоров'я та благополуччя.



Юридична громадськість сердечно вітає з 70-річним ювілеєм видатного вітчизняного вченого-правознавця, доктора юридичних наук, професора, заслуженого юриста України, члена-кореспондента Національної академії правових наук України **Юрія Миколайовича Оборотова**.

Народився Юрій Миколайович 14 вересня 1946 р. у с. Лави Єлецького р-ну Липецької обл. (Російська Федерація). У 1973 р. закінчив Одеський державний університет ім. І. І. Мечникова за спеціальністю «правознавство». Почав працювати в цьому закладі – спочатку асистентом, старшим викладачем, доцентом кафедри теорії держави і права, заступником декана юридичного факультету. У 1989–1990 рр. – доцент Одеської вищої партійної школи. З 1990 по 1992 р. – завідувач кафедри політології і права Одеського інституту політології та соціального управління; у 1992–1995 рр. – старший науковий співробітник, доцент кафедри соціальних теорій та компаративістики Одеського державного університету ім. І. І. Мечникова. У 1995–1998 рр. – завідувач кафедри теорії держави і права Одеського інституту підприємства і права; 1998–1999 рр. – директор Інституту європейського і національного права Одеської державної юридичної академії; з 1999 р. і дотепер працює в Національному університеті «Одеська

юридична академія» завідувачем кафедри загальнотеоретичної юриспруденції, з 2005 по 2010 р. – проректор з наукової роботи Університету.

У 2003 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Традиції і новації у правовому розвитку: загальнотеоретичні аспекти». Вчене звання професора присвоєно у 2004 р. Обраний членом-кореспондентом Національної академії правових наук України у 2010 р.

Основними напрямками наукових досліджень Юрія Миколайовича є загальнотеоретична юриспруденція, теорія сучасного права, теорія сучасної держави, філософія права. З його ім'ям пов'язане становлення загальнотеоретичної юридичної наукової школи, що присвячена дослідженню традицій та новацій правового й державного розвитку. Юрій Миколайович активно розробляє ціннісно-нормативну теорію права, що базується на аксіологічному праворозумінні.

За роки своєї наукової діяльності опублікував понад 200 наукових праць (10 монографій, 2 підручники, 16 навчальних посібників), з-поміж яких: «Методические указания по курсу общей теории государства и права» (1979), «Методические материалы по общей теории государства и права» (1982), «Основы современного государства: учебный курс» (1995), «Политическое лидерство как проблема политической теории и практики» (1989), «Держава і цивілізація» (1993), «Теорія держави і права. Правничий довідник для професійних суддів» (2005), «Верховенство права в ієрархії правових цінностей

України» (2006), «Праворозуміння як аксіоматичне начало (постулат) права» (2010), «Общетеоретическая юриспруденция: учебный курс» (2011), «Актуальні грані загальнотеоретичної юриспруденції» (2012), «Теорія держави і права. Державний іспит» (у співавт., 2012) та ін.

Під керівництвом Ю. М. Оборотова захищено 28 кандидатських дисертацій, був науковим консультантом з 6 докторських дисертацій.

Брав участь у розробці концепції Закону України «Про конституційний контроль», готував наукові висновки за запитами Конституційного Суду Украї-

ни щодо тлумачення нормативно-правових актів. Заступник головного редактора збірника наукових праць «Актуальні проблеми держави і права».

Має державні нагороди: «Відмінник освіти України» (2012), Кавалер ордена «За наукові досягнення» III ступеня (2007).

Президія Національної академії правових наук України та редколегія «Вісника Національної академії правових наук України» щиро вітають вельмишановного **Юрія Миколайовича Оборотова** з ювілеєм, бажають йому міцного здоров'я, добробуту, невичерпної енергії та довголіття.

---

## Пам'яті Олександра Івановича Процевського

11 серпня 2016 р. на 88-му році пішов із життя видатний учений-правознавець, основними напрямками наукових досліджень якого були проблеми правовідносин у трудовому праві та теорія розвитку законодавства про працю в Україні, дослідник і викладач, талановитий педагог, Заслужений діяч науки і техніки України, академік Міжнародної кадрової академії, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України **Олександр Іванович Процевський**.

Народився Олександр Іванович 28 березня 1929 р. у с. Мальцівка Корочанського р-ну Курської обл. (Російська Федерація). У 1956 р. закінчив Харківський юридичний інститут (нині – Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого). Після закінчення інституту до 1958 р. працював помічником прокурора м. Севастополя. З жовтня 1958 р. по листопад 1986 р. працював у Харківському юридичному інституті, де пройшов шлях від аспіранта до проrektора з навчальної роботи цього закладу. Із грудня 1991 р. працював у Харківському національному педагогічному університеті імені Г. С. Сковороди завідувачем кафедри державно-правових дисциплін та міжнародного права, а з 1994 р. – директором Інституту економіки і права цього Університету.

У 1961 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата

юридичних наук на тему «Правове регулювання робочого часу робітників і службовців у СРСР» (спеціальність 12.00.05). Вчене звання доцента присуджено в 1964 р. У 1970 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Трудові відносини та метод їх правового регулювання» (спеціальність 12.00.05). Вчене звання професора присвоєно в 1972 р. Обраний членом-кореспондентом Національної академії правових наук України в 2010 р.

Опублікував понад 300 наукових праць, серед яких: «Предмет радянського трудового права» (1970), «Гуманізм норм трудового права» (1982), «Шляхи забезпечення балансу інтересів сторін трудового договору» (2006), «Трудове право. Методичні рекомендації за вимогами кредитно-модульної системи навчання» (2007), «Чи є підстави для перегляду системи права України?» (2009) та ін. Підготував 21 кандидата юридичних наук.

Член редакційної колегії низки видань.

Учасник Великої Вітчизняної війни (привірений). Нагороджений медаллю «65 лет Победы в Великой Отечественной войне 1941–1945 гг.», Почесною грамотою Харківської обласної державної адміністрації «За вагомий особистий внесок у розбудову правової держави, захист конституційних прав і свобод громадян, зміцнення законності та пра-

вопорядку, високий професіоналізм і з нагоди дня юриста» та іншими відомчими нагородами.

Пішла з життя надзвичайно доброзичлива і чуйна людина, яскрава особистість, яка завжди надихала колег власними ідеями та вчинками. У цю скорботну годину щиро поділяємо біль рідних та близьких йому людей.

Світла пам'ять про видатного вченого, педагога, людину широкої душі

назавжди збережеться у серцях його учнів, усіх тих, хто його знав і працював з ним.

Президія Національної академії правових наук України та редакційна колегія «Вісника Національної академії правових наук України» глибоко сумують з приводу тяжкої втрати – смерті **Олександра Івановича Процевського** та висловлюють свої щирі співчуття його рідним.

# ВИМОГИ

## щодо оформлення наукових статей, які публікуються в збірнику наукових праць «ВІСНИК НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ»

1. Статті подаються українською, російською чи англійською мовами, загальний обсяг публікації (назва статті, відомості про автора, текст статті, використані матеріали, анотації, ключові слова) не повинен перевищувати 15 сторінок.

2. Для публікації статті необхідно подати до редколегії:

– роздрукований примірник наукової статті (підписаний у кінці автором (авторами) з позначкою про дату її надходження до редакції);

– електронний варіант статті (надіслати на електронну адресу редакційної колегії: **visnyk\_naprrnu@ukr.net**);

– довідку про автора (співавторів) із зазначенням – ПІБ, посади та місця роботи, наукового ступеня, вченого звання та членства в Академії (за наявності), контактний номер телефону (мобільний, робочий), електронну адресу, розділ збірника, в якому доцільніше розмістити статтю;

– якщо автор не має наукового ступеня, додатково подається рецензія кандидата чи доктора наук відповідної спеціальності та витяг із протоколу засідання відповідної кафедри (відділу) про рекомендацію статті до друку;

– фотографія автора (співавторів) статті форматом 4×5,5 із розширенням \*.jpg, якості 600×600 dpi;

– ліцензійна згода на публікацію (за наявності співавторів – спільна за підписами авторів) про те, що стаття є власною розробкою автора (авторів), ніде раніше не друкувалася і не знаходиться на розгляді в інших виданнях, автори дають спільну письмову згоду на публікацію матеріалу саме у «Віснику Національної академії правових наук України», яка надається в роздрукованій та в електронній (відсканована) формах.

3. Технічні вимоги до статті:

– параметри сторінки: розмір паперу – книжковий; поля: верхнє, нижнє, правє – 2 см; лівє – 2,5 см;

– для набору тексту використовується шрифт Times New Roman (кегель – 14, міжрядковий інтервал – 1,5, абзацний відступ – 1,25 см);

– на початку статті ліворуч ставиться індекс УДК;

– у верхньому правому куті подаються прізвище, ім'я та по батькові автора (співавторів, не більше 2-х) – повністю, без скорочень, вчене звання, науковий ступінь, членство в Академії (за наявності), точна назва посади та місця роботи (повна назва кафедри або іншого структурного підрозділу без аббревіатур);

– на наступному рядку по центру великими літерами (напівжирним шрифтом) набирається назва статті;

– перед текстом подається анотація до статті українською мовою (50–100 слів, шрифт – 12, курсив, інтервал – 1,5) з ключовими словами (5–10 слів);

– текст статті;

– анотації російською мовою (50–120 слів, шрифт – 12, курсив, інтервал – 1,5) та англійською мовою (100–250 слів, шрифт – 12, курсив, інтервал – 1,5) з ключовими сло-



вами (5–10 слів). Анотації повинні містити прізвище та ім'я автора, вчене звання, науковий ступінь, членство в Академії (за наявності), посаду та місце роботи, назву статті. При цьому анотація англійською має відповідати таким вимогам: інформативність (не містити загальних слів); оригінальність (не повинна бути калькою російськомовної анотації); змістовність (відображати основний зміст статті та результати досліджень); структурованість (дотримуватись логіки викладу матеріалу в статті).

Анотація має лаконічно описувати авторські результати та висновки, а не загальну ситуацію з розглядуваної проблеми. Ключові слова мають бути максимально специфічними, слід уникати загальної термінології.

4. Структура статті повинна відповідати постанові президії Вищої атестаційної комісії України №7-05\1 від 15 січня 2003 р. «Про підвищення вимог до фахових видань, внесених до переліків ВАК України».

**Загальні вимоги до структури тексту наукової статті: постановка проблеми** у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями; **актуальність теми дослідження; аналіз останніх досліджень і публікацій**, в яких започатковано розв'язання цієї проблеми і на які спирається автор, виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується дана стаття; **формулювання цілей статті** (постановка завдання); **виклад основного матеріалу** дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів; **висновки** з цього дослідження і перспективи подальших наукових досліджень у даному напрямі.

5. Список використаних джерел наводиться в кінці статті (шрифт Times New Roman, кегль – 14). Використана література подається мовою оригіналу загальним списком за порядком її згадування в тексті у квадратних дужках. Кількість джерел у використаних матеріалах має бути не менше 5 та не перевищувати 15 позицій. Усі статистичні дані, цитати мають бути підкріплені та закінчуватися посиланнями на джерела. У списку літератури слід уникати посилань на газети, виробничі журнали, підручники, навчальні посібники і власні публікації авторів. Редакційна колегія рекомендує у списку літератури посилатися на статті з наукових збірників із глобальними індексами цитування (Scopus, Web of Science).

Бібліографічний опис оформлюється згідно з ДСТУ ГОСТ 7.1: 2006 та відповідно до вимог ВАК України за формою 23 (Бюлетень ВАК. – 2009. – № 5).

6. Відповідно до постанови Кабінету Міністрів України «Про впорядкування транслітерації українського алфавіту латиницею» від 27 січня 2010 р., № 55 необхідно здійснювати міжнародну транслітерацію списку використаних джерел.

*Стаття приймається на розгляд та передається на внутрішнє рецензування тільки за наявності повного пакета документів та повних авторських даних. Матеріали, що надходять для публікації у журналі, проходять анонімне рецензування з боку членів редакційної колегії збірника наукових праць «Вісник Національної академії правових наук України» та рекомендуються до друку. Стаття публікується за наявності позитивної відповіді 2-х рецензентів.*

*Висловлені у статтях думки та пропозиції не завжди збігаються з точкою зору редакційної колегії. Відповідальність за достовірність інформації у статтях, точність назв, статистичних даних, прізвищ та цитат несуть автори статей. Редакція зберігає право на незначну літературну правку текстів і скорочення зі збереженням авторського стилю та головних авторських висновків.*

*У випадках виявлення плагіату відповідальність несуть автори наданих матеріалів.*

**Адреса:** м. Харків, вул. Пушкінська, 70

**Тел.** (057) 707-79-89

**Електронна пошта:** visnyk\_naprn@ukr.net

Збірник наукових праць

**Вісник  
Національної академії  
правових наук України**

№ 3 (86) 2016

Відповідальний за випуск *О. В. Петришин*

Редактор *С. Пашинська*  
Коректор *Н. Шестьора*  
Комп'ютерна верстка *О. Сенько*

Підписано до друку з оригінал-макета 30.09.2016.  
Формат 70×100 <sup>1</sup>/<sub>16</sub>; Папір офсетний. Гарнітура Times.  
Ум. друк. арк. 22,7. Обл.-вид. арк. 18,6. Вид. № 1523.  
Тираж 300 прим.

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України  
та Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого  
Україна, 61002, Харків, вул. Чернишевська, 80а  
Тел./факс (057) 716-45-53  
Сайт: [www.pravo-izdat.com.ua](http://www.pravo-izdat.com.ua)  
E-mail для авторів: [verstka@pravo-izdat.com.ua](mailto:verstka@pravo-izdat.com.ua)  
E-mail для замовлень: [sales@pravo-izdat.com.ua](mailto:sales@pravo-izdat.com.ua)

Свідцтво про внесення суб'єкта видавничої справи  
до державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів  
видавничої продукції — серія ДК № 4219 від 01.12.2011 р.

Виготовлено у друкарні ФОП Леонов  
Тел. (057) 717-28-80