

03/19

# ReOS

Recht der Osteuropäischen Staaten

03/19

# ReOS

**Recht der Osteuropäischen Staaten**

# Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS)



**Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS)** –  
scientific journal of legal sciences founded  
by University of Göttingen (Germany)  
with the purpose of knowledge sharing between  
Western and Eastern Europe.

***Publisher:***

Doctor of Juridical Sciences, Professor Thomas Mann, Institute of Public Law,  
Administrative Law Department, University of Göttingen.

***Editorial board:***

Dr. jur. **Bernhard Schloer** – Übersetzung der Zusammenfassung München  
**Bastian Lorenz** – Layout, Bearbeitung & Druck

**Partners**



**Netzwerk Ost-West**



**Deutsch-ukrainischer  
rechtswissenschaftlicher Dialog e.V.**

**Rechtsdialog.org**

[www.uni-goettingen.de/reos](http://www.uni-goettingen.de/reos)

03/2019

ISSN 2199-6245

# ReOS 03 / 2019

## Inhaltsverzeichnis

Atypical model of organization of power (form of government) in modern legal reality <i>Baryska Yana, Popovych Tereziia</i> .....	5
Features of realization of economic competence by religious organizations <i>Bochkov Pavel</i> .....	9
Modern understanding of the investigative experiment: domestic and foreign views <i>Valchyshyn Halyna</i> .....	14
The place and role of the principle of payment of land use in the system of land law <i>Govorun Mariia</i> .....	18
Temporary characteristics of material civil relations <i>Guivan Petro</i> .....	24
The procedural guarantees of the exercise of the right to a competent court in the civil proceedings of Ukraine <i>Zakharova Olena</i> .....	29
Administrative responsibility measures in the field of agroindustrial complex of Ukraine <i>Ivanova Hanna</i> .....	33
State system of protection of intellectual property: tendencies of development in modern conditions <i>Korotun Olena</i> .....	38
Socio-psychological factors which determines the committing escapes from places of deprivation of liberty or custody <i>Kosynska Yevheniia</i> .....	43
A concept of constitutional principles of legal status of judges in Ukraine <i>Kravchuk Volodymyr, Yukhymiuk Olha</i> .....	49
Restrictions and violations of rights and freedoms during personal searches <i>Lysachenko Serhii</i> .....	54
The legal nature and principles of the predictive justice <i>Myltseva Veronika</i> .....	59
Concepts and features of constitutional right to land ownership <i>Ozimok Iryna</i> .....	63
Revisiting genesis and current state of the intellectual property right <i>Orduli Evelina</i> .....	68
Transforming Ukraine's legal system in terms of European integration <i>Parkhomenko Nataliia</i> .....	73
Functions of law-making activity as directions of improvement of legislation <i>Ryndiuk Vira</i> .....	78
The Ukrainian legal system in search of an assessment of actions in the Crimea and Donbas <i>Rubashchenko Mykola</i> .....	83
The heritage as a special object of civil rights <i>Skrypnyk Volodymyr</i> .....	90

Guarantees for realizing electoral rights of people with limited capacity related to mental disabilities <i>Filipska Nataliia</i> .....	95
Application of risk management system when moving goods by individuals across the customs border of Ukraine <i>Kharain Ivan</i> .....	99
The public as a category of the theory of crime counteraction <i>Khrystov Oleksandr</i> .....	104
The criminal liability of doctors in Germany: historic aspects <i>Shkodiak Alona</i> .....	110
The practical value of anthropocentrism for general-theoretical aspects of constitutional law <i>Yakymovych Yakym</i> .....	115

**Atypical model of organization of power (form of government) in modern legal reality**

**Baryska Yana**

*Candidate of Juridical Sciences,  
Assistant Professor of the Department of Theory and History of State and Law  
of the Uzhgorod National University, Ukraine*

**Popovych Tereziia**

*Candidate of Juridical Sciences,  
Assistant Professor of the Department of Theory and History of State and Law  
of the Uzhgorod National University, Ukraine*

The article deals with the analysis of atypical models of organization of power, the presence of which is conditioned by the fact of the functioning of states, which cannot take their place in the “classical” classification

A key category of research is a government governed by authors defined as a concept that reflects the system of institutional and legal relations in the field of formation, organization and exercise of public authority at the national level in society. This category should be understood as an integration of two interrelated concepts: a) as a system of institutions; b) as a system of legal relations.

It is concluded that the most frequently mentioned in the national literature are such “hybrid” models of the organization of power as: republic with some features of the monarchy (the main feature is the invariability of the head of state of the president), and republican monarchy (the head of state is not lifelong and does not receive powers of inheritance, and reelected after the statutory deadline).

It has been established that in legal science there are several other specific forms of government which are manifested in the African states: b) the board of the collegial body, which is formed, as a rule, by the military leadership of the coup; c) the rule of a political leader, an example is the Republic of Chad, apart from the institution of the presidency, there are no other higher bodies of state power at all, and therefore all power, of course, belongs to the president; d) Jamahiriya as a form of government operated in Libya until 2011.

In addition, atypical models of organization of power include the theocratic monarchy as a form of government under which the absolute power of a religious leader merges with the state power, the religious leader is also the head of state. A striking example is the city-state of the Vatican.

In conclusion, due to various factors, first of all historical, forms of government emerge, which do not fall under the characteristics of classical varieties of monarchy or republic, and therefore substantiates the need for isolation and study of its special manifestations.

**Нетипові моделі організації влади (форми державного правління)  
в сучасній правовій реальності**

**Бариська Яна Олександрівна**

*кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри теорії та історії держави і права  
Ужгородського національного університету, Україна*

**Попович Терезія Петрівна**

*кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри теорії та історії держави і права  
Ужгородського національного університету, Україна*

**Вступ**

Необхідність розгляду проблеми моделей організації в такому ракурсі очевидна: функціонують держави, котрі не можуть зайняти своє місце в «класичній» класифікації. Більше того, усе менше країн мають форму правління в «чистому» вигляді. Цей процес розпочався в другій половині ХХ століття і продовжується в наші дні. Коли говоримо про нети-

пові (гібридні) форми правління, відзначаємо той факт, що втрачається жорсткість наявних класифікацій, у тому числі й за юридичними ознаками: поєднуються риси республіки й монархії (наприклад, у Малайзії), абсолютної й конституційної монархії (Кувейт), президентської й парламентської республік (Україна, Франція).

**Метою статті** є аналіз і розкриття сутності особливих моделей організації влади, які функціону-

вали і продовжують функціонувати в сучасному світі й котрі в силу своєї специфіки не можуть бути зараховані до класичних форм державного правління.

### Виклад основного матеріалу

Аналіз обраної проблематики насамперед зумовлює необхідність з'ясування сутності ключової категорії дослідження, а саме форми державного правління (модель організації влади), яку варто розуміти як поняття, що відображає систему інституційно-правових відносин у сфері формування, організації та здійснення публічної влади на національному рівні в суспільстві.

Виходячи з такого визначення, цю категорію варто розуміти як інтеграцію двох взаємопов'язаних понять: а) як систему інституцій; б) як систему правових стосунків<sup>1</sup>. У свою чергу, ознаками форми правління сучасної держави як поняття є:

а) це поняття торкається владних відносин «вищого» рівня, тобто річ іде про «національний уряд», іншими словами, публічну владу, організовану на національному рівні. Хоча, зрозуміло, у багатьох випадках уряд та інші вищі органи влади здійснюють свою діяльність і на регіональному та місцевому рівнях (наприклад, через представників президента чи представництво національного уряду), останнє залишається за межами цього поняття;

б) форма державного правління в інституційному аспекті відображає передовсім сукупність владних інституцій – органів державної влади (глава держави, уряд, парламент). Разом із тим у моделі влади власне місце посідають не лише органи влади, а й інші суб'єкти (коаліція депутатських фракцій парламенту, наприклад);

в) у динамічному аспекті це поняття відображає систему відносин, суб'єктами яких є названі владні інституції, причому ці відносини мають політико-правовий характер. Останнє означає, що їх зміст (права й обов'язки суб'єктів) визначаються як правовими джерелами (конституціями, законами), так і політичними документами (угодами між політичними суб'єктами, їх програмами тощо). Варто зауважити також, що поняттям «форма правління» охоплює не лише «зразки відносин», а й власне реальні відносини, що виражаються в практичній взаємодії між вищими органами влади;

г) форма правління проявляє взаємозв'язок між відповідними правовідносинами названих вище суб'єктів і результатами політичного процесу. Під політичним процесом варто розуміти «упорядковану послідовність дій і взаємодій політичних акторів, які пов'язані з реалізацією владних інтересів і ціледосягненням і, як правило, утворюють віднов-

лювальні політичні інститути»<sup>2</sup>. Прикладів такого взаємозв'язку чимало. Достатньо підкреслити істотний вплив на відносини глави держави й парламенту в змішаній моделі республіки в Франції;

д) форма державного правління відображає один із головних механізмів вирішення суспільних конфліктів. Її ефективність, крім іншого, визначається спроможністю забезпечити цю роль. Річ у тім, що колізії між суб'єктами публічно-правових відносин породжують юридичний конфлікт, тобто такий розвиток протиріччя, котре передбачає активне протиставлення позицій сторін відповідного правовідношення й завжди супроводжується їх протистоянням. Такі конфлікти є об'єктивно неминучими, можуть бути не пов'язані з особами, які наділені відповідними публічними повноваженнями. Якщо сторони спробують урегулювати розбіжності за допомогою юрисдикційних процедур, цей конфлікт набуває характеру конституційно-правового спору. Під останнім, у свою чергу, розуміється така «розбіжність, яка виникла між суб'єктами конституційних правовідносин у сфері реалізації норм конституційного права та яка підлягає розв'язанню в особливому порядку, установленому законом, у тому числі шляхом використання державними органами повноважень юрисдикційного характеру»<sup>3</sup>. Іншими словами, форма державного правління покликана створити механізм переведення можливих політичних конфліктів у русло «правового спору», який вирішується на підставі й за процедурами, передбаченими правовими нормами.

Наведені характеристики форми державного правління мають загальнотеоретичний зміст, а отже, більшою мірою притаманні й тим державам, які не можуть бути зараховані до класичних різновидів моделей організації влади. На думку російського вченого В.Є. Чиркіна, такі модифікації форм правління зумовлені кількома причинами. По-перше, практика останніх десятиліть доводить, що для управління державою, важливим є не тільки й, може, не стільки поділ влад і система взаємних стримувань і противаг, наскільки встановлення необхідних взаємозв'язків, взаємодії, узгодженості в роботі вищих органів державної влади. Відсутність цього призводить до кризи всієї політичної системи. Створення змішаних форм покращує взаємодію органів держави.

По-друге, «чисті» форми правління мають недоліки, притаманні формі як такий. Наприклад, президентська республіка має тенденцію до авторитаризму. Про це яскраво свідчить виникнення суперпрезидентських республік у Латинській Америці. Парламентській республіці іманентно влас-

<sup>2</sup> Политический процесс: основные аспекты и способы анализа : сборник учебных материалов / под ред. Е.Ю. Мелешкиной. Москва : Весь Мир, 2001. С. 6.

<sup>3</sup> Брежнев О.В. Конституционно-правовые споры как явления современной действительности (генезис, содержание, порядок разрешения). *Сравнительное конституционное обозрение*. 2005. № 4 (53). С. 3–4.

<sup>1</sup> Бариська Я.О., Попович Т.П. Правопорядок у державах Центральної Європи у період демократичних перетворень : монографія. Ужгород, 2019. С. 40.



тива нестабільність уряду, часті урядові кризи й відставки. Оскільки в таких республіках уряд залежить від парламентської більшості (а вона нерідко досягається шляхом коаліцій різних політичних партій), то втрата такої підтримки призводить до вогумів недовіри. Включення елементів президентської республіки в парламентську, а парламентаризму – до президентської, застосування інших методів дають змогу подолати недоліки «чистих» форм.<sup>4</sup> У зв'язку з цим виникає необхідність розроблення нових класифікацій моделей організації влади, пристосовуючи їх до нових реалій. Наприклад, такі держави, як ОАЕ та Малайзія, поєднують монархічні й республіканські характеристики, а Ісламська Республіка Іран фактично є абсолютною теократією<sup>5</sup>.

По-третє, виникнення «гібридних» форм пов'язано з поширенням і сприйняттям у все більшій кількості країн світу загальнолюдських цінностей, впливом гуманістичних ідей та інститутів. Під впливом таких ідей в еміратах Персидської затоки (Кувейті, Катарі, Бахреїні, ОАЕ, а в 1992 р. й у Саудівській Аравії) вже прийняті конституції, які, щоправда, є лише зовнішньою оболонкою абсолютистських за сутністю держав.

Найбільш часто у вітчизняній літературі згадуються такі «гібридні» моделі організації влади, як республіка з деякими ознаками монархії й республіканська монархія.

Республіканська монархія. Зараз функціонують такі монархії, в яких глава держави не є довічним і не одержує повноваження на спадкових засадах, а переобирається через визначений законом строк. Така система існує в Малайзії й Об'єднаних Арабських Еміратах, своєрідних федеративних виборних монархіях. У кожній із цих країн глава держави переобирається один раз у 5 років. Це наближає главу держави-монарха до президента, а монархічну форму правління – до республіканської. Однак обидві названі держави залишаються монархіями, бо главою держави може бути обраний не будь-який громадянин, який задовольняє виборчими вимогами до президента, а лише один із «місцевих монархів» – правителів складників федерації.

Справа в тому, що, наприклад, у Малайзії 9 із 13 суб'єктів федерації очолюються спадковими султанами (форма правління в чотирьох інших відрізняється й має ознаки республіки), тільки ці 9 утворюють Раду правителів, яка раз у 5 років обирає главу держави. На пост короля обирають серед султанів монархічних суб'єктів держави по черзі, для чого в Раді правителів ведеться особливий список<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Чиркин В.Е. Нетипичные формы правления в современном государстве. *Государство и право*. 1994. № 1. С. 109.

<sup>5</sup> Султанбеков К.Ч. Формы государства и политические режимы: системно-компаративный анализ : дисс. ... докт. полит. наук : 23.00.02 / Академия государственного управления при Президенте Кыргызской Республики ; Кыргызско-Российский славянский университет им. Б. Ельцина. Бишкек, 2017. С. 281.

<sup>6</sup> Чиркин В.Е. Нетипичные формы правления в современном государстве. *Государство и право*. 1994. № 1. С. 109.

Отже, й ОАЕ, і Малайзія не можуть бути ідентифіковані як республіки, незважаючи на те що глави цих держав отримують повноваження через процедуру виборів.

Республіка з деякими ознаками монархії відрізняється від традиційної республіки насамперед незмінністю глави держави – президента (тому їх також називають президентсько-моністичними). На відміну навіть від суперпрезидентських республік, президентсько-моністичні республіки функціонують в умовах однопартійної системи, а їхні конституції передбачають довічних президентів. Наприклад, згідно зі ст. 220 Конституції соціалістичної Югославії 1963 р., переобрання не поширювалося на першого президента Й. Броз Тіто, який займав цю посаду до своєї смерті в 1980 році. У 1960–1980-х роках довічними президентами проголосили себе глави держав у Малаві, Уганді, Тунісі, Екваторіальній Гвінеї й деяких інших країнах. У КНДР син довічного президента Кім Ер Сена ще за життя того був проголошений його наступником.

Такий різновид нетипової форми правління, під назвою президентсько-монархічна республіка, згадується в монографії «Форма государства» російського дослідника В.В. Балитнікова, головною її характеристикою автор вважає підпорядкування всіх органів законодавчої, виконавчої та судової влади президенту (Єгипет, Сирія)<sup>7</sup>.

Крім розглянутих нетипових форм правління, у юридичній науці виділяють ще кілька *особливих форм державного правління*, які виявляються в африканських державах:

а) *правління політичної організації*. У країні з такою нестандартною формою правління вища влада належить партії чи іншій політичній організації. Приклад такої країни – західноафриканська держава Буркіна-Фасо, де вся влада присвоєна Народним фронтом, голова якого став і главою держави, і головою уряду. У подібних випадках структура правлячої партії збігається зі структурою державного апарату;

б) *правління колегіального органу*, який утворюється, як правило, військовим керівництвом здійсненого державного перевороту. Така форма правління склалася в Нігері (Вища військова рада), Нігерії (Федеральний військовий уряд), Гвінеї (Військовий комітет національного відродження), Бурунді (Військовий комітет національного порятунку). Керівник колегіального органу в таких країнах зазвичай і є главою держави;

в) *правління політичного лідера*. Наприклад, у Республіці Чад (офіційна назва країни), окрім інституту президентства, узагалі відсутні інші вищі органи державної влади, а тому вся влада, зрозуміло, належить президенту;

<sup>7</sup> Балитников В.В. Форма государства. Москва : Компания «Спутник», 2005. С. 17.



г) *джамахирія*. Наприклад, у Лівії з 1977 по 2011 рр. офіційно були скасовані уряд, парламент, політичні партії, тобто держава загалом у її класичному розумінні. Первинні народні збори (далі – ПНЗ), котрі об'єднували все доросле населення країни за територіальним принципом, були наділені правом законодавчої ініціативи, вирішення питань господарського й культурного життя місцевого значення, а також правом унесення рекомендацій з питань внутрішньої та зовнішньої політики країни загалом. Остаточне формулювання законів було прерогативою Всезагального народного конгресу (далі – ВНК), до складу якого за посадою входять секретарі ПНЗ і представники громадських організацій. Постійно діючий орган ВНК – Генеральний секретаріат, був очолюваний секретарем. Функції уряду виконував Вищий народний комітет<sup>8</sup>. Разом із тим лівійська система джамахирії знищена у 2011 році внаслідок громадянської війни в країні, в яку втрутилися війська НАТО<sup>9</sup>.

Своєрідний різновид монархії існує й у країнах Тропічної Африки й Океанії, де сильними є пережитки патріархального ладу. У цих країнах (Свазіленд, Лесото, Тонгі) особливе значення мають різні ради племінних вождів (верховний вождь – саме монарх, але головою Головної ради вождів буває не завжди він; іноді це жінка, у цьому проявляються пережитки матріархату). Загальнодержавна рада вождів визначає наступників монарха. Хоча за традиціями племені свазі в Свазіленді ніхто не може бути наступником монарха за народженням, рада завжди обирає нового монарха серед численних синів померлого. Парламенти, якщо вони є, представлені декоративними установами, які іноді надовго розпускаються<sup>10</sup>.

Дослідження нетипових форм державного буде неповним, якщо не згадати *теократичну монархію* як форму правління, за якої абсолютна влада релігійного лідера зливається з державною владою, релігійний лідер є водночас і главою держави. Варто навести приклад моделі організації влади Ісламської Республіки Іран, де глава держави (Верховний керівник) є релігійним лідером (рахбах), а президент виконує обов'язки глави виконавчої влади<sup>11</sup>.

Яскравим прикладом є місто-держава Ватикан, в Основному Законі якої вказується, що главою дер-

жави, в руках якого зосереджена вся повнота законодавчої, виконавчої, судової влади, є Верховний глава церкви. У період вакансії здійснення функцій монарха покладається на Священну колегію з деякими зазначеними в Конституції обмеженнями у сфері законодавчої діяльності. Здійснення виконавчої влади монарх делегує Губернатору, за винятком затвердження бюджету і звітів адміністрації Міста Ватикан, укладення міжнародних договорів і дипломатичних зносин з іноземними державами, а також влади монарха, передбаченої Кодексом канонічного права. Губернатор призначається та звільняється безпосередньо Верховним главою церкви, перед яким несе відповідальність за свою діяльність (ст. 6 Основного Закону Міста-Держави Ватикан)<sup>12</sup>. Законодавчим органом Ватиканської держави є однопалатна Папська комісія у справах Держави-Міста Ватикан. Цю комісію створено 1939 р. Папою Пієм XII. Вона складається із сімох кардиналів, які призначаються Понтифіком безпосередньо строком на 5 років.

Судова влада здійснюється від імені Верховного глави Церкви, органами яким делегуються відповідні повноваження, а саме Перфектом Верховного Трибуналу Апостольської Сигнатури, який водночас є Президентом Касаційного Суду Міста-держави Ватикан. Верховний трибунал Апостольської Сигнатури є верховним органом судової влади Ватикану. Трибуналу підвідомчі справи, що стосуються здійснення владних повноважень та управління державою уповноваженими суб'єктами<sup>13</sup>.

Відзначимо також, що перше місце серед джерел права належить саме Кодексу канонічного права, що є характерним для теократичного типу держави.

## Висновки

Форма державного правління кожної держави є унікальною, що зумовлено низкою об'єктивних чинників, таких як, наприклад, базові цінності, що інтегрують державно організоване суспільство, співвідношення політичних сил у державі на момент її конституювання, рівень економічного розвитку держави тощо. Неможливим є вироблення та реальне втілення ідеального зразка моделі організації влади. Саме тому проведений аналіз нетипових форм державного правління свідчить про те, що в силу тих чи інших факторів, насамперед історичних, виникають форми державного правління, які не підпадають під ознаки класичних різновидів монархії або республіки, а тому обґрунтовує необхідність виокремлення та дослідження особливих її проявів.

<sup>8</sup> Аксенюк А.Г. Ливия: государственно-правовое развитие республики. *Советское государство и право*. 1973. № 7. С. 132.

<sup>9</sup> Серегин А.В. Форма государственного правления (вопросы теории) : дисс. ... докт. юрид. наук : 12.00.01 / Южный федеральный университет. Ростов-на-Дону, 2014. С. 110.

<sup>10</sup> Чиркин В.Е. Современное государство. Москва : Международные отношения, 2001. С. 147.

<sup>11</sup> Султанбеков К.Ч. Формы государства и политические режимы: системно-компаративный анализ : дисс. ... докт. полит. наук: 23.00.02 / Академия государственного управления при президенте Кыргызской Республики ; Кыргызско-Российский славянский университет им. Б. Ельцина. Бишкек, 2017. С. 80.

<sup>12</sup> Виноградов В.А. Основы государственного устройства Государства Города Ватикан. *Журнал российского права*. 2002. № 9. С. 120–130.

<sup>13</sup> Опанасенко А.М. Особливості державного устрою Ватикану та Апостольського престолу. *Наше право*. 2017. № 2. С. 192.

## Features of realization of economic competence by religious organizations

**Bochkov Pavel**

*PhD in Law, Doctor of Divinity,*

*Professor*

*of the Chernivtsi Orthodox Theological Institute, Ukraine*

The religious organization is the organization which realization of economic competence has the certain features caused by complex system of interests of subjects of such relations which have to be considered in the course of activity of the organization. In this regard, to ensure the effective economic activity of religious organizations, as well as the balance of influence and interests of participants in these relations, the legislator in the legal mechanism of implementation of economic competence lays down a set of necessary legal means and tools.

We define the economic competence of religious organizations as a set of economic powers, rights and obligations corresponding to the subject of activity of a religious organization, established by the current legislation for this type of organizations at a certain point in time.

To date, the legislator has not established specific norms regarding the formation and activities of the governing bodies of religious organizations, and the legislative acts only indicate that the founders have the freedom to make decisions regarding their governing bodies and determine their competence, which is not quite true for organizations of this type.

It can be considered that religious organizations are structures with a double framework, since the clear hierarchical structure of the Church itself is also overlaid by corporate relations based on the law, constituent documents and relevant agreements.

According to the law, the founders of a religious organization are citizens (community), therefore, it is they who must make decisions regarding the management bodies of the economic activities of such an organization or be part of such bodies. With regard to religious organizations, this provision is fundamentally wrong, because in the structure of most religious organizations there is already a centuries-formed Church hierarchy.

### Особенности реализации хозяйственной компетенции религиозными организациями

**Бочков Павел Владимирович**

*кандидат юридических наук, доктор богословия,*

*профессор*

*Черновицкого православного богословского института, Украина*

#### Введение

Религиозная организация (далее – РО) является хозяйственной организацией, реализация хозяйственной компетенции которой имеет определенные особенности, обусловленные сложной системой интересов субъектов таких отношений (РО, верующих, должностных лиц органов РО и т.п.), которые должны учитываться в процессе деятельности организации. В связи с этим для обеспечения эффективной хозяйственной деятельности РО, а также равновесия влияния и баланса интересов участников этих отношений законодателем в правовой механизм реализации хозяйственной компетенции закладывается комплекс необходимых правовых средств и инструментов.

Для участия в сфере хозяйствования РО, также как и другие субъекты хозяйствования, должны быть наделены необходимыми для этого правами и обязанностями. «Без этого лицо не сможет ни реализовать поставленную цель, ни выпол-

нить поставленных перед ним задач, ни приобрести статус субъекта хозяйственного права, ни вообще стать участником хозяйственных отношений»<sup>1</sup>.

Термин «хозяйственная компетенция» активно используется в науке хозяйственного права, однако в силу своей конвенциональности до сих пор не имеет общепринятой дефиниции.

Хозяйственную компетенцию РО на данном этапе исследования мы будем определять как совокупность соответствующих предмету деятельности РО хозяйственных полномочий, прав и обязанностей, установленных действующим законодательством для такого типа организаций в определенном момент времени.

**Цель статьи** – определить особенности реализации хозяйственной компетенции религиозными

<sup>1</sup> Андрійчук Б.І., Тимофеева Т.С. Господарська правосуб'єктність. *Матеріали п'ятнадцятої Всеукраїнської практично-пізнавальної інтернет-конференції*. URL: <http://naukam.triada.in.ua/index.php/konferentsiji/45-p-yatnadtsyata-vseukrajinska-praktichno-piznavalna-internet-konferentsiya/279-gospodarska-pravosub-ektmist>.

организациями в реалиях современной украинской экономики.

### Изложение основного материала

Основным правовым инструментом, с помощью которого РО реализуют свою хозяйственную компетенцию в сфере хозяйствования, являются органы РО. Как писал Н.С. Суворов, ведение дел всей массой членов корпорации нецелесообразно. Чем многочисленнее и сложнее состав корпорации, тем яснее необходимость сосредоточить детали управления в руках сравнительно немногих лиц, через которых будет действовать корпорация. Будучи избраны корпорацией на основании статута или устава, администраторы корпорации облачаются должностными полномочиями и принимают на себя обязанность думать за корпорацию, действовать для ее пользы. В то же время корпорация не отказывается от контроля за деятельностью администраторов, может сама принять участие в обсуждении важных дел, а при необходимости вновь уполномочить администраторов действовать в нужном направлении<sup>2</sup>.

Так, РО участвует в хозяйственном обороте через свои органы, которые реализуют установленные законодательством и уставом РО хозяйственные права и обеспечивают выполнение возложенных на них хозяйственных обязанностей. Центральный орган управления РО является коллегиальным, а его деятельность регламентируется Уставом.

Так, например, в уставе УПЦ сказано: «Высшими органами церковной власти и управления Украинской Православной Церкви является Собор Украинской Православной Церкви, Собор епископов Украинской Православной Церкви и Священный Синод Украинской Православной Церкви во главе с Митрополитом Киевским и всея Украины»<sup>3</sup>.

В уставах протестантских церквей также обозначено, что «членское собрание является высшим органом управления, к компетенции которого относятся такие вопросы, как утверждение ответственного пастора, пасторов, дьяконов, администратора, бухгалтера, секретаря, и ревизионной комиссии; принятие устава и вероучения церкви; утверждение церковного бюджета; принятие решений о покупке, продаже или строительстве церковной недвижимости; принятие решений о затратах, цена которых превышает суммы заложенные в бюджет; принятие решений о членстве в религиозных объединениях»<sup>4</sup>.

Аналогичный пункт о руководящем органе есть и в уставе мусульманских РО: «Руководя-

щими органами Прихода соответственно являются: Приходское собрание, Приходской совет и имамхатыйб»<sup>5</sup>.

Кроме того, в учредительном документе РО обычно изложены особенности функционирования коллегиального органа, частота собраний и другие вопросы, которые касаются его деятельности. Конкретные нормы относительно формирования и деятельности органов управления РО не установлены. В данном случае учредители имеют свободу принятия решений относительно данных органов и определения их компетентности.

Здесь стоит указать, что иногда теория расходится с практикой в отношении РО. Так, в законодательстве о РО сказано, что учредитель (учредители) религиозной организации может выполнять функции органа управления или членов коллегиального органа управления. Однако на практике учредители редко (почти никогда) не являются членами органа РО, руководящего хозяйственной деятельностью этой организации.

Исследование правовой природы органов РО, по нашему мнению, следует осуществить путём анализа признаков, которые присущи таким органам. При этом следует иметь в виду, что определение признаков органа РО тесно связано с признаками органа РО как хозяйственной организации, которая, в соответствии с ч. 5 ст. 55 Хозяйственного кодекса Украины, имеет статус юридического лица. Анализ норм хозяйственного законодательства, а также исследований по данной проблематике дает основания выделить следующие основные признаки органа РО.

Во-первых, орган РО является организационно обособленной, структурно оформленной частью хозяйственной организации.

Орган РО является частью организации, а не самостоятельным субъектом хозяйственного права. С одной стороны, такая часть является организационно обособленной от других частей хозяйственной организации (других органов, обособленных подразделений РО и др.). С другой стороны, орган является структурно оформленной частью РО, что позволяет ему функционировать в системе корпоративного управления организации.

Так, например, в Уставе УПЦ записано, что «высшими органами церковной власти и управления Украинской Православной Церкви являются Собор Украинской Православной Церкви, Собор епископов Украинской Православной Церкви и Священный Синод Украинской Православной Церкви во главе с Митрополитом Киевским и всея Украины»<sup>6</sup>. К тому же, кроме Устава УПЦ, существует ещё один документ «Устав об управлении Украинской Пра-

<sup>2</sup> Суворов Н.С. Об юридических лицах по римскому праву. Москва : Статут, 2000. 299 с. С. 150–152.

<sup>3</sup> Устав Украинской Православной Церкви. URL: [http://www.patriarch.ua/upc\\_ustav.aspx?id=1](http://www.patriarch.ua/upc_ustav.aspx?id=1).

<sup>4</sup> Устав Баптистской Церкви. URL: <https://gracesbc.org/tserkov/ustav.html>.

<sup>5</sup> Мечеть «Аль-Ихлас» – УСТАВ. URL: <http://ihlas.pp.net.ua/index/0-5>.

<sup>6</sup> Устав Украинской Православной Церкви. URL: [http://www.patriarch.ua/upc\\_ustav.aspx?id=1](http://www.patriarch.ua/upc_ustav.aspx?id=1).

вославной Церкви»<sup>7</sup>, в котором четко расписаны компетенции всех структурных звеньев УПЦ, в том числе и руководящих органов такой РО.

Нельзя не согласиться с Н.В. Козловой, которая утверждает, что во внешних отношениях юридического лица с третьими лицами орган выступает как организационно обособленная, структурно оформленная часть самого юридического лица, в силу принципов имущественной обособленности и организационного единства юридического лица. Не случайно многие ученые не считают орган самостоятельным субъектом права, а рассматривают его только в качестве составной части юридического лица, которое в определенных сферах деятельности обладает компетенцией выступать от имени целого<sup>8</sup>.

Во-вторых, орган РО формируется в определенном законом и уставом организации порядке.

В соответствии с абз. 2 ч. 1 ст. 92 Гражданского кодекса Украины, порядок создания органов юридического лица устанавливается учредительными документами и законом.

Общий порядок формирования органов РО определяется нормами Закона Украины «О свободе совести и религиозных организациях». На этапе основания РО вопрос об образовании органов организации и формировании их персонального состава согласно решается на учредительном собрании РО. Так, в ст. 12 Закона указано: «Устав (положение) религиозной организации принимается на общем собрании верующих граждан или на религиозных съездах, конференциях»<sup>9</sup>.

Создание того или иного органа всегда обусловлено наличием соответствующих положений во внутренних актах юридического лица вне связи с конкретным субстратом такого органа. Здесь можно согласиться с мнением С.Д. Могилевского, что современное законодательство для каждой организационно-правовой формы юридического лица определяет возможный набор органов и образ их действий, предоставляя учредителям в установленных законом пределах некоторую свободу выбора определять в уставе конкретного юридического лица отдельные виды органов и рамки их компетенции<sup>10</sup>. В связи с этим установленный на уровне Закона Украины «О свободе совести и религиозных организациях» общий порядок формирования органов конкретизируется в уставе РО и внутренних документах организации.

<sup>7</sup> Статут про управління Української Православної Церкви. URL: <http://orthodox.org.ua/page/statut-upts>.

<sup>8</sup> Козлова Н.В. Правосубъектность юридического лица : учебник. Москва : Статут, 2005. 476 с. С. 351.

<sup>9</sup> Про свободу совісті та релігійні організації : Закон України. URL: [https://kodeksy.com.ua/ka/o\\_svobode\\_sovesti\\_i\\_religioznych\\_organizatsiyah/statja-12.htm](https://kodeksy.com.ua/ka/o_svobode_sovesti_i_religioznych_organizatsiyah/statja-12.htm).

<sup>10</sup> Могилевский С.Д. Органы управления хозяйственными обществами: правовой аспект : монография. Москва : Дело, 2001. 360 с. С. 104–123.

Так, в соответствии с п. 12 Закона, устав РО должен содержать сведения о руководящих органах и их компетенции, порядке образования, избрания и отзыва их членов, а также о принятии ими решений, порядке изменения состава органов и т.д. Кроме того, общим собранием верующих могут утверждаться положения об общем собрании, исполнительном органе, ревизионной комиссии, а также другие внутренние документы организации, если это предусмотрено уставом данной РО.

Но здесь следует указать, что, в отличие от всех остальных некоммерческих организаций, существование которых предусмотрено законами Украины, РО являются особенными в том плане, что порядок образования органов РО и их компетенция, порядок принятия решений этими органами, а также отношения между РО и лицами, входящими в состав ее органов, определяются уставом и внутренними установлениями религиозной организации. А внутренние установления, сформированные столетиями (как, например, в традиционных религиях), являются ещё более жесткими, чем рамки закона.

В-третьих, орган РО состоит из физических лиц, которые связаны с организацией корпоративными отношениями и имеют статус должностных лиц (кроме участников общего собрания РО).

Согласно п. 2 раздела II Устава об управлении Украинской Православной Церкви, должностные лица органов РО – это физические лица – архиереи, клирики, монахи и миряне, то есть законодатель определяет, что в состав органа РО могут входить исключительно физические лица.

В протестантских церквях управлением и хозяйственными делами занимаются Советы служения, а в уставах РО, принадлежащих к этому исповеданию, сказано: «Членами Совета служения могут быть духовно зрелые братья, по своему духовному развитию соответствующие, как минимум характеристикам диаконов, представленным в 1 Тим 3,8–13, хорошо понимающие доктрину и философию служения церкви, имеющие опыт работы в сфере служения Совета, способные работать в команде с другими служителями». Так, например, Совет диаконского служения, который непосредственно отвечает за вопросы административного, финансового и технического обеспечения служения церкви, должен состоять как из рукоположенных диаконов, так и из нерукоположенных братьев, соответствующих квалификациям, указанным в 1 Тим 3:8–13 и избранных Пресвитерским советом<sup>11</sup>.

В-четвертых, орган обладает набором полномочий, реализация которых осуществляется в пределах собственной хозяйственной компетенции РО.

Такие полномочия позволяют органу осуществлять определенные действия по решению вопро-

<sup>11</sup> Церковный устав Библейской церкви «Слово благодати». URL: <https://www.slovo.org/ru/o-nas/o-tserkvi/tserkovniy-ustav>.



сов внутренней организации юридического лица и ее представления во внешних отношениях, реализуя при этом волю самого юридического лица, тем самым приобретая от ее имени и для нее права и обязанности<sup>12</sup>. При этом, как справедливо отмечает Д.В. Ломакин, постановка вопроса о правах и обязанностях органов хозяйственного общества является некорректной, поскольку органы общества могут быть наделены лишь полномочиями как составной частью компетенции<sup>13</sup>. Кроме того, именно по тем действиям, которые составляют предмет компетенции, можно отграничить действия лиц как самостоятельных субъектов права от действий тех же лиц, которые будут рассматриваться как действия юридического лица.

Опираясь на фундаментальное исследование Д.В. Ломакина «Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах» (2008) и применяя положения его концепции к РО, можем утверждать, что орган обладает набором полномочий, реализация которых осуществляется в пределах собственной хозяйственной компетенции РО. Пока орган РО действует в рамках определенных законом и уставом организации полномочий, до тех пор его действия презюмируются как действия самой РО как хозяйственной организации. Зато, когда должностное лицо органа РО начинает действовать за пределами этих полномочий, его действия будут считаться уже действиями такого физического лица в качестве самостоятельного субъекта, а не действиями РО. В случае же причинения действиями, совершенными с превышением полномочий, убытков организации, должностное лицо несет хозяйственно-правовую ответственность не только в соответствии с законодательством, но и в соответствии с церковными канонами.

В-пятых, орган РО отделен от конкретных физических лиц, которые составляют его в определенный момент.

Ещё в трудах Б.Б. Черепахина звучит мысль, что «юридическое лицо осуществляет владение не через весь свой коллектив, но только через тех его участников, которым вверено для соответствующего использования имущество юридического лица. Это последнее во всех случаях остается юридическим владельцем своего имущества»<sup>14</sup>.

Действуя от имени юридического лица, конкретный член органа управления не теряет своей правосубъектности, нельзя сказать, что при этом он действует в качестве самостоятельного субъекта права. Как самостоятельный субъект права вне дан-

ной юридическим лицом компетенции, он всегда становится частью юридического лица, как только его деятельность связывается с деятельностью юридического лица и он начинает выступать от имени юридического лица.

В-шестых, действия органа при реализации хозяйственной компетенции РО во внешних отношениях являются действиями этой организации.

Действия органов следует понимать как действия самого юридического лица, а сами органы – как установленную законом юридическую фикцию, призванную упорядочить внутреннюю структуру юридического лица, закрепить за той или иной ее частью определенные полномочия (компетенцию)<sup>15</sup>. Ведь когда гражданин, группа граждан, являющихся его органом, осуществляют правосубъектность юридического лица, в лице органа действует само юридическое лицо<sup>16</sup>.

В-седьмых, через органы формируется и реализуется воля РО как субъекта хозяйственного права.

Воля юридического лица формируется физическими лицами, составляющими орган юридического лица, путем совершения ими определенных полномочий, то есть путем совершения действий. Это означает, что процесс волеизъявления юридического лица, в отличие от психического процесса индивида, характеризуется узнаваемостью, что, в свою очередь, предполагает возможность и необходимость его юридического нормирования (в частности, с целью определения порядка ведения заседаний, выступлений, голосования, подсчета голосов и т.д.)<sup>17</sup>.

Воля юридического лица не тождественна воле людей, которые составляют его орган, однако в целом совпадает с решением органа этого лица. Именно поэтому следует говорить о единой воле самого юридического лица, а не о множестве воле всех лиц, образующих его органы<sup>18</sup>.

Через орган воля юридического лица образуется или проявляется наружу согласно имеющимся у него правам и обязанностям, предусмотренным законом, другими правовыми актами и уставом. Выражая волю юридического лица и представляя ее интересы в отношениях с другими лицами, орган не становится непосредственным участником таких правоотношений, не признается самостоятельным субъектом права<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Корпоративное право. Актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова. Москва : Юрайт, 2014. 678 с. С. 28.

<sup>16</sup> Гелецька І.О. Правове регулювання відносин представництва у цивільному праві : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2005. 205 с. С. 68–69.

<sup>17</sup> Вилкин С.С. Гражданско-правовая природа волевых актов коллегияльных органов юридического лица : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Москва, 2009. 31 с. С. 8–9.

<sup>18</sup> Федосеев С.В. К проблеме правосубъектности органов управления акционерным обществом. *Законодательство*. 2010. № 7. С. 29–38. С. 31–32.

<sup>19</sup> Ломакин Д.В. Общие положения об органах акционерного общества. *Вестник МГУ. Серия 11 «Право»*. 2003. № 4. С. 27–29. С. 27–29.

<sup>12</sup> Могилевский С.Д. Органы управления хозяйственными обществами: правовой аспект. Москва : Дело, 2001. 360 с. С. 104–123.

<sup>13</sup> Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. Москва : Статут, 2008. 509 с. С. 302–303.

<sup>14</sup> Черепахин Б.Б. Спорные вопросы понятия и действия исковой давности. *Советское государство и право*. 1957. № 7. С. 62–70.

В-восьмых, именно между органами РО распределяется хозяйственная компетенция, которой надделено общество.

Компетенция органа хозяйственного общества представляет собой установленный законом, иными правовыми актами и учредительными документами общества предмет деятельности органа общества, а также конкретные полномочия, необходимые для осуществления органом общества своих функций и решения поставленных перед ним задач<sup>20</sup>.

В свою очередь, органы управления РО являются четко структурированной системой. В системе органов управления РО каждое из звеньев обладает особыми, присущими только ему одному полномочиями в сфере волеизъявления РО. Воля РО формируется непосредственно в каждом из органов управления организации, но только по вопросам, относящимся к компетенции этих органов<sup>21</sup>.

Реализация хозяйственной компетенции РО осуществляется не каким-либо одним органом, а через систему органов. Система органов РО состоит из высших и низших управленческих органов. Однако напомним ещё раз, что конкретные нормы относительно формирования и деятельности органов управления РО не установлены. В данном случае учредители имеют свободу принятия решений относительно данных органов и определения их компетенции.

<sup>20</sup> Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. Москва : Статут, 2008. 509 с. С. 302.

<sup>21</sup> Эбзеев Б.Б. Участие акционерных обществ в гражданском обороте : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2001. 249 с. С. 95.

## Выводы

Резюмируя всё сказанное выше, отметим, что хозяйственная компетенция возникает у хозяйственных организаций с момента их официального создания и является видовой, т.е. аналогичной для хозяйственных организаций определённого вида (в нашем случае РО).

РО является организацией, реализация хозяйственной компетенции которой имеет определенные особенности, обусловленные сложной системой интересов субъектов таких отношений (РО, верующих, должностных лиц органов РО и т.п.), которые должны учитываться в процессе деятельности организации.

На сегодняшний день конкретные нормы относительно формирования и деятельности органов управления РО законодателем не установлены, а в законодательных актах только лишь указано, что учредители имеют свободу принятия решений относительно своих органов управления и определения их компетенции, что не совсем верно в отношении РО. По закону, учредителями РО являются граждане (община), следовательно, именно они должны принимать решения относительно органов управления хозяйственной деятельностью РО либо входить в состав таких органов, что в отношении организаций такого типа в корне неверно, поскольку в структуре РО уже существует веками сформированная церковная иерархия.

Можно считать, что РО представляют собой структуры с двойным каркасом, поскольку на чёткую иерархическую структуру самой церкви накладываются ещё и корпоративные отношения на основании закона, учредительных документов и соответствующих договоров.

**Modern understanding of the investigative experiment: domestic and foreign views***Valchyshyn Halyna**Applicant of the Department of Forensic Medicine  
of the Dnipropetrovsk State University of Internal Affairs, Ukraine*

The article reveals modern understanding of the investigative experiment as an investigative action on the current legislation of Ukraine and the experience of lawyers of a number of foreign states including Europe and the USA.

It is argued that in recent years the real nature of the investigative experiment in Ukraine as well as in other countries and on-site testimony (playback of the situation and the circumstances of the event) has been deepened and the ideals of scientists and practitioners that have been put forward are being developing. However, the practical solution of this problem by the legislator is carried out in different ways: in some post-soviet republics the investigative experience was provided; in other republics they carried out the playback of the situation and the circumstances of the event; a number of western countries usually fixed reconstruction of the event; in other countries the same investigative actions in criminal procedural laws are not expected at all though they can be carried out by the procedural order.

Before passing a law about the current Criminal Procedure Code the investigative experiment and on-site testimony included the investigative action called "Playback of the situation and the circumstances of the event". Now there is an opportunity to carry out only the investigative experiment.

It is determined that usually the Criminal Procedure Code of the post-soviet republics have consolidated the investigative experiment and on-site testimony which is proved to be correct and logical because there two investigative actions have their own tasks, methods and tactics of their holding.

In the Ukrainian Criminal Procedure Code there are no regulations which can regulate on-site testimony that complicates the work of an investigator and influences on the tactical conduct of the investigative experiment.

It is obvious that the current Ukrainian Criminal Procedure Code should be supplemented by the separate regulation which should be the on-site verification of testimony at a place that cannot and should not be covered by the investigative experiment which is different from its nature. In its turn, it will allow to distinguish more clearly there investigative actions, it will allow more effective carrying out the purely experimental actions as well as purely testify at the scene of a particular criminal trial participant.

**Сучасне розуміння слідчого експерименту: вітчизняний і зарубіжний погляди***Вальчишин Галина Ігорівна**здобувач кафедри криміналістики та судової медицини  
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ, Україна***Вступ**

Останніми роками в Україні, як і в інших країнах, розуміння природи слідчого експерименту, як і перевірки показань на місці (відтворення обстановки і обставин події), поглибилося й висунути в минулому ідеї вчених і практиків набули подальшого розвитку. Однак практичне розв'язання цієї проблеми законодавцем здійснено неоднаково: в одних пострадянських республіках був передбачений слідчий експеримент, в інших – відтворення обстановки й обставин події, у низці західних країн закріплено в основному реконструкцію події, в інших – подібні слідчі (розшукові) дії в кримінальних процесуальних законах не передбачені взагалі, хоча й проводяться в процедурному порядку.

Отже, з огляду на викладене, **метою статті** є дослідження наукових підходів до розуміння слідчого експерименту в Україні в контексті зарубіжного досвіду.

**Виклад основного матеріалу**

До прийняття в Україні чинного Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК України) 14 травня 2012 року слідчий експеримент, а також перевірка показань на місці охоплювалися слідчою дією під назвою «відтворення обстановки та обставин події». Зараз же передбачена можливість проведення лише слідчого експерименту. Так, відповідно до ч. 1 ст. 240 КПК України, «з метою перевірки і уточнення відомостей, які мають значення для встановлення обставин кримінального правопорушення, слідчий, прокурор має право провести слідчий експеримент шляхом відтворення дій, обстановки, обставин певної події, проведення необхідних дослідів та випробувань»<sup>1</sup>. Отже, український законодавець робить акцент на дослідному характері цієї слідчої (розшукової) дії. Проведення лише слідчого

<sup>1</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року / Верховна Рада України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.



експерименту передбачено й ст. 207 КПК Республіки Білорусь<sup>2</sup>, ст. 242 Республіки Вірменія<sup>3</sup>.

У КПК Російської Федерації знайшли своє законодавче закріплення як слідчий експеримент (ст. 181) у новій редакції, так і перевірка показань на місці (ст. 194).

Згідно зі ст. 181 КПК РФ, «з метою перевірки й уточнення даних, які мають значення для кримінальної справи, слідчий вправі провести слідчий експеримент шляхом відтворення дій, а також обстановки чи інших обставин певної події. При цьому перевіряється можливість сприйняття яких-небудь фактів, здійснення певних дій, настання якоїсь події, а також виявляються послідовність події, що мала місце, і механізм утворення слідів. Проведення слідчого експерименту допускається, якщо не створюється небезпека для здоров'я осіб, які беруть у ньому участь»<sup>4</sup>.

Як можна побачити, у тексті статті відсутня пряма вказівка на дослідний характер слідчого експерименту, що однак прямо впливає з її змісту. О.Я. Баєв, коментуючи названу статтю, писав: «З превеликим жалем (і деякою нашою із цього приводу розгубленістю) можна констатувати, що в ст. 181 КПК РФ 2001 р. ця найбільш суттєва особливість цієї дії, яка іменується також слідчим експериментом, упущена, і вона не містить указівок на можливість здійснення під час його проведення дослідних дій. Однак без їх проведення ця слідча дія багато в чому втрачає свій зміст, не кажучи вже про те, що сама його назва генетично передбачає їх здійснення. Без них слідчий експеримент – не експеримент»<sup>5</sup>.

Перевірка показань на місці, відповідно до ст. 194 КПК РФ, полягає в тому, що раніше допитана особа відтворює на місці обстановку й обставини досліджуваної події, вказує на предмети, документи, сліди, що мають значення для кримінальної справи, демонструє певні дії.

КПК Азербайджанської Республіки також передбачені обидві слідчі дії – слідчий експеримент і перевірка показань на місці, які об'єднані окремою 34 главою, хоч за змістом вони дещо редакційно відрізняються від тих, які закріплені в КПК РФ.

Так, згідно з ч. 1 ст. 260 КПК Азербайджанської Республіки, «перевірка показань на місці проводиться з метою встановлення правдивості показань свідка, потерпілого, підозрюваного й обвинуваченого, пов'язаних із подією, яка сталася в точно відомому місці, або уточнення цих показань». Слід-

чий експеримент проводиться «з метою перевірки й уточнення даних, які мають значення для кримінального переслідування та можуть бути розслідувані за умови проведення дослідів і виконання інших дослідницьких дій» (ч. 1 ст. 262 КПК Азербайджанської Республіки)<sup>6</sup>. Обидві названі слідчі дії передбачені також ст. ст. 196, 197 КПК Литовської Республіки<sup>7</sup>, 285, 286 КПК Туркменістану<sup>8</sup>.

Цікавим у цьому контексті видається підхід законодавця Республіки Молдова, який у КПК від 14 березня 2003 року передбачив і слідчий експеримент, і перевірку показань на місці, і відтворення обстановки й обставин події.

Відповідно до ч. 1 ст. 114 КПК Республіки Молдова, представник органу кримінального переслідування «з метою перевірки або уточнення показань свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого про подію злочину, яка мала в певному місці, вправі прибути на місце злочину ... і запропонувати допитаній особі описати обставини і предмети, щодо яких вона дала або може на цей момент дати показання».

Згідно з ч. 1 ст. 122 КПК Республіки Молдова, орган кримінального переслідування, «якщо вважає це необхідним для перевірки й уточнення деяких даних, вправі провести відтворення події на тому місці, де вона відбулася, повністю або частково за участю виконавця діяння шляхом відтворення дій, обстановки та інших обставин події». Слідчий експеримент, як і відповідно до КПК Азербайджанської Республіки, також проводиться з метою перевірки й уточнення даних, які можуть бути «відтворені шляхом проведення експерименту або інших дослідницьких дій» (ч. 1 ст. 123 КПК)<sup>9</sup>.

Отже, у першому випадку під час перевірки й уточнення показань на місці суб'єкт на місці події описує обставини і предмети, про які він був раніше допитаний або може дати показання в цей момент. Відтворення події також проводиться для перевірки й уточнення даних, але за участю лише виконавця діяння та без проведення дослідних дій. Й експеримент проводиться з тією ж метою в тому випадку, коли необхідно вже провести дослідні дії, за участю виконавця або без нього.

Доцільно звернутися також до досвіду проведення слідчого експерименту законодавця деяких західних країн з усталеними правовими традиціями та сучасними методиками розкриття й розслідування кримінальних правопорушень.

<sup>2</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь от 16 июля 1999 г. № 295-З. URL: [levonevsky.org/kodeksby/upk/20110127/document.htm](http://levonevsky.org/kodeksby/upk/20110127/document.htm).

<sup>3</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Республики Армения от 1 июля 1998 г. URL: <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1450&lang=rus#%CE%C1%D9%CD>.

<sup>4</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. URL: [http://www.consultant.ru/popular/upkrf/11\\_32.html#p2902](http://www.consultant.ru/popular/upkrf/11_32.html#p2902).

<sup>5</sup> Баєв О.Я. Тактика уголовного преследования и профессиональной защиты от него. Следственная тактика : научно-практическое пособие. Москва : Экзамен, 2003. С. 304.

<sup>6</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Азербайджанской Республики от 14 июля 2000 г. № 907-ІІ. URL: [http://km.undp.sk/uploads/public/File/AC\\_Practitioners\\_Network/Azerbaijan\\_Criminal\\_Proced\\_Code.doc](http://km.undp.sk/uploads/public/File/AC_Practitioners_Network/Azerbaijan_Criminal_Proced_Code.doc).

<sup>7</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Литовской Республики от 14 марта 2003 г. № ІХ-785 URL: [http://km.undp.sk/uploads/public/File/AC\\_Practitioners\\_Network/Litanyes\\_Criminal\\_Procedre\\_Code.doc](http://km.undp.sk/uploads/public/File/AC_Practitioners_Network/Litanyes_Criminal_Procedre_Code.doc).

<sup>8</sup> Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Туркменистана. Постатейный / под общ. ред. проф. А.В. Смирнова. Ашхабад, 2012. С. 386–389.

<sup>9</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова от 14 марта 2003 г. № 122-ХV. URL: <http://yurotdel.com/zakony/ugolovno-processualnyi-kodeks-respubliki-moldova.html>.

У КПК Австрійської Республіки така слідча (розшукова) дія, як слідчий експеримент, у нашому звичному розумінні не закріплена, однак у розділі 9 містяться §§ 149–150 під назвою «Огляд і реконструкція події». Відповідно до § 149 КПК, «огляд» – це безпосереднє сприйняття чогось за допомогою органів чуттів і документування за допомогою звуку та зображення, якщо не йдеться про допит; «реконструкція події» – це допит особи в ході коригування ймовірного перебігу події на місці, де вона сталася, або в іншому місці, пов'язаному зі злочиним, у тому числі із застосуванням звуко- або відеозапису.

Згідно з § 150 КПК Австрії, «прокуратурі, обвинуваченому, потерпілому, учасникам провадження у справах приватного обвинувачення та їх представникам варто дати можливість узяти участь у реконструкції події. Вони мають право при цьому задавати питання, а також вимагати доповнення під час її проведення чи закріплення. Якщо поліція не бере участі в реконструкції, її варто поставити до відома про час її проведення (ч. 1).

Обвинувачений може бути виключений від участі в проведенні реконструкції, якщо його присутність може зашкодити інтересам провадження або цього вимагають особливі інтереси. Потерпілому та учасникам провадження у справах приватного обвинувачення варто відмовити взяти участь, якщо є підстави побоюватися, що їх присутність зможе вплинути на повноту показань обвинуваченого чи свідків. У цих випадках зацікавленим учасникам варто надати копію відповідного протоколу, однак участь захисника в жодному разі не може бути обмежена» (ч. 2)<sup>10</sup>.

Як можна дійти висновку, під час такої реконструкції скоріше за все йдеться про перевірку показань на місці в нашому розумінні. Варто також зауважити, що австрійські правники детально не регламентують проведення багатьох слідчих (розшукових) дій, як і реконструкцію події, оскільки розслідування відбувається у формі так званого «вільного доказування» (без чітко встановленої процесуальної форми).

Це пояснюється тим, що в чинному кримінальному процесуальному законодавстві Австрії не міститься вичерпного переліку доказів. Закон обмежується тим, що встановлює в загальній формі правила використання і здобуття окремих практично найбільш важливих для встановлення обставин справи доказів. Ці правила поміщені в главі 8 КПК Австрії, яка врегульовує головним чином проведення слідчих дій та інших заходів на стадії попереднього розслідування. До них належать заборона на розпорядження окремими предметами, їх виїмка, витребування довідки про банківські рахунки й банківські операції, обшук, огляд, тілесний огляд, молекулярно-генетичне дослідження, проведення експертизи,

виїмка кореспонденції, акустичний та оптичний контроль та інші процесуальні дії.

Водночас судді під час розслідування й судового розгляду мають право застосовувати докази, на які в законі прямо не вказано (наприклад, телефонні довідки, магнітофонні записи, відеозйомку тощо). Це можливо тому, що закон не містить заборони на використання подібних засобів доказування. Забороняється використовувати як докази лише ту інформацію, яка отримана явно незаконним способом. До такої, наприклад, належать відомості, отримані в результаті застосування детекторів брехні та наркоаналізу<sup>11</sup>.

Подібний підхід спостерігається в законодавців ФРН і Швейцарської Конфедерації. Зокрема, якщо слідча дія, відповідно до кримінального процесуального законодавства Швейцарії, не супроводжується примусом, то її можна провести, навіть якщо вона не вказана в Кодексі. Головне, щоби вона не порушувала передбачених у законі заборон і не обмежувала прав особи.

Звернули ми увагу на таку особливість, тому в КПК Швейцарії ні слідчий експеримент, ні реконструкція події не передбачені взагалі, однак часто проводяться, якщо це зумовлено необхідністю та обставинами справи. Як відмітив доктор юриспруденції, прокурор кантону Цюрих Маркус Хуг, зрештою, метою кримінального провадження й буде реконструювати діяння – відтворити подію шляхом перенесення її на документ, спродукувавши начебто про неї фільм. Якщо має місце злочин проти життя, по можливості збираються якомога більше фактів, щоби зрозуміти перебіг діяння та мотиви його вчинення і притягнути до відповідальності винуватого

Однак оскільки у швейцарському законодавстві, як і в юридичній літературі, відсутня дефініція та не регламентовано процесуальний порядок проведення реконструкції, то вона здійснюється за аналогією до §§ 149–150 КПК Австрійської Республіки.

Отже, як пише Маркус Хуг, не врегульована у швейцарському КПК реконструкція події поєднує в собі елементи допиту й огляду, хід і результати яких фіксуються не лише в протоколі, а й за допомогою звуко- та відеозапису. При цьому правових приписів щодо проведення допиту (стосовно суб'єкта проведення, протоколювання, роз'яснення прав та обов'язків учасникам процесу, забезпечення цих прав) варто дотримуватися й під час реконструкції події. Також делегування прокуратурою права на її проведення органам поліції є можливим у стадії досудового розслідування лише із суттєвими обмеженнями<sup>12</sup>.

Не передбачена реконструкція події й КПК ФРН, однак, як уважають німецькі правники, місце події з криміналістичного погляду набуває особливої значущості, якщо на ньому можна провести рекон-

<sup>10</sup> Strafprozessordnung. StPO 1975. Herausgegeben von Dr. H. Bachner-Foregger. Wien : Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2008. S. 188–190.

<sup>11</sup> Бутов В.Н. Уголовный процесс Австрии. Красноярск : Изд-во Краснояр. ун-та, 1988. С. 544.

<sup>12</sup> Markus Hug. Strafprozessuale Aspekte der Tatrekonstruktion. *Kriminalistik*. 2010. № 4. S. 256–259.

струкцію: «... це дасть змогу заповнити прогалини, використовуючи закони мислення та емпіричний досвід; перевірити можливість учинення діяння, відтворити подію з підозрюваними, потерпілими або свідками, порівняти результати з даними розслідування; обґрунтувати поведінку правопорушника, відшукати відповідь на основне питання криміналістики «*cuī bono?*» (кому вигідно?)»<sup>13</sup>.

У США суд реконструює події в основному за свідченнями свідків і документами. Як вид реконструкції розглядається відеозапис, який дає можливість наочно побачити, уявити собі, що сталося. Наприклад, може бути використаний відеозапис реконструкції аварії, в результаті якої позивач отримав ушкодження.

Допустимість як доказ записів з реконструкцією подій залежить від того, наскільки точно вони відтворюють умови, що існували в реальності. Однак такі записи здатні здійснити суттєвий вплив на присяжних у плані їх переконання, а тому судді обережні під час вирішення питання про допустимість подібних записів. Наприклад, у справі *Jenkins v. Snohomich County Public Utility District № 1 (1986)* про відшкодування шкоди, заподіяної хлопчикові, відповідач запропонував суду відеозапис. На ній був показаний хлопчик того ж віку і зросту, що і потерпілий. Умови були схожі з умовами випадку, відмінності пояснені присяжним. Суддя під час інструктажу присяжних сказав, в якому аспекті такий запис повинен використовуватися<sup>14</sup>. Подібні відеозаписи мають схожість з експериментом.

У суді можуть бути використані й комп'ютерні реконструкції. Зокрема, за допомогою комп'ютерних даних можна спростувати показання свідка. Наприклад, свідок стверджує, що він керував машиною зі швидкістю 60 км на годину. Однак комп'ютерна реконструкція дає змогу сказати, що якби твердження про швидкість машини було правильним, то автомобіль після зіткнення знаходився б в іншому положенні, ніж був знайдений поліцейськими на місці аварії.

За допомогою комп'ютерного відтворення подій можна й підтвердити показання.

Як відмітила І.В. Решетникова, реконструкції за допомогою відеозапису або комп'ютера – це лише спосіб пояснення суду і присяжним того, що швидше за все мало місце у справі. Суддя визначає допустимість реконструкції на підставі правила 403 Федеральних правил про докази. Представник сторони повинен переконати суддю, що під час реконструкції використовувалися безперечні принципи. Для адвокатів такі реконструкції – хороший засіб переконання присяжних у правоті їхньої позиції.

Неважко помітити, що реконструкція подій здатна досить сильно вплинути на присяжних. Будь-яка реконструкція, її точність залежать від того, наскільки правильно оцінені й зображені умови, що

мали місце в реальності. Однак умови реконструкції слідує з свідчень сторін і часто суперечать одна одній, якщо не загалом, то в окремих частинах. Залежно від того, яка версія буде прийнята за основу, те й буде реконструйовано<sup>15</sup>.

Останніми роками вчені дійшли висновку, що головною рисою, яка відрізняє слідчий експеримент від інших слідчих (розшукових) дій (насамперед перевірки показань на місці, огляду, проведення експертизи), є його дослідний характер. Правильною вважаємо позицію законодавця Російської Федерації, Республіки Молдова, Азербайджанської Республіки, Литви, Туркменістану тощо, який цілком слушно закріпив у КПК своїх держав можливість проведення як слідчого експерименту, так і перевірки показань на місці, так як названі слідчі дії відрізняються як за своєю сутністю, так і за завданнями, методами й процесуальним порядком проведення.

Якщо погодитися з тим, що метою слідчого експерименту є насамперед «перевірка й уточнення відомостей, які мають значення для встановлення обставин кримінального правопорушення ... шляхом відтворення дій, обстановки, обставин певної події, проведення необхідних дослідів чи випробувань», то як тоді бути слідчому, коли йому немає потреби проводити дослідні дії? Звісно, що під час розслідування низки кримінальних проваджень слідчий експеримент може охоплювати відтворення, обстановки, обставин певної події (їх реконструкцію), якщо він відбувається за участю підозрюваного, потерпілого чи свідка. Однак їхня участь не вимагається, оскільки шляхом проведення слідчого експерименту подія (факт) лише «перевіряються» та «уточнюються» й основним залишається саме експеримент.

## Висновки

Зазвичай у КПК пострадянських держав закріплені й слідчий експеримент, і перевірка показань на місці, що видається цілком виправданим і логічним, так як це дві різних слідчі дії зі своїми завданнями, методами й тактикою проведення. У КПК України відсутні норми, які б регулювали проведення перевірки показань на місці, що ускладнює роботу слідчих і впливає на правильне розуміння й тактичні особливості проведення слідчого експерименту.

Убачається, що чинний КПК України доцільно доповнити окремою нормою, якою варто передбачити проведення перевірки показань на місці, яка не може й не повинна охоплюватися слідчим експериментом, що відрізняється від неї своєю природою. У свою чергу, це дасть можливість більш чітко розмежувати ці слідчі (розшукові) дії, уможливить більш ефективно проведення як суто експериментальних дій, так і суто перевірку показань певного учасника кримінального провадження на місці події.

<sup>13</sup> Weihmann. Kriminalistik. Handbuch. Kapitel 7. Tatort. Stand: 9.4.2017. URL: .

<sup>14</sup> Joseph G.P. Modern visual Evidence. N. Y., 1994. P. 444–446.

<sup>15</sup> Решетникова І.В. Доказательственное право Англии и США. Екатеринбург : Изд-во УрГЮА, 1997. С. 135–136.



## The place and role of the principle of payment of land use in the system of land law

*Govorun Mariia*

*Postgraduate Student of the Department of Land and Agrarian Law  
Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine*

The article is dedicated to studying the essence of the principle of payment of land-use. The concepts of the principle, the principle of law, the principle of payment of land-use are analyzed, and also the main features of the principle of law such as normativity, universality, objectivity, and regulativity are described.

A comparative analysis of the system of principles of law and the system of principles of legislation is made; the principle of payment of land-use is a part of the latter.

In order to clarify the essence of this principle, the article focuses on the definition of “payment” and the structural elements of “payment” are marked. They are: the object (tangible or intangible goods for which the payment is made), the subject (the person who receives the necessary object for an accomplishment of a certain purpose), the payment (a monetary equivalent as a certain cost characteristics of the object), the purpose of such a payment (the subject takes possession of a particular object, gets into use of it or has it at his/her disposal).

The value of land payment concerns not only replenishing the relevant local budgets and realization of the economic interests of the owner, but also the economic incentives for effective and rational land-use. Such conclusions can be drawn from the fact that the article about land payment is located in the chapter “Economic Incentives for Rational Use and Protection of Land” (the Land Code), which defines economic incentives for use and protection of land. This means that the local authorities, having a financial base, will be able to develop programs, whose objective will be to stimulate the owners and users of land to the proper use of land and its protection and also to finance fulfillment of such programs. Therefore, to a certain extent, payment for land can be considered as a kind of economic incentives, through which reproduction and increase of fertility and productivity of soils of the land plots will be implemented.

### Місце та роль принципу платності землекористування в системі земельного права

*Говорун Марія Дмитрівна*

*аспірантка кафедри земельного та аграрного права  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Україна*

#### Вступ

Використання землі в Україні є платним. Таке положення закріплене не тільки в Земельному кодексі України, а й в інших джерелах земельного права, серед яких провідне місце відведено Закону України «Про оренду землі», Податковому кодексу України та іншим законам. Проте й підзаконні нормативно-правові акти містять досить велику кількість приписів, якими не тільки встановлюється необхідність здійснення саме платного землекористування, а й у яких містяться необхідні норми, покликані врегулювати процеси розрахунку плати за землю, порядок її внесення тощо. Принцип платності землекористування сьогодні є одним із основних принципів земельного права та законодавства. Незважаючи на наявність значної кількості норм, якими регулюються питання плати за землю, з'ясувати правову природу цього явища досить важко, оскільки згадані норми не вибудовуються у визначену систему, розрізнені та мають нерівну юридичну силу.

Отже, з огляду на викладене, **метою статті** є з'ясування, що таке принцип платності, яке місце цього принципу в системі земельного права, його значення та практичне застосування.

#### Виклад основного матеріалу

У різні роки проблемами місця принципів, у тому числі й принципу платності землекористування, в системі земельного права займалися такі вчені, як В.І. Андрейцев, В.В. Носік, Т.О. Коваленко, В.О. Костенко, А.М. Мірошніченко, Д.В. Санніков, В.І. Федорович, М.В. Шульга та ін. Проте вони лише частково висвітлювали це питання, а доктринального, повного дослідження парадигми взаємозв'язків принципів і системи права не проводилося. Проте це важливо для визначення місця принципу в системі права, оскільки система права – це не результат свавільного розсуду законодавця, а своєрідне юридичне вираження системи суспільних відносин відповідного соціуму в конкретній державі<sup>1</sup>.

Принципи земельного права реалізуються шляхом відтворення основних положень у земельному законодавстві, які пронизують його систему та вдосконалюються разом із їх розвитком<sup>2</sup>. Виходячи із

<sup>1</sup> Загальна теорія держави і права : підручник / М.В. Цвік, О.В. Петришин, Л.В. Авраменко та ін. Харків : Право, 2009. С. 254.

<sup>2</sup> Федорович В.І. Закріплення принципів земельного права у земельному законодавстві України. *Екологічне законодавство України: стан та перспективи розвитку* : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., м. Харків, 1–14 груд. 2007 р. Харків : Право, 2008. С. 162.

цього, принципи земельного права поділяють на конституційні, загальні та спеціальні.

Під конституційними принципами розуміють закріплені в Конституції основні засади, вихідні ідеї права, що визначають його сутність та основний зміст<sup>3</sup>. Конституційні принципи вважаються універсальними й властиві всім галузям вітчизняного права. Так, у Конституції України закріплено такі основоположні засади: принцип поділу державної влади на законодавчу, виконавчу та судову, принцип визнання та гарантованості місцевого самоврядування, принцип верховенства права та принцип верховенства закону. Це фундаментальні принципи регулювання всієї системи суспільних відносин, із яких земельні відносини не є винятком<sup>4</sup>.

Так, Конституцією України передбачено, що земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави. Право власності на землю гарантується<sup>5</sup>. Ці твердження відображено й у статті 1 Земельного кодексу України як основоположні засади, на яких ґрунтується земельне право. Земельна ділянка – головний об'єкт земельних відносин, який підлягає охороні, раціональному використанню, тому закріплення в Конституції вищезазначеної норми є проявом фундаментальності та значущості такого об'єкта. Положення Конституції, які мають бути основними й обов'язковими для всіх, лягають в основу будь-якого закону, а тим більше кодифікованого акта, в тому числі й Земельного кодексу України. Тому конституційні принципи являють собою основоположні напрями державної політики, в тому числі державної політики в земельній сфері.

Загальні принципи характерні для права загалом, визначають якісні особливості всіх правових норм національної правової системи незалежно від специфіки регульованих ними суспільних відносин<sup>6</sup>. Наприклад, розглянемо принцип законності. Цей принцип виражається в системі вимог суворого та неухильного дотримання законів і відповідних їм підзаконних актів усіма суб'єктами суспільних відносин. Свій виявляється у правотворчій і правозастосовній діяльності. Цей принцип також означає верховенство закону в системі юридичних актів, однакове розуміння й дотримання законів, несуперечність норм<sup>7</sup>. Дослідженням реалізації цього

принципу в регулюванні земельних відносин в Україні займалася Т.О. Коваленко. Як зазначає Т.О. Коваленко, цей принцип не має прямого закріплення в Земельному кодексі України серед принципів земельного права (стаття 5). Однак принцип законності впливає зі змісту кодифікованого акта національного земельного законодавства та прямо відображений серед основних принципів державного земельного кадастру, землеустрою, оцінки землі<sup>8</sup>. У Конституції України принцип законності розглядається як через призму здійснення правосуддя, так і «ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством» (стаття 19), Конституція України має найвищу юридичну силу тощо. Отже, загальні принципи – результат відтворення конституційних принципів права. Вони охоплюють найбільш поширений обсяг суспільних земельних відносин і розповсюджуються на всі земельно-правові норми. Конституційні та загальні принципи відображаються в земельному законодавстві, набуваючи характеру і змісту спеціальних земельно-правових принципів<sup>9</sup>.

Проте особливий інтерес тут становлять спеціальні принципи земельного права, оскільки спеціальні принципи виражають специфіку конкретної галузі.

Під спеціальними принципами земельного права варто розуміти закріплені чинним земельним законодавством основні керівні засади, які виражають сутність норм земельного права та головні напрями в галузі правового регулювання суспільних відносин, пов'язаних із раціональним використанням та ефективною охороною земельних ресурсів<sup>10</sup>. Керівні засади й головні напрями регулювання земельних відносин закріплені в багатьох нормах земельного законодавства. Так, принцип цільового та раціонального використання земель закріплений у Законах України «Про оренду землі», «Про охорону навколишнього природного середовища», принцип установлення особливого правового режиму земель передбачений статтею 18 Земельного кодексу України, принцип здійснення контролю за використанням та охороною земель відображений у Законі України «Про охорону земель». Отже, принципи невтручання держави в здійснення громадянами, юридичними особами й територіальними громадами своїх прав щодо володіння, користування та розпорядження землею, крім випадків, передбачених законом; забезпечення раціонального використання й охорони земель; забезпечення гарантій прав на землю; пріоритету вимог екологічної безпеки, відображають основні напрями держав-

<sup>3</sup> Федорович В.І. Закріплення принципів земельного права у земельному законодавстві України. *Екологічне законодавство України: стан та перспективи розвитку* : матеріали Міжнарод. наук.-практ. конф., м. Харків, 1–14 груд. 2007 р. Харків : Право, 2008. С. 164.

<sup>4</sup> Там само. С. 167.

<sup>5</sup> Конституція України : Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. Дата оновлення: 15.03.2016. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр> (дата звернення: 27.11.2019).

<sup>6</sup> Загальна теорія держави і права : підручник / М.В. Цвік, О.В. Петришин, Л.В. Авраменко та ін. Харків : Право, 2009. С. 196.

<sup>7</sup> Коваленко Т.О. Реалізація принципу законності у регулюванні земельних відносин в Україні: проблеми законодавчого забезпечення : монографія. Київ : Правова Єдність, 2017. С. 28.

<sup>8</sup> Коваленко Т.О. Реалізація принципу законності у регулюванні земельних відносин в Україні: проблеми законодавчого забезпечення : монографія. Київ : Правова Єдність, 2017. С. 127.

<sup>9</sup> Там само. С. 67.

<sup>10</sup> Загальна теорія держави і права : підручник / М.В. Цвік, О.В. Петришин, Л.В. Авраменко та ін. Харків : Право, 2009. С. 198.

ної політики щодо володіння, користування та розпорядження землею як головного об'єкта земельних відносин, необхідності її охорони й раціонального використання задля її більшої продуктивності та невичерпного запасу.

Наведені вище принципи закріплені в статті 5 Земельного кодексу України, проте не всі земельно-правові принципи відображено в цій нормі. Так, принцип платності землекористування закріплюється в статті 206 Земельного кодексу України<sup>11</sup> [4].

На наш погляд, принцип платності землекористування має грошовий характер, оскільки був запроваджений з метою формування державної політики у сфері раціонального використання земель, підвищення родючості завдяки сплаті орендної плати й земельного податку, спонукаючи власників і землекористувачів земельних ділянок до їх охорони.

Для регулювання суспільних відносин існують загальнообов'язкові норми, які об'єднуються в інститути, а ті, у свою чергу, в галузі й разом становлять систему права.

Необхідно звернутися до теоретично-правового аспекту визначення поняття і складників системи права, щоб краще зрозуміти ролі кожного елемента в цій системі, в тому числі й принципу права.

Система права – це сукупність чинних принципів і норм права, якій притаманні єдність, узгодженість, диференціація (поділ) і згурпованість норм у відносно самостійні структурні утворення (інститути, галузі та підгалузі права)<sup>12</sup>.

Так, норма, як первинний, найменший структурний елемент права, є правилом поведінки, визнаним та охоронюваним державою. Принципи права не містять низку ознак правової норми, що пояснюється специфікою їх місця в системі права. Принципи права консолідують систему права, становлять основу права, пронизують усі його елементи. Відповідно до загальних принципів права тлумачаться норми права й формується каркас правових сфер, галузей та інститутів, керівних засад (імперативних вимог), що визначають загальну спрямованість правового регулювання суспільних відносин<sup>13</sup>. В.І. Федорович виділяє спеціальні норми – принципи, безпосередньо закріплені в чинному законодавстві, та принципи, які виведені зі змісту земельного законодавства<sup>14</sup>. Це означає, що принцип може бути закріплений як у конкретній нормі й так є нормою-принципом, так і покладений в основу цілої галузі права. Наприклад, принцип поєднання особ-

ливостей використання землі як територіального базису, природного ресурсу й основного засобу виробництва. Цей принцип не покладений в основу конкретної норми, він виходить із загального змісту галузі земельного права. У зв'язку з цим заслуговує на підтримку позиція Т.І. Фулей, що зафіксовані в нормативно-правових актах принципи права, не втрачаючи своєї засадничої функції, водночас набувають нової якості – можуть бути юридичною підставою для вирішення конкретних справ<sup>15</sup>.

Вихідні нормативно-керівні засади забезпечують суттєвий, стійкий, регулятивний правовий зв'язок між різними нормами права й іншими нормативними приписами, слугують основним засобом для орієнтування в правотворчості, систематизації, інтерпретації та реалізації права. У разі виявлення невідповідності правових приписів, норм принципам права останні повинні інтерпретуватися через призму принципів права або приводитися у відповідність до них. Така інтегративна, пронизуюча властивість принципів права визначає їх системоутворювальний характер у системі права<sup>16</sup>.

Так, принцип платності не можна зарахувати до норми – норми-принципу принципу. Це широке, багатогранне явище, яке складається з різних понять і категорій, хоча закріплене в конкретній статті Земельного кодексу України. Цей принцип, скоріше, впливає із загального змісту земельного права, оскільки складається з різних понять (категорій), які взаємопов'язані між собою й теж мають законодавче закріплення.

Отже, принцип платності землекористування охоплює такі категорії та поняття, як плата, платність, землекористування, об'єкт, суб'єкт платного землекористування. Принцип платності не має свого тлумачення в конкретній нормі, однак поняття й категорії, що входять до його складу, відображаються в різних законодавчих актах.

Наступним елементом системи права є інститут права – це уособлена група правових норм, які регулюють однорідні суспільні відносини конкретного виду. Інститут права є першим рівнем поєднання правових норм<sup>17</sup>. Інститут права характеризується таким: а) регулює певний вид (окрему ділянку, фрагменти, сторону) однорідних суспільних відносин; б) є складником однієї або декількох галузей права; в) є логічно замкнутою, виокремленою сукупністю норм; г) функціонує автономно, відносно самостійно в межах галузі права, тобто регулює суспільні відносини незалежно від інших інститутів права. Це не означає, що інститут права не пов'язаний з іншими інститутами, навпаки, усі

<sup>11</sup> Земельний кодекс України : Закон України від 25.10.2001 № 2768-III. Дата оновлення: 20.03.2018. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2768-14> (дата звернення: 27.11.2019).

<sup>12</sup> Загальна теорія держави і права : підручник / М.В. Цвік, О.В. Петришин, Л.В. Авраменко та ін. Харків : Право, 2009. С. 259.

<sup>13</sup> Там само. С. 278.

<sup>14</sup> Коваленко Т.О. Реалізація принципу законності у регулюванні земельних відносин в Україні: проблеми законодавчого забезпечення : монографія. Київ : Правова Єдність, 2017. С. 196.

<sup>15</sup> Коваленко Т.О. Реалізація принципу законності у регулюванні земельних відносин в Україні: проблеми законодавчого забезпечення : монографія. Київ : Правова Єдність, 2017. С. 197.

<sup>16</sup> Там само. С. 201.

<sup>17</sup> Загальна теорія держави і права : підручник / М.В. Цвік, О.В. Петришин, Л.В. Авраменко та ін. Харків : Право, 2009. С. 264.

вони в межах галузі права поєднані змістом споріднених суспільних відносин. Розглянемо як приклад принцип платності землекористування. За своєю сутністю, як уже зазначалося, принципи регулюють певні якісно особливі види суспільних відносин, тобто виконують регулятивну функцію. Принцип платності виконує регулятивну функцію у сфері оплати за землю. При цьому цей принцип є складником декількох галузей права: податкової, земельної. Незважаючи на те що принцип платності входить у систему принципів земельного права, він функціонує незалежно, самостійно в межах галузі земельного права і пронизує відносини, які пов'язані з порядком сплати земельного податку, з визначенням об'єктивного й суб'єктивного складу такого податку, об'єкта й суб'єкта сплати орендної плати тощо. Однак, попри свою відносну автономність, принцип платності тісно пов'язаний з інститутом права власності, оренди, охорони та раціонального використання землі. З вищевикладеного можна зробити висновок, що платність у земельному праві у вигляді закріпленого в Земельному кодексі України принципу є інститутом земельного права, до складу якого входять правові поняття, категорії, такі як плата за землю, земельний податок, орендна плата, та регулює відносини, пов'язані з формою, способом і порядком справляння плати за землю, об'єктом, суб'єктом, процедурою здійснення такої плати, функцій платності землекористування. Більше того, як уже зазначалося, інститут може бути складником декількох галузей права. Визначаючи роль принципу платності землекористування в системі земельного права, варто зауважити, що цей принцип, а тим більше категорія «платність» використовується під час регулювання суспільних відносин, пов'язаних зі сплатою земельного податку, орендної плати ще й у податковому праві, тим самим збільшуються межі регулювання такого виду відносин, відповідно зростає його значущість у системі права загалом.

Так, згідно зі статтею 6 Податкового кодексу України, податком є обов'язковий, безумовний платіж до відповідного бюджету, що справляється з платників податків відповідно до цього Кодексу<sup>18</sup>. У податковому праві виділяють декілька функцій податків. Найважливішою з них є фіскальна. Відповідно до цієї функції, податки виконують своє основне призначення – насичення дохідної частини бюджету, доходів держави для задоволення потреб суспільства. Згідно з регулювальною функцією, яка стосується як регулювання виробництва, так і регулювання споживання (наприклад непрямі податки), при цьому регулювальний механізм існує об'єктивно і вплив на платників здійснюється незалежно

від волі держави. Податкове регулювання – складніший механізм, що враховує не тільки податковий тиск, а й перспективи того чи іншого виду діяльності, рівні прибутковості<sup>19</sup>. Контрольна функція реалізується в ході оподаткування під час регламентації державою фінансово-господарської діяльності підприємств та організацій, одержання доходів громадянами, використання ними майна. З допомогою цієї функції оцінюють раціональність, збалансованість податкової системи, кожного важеля окремо, перевіряють, наскільки податки відповідають реалізації мети у сформованих умовах<sup>20</sup>.

Отже, земельний податок та орендна плата як різновид податку на майно в податковому праві виконують роль поповнення дохідної частини бюджету, а тим самим реалізуючи головну функцію податків – фіскальну.

У земельному праві це інструмент стимулювання власників, землекористувачів до раціонального, ефективного землекористування й охорони земельних ділянок. Такий висновок можна зробити, виходячи з глави 35 Земельного кодексу України. Так, вона передбачає види економічного стимулювання до раціонального використання та охорони земель, а саме: надання податкових і кредитних пільг громадянам і юридичним особам, які здійснюють за власні кошти заходи, передбачені загальнодержавними та регіональними програмами використання й охорони земель; виділення коштів державного або місцевого бюджету громадянам і юридичним особам для відновлення попереднього стану земель, порушених не з їхньої вини; звільнення від плати за земельні ділянки, що перебувають у стадії сільськогосподарського освоєння або поліпшення їх стану згідно з державними й регіональними програмами; компенсацію з бюджетних коштів зниження доходу власників землі та землекористувачів унаслідок тимчасової консервації деградованих і малопродуктивних земель, що стали такими не з їхньої вини. У правовій літературі виділяють два види стимулювання: позитивний і негативний<sup>21</sup>. До позитивного можна зарахувати засоби, які визначені в статті 205 Земельного кодексу України. Негативний передбачає відповідальність за порушення у сфері охорони й раціонального використання земель. Плата за землю має ознаки як позитивного, так і негативного методу стимулювання. З одного боку, плата, як грошова компенсація, що сплачується власником чи землекористувачем, в володінні чи користування якого знаходиться ця земельна ділянка, є певними матеріальними витратами суб'єкта, необхідними для наповнення

<sup>18</sup> Податковий кодекс України : Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. Дата оновлення: 19.06.2018. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр> (дата звернення: 27.11.2019).

<sup>19</sup> Податкове право : навчальний посібник / Г.В. Бех, О.О. Дмитрик, Д.А. Кобильнік, І.Є. Криницький, М.П. Кучерявенко. Київ : Юрінком Інтер, 2003. С. 125.

<sup>20</sup> Там само. С. 128.

<sup>21</sup> Носік В.В. Право власності на землю Українського народу : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2006. С. 47.



відповідних місцевих бюджетів. З іншого боку, вона є реалізацією економічних інтересів власника та економічним стимулюванням ефективного й раціонального використання землі. Так, деякі науковці висловлюють думку, що стимулювання створює сприятливі передумови охорони земель сільськогосподарського фонду, тим самим призводить до максимального піднесення сільськогосподарського виробництва, підвищення родючості ґрунтів і забезпечення природоохоронних завдань, як засіб такого стимулювання виділяється земельний податок<sup>22</sup>. І це дійсно так, сплачуючи податок за землю, користувач сільськогосподарських угідь намагається як найбільш ефективно використати їх властивості для отримання найбільшого найякіснішого врожаю. Звичайно, він зацікавлений, щоб і в подальшому він міг отримувати такий урожай, а для цього необхідно правильно використовувати добриво, яке має бути органічним, щоб не завдавати шкоду ґрунту й самій вирощеній продукції, не вирощувати одну культуру протягом багатьох років на одній ділянці, тим самим виснажуючи ґрунт, і проводити багато інших заходів раціонального та охоронюваного характеру для отримання власної вигоди. Сільськогосподарські угіддя прямо пов'язані з економічним інтересом користувача, який, здійснюючи плату й маючи як обмеження, так і гарантії з боку держави, усе більше цікавиться цим.

У зв'язку з тим що в земельному праві земельний податок та орендна плата розглядаються як стимулювальний елемент до охорони, раціонального та ефективного землекористування, метою стимулювання охорони є досягнення такої поведінки суб'єктів стимулювання, які б найбільше відповідали завданням охорони. Відповідно до статті 163 Земельного кодексу України, завданням охорони земель є забезпечення збереження та відтворення земельних ресурсів, екологічної цінності природних і набутих якостей земель<sup>23</sup>. Сама ж охорона земель визначається як система правових, організаційних, економічних та інших заходів, спрямованих на раціональне використання земель, запобігання необґрунтованому вилученню земель сільськогосподарського й лісогосподарського призначення, захист від шкідливого антропогенного впливу, відтворення й підвищення родючості ґрунтів, підвищення продуктивності земель лісогосподарського призначення, забезпечення особливого режиму використання земель природоохоронного, оздоровчого, рекреаційного та історико-культурного призначення (стаття 162 Земельного кодексу України). Виходячи зі статті 164 Земельного кодексу України, зміст охорони земель включає в тому числі

й забезпечення досягнення раціонального землекористування.

Погоджуємося з думкою В.В. Носіка, що єдність використання землі та її охорона надають раціональному використанню не тільки економічного, а й екологічного характеру. Також зв'язок використання земель з їх охороною тісно пов'язаний із цільовим призначенням земель<sup>24</sup>. Вітчизняне земельне законодавство виходить із того, що цільовим використанням земельних ділянок є їх використання за тим цільовим призначенням, яке визначено відповідно до чинного законодавства України. Тому кожна земельна ділянка, незалежно від форми власності чи використання, має конкретне цільове призначення. Основою для визначення цільового призначення будь-якої земельної ділянки є її належність до відповідної категорії земель. Як відомо, землі в Україні поділено на 9 категорій, які визначені Земельним кодексом України. В Україні не може бути земельних ділянок, які не належали б до певної категорії земель. На кожному земельній ділянці, яка належить до тієї чи іншої категорії земель, поширюється правовий режим відповідної категорії земель. Отже, юридичне значення поділу земельного фонду країни на категорії полягає в визначенні цільового призначення кожної земельної ділянки.

### Висновки

Підсумовуючи вищевикладене, варто зауважити, що платність – категорія, що закріплена як у податковому, так і в земельному праві. Однак якщо для податкового права сплата податків – основний інструмент наповнення бюджету, то для земельного – це не тільки елемент дохідної частини бюджету, ще й екологічний компонент, який проявляється в стимулюванні власників, землекористувачів до раціонального, ефективного землекористування та охорони земельних ділянок. Стимулювання викликає зацікавленість і розглядається як засіб спонукання землевласників і землекористувачів до ефективного, раціонального використання земельних ділянок і їх охорони. Ефективне та раціональне використання неможливе без охорони земельних ділянок. У свою чергу, зв'язок використання земель з їх охороною тісно пов'язаний із цільовим призначенням земель.

Так, для максимально економічно вигідного використання земельних ділянок власникам і землекористувачам необхідно виконувати покладені на них законодавством обов'язки: використовувати земельні ділянки за цільовим призначенням, раціонально з дотриманням норм охоронного законодавства, а засобом стимулювання власників, зем-

<sup>22</sup> Носік В.В. Право власності на землю Українського народу : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2006. С. 49.

<sup>23</sup> Земельний кодекс України : Закон України від 25.10.2001 № 2768-III. Дата оновлення: 20.03.2018. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2768-14> (дата звернення: 27.11.2019).

<sup>24</sup> Носік В.В. Право власності на землю Українського народу : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2006. С. 254.

лекористувачів до раціонального, ефективного землекористування й охорони земельних ділянок є платність землекористування.

Так, принцип платності землекористування є інститутом у системі земельного права та являє собою базис, основу у сфері регулювання суспільних відносин щодо визначення суб'єкта, об'єкта, мети такої платності. У зв'язку з тим що земля, від-

повідно до конституційних положень, є національним багатством і потребує особливої охорони з боку держави, це один із напрямів державної політики, можна вважати, що й платність є своєрідним засобом стимулювання власників і землекористувачів до цільового, раціонального, ефективного використання та її охорони й відображає пріоритетність цього напрямку.

## Temporary characteristics of material civil relations

**Guivan Petro**

*Candidate of Legal Sciences, Honored Lawyer of Ukraine,  
Professor  
of the Poltava Institute of Business, Ukraine*

The article deals with the legal analysis of the temporal factors of exercising individual regulatory and protective subjective rights of a person. It emphasizes the fundamental difference in terms of exercising the powers of the carrier in the regulatory regime and in the protection of the infringed right. The paper emphasizes the essential difference between the regulatory temporal legal mechanism and the protective one. The regulatory civil legal relationship is drafted and implemented subject to the proper exercise of its right by the managed person and the proper performance of its obligation by the obliged person. In this state, the creditor's right arising from such a regulatory obligation is not vested in the enforced property, since it is not vested in a claim property – in particular, not violated by others. When a civil law violation occurs, it acquires the ability to be protected. And such protection cannot be covered by mechanisms inherent in the legal regulation of regulatory relations, even in the light of transformations of subjective law.

The specificity of the legal regulation of obligations in favor of a third party is noted. The legal characteristics and terms of the third party's actions for acquiring the creditor's rights have been determined. It has been suggested that the rights of a third party to a third party may arise only after it has expressed its agreement with the terms of the contract. Otherwise, the contract should be qualified as having failed. As the legislator does not set specific temporal coordinates for such an action, the rule of reasonable time for taking the appropriate affirmative action, which must have a clear outward perception, should apply here. Specific proposals have been made to improve legislation in this area. The implementation of these proposals will significantly affect the existing state of relations of the entities under similar agreements in favor of a third party. The paper also proposes to establish a rule where recognition by a third party of an obligation in its favor deprives the contracting parties of the possibility of canceling or altering the content of that person's rights. The peculiarities of the regulation of relations in connection with the change of the term of the obligation, both regulatory and protective, are studied. Suggestions for improving the relevant legal tools have been provided.

### Introduction

Legal relationship is a condition of movement and a way of concretizing social relations, in particular, the subject composition of the latter, functions that their participants have one relative to the other<sup>1</sup>. This is a public relation regulated by law and protected by the state, whose participants act as bearers of mutually corresponding legal rights and obligations. If the relationship is regulated by law, the behavior of the participants becomes interconnected and legally fixed. Legal relations are also public relations in which, due to the presence of law (a set of legal features), other social relations are expressed, arise, change and cease to exist<sup>2</sup>. The participants in the legal relationship act as carriers of subjective rights and obligations. Legal relations create specific social opportunities for legal entities to satisfy their specific needs either by their own actions or by the actions of other entities and represent an ideological public relation provided for by the hypothesis of a legal norm, which is expressed in mutual legal rights and obligations of legal entities<sup>3</sup>.

This legal position has found wide enough support in our civil law<sup>4</sup>. The correctness of this approach, in particular, is confirmed by the analysis of temporal factors inherent in subjective material human rights. At the same time, acts of civil law more often do not limit the time of existence of subjective law, but establish the deadlines for the performance of obligations by the debtor. For example, the periods of fulfillment of obligations in such civil transactions as in a row, delivery, transportation are mandatory essential conditions, the condition on the period of fulfillment of the obligation may be contained in contracts of property lease, sale, storage, and the like.

The regulatory civil law relationship consists and is implemented subject to the proper exercise of his right by the creditor and the corresponding proper discharge of his debt by the obligated person. The lender's right that arises from such a regulatory obligation is not endowed with the property of enforcement, since it is not accompanied by the so-called reasons for the claim – in particular, not violated by other persons. When a violation of civil law occurs, it acquires the ability to be protected. And such protection cannot be covered by mechanisms characteristic of the legal regulation of regulatory relations, even taking into

<sup>1</sup> Ioffe O.S. Civil law. Selected Works. Moscow : Statut, 2000. P. 522.

<sup>2</sup> Bierling E.R. Zur Kritik der juristischen Gmndbegriffe. Gotha, 1877–1883. Teil II. P. 33.

<sup>3</sup> Rabinovich P.M. Fundamentals of the general theory of law and state. Kiev : Attica, 1999. P. 127.

<sup>4</sup> Slipchenko S.A., Smotrov O.I., Kroitor V.A. Civil and Family Law. Ed. 2nd, correct. Textbook. Kharkov : Espada, 2006. P. 26–27.

account the transformations of subjective law. This position is consistently held by a number of well-known Ukrainian civilists. For example, N.S. Kuznetsova, determining the independence of a protective human right, compares it with other subjective rights that may be exercised by the carriers at their discretion on the basis of discretion and free will, since the law establishes a general legal regulation for civil rights<sup>5</sup>. The thesis of the independence of the right to defense and its non-connection with the specific right that is being protected is upheld by Z.V. Romovska<sup>6</sup>.

The indicated theory is sufficiently substantiated from a methodological point of view and deserves attention. She now most fully meets the requirements that the legal justification of specific relationships should not only be adequate to the needs of social development, but also create a certain space and incentive for the further gradual development of regulated relations. At the same time, temporally, the differences in legal regulation of regulatory and protective legal relations have not been studied enough, the issue is only outlined and not thoroughly studied.

The **aim of the author in this work** is to conduct a study of the essence of temporal rules that determine the movement and effectiveness of the implementation of the subjective powers of a person embodied in his regulatory and protective rights.

### Presenting main material

The period of existence of a particular subjective right may be established both by transactions and by laws and other legal acts, in particular, administrative ones. Expressed normative rules should be comprehensive and understandable when a concept, set within its limits, is separated from all related ones, words and expressions are accurate when they express only those concepts that are intended to express, no more, no less<sup>7</sup>. However, our legislation does not always take a balanced approach to this issue: formulating in detail the content of a certain authority of a person that arises under some circumstances, it often leaves the question of the duration of this authority open. Moreover, the articles of the main civil document – the Code, basically allow certain behavior and describe it, but with some exceptions. The first exception is the existence of a legislatively established imperative that determines the course of action in certain situations. Here we are only talking about acts of special legislation, which, being an exception to the general rule, are used to regulate certain atypical civil relations.

<sup>5</sup> The Civil Code of Ukraine: Scientific and Practical Commentary / A.S. Dovgert, N.S. Kuznetsova, V.V. Lutz and others ; Ed. O.V. Dzera (supervisor of the auth. col.), N.S. Kuznetsova, V.V. Lutz. Kiiv, 2004. P. 30.

<sup>6</sup> Romovskaya Z.V. Ukrainian civil law. The common part. Kiiv : Attica, 2005. P. 482.

<sup>7</sup> Speransky M.M. Foundations of Russian Law. *Jurisprudence*. 2001. № 4. P. 238.

The second exception is their other behavior stipulated by the parties to the contract than is described in the disposition of the civil law norm. So, if the hypothesis of the norm contains provisions like “unless otherwise provided by the contract”, the priority in choosing the rules of conduct belongs to the contractors themselves, and the requirements of the legal norm apply only if the parties are uncertain about this issue or “by default”. Of course, the parties can state the content of their obligations in the same wording as the disposition of the norm. In this case, it makes sense to talk about the coincidence of the desire of the counterparties and the permissive provision of the legal act. The parties may also not settle at all certain obligations for which there is a legislative settlement. Then the rule of law also applies. But, if in the situation under study, the counterparties choose a different mechanism of behavior than indicated in the legislative prescription, this behavior will have a legitimate character. This rule marks the current trend in civil relations – the priority of contractual regulation over normative.

If we consider the proposed concept more broadly and apply it to the regulation of temporal dimensions of subjective law, it will be possible to solve many problems at the legal level. Say, certain situations acquire significant certainty, which until recently were given at the discretion of law enforcement agencies. So, if the validity period of a subjective right is not explicitly stated, the criteria of reasonableness should be used to calculate the period of existence or the implementation of a certain subjective right. This will reduce the value of the subjective factor affecting the result of understanding and the order of application of certain legislative requirements in time. In our opinion, the rejection of normative developments or the establishment of certain temporal criteria on a contractual basis should be considered as an exceptional measure, since it means providing law enforcement authorities with unlimited judicial discretion in resolving this issue. As a result, subjectivity is possible, because quite often the courts allow a very broad interpretation of the content (including duration) of a particular legal relationship.

Almost every obligation relationship has a certain period for the fulfillment of the obligation by the debtor: it can be defined in the contract for a period of time or a moment, or indefinite. In both cases, this period should be the start and end moments. As has been repeatedly noted in legal literature, an important feature of subjective substantive law is the provision of a real possibility of its implementation by the creditor<sup>8</sup>. At the same time, it is important that the totality of legal norms governing this or that relationship should be sufficient for a clear and precise expression of the will

<sup>8</sup> Gribanov V.P. Exercise and protection of civil rights. Moscow : Statute, 2000. P. 12.

of the legislator. Depending on certain circumstances characterizing the content of the legal relationship, various special temporal legal rules govern individual cases differently. So, part 3 of article 938 of the Civil Code of Ukraine provides for additional legal consequences for the custodian of the property if the storage period of the thing is determined by the moment the depositor submits a request for its return. In this case, in contrast to the same agreement, but concluded without establishing a storage period, the custodian has the right, upon expiration of the usual storage period under the circumstances, to require the depositor to pick up this thing within a reasonable time.

Quite peculiarly, temporary regulation of contractual relations is carried out when a certain obligation is performed in favor of a third party. In particular, under a contract for the carriage of goods (Article 919 of the Civil Code), cargo that was not issued to the recipient at his request within thirty days after the expiration of the delivery period, if a longer period is not established by the contract, transport codes (charters), is considered lost. However, the consignee must accept the goods that arrived after the expiration of the above periods and return the amount paid to him by the carrier for the loss of goods, unless otherwise provided by the contract, transport codes (charters). According to the terms of the insurance contract, the insurer is obligated to make insurance payments to a third party, the beneficiary, in case he reaches a certain age or another insured event occurs (Article 985 of the Civil Code of Ukraine). As is commonly believed, a third party that is not a party to the contract, but in whose favor the implementation is pending, acquires a virtually independent right. The specified person may demand the performance of the obligation by the debtor, that is, it acquires the rights of the creditor. In the literature, the idea has been expressed that these rights of a third party can arise only after it has shown its agreement with the terms of the contract<sup>9</sup>. One can agree with this, a third party may not accept performance in their favor and a liability relationship does not arise. This is quite logical, since the performance of an agreement in favor of a third party often repays existing obligations, so it is fair to assume that the lender has the right to disagree with replacing the way of fulfilling the obligation. But the question arises: does such an agreement come into force in the absence of the consent of a third party, in what time should such consent be provided and how should it be manifested?

In our opinion, the third party in whose favor the fulfillment of the contract is to be performed must reveal its consent to the acquisition of creditor rights under the obligations established by the agreement. Otherwise, you should qualify the contract as such that did not take place. Since the legislator does not establish

specific temporal measurements, the rule on reasonable terms for the commission of the corresponding positive act, which should have an unambiguous manifestation, should be applied here. The consent of a third party can be expressed both by active actions (the statement itself, the presentation of a claim against the debtor, etc.), and, for example, by acceptance of execution. From this moment on, the lender acquires subjective substantive law. And only in such circumstances does the debtor-creditor relationship become certain and the possibilities of legal protection of the authorized party are fully realized. In this case, the right to claim arises, and the limitation period begins on the day the debtor violates the creditor's substantive right.

The deadline for the consent of a third party, in whose favor fulfillment is carried out in accordance with the terms of the contract, as a general rule, is the period of time from the conclusion of the agreement to the start of fulfillment by the debtor of the obligation. However, sometimes the situation looks a little more complicated. Firstly, a third party can find out about the contents of the contract later than its conclusion and this circumstance postpones the initial term of such approval. Secondly, the obligation to fulfill the obligation can be assigned to the debtor immediately after the conclusion of the contract. In such circumstances, the delay is delaying the emergence of a protective relationship, therefore, the general rules for calculating the limitation period should be applied taking into account the characteristics of these relations. If a third party agrees to the fulfillment by the debtor of an obligation in his favor after the deadline has already begun for the fulfillment of such an obligation in accordance with the terms of the contract from which it arose, it becomes, as already noted, a party to such an obligation from the moment the consent is granted. It is from this time that it becomes possible to violate his subjective right, since without the existence of law there is no corresponding violation by anyone. From this date begins and the limitation period for the specified requirements. So, as it is proved, the course of fulfillment of the obligation established by the contract in favor of the third party may not coincide with the deadlines for the third party to exercise his right to claim.

On the other hand, it does not seem entirely appropriate to provide the opportunity for a third party to acquire the rights of a creditor at any time, regardless of the beginning of the term for the performance of an obligation by the debtor under the contract. This can lead to inadequate legal regulation situations. For example, the parties to the contract stipulated the fulfillment of a monetary obligation under an insurance contract in favor of a third party. The refusal of a third party to obtain compliance leads to the recognition of the fact that the contract has not been concluded, with the application of the relevant legal consequences for its participants. The consent of a third party with the performance of an obligation in his favor

<sup>9</sup> Novitsky I.B. Transactions. Statute of limitations. Moscow : Gosyurizdat, 1954. P. 40–41.



gives rise to a commitment and the possibility of judicial protection of the rights of the creditor. Long-term uncertainty regarding the provision of consent by a third party for the adoption of execution makes the contractual relationship itself uncertain. Therefore, we repeat that the acceptance or rejection of the execution by agreement of a third party in their favor should be carried out within a reasonable time. Such a period may be determined, for example, in seven days, unless otherwise provided by law or contract. At the end of the specified period, the performance is considered not accepted by a third party, but the contract is such that has not taken place (not concluded).

Another fundamental issue relating to this sphere of relations is the possibility of the parties to the agreement, under which the obligation is performed in favor of a third party, to make adjustments to such transactions. In fact, this means that the parties to the contract can change the content of subjective law or even deprive a third party of this right. But in this case, if the specified third party has already acquired the rights of a creditor, these rights are subject to legal protection. Moreover, if a third party already has the right to claim in connection with a violation of his property right. The cancellation of the right itself in this situation by the parties to the agreement also means the termination of the possibility of its protection. The limitation period is terminated. The *de facto* duration of substantive law for a third party is determined by the parties to the contract to which it is not a party. The parties to the agreement may make such changes more than once. And each time a violation of the subjective right of a third party begins a new course of limitation. This situation does not contribute to the stability of civil relations.

The content of protection law arising from a regulatory violation includes the authority to terminate the offense and eliminate its negative consequences<sup>10</sup>. The cessation of the violation eliminates the possibility of the enforcement of the relevant protection right by its implementation in kind, although it leaves the holder of the right to receive compensation. And in practice, situations may arise when a certain circumstance that affects the impossibility of judicial protection subsequently disappears. For example, an act of a non-normative nature that violates the subjective rights of a certain circle of people was canceled by the publisher himself, but after some time the decision to cancel it was canceled by him or a higher authority. As a general rule, the limitation period for claims to be declared unlawful and the repeal of such an act begins from the moment a person receives information about it. However, during the period when the act was invalid, the presentation of the claim could not entail the defense of the right, since there was no violation of it. The court

must refuse to satisfy the claims presented during this period on their groundlessness. When the impugned act restores its effect, the person whose rights it affects will have a new claim. It cannot be considered that in the commented situation, the prescription flow stopped<sup>11</sup>, or its interruption. A new term has begun for the limitation period for a new offense.

The foregoing is justified by the following. If we consider that the statute of limitations has stopped for the period of invalidity of the legal act, then we have to conclude that this circumstance (invalidity) temporarily prevents the filing of a lawsuit or judicial protection of the violated right. But of the signs listed in the law of the classical (according to the requirements of Article 263 of the Civil Code of Ukraine), the situation is not really seen. There is no evidence of the temporality of the situation, which is an important component of the application of the rule on suspension of the statute of limitations: the decision to cancel the non-normative act may not necessarily be canceled. There is also no obstacle to suing and considering the merits after the cancellation of the act. Such a legal dispute will be absolutely no different from other disputes when the plaintiff, as a result of the voluntary cessation of the violation by the defendant, has lost the right to harassment. A completely fair decision on such a claim would be a denial of satisfaction. The restoration of the action of the appealed act under the concept of suspension of limitation gives grounds for the continued existence of the right to claim arising from the moment of the initial violation. But, since there is a solution between the same parties on the same grounds and subject, a new dispute between them is no longer possible.

Such a model does not contribute to the protection of the violated right, but, on the contrary, creates the prerequisites for abuse by the subject of law-making. Say, a requirement to invalidate an act was made during its validity. Upon learning of the lawsuit, the defendant, when considering the merits of the case, or even when it is viewed in the appeal or cassation instances, cancels his decision, which, of course, entails the denial of the claim. After the court decision comes into force, he or his governing body cancels the specified cancellation, the decision comes back into force, but can no longer be appealed. Given the above, the commented toolkit does not suit us. The mechanism characteristic of legal justification and the implementation of the interruption of limitation does not work in this case either. Firstly, when there is an interruption, there is no interruption in the duration of the claim; a new move begins from the moment the action with which the interruption is connected takes place. Secondly, such an action is irreversible. Therefore, the most correct is the qualification of the restoration of the act as a new

<sup>10</sup> Eliseikin P.F. Security norms (concept, types, structure). / In the book: Protection of subjective rights and Soviet civil proceedings / Ed. P.F. Elyseikin. Yaroslavl, 1977. P. 26.

<sup>11</sup> Rosenberg M.G. Statute of limitations in the international commercial turnover: practice of application. Moscow : Statute, 1999. P. 46–47.

violation, from the realization of which a new course of prescription begins.

In general, a change, as agreed by the participants, to the deadline for the fulfillment of the obligation before the end of the moment does not affect the course of the statute of limitations, since the limitation of actions will begin only after the violation, that is, after the default on the deadline. In fact, in this case, there is a change in the conditions of the regulatory relationship with respect to execution time. If the parties agree to change the deadline for the performance of an already overdue debt, we observe a slightly different picture. The statute of limitations for a request related to a delay arises after such an offense. In the event that the parties during the course of its course agree to postpone the execution period to a future period, they actually eliminate the existing violation and terminate the violated state of subjective law. The legal relationship from the violated state again passes to the undisturbed, therefore the protective claim of the holder of the right ceases. The limitation period for the relevant requirements also ceases. We repeat, the statute of limitations ceases in connection with the termination of the violation, but does not end. If the debtor fails to fulfill the obligation within the new agreed period, a new violation of the same subjective right occurs, which entails the beginning of a new prescription.

Thus, the delay in the fulfillment of the protective obligation *de facto* turns it into another regulatory one. The duration of the protective relationship that has begun (including the claim) is terminated. Indeed, the sanction can be applied if the regulatory debt is not fulfilled, and it is postponed to another period. So, the next claim period will begin after default in the new term<sup>12</sup>.

In practice, there are often situations when the creditor, in the event of default by the debtor, has the right to exercise the right granted to him by law to unilaterally refuse or change the obligation. Say, according to Article 665 of the Civil Code of Ukraine, in case of refusal by the seller to transfer the sold goods, the buyer has the right to refuse the contract of sale. The same authority is granted to the customer in case of delay in the contractor (Article 849 of the Civil Code). If in such a situation the buyer or customer made an advance payment, the termination of the contract actually comes down to the requirement to return the funds received. But such an obligation is not included in the content of the relevant agreement, it is new and arises only from the moment the creditor declares this. The judicial practice known to us in such cases is inclined to the fact that the course of limitation should be calculated from the moment the plaintiff appealed for a refund, since before that the defendant had another obligation that

he had not fulfilled<sup>13</sup>. It is right. Before that, it should only be added that in the described situation for the emergence of a regulatory obligation to return funds, a certain actual composition is required (a set of legal facts in a certain sequence) - receipt of advance payment for the goods by the seller, overdue commodity debt by him, presentation of the buyer's demand for a refund. In this case, a monetary obligation in which the seller will be the debtor will begin from receipt of the claim and will last seven days<sup>14</sup>.

From the foregoing, we can draw certain **conclusions**. At the legislative level, more attention should be paid to issues of legal regulation of obligations in favor of a third party, in particular temporally. It is proposed to introduce normatively certain criteria for determining a reasonable period for a third party to accept the rights of a creditor under an obligation in his favor. The implementation of this proposal will significantly affect the existing state of relations of entities under similar agreements in favor of a third party. The current practice indicates that subjective substantive law arises from a third party after the conclusion of an agreement in his favor. The right is considered violated, and the limitation period begins from the moment of conclusion of the agreement, and if the deadline for fulfillment of the obligation is remote from the time of its conclusion, then – after the deadline for such performance. It also seems appropriate to establish a rule at the legislative level when recognition by a third party of the performance of an obligation in its favor deprives counterparties under an agreement of the ability to revoke or change the content of the rights granted by them to the specified person.

It is also necessary to achieve greater specificity in the normative regulation of relations related to the implementation of the protective operational authority of a person to refuse the obligation or change the obligation. Such powers in case of violation of subjective substantive law should be exercised effectively in order to achieve the expected result. For this purpose, specific time coordinates should be established for the implementation of the relevant legal protection actions. In particular, it is proposed that Part 2 of Article 693 of the Civil Code of Ukraine be stated as follows: “If the seller, who received the amount of advance payment of the goods, does not deliver the goods within the prescribed time, the buyer has the right to present a demand for the return of the amount of the advance payment instead of the requirement to transfer paid goods. The buyer must fulfill this monetary obligation within the period specified in paragraph 2 of Article 530 of this Code. Delay of this obligation shall entail liability established by law”.

<sup>12</sup> Frolov Yu., Frolova G. Some problems of application of time limits of statute of limitations, their difference from other terms in civil law. *Entrepreneurship, economy and law*. 2001. № 10. P. 46.

<sup>13</sup> Case No. 518/1996, Arbitration Practice for 1998. P. 168–170.

<sup>14</sup> Guyvan P.D. Terms (moments) of origin, exercise and protection of rights in the obligations related to the prepayment of the goods. *Bulletin of economic proceedings*. 2013. № 4. P. 118.



## The procedural guarantees of the exercise of the right to a competent court in the civil proceedings of Ukraine

**Zakharova Olena**

*Candidate of Legal Sciences,  
Associate Professor of the Department of Justice  
of the Faculty of Law  
of Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine*

Organization of the court system in Ukraine is characterized by a division of jurisdiction. In the context of judicial power jurisdiction refers to the competence vested only in courts to hear cases and make binding decisions which are final within the national legal system and cannot be reviewed in extrajudicial procedure.

Civil jurisdiction in the context of the exercise of the right to a court of competent jurisdiction may be defined as the jurisdiction of the courts to hear and resolve cases arising from private law relations under the rules of civil procedure. Generally, private law relations are characterized by the lack of subordination of one participant to another; they are made on a dispositive basis; they are realized through their individual civil and legal capacity. Participants in these relationships realize their private interests.

Civil jurisdiction has the following attributes: 1) the subject of the dispute, which is determined by the nature of the disputed legal relations (civil, land, labor, family, housing and other legal relations; 2) requirements for registration of property and property rights, other registration actions, if such claims are derived from disputes over such property or property rights if this dispute is subject to review in the local general court and referred to it with such requirements; 3) the existence of a dispute about the law; 4) exclusion from the jurisdiction of other judicial authorities; 5) the subject matter of the legal dispute (one of the parties to the dispute is usually an individual).

Cases of protection of violated, unrecognized or disputed rights, freedoms or interests in private law relations are the subject of civil jurisdiction. These are cases of protection of rights, freedoms or interests arising from civil, housing, land, family, labor relations and other legal relations, except when such cases are conducted according to the rules of other judicial proceedings.

### Процесуальні гарантії реалізації права на повноважний суд у цивільному судочинстві України

**Захарова Олена Семенівна**

*кандидат юридичних наук,  
доцент кафедри правосуддя  
юридичного факультету  
Київського національного університету імені Тараса Шевченка, Україна*

#### Вступ

Право особи на повноважний суд у цивільному судочинстві регулюється Законом України «Про судоустрій і статус судів»<sup>1</sup> і Цивільним процесуальним кодексом (далі – ЦПК) України<sup>2</sup>. Кожному гарантується, що, по-перше, розгляд його справи буде здійснюватися в суді, до юрисдикції якого вона зарахована процесуальним законом, і, по-друге, порядок розподілу судових справ всередині суду має бути установлений відповідно до закону.

Тож **метою статті** є дослідження категорії «юрисдикція» як найважливішого чинника реалізації права на повноважний суд.

<sup>1</sup> Про судоустрій та статус судів : Закон України від 2 червня 2016 р. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show> (дата звернення: 20.11.2019).

<sup>2</sup> Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0004740-13> (дата звернення: 20.11.2019).

#### Виклад основного матеріалу

Енциклопедичні джерела вказують на те, що термін «юрисдикція» (в перекладі з латинської «jurisdiction» означає судочинство або право говорити, проголошувати) в широкому розумінні означає встановлену законодавством сукупність повноважень відповідних органів державної влади розглядати й вирішувати правові спори та справи про правопорушення, давати правову оцінку діям осіб або інших суб'єктів права з погляду їх правомірності або неправомірності. У більш вузькому розумінні юрисдикція означає відправлення правосуддя або підсудність. Її зміст розкривається через реалізацію судом повноважень керувати процесом, ухвалювати судові рішення, зобов'язувати до виконання судових рішень<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Юридична енциклопедія : у 6 т. / редкол. : Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ : Укр. енцикл., 1998–2004. Т. 2: Д–Й. С. 490.

Конституційний Суд України ще у 2010 р., розглядаючи питання щодо підвідомчості справ, пов'язаних із соціальними виплатами, висловив позицію, що головними критеріями судової спеціалізації визнається предмет спірних правовідносин і властива для його розгляду процедура. Процесуальними кодексами України встановлено неоднакову процедуру судового провадження щодо різних правовідносин<sup>4</sup>.

Організація системи судів в Україні характеризується розподілом юрисдикції. Тож під юрисдикцією в контексті судової влади розуміється компетенція, якою наділені лише суди, щодо розгляду справ і прийняття в них обов'язкових рішень, які є кінцевими в рамках національної правової системи й не можуть бути переглянуті в позасудовому порядку. Це поняття певною мірою тотожне поняттю «підвідомчість», яке традиційно вживалося, коли йшлося про розмежування повноважень між судами та іншими державними органами або між загальними й господарськими судами. Однак законодавець відійшов від використання останнього стосовно судів, оскільки етимологічно «підвідомчість» походить від слів «відання», «відомство», які найчастіше вживаються щодо органів виконавчої влади. Термін «юрисдикція» точніше характеризує природу судової діяльності.

В основу виокремлення виду судочинства покладено принцип спеціалізації судів на розгляді цивільних, кримінальних, господарських, адміністративних справ, а також справ про адміністративні правопорушення (ст. 18 Закону України «Про судоустрій і статус судів»). В.В. Сердюк, досліджуючи проблеми спеціалізації судової юрисдикції, вказував, що вона поділяється за функціональним, предметним і територіальним критеріями. Якщо функціональний критерій характеризує обсяг повноважень судів з погляду їхньої діяльності, тобто інстанційності, предметний – обсяг повноважень щодо відповідних правових об'єктів судового захисту, територіальна підсудність охоплює повноваження, визначені певною територією діяльності органів судової влади<sup>5</sup>.

Цивільна юрисдикція – це повноваження загальних судів розглядати й вирішувати цивільні справи, що виникають із приватноправових відносин, за правилами цивільного судочинства. Ознаками цивільної юрисдикції можна назвати такі: 1) предмет спору, який визначається характером спірних правових відносин (*цивільними, земельними, трудовими, сімейними, житловими й іншими правовід-*

*носинами; вимоги щодо реєстрації майна та майнових прав, інших реєстраційних дій, якщо такі вимоги є похідними від спору щодо такого майна або майнових прав, якщо цей спір підлягає розгляду в місцевому загальному суді й переданий на його розгляд з такими вимогами; 3) як правило, наявність спору про право; 4) виключення з юрисдикції інших судових органів; 5) суб'єктний склад юридичного спору (однією зі сторін у спорі є, як правило, фізична особа).*

Для реалізації конституційних гарантій права на судовий захист, унеможливлення випадків безпідставної відмови в прийнятті заяв, забезпечення правильного й однакового застосування судами законодавства під час вирішення питання про визначення цивільної юрисдикції в цивільних справах залишається актуальною Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання юрисдикції загальних судів та визначення підсудності цивільних справ» від 1 березня 2013 р. № 3.

Застереження, що суди розглядають у порядку цивільного судочинства також вимоги щодо реєстрації майна та майнових прав, інших реєстраційних дій, якщо такі вимоги є похідними від спору щодо такого майна або майнових прав, якщо цей спір підлягає розгляду в місцевому загальному суді і переданий на його розгляд з такими вимогами, указує на те, що зміст способу захисту, суб'єктний склад учасників справи мають також визначатися основним спором. Вагоме значення для розгляду цих справ будуть мати не тільки профільні кодекси, за якими визначається характер спірних правовідносин, а й Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 1 липня 2004 р. № 1952-IV, оскільки саме цим Законом визначено, що сутність державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень полягає в офіційному визнанні й підтвердженні державою фактів набуття, зміни або припинення речових прав на нерухоме майно, обтяжень таких прав шляхом унесення відповідних відомостей до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно.

Вирішуючи питання про об'єднання кількох вимог в одне провадження, суд зобов'язаний кожному з них проаналізувати на предмет видової належності цивільному судочинству. Наприклад, вимога про визнання батьківства може об'єднуватися з вимогою про стягнення аліментів; вимога про поновлення на роботі може об'єднуватися в одне провадження з вимогою про стягнення заробітної плати за час вимушеного прогулу тощо. У ст. 20 ЦПК України імперативно встановлено заборону про недопустимість об'єднання в одне провадження вимог, які підлягають розгляду за правилами різних видів судочинства, якщо інше не встановлено законом.

Винятки із цього загального правила встановлюються процесуальним законом, наприклад,

<sup>4</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвідомчості справ, пов'язаних із соціальними виплатами» від 9 вересня 2010 р. № 19-рп/2010. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/v019p710-10> (дата звернення: 20.11.2019).

<sup>5</sup> Сердюк В.В. Юрисдикція судів України за спеціалізацією: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура та адвокатура». Київ: Київськ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка, 2003. С. 11; 16.

в абз. 2 ч. 1 ст. 19 ЦПК України визначено можливість розгляду в порядку цивільного судочинства також вимоги щодо реєстрації майна та майнових прав, інших реєстраційних дій, якщо такі вимоги є похідними від спору щодо такого майна або майнових прав, якщо цей спір підлягає розгляду в місцевому загальному суді й переданий на його розгляд із такими вимогами.

Гарантуванням дотримання вимог цієї статті є настання наслідків процесуального характеру, а саме: 1) позовна заява в частині вимоги, яка не підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства повертається заявнику (п. 2 ч. 4 ст. 185 ЦПК України); 2) суд відмовляє у відкритті провадження у справі, якщо заява не підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства (п. 1 ч. 1 ст. 186 ЦПК України); 3) суд своєю ухвалою закриває провадження у справі, якщо справа не підлягає розгляду в порядку цивільного судочинства (п. 1 ч. 1 ст. 255 ЦПК України); 4) суд апеляційної інстанції може скасувати судові рішення повністю або частково із закриттям провадження у справі або залишенням позову без розгляду у відповідній частині в разі порушення правил юрисдикції загальних судів, визначених ст. ст. 19–22 ЦПК України, незалежно від доводів апеляційної скарги (ч. 2 ст. 377 ЦПК України); 4) суд касаційної інстанції скасовує рішення повністю або частково із закриттям провадження у справі або залишенням позову без розгляду у відповідній частині в разі порушення правил юрисдикції загальних судів, визначених ст. ст. 19–22 ЦПК України, незалежно від доводів касаційної скарги (ч. 2 ст. 414 ЦПК України).

У статті 21 ЦПК України визначено, що сторони мають право передати спір на розгляд третейського суду, крім випадків, установлених законом.

Гарантуючи право на звернення до суду за захистом законодавець водночас передбачив, що учасники справи діють на диспозитивній основі, а отже, розпоряджаються своїми правами щодо предмета спору на власний розсуд. Тож угода сторін про передачу спору на розгляд третейського суду допускається. До третейського суду за угодою сторін може бути переданий будь-який спір, який виникає із цивільних правовідносин, крім випадків, передбачених законом (ч. 4 ст. 4 ЦПК України). Зокрема, ч. 5 ст. 294 ЦПК України передбачено, що справи окремого провадження не можуть бути передані на розгляд третейського суду й не можуть бути закриті у зв'язку з укладенням мирової угоди. Крім того, Законом України «Про третейські суди» (ст. 6) встановлено виключення з підвідомчості справ третейським судам. Разом із тим Законом України «Про третейські суди» передбачено, що спір може бути переданий на розгляд третейського суду за наявності між сторонами третейської угоди, яка, у свою чергу, має відповідати вимогам цього Закону (ст. 5). Зокрема, ст. 12 Закону України «Про третейські суди» визначено види й форму третей-

ської угоди. Так, третейська угода може бути укладена у вигляді третейського застереження в договорі, контракті або у вигляді окремої письмової угоди. Обов'язковою умовою є те, що третейська угода укладається в письмовій формі. Третейська угода вважається укладеною, якщо вона підписана сторонами чи укладена шляхом обміну листами, повідомленнями по телетайпу, телеграфу або з використанням засобів електронного чи іншого зв'язку, що забезпечує фіксацію такої угоди, або шляхом направлення відзиву на позов, в якому одна зі сторін підтверджує наявність угоди, а інша сторона проти цього не заперечує.

Крім того, ст. 22 ЦПК України встановлено право сторін на передачу спору на розгляд іноземного суду. Умовами реалізації цього права є: 1) конкретизація випадків (ситуацій) у законі або міжнародному договорі, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України; 2) належність спору до юрисдикції загального суду; 3) наявність угоди між сторонами про визначення юрисдикції для вирішення спору судом іншої держави. У цій статті не міститься спеціальних застережень щодо суб'єктного складу: хто може бути сторонами спору (фізичні, юридичні особи, держава; громадяни України, іноземці, особи без громадянства). Відсутні й спеціальні застереження стосовно предметної чи територіальної юрисдикції (підсудності), наприклад, виключної. Тож усі ці питання мають бути вирішені (встановлені) законом або договором, наприклад, Законом України «Про міжнародне приватне право», якщо справа розглядається за участі іноземних осіб. Наприклад, суттєві зміни відбулися в справах, пов'язаних із аліментними зобов'язаннями, оскільки з 19 жовтня 2006 р. для України набули чинності Конвенція про стягнення аліментів за кордоном (укладена в Нью-Йорку 20 червня 1956 р.) та Конвенція про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання, підписана 23 листопада 2007 р. (Конвенцію ратифіковано із заявами та застереженнями Законом України від 11 січня 2013 р. № 26-VII).

Територіальна цивільна юрисдикція (підсудність), на відміну від предметної цивільної юрисдикції, встановлює норми, за якими визначається судовий орган із єдиної судової системи України, до якого потрібно подати заяву та який буде розглядати конкретну цивільну справу.

ЦПК України визначено порядок встановлення підсудності справи, у якій однією зі сторін є суд або суддя суду, до підсудності якого зарахована ця справа. У цьому разі підсудність визначається ухвалою суду вищої інстанції, постановленою без повідомлення сторін. Процедура вирішення питання про підсудність передбачена ч. 6 ст. 31 ЦПК України: справа не пізніше п'яти днів із дня надходження позовної заяви передається на підставі розпорядження голови суду до суду вищої інстанції для визначення підсудності.

Заявник також має право під час подачі позовної заяви звернутися із заявою (клопотанням) для вирішення питання про зміну підсудності. Відповідно до ч. 2 ст. 182 ЦПК така заява (клопотання) подається в письмовій формі й має відповідати вимогам, установленим у ст. 183 ЦПК України. Наступний алгоритм дій має відповідати процедурі, визначеній ч. 6 ст. 31 ЦПК України.

За результатами розгляду розпорядження голови суду суддя вищої інстанції постановляє ухвалу, якою визначає конкретний судовий орган, що буде розглядати цивільну справу.

Підсудність справ, у яких однією зі сторін є Верховний Суд або суддя цього суду, визначається за загальними правилами підсудності.

### Висновки

Отже, цивільна юрисдикція в контексті реалізації права на повноважний суд може бути визначена як компетенція судів щодо розгляду й вирішення справ, що виникають із приватноправових відносин, за правилами цивільного судочинства. Приватноправові відносини характеризуються, як правило, від-

сутністю підпорядкування одного учасника іншому; здійснюються вони на диспозитивній основі; реалізуються через свою індивідуальну цивільну правота дієздатність. Учасники цих відносин реалізують у них свої приватні інтереси.

Предмет цивільної юрисдикції становлять справи про захист порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів у приватноправових відносинах. Ідеться про справи щодо захисту прав, свобод чи інтересів, що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин та інших правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства. В окремих випадках деякі з названих відносин можуть бути публічно-правовими, що виключає цивільну юрисдикцію. Ідеться, наприклад, про земельні відносини, пов'язані з прийняттям рішення органом місцевого самоврядування про надання земельної ділянки; про трудові відносини, пов'язані зі здійсненням державного контролю за дотриманням правил охорони праці тощо. Спори щодо таких відносин належить розглядати за правилами адміністративного судочинства.



## Administrative responsibility measures in the field of agroindustrial complex of Ukraine

*Ivanova Hanna*

*Candidate of Juridical Sciences,*

*Doctoral Student of the Department of Administrative Law and Administrative Activities*

*Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine*

The author of the article made a detailed analysis of the current normative acts, which stipulate the imposition of penalties for violation of public relations in the sphere of agroindustrial complex of Ukraine. Violation of mandatory norms threatens the stability and continuity of functioning of agriculture – the leading branch of the agroindustrial complex of Ukraine, decreases production, export volumes and efficiency of investment activity. Administrative responsibility and its general features, legal responsibility for violations of agrarian legislation, offenses committed in the field of organic agriculture, became the subject of attention among a considerable number of scientists, but the author personally examined the administrative and legal status of the subjects of the agroindustrial complex of Ukraine and questions concerning improvement of legislation in this field. Analysing the legal framework of the agroindustrial complex of Ukraine, the author emphasizes that the existing norms in the legislative acts are not systematic in nature: there are a large number of blank dispositions that send to special normative acts, and their chaotic arrangement makes it impossible to establish the real meaning or other offense. It is also doubtful whether there are norms that regulate identical or homogeneous social relations in different sections of the law. The author elucidates that the systematization should be carried out within the framework of already existing normative acts, with regard to the subject of study such acts are, first of all, the Code of Administrative Offenses, the Code of Administrative Judiciary of Ukraine, the Tax Code of Ukraine and the Law of Ukraine “On Ensuring Sanitary and Epidemic Well-being of the Population”. In connection with the analysis, the author emphasizes the outdated provisions on state inspectors and the lack of a clear demarcation between bodies, which are currently authorized to impose penalties on offenders in the field of agriculture. Administrative punishment measures, in turn, act as a regulator of public relations, as well as the state's response to the offense committed and are intended to ensure the implementation of the basic principles of the rule of law. By amending the existing regulations, the author suggests mechanisms for their elimination of shortcomings.

### Заходи адміністративної відповідальності у сфері агропромислового комплексу України

*Іванова Ганна Сергіївна*

*кандидат юридичних наук,*

*докторант кафедри адміністративного права та адміністративної діяльності*

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Україна*

#### Вступ

За стрімкого розвитку будь-якої сфери економіки країни поширюються й шляхи незаконного впливу на неї; не є винятком й аграрна сфера. Порушення загальнообов'язкових норм ставить під загрозу стабільність і безперервність функціонування сільського господарства – провідної галузі агропромислового комплексу України (далі – АПК України), знижуються показники виробництва, обсяги експорту й ефективність інвестиційної діяльності. У зв'язку з цим і з метою правового виховання правопорушника, недопущення ним та іншими особами порушення норм закону законодавець закріпив один із заходів юридичної відповідальності – адміністративне стягнення<sup>1</sup>. Незважаючи на це, юридична природа наявних адміністративно-правових норм не є досконалою та потребує значних доповнень з ура-

хуванням сучасного стану суспільства і стрімких процесів глобального розвитку АПК України. Хоча рівень експорту АПК України на початку 2019 року зріс на 34,3%<sup>2</sup>, зволікання з боку законодавця конкретними нормами створює перспективи до зниження зазначених показників, у свою чергу, розроблення й оновлення законодавчої бази позитивно відобразиться не тільки на обсягах виробництва, а й на якості продукції, що виробляється аграрним сектором.

**Метою статті** є аналіз чинних адміністративно-правових норм, що регулюють суспільні відносини у сфері АПК України, пошук наявних недоліків правового регулювання агросфери, пов'язаних із реалізацією адміністративної відповідальності, та надання пропозиції щодо залучення новітніх механізмів нормативного забезпечення агро

<sup>1</sup> Кодекс України про адміністративні правопорушення (статті 1–212<sup>21</sup>): Кодекс України від 07.12.1984 № 8073-Х. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1984. № 51. Ст. 1122.

<sup>2</sup> Експорт продукції АПК в країни ЄС. URL: [https://zn.ua/ECONOMICS/eksport-produkcii-apk-v-es-vyros-na-34-3-329897\\_.html](https://zn.ua/ECONOMICS/eksport-produkcii-apk-v-es-vyros-na-34-3-329897_.html) (дата звернення: 15.09.2019).

суб'єктів, які реалізують політику в агросфері, на суб'єктів господарювання.

Об'єкт дослідження – правові норми, що регулюють суспільні відносини, пов'язані з адміністративною відповідальністю у сфері АПК України.

### Виклад основного матеріалу

Адміністративна відповідальність і її загальні ознаки, юридична відповідальність за порушення аграрного законодавства, правопорушення, вчинені у сфері органічного сільського господарства, стали предметом уваги серед чималої кількості науковців, серед яких – І.Л. Бородін, В.А. Бортник<sup>3</sup>, Р.Я. Заяць<sup>4</sup>, значну увагу приділено реалізації юридичної відповідальності за порушення рослинного законодавства, серед таких варто відзначити роботи О.А. Фінчук<sup>5</sup>, Н.А. Берлач<sup>6</sup> та інших. Автором статті особисто досліджено адміністративно-правовий статус суб'єктів АПК України та питання стосовно вдосконалення законодавства в зазначеній сфері. Попри значний рівень заінтересованості серед правознавців та з огляду на динамічний рівень розвитку суспільних відносин в аграрній сфері, їх гармонізацію до норм Європейського права, тема адміністративної відповідальності залишається вкрай актуальною й потребує подальших досліджень.

Під час вступу України на Європейський шлях економічного розвитку збільшилися й потреби щодо відповідних стандартів, серед таких можна виділити стандарти якості й обсягів виробітку продукції сільськогосподарського призначення. На жаль, маючи значний потенціал у виробництві такої продукції, Україна не може повною мірою здійснити заходи щодо його реалізації, підтвердженням цього є стан аграрного розвитку європейських країн, який у разі перевищує рівень розвитку українського агросектору. У зв'язку з цим актуальним є питання пошуку недоліків у площині публічного адміністрування галузі агрокомплексу, а отже, доцільно здійснити поглиблений аналіз заходів державного впливу на правопорушника, що реалізується в державному примусі та відображається в адміністративній відповідальності.

Визначаючи категорію «адміністративна відповідальність», варто наголосити на тому, що чинний Кодекс України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) не містить легального визначення цього поняття, проте зазначає, що її заходом є адміністративне стягнення<sup>7</sup>. Юридичний зміст цієї категорії слушно розкрито І.Л. Бородіном і В.А. Бортником, які зійшлися на тому, що визначили адміністративну відповідальність через призму застосування повноважним суб'єктом заходів примусового характеру до правопорушника<sup>8</sup>. Схожої позиції дотримується й Р.Я. Заяць, який, наголосивши на ознаках адміністративної відповідальності, дійшов висновку про її публічно-обов'язковий характер, широке коло суб'єктів, відсутність відносин підпорядкування між владним суб'єктом та особою, що притягається до відповідальності<sup>9</sup>. Словник юридичних термінів під адміністративною відповідальністю розуміє реалізацію адміністративних санкцій до фізичних і юридичних осіб, які вчинили правопорушення<sup>10</sup>. Отже, беручи в сукупності головні ознаки адміністративної відповідальності, доктринальні та етимологічні підходи до його визначення, пропонуємо під адміністративною відповідальністю розуміти захід державного впливу, що полягає в обов'язку уповноваженого суб'єкта публічної влади застосувати до особи-правопорушника невідгідні наслідки правового характеру – адміністративні стягнення.

З Основного Закону випливає, що в Україні визнається й діє принцип верховенства права<sup>11</sup>. Дійсний зміст цієї правової категорії продовжує ставати предметом жвавих дискусій на законодавчому та доктринальному рівнях. Конституційний Суд України стосовно цього питання висловився доволі лаконічно, визначивши, що принцип верховенства права є ніщо інше, як панування права в суспільстві, і зазначивши, що кожен без винятку закон повинен відповідати таким структурним елементам верховенства права, як соціальна справедливість, свобода й рівність<sup>12</sup>. Безспірно, ці елементи є вкрай важливими для з'ясування дійсного змісту категорії «верховенства права», проте, на нашу думку, найбільш влучною й системною вбачається концепція, запропонована в доповіді Європейської комісії «За демо-

<sup>3</sup> Бортник В.А., Бородін І.Л. Адміністративна відповідальність : навчальний посібник. Київ, 2011. 136 с.

<sup>4</sup> Заяць Р.Я. Поняття та ознаки адміністративної відповідальності. *Наукові записки Львівського університету бізнесу та права*. 2012. № 8. С. 17–20.

<sup>5</sup> Фінчук О.А. Законодавче забезпечення адміністративної відповідальності за порушення аграрного законодавства. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. 2013. № 6. Т. 2. URL: <http://vestnik-pravo.mgu.od.ua/archive/juspradenc6-3-2/16.pdf> (дата звернення: 20.09.2019).

<sup>6</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України. Рішення Конституційного Суду України; Окрема думка від 02.11.2004 № 15-рп/2004. *Офіційний вісник України*. 2004. № 45. Ст. 2975.

<sup>7</sup> Кодекс України про адміністративні правопорушення (статті 1–212<sup>1</sup>): Кодекс України від 07.12.1984 № 8073-Х. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1984. № 51. Ст. 1122.

<sup>8</sup> Бортник В.А., Бородін І.Л. Адміністративна відповідальність : навчальний посібник. Київ, 2011. 136 с. С. 27.

<sup>9</sup> Там само. С. 19.

<sup>10</sup> Словник юридичних термінів. URL: <https://alibi-ua.com.ua/ua/slovar-yuridicheskikh-terminov/> (дата звернення: 17.09.2019).

<sup>11</sup> Конституція України : Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

<sup>12</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України. Рішення Конституційного Суду України; Окрема думка від 02.11.2004 № 15-рп/2004. *Офіційний вісник України*. 2004. № 45. Ст. 2975.

кратію через права» (Венеційська комісія) щодо верховенства права, затверджена на восьмому пленарному засіданні 25–26 березня 2011 р. Розкривши принцип верховенства права через такі складники, як законність, правова визначеність, заборона свавілля, доступ до правосуддя, дотримання прав і свобод людини, заборона дискримінації та рівність перед законом<sup>13</sup>, комісія окреслила всю повноту і взаємопов'язаність його структурних елементів, що складаються в єдину систему, яка повинна стати основним орієнтиром для політики будь-якої демократичної країни, і підтвердила тезу, що виключення одного з елементів системи взаємовиключає систему загалом. У цьому аспекті особливу увагу варто звернути на принцип правової визначеності, саме від нього залежить, наскільки правильно тим чи іншим суб'єктом буде витлумачено конкретно норму, відповідно, її виправданість та ефективність. Із цією метою існує нагальна потреба в аналізі наявних норм, що окреслюють відповідальність у сфері АПК України.

Аналіз наявних норм варто почати з нормативного акта, що має найвищу юридичну силу. Так, Конституція України містить положення, згідно з яким на кожного покладено обов'язок не заподіювати шкоду природі<sup>14</sup>. Наступним актом, що встановлює юридичну відповідальність, необхідно визнати чинний КУпАП, зокрема такі його розділи, як адміністративні правопорушення в галузі охорони праці і здоров'я населення (глава 5), де йдеться про норми, пов'язані з охороною від забруднення сільськогосподарської продукції, перевищення гранично допустимих норм використання добрив і хімічних препаратів; адміністративні правопорушення у сфері охорони природи, використання природних ресурсів, охорони культурної спадщини (глава 7), а саме про псування й забруднення сільськогосподарських земель і порушення правил їх використання, правил охорони водних ресурсів, водокористування, пошкодження сінокосів і пасовищних угідь, самовільне сінокошення й пасіння худоби, збирання дикорослих плодів, горіхів, грибів, ягід, випалювання рослинності чи її залишків і, нарешті, порушення законодавства у сфері рослинництва і тваринництва; правопорушення в сільському господарстві (глава 9), у цій главі передбачені правопорушення, що стосуються насамперед заподіяння шкоди встановленому порядку ведення господарства<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Доповідь Європейської комісії «За демократію через право» (Венеційська комісія) від 04.04.2011 № 512. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-ukr) (дата звернення: 18.09.2019).

<sup>14</sup> Конституція України: Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

<sup>15</sup> Кодекс України про адміністративні правопорушення (статті 1–212<sup>21</sup>): Кодекс України від 07.12.1984 № 8073-Х. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1984. № 51. Ст. 1122.

Кодекс України про адміністративні правопорушення (статті 213–330): Кодекс України від 07.12.1984 № 8073-Х. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1984. № 51. Ст. 1122.

Щодо спеціальних нормативних актів, до яких відсилає КУпАП, варто визначити такі: Закон України «Про фермерське господарство» від 19 червня 2003 р.; Кодекс України «Про надра» від 27 липня 1994 р., Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р.; Закон України «Про захист рослин» від 14 жовтня 1998 р., Закон України «Про вилучення з обігу, переробку, утилізацію, знищення або подальше використання неякісної та небезпечної продукції» від 14 січня 2000 р., Закон України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів» від 23 грудня 1997 р. тощо.

У підсумку до зазначеного варто зацентувати увагу на тому, що наявні в законодавчих актах норми не мають системного характеру, ідеться насамперед про чималу кількість бланкетних диспозицій, які відсилають до спеціальних нормативних актів, а їх хаотичне розташування робить неможливим установлення реального змісту того чи іншого правопорушення. За своїм характером наявність бланкетних диспозицій виправдовується неможливістю того чи іншого законодавчого акта вбирати в себе чималий обсяг спеціальних інструкцій, технічних правил та експлуатаційних норм, проте в цьому разі доречно говорити про поняття розумності використання такої законодавчої конструкції й необхідності проведення процедури систематизації законодавства, що стосується заходів адміністративного впливу, які застосовуються до осіб правопорушників.

Сумніви викликає також доцільність наявності норм, предметом регулювання яких є тотожні чи однорідні суспільні відносини в різних розділах закону. Так, зокрема ст. 83<sup>1</sup> має назву «Порушення законодавства про захист рослин», тоді як у ст. 104 Кодексу визначено відповідальність за знищення врожаю, порушення правил ведення рослинного господарства.

У зв'язку з динамічним характером розвитку суспільних відносин, що регулюються адміністративним правом, убачається за неможливе згрупувати всі адміністративно-правові норми в єдиному кодифікованому акті, тому доцільно наголосити на тому, що систематизацію необхідно проводити в межах уже чинних нормативних актів. Стосовно предмета дослідження такими актами є насамперед КУпАП, Кодекс адміністративного судочинства України, Податковий кодекс України та Закон України «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення». Зокрема, ідеться про систематизацію норм, що стосуються відповідальності за порушення рослинного і тваринного законодавства, оподаткування за операціями з сільськогосподарського товариствами та послугами, вилучення дублюючих норм КУпАП, що стосуються відповідальності за порушення санітарного законодавства тощо.

У контексті недосконалої нормативного забезпечення сфери АПК з погляду адміністративно-



правового регулювання слушною є думка Н.А. Берлач, яка взагалі наголошує на відсутності спеціалізованих актів, що врегульовували б конкретні нормативи в сільському господарстві, за порушення яких передбачено адміністративну відповідальність. Серед таких вона виділяє, зокрема, нормативи щодо органічної продукції<sup>16</sup>.

На підтримку позиції О.А. Фінчук, яка пропонує узагальнити наявну нормативну базу з питань правового регулювання діяльності АПК та сформулювати в законопроекті Кодексу України про адміністративні проступки окремий розділ, що містить відповідальність за порушення аграрного законодавства<sup>17</sup>, зазначимо, що такий законодавчий крок дасть змогу вирішити чималу кількість наявних проблем. Це передусім дублювання норм, їх безсистемний характер, наявність колізій і прогалин і низки НПА, до яких змушений звертатися як правозастосовувач, так і суб'єкт господарювання, тим самим створюючи плутанину як для першого, так і для останнього. Проте варто розуміти, що під час формулювання окремого розділу Кодексу увага законодавця повинна спрямовуватися більшою мірою на забезпечення невідворотності відповідальності, а не щодо розміру конкретної санкції.

Характер заходів адміністративного впливу для їх успішної реалізації має підтримуватися належним рівнем нормативного забезпечення, одне з первинних питань такого забезпечення лежить у межах повноважень державних органів, що уповноважені здійснювати нагляд і контроль за порушенням аграрного законодавства. З аналізу норм КУпАП можна виділити такого суб'єкта, як центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері нагляду в АПК<sup>18</sup>. Саме щодо нього існує проблема, що межує з принципом правової визначеності.

Відповідно до ст. 244 КУпАП, від імені зазначеного суб'єкта розглядати справи про адміністративні правопорушення й накладати адміністративні стягнення мають права такі суб'єкти, як головний державний інспектор сільського господарства України, головні державні інспектори сільського господарства та їх заступники в АРК, областях, Києві та Севастополі, старші державні інспектори сільського господарства, державні інспектори сільського господарства<sup>19</sup>. Однак, згідно з Постановою Кабі-

нету Міністрів України № 422, у зв'язку з проведенням політики оптимізації ЦОВВ Державна інспекція сільського господарства ліквідована, а її функції розподілено між такими органами, як Державна служба з питань геодезії, картографії та кадастру й Державна служба з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів<sup>20</sup>.

Перша здійснює повноваження щодо нагляду та контролю в АПК в частині дотримання земельного законодавства, використання й охорони земель усіх форм власності, родючості ґрунтів<sup>21</sup>. Державна служба з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів здійснює функції щодо реєстрації й обліку машин, їх експлуатації, технічного стану, контроль за додержанням законодавства про захист прав споживачів і рекламу в цій сфері, якістю зерна та продуктів його переробки, за додержанням заходів біологічної й генетичної безпеки щодо сільськогосподарських рослин під час створення, дослідження та практичного використання генетично модифікованого організму у відкритих системах на підприємствах, в установах та організаціях агропромислового комплексу незалежно від їх підпорядкування й форми власності, здійснення радіаційного контролю за рівнем радіоактивного забруднення сільськогосподарської продукції і продуктів харчування у сфері охорони насінництва та розсадництва тощо<sup>22</sup>. Крім того, Наказом Мінагрополітики № 866 відбулися істотні зміни в питанні зміни органів, уповноважених на здійснення функцій контролю за порушенням законодавства у сфері насінництва та розсадництва, а саме відбулася реорганізація Української насінневої інспекції та Української державної помологічно-ампелографічної інспекції, які приєдналися до Державної інспекції сільського господарства, яка стала правонаступником їхніх прав та обов'язків, а Головна державна інспекція захисту рослин стала частиною Державної ветеринарної та фітосанітарної служби України. Проте остання також реорганізована в Державну службу з питань безпечності харчових продуктів та захисту прав споживачів<sup>23</sup>.

У зв'язку з проведеним аналізом змушені звернути увагу на недосконалість чинного законодавства, а саме чинний КУпАП містить застарілі положення про державних інспекторів, не визначає

<sup>16</sup> Берлач Н.А. Адміністративна відповідальність за правопорушення, вчинені у сфері органічного сільського господарства. *Часопис Київського університету права*. 2010. № 1. С. 112–117.

<sup>17</sup> Фінчук О.А. Законодавче забезпечення адміністративної відповідальності за порушення аграрного законодавства. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. 2013. № 6. Т. 2. URL: <http://vestnik-pravo.mgu.od.ua/archive/juspradenc6-3-2/16.pdf> (дата звернення: 20.09.2019).

<sup>18</sup> Кодекс України про адміністративні правопорушення (статті 1–212<sup>21</sup>): Кодекс України від 07.12.1984 № 8073-Х. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1984. № 51. Ст. 1122.

<sup>19</sup> Кодекс України про адміністративні правопорушення (статті 1–212<sup>21</sup>): Кодекс України від 07.12.1984 № 8073-Х. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1984. № 51. Ст. 1122.

<sup>20</sup> Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади: Постанова Кабінету Міністрів України від 10.09.2014 № 442. *Офіційний вісник України*. 2014. № 74. Ст. 2105.

<sup>21</sup> Про Державну службу України з питань геодезії, картографії та кадастру: Постанова Кабінету Міністрів України від 14.01.2015 № 15. *Офіційний вісник України*. 2015. № 7. Ст. 164.

<sup>22</sup> Про затвердження Положення про Державну службу України з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів: Постанова Кабінету Міністрів України від 02.09.2015 № 667. *Офіційний вісник України*. 2015. № 73. Ст. 2402.

<sup>23</sup> Про утворення територіальних органів Державної служби з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів: Постанова Кабінету Міністрів України; Перелік від 16.12.2015 № 1092. *Офіційний вісник України*. 2016. № 2. Ст. 75.

й не надає чіткого розмежування між органами, які нині уповноважені накладати стягнення на правопорушників у сфері АПК. Чинна норма оперує поняттям «Центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері нагляду (контролю) в АПК», ставлячи акцент на єдиному органі та нехтуючи рішенням уповноважених суб'єктів щодо реорганізації владних і розподілу контрольно-наглядових повноважень в АПК. Отже, пропонуємо викласти ст. 244 КУпАП у такій редакції:

Частина 1 ст. 244 КУпАП: Центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері нагляду та контролю у сфері геодезії картографії та кадастру, розглядає справи про адміністративні правопорушення, пов'язані з порушенням законодавства у сфері використання й охорони земель, а також адміністративні правопорушення, передбачені статтями 54–56.

У пункті 1 ч. 2 ст. 244 слова «головний державний інспектор сільського господарства України» замінити словами «головний державний інспектор у сфері державного контролю за використанням та охороною земель».

У пункті 2 ч. 2 ст. 244 слова «головні державні інспектори сільського господарства» – словами «головні державні інспектори у сфері державного контролю за використанням та охороною земель»

У пункті 3 ч. 2 ст. 244 слова «старші державні інспектори сільського господарства» – словами «старші державні інспектори у сфері державного контролю за використанням та охороною земель».

Доповнити главу 17 КУпАП ст. 244<sup>22</sup> «Центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері контролю за безпечністю харчових продуктів та захисту споживачів»: Центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері контролю за безпечністю харчових продуктів та захисту споживачів, розглядає справи

про адміністративні правопорушення, пов'язані з порушенням законодавства у сфері порядку й умов ведення насінництва та розсадництва, правил технічної експлуатації сільськогосподарських машин і техніки безпеки, невиконанням вимог посадових осіб, які здійснюють державний контроль у галузі охорони навколишнього природного середовища, використання природних ресурсів, радіаційної безпеки або охорону природних ресурсів (статті 104<sup>1</sup>, 108, 188<sup>5</sup>).

Від імені Центрального органу Виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері контролю за безпечністю харчових продуктів та захисту споживачів, розглядати справи про адміністративні правопорушення мають право керівник зазначеного органу й уповноважені ним посадові особи.

### Висновки

Підсумовуючи зазначене, дійшли висновку про першочергове значення публічного адміністрування для агропромислової сфери України. Заходи адміністративного стягнення, у свою чергу, є регулятором суспільних відносин, а також реакцією держави на вчинене правопорушення й покликані забезпечити реалізацію основних принципів верховенства права. Проте юридична конструкція чинних норм, що визначають конкретні стягнення й окреслюють коло повноважень державних органів у сфері АПК, не є ідеальною та потребує оновлення й удосконалення. У межах діяльності уповноважених суб'єктів реалізується захід ефективності державної політики загалом, а запорука високого рівня нормативного забезпечення суб'єктів, що опікують АПК, є гарантією посилення модернізаційних процесів і наближення до показників світових лідерів з виробництва сільськогосподарської продукції.

**State system of protection of intellectual property: tendencies of development in modern conditions***Korotun Olena**Candidate of Law,**Doctoral Student of the Public Law Research Institute, Ukraine*

The article highlights the important role of the state and its state bodies in regulating relations in ensuring the protection of intellectual property. To this end, the state creates legal instruments for the mechanism of protection of violated subjective rights of owners, legal owners of intellectual property rights, as well as other participants in intellectual property relations. The possibility of ensuring the protection of intellectual property by the executive and judicial authorities is based primarily on the provisions of the Constitution of Ukraine, special and international legislation in the field of intellectual property.

On the basis of the analysis of the activity of the authorized state bodies and the current normative legal acts, attention is drawn to the fact that in the system of activity of the state authorities and their officials there are problematic issues that affect the protection of intellectual property, specific examples that negatively affect the state protection of the intellectual property. One of these factors is the frequent changes occurring in the system of executive authorities that ensure the protection of intellectual property.

Today, the state intellectual property protection system has an extensive system of state bodies involved in the protection of intellectual property, a leading role among which is the Ministry of Economic Development, Trade and Agriculture, which is the main body in the system of central executive bodies that ensures the formation and implements state policy in the field of intellectual property. At the same time, in connection with the liquidation of the State Intellectual Property Service, the state has started to create new structures, one of which is the National Intellectual Property Office, on which the opinions of experts and scientists differ.

It is concluded that within the framework of the reform of the state legal protection of intellectual property in order to increase the efficiency of the activity of public administration bodies, directing the activity of officials to the fullest protection of intellectual property in accordance with European and international principles and standards, the state should define a clearly defined structure of the authorized state bodies intellectual property.

The author concludes that the creation of a new organizational and legal mechanism, the formation of management and management systems, the formation of new subjects of public administration, the construction of new links of the structure of the management apparatus are necessary for the ordering and stability of the state system, which is intended to ensure the proper protection and protection of intellectual state ownership, and therefore the National Intellectual Property Authority must ensure that tasks are performed in accordance with a set of specific rights and responsibilities in the state of protection of intellectual property.

**Державна система охорони інтелектуальної власності: тенденції розвитку в сучасних умовах***Коротун Олена Миколаївна**кандидат юридичних наук,**докторант**Науково-дослідного інституту публічного права, Україна***Вступ**

Держава як найпотужніший інструмент упорядкування суспільних відносин виконує завдання щодо забезпечення охорони прав суб'єктів інтелектуальної власності. Задля цього вона формує або створює правовий інструментарій механізму захисту порушених суб'єктивних прав власників і законних володільців об'єктів права інтелектуальної власності у вигляді виконавчих і судових органів. Можливість забезпечення охорони інтелектуальної власності органами виконавчої та судової влади ґрунтується насамперед на положеннях Конституції України, спеціального й міжнародного законодавства у сфері охорони прав інтелектуальної власності. Проте часті зміни в системі центральних органів виконавчої

влади не завжди позитивно впливають на стан забезпечення охорони інтелектуальної власності.

Отже, з огляду на викладене, **метою статті** є дослідження сучасного стану діяльності органів публічної влади в забезпеченні охорони інтелектуальної власності.

**Виклад основного матеріалу**

Державний вплив упорядкування суспільних відносин у досліджуваній сфері здійснюється відповідно до встановлених нормами права прав та обов'язків, проте сучасні тенденції правового регулювання не завжди враховують об'єктивну закономірність щодо забезпечення належної охорони й захисту прав правовласників об'єктів права інте-

лектуальної власності, права яких мають стосунок до окремих правових режимів об'єктів інтелектуальної власності, законодавець не завжди враховує практичний складник, що є гарантом забезпечення охорони прав інтелектуальної власності.

Стаття 55 Конституції України закріплює й гарантує кожному використанню всіх національних засобів юридичного захисту, захист прав і свобод у судовому порядку. Відповідно до ч. 2 ст. 124 Основного Закону, юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір і всі правовідносини, що виникають у державі. Окрім конституційного права на адміністративний і судовий захист права інтелектуальної власності, на такі способи захисту вказують і численні норми спеціального законодавства у сфері інтелектуальної власності. Наприклад, згідно з ч. 1 ст. 52 Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 № 3792-ХІІ (у редакції Закону від 02.10.2018 № 2581-VIII), за захистом свого авторського права й (або) суміжних прав суб'єкти авторського права та суміжних прав мають право звертатися в установленому порядку до суду й інших органів відповідно до їхньої компетенції.

Специфічність адміністративного захисту права інтелектуальної власності полягає в тому, що це можуть бути різноманітні способи захисту порушеного суб'єктивного права на вибір особи. Загалом науковці вважають, що право на захист можна визначити як надану правомочній особі можливість застосовувати заходи, передбачені нормативно-правовими нормами для відновлення її порушених прав чи таких, що оспорується<sup>1</sup>.

Сьогодні державна система охорони інтелектуальної власності має розгалужену систему державних органів, які задіяні в забезпеченні захисту інтелектуальної власності. Не применшуючи ролі кожного з органів публічної влади в забезпеченні охорони інтелектуальної власності, варто зазначити, що, відповідно до Положення про Міністерство економічного розвитку, торгівлі та сільського господарства, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 20.08.2014 № 459 (у редакції Постанови Кабінету Міністрів України від 11.09.2019 № 459), Мінекономіки є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері інтелектуальної власності.

Відповідно до Положення, Мінекономіки разом із його структурними підрозділами й посадовими особами організовує в установленому порядку проведення експертизи заявок на об'єкти права інтелектуальної власності, видає патенти/свідоцтва на об'єкти права інтелектуальної власності; здійснює державну реєстрацію об'єктів права інтелектуальної влас-

ності, проводить реєстрацію договорів про передачу прав на об'єкти права інтелектуальної власності, що охороняються на території України, ліцензійних договорів; визначає уповноважені заклади для проведення експертизи заявок на об'єкти права інтелектуальної власності й доручає їм проведення такої експертизи; здійснює державний нагляд (контроль) за дотриманням суб'єктами господарювання незалежно від форми власності вимог законів України; надає адміністративні послуги у сфері інтелектуальної власності; здійснює атестацію та реєстрацію представників у справах інтелектуальної власності (патентних повірених) тощо.

Поряд із позитивними успіхами у сфері забезпечення охорони інтелектуальної власності, яка досягла Україна за часи незалежності, залишаються проблемні питання в системі державної правової охорони інтелектуальної власності. На думку Ю. Осадчева, основними проблемами правового регулювання інтелектуальної власності є приведення чинного законодавства до міжнародних норм і стандартів; удосконалення нормативно-правових актів у частині посилення правової охорони об'єктів права інтелектуальної власності та стимулювання розвитку інноваційної діяльності; оптимізація державного управління у сфері інтелектуальної власності; запровадження захисту авторського й суміжних прав у мережі «Інтернет»<sup>2</sup>. У свою чергу, В. Шестак зазначає, що для належного виконання державою взятих на себе зобов'язань вона має потурбуватися про розбудову системи суб'єктів, які будуть здійснювати реалізацію окремих її завдань, і створення правил діяльності для таких суб'єктів<sup>3</sup>.

Отже, в системі діяльності органів державної влади існують проблемні питання, що позначаються на охороні та захисті інтелектуальної власності. На проблемні питання в досліджуваній сфері зверталася увага в Концепції реформування державної системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні, схвалений Розпорядженням від 01.06.2016 № 402-р, у якій зазначено, що державна система правової охорони інтелектуальної власності засвідчила низьку ефективність у розв'язанні ключових завдань і нездатність забезпечити розвиток сфери інтелектуальної власності як важливого елемента національної інноваційної системи та базису інноваційної економіки держави. Недосконала й інертна на зміни система державного управління сферою правової охорони інтелектуальної власності призвела до відсутності істотного прогресу в адаптації нормативно-правової бази до сучасних

<sup>2</sup> Осадчев Ю. Проблеми правового регулювання інтелектуальної власності. URL: <http://lexliga.com/ua/novosti/problemyi-pravovogo-regulirovaniya-intelektualnoj-sobstvennosti> (дата звернення: 20.06.2019).

<sup>3</sup> Шестак В.С. Сучасний стан та перспективи законодавчого забезпечення реалізації культурної функції держави. URL: [old.pb.univd.edu.ua/?controller=service&action=download&download=23826](http://old.pb.univd.edu.ua/?controller=service&action=download&download=23826) (дата звернення: 20.06.2019).

<sup>1</sup> Світличний О.П., Курило В.І., Гиренко І.В. Основи права інтелектуальної власності : навчальний посібник / за заг. ред. О.П. Світличного. Донецьк : Донбас, 2012. 262 с.



економічних і політичних умов (боротьба з «патентним тролінгом», інтернет-піратством, задоволення потреб ІТ-галузі, військово-промислового й агропромислового комплексів тощо).

Про проблемні питання державної охорони інтелектуальної власності йдеться й у Національній стратегії розвитку сфери інтелектуальної власності в Україні на період до 2020 року. Концепцією замість трирівневої структури: Міністерство економічного розвитку і торгівлі України; Державна служба інтелектуальної власності; ДП «Український інститут інтелектуальної власності», ДП «Інтелзахист», ДО «Українське агентство з авторських та суміжних прав» – запроваджено дворівневу структуру державної системи правової охорони інтелектуальної власності шляхом ліквідації Державної служби інтелектуальної власності й ДП «Інтелзахист», трансформації ДО «Українське агентство з авторських та суміжних прав» у недержавну організацію колективного управління. Створення національного органу інтелектуальної власності, який є державною організацією, що утворюється на базі ДП «Український інститут інтелектуальної власності», належить до сфери управління Мінекономрозвитку. Фінансування діяльності зазначеного національного органу здійснюється за рахунок зборів та інших надходжень за дії, пов'язані з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності, а також оплати послуг, що надаються відповідно до законодавства.

Постановою Кабінету Міністрів України «Питання Міністерства економічного розвитку і торгівлі» від 11.05.2017 № 320 діяльність ДСІВ припинено, а її функції остаточно закріплено за Мінекономрозвитку (зараз Мінекономіки).

Сьогодні структурним підрозділом апарату Мінекономіки є департамент інтелектуальної власності, який діє відповідно до Положення про департамент інтелектуальної власності, затвердженого Наказом Мінекономрозвитку від 15.06.2017 № 871. До основних завдань департаменту належить забезпечення формування та реалізація державної політики у сфері інтелектуальної власності; організація в установленому порядку проведення експертизи заявок на об'єкти права інтелектуальної власності й видачі патентів/свідоцтв на об'єкти права інтелектуальної власності; забезпечення визначення уповноважених закладів для проведення експертизи заявок на об'єкти права інтелектуальної власності й доручення їм проведення такої експертизи; організація ведення державних реєстрів об'єктів права інтелектуальної власності; забезпечення проведення та здійснення координації роботи із забезпечення функціонування державної системи правової охорони інтелектуальної власності; координація співробітництва з Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами у сфері інтелектуальної власності тощо.

Характерною рисою адміністративно-правового статусу департаменту інтелектуальної власності Мінекономрозвитку є те, що раніше зазначені повноваження було закріплено за Державною службою інтелектуальної власності. Окрім того, Мінекономрозвитку видало Наказ «Про утворення державної організації «Національний офіс інтелектуальної власності» від 24.05.2018 № 718 і затвердило її Статут. Очевидно, як зазначає О. Духовна, створення ДО «Національний офіс інтелектуальної власності» не узгоджується з проголошеним у Концепції підходом до створення НОІВ – першочергове подання відповідного законопроекту й утворення НОІВ на базі державного підприємства «Український інститут інтелектуальної власності». Це також не відповідає проголошеному курсу на створення «єдиного вікна» щодо публічних послуг у сфері інтелектуальної власності й загальнодержавному курсу на оптимізацію кількості державних підприємств<sup>4</sup>.

Дискусії з приводу створення ДО «Національний офіс інтелектуальної власності» не стихають і сьогодні. Зокрема, К. Тищенко звертає увагу, що зі створенням Міністерством економічного розвитку і торгівлі України нової державної організації – Національний офіс інтелектуальної власності – ця державна некомерційна організація покликана виконувати всі стратегічні завдання держави щодо інтелектуальної власності, а також поточні доручення Мінекономрозвитку. Відтепер усі повноваження, покладені профільними законами, які регулюють відносини у сфері інтелектуальної власності, переходять до новоствореного Національного офісу інтелектуальної власності. Проте, проаналізувавши Статут НОІВ і Наказ Мінекономрозвитку про його створення, не можемо дати чітку відповідь, де саме в системі органів інтелектуальної власності місце НОІВ. Складається враження, ніби він стоїть поруч з усіма органами, але не перетинається із жодним із них. Статутом не визначено повноважень, згідно з якими НОІВ займатиметься безпосередньо експертною чи реєстраційною діяльністю. Тобто, наприклад, реєстрацією знаків для товарів і послуг і різноманітних аспектів авторського права й надалі займатимуться «Укрпатент» і відповідний підрозділ Мінекономрозвитку. Управління ж сферою інтелектуальної власності загалом залишається за Мінекономрозвитком, яке, хоча й передало багато повноважень НОІВ, може давати йому обов'язкові для виконання вказівки<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Духовна О. Реформування державної системи правової охорони ІВ: до чого готуватися. Юридична Газета. 2019. № 24 (678). URL: <http://jur-gazeta.com/publications/practice/zahist-intelektualnoyi-vlasnosti-avtorske-pravo/reformuvannya-derzhavnoyi-sistemi-pravovoyi-ohoroni-iv-do-chogo-gotuvatisya.html> (дата звернення: 23.08.2019).

<sup>5</sup> Тищенко К. Створено Національний офіс інтелектуальної власності. URL: <http://jurblog.com.ua/2018/06/stvoreno-natsionalniy-ofis-intelektualnoyi-vlasnosti/> (дата звернення: 23.08.2019).

Більш категоричною в питанні діяльності Національного офісу інтелектуальної власності є головний редактор журналу «Інтелектуальна власність в Україні» І. Абдуліна, яка звертає увагу на те, що єдиною реальною функцією створеного офісу є облік і розподіл зборів за дії, пов'язані з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності, тож цей факт викликає занепокоєння про чистоту помислів авторів Наказу. Створення такого офісу, на її думку, містить корупційний складник і є приводом для звернення щодо цього факту до антикорупційних органів України. Вона вважає, що Мінекономрозвитку у сфері інтелектуальної власності провалив реформу, не забезпечив заплановані зміни в законодавстві. Виконано в строки тільки одне: ліквідовано ДП «Інтелзахист». З колективним управлінням правами авторів відбулася ціла історія з обіцянками й непорозуміннями. Мінекономрозвитку показав свою повну некомпетентність і неспроможність організувати запланований результат. Як наслідок, Україна знову потрапила в так званий «піратський список 301»<sup>6</sup>.

Варто зазначити, що в Концепції реформування державної системи правової охорони інтелектуальної власності в Україні від 01.06.2016 № 402-р, схваленій Розпорядженням Кабінету Міністрів України, зазначається, що одним зі шляхів і способів розв'язання проблеми державної системи правової охорони інтелектуальної власності є створення на базі «Укрпатенту» Національного органу інтелектуальної власності, на який покладатиметься виконання таких основних завдань: участь у реалізації державної політики у сфері інтелектуальної власності; розроблення та внесення на розгляд головного органу в системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування й реалізацію державної політики у сфері інтелектуальної власності, пропозицій щодо забезпечення формування й реалізації державної політики у сфері інтелектуальної власності й удосконалення законодавчих і підзаконних актів у зазначеній сфері; проведення експертизи заявок на об'єкти права інтелектуальної власності; провадження діяльності, пов'язаної з охороною нетрадиційних об'єктів права інтелектуальної власності й інших результатів інтелектуальної діяльності (доменні імена, генетичні ресурси, традиційні знання, фольклор тощо); здійснення державної реєстрації об'єктів права інтелектуальної власності (видача охоронних документів); здійснення функцій Міжнародного пошукового органу й Органу міжнародної попередньої експертизи; здійснення функцій, пов'язаних із контролем за дотриманням вимог законодавства у сфері авторського права й суміжних прав; реєстрація фактів передання (передання) прав на об'єкти права інтелектуальної власності, що охо-

рюються на території України; ведення державних реєстрів прав на об'єкти інтелектуальної власності; визнання недійсними прав інтелектуальної власності в досудовому порядку (post-grant opposition); атестація та ведення реєстру представників у справах інтелектуальної власності (патентних повірених); здійснення інших функцій, визначених законодавством.

Широта обговореного питання потребує звернути увагу й на діяльність Ради з питань інтелектуальної власності як урядового консультативно-дорадчого органу, який створено Постановою Кабінету Міністрів України від 07.02.2018 № 90 з метою забезпечення вивчення та подолання проблемних питань, пов'язаних із формуванням і реалізацією державної політики у сфері інтелектуальної власності.

Завданнями Ради є координація роботи державних органів виконавчої влади, правоохоронних структур, судової системи, громадських об'єднань і галузевих асоціацій, наукових кіл, а також правовласників об'єктів права інтелектуальної власності задля подолання проблемних питань, пов'язаних із посиленням захисту прав інтелектуальної власності, інтегрування України в міжнародний і європейський інтелектуальний простір; стимулювання винахідницької діяльності, комерціалізації результатів інтелектуальної та творчої діяльності в Україні. Серед важливих завдань діяльності Ради є сприяння ліквідації загроз, пов'язаних із входженням України до Списку 301 у контексті «Спеціальної доповіді 301» Офісу Торговельного представника США щодо стану захисту прав інтелектуальної власності.

У результаті певний пласт функцій публічного управління національного органу інтелектуальної власності дає підстави звернути увагу на той факт, що статус «національного» повинен передбачати забезпечення охорони й захисту інтелектуальної власності щодо всіх об'єктів права інтелектуальної власності, у тому числі й охорони права інтелектуальної власності щодо селекційних досягнень у рослинництві (сорти рослин) і тваринництві (порода тварин).

Це передбачає структурні перетворення діяльності багатьох суб'єктів публічного управління у сфері інтелектуальної власності. Зокрема, потребує реорганізації департамент інтелектуальної власності Мінекономіки шляхом передачі основних функцій публічного управління до національного органу інтелектуальної власності. ДО «Українське агентство з авторських та суміжних прав» підлягає перетворенню з державної організації колективного управління в недержавну організацію.

Безумовно, потрібно визначити конкретні права й обов'язки, які мають бути закріплені за національним органом інтелектуальної власності, а також необхідно чітко окреслити межі компетенції кожного з його структурних підрозділів, завдяки чому

<sup>6</sup> Абдуліна І. Системний канібалізм: Мінекономрозвитку відверто нехтує розпорядженнями КабМіну. URL: <https://znaj.ua/politics/systemnyj-kanibalizm-minekonomrozvytku-vidverto-nehtuye-rozporjadzhennyamy-kabminu> (дата звернення: 23.08.2019).

буде досягнута прозора дворівнева структура державної системи правової охорони інтелектуальної власності, а «проміжні» державні організації повинні припинити свою діяльність. Якщо Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України забезпечує формування й реалізацію державної політики у сфері інтелектуальної власності, то Національний орган інтелектуальної власності повинен забезпечити виконання завдань відповідно до комплексу конкретно визначених прав та обов'язків у сфері державної правової охорони інтелектуальної власності.

### Висновки

Отже, розглянувши державну систему охорони інтелектуальної власності в сучасних умовах, їх важливу роль у забезпеченні охорони й захисту інте-

лектуальної власності, варто зазначити, що в межах реформування державної правової охорони інтелектуальної власності з метою підвищення ефективності діяльності органів публічного управління, спрямування діяльності посадових осіб на найповніше забезпечення охорони прав інтелектуальної власності відповідно до європейських і міжнародних принципів і стандартів потрібно окремі повноваження органів виконавчої влади у сфері інтелектуальної власності передати до новоствореного Національного органу інтелектуальної власності.

Створення нового організаційно-правового механізму, формування керуючих і керованих систем, утворення нових суб'єктів публічного управління, побудова нових ланок структури апарату управління є необхідними для упорядкування та стійкості державної системи, яка покликана забезпечити належну охорону й захист інтелектуальної власності в державі.

**Socio-psychological factors which determines the committing escapes from places of deprivation of liberty or custody***Kosynska Yevheniia**Postgraduate Student of the Department of Criminal Law Disciplines of Kharkiv National University of Internal Affairs, Ukraine*

The article establishes that among the reasons and conditions of crime they are distinguished on subjective and objective. It is noted that the object of our study has the subjective factors directly related to the personality of escape, which are determined by social factors, influences and processes associated with the conditions of serving time. It is emphasized that escape from places of imprisonment or custody is the result of interaction of internal moral attitudes and values of the person with the circumstances of the environment and social conditions. It is established that socio-psychological factors which give a boost to the committing crimes in penal institutions (including escapes) are determined by the features of the psycho-physiological and psychological environment of convicts who repeatedly commit crimes in criminal executive institutions that influence on the speed of the course of criminogenic motivation; on the identity of the perception of a criminal situation and of oneself; on the adequacy of reacting to the situation. The problem of the influence of socio-psychological factors on the determination of penitentiary crime is considered. The connection between the determination of penitentiary crime and socio-psychological factors, in particular, the psychological state of convicts in correctional institutions of the criminal executive system is revealed. An in-depth analysis of the main socio-psychological causes and conditions that incite convicts (prisoners) to escape are carried out and counted. The generalization of socio-psychological factors of escaping from places of imprisonment made it possible to distinguish from them the basic that have certain common qualities and to divide them into groups. These qualities include family relationships, the presence of conflict, the connection with the peculiarities of the personality of the convicted and material comfort (domestic conditions).

**Introduction**

The prevention and precaution from committing escapes from places of deprivation of liberty or custody refer to the category of priority tasks of criminal executive authorities and institutions systems' activity. In the list of urgent preventive measures foremost appears identification of main determinants of escapes and their neutralization.

A penitentiary crime as a criminological problem finds its solution in the research of main reasons and circumstances of committing crimes by convicted (imprisoned) criminals, in studying the peculiarities of individuals' identities who commit crimes in penal institutions (further – PI), in socio-legal and psychological prerequisites for illegal behaviour. But, if criminological problems of punitive crime are the subjects of research for quite a long time then the psychological detection is only at the initial stage.

Consequently, the necessity to reduce the level of recidivism, including escapes from correctional facilities, and the urgent need to create effective measures for their precaution with taking into account the socio-psychological determinants cause the relevance of the research.

The research of socio-psychological determinants of escapes from penal institutions or custody was undertaken by such scientists as: Yu.M. Antonian, V.A. Badyra, I.G. Bogatyrev, V.E. Buryi, O.V. Vedmidskyi, A.M. Volobuev, N.V. Grazilieva, M.G. Debol'skyi, A.L. Degtiareva, T.A. Denysova, A.M. Dzhuzha, A.P. Zakaliuk, A.F. Zelinskyi, N.G. Kalash-

nyk, O.G. Kolb, S.Yu. Lukashevych, A.Ya. Markov, O.O. Nekrasov, G.V. Nefedovskyi, Yu.V. Orel, V.F. Pyrozhkov, V.V. Smirnov, M.I. Tkachenko, A.V. Uss, M.P. Chernyshkova and others. The above-mentioned scientists made a huge contribution to studying this issue. But, therewith, it is noticed that they are far from wide range of questions, which are need to be resolved.

**Statement of the problem**

The purpose of the article is to establish social and psychological reasons and circumstances of committing escapes by convicted (imprisoned) persons from penal institutions or custody for definition of further measures of precaution and prevention for mentioned crime.

**Result of the research**

V.M. Kudriavtsev identified the causes and conditions of crime as subjective and objective. Subjective reasons, in his understanding, – certain elements of social psychology that contradict the ideology of society and find own expression in deformed needs, interests, goals, motives, moral values and legal awareness of those who commit offences. Objective reasons – certain conflicts in public life, economic and social relations of people. Subjective conditions – demographic and socio-psychological characteristics of the population (features of character, age, gender, etc.). Objective conditions – the disadvantages of the organizational and technical



order that support and sometimes also feed the action of subjective and objective reasons of offences<sup>1</sup>.

Yes, N.V. Griazieva notes that the subjective factors are dependent on the moral and psychological features and of the person's behaviour. These factors are directly related with personality of escaped prisoner which additionally determined and caused by social factors, influences and processes associated with the conditions of serving time. To the main of these circumstances belong: physical development; professional knowledge, skills and abilities; negative experience that has been gained in penal institutions; residence before conviction in the area where the correctional facility is located, etc.<sup>2</sup>.

A.F. Zelinskyi believes that the subjective determinants of behavior necessarily also include unconscious elements of the human mind, mental health and hereditary features. Subjective reasons include elements of social psychology that conflict morality and show themselves in distorted needs, interests, attitudes, goals that lead to the committing crimes<sup>3</sup>.

Therefore, escape from penal institutions or custody is a result from the interaction of internal moral and personal values with the circumstances of the environment and social conditions.

Socio-psychological factors which give a boost to the committing crimes in penal institutions (including escapes) are determined by the features of the psycho-physiological and psychological environment of convicts who repeatedly commit crimes in criminal executive institutions that influence on the speed of the course of criminogenic motivation; on the identity of the perception of a criminal situation and of oneself; on the adequacy of reacting to the situation<sup>4</sup>. These factors include the following determinants:

1) Unbelief in the ability to protect their interests in a legal manner. This reason is typical for escaping which is based on dissatisfied expectations of justice. Disappointment in the law enforcement system and objectivity of the justice system gives to a person desire to find out relationships with victims, witnesses, lawyers, prosecutors and other participants in criminal proceedings without assistance<sup>5</sup>. In this way, the convicted person's desire to escape and achieve their goals is apparent.

2) The monotony of the convicts' life and necessity to subordinate to the regulated requirements of the representatives of the administration frequently

lead both to the protest actions of the convicts and to the emersion of the necessity to change the conditions of their existence<sup>6</sup>.

Today, native society consider material comfort as the main value and accordingly its losing is the most sensitive and painful. The conditions of custody have strongly pronounced nature of punishment with which convicted persons face every day. Without exaggeration these conditions can be called as shameful and humiliating for person.

However, in native criminal executive institutions are such material and domestic conditions of custody which do not support consciousness of self-esteem and respect to oneself and to others. Crowding of some penal institutions, poor and dirty rooms, awful interiors of the correctional and disciplinary penitentiaries, scarce material and domestic provision, type of clothes and appearance according to the rules which accent on the condition of the convict this is not whole list of features which are belong to the conditions of serving time<sup>7</sup>.

3) From position N.G. Kalashnyk we can conclude that deterioration of negative psychological conditions of the convict persons (a state of frustration which lead to the aggression (including group aggression), prolonged stressful condition, etc.) have its place first of all at the initial periods: after arrest (primary isolation from society); after trial (effect of the unjustified expectation) and during stepping in PI (it's uncertainty and long removals)<sup>8</sup>.

So, as V.O. Eleonskii admitted, deteriorated feeling of losing of will especially occurs in the first third part of serving time and become one of the decisive moments of violation of the regime, of non-obedience to the administration requirements, of the escape and committing other crimes with accompliceship of other convicted persons. Moreover, there is some connection between serving time of convicted persons at the initial period being in PI and their sociopathic behaviour, as correctly admitted O.V. Uss. By these scientists was confirmed that especially at the first months of being in conditions of isolation from society convicted persons from the smallest occasion commit different offences, including violation of the regime of serving time and crimes which take an active part in conflict situations or provoke them<sup>9, 10</sup>.

<sup>1</sup> Kudriavtsev V.N. A genesis of crime. An experience of the criminological modeling. M. : FORUM-INFRA-M, 1998. 215 p.

<sup>2</sup> Griazieva N.V. A method of investigating of the escapes from places of deprivation of liberty. dis. ... Doctor of Law: 12.00.12. Moscow, 2014. 234 p.

<sup>3</sup> Ivanov Yu.F., Dzhuzha O.M. Criminology: tutorial. K. : Edition PALYVODA A.V., 2006, 264 p.

<sup>4</sup> Starkov O.V. The basis of criminology: monograph. Ufymyskyi law institute. ULI MIA RF, 1997. 263 p.

<sup>5</sup> Steblynska O.S., Yarmoliuk O.V. The separate questions of escapes from places of deprivation of liberty or custody. *Scientific and information announcer of the Ivano-Frankivsk University of Law named after King Danylo Halytsky*. Range of law. 2016. № 1 (13). P. 253–259.

<sup>6</sup> Barteley T. "Convicts" for science of 40 years of Stanford experiment. *Statement of the criminal executive system*. 2011. № 12. P. 44–46.

<sup>7</sup> Orel Yu.V. Criminal responsibility for crimes against the normal activities of organs and institutions of the penitentiary service of Ukraine : monograph. Kharkiv : LDT "In deal", 2016. 416 p.

<sup>8</sup> Kalashnik N.G. Reforming of the penitentiary system of Ukraine. Practice of an alternative punishment : *Newsletter* / in general edition of N.G. Kalashnik. K. : SDUES, 2008. P. 8–14.

<sup>9</sup> Criminological principles of crime prevention in penitentiary institutions of Ukraine (penitentiary criminology) : manual / in edition of O.M. Dzhuzha. K. : National Academy of Internal Affairs, 2013. 620 p.

<sup>10</sup> Uss A.V. Conflicts between convicts, accompanied by violent encroachment (according to PI of high regime) : tutorial. Krasnoyarsk : Krasnoyarsk University Edition, 1984. 64 p.

4) Unwillingness to serve time in form of the imprisonment.

Only fact about imprisonment can cause to a convicted sense of protest, desperation, loss of life prospects, negative attitude to the officials and public who take part in the process of correctional education<sup>11</sup>. Therefore, it is worth to admit that the initial spot of criminogenic motivation of escape is exactly unwilling of the convicted persons to serve time in form of the imprisonment which will exist till will be this criminal punishment also exist.

5) The period before disengagement (3–8 months) is so complicated because of waiting for freedom and difficulties which may happen. For example, if convicted person feel oneself unable to adapt in an open society or if he or she may be in real danger outside the PI.

In the periods before disengagement an anxiety become stronger and an internal tension rise. It is strange that it should be so. A sense of approximation of expected will should bring pleasure and appeasement. Officials in PI know that the last months before disengagement are the most dangerous in the convicteds' life. In this period convicted persons often are trying to escape which is defy the common sense. Psychologists call this phenomenon the "object's avoidance effect" – the emergence of insuperable fear before the achievement of the long-awaited goal<sup>12</sup>.

6) Confrontation between the administration of criminal executive institution and convicted persons.

The psychological atmosphere of the confrontation which was formed in PI is unappeasable and because of this administration and convicted persons use the word "enemy". It is clear that in conditions of "cold war" which gradually become "hot" (mutinies, taking hostages, etc.) and it is impossible to talk about the possibility of constructive work with the correction of the personality of the convicts, strengthening their moral qualities or simply normal functioning of PI.

The mode of execution and serving time is kept only by pressure: from the direct use of force to manipulating the threat of punishment and the promise of some privileges and indulgences. As a result, the moral influence and authority between the convicted persons belongs not to the administration of PI, but to the prison law. While prison law is supported, the administration not only lost the moral influence on the convicted persons, but also is living out a destructive process of deideologization. It means that employees of criminal executive institutions have lost faith in the fact that they are doing the right and useful thing for which a person

can respect of herself and demand respect from others<sup>13</sup>.

7) The relationship between the staff and the convicts should be constructed in order to facilitate to the ultimate purpose of punishment – Conflict criminogenic situation between convicted (imprisoned) persons.

The conflict criminogenic situation in places of deprivation of liberty should be understood as relatively long, tense relations which that get worse between the subjects and is expressed in the growing severity of repetitive and ultimately one-act of not solved conflicts and in shaping the negative-emotional settings to each other. This conflict state is in the PI not only in committing violent crimes which are connected with physical harm to persons, but also in the mercenary crimes for committing escapes, etc.<sup>14</sup>.

O.V. Uss include to the objective factors which facilitate appearance of the conflicts between convicts:

a) a compulsory way of creating a social community, the implementation of which breaks as an essential condition for normal communication and limits the ability to avoid undesirable contacts;

b) a dynamism of correction of convicted persons' behaviour which causes inevitability of staying in the same PI to persons who finally broke all ties with the criminal past and to convicts who want to continue criminal affairs in future;

c) limited material resources;

d) a spontaneous stratification which means the differentiation of convicts into several categories, whose participants differ in such features as the amount of informal power, the nature of relations with other convicts, the way of life in the colony<sup>15</sup>.

8) Getting under the influence of more experienced people, convicted of the recurrent articles of the Criminal Code of Ukraine, which are most suspicious to escape.

The criminal subculture has a significant impact on the socio-psychological conditions and behavior of convicts in places of deprivation of liberty and sometimes acts as one of the conditions for committing crimes (including escapes) by convicts in the process of serving time in the form of deprivation of liberty<sup>16</sup>.

The criminal subculture should be understood as a complex of mental and material values that regulate and organize life and criminal activity of criminal communities which influence on their survivability, cohesion, criminal activity and mobility, the continuity of generations of offenders<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Orel Yu.V. Criminal responsibility for crimes against the normal activities of organs and institutions of the penitentiary service of Ukraine : monograph. Kharkiv : LDT "In deal", 2016. 416 p.

<sup>14</sup> Criminology: Tutorial for universities / In general edition of Doctor of Law A. I. Dolgovoyi. 3-rd edition., processed and supplemented. M. : Norma, 2005. 912 p.

<sup>15</sup> Uss A.V. Conflicts between convicts, accompanied by violent encroachment : dis. ... Doctor of Law : Thoms, 1980. 19 p.

<sup>16</sup> Lukashevich S.Yu. Criminological characteristics and prevention of crime of convicts in places of deprivation of liberty : dis. ... Doctor of Law : 12.00.08. Kharkiv, 2001. 18 p.

<sup>17</sup> Pyrozhkov V.F. Criminal psychology: Psychology of juvenile delinquency. B. I. M. : Axis-89, 1998. 304 p.

<sup>11</sup> Criminological principles of crime prevention in penitentiary institutions of Ukraine (penitentiary criminology) : manual / in edition of O. M. Dzuzha. K. : National Academy of Internal Affairs, 2013. 620 p.

<sup>12</sup> Fundamentals of penitentiary pedagogy and psychology : tutorial / S.Yu. Zamyala and others ; in general edition of V.M. Syniov. Bila Tserkva, 2003. 101 p.

The criminal subculture is in the condition of constant conflicts and confrontation towards predominant social and legal rules. Having fallen into criminal group and perceived it as a subculture a person become free from social prohibitions. Frequently the violation of these prohibitions is not only approved but also is one of the norms of the criminal subculture. Consequently, the theory of subculture is based on the fact that a person develops in isolation in the socio-psychological point of view in a group that has a stable system of anti-social guidelines, values and norms, not perceiving (or perceiving in a deformed form) a system of values and norms of culture and society in a whole meaning<sup>18</sup>.

9) Defects of socialization is a serious factor that produces repeating of crimes (including escapes).

The main conditions for the desocialization of criminals are: a formation of personalities in incomplete or troubled families; an experience of escaping in childhood from home, orphanage, boarding school; an upbringing in unfavorable family conditions; an absence of permanent residence; an absence of one of the parents; a lack of positive influence of close relatives; an upbringing of a future offender by persons who have a negative impact on the child which lead to forming a tendency to committing illegal acts; a deformation of positions in the main living environment (family, life, education, cognitive sphere, work, leisure activity); an inconformity of roles (conflict with norms and with expectations of others); a negative influence of the previous social roles, as well as direct continuity which generate various difficulties in the development of personality and in certain interactions – criminal behavior<sup>19</sup>.

The psychological factors of the crime not act in isolation, but with the social factors act in the process of creating of the defects in the socialization of personality. The socialization of personality as a process of adaptation of the person's consciousness to the social conditions involves the perception of the worldview, digestion of knowledge, experience, moral criterias which describe society. The measure of this perception and digestion expresses the degree of socialization of person, that is, the conscious implementation of the all requirements of society. In the socialization of person predominate a social control, perception of the social experience, structure of the communication, implementation of the social functions. But in a process of this socialization can be different defects based on the deformed perception of the social experience, impact of an anti-social

guidelines, personal social direction. Such disturbances influence on the psychological structure of personality which are expressed in the committing crimes<sup>20</sup>.

10) The presence in a significant number of convicted mental anomalies that do not exclude sanity. According to the position of Yu. M. Antonian, mental abnormalities should be understood as disorders of mental activity that have not reached the psychotic level (the status of mental illness) and disorders that do not exclude sanity, but make personality changes that can lead to disturbance in behavior. To the psychical anomalies he refers to psychopathy, oligophrenia in the degree of mild debility, the final phenomena of craniocerebral injuries, organic affect of the central nervous system, alcoholism, drug addiction<sup>21</sup>.

These disturbances considerably reduce the convict's ability to regulate behaviour, cause a sharp decrease in intelligence and volitional powers and also complicate the mental process and the will of a person while committing a crime. That is why psychical anomalies cause committing crimes and offence by convicts. For example, A.Ya. Markov and A.M. Volobuev in 1982 established the presence of psychopathic disturbances in all persons who escaped.

11) The conformality and dependence on other convicts conditioned by limited circle of communication, impossibility of the convicted person to change this environment on his own will in case of conflict situations – all of that is a consequence which subconsciously causes a natural desire to escape and lead to the committing crimes and other actions for not to serve time<sup>22</sup>.

12) Seasonal mood. Separate factors that incite escape and create conditions for its implementation can be outside of the sphere of employees' influence who work in the administration of criminal executive institutions: increasing escapes in the summer (convicts rely on more favorable objective possibilities for escaping – concealment of traces, nutrition, etc.); the growth and fall of such mood during the period of socio-political events, the adoption of legal acts (resolutions on the announcement of amnesty, pardon decrees, etc.)<sup>23</sup>.

13) To the committing escapes from places of deprivation of liberty or from custody also can affect so-called background phenomena which have not criminal context, but promote an appearance of criminal create a favorable environment for it. These factors

<sup>20</sup> Konovalova V.O., Schepitko V.Yu. *Legal Psychology: Textbook*. Second edition, processed and supplemented. Kh. : Law, 2008. 240 p.

<sup>21</sup> Antonyan Yu.M. *Criminology. Selected lectures*. M. : "Logos", 2004. 448 p.

<sup>22</sup> *Criminology: Tutorial for universities / In general edition of Doctor of Law A. I. Dolgovoyi*. 3-rd edition., processed and supplemented. M. : Norma, 2005. 912 p.

<sup>23</sup> Buryi V.E. The reasons for the convicts to make escapes from places of deprivation of liberty: criminological characteristics. *Problems of strengthening law and order: science, practice, trends*. 2014. № 7. P. 33–38. URL: [https://elibrary.ru/download/elibrary\\_23030618\\_55267465.pdf](https://elibrary.ru/download/elibrary_23030618_55267465.pdf) (date of address: 11.06.2019).

<sup>18</sup> Lukashevich S.Yu. Criminal subculture as one of the factors of negative influence on convicts. *Announcer of the Academy of Legal Sciences of Ukraine: Collection of scientific works*. Kharkiv : Law, 2001. Edition. I (24). P. 182–190.

<sup>19</sup> Dvoryanov I.V., Burkina O.A., Kuznetsov A.I., Ustynov A.A., Emelianova A.G., Tytanov M.Yu. Criminological basis for the prevention of recurrent crime in prisons. *All-Russian Journal of Criminology*. 2017. V. 11. № 4. P. 748–760.

in PI can be alcoholism, the usage of narcotic drugs, toxicomania, etc.

In the presence of certain organic causes different diseases (including alcoholism and drug addiction) can become criminogenic in cases of the compulsory interaction with negative circumstances and the influence of the microenvironment of the convicts in PI. At that time, factors of alcoholism, drug addiction and other disturbances between convicts concerning to the crimes in PI are determined by the fact that they decrease human's control over behaviour, but they do not define the social nature of control and behavior and do not give them a moral "sign". The named factors not only are the reason of crimes, but also have the same reason: negative circumstances and appropriate mental regulation in these circumstances<sup>24</sup>.

Faced with difficult conflict situations, convicted persons who have certain defects tend to take extreme decisions in some cases. Consequently, if alcoholism and drug addiction are related to the mental anomalies, which should be taken into consideration in process of studying the mechanism of illegal behaviour of convicted persons in the PI, these defects do not exclude the ability of persons to realize their actions and to manage them. They only reduce resistance in critical situations, including conflict situations, obstruct the development of socially useful features of personality, especially when adapting to the external environment, influence on weakening the mechanism of internal control and facilitating the implementation of random illegal or criminal acts<sup>25</sup>.

14) A certain set of individual characteristics (criminological, socio-demographic, socio-psychological, personal) of convicted (imprisoned) persons which lead to the escape<sup>26</sup>. A more detailed study of this issue will be conducted under another scientific article.

Establishing of special personality signs of escapes from places of deprivation of liberty or custody gives the opportunity to correctly orient and build individual prevention of crimes, to identify negative signs which must be influenced on to neutralize them, establish positive ones which should be based on educational work.

Analyzing the persons' features who commit escapes from places of deprivation of liberty or custody the special attention should be given to the study of socio-demographic, moral and psychological characteristics. They have special value because with help of them it is possible to describe other special features of person. For example, by the level and type of education, including

special, it is possible to conclude that there is a person's professional knowledge; by the duration of working time – that there is a professional experience, skills, competency.

The value of the psychological qualities of person is important because: if we know what human want and to what she got used to, so we know completely all the most important about her and it helps us to objectively answer the question who human really is. An important value also has knowledge of features of character, temperament, intelligence, orientation, persuasion of personality.

The special place in personality characteristics of the convicted (imprisoned) person have criminal-law and criminal-executive signs. First signs help to describe the degree of public danger of convicts, second – to describe the effectiveness of the basic ways of correction and resocialization of convicts which are applied to them during the serving time. Knowledge of these signs have a great value for the selection of measures and means for the prevention of escapes from PI and investigative isolators<sup>27</sup>.

15) The presence of an individually significant, very problematic, frustrating situation.

It means dissatisfaction with actual needs, cases when convicts escape to avoid negative consequences after a conflict with other convicts. The state of frustration may appear because of the impossibility to solve the actual problem of the convicted person (for example, to see relatives, to help in case of illness of other difficult situation of close human) which can be a reason of escape.

16) Features of the perception of the situation that has developed as favorable for the escape.

Convicts can use a case for escaping, perceiving the situation that has developed as favorable for the committing of this type of crime<sup>28</sup>. For example, convicted person serving time in the district of the social rehabilitation of the correctional colony, during the work in the counterparty object "Foundry", received an official's permission to go to the store for the purchase of personal belongings. After that, when he realized that no one from the officials do not pay attention to him and that his criminal acts won't be noticed he escaped and went to his mother<sup>29</sup>.

Generalization of socio-psychological factors of committing escapes from places of deprivation of liberty allows to select from them the main factors which have certain common qualities and to divide them into

<sup>24</sup> Criminological principles of crime prevention in penitentiary institutions of Ukraine (penitentiary criminology) : manual / in edition of O.M. Dzhuszha. K. : National Academy of Internal Affairs, 2013. 620 p.

<sup>25</sup> Criminological principles of crime prevention in penitentiary institutions of Ukraine (penitentiary criminology) : manual / in edition of O.M. Dzhuszha. K. : National Academy of Internal Affairs, 2013. 620 p.

<sup>26</sup> Chernyshkova M.P., Debolskiy M.G., Degtyariva O.L. Factors leading to the escape from prison, and their prevention. *Penal system: law, economics, management*. 2016. № 4. P. 27–29.

<sup>27</sup> Bogatyriev A.I., Vedmidskyi O.V., Nekrasov O.O. Escaping of convicts from prisons (interdisciplinary study) : monograph / in general edition of Doctor of Law., Honored Worker of Science and Technology of Ukraine I. G. Bogatyriev. K. : Edition of "Dakor", 2015. 228 p.

<sup>28</sup> Chernyshkova M.P., Debolskiy M.G., Degtyariva O.L. Socio-psychological analysis of escape situations in the PI. *Applied legal psychology*. 2015. № 4. P. 119–127.

<sup>29</sup> The verdict of Kherson city court of Kherson oblast from 22.11.2018 on the case № 766/15123/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78071190> (date of address: 11.06.2019).



groups. To these factors should be included: the family relationships, the presence of conflict, the connection with the peculiarities of the personality of the convicted and with material comfort (domestic conditions)<sup>30</sup>.

To the first group of factors related to family relationships belong:

- a desire to see family, relatives and friends. Such motivation usually forms in the category of convicted persons who have close relationships with family. They want to help their relatives outside the PI at any cost. It does not matter to them that they endanger the lives and health of people who obstruct escapes, as well as the consequences of further responsibility for this crime<sup>31</sup>;

- a problems in family that are need to be resolved with the direct convict's participation;

- a desire to be closer to the family and to achieve transfer to another criminal-executive institution.

To the number of factors which can be distinguished in the criteria of "presence of the conflict" (second group) should belong: a desire to avoid persecution (loss in cards or other gambling putting on a "counter", etc.); a desire to commit aggressive intentions towards individuals outside the places of deprivation of liberty (witnesses and victims (as a rule those who in the opinion of the convict were insincere in the investigation and in court)); persons who committed crimes together, but for some reason stayed in liberty; persons from the environment of criminal ties (is characteristic for the persons who belong to the criminal groups); a desire to overcome the possible threat of humiliation and harassment (sexual perversions); a desire to be in court or in the prosecutor's office and to demand

a review of the sentence; a desire of escapee to implement requirements of other convicts; a necessity to take a revenge to the administration of PI which according to the opinion of the escapees will be "punished".

To the third group of factors which are related with the peculiarities of the personality of the convicts belong: solidarity (escaping "for a company", copying others); escapes that occur under the influence of sudden emotional experiences, negative mental states; a desire to continue a criminal activity; a desire to demonstrate "courage" and raise force in a criminal society.

And finally, to the fourth group belong socio-psychic factors which are related with a desire to change living conditions: a desire to be in liberty (often such desire is appropriate for persons who have been in the institutions of custody for quite long time or who are experiencing the fact of isolation rather severely); a desire to avoid household disorder; a desire to change the PI.

### Conclusion

Taking into account all of the abovementioned, we can conclude that the most important value from the main types of determinants of escape from places of deprivation of liberty or custody are socio-psychological factors. Penitentiary crime in general has its own social environment and the interaction with this environment and personality is the basis of the mechanism of criminal behavior.

It is impossible not to agree with the opinion of M.M. Gernet, revealing the psychological aspect of the escapes who considers that in most cases of their committing there is the amazing foresight of the escapees, their desire to foresee a long chain of all kinds of obstructions to the way out of prison, to avoid one of them and to overcome others. Therefore, the prevention and precaution from a psychological point of view of escape currently are and urgent problems in our country.

<sup>30</sup> Griazieva N.V. A method of investigating of the escapes from places of deprivation of liberty : dis. ... Doctor of Law : 12.00.12. Moscow, 2014. 234 p.

<sup>31</sup> Buryi V.E. The reasons for the convicts to make escapes from places of deprivation of liberty: criminological characteristics. *Problems of strengthening law and order: science, practice, trends*. 2014. № 7. P. 33-38. URL: [https://elibrary.ru/download/elibrary\\_23030618\\_55267465.pdf](https://elibrary.ru/download/elibrary_23030618_55267465.pdf) (date of address: 11.06.2019).

## **A concept of constitutional principles of legal status of judges in Ukraine**

**Kravchuk Volodymyr**

*Ph.D. in Law, Associate Professor,*

*Docent of Department of Theory and History of State and Law*

*of Lesya Ukrainka Eastern European National University, Ukraine*

**Yukhymiuk Olha**

*Ph.D. in Law, Associate Professor,*

*Docent of Department of Theory and History of State and Law*

*of Lesya Ukrainka Eastern European National University, Ukraine*

The legal status of the judge and its elements are investigated in the article. The legal status of judge includes the principles of the legal status of judge. However until now the concept of constitutional principles of legal status of judges are not set forth in science of constitutional law. The focus is on the properties of the constitutional principles of the court's legal status as an integral part of the court's constitutional legal status.

Constitutional principles of legal status of judges are the leading principles set by Constitution and laws of Ukraine, international agreements of Ukraine, that represent present conformities to law of development of department judicial objectively, determine character, substantial signs of legal status of judges, basis of connections between the elements of his maintenance, set and regulate behavior of subjects of legal relations concerning acquisition, change and stopping of legal status of judges.

The basic signs of constitutional principles of legal status of judges are: 1) determine essence and maintenance of legal status of judge, his setting in society and state; 2) acquire external expression and are statutory in Constitution of Ukraine and constitutional legislation; 3) examined as normative principles of legal status of judges that have obligatory character; 4) determine pre-conditions of design of corresponding structure of legal status of judges, unite world experience; 5) fasten objective regularity of development of legal status of judges; 6) formed by relevant law-makers, whose status depends on the legal force of the forms of law, which outline these principles; 7) determine the directions of law enforcement activities, assist more clear distribution of competence between the elements of the system of the judicial system; 8) as compared to legal norms, including constitutionally-legal norms, are primary, more proof, though not eternal, remain unchanging during long time, but their existence is conditioned by a certain socialhistorical and political context.

## **Поняття конституційних принципів правового статусу суддів в Україні**

**Кравчук Володимир Миколайович**

*кандидат юридичних наук,*

*доцент кафедри теорії та історії держави і права*

*Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки, Україна*

**Юхимюк Ольга Михайлівна**

*кандидат юридичних наук,*

*доцент кафедри теорії та історії держави і права*

*Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки, Україна*

### **Вступ**

Дослідження інституту конституційно-правового статусу суддів є неможливим без характеристики його складових елементів. Вітчизняним законодавством про судоустрій і статус суддів закріплюються основні принципи правового статусу суддів. Проте до останнього часу в науці конституційного права теоретично не сформульовано поняття конституційних принципів правового статусу суддів, немає фундаментальних наукових досліджень цієї проблеми.

Актуальність теми дослідження зумовлена комплексним характером конституційних принципів правового статусу суддів як правового інституту, що складається з норм різних галузей національного законодавства. Така особливість правової регламентації конституційних принципів правового статусу суддів вимагає єдиної концептуальної спрямованості цих норм.

**Мета статті** полягає в пошуку та виявленні шляхів вирішення актуальних теоретичних проблем поняття конституційних принципів правового статусу суддів. При цьому головна увага зосереджу-

ється на характеристиці конституційних принципів правового статусу суддів як складового елемента конституційно-правового статусу суддів.

### Виклад основного матеріалу

Проблема принципів завжди посідала у правознавстві непересічне місце. «Принцип» походить від латинського *principium* – начало, основа у філософії, те, що лежить в основі деякої сукупності фактів або знань, зі збереженням первинного відтінку – перший, основний, вихідний<sup>1</sup>.

З погляду гносеології, підкреслює А. Колодій, категорія «принцип» тісно пов'язана з категоріями «закономірність» і «сутність». Поняття «принцип» співвідноситься з категорією «ідея» в тому випадку, коли під останньою філософи розуміють внутрішню логіку, закон існування об'єкта, те, що становить його внутрішню сутність. Учений визначає принципи права як такі відправні ідеї існування права, які виражають найважливіші закономірності й підвалини цього типу держави і права, є однопорядковими із сутністю права і становлять його головні риси, характеризуються універсальністю, вищою імперативністю й загальною значущістю, відповідають об'єктивній необхідності побудови та зміцнення певного суспільного ладу. А як головні ознаки принципів права називає таке: а) вони є нормативно закріпленими, загальнообов'язковими, об'єктивно обумовленими історичними та ідейно-політичними категоріями; б) їх соціальною функцією є регулювання й охорона суспільних відносин; в) вони є самостійною юридичною категорією<sup>2</sup>.

Цього положення в основному й дотримуються вчені-правознавці. Зокрема, С. Алексєєв називає принципами керівні начала (ідеї) права, які в концентрованому вигляді характеризують його зміст. Це свого роду «згустки» юридичної системи, явища сутнісного порядку, що прямо виражають економічні та соціально-політичні основи, розповсюджують економічні та соціально-політичні вимоги (уже в юридичному вигляді) на всі чинні юридичні норми<sup>3</sup>.

Разом із тим науковці пропонують розмежувати поняття «принципи права» та «правові принципи». Розуміючи під правовими принципами фундаментальні правові ідеї, що відображають рівень правового розвитку, разом із цим потрібно зазначити, що це принципи правосвідомості або ті, що відображені у правовій доктрині. Вони також можуть бути застосовані для розв'язання конкретної справи в разі використання аналогії права, але цей процес значно

складніший і в цьому випадку, як і під час створення принципу права, простежується формування прецедентного права<sup>4</sup>.

У розумінні О. Скурко, принцип права – це насамперед норма-ідея професійної правової свідомості, атрибут правового мислення юриста. «Норма» в цьому випадку використовується в розумінні форми вимог, правил, які є керівними в професійній діяльності юриста з урахуванням її специфіки; ідея розглядається як відображення об'єктивної реальності. Принципи права дають змогу забезпечити діалектичну єдність об'єктивного й суб'єктивного права, тобто розкрити та виявити сутність права<sup>5</sup>.

Як указує М. Байтін, принципи права – це вихідні, визначальні ідеї, положення, установки, які становлять моральну й організаційну основу виникнення, розвитку та функціонування права<sup>6</sup>. А. Колодій вважає принципи права такими правовими явищами, які безпосередньо пов'язують зміст права з його соціальними основами – тими закономірностями суспільного життя, на яких ця правова система побудована та які вона закріплює. Принципи права є формою суспільної свідомості, що здійснює ідейний, інформаційно-виховний вплив загального характеру, тобто виконує функцію загального закріплення суспільних відносин, що й дає можливість розглянути їх із позиції певних ідей, керівних основ<sup>7</sup>. Т. Фулей, узагальнюючи різні позиції, підкреслює, що за багатоманітності визначень поняття «принципи права» всі наявні в юридичній науковій літературі точки зору можна звести до двох: 1) принципи права – це основоположні ідеї, 2) принципи права – це нормативні засади права, що визначають сутність і спрямованість правового регулювання. Також автор указує, що принципам права притаманні як ознаки, що властиві праву загалом як регулятору суспільних відносин (нормативність; об'єктивна зумовленість; фіксація в зовнішніх формах права; забезпеченість), так і власні ознаки принципів права, що відображають їх специфіку як особливої юридичної категорії (засадничість, концентрованість, високий ступінь абстрагування, внутрішня єдність, стабільність, примат щодо норм права, зворотна дія в часі)<sup>8</sup>.

Отже, принципи права – це керівні начала, ідеї, які характеризують його зміст і становлять основу для розуміння правової системи цієї держави. Тож принципи правового статусу суддів, що знайшли

<sup>1</sup> Короткий тлумачний словник української мови / відп. ред. Л.Л. Гумецька. Київ, 1978. С. 214.

<sup>2</sup> Колодій А.М. Принципи права України: монографія. Київ, 1998. С. 16–17, 27.

<sup>3</sup> Теория государства и права: учебник для вузов по спец. «Правоведение» / под ред. С.С. Алексеева. Москва, 1985. С. 239.

<sup>4</sup> Юхимюк О. Особливості застосування принципів права. *Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні*: матеріали XVIII Регіональної науково-практичної конференції, 26–27 січня 2012. Львів, 2012. С. 55.

<sup>5</sup> Скурко Е.В. Принципы права: монография. Москва, 2008. С. 22–23.

<sup>6</sup> Байтін М.И. О принципах и функциях права: новые моменты. *Правоведение*. 2000. № 3. С. 4.

<sup>7</sup> Колодій А.М. Принципи права України: монографія. Київ, 1998. С. 21.

<sup>8</sup> Фулей Т.А. Сучасні загальнолюдські принципи права та проблеми їх впровадження в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2003. С. 7.

своє зовнішнє вираження та закріплення в різних формах права, зокрема Конституції України та конституційному законодавстві, також варто ідентифікувати як принципи права.

Такі принципи створюються суб'єктами, що уповноважені на правотворення, відображені у відповідних зовнішніх формах (джерелах) права, мають загальнообов'язковий і засадничий характер, високий ступінь абстрагованості, первинні щодо норм права<sup>9</sup>.

На щоденну юридичну практику, спрямовану на реалізацію правових приписів, їх утілення в життя, принципи права мають значний вплив. Саме принципи права спрямовують реалізацію права в потрібному напрямі, підпорядковують її загально визнаним вимогам і стандартам, дають змогу повною мірою реалізувати задум законодавця, спонукають правозастосовувача діяти не лише в точній відповідності до букви закону, а й згідно з його духом.

Значний вплив принципів права на державу та правову систему проглядається як в організації й функціонуванні державного апарату загалом, так й окремих гілок влади, у тому числі судової. Виділення принципів права, що становлять основні засади діяльності суддів, є справою не тільки правової доктрини, теорії права, а і юридичної практики.

Загалом поняття «принципи» деколи закріплюється в текстах вітчизняних нормативно-правових актів, акцентуючи увагу на окремому правовому інституті. Наприклад, ст. 7 Кодексу адміністративного судочинства України називається «Принципи адміністративного судочинства», ст. 5 Кримінально-виконавчого кодексу України називається «Принципи кримінально-виконавчого законодавства, виконання і відбування покарань» тощо. Разом із тим у деяких інших нормативно-правових актах зустрічаються такі формулювання, як «загальні засади», що також позначають принципи права. Наприклад, ст. 3 Цивільного кодексу України має назву «Загальні засади цивільного законодавства», ст. 7 Кримінального процесуального кодексу України має назву «Загальні засади кримінального провадження», ст. 65 Кримінального кодексу України має назву «Загальні засади призначення покарання» тощо.

Інколи в преамбулах до нормативно-правових актів чи в офіційних обґрунтуваннях таких актів законодавець стверджує, що в цьому акті він формулює принципи (засади) права. Наприклад, у преамбулі до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» указується, що цей Закон визначає правові засади організації судової влади та здійснення пра-

восуддя в Україні, що функціонує на засадах верховенства права відповідно до європейських стандартів і забезпечує право кожного на справедливий суд<sup>10</sup>. У таких випадках можна вважати, що в цьому нормативно-правовому акті сформульовані принципи (засади) права<sup>11</sup>.

Деякі приписи безпосередньо в тексті нормативно-правового акта законодавець називає принципами, засадами. Наприклад, законодавець послуgetься терміном «засади» в назвах розділів правових актів (наприклад, розділ I «Загальні засади» Конституції України, розділ I «Засади організації судової влади» Закону України «Про судоустрій і статус суддів» тощо) або ж використовує термін «принцип» у тексті правової норми (наприклад, ст. 8 Конституції України вказує, що в Україні визнається й діє принцип верховенства права).

Разом із тим законодавець особливо часто використовує терміни «принципи», «засади» в нормах, що закріплюють правовий статус суб'єктів правових відносин (людини та громадянина, депутатів, суддів тощо). Такий спосіб формулювання компетенційних норм є результатом певної традиції формування правових текстів. Для ілюстрування норм-принципів у контексті досліджуваної проблеми варто навести норми Конституції України. Наприклад, у ст. 126 Основного Закону України про те, що незалежність і недоторканність суддів гарантуються Конституцією й законами України. Водночас ст. 125 Конституції України, яка зазначає, що судоустрій в Україні будується за принципами територіальності і спеціалізації, може розглядатися і як норма-засада, і як норма-принцип<sup>12</sup>.

Норми-принципи відрізняються від інших норм за важливістю сформульованих у них положень. Вони визначають зміст інших норм і є для них правовою основою. Але це – зовнішня ознака. За цією ознакою не завжди можна відшукати норму-принцип. Визначальною є внутрішня ознака – зміст норми, її основостворювальний, керівний характер. Другу групу, як стверджує О. Орловський, становлять принципи, що прямо не закріплені в правових нормах, але можуть бути виведені з них. Ці принципи вміщуються в законодавстві немов би у прихованому вигляді<sup>13</sup>.

Конституційно-правові принципи мають нормативний характер, вони покликані регулювати, тобто спрямовувати, визначати поведінку суб'єк-

<sup>10</sup> Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 2 червня 2016 року, з наступними змінами. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 44–46.

<sup>11</sup> Юхимюк О. Особливості викладу принципів права у національному законодавстві. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. Херсон, 2013. Вип. 6. Т. 1. С. 13.

<sup>12</sup> Кравчук В.М. Нормативно-правові гарантії діяльності суддів в Україні: поняття та види. *Право і суспільство*. 2014. № 6-1. С. 55.

<sup>13</sup> Орловський О.П. Поняття принципу права. *Науковий вісник Чернівецького університету. Серія «Правознавство»* : збірник наукових праць. Чернівці, 1997. Вип. 11. С. 84.

<sup>9</sup> Юхимюк О. Особливості застосування принципів права. *Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні* : матеріали XVIII Регіональної науково-практичної конференції. 26–27 січня 2012. Львів, 2012. С. 55.



тів конституційно-правових відносин. Конституційно-правові принципи виражаються в конституційних нормах, отже, переважно вони виступають у формі конституційно-правових приписів, обов'язкових до виконання та наділених вищою юридичною силою.

Сучасна наука конституційного права визначає принципами конституційного права ті загально-визнані ідеї та ідеали конституціоналізму, які формують правосвідомість учасників конституційно-правових відносин і визначають сутність цих правовідносин<sup>14</sup>. Принципи конституційного права не лише поєднують знання про предмет вивчення, а й дають змогу обґрунтувати ідею, що приймається за основу вибору моделі правового регулювання, статусу державних і суспільних інститутів.

Найбільш повним виглядає таке їх визначення: «Принципи конституційного права України – це засадничі ідеї та ідеали, які визначають сутність, зміст, спрямованість і форми конституційно-правового регулювання»<sup>15</sup>. Однак абсолютно очевидно, що принципи не можуть точно й у всіх елементах збігатися з реальністю, наука повинна випереджати практику, прогнозувати її розвиток і передбачати потенціал кожного нового правового явища.

Тому видається необхідним досліджувати не лише закріплені в Конституції та інших джерелах права принципи правового статусу суддів і розкрити їх зміст, а й формулювати нові ідеї-принципи, що об'єктивно формуються на сучасному етапі розвитку судової влади. Це насущна необхідність, що виходить із логіки діалектичного розвитку судової влади й науки конституційного права, що вивчає її конституційні основи. Метою такого дослідження є як поглиблення й розширення наукового знання, так і об'єктивування, нормативне закріплення та введення в практику судової влади об'єктивно властивих їй основоположних засад.

Сучасна цивілізація зберігає спадкоємність відносно гуманних ідей минулого і ґрунтується на дуже розвиненій ідейно-теоретичній базі правосуддя, що отримує належне закріплення в міжнародно-правових документах і в національному праві окремих держав. В основі сучасних концепцій побудови судових систем у різних державах лежать такі класичні постулати, як «кожен має право на доступ до суду»; «кожен має право знати про звинувачення, що йому пред'являється»; «кожен має право бути вислуханим під час розгляду його справи»; «ніхто не може бути суддею у своїй справі» тощо.

Проте з розвитком цивілізації суспільні відносини отримують подальший розвиток і колишні ідеї отримують нове змістове наповнення, наприклад, право на судовий розгляд вже корелює з розумним його строком, справедливим і неупередженим підходом, з об'єктивними критеріями визначення «свого судді». Виникають і нові ідеї: про універсальність засобів судового захисту, про відповідальність держави за забезпечення права на судовий захист, про фаховість і компетентність суду, про самостійність судової влади й багато інших.

Такі основоположні засади лежать в основі правового статусу суддів в Україні. Найважливіші з них відображені в Конституції й законодавстві про судоустрій і статус суддів, інші виходять із сутності суду, регулятивної та охоронної функції права. Конституційно-правові принципи визначають характер самої судової влади, установлюють основні засади процедур здійснення її діяльності, а також слугують ідейно-правовою основою організації судів, статусу й діяльності суддів (наприклад, розділ 1 «Засади організації судової влади» Закону України «Про судоустрій і статус суддів»).

Отже, до принципів правового статусу суддів варто зарахувати об'єктивні основоположні засади, що відображають його природу, ідейні основи діяльності суддів, прямо закріплені в конституційних або нормативних актах або впливають із їх змісту і правової природи самої судової влади.

Проголошені в Конституції України конституційні основи і принципи демократичної правової держави з республіканською формою правління й унітарним устроєм, визнання людини, її життя і здоров'я найвищою соціальною цінністю, здійснення влади на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу й судову є вихідними для формування основних принципів правового статусу суддів. Саме їх варто закладати в основу виявлення та формування комплексу принципів правового статусу суддів.

У науці конституційного права існують різні підходи до розуміння принципів правового статусу суддів. Зокрема, Ф. Веніславський під принципами правового статусу суддів розуміє основоположні ідеї правового регулювання статусу суддів<sup>16</sup>.

Досліджуючи конституційно-правову доктрину самостійності судової влади, В. Анішина під принципами статусу судді визначає основоположні ідеї правового становища осіб, що здійснюють судову владу<sup>17</sup>. Схожої позиції дотримується й В. Єфанова, визначаючи принципи статусу судді як основопо-

<sup>14</sup> Скрипнюк О.В. Конституційне право України : підручник для студентів вищих навчальних закладів. Київ, 2010. С. 22.

<sup>15</sup> Погорілко В.Ф., Федоренко В.Л. Конституційне право України : підручник / за заг. ред. В.Л. Федоренка. 4-те вид., перероб. і доопр. Київ, 2012. С. 22.

<sup>16</sup> Веніславський В.Ф. Конституційне право України в схемах і таблицях : навч. посіб. для студ. юрид. вузів та ф-тів. Харків, 2014. С. 337.

<sup>17</sup> Анишина В.И. Конституционно-правовая доктрина самостоятельности судебной власти в современной России: проблемы теории и практики реализации. Москва, 2008. С. 93.

ложні ідеї, керівні начала, що лежать в основі статусу судді<sup>18</sup>.

У цьому контексті на особливу увагу заслуговує дисертаційна робота Н. Шульгач, у якій автор під принципами, що забезпечують правовий статус судді, розуміє важливі засади правосуддя, які спрямовані на створення надійних умов для ефективної реалізації правового статусу суддею<sup>19</sup>.

Сказане вище особливо стосується принципів правового статусу суддів, які істотно змінилися після проголошення незалежності України й із прийняттям Конституції України, а особливо після прийняття 12 лютого 2015 року Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд»<sup>20</sup> і 2 червня 2016 року Закону України «Про судоустрій і статус суддів»<sup>21</sup>.

Під принципами правового статусу суддів варто розуміти визначені Конституцією України та іншими джерелами права загальноприйняті засади, ідеї, що слугують основоположними началами правового статусу суддів.

В Україні багато принципів правового статусу суддів отримали своє юридичне закріплення, як уже відзначалося, на найвищому рівні – у Конституції України. Це означає, що як конституційні норми вони, відповідно, мають пряму дію, верховенство та вищу юридичну силу, їх зобов'язані дотримуватися всі без винятку – держава та її органи, учасники судового процесу, а також самі судді.

Принципи правового статусу суддів виконують низку важливих функцій, тобто завдань щодо впорядкування правового регулювання правового статусу суддів. До таких функцій належать: 1) регулятивна функція полягає в здатності принципів регулювати порядок діяльності суддів; 2) системоутворювальна функція полягає в тому, що принципи визначають спрямованість діяльності суддів; 3) аксіологічна функція принципів полягає в тому,

що вони виражають основні соціальні цінності й стандарти правового статусу суддів.

## Висновки

Зважаючи на конституційні та судоустрійні підходи до питання принципів правового статусу суддів, пропонуємо визначати їх так: це керівні засади, встановлені Конституцією та законами України, міжнародними договорами України, що відображають об'єктивно наявні закономірності розвитку судової влади, визначають характер, істотні риси правового статусу суддів, основи зв'язків між елементами його змісту, установлюють і регулюють поведінку суб'єктів правових відносин з приводу набуття, зміни та припинення правового статусу суддів.

Виділяючи ключові риси принципів правового статусу суддів, вважаємо за доречне відштовхуватися від аналогічних характеристик принципів судової влади, виходячи з розуміння співвідношення принципів судової влади та принципів правового статусу суддів як загального й конкретного. Отже, основними ознаками принципів правового статусу суддів є такі: 1) визначають сутність і зміст правового статусу суддів як самостійного елемента судової влади, його призначення в суспільстві та державі; 2) набувають зовнішнього вираження й формального закріплення в Конституції України та конституційному законодавстві, зокрема Законі України «Про судоустрій та статус суддів»; 3) є нормативними засадами правового статусу суддів, що мають загальнообов'язковий характер; 4) визначають передумови моделювання відповідної структури правового статусу суддів, об'єднують світовий досвід; 5) закріплюють об'єктивні закономірності розвитку правового статусу суддів; 6) формуються відповідними суб'єктами правотворчості, від статусу яких залежить юридична сила форм права, у яких викладено ці принципи; 7) обумовлюють напрями правозастосовної діяльності, сприяють більш чіткому розподілу компетенції між елементами системи судоустрою; 8) в порівнянні з правовими нормами, в тому числі конституційно-правовими, є первинними, більш стійкими, хоча й не вічними, залишаються незмінними протягом тривалого часу, а їх існування зумовлене певним соціально-історичним і політичним контекстом.

<sup>18</sup> Ефанова В.А. Проблемы статуса судьи в Российской Федерации. *Судебная власть и уголовный процесс*. 2016. № 3. С. 121.

<sup>19</sup> Шульгач Н.М. Принципы правосудия, що забезпечують правовий статус судді в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10. Львів, 2012. 203 с.

<sup>20</sup> Про забезпечення права на справедливий суд : Закон України від 12 лютого 2015 року, з наступними змінами. *Голос України*. 2015. № 35.

<sup>21</sup> Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 2 червня 2016 року, з наступними змінами. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 44-46.

## Restrictions and violations of rights and freedoms during personal searches

*Lysachenko Serhii*

*Postgraduate Student of the Criminal Process Department  
of Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine*

The article deals with the issue of restriction and violation of rights and freedoms during personal search. In substantiating the relevance of the topic, the author emphasizes that in the course of conducting a personal search, not only the prescriptions of the Criminal Procedure Code of Ukraine can be ignored, but also important human rights and freedoms may be restricted and violated. In this regard, the procedural information obtained loses probative value for establishing the circumstances of the criminal offense, which does not facilitate the resolution of criminal proceedings.

It is noted that the use of physical force in the course of a search of a person, which results in some restriction of the rights and freedoms of the latter, is consistent with the logic of the possible development of events in situations of detention or search of housing or other possession of the person.

The forceful nature of the actions of investigative bodies in relation to a person's incitement to engage in personal search activities cannot be offset by the publicity of criminal proceedings and is an indication of the fundamental right to freedom from self-incrimination.

It is summarized that the provisions of the criminal procedural law allow the use of force and partial restriction of human rights and freedoms during personal searches. This is due to the need to combat crime in the country, the need to establish and prosecute the perpetrator of criminal offenses in the interests of individuals and the entire society.

The use of coercion in the course of a personal search can violate the freedom from self-exposure and the right not to testify against close relatives and family members. Such violation should be determined taking into account the peculiarities of the implementation of the volitional element regarding the activity and passivity of the person being searched.

Legislative loopholes regarding the grounds and procedure for conducting a personal search outside of detention and search of a dwelling or other possession of the person and the informal practice of conducting a personal search at the discretion of the investigating judge are not problematic in terms of ensuring human rights and freedoms.

### Обмеження та порушення прав і свобод під час проведення особистого обшуку

*Лисаченко Сергій Леонідович*

*аспірант кафедри кримінального процесу*

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Україна*

#### Вступ

Останнім часом особливе занепокоєння викликають проблеми, що виникають у правозастосуванні в разі обмеження прав і свобод особи під час проведення такої слідчої (розшукової) дії, як обшук, одним із видів якого є особистий обшук. Ця слідча (розшукова) дія широко застосовується у правоохоронній практиці та є поширеним способом виявлення, фіксації, вилучення фактичних даних про кримінальне правопорушення, а також формування доказів. Використання в ході досудового розслідування результатів проведення особистого обшуку для виявлення та збирання на їх основі інших відомостей, а також під час судового розгляду як належних і допустимих доказів має відбуватися із суворим дотриманням вимог кримінального процесуального законодавства<sup>1</sup>. Водночас у ході проведення особистого обшуку можуть не лише ігноруватися приписи

Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), а й обмежуватися та порушуватися важливі права й свободи людини. У зв'язку із цим отримані процесуальні відомості втрачають доказове значення для встановлення обставин вчиненого кримінального правопорушення, що не сприяє вирішенню завдань кримінального досудового провадження. Тому актуальним є дослідження питання щодо обмеження та порушення прав і свобод під час проведення особистого обшуку.

**Метою статті** є дослідження питання стосовно обмеження та порушення прав і свобод під час проведення особистого обшуку. Для її досягнення необхідно визначити можливість обмеження прав і свобод під час здійснення обшуку особи, а також з'ясувати, яким чином можуть порушуватися права й свободи в ході проведення особистого обшуку.

#### Виклад основного матеріалу

Відповідно до чинних приписів процесуального законодавства особистий обшук може здійснюва-

<sup>1</sup> Берназ В., Спільник С., Комарницька О. Обшук особи відповідно до КПК України. *Evropsky politicky a pravni diskurz*. 2014. Vol. 1. Iss. 5. P. 219. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/evrpol\\_2014\\_1\\_5\\_23](http://nbuv.gov.ua/UJRN/evrpol_2014_1_5_23).

тися після затримання особи за підозрою у вчиненні злочину (ч. 3 ст. 208 КПК України) або під час проведення обшуку в житлі чи іншому володінні особи (ч. 5 ст. 236 КПК України). Зазначені випадки проведення обшуку дають підстави для застосування примусового впливу щодо особи, яка обшукується. Особа, яка підозрюється у скоєнні злочину або яка переховує при собі будь-які матеріальні об'єкти, не бажає, щоб її обшукували. Такі особи можуть не виконувати накази органів розслідування щодо видачі предметів і документів, що перебувають у них. Тому закономірним є використання фізичного примусу в ході реалізації обшуку особи.

Без застосування примусу під час особистого обшуку важко досягти мети, яка стоїть перед цим процесуальним засобом у досудовому провадженні. Вилучення матеріальних речей та об'єктів є необхідним не лише для забезпечення процесу доказування обставин кримінального правопорушення, а й для запобігання продовженню злочинної діяльності або вчиненню нового суспільно небезпечного діяння, закріпленого у Кримінальному кодексі України. Затримана за підозрою у вчиненні злочину особа може мати при собі зброю або інші небезпечні предмети. Останні можуть бути використані злочинцем із метою опору органам розслідування, для уникнення затримання та притягнення до кримінальної відповідальності.

Отже, використання фізичної сили в ході обшуку особи, наслідком чого є деяке обмеження прав і свобод останньої, узгоджується з логікою можливого розвитку подій у ситуаціях затримання або обшуку житла чи іншого володіння особи.

Аналогічний висновок зробив експерт Науково-дослідного експертно-криміналістичного центру Д. Деревняк, який, проаналізувавши положення Конституції України, зазначає, що обшук не лише характеризується примусовістю, а й фактично обмежує конституційне право особи, хоча це обмеження й виправдане для досягнення цілей кримінального провадження<sup>2</sup>. Справді, у результаті застосування обшуку можуть бути обмежені такі основні права людини, як право на недоторканність житла чи іншого володіння особи, недоторканність права власності, невтручання у приватне життя, свободу й особисту недоторканність. Їх часткове обмеження дозволяється приписами кримінального процесуального законодавства з огляду на необхідність боротьби зі злочинністю в державі, встановлення та притягнення винної особи до кримінальної відповідальності за скоєння кримінального правопорушення щодо окремих осіб і всього суспільства.

Незважаючи на те, що особистий обшук пов'язаний з обмеженням прав і свобод особи, він реалізується без винесення рішення слідчого судді, тоді

як здійснення обшуку житла або іншого володіння особи потребує обов'язкового попереднього чи подальшого судового контролю.

Відсутність застосування судового контролю можна пояснити особливістю обставин, за яких проводиться особистий обшук у кримінальному досудовому провадженні. Невідкладність ситуації затримання чи обшуку житла або іншого володіння особи вимагає вчинення органами розслідування оперативних дій стосовно виявлення, фіксації та вилучення речей, предметів і документів.

Судовий контроль за особистим обшуком затриманої особи ніби переноситься на більш пізній етап, коли органи розслідування звертаються до слідчого судді для застосування до особи запобіжного заходу, зокрема тримання під вартою. У процесі цієї процедури слідчий суддя перевіряє законність затримання, здійснення особистого обшуку та інших процесуальних засобів для констатації наявності чи відсутності обґрунтованої підозри у вчиненні злочину. У разі встановлення порушення приписів закону або неправомірних дій щодо особистого обшуку отримані відомості не можуть бути використані для підтвердження винуватості особи у скоєнні злочину.

Варто погодитися з О. Комарницькою, яка вважає, що законність проведення особистого обшуку надає отриманим під час його проведення доказам властивості допустимості (ст. 86 КПК України). Саме тому необхідною умовою належного застосування норм КПК України є також протидія вчиненню кримінальних процесуальних правопорушень під час реалізації завдань кримінального провадження, зокрема під час проведення особистого обшуку<sup>3</sup>.

Якщо свободу від самовикриття, право не свідчити проти себе, близьких родичів і членів сім'ї розглядати в широкому сенсі, як це робить Європейський суд з прав людини (наприклад, у справах «Функе проти Франції»<sup>4</sup>, «Яллох проти Німеччини»<sup>5</sup>), то можна ставити питання про можливість порушення вказаних прав і свобод у ході здійснення особистого обшуку. Для з'ясування цього питання доцільно скористатися визначеним нами в попередньому дослідженні правилом реалізації вольового елемента щодо активності й пасивності суб'єкта<sup>6</sup>.

Зазвичай особа після свого затримання не бажає нічого видавати органам розслідування, тому що

<sup>3</sup> Комарницька О. Особистий обшук: сучасний стан та перспектива. *Часопис Академії адвокатури України*. 2014. Т. 7. № 2. С. 44. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chaau\\_2014\\_7\\_2\\_6](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chaau_2014_7_2_6).

<sup>4</sup> Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Функе проти Франції» від 23 лютого 1993 р. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-100744&filename=CASE%20OF%20FUNKE%20v.%20FRANCE%20-%20\[Russian%20Translation\].pdf](https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-100744&filename=CASE%20OF%20FUNKE%20v.%20FRANCE%20-%20[Russian%20Translation].pdf).

<sup>5</sup> Рішення Європейського суду з прав людини у справі у справі «Яллох проти Німеччини» від 11 липня 2006 р. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119759>.

<sup>6</sup> Лисаченко С. Окремі примусові засоби отримання відомостей від особи у кримінальному досудовому провадженні у контексті свободи від самовикриття та права не свідчити проти близьких родичів та членів сім'ї. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 6. С. 320–321.

<sup>2</sup> Деревняк Д. Криміналістична тактика обшуку та особистий обшук: необхідність удосконалення. *Криміналістичний вісник*. 2015. № 2. С. 105. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/krvis\\_2015\\_2\\_16](http://nbuv.gov.ua/UJRN/krvis_2015_2_16).



надані речі, предмети та документи можуть її викривати у вчиненні злочину. Це вимагає від органів судочинства застосування примусу, мета якого в конкретній ситуації може відрізнятись. Державні органи розслідування в одних випадках використовують примус, не впливаючи на волю особи та не спонукаючи останню до активних дій, а також отримують від особи необхідні об'єкти. В інших випадках державні органи змушують особу вийти з пасивного стану та зробити активні дії щодо видачі потрібних речей і документів. Відмінність цих варіантів застосування примусу в ході здійснення особистого обшуку зумовлює різний результат стосовно порушення свободи від самовикриття та права на мовчання щодо себе, близьких і рідних.

Використання фізичної сили без примушування обшукуваної особи до виконання активних дій щодо надання предметів та документів не приводить до наслідків у вигляді порушення її прав і свобод, оскільки за відсутності активних дій особи в результаті застосування примусу вона сама себе не викриває та не підтверджує причетності до злочину своїх близьких родичів і членів сім'ї. Такий примус є виправданим публічним інтересом стосовно розкриття й розслідування злочинів.

Водночас силовий характер дій органів розслідування, який спрямований на схилення особи до активної діяльності, у межах особистого обшуку не може бути виправданим публічністю кримінального провадження та є показником недотримання фундаментального права щодо свободи від самозвинувачення.

З власного професійного досвіду можемо зазначити, що за умов дії чинного КПК України на практиці є ситуації, коли представники органів розслідування у відповідь на відмову затриманої особи видати предмети та документи застосовують до неї примус (переважно психологічний, а також введення в оману, попередження про адміністративну відповідальність), яким змушують особу проти своєї волі видавати самостійно приховані об'єкти. Вочевидь, такі дії порушують свободу від самовикриття та право не свідчити проти близьких і рідних, оскільки неправомірно схиляють затриману особу до здійснення активних дій щодо самозвинувачення або викриття родичів та членів сім'ї всупереч власній волі.

Зазначені ситуації часто трапляються у практичній діяльності під час взаємодії патрульних поліцейських із членами слідчо-оперативної групи, які приїжджають на місце події в різний час. Так, патрульні поліцейські, прибуваючи першими на місце вчинення кримінального правопорушення, фізично затримують підозрювану особу без використання положень КПК України, що встановлюють порядок затримання особи та здійснення її особистого обшуку. Водночас патрульні не користуються й адміністративним законодавством, оскільки особа

ними позбавляється свободи у зв'язку з вчиненням саме злочину, а не адміністративного проступку. Тобто відбувається затримання особи за відсутності будь-якого законодавчого підґрунтя.

Із цього приводу у процесуальній літературі небезпідставно підкреслюється, що патрульні поліцейські під час затримання використовують норми законодавства, які передбачені для цивільних осіб<sup>7</sup>. Наразі працівники патрульної поліції використовують під час затримання процедуру, передбачену ст. 207 КПК України, згідно з якою кожен має право затримати будь-яку особу в разі вчинення, замаху на вчинення кримінального правопорушення або ж безпосередньо після вчинення кримінального правопорушення чи під час безперервного переслідування особи, яка підозрюється в його вчиненні. Однак ст. 207 КПК України жодним чином не стосується правоохоронців! Вона регламентує так зване «цивільне» затримання, надаючи цивільним особам право затримувати правопорушників. Після затримання такі особи повинні доставити затриманого до правоохоронців або негайно повідомити правоохоронців про затримання правопорушника та його місцезнаходження<sup>8</sup>.

Крім вказаних дій, уповноважена службова особа, якою, на наше переконання, є патрульний поліцейський, повинна здійснити особистий обшук. Проте це не відбувається через неправильне тлумачення законодавства та некоректне правозастосування.

Сьогодні після фізичного затримання особи патрульними поліцейськими на місце події прибуває слідчо-оперативна група, члени якої також не бажають обшукувати затриману особу з огляду на опосередкованість сприйняття підстав затримання та існування презумпції незаконного позбавлення свободи. Слідчий сумнівається в тому, чи справді особа підозрюється у вчиненні суспільно небезпечного діяння, унормованого Кримінальним кодексом України. Тому члени слідчо-оперативної групи, зокрема слідчий або за його усним дорученням оперативний співробітник, намагаються силою вплинути на волю затриманої особи з метою вчинення нею активних дій стосовно видачі предметів і документів. Таким чином, особа сама себе викриває у вчиненні злочину, що не узгоджується зі змістом основоположних прав і свобод у межах кримінального провадження.

Для унеможливлення порушення свободи від самовикриття, права не свідчити проти близьких та рідних під час особистого обшуку органи розслідування не мають права змушувати особу здійснювати активну діяльність стосовно самовикриття. Проте суб'єкти кримінального процесу уповноважені застосовувати примус із метою виявлення

<sup>7</sup> Белоусов Ю. Як маскують незаконні затримання, прикриваючись законодавством. *Українська правда*. 2019. 22 січня. URL: <https://www.pravda.com.ua/columns/2019/01/22/7204501/>.

<sup>8</sup> Там само.

та вилучення об'єктів, що перебувають в особі. Під час застосування сили в ході обшуку особа повинна залишатися в пасивному стані, не викриваючи себе активними діями. Тоді примус стосовно вищезазначеного права буде належним і не дасть можливість констатувати обмеження привілею проти самозвинувачення.

Отже, застосування примусу під час здійснення обшуку затриманої особи може порушувати свободу від самовикриття та право не свідчити проти близьких родичів і членів сім'ї. Якщо використана сила в ході особистого обшуку спонукає особу до активних дій, то примус не відповідає вказаній свободі та праву людини. У разі, коли особа, яку обшукують, не проявляє активність, а залишається в пасивному стані, примус може узгоджуватися з привілеєм проти самозвинувачення та правом не свідчити проти рідних і близьких.

У процесуальній літературі можна знайти вказівки на інші проблеми особистого обшуку у кримінальному провадженні. Так, Г. Степанова, О. Степанов та М. Кулик наголошують на тому, що чинний КПК України, на відміну від Кримінально-процесуального кодексу України 1960 р., не містить окрему норму, яка регламентує порядок проведення особистого обшуку (обшуку особи). Не сформульований він у системному вигляді ні у ст. 208 КПК України, ні у ст. 234 КПК України, ні в інших статтях кодексу<sup>9</sup>. Ця прогалина чинного кодифікованого кримінального процесуального законодавства насправді може ускладнювати процес правозастосування в ході кримінального досудового провадження.

Як зазначає О. Комарницька, у слідчій практиці виникають випадки необхідності проведення обшуку особи, яка перебуває за межами житла чи іншого володіння та стосовно якої є достатні підстави вважати, що вона переховує предмети чи документи, які вилучені з обігу та мають значення для кримінального провадження. Така ситуація не узгоджується з видами й підставами проведення особистого обшуку, про які йдеться в ч. 3 ст. 208 КПК України та ч. 5 ст. 236 КПК України. Виходом із такої ситуації в деяких прокуратурах і судах України стало застосування положення ст. 9 КПК України, у якій, крім іншого, передбачена можливість застосування загальних засад кримінального провадження в разі неврегулювання або неоднозначного регулювання окремих питань у КПК України та ст. 234 КПК України, яка є загальною нормою для такої слідчої (розшукової) дії, як обшук, а також ст. ст. 84, 223, 233 КПК України. Перелічені норми КПК України є правовою підставою для отримання ухвали слідчого судді щодо проведення особистого обшуку за наявності зазначеної вище фактичної обставини. Перед цим прокурор, реалізуючи свої

процесуальні повноваження (п. 10 ч. 1 ст. 36 КПК України) із застосуванням аналогії права, погоджує або відмовляє в задоволенні клопотання слідчого на проведення особистого обшуку, форма та зміст якого постає з норм КПК України, що вписані для проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, із зазначенням особливостей для застосування обшуку особи<sup>10</sup>.

О. Баганець зауважує, що практика розгляду слідчими суддями клопотань сторони обвинувачення про надання дозволу щодо проведення обшуку особи є цілком обґрунтованою, проте той факт, що окремі слідчі судді розглядають відповідні клопотання та надають дозвіл на проведення обшуку осіб, які одержують неправомірну вигоду, є недопустимим і таким, що не відповідає загальним засадам кримінального процесуального доказування. Зауважимо, що слідчий суддя уповноважений постановляти лише ухвалу про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння. Процесуальний порядок розгляду слідчим суддею клопотань про надання дозволу щодо обшуку осіб та постановлення відповідних ухвал чинний КПК України не визначає. У зв'язку із цим результати проведення стороною обвинувачення обшуків осіб, що здійснені на підставі відповідних ухвал слідчих суддів, не можуть бути використані як допустимі докази у кримінальних провадженнях цієї категорії<sup>11</sup>.

Ми не можемо погодитися з позицією автора щодо визнання отриманих під час особистого обшуку відомостей недопустимими лише через те, що вказаний процесуальний засіб здійснювався за рішенням слідчого судді. Адже судовий контроль, навіть якщо він не унормований приписами КПК України, є значимою гарантією забезпечення прав і свобод людини у кримінальному провадженні. Неформальне розширення з боку слідчого судді контролю за здійсненням особистого обшуку лише сприяє захисту прав і законних інтересів особи, яка обшукується органами розслідування. Єдиним негативним наслідком у цій ситуації може стати зменшення швидкості та оперативності досудового розслідування, а також втрата у зв'язку із цим важливих предметів і документів. Однак якщо слідчі підрозділи заздалегідь отримують дозвіл слідчого судді на проведення особистого обшуку, то складно уявити будь-які проблеми стосовно описаної процедури.

Натомість наша думка була би протилежною в разі недотримання процесуальних правил із судового контролю стосовно особистого обшуку, коли його здійснення передбачало би у процесуальному законі

<sup>9</sup> Степанова Г., Степанов О., Кулик М. Обшук особи за КПК України: проблемні питання та шляхи вдосконалення. *Підприємство, господарство і право*. 2017. № 2. С. 295.

<sup>10</sup> Комарницька О. Особистий обшук: сучасний стан та перспектива. *Часопис Академії адвокатури України*. 2014. Т. 7. № 2. С. 45. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chaau\\_2014\\_7\\_2\\_6](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chaau_2014_7_2_6).

<sup>11</sup> Баганець О. Обшук особи як засіб отримання доказів стороною обвинувачення у досудовому розслідуванні прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою. *Вісник кримінального судочинства*. 2016. № 3. С. 135–136.

необхідність отримання ухвали слідчого судді. Такі обставини проведення особистого обшуку зменшували би рівень захисту й охорони прав і законних інтересів обшукуваної особи та приводили би до недопустимості одержаних відомостей.

Водночас нам важко уявити конкретні життєві випадки проведення особистого обшуку поза затриманням особи за підозрою у вчиненні злочину або проведення обшуку в житлі чи іншому володінні особи. Щодо останніх заходів приписами кримінального процесуального законодавства України вже встановлена можливість здійснення особистого обшуку без ухвали слідчого судді – за рішенням слідчого, прокурора. Тому доходимо висновку, що правове регулювання та вищезазначена практична реалізація обшуку особи шляхом використання судового контролю є належними в контексті забезпечення прав і свобод людини.

### **Висновки**

На підставі здійсненого дослідження можна сформулювати такі узагальнення:

1. Приписи кримінального процесуального законодавства допускають застосування сили та часткове обмеження прав і свобод людини під час проведення особистого обшуку. Це зумовлюється необхідністю боротьби зі злочинністю в державі, потребою у встановленні та притягненні винної особи до кримінальної відповідальності за скоєння кримінального правопорушення в інтересах окремих осіб і всього суспільства.

2. Застосування примусу в ході проведення особистого обшуку може порушувати свободу від самовикриття та право не свідчити проти близьких родичів і членів сім'ї. Таке порушення має визначатися з урахуванням особливості реалізації вольового елементу щодо активності та пасивності особи, яка обшукується.

3. Законодавча прогалина щодо підстав і порядку проведення особистого обшуку поза затриманням та обшуку в житлі чи іншому володінні особи, а також неформальна практика здійснення особистого обшуку за рішенням слідчого судді не є проблемними щодо забезпечення прав і свобод людини.

## The legal nature and principles of the predictive justice

*Myltseva Veronika*

*Ph.D. Student of Justice Department*

*of Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine*

The paper highlights the concept of the predictive justice and its principles of use. Through the legal analysis of the said concept and exploration of different *pro* and *contra* arguments which have to be taken into account while using predictive justice, the author exposes the framework of the predictive justice in the modern society. Thus, on the one hand, information and telecommunications technologies allow the predictability and standardization of the court decisions. On the other hand, the issue of avoiding prejudice and discrimination in rendering the court decisions is very important, outlining the existing limitations of the current technologies' use. The necessity to follow the rule of law in the implementation of the predictive justice is strongly emphasized. Also, the paper highlights that the discrimination's avoidance and the proper use of different technologies in the predictive justice requires the elaboration and adoption of the ethical principles based on which the predictive justice shall operate. Therefore, any technology's use in the sphere of justice, regardless its complexity and performance capabilities, shall above all guarantee the respect of the rights and freedoms of the individuals and in no way limit or distort them.

The modern technologies of the predictive justice are now various and some of them are indeed very sophisticated. Being said that, they are always based on the certain reference model. That is why it is crucial to adopt a model which is structured according to the criteria which are relevant and objective criteria as much as it is possible.

Considering the mentioned above, the further development of the predictive justice demands a close and comprehensive collaboration between different practitioners in order to elaborate an appropriate legal regulation of such technology and to attend the positive effects from its use. The legal profession is definitely under the deep transformation due to the predictive justice' tools. It is substantial that such transformation results into the guarantee of the access to justice and fair trial for any person.

### Introduction

Modern society has received a powerful instrument by introduction the legal technology into the sphere of justice. The main sense of the predictive justice is that such technology can be used to predict the chances of success in a particular case. Actually, it seems to be even more appropriate to talk about *forecasting* than *predicting* meaning that the algorithms helps to determine the probabilities of success in the case based on the analysis of the previous decisions in the same category of cases<sup>1</sup>. This being said a "judge's decision-making, which entails applying the relevant law to a specific case, is always based on an individual assessment"<sup>2</sup> But due to the fact that the term predictive justice is already commonly used by different actors in the sphere of justice we shall continue to use it as well. Nevertheless, the legal framework of the predictive justice, its main principles and its influence have to be carefully studied and analyzed.

### Presentation of the main statements

It has to be mentioned that the idea of the technologies' use in justice is not so new. In 1963 a well-known American lawyer, Lee Loevinger even proposed a new science called "*jurimetrics*" which deals "with such

matters as the quantitative analysis of judicial behavior, the application of communication and information theory to legal expression, the use of mathematical logic in law, the retrieval of legal data by electronic and mechanical means, and the formulation of a calculus of legal predictability."<sup>3</sup>

The predictability of the judicial decisions comes from the nature of the law itself, mainly from the idea that the law and its application have to be certain<sup>4</sup>. Lawyers and jurists obtain an opportunity to build their strategy in a more efficient way.

The law needs judges for its application and litigants need case law to provide for the application of standards by judges in these cases. The doctrinal effort of the jurisprudence must reduce the unpredictability inherent in the function of judging. Predictive justice serves as tool for accomplishing what has always been the main task of doctrine: the description of the various decisions adopted by the courts and the prediction of the decisions that will be adopted in the similar cases<sup>5</sup>.

Different machine learning algorithms can be used to evaluate the effects of the decisions. "Just as much legal research makes recommendations (inputs) based on theories about the potential consequences of legal change, the predictions of decisions can be used for

<sup>1</sup> Eloi Buat-Menard, La justice dire "predictive": prerequis, risques et attentes – l'expérience française, *Dalloz*, 2019/2. P. 269–276.

<sup>2</sup> Manfred Riepe, The transparent judge: how artificial intelligence is changing the judiciary, *Legal technology journal*. 2019. URL: <https://legal-technology.net/en/predictive-justice/>.

<sup>3</sup> Lee Loevinger, *Jurimetrics: the methodology of legal inquiry, Law and Contemporary Problems*, Winter. 1963. URL: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2945&context=lcp>.

<sup>4</sup> Antoine Garapon, Les enjeux de la justice predictive, *La semaine juridique*. 2017. URL: [https://www.cnll.fr/sites/default/files/atoms/files/justice\\_predictive.pdf](https://www.cnll.fr/sites/default/files/atoms/files/justice_predictive.pdf).

<sup>5</sup> Zambrano G. Précédents et prédictions jurisprudentielles à l'ère des Big Data .2017. URL: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01496098>.



downstream analyses of causal evaluation of the effects of decisions. The predictions would not be used to suggest a decision, but used as inputs to increase efficiency and fairness of law<sup>6</sup>. In such a way predictive justice's technologies become an efficient instrument which can help to reduce the uncertainty of the law and guarantee the fair administration of justice. That is why during last years their use become more and more popular in different countries.

In the USA, for example, the predictive justice is already commonly used. An example can be illustrated with Lex Machina, one of the most famous corresponding technology. It combines data and software into a new platform that assist to prepare a strategic approach in different legal cases. A category, called Legal Analytics provides with the critical strategic information needed to craft successful legal strategy and gain a winning edge in the highly competitive business and practice of law. And the *Case List Analyzer* enables the technology's users to select cases based on specific criteria and filter those results by case type, date range, court, judge, patent findings, and more. *Motion Metrics* identifies the docket events and documents connected to a specific motion, and provides the *Custom Insights* into all activity that led to a court's grant or denial of that motion<sup>7</sup>.

The main point which has to be discussed is the scope of application of the predictive justice. And that is the most controversial topic.

In the context of the predictive justice the Council of Europe European Commission for the efficiency of justice revealed its findings according to which a machine does not reproduce legal reasoning but only provides a statistical or probabilistic approach; a machine does not explain the meaning of the law or the behavior of judges; it is impossible mechanically identify all the causative factors of a decision and risks of confusion is important. Accordingly based on such findings, CEPEJ foresees a limited use of technologies in the sphere of justice: as for example in the case of the case law valorization by making links among doctrine, case law, laws and regulations in the civil/commercial and administrative law case or in the criminal procedure for example determining before sentencing whether or not to deprive an individual of liberty<sup>8</sup>.

This reasoning is based on the idea that the computers are intelligent but not wise, they learn by imitation depending on the certain reference model. In such a way the artificial intelligence and the human intelligence are compared. And such comparison reveals the eventual limits of the predictive justice technologies. First of all, it is not always obvious how to translate the normative

or factual propositions into a language that allows computation. This difficulty is declined, in particular: a) in the complexity to translate in a logically treatable form the propositions of everyday life and therefore also the juridical ones; b) in the difficulty of considering all the variables that come into play; c) in the difficulty of dominating ambiguous concepts; in other words algorithms lack the human ability to individualize. The other limits consist in the fact that an inferential engine based on deductive logic allows to carry out the only reasonings dominated by it and the decision is the result of inferential mechanisms that follow their own logic<sup>9</sup>.

Meanwhile, such limited view is not supported by all researchers in the discipline. For example, Daniel L. Chen from Toulouse School of Economics, Institute for Advanced Study in Toulouse University, France states that "research at the intersection of machine learning and causal inference is moving quickly. One aim of the technology ...will be to explicitly allow for future improvements, such that the "engine" can be swapped out, without too much difficulty. For example, recent advances in machine learning and econometrics allow automating the causal analysis of heterogeneous impacts of judicial decisions. Other advances bring deep learning...to high-dimensional instrumental variables (such as text), that we can employ to predict the impact of judges' decisions on populations"<sup>10</sup>.

Considering having a precise and quantified statistical description of the law's application by the courts, it is possible to imagine a multitude of intelligent computer systems, capable of making legal predictions<sup>11</sup>.

Therefore, it is important to emphasize that the coherent use of the predictive justice directly depends from the accuracy and the integrity of data according to which the forecasts are prepared. "The machine learning models are only as reliable as the data they're trained on. If the underlying data is biased in any form, there is a risk that structural inequalities and unfair biases are not just replicated, but also amplified. In this regard, AI engineers must be especially wary of their blind spots and implicit assumptions; it is not just the choice of machine learning techniques that matters, but also all the small decisions about finding, organizing and labelling training data for AI models"<sup>12</sup>.

It can be supposed that reservations concerning the broad use of the predictive justice are also related to the fact that very often the algorithms are not transparent

<sup>6</sup> Daniel L.Chen, Judicial analytics and the great transformation of American law, Artificial Intelligence and Law. 2019. URL: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-018-9237-x>.

<sup>7</sup> URL: <https://lexmachina.com/what-we-do/whats-unique/>.

<sup>8</sup> Artificial intelligence and judicial systems: The so-called predictive justice, CEPEJ presentation.2018. URL: <https://experts-institute.eu/wp-content/uploads/2018/07/presentation-ia-eng.pdf>.

<sup>9</sup> The judge of the future: artificial intelligence and justice, Themis. 2019. URL: <http://www.ejtn.eu/PageFiles/17916/TEAM%20ITALY%20II%20TH%202019%20D.pdf>.

<sup>10</sup> Daniel L. Chen, Judicial analytics and the great transformation of American Law, Artificial intelligence and Law. 2019. URL: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-018-9237-x>.

<sup>11</sup> Guillaume Zambrano, Precedents et predictions jurisprudentielles a l'ere des big data : parier sur le resultat (probable) d'un proces. 2015. URL: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01496098/document>.

<sup>12</sup> Vyacheslav Polonski, Mitigating algorithmic bias in predictive justice: 4 design principles for AI fairness. 2018. URL: <https://towardsdatascience.com/mitigating-algorithmic-bias-in-predictive-justice-ux-design-principles-for-ai-fairness-machine-learning-d2227ce28099>.

and understandable to their users and customers. Therefore, the major risk of the discrimination arises. It has been already stated many times that the “different applications designed to facilitate and monitor case management and the operation of all parts of the judicial system have helped Governments in planning the use of resources more strategically, preventing bottlenecks and ensuring accountability of individual employees”<sup>13</sup>. But the question remains in the fact that the technologies themselves must be transparent. And the principle of the transparency in the predictive justice is directly related to the principle of the human’s control over the use of data used to predict or to forecast decisions or other things within the predictive justice.

The principle of the control over the use of data consist in the fact that the “data subjects should have some degree of influence over how and why information about them is used. Certain other principles under the privacy theme, including “consent,” “ability to restrict processing,” “right to rectification,” and “right to erasure” can be thought of as more specific instantiations of the control principle since they are mechanisms by which a data subject might exert control”<sup>14</sup>.

The use of the opaque algorithms in the field of justice can substantially reduce the public trust into the whole judicial system. “Without knowing what the algorithm is using to produce an output, nor how accurate it is, a citizen might doubt that the government is acting in the citizen’s best interest. Data subjects, when subject to the algorithm, might also doubt that the government is looking out for them and acting reasonably”<sup>15</sup>.

It has to be stated that a sort of balance between the transparency and control over the predictive justice technologies and the existing required limitations to such transparency (intellectual property rights, commercial secret, safety requirements, cybersecurity against different types of offences and even the prosy issue of the real complexity of some technologies) must be found. In such regard, it is advisable to resolve the point by creating expert groups which mandatory include technical and legal experts. Such groups can be able to find the demanded balance.

Moreover, due to the fact that technologies are developing extremely quickly it can be acknowledged a real lack of the legislation regulating the use of such technologies, including the principles of the predictive justice’s use. In this regard, “the regulation can only be effective if the legal and technological barriers that

prevent auditing, understanding, and intervening in these systems are removed. The broad coalition of technology worker organizers, researchers, and civil society is playing an increasing role in the push for accountability in the technology sector. Applying this power to push for greater accountability presents a hopeful model for labor organizing in the public interest, especially given the current lack of government regulation, external oversight, and other meaningful levers capable of reviewing and steering technology company decision making”<sup>16</sup>.

“The least objectionable use of computer algorithms is when machines are not making decisions on behalf of human beings, but merely creating a fairer context within which the humans will make their decisions”<sup>17</sup>. Also, the judge is not obliged by the forecasts provided by the technologies. This principle is to be always kept in mind. The predictive justice is only one of the instruments to build a good strategy in the court or to use additional data and analytics by the judges in the court but not the ultimate criteria for the judicial decision.

Thus, the predictive justice must be approached following several rules: it should be transparent and the used algorithms have to be audited and discovered, the data used by the algorithms of the predictive justice have to be appropriate, full and true. It is also necessary to ensure that procedural fairness and adversarial debate are respected. Finally, these technologies should never dehumanize justice. Ideally, lawyers freed from repetitive tasks should be able to use the extra time available to better serve their clients, while the judge, who will process fewer cases, will be able to spend more time on those that will be submitted to him<sup>18</sup>. Transparency of the technologies means “openness throughout the design, development, and deployment processes. It is recommended to develop “new standards that describe measurable, testable levels of transparency, so that systems can be objectively assessed and levels of compliance determined”<sup>19</sup>.

And one of the last but not the least aspect which has to be pointed out with respect to the predictive justice is the ethical principles of use of the predictive justice technologies. CEPEJ adopted a European ethical Charter on the use of Artificial intelligence in judicial systems and their environment<sup>20</sup>. The said document

<sup>13</sup> E-justice: enhancing transparency, effectiveness and access to justice, Summary of presentations and discussion.2016. URL: <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/2016/06/e-justice-sharing-national-experiences-in-enhancing-transparency-effectiveness-and-access-to-justice/>.

<sup>14</sup> Jessica Fjeld, Nele Achten, Hannah Hilligoss, Adam Christopher Nagy Madhulika Srikumar, Principled artificial intelligence: mapping consensus in Ethical and Rights-based Approaches to principles for AI. 2020. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3518482](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3518482).

<sup>15</sup> Briony Blackmore, Developing transparency requirements for the operation of criminal justice algorithms in New Zealand, Thesis (Master of arts), University of Otago. 2019. URL: <https://ourarchive.otago.ac.nz/handle/10523/9540>.

<sup>16</sup> AI Now report 2018, AI Now Institute, New York University. 2018. URL: [https://ainowinstitute.org/AI\\_Now\\_2018\\_Report.pdf](https://ainowinstitute.org/AI_Now_2018_Report.pdf).

<sup>17</sup> Ric Simmons, Big data, machine judges, and the legitimacy of the Criminal Justice System, University of California Davis Law Review, Vol. 52.2018. URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3156510](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3156510).

<sup>18</sup> Predictive justice: when algorithms pervade the law, Paris Innovation Review. 2017. URL: <http://parisinnovationreview.com/articles-en/predictive-justice-when-algorithms-pervade-the-law>.

<sup>19</sup> Aligned Design: A Vision for Prioritizing Human Well-being with Autonomous and Intelligent Systems, Version 2. IEEE. 2017. URL: [http://standards.ieee.org/develop/indconn/ec/autonomous\\_systems.html](http://standards.ieee.org/develop/indconn/ec/autonomous_systems.html).

<sup>20</sup> European ethical Charter on the use of Artificial intelligence in judicial systems and their environment, CEPEJ, 3–4 december. 2018. URL: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>.

reveals to be a framework of principles that can guide all involved actors such as legislators, judges etc. while using technologies in the sphere of justice. And once again, the authors of the said document state that “the term predictive justice should be dismissed because it is ambiguous and misleading. These tools are based on methods of analysis of case-law, using statistical methods that do not in any way reproduce legal reasoning but may attempt to describe it. Analytical biases, if they cannot be totally eliminated, must be identified. The design process and the use of the tool must be embedded in a clear ethical framework”<sup>21</sup>.

Justice centers the conversation not on technology but instead on the people that have been impacted by the use of AI systems”<sup>22</sup>. In such case predictive justice deal with the human right and to be an efficient and not harmful technology the ethical principles have to be the basis point from the moment of the design of any predictive justice’s technology till the moment of its use and control from the human side.

In any case, the role of the human judge in any case can’t be reduced. “The use of data analytics should not force a judge into accepting conventional thinking so as to be well rated, thus creating a culture of conformity and inertia”<sup>23</sup>.

### Conclusions

The predictive justice is not a myth; it is a reality of the modern judicial system. Some countries, such as the USA, United Kingdom, Canada are already very familiar with this technology, others, including Ukraine, are just at the very beginning stage on its

<sup>21</sup> European ethical Charter on the use of Artificial intelligence in judicial systems and their environment, CEPEJ, 3–4 december. 2018. URL: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>.

<sup>22</sup> Sherry Wong, AI Justice: When AI principles are not enough, Medium.2019. URL: <https://medium.com/@Sherryingwong/ai-justice-when-ai-principles-are-not-enough-639e5b06a1a8>.

<sup>23</sup> Christophe Roquilly, Predictive justice: failsafe or false promise. 2019. URL: <https://master.edhec.edu/news/predictive-justice-failsafe-or-false-promise>.

implementation. One of the main researchers in the field of the predictive justice, Antoine Garapon, provides us with the definition of the predictive justice as “a capacity given to the machines to convert quickly into the natural language the applicable law in order to treat a court case, to put it within the context based on its features (the place, judges’ personality, lawyers etc) and to anticipate the probability of the decision which can occur”<sup>24</sup>. And the main question is not to decide to apply the predictive justice or not but rather to determine the scope of its application and the ethical principles of its use.

Considering that technologies are developing very quickly and they touch every sphere of the human’s life, it is very probable that the predictive justice will continue its expansion. Thus, it is substantial to use a prospective and strategic approach which guarantees the, transparency, audit and control of the used algorithms and, above all, the implementation and respect of the ethical principles of the technologies’ use in the sphere of justice. The other important point which concerns the predictive justice is not just the fact that it manages a big data and then proposes some statistical analysis. The point is that due to the machine learning capabilities, the predictive justice instruments can evolve further, by, for example, analyzing wording of the court decisions, and therefore provide practitioners and researchers with the powerful legal instrument to use in their work.

Finally, it is relevant to emphasize that predictive justice is a result of the combination of the variety of different disciplines such as the law, IT, psychology, statistics, philosophy and others. In such a way, it has to be treated accordingly. Many criteria must be taken into account in order to develop, implement and control the technologies of the predictive justice. It obviously demands great efforts from different involved parts, starting from it developers and ending by the legislator, judges and trial participants.

<sup>24</sup> Antoine Garapon, Jean Lassegue, Justice digital, Revolution graphique et rupture anthropologique, PUF. 2018. P. 219–364.

## Concepts and features of constitutional right to land ownership

*Ozimok Iryna*

*Adjunct*

*of the National Academy of Internal Affairs, Ukraine*

Important task of the modern state of law is creating the conditions for the realization of constitutional human and citizen rights. The purpose of this article is to formulate the category “constitutional right to land ownership” and to determine the main characteristics of this category. Constitutional right to land ownership should be considered in an objective and subjective sense.

In an objective sense, the constitutional right to land ownership is a set of constitutional norms and principles aimed at regulating the order of acquisition, realization and protection by the subject right to land ownership. In the subjective sense, the constitutional right to land ownership is statutory and guaranteed by the Constitution and constitutional acts the ability of the subject to own, use and dispose of land at its own discretion subject to statutory limitations.

Signs of constitutional property rights are: it's based on the norms of the Constitution, which content is developed in sectoral legal acts; the range of subjects defined by the Constitution (Ukrainian people, state, citizens, their associations, territorial communities); the rights of state, private and communal land ownership are derived from the land ownership of the Ukrainian people; the object is a limited space; the subject can to own, use and dispose of the land, and in some cases may include other powers; the grounds and procedure for acquisition are regulated by law; enforcement of the right is not absolute and is subject to legal restrictions; termination may be both voluntary and compulsory; subject to judicial protection in the manner prescribed by law; subject to control over the implementation (use of land for its intended purpose).

### Поняття й ознаки конституційного права власності на землю

*Озімок Ірина Володимирівна*

*ад'юнкт*

*Національної академії внутрішніх справ, Україна*

#### Вступ

Створення умов для реалізації конституційних прав людини та громадянина є одним із важливих завдань сучасної правової держави. Власне в процесі формування людини як повноцінного члена суспільства у правовій державі ключова роль відводиться праву власності. Разом із тим право власності на землю передбачає особливий процес набуття, реалізації та захисту, що пов'язується з виключністю об'єкта права власності – землею. Конституційне закріплення в Україні права власності на землю поставило перед законотворцями низку викликів, пов'язаних із формуванням законодавчого поля його реалізації. Проте якісне змістовне законодавство має ґрунтуватися на наукових напрацюваннях із цієї проблематики, проведених з урахуванням зарубіжного досвіду. Тож в умовах конституційної та земельної реформ, що тривають, дослідження конституційного права власності на землю набуває особливої актуальності.

**Мета статті** полягає у формуванні розуміння категорії «конституційне право власності на землю» та визначенні основних характеристик цієї категорії.

#### Виклад основного матеріалу

Як справедливо зазначають науковці, у вітчизняній і зарубіжній науковій літературі проблеми власності є досить глибоко й різноманітно дослідженими. Проте вони дотепер залишаються найбільш дискусійними й активно обговорюваними. При цьому як наукова категорія власність розглядається в економічному та юридичному розумінні, хоча вона має і свій філософський, психологічний, культурологічний, соціологічний, морально-етичний та інші аспекти. Тому її реальний зміст не може бути вичерпано дослідженням тільки економічних і юридичних сторін суспільних відносин власності, хоча економічний і юридичний зміст відносин власності є основним<sup>1</sup>.

Крім того, А.П. Шермет підкреслює, що сучасне суспільно-правове становище в Україні характеризується тим, що земельні проблеми, особливо проблеми права власності на землю, викликають підвищений інтерес. Право власності на землю, дорогу якому проклала Постанова Верховної Ради України

<sup>1</sup> Земельне право України : навчальний посібник / І.І. Каракаш, В.Д. Сидор, Т.Є. Харитоновна та ін. ; за ред. І.І. Каракаша і Т.Є. Харитоновної. 2-ге вид., переробл. і допов. Одеса : Юридична література, 2017. 588 с.



від 18 грудня 1990 р. та яке закріплено Конституцією України, виявилось однією з найскладніших конструкцій для впровадження в українську правову дійсність<sup>2</sup>.

Загалом право власності на землю в юридичному (правовому) контексті прийнято розрізняти в об'єктивному й суб'єктивному значеннях. Підтвердження цієї позиції зустрічається фактично в усіх публікаціях, присвячених праву власності загалом і праву власності на землю.

Розпочати, на нашу думку, варто з конституційно-правового розуміння права власності. Ю.С. Гасвська, даючи узагальнене визначення конституційного права власності, формулює його як гарантовану та конституційно-закріплену можливість, що визначає належність власнику певного майна, результатів своєї інтелектуальної, творчої діяльності, дає змогу на свій розсуд учиняти певні дії та покладає певні обов'язки на власника<sup>3</sup>.

Авторський колектив на чолі з І.І. Каракашем пропонує розуміти право земельної власності як можливість використання корисних властивостей і привласнення природних багатств землі, зазначає, що воно являє собою систему правових норм, які закріплюють, регламентують та охороняють відносини власності на землю й регулюють відносини володіння, користування та розпорядження земельними ділянками їх власниками на свій розсуд для задоволення своїх матеріальних потреб і реалізації інших інтересів. Запропоноване загальне визначення права земельної власності охоплює його основні ознаки та найбільш характерні риси, закріплені в чинному законодавстві<sup>4</sup>.

У свою чергу, І.І. Килимник та О.І. Міхно вказують, що право власності на землю – це інститут земельного права, норми якого регулюють правовідносини з приводу володіння, користування та розпорядження землею певними суб'єктами земельних правовідносин. Розрізняють право власності на землю в об'єктивному й суб'єктивному розуміннях. В об'єктивному розумінні право власності на землю являє собою сукупність правових норм, які регулюють відносини щодо володіння, користування та розпорядження землею. У суб'єктивному розумінні право власності на землю – це сукупність правомочностей власника з володіння, користування та розпорядження землею. Правовідносини земельної власності є абсолютними. Це означає, що в межах таких правовідносин суб'єкту права власності на землю кореспондує необмежене коло осіб,

зобов'язаних утримуватися від учинення дій, які порушують права власника чи перешкоджають йому здійснювати правомочності з володіння, користування чи розпорядження землею<sup>5</sup>.

На думку А.І. Ріпенка та О.М. Пащенко, в об'єктивному розумінні цей правовий інститут – сукупність правових норм, що регулюють особливу сферу земельних відносин, а саме відносини з надання (передачі) у власність земельних ділянок, здійснення цього права. Об'єктивне право визначає зміст суб'єктивного права власності на землю – міри можливої поведінки суб'єкта щодо землі (земельної ділянки), установлені об'єктивним правом. Вона закріплює за володарем права економічну та юридичну владу над землею. Економічна влада – це можливість використовувати землю в господарстві, отримувати прибутки й вигоди, юридична – можливість розпоряджатися, визначати її «юридичну долю» (наприклад, продати)<sup>6</sup>.

У свою чергу, А.М. Мірошніченко вказує, що право власності на землю (земельну ділянку) варто визначати як право найбільш повного панування над землею (земельною ділянкою) з обмеженнями, установленими законом або договором, яке особа здійснює за власною волею, незалежно від волі інших осіб<sup>7</sup>. Право власності на землю в об'єктивному розумінні, на думку А.М. Мірошніченка, є суто доктринальною категорією. Виходячи з усталених у доктрині поглядів уважаємо, що в об'єктивному розумінні право власності на землю варто розглядати як систему правових норм, що регулюють відносини щодо набуття і здійснення суб'єктивного права власності на землю<sup>8</sup>.

У вітчизняному законодавстві склалася й діє широка сукупність чи система правових норм, що регулюють відносини власності на землю та інші природні ресурси. У цих нормах об'єктивно закріплена належність землі на праві власності, умови й порядок надання земельних ділянок у власність, способи охорони та захисту права власності на землю тощо. Вони закріплені в конституційних нормах, нормах цивільного й земельного законодавства та багатьох інших нормах чинного законодавства<sup>9</sup>. Такі норми утворюють інститут права власності на землю в його об'єктивному правовому змісті. Із цього випливає, що право земельної власності в об'єктивному розумінні являє собою систематизовану сукупність правових норм, які закріплюють,

<sup>2</sup> Шеремет А.П. Земельне право України : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. 2-ге вид. Київ : Центр учбової літератури, 2009. 632 с.

<sup>3</sup> Гасвська Ю.С. Поняття конституційного права власності. *Порівняльно-аналітичне право*. 2014. № 6. С. 29–33

<sup>4</sup> Земельне право України : навчальний посібник / І.І. Каракаш, В.Д. Сидор, Т.Є. Харитоновна та ін. ; за ред. І.І. Каракаша і Т.Є. Харитоновної. 2-ге вид., переробл. і допов. Одеса : Юридична література, 2017. 588 с.

<sup>5</sup> Килимник І.І., Міхно О.І. Земельне право України : навчальний посібник / Харків. нац. ун-т міськ. госп-ва ім. О.М. Бекетова. Харків : ХНУМГ ім. О.М. Бекетова, 2015. 166 с.

<sup>6</sup> Ріпенко А.І., Пащенко О.М. Земельне право України: загальна частина : навчальний посібник. Одеса, 2013. 80 с.

<sup>7</sup> Мірошніченко А.М. Земельне право України : підручник. 2-ге вид., допов. і перероб. Київ : Алерта ; ЦУЛ, 2011. 678 с.

<sup>8</sup> Там само.

<sup>9</sup> Земельне право України : навчальний посібник / І.І. Каракаш, В.Д. Сидор, Т.Є. Харитоновна та ін. ; за ред. І.І. Каракаша і Т.Є. Харитоновної. 2-ге вид., переробл. і допов. Одеса : Юридична література, 2017. 588 с.

регламентують та охороняють відносини власності на землю в державі<sup>10</sup>.

На підставі норм права власності на землю в об'єктивному змісті закріплюються конкретні правові можливості й визначаються межі юридичної влади власників земельних ділянок стосовно інших суб'єктів права, які не є їх власниками. Вони представлені у вигляді правомочностей, що дають змогу власникові використовувати земельні ділянки вільно за своїм розсудом і своєю владою для задоволення своїх потреб та інтересів, які становлять право власності на землю в суб'єктивному розумінні<sup>11</sup>.

Право власності на землю в суб'єктивному розумінні являє собою систематизовану сукупність правових норм, які регулюють відносини щодо володіння, користування й розпорядження земельними ділянками їх власниками за своїм розсудом для задоволення своїх матеріальних потреб і реалізації інших інтересів<sup>12</sup>.

О.Г. Бондар пропонує визначати суб'єктивне право власності на землі як закріплену нормами права сукупність повноважень щодо володіння, користування, розпорядження й у визначених законом випадках управління землями, земельними ділянками чи правами на земельні ділянки, що мають здійснюватися з урахуванням установлених законодавством обмежень і забезпеченням недопущення погіршення якості земель і навколишнього природного середовища загалом<sup>13</sup>.

Особливий інтерес, на нашу думку, викликає дискусія щодо зарахування суб'єктивного права власності на землю до певної групи прав і свобод. Учені-конституціоналісти, зокрема Ю.М. Фролов зараховує право власності на землю до економічних прав і свобод людини та громадянина<sup>14</sup>. Л.А. Івершенко досліджує конституційне право людини та громадянина на приватну власність, у тому числі на землю, в системі конституційних економічних прав і свобод людини та громадянина в Україні<sup>15</sup>.

Водночас фахівці у сфері земельного права, зокрема І.О. Костяшкін, зараховує право власності на землю до природних прав людини. Більше того, він зазначає, що здійснення відповідного права в гармонії із законами природи гарантуватиме збереження

й покращення властивостей землі та сприятиме задоволенню найширшого кола потреб людини<sup>16</sup>. На підтримку такої позиції І.О. Костяшкін наводить думку І.І. Каракаша, що право людини на використання природних ресурсів є таким же природним правом людини, як і право на життя, на здоров'я, на продовження роду тощо<sup>17</sup>. Більше того, на думку В.В. Носіка, система правових норм утверджує й закріплює визнані суспільством соціальні, матеріальні та інші цінності, серед яких найважливішими є право людини на життя, яке органічно поєднується з природним правом на використання землі для виробництва капіталу, його розподілу і споживання через приватну й суспільну форми власності. Вона може розглядатися як соціальний інструмент, завдяки якому забезпечується здійснення особою права на землю для задоволення життєвих потреб та інтересів<sup>18</sup>.

Не бажаючи поставити під сумнів виключність і значимість такого об'єкта правовідносин та об'єкта права власності, як земля, що є національним багатством, усе ж уважаємо за доцільне зарахувати право власності на землю до економічних прав особи, акцентуючи увагу на тому, що це все ж право власності, яке регулюється в основному нормами та принципами цивільного права, господарського права, земельного права.

У свою чергу, дослідження конституційних засад правового регулювання в земельній сфері дало І.О. Костяшкіну змогу сформулювати принципи, які є ключовими для визначення та реалізації соціальної функції права власності на землю в Україні й формування стабільного соціально-орієнтованого земельного законодавства, серед яких науковець виділяє такі:

– верховенство прав і свобод людини, що у відносинах власності на землю передбачає забезпечення соціальної функції в такий спосіб, коли максимальне задоволення потреб приватного власника нормативним порядком узгоджується з потребами інших членів суспільства, включаючи забезпечення права на безпечне навколишнє середовище, продовольчу безпеку, права загального землекористування тощо;

– виключної ролі народу як єдиного джерела влади в Україні, що передбачає узгодження дій держави в особі її органів усіх рівнів з інтересами народу та відповідальність держави перед людиною за свою діяльність, що має особливе значення у відносинах власності на землю;

– пріоритету права власності на землю Українського народу, що передбачає похідний характер

<sup>10</sup> Земельне право України : навчальний посібник / І.І. Каракаш, В.Д. Сидор, Т.С. Харитоновна та ін. ; за ред. І.І. Каракаша і Т.С. Харитоновної. 2-ге вид., переробл. і допов. Одеса : Юридична література, 2017. 588 с.

<sup>11</sup> Там само.

<sup>12</sup> Там само.

<sup>13</sup> Бондар О.Г. Земля як об'єкт права власності за земельним законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06 / НАН України ; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. Київ, 2005. 20 с.

<sup>14</sup> Фролов Ю.М. Економічні права та свободи людини і громадянина в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2005. 20 с.

<sup>15</sup> Івершенко Л.А. Конституційне право людини і громадянина на приватну власність в Україні та забезпечення його реалізації органами внутрішніх справ : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Київ. нац. ун-т внутр. справ. Київ, 2006. 20 с.

<sup>16</sup> Костяшкін І.О. Проблеми правового забезпечення соціальної функції права власності на землю в Україні : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.06 / Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. Київ, 2016. 451 с.

<sup>17</sup> Там само.

<sup>18</sup> Носік В.В. Право власності на землю Українського народу : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 544 с.

інших форм власності на землю, зумовлених волевиявленням Українського народу засобами опосередкованої демократії;

– визнання землі основним національним багатством, що передбачає її особливу охорону державою, зобов'язальний зміст власності на неї, дотримання балансу між інтересами суспільства й інтересами окремих його членів у процесі використання земель за різними формами власності з метою забезпечення прогресивного розвитку;

– гарантування права власності, що включає гарантії набуття права власності на землю, свободу здійснення відповідного права, можливість вільного розпорядження земельною ділянкою та наявність ефективного механізму захисту такого права;

– рівності суб'єктів права власності на землю перед законом, що реалізується в процесі охорони земель, забезпечення особливих умов використання окремих категорій земель, відшкодування завданих збитків, захисту земельних прав аж до припинення права власності, під час розгляду земельних спорів тощо;

– сталого розвитку, що передбачає комплекс правових, економічних, соціальних заходів, спрямованих на забезпечення максимального ефекту від обробітку земель за умови збереження й відтворення якостей і властивостей земель, навколишнього природного середовища загалом, дотримання пріоритету екологічної безпеки<sup>19</sup>.

Варто підкреслити, що праву власності на землю присвячено переважно дослідження в галузі земельного права. Формуючи конституційно-правове розуміння права власності на землю, пропонуємо розглядати його в економічному, соціальному та правовому контекстах.

В економічному розумінні конституційне право власності на землю є визначеною суспільною формою, в межах якої відбувається привласнення державою чи людиною землі, основаною на певному суспільному договорі, яким є Конституція. Право власності на землю як економічна категорія є засобом реалізації економічних потреб держави, суспільства, окремих громадян за допомогою такого природного ресурсу, як земля.

У соціальному розумінні конституційне право власності на землю передбачає отримання відповідним суб'єктом (державою, особою, об'єднанням осіб) задоволення певних соціальних потреб шляхом використання землі як суспільного багатства.

У юридичному (правовому) правовому розумінні конституційне право власності на землю варто розмежовувати в об'єктивному та суб'єктивному значеннях. В об'єктивному значенні пропонуємо вважати конституційне право власності на землю сукупністю конституційних норм і принципів, спря-

мованих на врегулювання порядку набуття, реалізації та захисту суб'єктом права власності на землю. У суб'єктивному розумінні конституційне право власності на землю – це закріплена й гарантована Конституцією та конституційними актами можливість суб'єкта володіти, користуватися та розпоряджатися земельними ділянками на власний розсуд для задоволення своїх потреб з урахуванням законодавчо визначених обмежень.

Основними особливостями права власності на землю А.І. Ріпенко та О.М. Пащенко називають похідність права державної, комунальної та приватної власності від права власності на землю Українського народу; власність на землю не має абсолютного характеру (наприклад, власник не має права завдавати шкоду своїй земельній ділянці або довіллю в процесі її використання); залежність прав власника від вимог раціонального й цільового використання земельної ділянки, а також необхідності дотримання умов використання земельної ділянки як основного національного багатства, що перебуває під особливою охороною держави; пріоритетність вимог екологічної безпеки під час здійснення повноважень власності на землю тощо<sup>20</sup>.

Також Ю.В. Корнєєв особливістю права власності на землю в Україні визнає те, що форми прав на землю визначені законодавством «за суб'єктом». Конституцією України встановлено, що земля може перебувати в державній, комунальній і приватній власності. Отже, визначено коло суб'єктів, що володіють правом власності на майно, а також встановлено, що залежно від суб'єкта, який володіє правами на землю, визначається обсяг прав та обов'язків, що становлять зміст того чи іншого виду права власності на землю<sup>21</sup>. Науковець також указує, що особливості набуття і припинення права власності на землю залежать від того, знаходиться земля у власності громадянина, юридичної особи або державного чи комунального територіального утворення. Ці особливості можуть установлюватися лише законом<sup>22</sup>. Ще однією ознакою, на думку Ю.В. Корнєєва, можна вважати те, що об'єктом права власності земля виступає як обмежена в просторі земельна ділянка. Для неї характерно те, що межі ділянки та її місцезнаходження встановлюються в порядку, закріпленому законодавством про землеустрій. Право власності на землю відрізняється також за своїм змістом<sup>23</sup>.

## Висновки

Тож конституційне право власності на землю варто розглядати в об'єктивному та суб'єктивному

<sup>20</sup> Ріпенко А.І., Пащенко О.М. Земельне право України: загальна частина : навчальний посібник. Одеса, 2013. 80 с.

<sup>21</sup> Корнєєв Ю.В. Земельне право : навчальний посібник. 2-ге вид., перероб. та доп. Київ : Центр учбової літератури, 2011. 248 с.

<sup>22</sup> Там само.

<sup>23</sup> Там само.

<sup>19</sup> Костяшкін І.О. Проблеми правового забезпечення соціальної функції права власності на землю в Україні : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.06 / Київ. нац. ун-т ім. Т.Шевченка. Київ, 2016. 451 с.

значеннях. В об'єктивному значенні конституційне право власності на землю є сукупністю конституційних норм і принципів, спрямованих на врегулювання порядку набуття, реалізації та захисту суб'єктом права власності на землю. У суб'єктивному розумінні конституційне право власності на землю – це закріплена й гарантована Конституцією та конституційними актами можливість суб'єкта володіти, користуватися й розпоряджатися земельними ділянками на власний розсуд для задоволення своїх потреб з урахуванням законодавчо визначених обмежень.

Серед ознак конституційного права власності варто визначити такі: ґрунтується на нормах Конституції, зміст яких розвивається в галузевих нормативно-правових актах; коло суб'єктів визначено Конституцією (Український народ, держава, гро-

мадяни, їхні об'єднання, територіальні громади); право державної, приватної та комунальної власності на землю є похідними від права власності на землю Українського народу; об'єктом є обмежена в просторі земельна ділянка; передбачає можливість суб'єкта володіти, користуватися й розпоряджатися земельною ділянкою, а в окремих випадках може включати й інші повноваження (наприклад, право управління); підстави та порядок набуття регулюються законодавством; реалізація не має абсолютний характер і здійснюється з урахуванням законодавчо визначених обмежень; припинення може мати як добровільний, так і примусовий характер; підлягає судовому захисту в порядку, визначеному законодавством; підлягає контролю за реалізацією (використанням землі за призначенням).



**Revisiting genesis and current state of the intellectual property right****Orduli Evelina***Postgraduate Student**of the Scientific-research Institute of Intellectual Property**of the National Academy of Law Sciences of Ukraine, Ukraine*

The article provides an overview of the development of intellectual property law, taking into account the principle of historicism, as an immanent component of the modern paradigm of intellectualization. It is emphasized that today there is no in-depth analysis of the Genesis of legal regulation of relations in the field of intellectual property, which is due to a wide range of problems of theoretical and applied nature. In particular, attention is focused on such an obstacle for retrospective legal regulation of intellectual property as the absence of a generally accepted objective criterion for the periodization of world history. It is pointed out that with the existing variability of views, most concepts exploit the idea of Eurocentrism, when the division of the world-historical process is carried out directly depending on the history of the Old World (Antiquity, the middle Ages, the Renaissance, Modern and Modern times). Examples of this approach to the issue of sources of intellectual property rights are given.

It is suggested that the study of attitudes to the consequences of creative activity on the part of underdeveloped tribes of Australia and non-contact Indians of the Amazon, as well as the historical heritage of Asia, Africa and Latin America can be useful in the context of understanding the origins of intellectual property rights, and its modern understanding. Emphasis is placed on the need to study in this context and different from the Christian tradition of religious and philosophical concepts, in particular – Islam, Hinduism, Judaism, etc., since only the generalization of world experience can allow to move away from the monoregional view of processes and phenomena, as well as draw a line in the discussion of the periodization of world history, including the context of retrospective legal regulation of intellectual property.

Given the analysis of the existing periodization of the history of intellectual property rights set forth the author's vision of temporal locations and teleological task of the present stage that is associated with the establishment of the World Intellectual Property Organization, World Trade Organization and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). The prerequisites that have become important factors in the adoption of the TRIPS Agreement, which has acquired fundamental importance for the legal regulation of relations in the field of intellectual property worldwide, as it contributes to the development and implementation of a unified system of protection of intellectual property rights, as well as active cooperation between countries, are outlined. It is noted that at the present stage, such cooperation provides for the need to approach international law and national legislation through the harmonization of various legal systems, as one of the urgent tasks of the globalization of public life.

**Щодо питання про генезу та сучасний стан права інтелектуальної власності****Ордулі Евеліна Євгенівна***аспірантка**Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності**Національної академії правових наук України, Україна***Вступ**

Ідея інтелектуалізації як визнання верховенства інтелектуального складника в усіх сферах суспільної дійсності<sup>1</sup> реалізується в численних публікаціях. Важливим напрямом наукового пошуку є дослідження проблем сучасної системи охорони та захисту прав інтелектуальної власності, вагомою частиною якої є Угода про тор-

говельні аспекти прав інтелектуальної власності (далі – Угода ТРІПС)<sup>2</sup>. Для розуміння сутності та значення цього акта міжнародного права важливо усвідомлювати генезу права інтелектуальної власності, оскільки принцип історизму в літературі розглядається як іманентний складник сучасної парадигми інтелектуалізації<sup>3</sup>. Історична ретроспектива в контексті чинників, що об'єктивно

<sup>1</sup> Литвинчук І.Л. Управління інтелектуальною власністю в системах AR4D (agricultural research for development) : монографія. Житомир : Житомирський національний агроекологічний університет, 2017. С. 234.

<sup>2</sup> Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981\\_018](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018).

<sup>3</sup> Литвинчук І.Л. Управління інтелектуальною власністю в системах AR4D (agricultural research for development) : монографія. Житомир : Житомирський національний агроекологічний університет, 2017. С. 277–278.

зумовили прийняття Угоди ТРІПС<sup>4</sup>, детально не досліджувалася, а наявні наукові роботи із цього питання мають фрагментарний характер, що й визначає актуальність теми статті.

**Метою статті** є актуалізація питання про історичні передумови прийняття Угоди ТРІПС<sup>5</sup>, а також періодизацію етапів розвитку права інтелектуальної власності.

### Виклад основного матеріалу

У наш час інтелектуальна власність посіла вагоме місце в повсякденному житті суспільства. На її значення серед іншого вказує те, що однією з передумов інтеграції України до європейської спільноти є здійснення ефективних інституційних перетворень щодо вдосконалення та приведення до міжнародних стандартів насамперед нормативно-правової бази у сфері інтелектуальної власності на підставі розробленого відповідного науково-методичного інструментарію забезпечення сприятливих умов для створення, оцінювання, захисту прав і в подальшому ефективного використання об'єктів інтелектуальної власності на практиці<sup>6</sup>.

Тому чітке розуміння поняття «право інтелектуальної власності» є методологічно значущим. Своїм корінням воно сягає сивої давнини, проте є надбанням нового часу<sup>7</sup>. Його інституціоналізація пов'язана з новітньою історією, коли прийняті основоположні акти щодо принципів підходів до захисту об'єктів творчої діяльності людини.

Проте й на цей час наука не пододала розбіжностей як щодо розуміння сутності права інтелектуальної власності, так і стосовно класифікації її об'єктів. Базис наукового розвитку теорії інтелектуальної власності утворили близько десятка філософських теорій (теорія природного права, персональна теорія, іматеріальна теорія, утилітарна теорія, теорія трудової винагороди, контрактна теорія, монополістична теорія, рентна теорія, теорія «вічної власності», теорія особистого права, теорія інтелектуальних прав тощо)<sup>8</sup>. У перебігу тривалої дискусії найбільшої ваги набула пропріетарна концепція (від лат. *proprietas* – власність)<sup>9</sup>, згідно з якою право інтелектуальної власності на будь-який творчий результат

належить його творцю, є його невід'ємним, природним правом, що існує незалежно від визнання цього права державою. Зокрема, така позиція властива українському праву. Відповідно до ст. 418 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України<sup>10</sup>, право інтелектуальної власності – це право особи на результат інтелектуальної, творчої діяльності або інший об'єкт права інтелектуальної власності. Однак у літературі наголошується, що питання про концепцію вітчизняного законодавства щодо інтелектуальної власності залишається відкритим<sup>11</sup>. Це підкреслює вагомість наукової проблеми та зумовлює необхідність подальших наукових пошуків у цьому напрямі.

Убачається, що для вирішення позначеної вище проблеми є корисним висвітлення особливостей генези права інтелектуальної власності. У контексті такого завдання значимим є принцип історизму, тобто вивчення зв'язків між явищами та фактами, які відповідають об'єктивним процесам реальної дійсності; визначення та класифікація основних етапів розвитку явищ; установлення їх якісної своєрідності; відстеження єдності історичного процесу, його безперервності і спадкоємності, передбачення можливого вірогідного розвитку майбутніх явищ із урахуванням випадковостей<sup>12</sup>. Проте й до сьогодні не здійснено глибокого аналізу генези правового регулювання відносин у сфері інтелектуальної власності, що зумовлюється широким спектром проблем теоретичного та прикладного характеру.

Окремою перепоною в розкритті історичної ретроспективи правового регулювання інтелектуальної власності є обґрунтованість періодизації історичного процесу<sup>13</sup>, що безпосередньо впливає як на напрями наукових пошуків, так і на достовірність отриманих результатів. Наукове узагальнення неможливе поза поділом історичного процесу на відповідні хронологічні періоди. Довготривала дискусія й неодноразові спроби пошуку науково обґрунтованого варіанта періодизації світової історії<sup>14</sup> не виявили загальноприйнятого об'єктивного критерію такого структурування. За наявної варіативності поглядів більшість концепцій експлуатує ідею європоцентризму, коли поділ всесвітньо-історичного процесу здійснюється безпосередньо залежно від історії Старого світу (Античність, Середньовіччя, Відродження, Новий і Новітній час).

<sup>4</sup> Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981\\_018](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018).

<sup>5</sup> Там само.

<sup>6</sup> Лазарева Є.В., Сирбул Л.М. Економіко-правові відносини у сфері захисту права інтелектуальної власності в Україні. *Економічні інновації*. 2013. Вип. 52. С. 136.

<sup>7</sup> Сенюта В. Становление права интеллектуальной собственности в Древней Греции, Древнем Риме и средневековой Европе: проблемно-историческое исследование. *Leges et iura*. 2017. Іюніе. С. 73.

<sup>8</sup> Ходаківський Є.І., Якобчук В.П., Литвинчук І.І. Інтелектуальна власність: економіко-правові аспекти : навчальний посібник. Київ : Центр учбової літератури, 2014. С. 46.

<sup>9</sup> Зенин І.А. Гражданское право : учебник для академического бакалавриата. 17-е изд., перераб. и доп. Москва : Юрайт, 2015. С. 244.

<sup>10</sup> Цивільний кодекс України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15/page8?test=XX7MfyfCSgkyf6CIZI/V32b9NI4X2s80msh8Ie6>.

<sup>11</sup> Лазарева Є.В., Сирбул Л.М. Економіко-правові відносини у сфері захисту права інтелектуальної власності в Україні. *Економічні інновації*. 2013. Вип. № 52. С. 137.

<sup>12</sup> Деркач В.В. Историзм как принцип познания современных социальных процессов. *Вестник Уфимского государственного авиационного технического университета*. 2006. № 4. С. 164.

<sup>13</sup> Гросул В.Я. О периодизации всемирной и отечественной истории. *Российская история*. № 3. 2007. С. 122.

<sup>14</sup> Тишкин А.А. Периодизация евразийской истории: существующие проблемы и возможные решения. *Известия Алтайского государственного университета*. 2016. № 2 (60). С. 25–43.

Присвячена генезі правового регулювання права інтелектуальної власності література також не оминула такого підходу, фактично залишивши осторонь розвиток інших регіонів світу. Тоді як вивчення особливостей ставлення до наслідків творчої діяльності з боку слаборозвинутих племен Австралії та неконтактних індіців Амазонії, а також історичний спадок країн Азії, Африки та Латинської Америки можуть бути корисними в контексті розуміння як витоків права інтелектуальної власності, так і сучасного його розуміння. Недарма ж у публікаціях, що присвячені інтелектуальній власності, наголошується, що в період первісного ладу ретельно зберігалися та передавалися в спадок секрети добування вогню, створення зброї тощо, а регулятором відносин був формально незакріплений звичай<sup>15</sup>.

Але сучасне уявлення про неформальні звичаї первісної доби та звичаєве право пізнішого періоду щодо інтелектуальної власності здебільшого мають імовірний характер. Так, Л.Д. Святоцький висловлює припущення, що авторське право вже існувало в епоху звичаєвого права, хоча воно ще не набуло відповідного відображення у звичаєвих нормах або ж просто нам такі норми невідомі. У ті далекі часи ні в кого не було сумніву щодо належності створеного людиною: воно визнавалося власністю його творця<sup>16</sup>.

Убачається, що потребують дослідження в цьому розрізі й відмінні від християнської традиції релігійно-філософські концепції, зокрема іслам, індуїзм, іудаїзм тощо. Лише узагальнення світового досвіду може дати змогу відійти від монорегіонального погляду на процеси та явища, а також підвести ризику в дискусії про періодизацію світової історії, у тому числі й у контексті ретроспективи правового регулювання інтелектуальної власності.

Прикладом традиційної для науки концепції європоцентризму є погляди І.В. Понкіна<sup>17</sup> та Е.А. Джалилова<sup>18</sup>. Притаманна вона й В.О. Сенюті, яка в питанні про витoki економіко-правового інституту інтелектуальної власності підкреслює роль економіки й пов'язаного з нею правопорядку саме Стародавніх Греції та Риму, а також середньовічної Європи. Проте авторка визнає, що маркування виробів як прообрази права інтелекту-

альної власності можна зустріти практично в усіх розвинутих культурах стародавніх часів, зокрема в Єгипті або Месопотамії<sup>19</sup>. На такі факти вказують й інші автори<sup>20</sup>. Це ще раз орієнтує увагу на необхідність подолання монорегіонального підходу в питанні про генезу права інтелектуальної власності.

Європоцентризм властивий поглядам й інших науковців. Зокрема, саме з таких позицій О.Д. Святоцьким здійснена періодизація становлення системи правової охорони результатів інтелектуальної власності. Згідно з його поглядами, історію розвитку науки, літератури, мистецтва, техніки щодо їх охорони можна поділити на чотири етапи, які істотно відрізняються один від одного й послідовно змінюють один одного.

*Перший етап* (існував приблизно до XII ст.) не має правових форм закріплення результатів творчої діяльності, відомих нам.

*Другий етап* (приблизно XII–XVIII ст.ст.) – становлення правової охорони результатів творчої діяльності характеризується привілеями.

*Третій етап* у розвитку системи правової охорони промислової власності характеризується її інтернаціоналізацією та пов'язується з прийняттям 20 березня 1883 р. Паризької конвенції, якою засновано Союз із промислової власності<sup>21</sup>.

Така періодизація досить детально висвітлює специфіку генези права інтелектуальної власності, оскільки не тільки акцентує увагу на відповідних пам'ятках права, а й дає змогу усвідомити об'єктивні чинники цивілізаційного процесу, що визначали зміни в правовому регулюванні цієї сфери суспільних відносин.

Проте, на жаль, незважаючи на значний науковий наробіток і здійснені узагальнення, поза їх межами опинився четвертий етап, який фактично отримав свою характеристику й розкритий із позицій ретроспективи права інтелектуальної власності. Але водночас формально, попри здійснений акцент на його існуванні, в тексті роботи відсутня вказівка на його часові межі чи інші координати. За таких обставин убачається можливим висловити деякі припущення стосовно його темпоральної локації та телеологічного завдання.

З огляду на досягнутий від початку третього етапу стан інтернаціоналізації системи правової охорони інтелектуальної власності, найпоказовішим його наслідком, як убачається, є підписання в Стокгольмі 14 липня 1967 р. Конвенції

<sup>15</sup> Ходаківський Є.І., Якобчук В.П., Литвинчук І.Л. Інтелектуальна власність: економіко-правові аспекти : навчальний посібник. Київ : Центр учбової літератури, 2014. С. 63.

<sup>16</sup> Право інтелектуальної власності: Академічний курс : підручник для студентів вищих навчальних закладів / О.П. Орлюк, Г.О. Андрощук, О.Б. Бутнік-Сіверський та ін. ; за ред. О.П. Орлюк, О.Д. Святоцького. Київ : Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. С. 38.

<sup>17</sup> Понкин И.В. История развития права интеллектуальной собственности. Первые нормативные правовые акты, касавшиеся вопросов авторского права. *Вестник РУДН. Серия «Юридические науки»*. 2013. № 3. С. 124–129.

<sup>18</sup> Джалилов Э.А. Историко-правовой подход к исследованию юридической ответственности в сфере интеллектуальной собственности. *Вестник Волжского университета имени В.Н. Татищева*. 2018. № 2. Т. 1. С. 95–102.

<sup>19</sup> Сенюта В. Становление права интеллектуальной собственности в Древней Греции, Древнем Риме и средневековой Европе: проблемно-историческое исследование. *Leges și viața*. 2017. Iunie. С. 73.

<sup>20</sup> Право інтелектуальної власності: Академічний курс : підручник для студентів вищих навчальних закладів / О.П. Орлюк, Г.О. Андрощук, О.Б. Бутнік-Сіверський та ін. ; за ред. О.П. Орлюк, О.Д. Святоцького. Київ : Видавничий Дім «Ін Юре». 2007. С. 45.

<sup>21</sup> Там само. С. 38–54.

про утворення Всесвітньої організації інтелектуальної власності (далі – ВОІВ), ст. 2 якої визначила, що «інтелектуальна власність» містить права щодо літературних, художніх і наукових творів; виконавчої діяльності артистів, звукозапису, радіо- й телевізійних передач; винаходів у всіх галузях людської діяльності; наукових відкриттів; промислових зразків, товарних знаків, знаків обслуговування, фірмових найменувань і комерційних позначень; захисту проти недобросовісної конкуренції, а також усі інші права, що належать до інтелектуальної діяльності у виробничій, науковій, літературній і художній галузях<sup>22</sup>.

У 1974 р. ВОІВ одержала статус спеціалізованої установи Організації Об'єднаних Націй<sup>23</sup>. На цей час членами ВОІВ є 192 країни<sup>24</sup>. Україна набула такого членства в 1970 р.<sup>25</sup>

Згідно зі ст. 3 Конвенції про утворення ВОІВ, визначено такі цілі цієї організації:

- сприяти охороні інтелектуальної власності в усьому світі шляхом співпраці держав та у відповідних випадках у взаємодії з будь-якою іншою міжнародною організацією;

- забезпечувати адміністративну співпрацю Союзів (маються на увазі Паризький союз, спеціальні Союзи та спеціальні Угоди, що укладені із цим Союзом, Бернський союз, а також будь-яка інша міжнародна угода зі сприяння охороні інтелектуальної власності, адміністрування щодо здійснення якого ВОІВ прийняла на себе згідно зі ст. 4)<sup>26</sup>. Таке адміністрування в основному ведеться в трьох напрямках: реєстраційна діяльність, забезпечення міжурядового співробітництва з адміністративних питань інтелектуальної власності й програмна діяльність<sup>27</sup>, здійснюється щодо 26 договорів<sup>28</sup>.

Проте, як уважає Т.Є. Ромат, міжнародні договори ВОІВ мають характер м'якого права, тобто є не імперативними, а рекомендаційними документами, ними не передбачено санкцій за невиконання

зобов'язань. На її думку, до 1994 р. міжнародному співтовариству бракувало єдиного джерела зобов'язань і норм із питань інтелектуальної власності, доки не було засновано СОТ та укладено Угоду ТРІПС<sup>29</sup>.

До передумов, які стали важливим чинниками прийняття Угоди ТРІПС<sup>30</sup>, можна зарахувати:

- необхідність комплексного захисту прав інтелектуальної власності;
- відсутність єдиного міжнародно-правового механізму захисту прав інтелектуальної власності;
- відсутність єдиного міжнародно-правового механізму протидії порушенням прав у сфері інтелектуальної власності;
- низький рівень міжнародної боротьби з порушеннями прав інтелектуальної власності;
- широке розповсюдження й торгівлю контрафактними товарами;
- необхідність встановлення єдиних правил охорони об'єктів інтелектуальної власності;
- глобалізацію торговельних відносин;
- необхідність міжнародного законодавчого врегулювання торгівлі об'єктами прав інтелектуальної власності;
- стрімкий розвиток науки, техніки, інформаційних технологій;
- систематизацію й удосконалення попередніх напрацювань, які закріплені в попередніх міжнародних угодах.

Особливістю цього акта є, між іншим, те, що вперше закріплені обов'язкові правила із забезпечення охорони прав інтелектуальної власності, а також урегульовані відносини, пов'язані безпосередньо саме з торгівлею об'єктами інтелектуальної власності. Імперативність цих норм підкріплюється можливістю введення міжнародних санкцій стосовно порушника. Отже, законодавство країн-учасниць СОТ ґрунтується на Угоді ТРІПС<sup>31</sup> і формує єдину глобальну систему захисту прав інтелектуальної власності.

Як відзначає В.А. Потехіна, Угода ТРІПС містить у собі мінімальні стандарти охорони інтелектуальної власності та юридичну відповідальність за недотримання зобов'язань країнами-учасницями. Угода ТРІПС є багатосторонньою торговельною угодою, обов'язковою для членів Уругвайського раунду. Приєднання до Угоди ТРІПС є необхідною умовою для всіх країн, що вступають до СОТ. Угода визначає режим охо-

<sup>22</sup> Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_169](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_169).

<sup>23</sup> Офіційний сайт ВОІВ. ВОІВ – історична довідка. URL: <https://www.wipo.int/about-wipo/ru/history.html>.

<sup>24</sup> Офіційний сайт ВОІВ. Держави-члени ВОІВ. URL: <https://www.wipo.int/members/en/>.

<sup>25</sup> Ромат Т. Удосконалення захисту інтелектуальної власності в Україні в контексті в контексті міжнародних зобов'язань. *Державне управління та місцеве самоврядування* : збірник наукових праць. Дніпропетровськ : ДРІДУ НАДУ, 2011. Вип. 3 (10). С. 132–141.

<sup>26</sup> Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_169](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_169).

<sup>27</sup> Право інтелектуальної власності: Академічний курс : підручник для студентів вищих навчальних закладів / за заг. ред. О.А. Підпригори, О.Д. Святоцького. 2-е вид., перероб. та допов. Київ : Видавничий дім «Ін Юре», 2004. С. 588.

<sup>28</sup> Официальный сайт ВОИС. Договоры, административные функции которых выполняет ВОИС. URL: <https://www.wipo.int/treaties/ru/>.

<sup>29</sup> Ромат Т. Удосконалення захисту інтелектуальної власності в Україні в контексті в контексті міжнародних зобов'язань. *Державне управління та місцеве самоврядування* : збірник наукових праць. Дніпропетровськ : ДРІДУ НАДУ, 2011. Вип. 3 (10). С. 136.

<sup>30</sup> Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981\\_018](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018).

<sup>31</sup> Там само.



рони таких об'єктів інтелектуальної власності, як винаходи, торговельні марки, твори, секрети виробництва тощо<sup>32</sup>. Тож Угода ТРІПС<sup>33</sup> є унікальною і фундаментальною для правового регулювання відносин у сфері інтелектуальної власності в усьому світі, оскільки сприяє розбудові та впровадженню єдиної системи захисту прав інтелектуальної власності, а також активному співробітництву країн. На сучасній стадії така співпраця передбачає необхідність наближення міжнародного права й національних законодавств через гармонізацію різних правових систем як

одного з нагальних завдань глобалізації суспільного життя<sup>34</sup>.

### Висновки

Отже, право інтелектуальної власності має свою історію, яка бере свої витoki з найдавніших часів. Натепер воно перебуває на стадії гармонізації міжнародного права та національних законодавств, характерною рисою якої є те, що законодавство країн-учасниць СОТ ґрунтується на Угоді ТРІПС і формує єдину глобальну систему захисту прав інтелектуальної власності.

<sup>32</sup> Потехіна В. Інтелектуальна власність / за ред. І.І. Дахна. Київ : Центр учбової літератури, 2008. С. 56.

<sup>33</sup> Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981\\_018](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018).

<sup>34</sup> Проблемы гармонизации законодательства Украины и стран Европы / под общ. ред. Е.Б. Кубко, В.В. Цветкова. Киев : Юринком Интер, 2003. С. 35.

### **Transforming Ukraine's legal system in terms of European integration**

**Parkhomenko Nataliia**

*Doctor of Law, Professor,*

*Scientific Secretary of V.M. Koretsky Institute of State and Law  
of the National Academy of Sciences of Ukraine, Ukraine*

The specific features and direction of globalization in the legal field are determined, as follows: the convergence and approximation of modern legal systems; incarnation of generally accepted norms and principles into national law system; the emergence of new and special types of law; improvement, simplification of various legal institutions etc.

The integration in the legal area stipulates the harmonization of public interests based on the establishment of a common law space and variety of international associations, organizations and authorities for that purpose. Phases and content of European international of Ukraine are described and characterized. Noted that it is complicated and multidimensional process which lasts more than a quarter century in socio-economic, political and legal areas of public relations; that process is directly related to the transformation of legal system.

The main features of Ukrainian legal system's transformation related to European integration are ascertained.

Among them there are: changes in legislation process, the essence of which acquires a social content; increase in the number of public relations' actors who participate in the development, discussion of changes and additions to the existing legislative system; strengthening the social control in the legislative process; extending the scope of legal regulation and the list of law principles as a basis of legal regulation of public relations; the appearance of new branches and groups of law (information law, space law, military law, etc.). Process of standardization, alignment, universalisation of law keeps happening.

For this moment, we can certainly note the results as well as the problems of Ukrainian integration into Europe. The solution of these problems requires their legitimization, consolidation of efforts of all the authorized subjects, thoughtful, but also promptly policies in this regard. In the event, all the above-mentioned promote the implementation of mandated tasks and achieving goals within the set time frame.

### **Трансформація правової системи України в умовах євроінтеграції**

**Пархоменко Наталія Миколаївна**

*доктор юридичних наук, професор,*

*вчений секретар Інституту держави і права імені В.М. Корецького  
Національної академії наук України, Україна*

#### **Вступ**

Як і будь-яка соціальна система, правова система України не ізольована та відкрита, тому взаємодіє з іншими соціальними системами національного й наднаціонального рівнів і, зазнаючи впливу, змінюється. Глобалізація у правовій сфері розвивається у двох напрямках, які являють собою єдиний процес. З одного боку, очевидним є вплив глобалізаційних процесів на право, результатом чого є зближення та конвергенція правових систем сучасності. При цьому формуються загальні тенденції їх розвитку, до яких можна зарахувати втілення в національних правових системах загальноновизнаних норм і принципів; появу нових галузей права, таких як космічне, інформаційне, зміну законодавства у зв'язку з інтеграційними процесами тощо. З іншого боку, за посередництва права робляться спроби спрямувати глобалізацію в певне русло, наприклад, уведення в національне право норм інших держав, адаптованих при цьому до національного правового менталітету й інших історико-культурних особливостей.

Указані обставини визначають важливу тенденцію в розвитку правових систем на сучасному етапі, сутність якої полягає в тому, що національні правові системи й правові культури перебувають у постійній двосторонній взаємодії та впливають на формування і трансформацію один одного, в результаті якої відбувається залучення, удосконалення, спрощення тих чи інших інститутів і принципів права<sup>1</sup>.

У цьому аспекті європейська інтеграція України як один із наслідків глобалізації являє собою складний і багатовимірний процес, що триває вже понад чверть століття в соціально-економічній, політичній, правовій сферах суспільних відносин, але насамперед пов'язаний із трансформацією правової системи. Як відомо, однією з обов'язкових умов інтеграційних процесів є сумісність правових систем. Відповідно, інтеграція у сфері права передбачає узгодження державних інтересів на підставі формування спільного правового простору і створення із цією метою різних міжнародних об'єднань,

<sup>1</sup> Сидоренко О.О. Правова система України в контексті глобалізації. *Теорія і практика правознавства*. 2016. Вип. 1 (9). С. 8.

організацій та органів. Отже, інтеграція неможлива без створення єдиних або засадничих правових норм<sup>2</sup>. Моніторинг виконання Україною євроінтеграційних зобов'язань свідчить про існування різного роду проблем, які зумовлюють потребу наукового осмислення та постійного супроводу механізмів запровадження європейських стандартів.

Відповідно, **метою статті** є визначення сутності та змісту трансформації правової системи України в умовах євроінтеграції.

### Виклад основного матеріалу

На Заході сталою є думка, що розподіл національних правових систем на сім'ї або культурні об'єднання послаблюється впливом міжнародних угод, що зростає. Зокрема, національні закони держав-учасниць Європейського Союзу (далі – ЄС) усе частіше визначаються необхідністю дотримуватися вимог, установлених законодавством ЄС. В інших випадках міжнародні угоди з потенційно універсальною сферою дії переважно визначають зміст національного законодавства<sup>3</sup>. Як результат – високо інтегровані національні економіки, регулювання ринку відбувається за допомогою європейських правил; законодавство ЄС превалує над національним законодавством та адміністрацією. Половина світової торгівлі відбувається в межах ЄС. Політичні організації ЄС керують, створюючи, застосовуючи й інтерпретуючи правила, які визнані на всій території ЄС. Національні суди забезпечують дотримання європейського права та координують сфери регулювання ЄС та окремих країн, а національні парламенти й чиновники включають законодавство ЄС у свої процедури та практику. Уряди держав-членів сприяють інтеграції, іноді на випередження. Інтеграція має потужну силу, оскільки слугує узгодженню інтересів, інвестуванню національних особливостей шляхом експансіонізму. ЄС створив це об'єднавши майданчики для прийняття економічних, політичних і правових рішень, надавши системі міцності й стійкості<sup>4</sup>.

Зазначене стало можливим завдяки введенню у правову систему та реалізації принципів права ЄС, які умовно класифікують за призначенням і сферою дії на загальні – ті, що сформульовані в рішеннях Суду ЄС як засади правового регулювання, які діють у всіх сферах відання ЄС (обов'язковість дотримання основних прав і свобод особи, правова визначеність); спеціальні – діють в окремих сферах правового регулювання ЄС (митній, торговій, еколо-

гічній тощо). Окремо виділяють принципи, згідно з якими органи ЄС реалізують надані їм повноваження (законності, субсидіарності, пропорційності). Окрім того і насамперед, засадничими принципами дії права ЄС є його верховенство й пряма дія, що визначають співвідношення права ЄС із правовими системами держав-учасниць.

Право ЄС має пряму дію і пріоритет, наділено верховенством – вищою юридичною силою щодо національного права, в тому числі й національних конституцій країн-членів ЄС. Відповідно, право ЄС є складником національних систем права, у якому мають бути створені певні механізми для забезпечення дії норм. Тобто пряма дія норм права ЄС означає необхідність безпосереднього застосування правових актів ЄС на території держав-членів без їх імплементації в національну правову систему.

Субсидіарність – принцип права ЄС, згідно з яким управління має здійснюватися найменш централізованим компетентним органом; *пропорційність* – ЄС може діяти лише тією мірою, яка необхідна для досягнення його цілей; *представництва* – ЄС є союзом держав-членів, усі його повноваження добровільно представляються його членами; правова визначеність означає чіткість і точність норм права; *принцип обережності* – моральний і політичний принцип, відповідно до якого, якщо дія чи політика може заподіяти серйозну або незворотну шкоду населенню або навколишньому середовищу, то за відсутності наукового висновку, що шкоди не буде, тягар доказування лягає на тих, хто буде виступати за вживання заходів<sup>5</sup>.

Відповідно, обраний Україною наприкінці ХХ століття зовнішньополітичний курс на інтеграцію до ЄС означав насамперед усвідомлення та імплементацію цих принципів у національну правову систему з метою її приведення у відповідність до права ЄС. Зазначені принципи права ЄС в Україні нині мають власне значення, зокрема сферу дії.

Першочергово необхідно зазначити, що принцип верховенства права введено до правової системи України з прийняттям Конституції в 1996 році. З того часу він постійно реалізується в юридичній практиці та є одним із основних регуляторів суспільних відносин. Верховенство права означає панування права в суспільстві; вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема в закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо<sup>6</sup>.

Щодо інших принципів, то за деяким винятком вони прямо не закріплені в Конституції України, але

<sup>2</sup> Бахин С.В. Сотрудничество государств по сближению национальных правовых систем: Унификация и гармонизация права : дисс. ... докт. юрид. наук : 12.00.10. Санкт-Петербург, 2003. С. 1.

<sup>3</sup> LEGAL SYSTEMS OF THE WORLD. URL: // <http://www.pravo.unizg.hr>.

<sup>4</sup> Alec Stone Sweet European Integration and the Legal System. February 2005 Institut für Höhere Studien (IHS), Wien Institute for Advanced Studies, Vienna. С. 54.

<sup>5</sup> World Legal system – Government – IndexMundi [indexmundi.com](http://indexmundi.com).

<sup>6</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 7 частини другої статті 42 Закону України «Про вищу освіту» 20 грудня 2017 року № 2-п/2017.

зафіксовані в окремих законах. Зокрема, у 2015 році в Законі України «Про засади державної регіональної політики» визначено субсидіарність як передачу владних повноважень на найнижчий рівень управління для найбільш ефективної їх реалізації<sup>7</sup>.

Принцип правової визначеності розглядається в Україні як складник принципу верховенства права, що є ключовим у питанні довіри до судової системи й верховенства права; для досягнення цієї довіри держава має складати тексти законів так, щоб вони були доступними; держава також зобов'язана дотримуватися та застосовувати в прогнозований і послідовний спосіб ті закони, які вона ввела в дію; прогнозованість означає, що закон повинен, коли це можливо, бути оприлюдненим до його виконання й бути передбачуваним у тому, що стосується його наслідків: він має бути сформульований достатньо точно, щоб людина могла регулювати свою поведінку<sup>8</sup>. Конституційний Суд України вважає, що принцип правової визначеності вимагає чіткості, зрозумілості й однозначності правових норм, зокрема їх передбачуваності (прогнозованості) і стабільності<sup>9</sup>.

У Рішенні Конституційного Суду України від 25 січня 2012 року № 3-рп/2012 (справа № 1-11/2012) зазначено, що одним із елементів верховенства права є принцип пропорційності, який у сфері соціального захисту означає, зокрема, що заходи, передбачені в нормативно-правових актах, повинні спрямовуватися на досягнення легітимної мети й мають бути спільномірними з нею<sup>10</sup>.

Отже, відбувається імплементація принципів права ЄС у правову систему України, що насамперед вплинуло на сутність і зміст системи права й системи законодавства. Крім того, якісних змін поступово набули інші елементи правової системи: правова культура, правова свідомість, правові відносини тощо, адже всі ці елементи взаємопов'язані, тому зміна одного з них зумовлює трансформацію інших. Відповідно, такі зміни визначили зміст політико-правового мислення не лише пересічних гро-

мадян, а й суб'єктів державно-владних повноважень, які визначають зміст державної політики. Саме завдяки їх діям створено організаційні, інституційні та нормативні засоби євроінтеграції України.

Серед стратегічних заходів у напрямі входження України в європейський правовий простір необхідно назвати такі. У 1997 році Україна ратифікувала Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод<sup>11</sup>. Відповідно, важливим чинником реформування правової системи України варто вважати також участь України в конвенціях Ради Європи, які встановлюють спільні для цієї організації та ЄС стандарти. У 1998 році набула чинності Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами (далі – УПС), яка стала інструментом впливу права ЄС на правову систему України загалом і систему законодавства зокрема.

Одним зі способів впливу на розвиток правової системи України є також укладання (приєднання до) угод з ЄС. Зазначений вплив здійснюється шляхом закріплення в тексті угод конкретних заходів і механізмів приведення національного законодавства, в тому числі й Конституції, у відповідність до норм права ЄС. Серед цих механізмів варто назвати нормативні та інституційні. До останніх варто зарахувати створення спеціальних органів (рад (наприклад, Рада з питань співробітництва між Україною та ЄС), комітетів (наприклад, Комітет з питань співробітництва між Україною та ЄС) тощо).

До нормативних механізмів належать правові акти, у яких визначено основні засади, напрями, терміни, етапи, засоби гармонізації національного законодавства з міжнародним та європейським. Зокрема, затверджено Стратегію інтеграції України до ЄС (1998), на виконання якої Кабінет Міністрів України розробив і затвердив Концепцію адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу (1999).

Адаптація законодавства України до законодавства ЄС насамперед відбувалася та відбувається в процесі нормотворення. Зокрема, обов'язковим є оцінювання проекту нормативно-правового акта з погляду ступеня його узгодженості із законодавством ЄС. Відповідно до Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу (2004), проекти законів України й інших нормативно-правових актів, які за предметом правового регулювання належать до сфер, правовідносини в яких регулюються правом ЄС, в обов'язковому порядку проходять експертизу на відповідність *acquis communautaire*. Таку експертизу здійснює уповноважений центральний орган виконавчої влади, а експертизу проектів нормативно-правових актів міністерств, інших централь-

<sup>7</sup> Про засади державної регіональної політики : Закон України від 5 лютого 2015 року № 156-VIII.

<sup>8</sup> Пункт 44 Доповіді «Верховенство права», схваленої Європейською Комісією «За демократію через право» (Венеціанською Комісією) на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року).

<sup>9</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 7 частини другої статті 42 Закону України «Про вищу освіту» від 20 грудня 2017 року № 2-р/2017.

<sup>10</sup> Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням правління Пенсійного фонду України щодо офіційного тлумачення положень статті 1, частин першої, другої, третьої статті 95, частини другої статті 96, пунктів 2, 3, 6 статті 116, частини другої статті 124, частини першої статті 129 Конституції України, пункту 5 частини першої статті 4 Бюджетного кодексу України, пункту 2 частини першої статті 9 Кодексу адміністративного судочинства України в системному зв'язку з окремими положеннями Конституції України від 25 січня 2012 року № 3-рп/2012. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-12>.

<sup>11</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, ратифікована Законом України від 17.07.1997 № 475/97-ВР. URL: [https://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004?lang=ru](https://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_004?lang=ru).



них органів виконавчої влади – відповідні підрозділи органів, які видають акт.

Нормативно-правові акти, що суперечать *acquis communautaire*, можуть прийматися лише за наявності достатнього обґрунтування необхідності прийняття такого акта й на чітко визначений у самому акті строк.

Вагомим чинником впливу права ЄС на правову систему України стало прийняття Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (2006). Насамперед це означало впровадження в українське судочинство та адміністративну практику європейських стандартів прав людини. Крім того, новелою для правової системи України стало закріплення в статті 17 Закону положення щодо застосування судами Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і практики Суду, а саме: суди застосовують під час розгляду справ Конвенцію та практику Суду як джерело права. Отже, уперше в Україні, яка за якісними ознаками належить до романо-германської правової сім'ї, уведено судовий прецедент як джерело права.

Активізуючим чинником впливу на розвиток суспільних відносин, трансформацію правової системи в напрямі євроінтеграції стало підписання та виконання Угоди про Асоціацію України з ЄС (далі – Угоди), яка вступила в силу з 1 вересня 2017 року. Виконання зазначених в Угоді завдань також потребує створення додаткових або вдосконалення вже чинних інституційних, правових, організаційних механізмів.

Насамперед підписання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС зумовило прийняття Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору)» від 19 лютого 2019 року. Євроінтеграція із зовнішньополітичного курсу України, який тривалий час подекуди мав декларативний характер, ствердилася як основний напрям внутрішньої та зовнішньої політики, яка щоденно об'єктивується в заходах із реформування суспільних відносин, насамперед зміні сутності й змісту правової системи. Зокрема, зазначеним Законом доповнено положення Конституції України нормою про європейську ідентичність Українського народу та незворотність європейського та євроатлантичного курсу України.

Прийняття зазначених змін до Конституції України стало стабілізуючим чинником у розвитку суспільних відносин в Україні. Щодо стану виконання Угоди, то Україна майже два роки здійснює відповідні імплементаційні зобов'язання, з метою реалізації яких у 2018 році Кабінет Міністрів України ухвалив План заходів з виконання Угоди про асоціацію, згідно з яким затверджено список пріоритетних для розгляду Парламентом законопро-

ектів, який постійно переглядається й оновлюється.

Згідно зі статтями 461–470 Угоди, створено інституційні засади – спільні органи асоціації: Раду асоціації, Комітет асоціації, Парламентський комітет асоціації та Платформу громадянського суспільства. В Уряді діє Офіс Віце-прем'єр-міністра з питань європейської та євроатлантичної інтеграції України.

## Висновки

Нині серед основних недоліків реалізації Угоди про асоціацію виокремлюють недосконалість планування органами державної влади заходів з наближення законодавства, нерівномірність і несвоєчасність їх виконання; повільне розроблення і прийняття нормативних актів, що передбачають упровадження відповідних норм; недотримання принципу гласності в процесі імплементації; частковість наближення законодавства; неузгодженість, а іноді суперечливість змісту правових актів, що приймаються; недостатність інформування населення про результати виконання Угоди й залучення інститутів громадянського суспільства до імплементаційних заходів; відсутність моніторингу результатів реалізації положень Угоди. Крім того, фінансові інструменти й кошти, необхідні для імплементації, не отримують належного фінансування<sup>12</sup>.

Отже, трансформація правової системи пов'язана з євроінтеграційною політикою України та впливом глобалізаційних змін у світовому співтоваристві. Серед основних напрямів трансформації правової системи України насамперед необхідно зазначити про зміни в нормотворчому процесі, сутність якого набуває соціального змісту. Усе більша кількість суб'єктів суспільних відносин бере участь у розробленні, обговоренні змін і доповнень до чинної системи законодавства. Крім того, посилюється контроль громадськості за реалізацією правових актів. Розширюється предмет правового регулювання за рахунок розширення кола суспільних відносин, які потребують правового впливу й, відповідно, набули інституційного оформлення нові галузі та інститути права (інформаційне, космічне, військове, енергетичне тощо). З'явилася низка понять і категорій, використання яких у ЄС є сталим, але вони були невідомі для системи права України. Як зазначалося, поступово розширюється перелік принципів права як основи правового регулювання суспільних відносин. Окрім таких засадничих принципів, як верховенство права та закону, законності, рівноправності, визнання людини найвищою соціальною цінністю, імплементовано такі принципи права ЄС, як субсидіарність, пропорційність, права визначеність

<sup>12</sup> Звіт про виконання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом у 2018 році. URL: <https://eu-ua.org/sites/default/files/inline/files/association-agreement-implementation-report-2018.pdf>.

тощо. Постійно відбувається процес стандартизації, уніфікації та універсалізації права.

При цьому важливим аспектом універсалізації та стандартизації в праві є збереження національної ідентичності. Неможливо в правовому полі ігнорувати традиції, ментальність народів і нав'язувати єдині юридичні норми. Будь-який юридичний закон може тоді ефективно функціонувати, коли він є легітимованим, тобто визнаним народом. Якщо закон не легітимований, то він не матиме юридичної сили й буде втілюватися за допомогою насилля<sup>13</sup>. У зв'язку з цим тенденція до спрощеного розуміння правової наступності, що виявляється в сучасній політиці й навіть правотворчості, пов'язана з механічним перенесенням іноземного

<sup>13</sup> Ониськів М. Глобалізація і правотворення. *Право України*. 2002. № 9. С. 10–15.

законодавства на український ґрунт і заслугове критичного ставлення. Відповідно, у розвитку правової системи в умовах глобалізації найприйнятнішими є гармонійне поєднання національного та міжнародного. Поряд із включенням України у світові глобалізаційні процеси для України є актуальним відродження багатотомових правових традицій, культури, що штучно знецінені наприкінці ХХ століття.

Отже, можна констатувати як здобутки, так і проблеми процесу інтеграції України до європейського простору, подолання яких потребує їх легітимації, консолідації зусиль усіх уповноважених суб'єктів, виваженої, але оперативної державної політики в цьому напрямі, що в підсумку сприятиме виконанню нею поставлених завдань і досягнення мети в установлені строки.

## Functions of law-making activity as directions of improvement of legislation

*Ryndiuk Vira*

*Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor,  
Professor of Theory and History of Law of Department  
of the Kyiv National Economics University named after Vadym Hetman, Ukraine*

In the article, the law-making functions as directions of activity, which are related to acceptance, change or cancellation rules of law are being researched. That is an activity, the content of which is any change in the current legislation, and the result is a new qualitative state of content and/or form legislation. The basis of the study is determining the ratio of activities, the object of which is legislation.

The concept of “improvement of legislation”, as an activity related to any changes in legislation directed at improving its quality in content and/or form, is the broadest of concepts of activities, the object of which is legislation. Therefore, law-making functions are directions of improvement of legislation. The content of these directions of law-making activity depends on the content of changes to improve the object of this activity, which is legislation. Depending on what changes are being made to the legislation, – or content only, or form only, or content and form at the same time, – such functions of law-making as novelization, ordering and systematization can be distinguished.

Novelization of legislative is a direction of law-making related to substantive updating of legislation, that is improvement of the content of legislation. Novelization can be linked, as with the adoption of new rules of law, and with a substantive update of existing rules of law.

Ordering of legislative is a direction of law-making related only to changes in the form of legislation, that is an improvement of the form of legislation within existing rules of law. As a result, the legislation has a new quality of form, becomes orderly, this means that the legislation meets certain requirements, rules, etc.

Finally, systematization of legislation is a direction of lawmaking related to change in both the content and form of legislation, which is the improvement of both the content and the form of legislation. As a result, the legislation gets new quality in content and form, becomes systematic. The systematization is to bring the rules of law expressed in the legislation into a system – a whole made up of parts that are naturally located and interrelated.

### Функції правотворчої діяльності як напрями вдосконалення законодавства

*Риндюк Віра Іванівна*

*кандидат юридичних наук, доцент,  
професор кафедри теорії та історії права  
Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана, Україна*

#### Вступ

Термін «функція» досить багатомірний, він придатний для характеристики будь-яких динамічних структур. Однак у більшості випадків з функцією пов'язується спрямований вплив системи (структури, цілого) на певні сторони зовнішнього середовища<sup>1</sup>. Функції визначають основні характерні показники, ознаки, напрями розвитку і становлення певного поняття, процесу; є певними напрямками діяльності, які мають здійснюватися стосовно об'єкта цієї діяльності<sup>2</sup>. Функція є явищем, яке залежить від іншого явища, є формою його виявлення і змінюється відповідно до його змін<sup>3</sup>. Зокрема, у юридичній науці поняття «функція» використо-

вується для характеристики різних напрямів правотворчої діяльності.

Питання функцій правотворчої діяльності в різних аспектах у роботах висвітлюють такі науковці, як О. Скакун, С. Плавич, Ю. Лепех, Є. Гетьман, С. Мельничук, Р. Ященко, Ю. Ведерніков та інші. Огляд наукової та навчальної літератури із цього питання дає можливість зробити висновок, що якщо саме поняття «функції правотворчості» розглядається дослідниками практично однозначно, то єдність підходів до визначення переліку функцій правотворчої діяльності відсутня, що й зумовлює актуальність обраної теми статті.

З огляду на викладене, **метою статті** є дослідження змісту поняття «функції правотворчості» й уточнення переліку функцій правотворчої діяльності.

#### Виклад основного матеріалу

Будь-яка діяльність розглядається як активність людини, що має усвідомлюваний характер і спря-

<sup>1</sup> Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / за ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. Київ : Юрінком Інтер, 2006. С. 316.

<sup>2</sup> Гетьман С.А. Функції нормотворчої діяльності органів виконавчої влади. *Митна справа*. 2013. № 5 (2.2). С. 86–87.

<sup>3</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. С. 1552.

мована на досягнення поставленої мети. Мета – це уявний кінцевий результат діяльності (те, чого людина прагне досягнути). Оскільки досягнення мети часто має перспективний характер, то вона втілюється в окремі завдання, вирішення яких наближає до самої мети<sup>4</sup>. Загальною метою правотворчої діяльності є досягнення належного правопорядку в суспільстві, що, у свою чергу, забезпечується якісним та ефективним законодавством. Ця мета втілюється в окремі завдання в діяльності органів публічної влади (органів держави й органів місцевого самоврядування) у сфері правотворчої діяльності, що виявляється в різних напрямках правотворчої діяльності органів публічної влади (удосконалення, систематизація, упорядкування, конкретизація, уніфікація, адаптація тощо законодавства). Зокрема, зазначається, що завдання – це те, що необхідно зробити, а функція – це діяльність, процес вирішення завдання<sup>5</sup>.

Під функціями правотворчості розуміють різні напрями діяльності, пов'язані зі встановленням, зміною або скасуванням норм права, створенням і розвитком законодавства<sup>6</sup>; напрями діяльності відповідних органів щодо створення джерел права з метою врегулювання суспільних відносин у сферах, де такі відносини не врегульовані або врегульовані неналежним чином і потребують удосконалення, зміни або скасування<sup>7</sup>; напрями діяльності органів публічного управління щодо створення правових актів з метою врегулювання, систематизації й удосконалення суспільних відносин<sup>8</sup>; певні напрями нормотворчої діяльності стосовно підзаконних нормативно-правових актів<sup>9</sup>; напрями діяльності правотворчих органів, яка полягає в прийнятті, зміні чи доповненні, призупиненні дії, скасуванні правових норм, спрямовані на формування цілісної, досконалої нормативно-правової бази, котра здатна забезпечити ефективне здійснення функцій держави<sup>10</sup>.

Р. Яценко визначає ознаки, які розкривають зміст поняття «функції правотворчості». Так, функції правотворчості: 1) найбільш рельєфно виражають сутність і зміст правотворчості, її призначення в суспільстві, а також її роль у процесі розвитку правової системи; 2) є активним способом реалі-

зації правотворчої діяльності; 3) є цілеспрямованими напрямами реалізації правотворчої діяльності; 4) безпосередньо пов'язані з розвитком правової системи, перебуваючи з нею в діалектичному взаємозв'язку<sup>11</sup>.

Щодо визначення переліку правотворчих функцій як напрямів правотворчої діяльності, то одні автори пропонують виокремлювати *три функції* правотворчості. Так, Ю. Лепех називає такі функції правотворчості органів публічного управління: 1) функція регулювання суспільних відносин; 2) функція систематизації законодавства; 3) функція вдосконалення законодавства<sup>12</sup>.

Інші автори розрізняють *чотири функції* правотворчості. Наприклад, О. Скакун виокремлює такі функції правотворчості: 1) функція первинного регулювання суспільних відносин – створення й ухвалення нових правових норм, що відбувається в тих випадках, коли суспільні відносини раніше не регулювалися та виникла необхідність у цьому вперше; 2) функція оновлення чинного нормативно-правового матеріалу, його деталізації (конкретизації) здійснюється відповідно до потреб суспільного розвитку внесенням змін і доповнень до приписів нормативно-правових актів; санкціонування вже чинних норм, наприклад, правових звичаїв тощо; 3) функція усунення (заповнення) прогалів у праві; 4) функція систематизації нормативно-правового матеріалу – облік, упорядкування, об'єднання, доповнення нормативно-правових актів<sup>13</sup>. Г. Саміло до функцій правотворчості, тобто напрямів її впливу на систему права, зараховує: 1) функцію регулювання суспільних відносин; 2) функцію оновлення правового матеріалу; 3) функцію ліквідації прогалів у праві; 4) систематизаційну (функцію упорядкування правового матеріалу)<sup>14</sup>.

Більшість науковців виокремлюють *п'ять функцій правотворчості*, зокрема такі: 1) первинне регулювання суспільних відносин – вироблення і прийняття нових нормативно-правових актів з метою врегулювання суспільних відносин, які раніше не регулювалися правом; 2) вторинне регулювання суспільних відносин (оновлення правового регулювання) – унесення змін і доповнень до нормативно-правових актів або скасування їх окремих положень. Правове регулювання може оновлюватися також шляхом прийняття нормативно-правових актів на заміну чинним; 3) дерегуляція суспільних відносин – скасування нормативно-правових актів з метою скасування або скорочення правового регулювання в певній сфері суспільних відносин,

<sup>4</sup> Загальна психологія : навчальний посібник / О.П. Сергєєнкова, О.А. Столярчук, О.П. Коханова, О.В. Пасєка. Київ : Центр учбової літератури, 2012. С. 184–186.

<sup>5</sup> Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / за ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. Київ : Юрінком Інтер, 2006. С. 70.

<sup>6</sup> Скакун О.Ф. Теорія права і держави : підручник. 2-ге видання. Київ : Алерта ; ЦУЛ, 2011. С. 343.

<sup>7</sup> Плавич С.В. Теоретико-методологічні засади правотворчості : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2009. С. 10.

<sup>8</sup> Лепех Ю.С. Про функції правотворчості органів публічного управління. *Університетські наукові записки*. 2018. № 2. С. 41.

<sup>9</sup> Гетьман С.А. Функції нормотворчої діяльності органів виконавчої влади. *Митна справа*. 2013. № 5 (2.2). С. 87.

<sup>10</sup> Мельничук С.М. Правотворча діяльність – провідна правова форма здійснення функцій держави: теоретико-прикладний аспект. *Інформація і право*. 2016. № 1 (16). С. 8.

<sup>11</sup> Яценко Р. Функції правотворчості в контексті дослідження перехідних суспільств. *Юридична Україна*. 2009. № 8. С. 35.

<sup>12</sup> Лепех Ю.С. Про функції правотворчості органів публічного управління. *Університетські наукові записки*. 2018. № 2. С. 41.

<sup>13</sup> Скакун О.Ф. Теорія права і держави : підручник. 2-ге видання. Київ : Алерта ; ЦУЛ, 2011. С. 343–344.

<sup>14</sup> Саміло Г.О. Теорія держави і права : навчальний посібник. Запоріжжя : Просвіта, 2010. С. 188.



наприклад, у сфері підприємницької діяльності; 4) усунення недоліків правового регулювання (удосконалення правового регулювання) – усунення прогалин і колізій у законодавстві, скорочення нормативно-правових актів, які регулюють одні й ті самі суспільні відносини; 5) упорядкування правового регулювання – систематизація нормативно-правових актів з метою створення або підтримання цілісної, узгодженої, зручної для користування системи законодавства<sup>15</sup>. С. Плавич виокремлює такі п'ять функцій правотворчості: а) функцію оновлення законодавства, що здійснюється шляхом установа нових правових норм для регулювання відповідної сфери суспільних відносин відповідно до сучасних потреб; б) конкретизацію чинних правових норм, що сприяє вдосконаленню правового регулювання; в) функцію санкціонування чинних у суспільстві звичаїв чи традицій; г) функцію усунення прогалин у законодавстві, яка за своїм змістом може перетинатися з вищезгаданими функціями; д) функцію впорядкування нормативно-правової бази (систематизація, кодифікація тощо)<sup>16</sup>.

С. Мельничук пропонує розглядати такі *сім функцій правотворчої діяльності*: 1) функцію оновлення нормативно-правового матеріалу; 2) функцію вдосконалення нормативно-правових актів; 3) функцію гармонізації нормативно-правового матеріалу; 4) функцію прогнозування дії нормативного рішення й моделювання ситуації у сфері його дії; 5) функцію випереджаючого розвитку нормативно-правової бази; 6) функцію модернізації процесуально-процедурної форми правотворчої діяльності; 7) функцію впорядкування нормативно-правового матеріалу. На думку вказаного автора, зазначені функції правотворчості дадуть змогу усунути наявні в цій діяльності недоліки у вигляді відставання правотворчості від об'єктивних потреб суспільства<sup>17</sup>.

Аналізуючи викладене, можна зазначити, що різні автори називають практично подібні за змістом функції правотворчості, а саме: функцію первинного регулювання суспільних відносин (оновлення законодавства); функцію вторинного регулювання суспільних відносин (удосконалення, модифікації законодавства, усунення недоліків правового регулювання); функцію конкретизації чинних правових норм, функцію впорядкування та систематизації законодавства; функцію усунення прогалин і колізій у законодавстві; функцію дерегуляції суспільних відносин (припинення правового регулювання певних суспільних відносин шляхом скасування відповідних правових норм) тощо.

<sup>15</sup> Теорія держави і права : підручник / О.В. Петришин, С.П. Погребняк, В.С. Смородинський та ін. ; за ред. О.В. Петришина. Харків : Право, 2015. С. 212.

<sup>16</sup> Плавич С.В. Теоретико-методологічні засади правотворчості : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2009. С. 59.

<sup>17</sup> Мельничук С.М. Правотворча діяльність – провідна правова форма здійснення функцій держави: теоретико-прикладний аспект. *Інформація і право*. 2016. № 1 (16). С. 9.

Разом із тим питання визначення особливостей кожного з напрямів правотворчої діяльності та їх співвідношення між собою майже не досліджується. Зокрема, з наведеного вище видно, що поняття «упорядкування законодавства» та «систематизація законодавства» використовуються як синоніми.

На нашу думку, в основу дослідження функцій правотворчості має бути покладене визначення співвідношення видів діяльності, яка здійснюється в межах правотворчої діяльності та об'єктом якої є законодавство, зокрема це вдосконалення, модернізація, новелізація, упорядкування, систематизація, адаптація тощо, що вже розглядалося раніше автором статті<sup>18</sup>. Зокрема, зазначено, що найбільш широким із цієї низки є поняття «удосконалення законодавства» як діяльність, пов'язана з будь-якими змінами законодавства (доповненням, скасуванням тощо), спрямованими на покращення, поліпшення його якісного стану щодо змісту й/або форми. Відповідно, результатом удосконалення законодавства є нова більш досконала якість законодавства щодо його змісту й/або форми.

Отже, функціями правотворчості є різні напрями діяльності, пов'язаної зі зміною законодавства в бік поліпшення, покращення. Іншими словами, *функціями правотворчості є різні напрями вдосконалення законодавства*. Зміст цих напрямів правотворчої діяльності залежить від характеру змін (удосконалення) об'єкта цієї діяльності. Відповідно, залежно від того, яких саме змін зазнає законодавство (як саме вдосконалюється) – або тільки щодо змісту, або тільки щодо форми, або й щодо змісту, і щодо форми водночас – можна виокремити, на нашу думку, такі функції правотворчості, як *новелізація, упорядкування й систематизація*.

Варто зазначити, що під час розгляду функцій правотворчості важливим моментом є розуміння самого законодавства. Автором статті було обґрунтовано визначення поняття «законодавство» за допомогою діалектичного методу як способу існування норм права у формі правових положень нормативно-правових актів на загальному та особливому рівнях. На загальному рівні норми права виражаються в загальному вигляді в законодавчих актах, що мають вищу юридичну силу. На особливому рівні норми права конкретизуються в підзаконних нормативно-правових актах, що мають меншу (підзаконну) юридичну силу<sup>19</sup>.

Отже, *новелізація законодавства* як функція правотворчої діяльності є напрямом правотворчості, пов'язаним зі змістовим оновленням законодавства, нововведеннями в законодавстві. «*Новелізація*» від «новели» (*ital. novella, від лат.*

<sup>18</sup> Риндюк В.І. Упорядкування законодавства: до співвідношення з деякими теоретико-правовими поняттями. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2018. № 2. С. 24–27.

<sup>19</sup> Риндюк В.І. К вопросу определения понятия «законодательство»: диалектический подход. *Leges si Viata*. 2019. № 11. С. 110–114.

*novellus – novitnii*) – новий закон, за яким до чинного законодавства вносяться зміни чи доповнення; новий, інший, не той, що був раніше<sup>20</sup>. Під час новелізації оновлюється зміст законодавства, тобто змінюється зміст правового регулювання суспільних відносин. Відповідно, новелізацією є розроблення і прийняття нових норм права в тих випадках, коли суспільні відносини раніше не регулювалися й уперше виникла необхідність у їх регулюванні (наприклад, виникнення нових суспільних відносин), тобто первинне регулювання суспільних відносин (первинна правотворчість). Зокрема, О. Ющик зазначає, що новелізація законодавства – це вироблення положень нових юридичних норм, необхідних для повного й адекватного правового регулювання ними суспільних відносин, зумовленого політичною доцільністю<sup>21</sup>.

Новелізація як первинна правотворчість пов'язана з визначенням гіпотези, диспозиції та санкції нової норми права. Разом із тим зміст диспозиції та санкції норми права на загальному рівні становлять права і свободи, основні обов'язки людини та громадянина й засади юридичної відповідальності, що, відповідно до ст. 92 Конституції України, можуть визначатися тільки на рівні законів (нормативно-правових актів, що мають вищу юридичну силу). Отже, під час новелізації нові норми права на загальному рівні встановлюються законодавчими актами, а потім можуть конкретизуватися (деталізуватися) на особливому рівні підзаконних нормативно-правових актів.

Новелізацією є також змістове оновлення нормативних положень у межах чинних норм права, коли, зокрема, змінюються концептуальні засади, ідеї, суттєві положення правового регулювання тих чи інших суспільних відносин (вторинна правотворчість). Тобто відбувається змістове оновлення чинних норм права. Наприклад, новелізацією можна вважати оновлення законодавства про вибори народних депутатів України, коли змінювалися основні засади виборів народних депутатів України, а саме змішана (пропорційно-мажоритарною) виборча система була замінена на пропорційну, а потім знову на змішану (пропорційно-мажоритарну). При цьому кожний попередній Закон України «Про вибори народних депутатів України» визнавався таким, що втратив чинність.

На нашу думку, *упорядкування законодавства* як функція правотворчої діяльності є напрямом правотворчості, пов'язаним тільки зі зміною форми законодавства, тобто є вдосконаленням форми законодавства. Під час упорядкування змінюється

форма законодавства, а зміст правового регулювання суспільних відносин залишається незмінним. У результаті законодавство отримує нову якість щодо форми, стає упорядкованим. Термін «упорядкування» («впорядкування») має значення навести, зробити порядок в чому-небудь<sup>22</sup>. Порядок – це стан, коли все робиться, виконується так, як слід, відповідно до певних вимог, правил тощо; упорядкованість, лад; певна послідовність, черговість чого-небудь<sup>23</sup>.

Отже, змістом упорядкування законодавства є приведення нормативних положень, які відображають чинні норми права на загальному та особливому рівнях законодавчих і підзаконних нормативно-правових актів, до певного порядку, до певних вимог, правил тощо. Упорядкування законодавства відбувається в межах наявних норм права (їх гіпотез, диспозицій і санкцій). Правила, яким має відповідати впорядковане законодавство, визначаються насамперед вимогами правотворчої техніки. Тобто впорядкування законодавства як функція правотворчої діяльності зумовлюється потребою його техніко-юридичного вдосконалення.

Нарешті, *систематизація законодавства* як функція правотворчої діяльності є напрямом правотворчості, пов'язаним зі зміною як змісту, так і форми законодавства, тобто є вдосконаленням як змісту, так і форми законодавства. У результаті законодавство отримує нову якість щодо змісту й форми, стає систематизованим.

У теорії систем поняття «система» розглядається як сукупність пов'язаних елементів, об'єднаних в одне ціле для досягнення певної мети. Під метою розуміється сукупність результатів, які визначаються призначенням системи. Наявність мети й змушує пов'язувати елементи в систему. Видалення із системи елемента або сукупності елементів неодмінно змінює її властивості в напрямі, відмінному від мети<sup>24</sup>.

Відповідно, як зазначено вище, метою правотворчої діяльності є досягнення належного правопорядку в суспільстві, що забезпечується якісним та ефективним законодавством. Відсутність у законодавстві (у нормативних положеннях законодавчих і підзаконних нормативно-правових актів) окремих структурних елементів норми права (наприклад, санкції) змінює властивості законодавства в напрямі, відмінному від мети, тобто правопорядку.

Отже, змістом систематизації законодавства є приведення нормативних положень, які відображають норми права на загальному та особливому

<sup>20</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови: 250000 / уклад. та голов. ред. В.Т. Бусел. Київ : Перун : Перун, 2005. С. 789.

<sup>21</sup> Кодифікація законодавства України: теорія, методологія, техніка / Ю.С. Шемшученко, О.І. Ющик, Л.М. Горбунова, М.О. Теплюк, Л.В. Гульченко, В.І. Риндюк ; за заг. ред. О.І. Ющика. Київ : Парламентське вид-во, 2007. С. 69.

<sup>22</sup> Ожегов С.И. Словарь русского языка: около 57000 слов / под ред. Н.Ю. Шведовой. 16-е изд., испр. Москва : Русский язык, 1984. С. 726.

<sup>23</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. С. 1074.

<sup>24</sup> Кононюк А.Е. Системология. Общая теория систем : в 4 кн. Киев : Освіта України, 2014. Кн. 1. С. 14.

рівнях законодавчих і підзаконних нормативно-правових актів, до певної системи як цілого, складеного з частин, які закономірно розташовані і знаходяться у взаємному зв'язку. Систематизація законодавства відбувається як у межах наявних норм права (їх гіпотез, диспозицій і санкцій), так і можуть створюватися нові норми права (їх гіпотези, диспозиції та санкції) для заповнення елементів системи, яких не вистачає. Тобто систематизація законодавства як функція правотворчої діяльності зумовлюється потребою системного вираження законодавства.

Водночас варто підкреслити, що не існує чіткої межі між різними функціями правотворчої діяльності, а саме новелізацією, упорядкуванням і систематизацією. Усі ці напрями правотворчості можуть перетинатися, тісно переплітатися в реальному правотворчому процесі. Зокрема, О. Ющик, пише, що між новелізацією законодавства та його впорядкуванням немає непрохідної межі, їх протилежність відносна. На практиці обидва види (способи) удосконалення законодавства нерідко суміщаються в законодавчому процесі, взаємно проникають і доповнюють одне

одного, як і будь-які діалектичні протилежності загалом<sup>25</sup>.

### Висновки

Підсумовуючи вищезазначене, можна зробити висновок, що функціями правотворчої діяльності є напрями вдосконалення законодавства, тобто напрями зміни законодавства в бік поліпшення, покращення щодо його змісту й/або форми. Відповідно, основними функціями правотворчості, залежно від того, як саме вдосконалюється законодавство (або тільки щодо змісту, або тільки щодо форми, або й щодо змісту, і щодо форми водночас), є новелізація, упорядкування та систематизація. Разом із тим, у свою чергу, ці функції реалізуються через різні види правотворчої діяльності, зокрема такі як деталізація, консолідація, кодифікація законодавства тощо, що потребує подальшого наукового дослідження.

<sup>25</sup> Кодифікація законодавства України: теорія, методологія, техніка / Ю.С. Шемшученко, О.І. Ющик, Л.М. Горбунова, М.О. Теплюк, Л.В. Гульченко, В.І. Риндюк; за заг. ред. О.І. Ющика. К.: Парламентське вид-во, 2007. С. 70.

## The Ukrainian legal system in search of an assessment of actions in the Crimea and Donbas

**Rubashchenko Mykola**

*Doctor of Law,*

*Associate Professor of the Department of Criminal Law  
of Yaroslav Mudryj National Law University, Ukraine*

This article explores the problems of qualification of criminal acts that are in connection with the ongoing armed conflict in eastern Ukraine and the Crimea committed. Scientific analysis covers events that occurred between 2014 and 2018 (inclusive). The article focuses on the causes of indecision and ambiguity of the law enforcement agencies of Ukraine. Their real practice regarding the evaluation of the actions of actors involved in the conflict, as it might seem, diverges significantly from the legislative and political vector of Ukraine.

After the annexation of Crimea and the outbreak of conflict in the Donbass, the legal system of Ukraine was in a difficult position. The anti-terrorist operation fulfilled its main mission: localized the territory of the conflict, stopped the advance of pro-Russian groups and gave time to try to understand the enemy's hybrid strategy. The application of the provisions of the criminal law on terrorism and "state crimes" made it easier to counter the armed separatists, which are controlled by Russia. The duration and systematic nature of the confrontations, their military nature, sooner or later should lead to the recognition of the analyzed events as a military conflict.

Although Ukraine calls for recognition of the conflict as Russian aggression related to the commission of numerous war crimes, in practice the persecution for separatism, terrorism and treason is completely dominant. Unavailability, lack of experience, imperfection of legislation and the hybrid nature of the conflict caused the failure of the national legal system to the following decisions: to understand the essence of the events, to timely plan their actions, take adequate measures, and as a result, give an unambiguous legal assessment of the events and actions of the relevant actors.

### Das ukrainische rechtssystem auf der suche nach Beurteilung von Handlungen auf der Krim und im Donbass

**Rubashchenko Mykola**

*Dr. Jur.,*

*Dozent am Lehrstuhl für Strafrecht*

*Nationale Juristische Jaroslaw-Mudryj-Universität, Ukraine*

#### Hintergrund (statt der Einleitung)

Anfang 2018 startete in den besetzten Gebieten der Ostukraine unter der Leitung vom Militär „Die Operation der Vereinten Kräfte“ (die OVK). Sie ersetzte „die Antiterroristische Operation“ (die ATO), die über 4 Jahre lang gedauert hatte. Die Ukraine unternimmt alle möglichen diplomatischen und politischen Anstrengungen, um die Russische Föderation sowohl für die Krim-Annexion und die tatsächliche Donbass-Besetzung als auch für die damit verbundenen Gewalttaten in vollem Umfang verantwortlich zu machen. Am 15. April 2014 hat die Werchowna Rada das Gesetz „Über die Gewährleistung der Rechte und Freiheiten von Bürgern sowie über das Rechtsregime in dem vorübergehend besetzten Gebiet der Ukraine“<sup>1</sup> verabschiedet, in dem die Autonome Republik Krim und die Hafenstadt Sewastopol ein infolge bewaffneter Aggression Russlands vorübergehend besetztes Territorium genannt wurde. In ihrem Beschluss vom 27. Januar 2015 hat die

Werchowna Rada die Russische Föderation offiziell als Aggressor-Staat anerkannt und die Weltgemeinschaft um dieselbe Anerkennung ersucht<sup>2</sup>. Im Beschluss vom 21. April 2015 hat das ukrainische Parlament die Russische Föderation für zahlreiche Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die in den Artikeln 7 und 8 des Römischen Statuts beschrieben worden, schuldig gemacht (Abs. 3 und 4)<sup>3</sup>. Das Gesetz vom 18. Januar 2018 „Über die Besonderheiten der Staatspolitik für die Gewährleistung der staatlichen Souveränität der Ukraine in den vorübergehend besetzten Gebieten von Donezk und Lugansk“<sup>4</sup> erkannte einzelne Territorien in

<sup>1</sup> Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України : Закон України від 15.04.2014 № 1207-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1207-18>.

<sup>2</sup> Про Звернення Верховної Ради України до Організації Об'єднаних Націй, Європейського Парламенту, Парламентської Асамблеї Ради Європи, Парламентської Асамблеї НАТО, Парламентської Асамблеї ОБСЄ, Парламентської Асамблеї ГУАМ, національних парламентів держав світу про визнання Російської Федерації державо-агресором : Постанова Верховної Ради України від 27.01.2015 № 129-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/129-19>.

<sup>3</sup> Про Заяву Верховної Ради України «Про відсіч збройній агресії Російської Федерації та подолання її наслідків» : Постанова Верховної Ради України від 21.04.2015 № 337-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/337-19>.

<sup>4</sup> Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях : Закон України від 18.01.2018 № 2268-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2268-19>.



der Ostukraine als vorübergehend besetzte Gebiete offiziell an, in deren Grenzen die Streitkräfte und die Besatzungsverwaltung der Russischen Föderation *allgemeine Kontrolle* ausüben (Art. 1). Dieses Gesetz betont auch die Verpflichtungen der Russischen Föderation und deren Verantwortlichkeit für die Einhaltung der Rechte von Zivilpersonen laut der Haager- und Genfer Konventionen (Artikel 7).

Wie aus den offiziellen Statistiken hervorgeht, reagieren die ukrainischen Strafverfolgungsbehörden im Allgemeinen nicht operativ genug, um die kriminellen Aktivitäten der bewaffneten Kämpfer in „Volksrepublik Donezk“ (VRD) und „Volksrepublik Lugansk“ (VRL) als Aggressions- und Kriegsverbrechen zu qualifizieren. Im Jahr 2014 wurden also nur zwei Verfahren eingeleitet. Später wuchs ihre Zahl erheblich (insgesamt im Laufe von Jahren 2014 – 2018 wurden 105 Fällen ermittelt), aber im Vergleich zu Terror- und Staatsverbrechen war es eher eine Ausnahme von einer allgemeinen Regel (insgesamt während dieser 5 Jahre wurden 2055 Staatsverbrechens-Fällen und 9612 Terrorismus-Fällen ermittelt). Dies veränderte sich auch nicht 2018, als die ATO durch die OVK ersetzt wurde und auf gesetzlicher Ebene die Unterordnung von VRD und VRL der Russischen Föderation durch das Konzept der „allgemeinen Kontrolle“ fixiert wurde. Der vom 26. November bis zum 26. Dezember 2018 verhängte Kriegszustand<sup>5</sup> hatte auch gar keine Auswirkungen auf die diese Strafverfolgungspraxis.

Einerseits fordert die Ukraine in der Person des Parlaments, des Staatsoberhaupts, der Regierung und der Diplomatie die internationale Gemeinschaft dazu auf, den Militärkonflikt im Osten der Ukraine als internationalen (zwischenstaatlichen) bewaffneten Konflikt zu qualifizieren. Andererseits besteht das Hauptanliegen der ukrainischen Rechtsschutzorgane in der Bekämpfung von illegalen Gruppierungen, bewaffneten Separatisten und Terroristen, was indirekt auf den innerstaatlichen Charakter des Konfliktes hinweist.

Mit anderen Worten, die gesetzgeberische Bewertung der ostukrainischen Ereignisse und die entsprechenden politischen und diplomatischen Erklärungen der Ukraine scheinen in der Praxis keine Umsetzung gefunden zu haben, und die Umbenennung der ATO in die OVK bedeutete am Ende nichts anderes als eine pure Umbenennung. Letzteres dissoniert insbesondere mit den völkerstrafrechtlichen Bestimmungen, nach denen geradeso ein Tatortstaat zur Strafverfolgung und Bestrafung von Völkerrechtsverbrechen verpflichtet ist<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Ukraine stimmt 30-tägigem Kriegsrecht zu. SPIEGEL. URL: <http://www.spiegel.de/politik/ausland/ukraine-parlament-stimmt-30-taegigem-kriegsrecht-zu-wegen-russland-konflikt-a-1240564.html>.

<sup>6</sup> Siehe: Werle Gerhard: Völkerstrafrecht, 2., neubearbeitete Auflage. Mohr Siebeck Tübingen 2007, S. 82, § 192.

## Gründe der Qualifizierungsprobleme

**Mangel an Erfahrung.** Es liegt auf der Hand, dass die Ukraine absolut nicht gefasst auf die russische Aggression war, deshalb konnten die zuständigen Rechtspflegeorgane das Geschehene zunächst nicht eindeutig qualifizieren. Eine plötzliche Aggression kam absolut unerwartet vor, nicht nur für ukrainische Politiker, sondern auch für ihre juristische Gemeinschaft, Öffentlichkeit und für alle Bürger. Deshalb wurde die zu lange Zögerlichkeit in den Handlungen von Strafverfolgungsbehörden durch das Ermittlungserfahrungsdefizit der Völkerrechtsverbrechen und eine unvollkommene Rechtsgrundlage verursacht.

Mangelnde Erfahrung, vor allem anfangs, in den Sicherheitsagenturen, Staatsanwaltschaften und der Polizei, ist in erster Linie darauf zurückzuführen, dass aggressive und militärische Handlungen gegen die Ukraine bis 2014 so unwahrscheinlich wie ein Angriff von Außerirdischen vorgekommen ist. Es gab keine Untersuchungstechniken oder-taktiken sowie Fertigkeiten einer Beweissammlung in Aggressions- und Kriegsverbrechen. Infolgedessen fehlte es an kompetenten Kadern. Internationale Unterstützung der Ukraine in diesem Bereich trug zum effektiven Interessenschutz der Ukraine vor internationalen Gerichten bei. Rechtliche Behandlung von Straftaten verschärft sich darüber hinaus durch seit 2014 und bis heute andauernde Reformierungsprozesse der Rechtsschutzorgane. Es werden neue Agenturen geschaffen, die Personalstruktur der bestehenden Organe wird teilweise erneuert, es werden Neuzertifizierung und Stellenstreichung der Staatsanwaltschaft- und Polizeipersonals durchgeführt, die Gerichte bleiben weitgehend unterbesetzt. All dies übt einen spürbar negativen Einfluss auf die rechtliche Situation im Lande aus.

**Unvollkommenheit der gültigen Gesetzgebung.** Außerdem ist der ukrainischen Gesetzgebung gewisse Unvollkommenheit nachzuweisen. Erstens hat die Ukraine, wie bereits erwähnt, das Römische Statut des IStGH noch nicht ratifiziert, das im Wesentlichen ein international anerkanntes Dokument ist, in dem sowohl das Aggressionsverbrechen, als auch die Liste der Kriegsverbrechen und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und ihrer Elemente aufgeführt sind. Zweitens werden Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit als solche im Strafgesetzbuch der Ukraine sehr dürftig beschrieben. Alle Kriegsverbrechen sind in einem kleinen Artikel des Strafgesetzbuches der Ukraine aufgelistet, der ganz allgemein formuliert ist. Auf diesen kann man sich grundsätzlich berufen, aber es braucht dazu sehr genaue und subtile Kenntnisse im Völkerrecht sowohl der Staatsanwälte als auch der Richter, die jedoch

fehlen<sup>7</sup>. Es geht um Artikel 438 StGB, in dem es um „Verstöße gegen die Kriegsgesetze und-gewohnheiten“ geht<sup>8</sup>. Dieser Artikel sieht die Verantwortung für grausames und unmenschliches Umgehen mit Kriegsgefangenen oder Zivilpersonen, Arbeitszwang von Zivilisten, Plünderung von nationalen Kostbarkeiten in besetzten Gebieten, Einsatz völkerrechtlich verbotener Mittel der Kriegsführung oder für andere schwere Verstöße gegen die Kriegsgesetze- und -gewohnheiten vor. Die Formulierungen „grausames Umgehen“ und „andere schwere Verstöße“ sind ziemlich abstrakt (insbesondere im Vergleich zu ihren Analoga im Römischen Statut), um sie in die Praxis umzusetzen zu dürfen, und sie bleiben für die Strafverfolgungsbehörden praktisch unsichtbar. Mittlerweile umfassen sie die im Osten der Ukraine begehenden Arten von Kriegsverbrechen. Es handelt sich um die schwerwiegendsten Verstöße gegen die Genfer Konvention von 1949, insbesondere um den Mord an Zivilpersonen, die unter dem Schutz des humanitären Völkerrechts stehen, um Folterungen, sexuellen Missbrauch, Geiselnahme, zwanghafte Deportationen, Ausweisungen, sowie um Angriffe gegen die Zivilbevölkerung und Zivilobjekte, Einsatz von Zivilisten als Schutzschilde u.a. Unter den Verbrechen gegen die Menschlichkeit nennt das geltende Strafgesetzbuch der Ukraine überhaupt nur eins – den Völkermord (Art. 442 StGB).

Auf diesen gesetzgeberischen Nachteil weist auch die internationale Gemeinschaft hin. Insbesondere forderte ein PACE-Beschluss die ukrainischen Behörden auf, das Strafgesetzbuch der Ukraine den Bestimmungen des humanitären Völkerrechts und des Völkerstrafrechts anzupassen und das Römische Statut so bald wie möglich zu ratifizieren, was wirksame Ermittlungen in konkreten Fällen von Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht während des Krieges in der Ukraine ermöglichen könnte (Abs. 11)<sup>9</sup>. Als Antwort darauf unterbreitete die ukrainische Regierung Ende 2018 dem ukrainischen Parlament einen Gesetzesentwurf, der vorsieht, alle Arten von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Strafgesetzbuch aufzulisten und diese Liste dem Römischen Statut und den besten ausländischen Mustergesetzen anzupassen<sup>10</sup>. Dem

ukrainischen Gesetzgeber wird vorgeschlagen, einen Weg zur Verbesserung des geltenden Strafgesetzbuches zu beschreiten, ohne ein separates Gesetz zu verabschieden, das in einigen Ländern erfolgreich angewandt wurde. Auf jeden Fall hätten solche Änderungen sowie juristische Untersuchungen und Personalum- und -weiterbildung in diesem Bereich noch viel früher stattgefunden.

Voraussichtlich wird die traditionelle Praxis bis zu einem gewissen Grad auch weiterhin aus Gewohnheit fortgesetzt. Die Ermittler und Richter abweichen von Regeln, die sich vor OVK etabliert haben, nicht. Sie sind gewohnt, die Taten von VRD- und VRL-Angehörigen als Separatismus oder Terrorismus zu qualifizieren, dagegen kommen ihnen die Artikel über Kriegs- und Aggressionsverbrechen ungewöhnlich vor.

**Schwierigkeiten bei Ermittlung.** Einer der Gründe ist auch die Kompliziertheit der Beweisaufnahme, insbesondere der Beweis der subjektiven Komponente der erwähnten Taten. Die wichtigste Vorbedingung der erfolgreichen Beweisaufnahme besteht in der Aufdeckung der nachweisbaren Beziehung zwischen den relevanten kriminellen Aktivitäten einer bestimmten Person und einem fremden Staat. Gleichzeitig reicht eine bloße Feststellung einer Unterstützung (der Beihilfe) nicht aus. Es ist notwendig, beziehungsweise Ausrichtung und Ziele des Staates sowie seine Informiertheit darüber, wofür diese Unterstützung verwendet wird, zu konstatieren. Da die Russische Föderation ihre Rolle als einem aktiven Akteur im bewaffneten Konflikt hartnäckig widerlegt und der Ukraine an einer Erfahrung in solchen Strafsachen mangelt, erschwert sich die Beweisaufnahme. Das verursachte die Ablehnung durch den IGH der von der Ukraine ersuchten einstweiligen Maßnahmen bei der Prüfung der Anwendbarkeit des Internationalen Übereinkommens zur Bekämpfung der finanziellen Unterstützung des Terrorismus zu den ukrainischen Ereignissen<sup>11</sup>.

**Die hybride Natur des Konfliktes.** Im inhaltlichen Kontext liegt der Hauptgrund für Diskrepanzen zwischen den abgegebenen Erklärungen und der realen Rechtspraxis im hybriden Charakter des bewaffneten Konfliktes und im Mangel an geeigneten rechtlichen Mitteln zur Identifikation und Qualifikation der Handlungen von konkreten Akteuren.

Seit Beginn des bewaffneten Konfliktes in der Ukraine explodierte die wissenschaftliche Gemeinschaft mit Erforschungen über die sogenannte hybride Kriegsführung und ihre Merkmale<sup>12</sup>. Es

<sup>7</sup> Siehe Interview mit dem Vizepräsidenten der ukrainischen Vereinigung für Völkerrecht Mykola Hnatovskij: «Україна через чинний Кримінальний кодекс не зможе працювати над відновленням миру, – Гнатівський». URL: <https://hromadske.radio/podcasts/kyiv-donbas/ukrayina-cherez-chynnyy-kryminalnyy-kodeks-ne-zmozhe-pracyuvaty-nad-vidnovlenniam-myru-gnatovskyy>.

<sup>8</sup> Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/2341-14>.

<sup>9</sup> Resolution 2198 (2018) of the Parliamentary Assembly, 23.01.2018: "Humanitarian consequences of the war in Ukraine". URL: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=24432&lang=en>.

<sup>10</sup> Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення гармонізації кримінального законодавства з положеннями міжнародного права. URL: [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=65266](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=65266).

<sup>11</sup> International Court of Justice: Order of 19 April 2017. Request for the indication of Provisional Measures, §§ 75–76. URL: <https://www.icj-cij.org/fles/case-related/166/166-20170419-ORD-01-00-EN.pdf>.

<sup>12</sup> Siehe zum Beispiel: Degg Anton, Schurian Michael (Hrsg.): Vernetzte Unsicherheit – Hybride Bedrohungen im 21. Jahrhundert: Schriftenreihe der Landesverteidigungsakademie. Wien. URL: [http://www.bundesheer.at/pdf\\_pool/publikationen/lvak\\_sr\\_15\\_2015\\_hybride\\_bedrohung\\_degg\\_schurian.pdf](http://www.bundesheer.at/pdf_pool/publikationen/lvak_sr_15_2015_hybride_bedrohung_degg_schurian.pdf); Galeotti Mark: Hybrid War or Gibridnaya Voyna?: Getting Russia's Non-Linear Military Challenge

ist nicht überraschend, weil die Krim-Annexion durch Russland in 2014 das Völkerrechtssystem herausgefordert hat und eine schwere Krise des modernen Weltsicherheitssystems aufgezeigt hat<sup>13</sup>. Daher steht das Thema des hybriden Krieges nicht nur auf der Agenda von wissenschaftlichen Konferenzen und nicht nur im Fokus verschiedener Forschungen, sondern auch auf der Tagesordnung der Sitzungen von vielen internationalen Organisationen. Es handelt sich insbesondere um NATO, EU und ER. Beispielsweise verabschiedete PACE im Jahr 2018 eine spezielle Resolution Nr. 2217<sup>14</sup>, die die hybride Kriegsführung thematisiert. Durch die Zusammenarbeit zwischen der EU und der NATO hat man in Finnland das Europäische Zentrum zur Bewältigung hybrider Bedrohungen (Hybrid CoE)<sup>15</sup> etabliert.

Die Resolution 2217 stellt ausdrücklich fest, dass vom hybriden Krieg eine neue Art Bedrohung ausgeht, die auf einer Kombination aus militärischen und nichtmilitärischen Mitteln wie Cyberangriffen, Massenkampagnen, einschließlich die Verbreitung von Fakenews, sowie Einflüsse auf Wahlprozesse durch soziale Medien, Verstöße gegen Kommunikationssysteme und anderen Aktionen beruht (§3). Für die Ukraine scheint die obige Definition diejenigen Ereignisse zu definieren, die über mehrere Jahre lang regulär tagtäglich vorkommen. Wie in der einschlägigen wissenschaftlichen Literatur zu Recht angemerkt wird, war die Kriegsführung in verschiedene Richtungen und Sphären für fast alle Zeitalter der Gesellschaftsentwicklung charakteristisch<sup>16</sup>. Das Hauptmerkmal des Hybridkrieges ist ja die „Rechtsasymmetrie“, da die Partei, die den Hybridkrieg führt, ihre Verantwortung für Hybridoperationen ablehnt und versucht, die rechtlichen Konsequenzen ihrer Handlungen zu vermeiden, infolgedessen

entstehen erhebliche Schwierigkeiten, die Schuldigen zur Verantwortung zu ziehen<sup>17</sup>.

Wie bereits erwähnt, stellte das ukrainische Parlament fest, dass Russland „allgemeine Kontrolle“ über Pseudo-Republiken ausübt. Im humanitären Völkerrecht wird das Konzept von „allgemeiner Kontrolle“ bezüglich derjenigen Konflikte verwendet, die sich zwar auf ein Staatsgebiet beschränken, in denen aber ein anderer Staat eine Anti-Regierungspartei unterstützt. Diesem Konzept gemäß sollte es genügen, einen Konflikt als einen internationalen (bilateralen bzw. zwischenstaatlichen) anzuerkennen, falls ein fremder Staat die militärisch organisierte Gruppe, die Völkerrechtsverbrechen begehen, insgesamt kontrolliert, d.h. insbesondere militärische Operationen koordiniert oder plant<sup>18</sup>. Im Falle eines klassischen internationalen Militärkonfliktes (offener Krieg zwischen zwei Staaten) hätte das gleich eine symmetrische Reaktion von Seiten der Ukraine hervorrufen müssen: Verhängung des Kriegsrechtes, Abbruch von diplomatischen Beziehungen mit dem Aggressor und reale Anwendung des Kriegsvölkerrechtes (des Genfer und Haager Rechts), Anerkennung von allen inhaftierten bewaffneten Kämpfern der VRL und VRD als Kriegsgefangenen usw.

Der Konflikt in der Ukraine passt jedoch nicht ins klassische Schema. Die Asymmetrie bezüglich der Krim-Ereignisse lag in der Maskierung der Krimannexion durch einen scheinbar freiwilligen Anschluss der Halbinsel an Russland auf der Grundlage des ausgesprochenen Bürgerwillens. Das Schlüsselargument der russischen Seite, das die Annexion angeblich rechtfertigt, ist das Selbstbestimmungsrecht des „Krimvolkes“<sup>19</sup>. Die Asymmetrie hinsichtlich des Donbass-Konfliktes ist darauf zurückzuführen, dass die Russische Föderation ihre leitende, finanzielle und militärische Unterstützung für die bewaffneten Gruppen abweist. Stattdessen wird der Konflikt im Osten als Bürgerkrieg zwischen regierungsnahen Streitkräften und pro-russischen Separatisten dargestellt. Deshalb reagiert das Rechtssystem der Ukraine auf bestimmte strafrechtliche Handlungen im Rahmen der nationalen Gesetzgebung und der Möglichkeit der Beweissammlung, die diese Reaktion sanktionieren. Im Umgang mit dem hybriden Krieg, in dem sich Elemente des zwischenstaatlichen Krieges, des Friedens und des Bürgerkrieges miteinander vermischen, wäre es sinnvoll auf eine hybride und zudem listige Gegenstrategie mithilfe der unkonventionellen Mittel zu setzen<sup>20</sup>. Eine Formel, die Dr. Ursula von der Leyen präsentiert hat, läuft auf folgendes hinaus: gegen unkonventionelle und vielfältige Mittel der

Right Prague. Prague : Mayak Intelligence 2016, 99 p.; Herpen Marcel H. van: Putin's Propaganda Machine: Soft Power and Russian Foreign Policy. Lanham : Rowman & Littlefield 2016. 319 p.; Friedman Ofer: Russian „Hybrid Warfare“ : Resurgence and Politicisation. New York : Oxford University Press 2018, 237 p.; Cusumano Eugenio, Corbe Marian (Eds.): A Civil-Military Response to Hybrid Threats [eBook]. Cham : Springer International Publishing, 2017, 320 p.; Götz Elias (Ed.): Russia, the West, and the Ukraine Crisis. Abingdon : Routledge 2018, 150 p.; Sari Aurel: Blurred Lines: Hybrid Threats and the Politics of International Law (Strategic Analysis January 2018). Hybrid CoE. URL: <https://www.hybridcoe.fi/wp-content/uploads/2018/01/Strategic-Analysis-2018-1-January-Sari.pdf>; Williams Winston S., Ford Christopher M. (Eds.): Complex Battlespaces: The Law of Armed Conflict and the Dynamics of Modern Warfare (The Lieber Studies Series). Oxford University Press, 552 p. usw.

<sup>13</sup> Merezhko Oleksandr: Crimea's Annexation by Russia – Contradictions of the New Russian Doctrine of International Law. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. 2015. № 75. S. 167.

<sup>14</sup> Resolution 2217 (2018) of the Parliamentary Assembly, 26.04.2018: „Legal challenges related to hybrid war“. URL: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=24762&lang>.

<sup>15</sup> NATO welcomes opening of European Centre for Countering Hybrid Threats. URL: [https://www.nato.int/cps/en/natohq/news\\_143143.htm](https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_143143.htm); European Centre of Excellence for Countering Hybrid Threats. URL: <https://www.hybridcoe.fi/>.

<sup>16</sup> Siehe: Murray Williamson, Mansoor Peter R. (Eds.): Hybrid Warfare: Fighting Complex Opponents from the Ancient World to the Present Cambridge. New York : Cambridge University Press 2012. 321 p.

<sup>17</sup> Resolution 2217 (2018) of the Parliamentary Assembly [Fn. 14], §§5–6.

<sup>18</sup> JStGH, Urt. v. 15. Juli 1999 (Tadić, AC), para 131, 137, zitiert nach: Werle, Völkerstrafrecht [Fn. 6], S. 404, §§964–965.

<sup>19</sup> Merezhko, Crimea's Annexation by Russia... [Fn. 13], S. 183.

<sup>20</sup> Sieh: Wassermann Felix. Chimäre statt Chamäleon: Probleme der begrifflichen Zähmung des hybriden Krieges, in: Sicherheit und Frieden (Security and Peace) 2/2016, S. 104–108, hier S. 108.



hybriden Kriegsführung ist es notwendig, unkonventionell und vielfältig zu kämpfen<sup>21</sup>.

Separatistische, hochverräterische und terroristische Aktivitäten können relativ problemlos bewiesen werden, wobei die absolute Mehrheit von strafbaren Handlungen, die als Aggressions- und Kriegsverbrechen oder allgemein im Zusammenhang mit der Einhaltung von Kriegsregeln untersucht werden können, weisen äußerst schwierig Mitbeteiligung eines fremden Staates nach. Die absolute Überlegenheit der antistaatlichen und terroristischen Verbrechen ist im Allgemeinen eine Folge einer erzwungenen Strategie. Andernfalls könnten tausende Beschussfälle, Explosionen und andere Attacken unbestraft bleiben, umso mehr als Russland seine deutliche (oder sogar entscheidende) Rolle im Konflikt leugnet. Das erschwert wesentlich die Beweisbarkeit der allgemeinen Kontrolle des russischen Staates über einzelne Subjekte, da die Beweisführung Dutzende Jahre dauern oder gar ergebnislos enden könnte.

Es ist offensichtlich, dass internationale Gerichtsverfahren für die Ukraine von entscheidender Bedeutung sind, da die Entscheidungen der nationalen Gerichte keinen geopolitischen Einfluss ausüben können. Die öffentlich-rechtliche Bewertung der aktuellen Ereignisse in der Ostukraine als eines internationalen Konfliktes durch internationale Rechtsprechungsorgane kann jedoch eine Schlüsselrolle spielen: einerseits, aggressive Aktivitäten der Russische Föderation hemmen und zur Verlängerung der gegen Russland verhängten Sanktionen beitragen, andererseits internationale Solidarität mit der Ukraine verstärken. Äußerst wichtig wäre dann mindestens die Konstatierung der tätigen Mithilfe der Russische Föderation bei der Eskalation des Konfliktes, und nach dem günstigeren Szenario – die Konstatierung der führenden Rolle Russlands bei der Unterstützung der bewaffneten Separatisten und der gesamten Kontrolle ihrer Aktivitäten. Allerdings auch ohne dies wäre es ebenso wichtig, die Führungsclique der Pseudo-Republiken für Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit zur Verantwortung zu ziehen oder ihre Aktivitäten als Terrorismus anzuerkennen. Dies würde dann die Rechtspersönlichkeit dieser Republiken völlig in Frage stellen, da es unkorrekt ist, die ukrainische Regierung an den Verhandlungstisch mit Kriegsverbrechern oder Terroristen zu zwingen, um über die Bedingungen ihrer Integration in das politische und Rechtssystem der Ukraine zu verhandeln. Letzteres wird insbesondere von Russland als einzig mögliches Szenario zur Konfliktlösung aktiv vorangetrieben<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Manuskript der Rede der Bundesministerin der Verteidigung, Dr. Ursula von der Leyen, anlässlich der 51. Münchner Sicherheitskonferenz, München, 6. Februar 2015, S. 6. URL: [https://www.security-finder.ch/fileadmin/dateien/pdf/studien-berichte/Redemanuskript\\_BMin\\_von\\_der\\_Leyen\\_MSC\\_2015.pdf](https://www.security-finder.ch/fileadmin/dateien/pdf/studien-berichte/Redemanuskript_BMin_von_der_Leyen_MSC_2015.pdf).

<sup>22</sup> Лавров ратує за «прямий діалог» щодо врегулювання ситуації на Донбасі. *ЕСПЕКО.ТВ*. URL: [https://espreso.tv/news/2015/01/21/lavrov\\_ratuye\\_za\\_quotpryamyj\\_dialohquot\\_schodo\\_vrehulyuvannya\\_sytuaciyi\\_na\\_donbasi](https://espreso.tv/news/2015/01/21/lavrov_ratuye_za_quotpryamyj_dialohquot_schodo_vrehulyuvannya_sytuaciyi_na_donbasi);

Gleichzeitig erweisen sich Maßnahmen zur Änderung des gültigen Strafgesetzbuches und Ausdehnung der Möglichkeiten von ukrainischen Strafverfolgungsorganen zur Identifikation und Untersuchung der Aggressions- und Kriegsverbrechen als dringend notwendig. Doch sollten nicht nur politische Erklärungen, sondern auch das Rechtssystem des Staates durch konkrete Urteile demonstrieren, dass in der Ukraine kein innerstaatlicher Konflikt zwischen der Regierung und Separatisten oder keine langjährige Antiterror-Operation stattfinden, sondern eine echte und wohl überlegte, aber verschleierte Invasion eines ausländischen Staates, der grob gegen die Grundprinzipien des Völkerrechts verstößt, oder es findet zumindest eine Kombination von beiden Optionen statt. Die Strafpflicht, die Völkerrechtsverbrechen zu verfolgen, wird geradeso auf den Tatortstaat aufgelegt. Die Ukraine hat sich selbst als Teilnehmerstatt an den Genfer Konventionen dazu verpflichtet. Wie bekannt, basiert die Zuständigkeit von IStGH auf dem Komplementaritätsprinzip, laut dessen „die internationale Strafgerichtsbarkeit die nationalstaatliche Strafgerichtsbarkeit auch bei den völkerrechtlichen Kernverbrechen nicht ersetzen, sondern nur ergänzen soll. Grundsätzlich hat die staatliche Strafverfolgung den Vorrang, es sei denn, der Staat ist nicht willens oder nicht in der Lage, die Ermittlungen oder die Strafverfolgung ernsthaft durchzuführen“<sup>23</sup>.

Die Anerkennung der Gerichtsbarkeit des IStGH durch die Ukraine darf nicht als ihr Unwillen interpretiert werden, die Verbrechen zu verfolgen, da die Regierung auf dem Gegenteil besteht<sup>24</sup>. Die hauptsächliche Ursache des Appellierens der Ukraine an internationale Gerichte liegt im Unvermögen der ukrainischen Rechtspflegeorgane, die Schuldigen ordnungsgemäß zu verfolgen und zu bestrafen. Vermutlich ist dies auf die bereits erwähnten Schwierigkeiten der Beweisführung und das Erfahrungsdefizit zurückzuführen. Im Falle eines äußerst optimistischen Szenarios kann der IStGH jedoch nur über die schwerwiegendsten Fälle verhandeln, die im Römischen Statut aufgelistet sind. Bestenfalls wird vom IStGH nur ein kleiner Teil von Völkerrechtsverbrechen behandelt werden. Es ist auch zu berücksichtigen, dass die Position des IStGH in letzter Zeit aufgrund des Austritts der Russischen Föderation und der scharfen Aussagen von den Vereinigten Staaten zur Nichtanerkennung

sytuaciyi\_na\_donbasi; Путін пояснив довгі переговори в Мінську небажанням Києва контактувати з «ДНР» і «ЛНР». *УНІАН*. URL: <https://www.unian.ua/politics/1043287-putin-poyasniv-dovgi-peregovori-v-minsku-nebajannyam-kieva-kontakuvati-z-dnr-i-lnr.html>.

<sup>23</sup> Werle, *Völkerstrafrecht* [Fn. 6], S. 96–97, §227.

<sup>24</sup> Розслідування воєнних злочинів: яка реальність України? *УГСПЛ*. URL: <https://helsinki.org.ua/blogs/rozsliduvannya-vojenyih-zlochyniv-yaka-realnist-ukrajiny>; Прокурор Криму назвав приголовливу кількість колишніх правоохоронців і службовців, підозрюваних у держзраді. *ТСН*. URL: <https://tsn.ua/ukrayina/prokuror-krimu-nazvav-prigolomshivu-kilkist-kolishnih-pravoohoronciv-i-sluzhbovciv-pidozryvanih-u-derzhzradi-1301352.html>.



seiner Gerichtsbarkeit ziemlich stark erschüttert wurden<sup>25</sup>.

Im Laufe von den letzten 5 Jahren (von 2014 bis 2018), wie aus den Daten des Einheitlichen Staatsregister für gerichtliche Entscheidungen der Ukraine hervorgeht, wurde **keine** einzige Person wegen Kriegsverbrechen (Art. 438 StGB – „Verstöße gegen die Kriegsgesetzen- und Gewohnheiten“<sup>26</sup>) und 18 Personen wegen aggressiver Kriegsführung (Teil 2 von Art. 437 StGB) verurteilt<sup>27</sup>. Dabei wurden im letzten Fall meistens die Vollzieher – gewöhnliche Söldner, Militärs, einschließlich einiger russischer Bürger, die für die VRD und VRL kämpften, verurteilt<sup>27</sup>. Es ist erwähnenswert, dass laut den gültigen Änderungen am Römischen Statut (Artikel 8-bis) als Subjekt des Aggressionsverbrechen eine Person in Frage kommt, die tatsächlich in der Lage ist, das politische oder militärische Handeln eines Staates zu kontrollieren oder zu lenken<sup>28</sup>. Die ukrainischen Strafverfolgungsbehörden wurden jedoch gezwungen, den Weg einer breiteren Auslegung der Täterschaft von Aggressionsverbrechen einzuschlagen, da Personen aus den höheren und mittleren Ebenen für ukrainische Rechtspflegeorgane unzugänglich bleiben.

Der „Nullindikator“ von Kriegsverbrechen verursacht gleichzeitig Verwirrung und Enttäuschung. Verwirrung – weil eine große Anzahl von schwersten Verstößen gegen das humanitäre Völkerrecht (vor allem Tötungen, Folterungen oder unmenschliche Behandlung, Angriffe auf die Zivilbevölkerung und -objekte) nicht strafrechtlich verfolgt wurden oder in eine ganz andere kriminelle Tat umqualifiziert wurden. Das Überraschende ist, dass die Ukraine entsprechend dem oben genannten Gesetz Nr. 2268-VIII die VRD und VRL als offiziell bewaffnete Formationen wahrnimmt, die unter der allgemeinen Kontrolle der Russischen Föderation stehen, und die Last der Verfolgung gegen Völkerrechtsverbrechen für sich erkennt.

In dieser Hinsicht wäre es kaum sinnvoll, einen solchen Zustand der Strafjustiz nur zu rechtfertigen. Die Verzögerungen bei der Untersuchung von Völkerrechtsverbrechen liegen wahrscheinlich nicht nur an der Komplexität dieses Prozesses und am Erfahrungsdefizit. Da die Russische Föderation ihre wirksame Teilnahme an dem Konflikt völlig

verleugnet, kann eine vollständige, aber dabei einseitige Anerkennung des zwischenstaatlichen Konfliktes möglicherweise für die Ukraine selbst nachteilig sein. Erstens führt die Qualifizierung von Handlungen nicht als terroristische oder separatistische Verbrechen, sondern als Völkerrechtsverbrechen, zur Aktivierung von ernsthaften Verpflichtungen der Ukraine, die sich aus dem humanitären Völkerrechts ergeben. Insbesondere kann es in einigen Fällen darum gehen, festgenommene Angehörige der VRD- und VRL-Streitkräfte nicht als Terroristen oder Separatisten, sondern als Kombattanten und Kriegsgefangene anzuerkennen, was ihre besondere Behandlung mit sich zieht. Zweitens werden im Verlaufe des Krieges bestimmte grundlegende Verbote, insbesondere das Mordverbot, ausgesetzt, weil die Personen, die an Kampfhandlungen teilnehmen, in der Regel keine Verantwortung sowohl nach internationalem als auch nationalem Recht tragen, wenn sie sich an die Gesetze und Gebräuche des Krieges halten<sup>29</sup>. „Verhalten sie sich gemäß den Regeln des humanitären Völkerrechts, dürfen sie für die Beteiligung an einem bewaffneten Konflikt von den Parteien nicht zur Verantwortung gezogen werden“<sup>30</sup>. In Bezug auf Terroristen oder Separatisten sind solche Privilegien im Völkerrecht nicht vorgesehen.

### Fazit

Sowohl ein hybrider Krieg (oder ein gemischter Konflikt) lässt sich nicht unilateral oder nur nach einem von vielen Merkmalen identifiziert werden, als auch das Umherirren von ukrainischen Ermittlern und Richtern auf der Suche nach einer angemessenen Bewertung der Straftaten, die mit einem hybriden Konflikt zu tun haben, lässt sie nicht eindeutig und ohne Schwierigkeiten qualifizieren. Als Reaktion auf einen Hybridangriff könnte nur die Wahl einer meist angemessenen Strategie sein – eine Hybridverteidigung. Wenn eine Asymmetrie vorliegt, dann ist es falsch und unwirksam, symmetrisch zu agieren.

Das Umherirren des nationalen Rechtssystems auf der Suche nach einer Bewertung der Ereignisse und ihrer Akteure war durchaus nachvollziehbar. Die Verwicklung verschiedener Akteure in den gegebenen Konflikt, die ihre wahren Gesichter verstecken, ihre Ziele und Absichten verzerren, sowie kombinierte Kampfmethoden- und Formen verwenden, erschweren eine eindeutige Bewertung oder Beurteilung des Konfliktes und der sich daraus ergebenden Straftaten. Der Konflikt verwandelt sich in eine Kombination von Terrorismus, Separatismus, Hochverrat, Aggression und Kriegsverbrechen.

Die auf nationaler Ebene vorherrschende Beurteilung von Straftaten nur als Separatismus oder Terrorismus

<sup>25</sup> Siehe: Russland verlässt Internationalen Strafgerichtshof. URL: <https://www.zeit.de/politik/ausland/2016-11/russland-wendet-sich-vom-internationalen-straferichtshof-ab>; US-Regierung droht Den Haager Richtern und Anklägern mit Einreisesperre. URL: <http://www.spiegel.de/politik/ausland/john-bolton-usa-drohen-richtern-aus-den-haag-mit-einreisesperre-a-1227459.html>.

<sup>26</sup> Diese Zahlen basiert auf der offiziellen staatlichen Statistik, die unter dem Link veröffentlicht werden: [https://court.gov.ua/inshe/sudova\\_statystyka/](https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/) (in Ukrainisch).

<sup>27</sup> Siehe zum Beispiel zwei Urteilen, die offiziell veröffentlicht wurden: im Fall 328/67/16-к unter dem Link. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56115812>; und im Fall 225/6623/15-к unter dem Link. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/58821642> (in Ukrainisch).

<sup>28</sup> Resolution RC/Res.6 of the Review Conference of the Rome Statute: “The crime of aggression”. URL: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XVIII-10-b&chapter=18&lang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-b&chapter=18&lang=_en).

<sup>29</sup> Ipsen Knut in Dieter Fleck (Ed.): The Handbook of International Humanitarian Law, 2nd edn., New York: Oxford University Press, 2008; §302.; Werle, Völkerstrafrecht [Fn. 6], S. 378, §902.

<sup>30</sup> Werle, Völkerstrafrecht [Fn. 6], S. 384–385, §919.

erweckt gleichzeitig den Eindruck, als ob nur ein Bürgerkrieg (ein innerstaatlichen Konflikt) vor sich ginge. Es spielt dem Aggressor in die Hand, der diese Situation als Beweis seiner Nichtbeteiligung verwendet. Deshalb ist eine stabile und klare juristische Position der Ukraine entscheidend für internationale Qualifizierung des Konflikts. Dazu besteht keine Notwendigkeit, auf Entscheidungen von internationalen Gerichten oder anderen Institutionen zu warten, obwohl sie wichtig

sind. Die Position der Ukraine als des Landes, auf dessen Territorium Aggression und Kriegsverbrechen begangen werden, muss auf nationaler Ebene durch den gesamten Mechanismus des nationalen Rechtssystems, durch alle seine Ressourcen und insbesondere das Strafrecht wiedergespiegelt werden. Die Rechtsnormen für Kriegs- und Aggressionsverbrechen können und müssen vor allem auf nationaler Ebene in vollem Umfang angewandt werden.

### The heritage as a special object of civil rights

**Skrypnyk Volodymyr**

*Candidate of Juridical Sciences (Ph.D), Associate Professor,  
Head of the Department of Law Sciences  
of the Kremenchuk Mykhailo Ostrohradskyyi National University, Ukraine*

The article studied the legal nature and constitutional features of heritage as an object of civil rights, and identifies issues regarding hereditary succession.

It is established that the assignee acquires inheritance on the basis of numbers legal facts with which the legislator associates the inheritance opening, the fact of inheritance accepting, the testator's property ownership, the property compositing, compliance with the composition of the inheritance with the current legislation.

It is established that the peculiarity of the heritage as an object of civil rights is that it includes things both in circulation and limited in circulation, as well as things are independent objects of civil rights: lands, vehicles, securities, etc.

It is proved that, unlike traditional legislative and doctrinal understanding of the concept of a civil rights object containing positive content (property, property rights, work results, benefits), the heritage as an object in certain circumstances may have a negative meaning. In cases where the inheritance consists only of duties (to pay the debt, to compensate for the non-pecuniary damage, to pay the penalty, etc.), which were awarded by the court to the creditor, and the civil law establishes the principle of full compensation of losses, then the hereditary succession object as an object of civil rights will have a negative meaning.

It is established that the heritage as a special object of civil rights is characterized by time limits of existence. This object as a legal category begins to exist from the testator's day of death (before it belonged to the deceased) until the heirs inheritance accepting and the registration of corresponding documents, which are evidence that the object belongs to the new owner or right holder. Inheritance as a special object of civil rights, characterizes the special order of acquisition – due to inheritance.

It is justified that a heritage's feature consists of separate objects that are characterized by a separate legal regime – enterprise, land plots, securities, intellectual property rights, etc.

### Спадщина як особливий об'єкт цивільних прав

**Скрипник Володимир Леонідович**

*кандидат юридичних наук, доцент,  
завідувач кафедри галузевих юридичних наук  
Кременчуцького національного університету імені Михайла Остроградського, Україна*

#### Вступ

Серед об'єктів цивільних прав особливе місце посідає спадщина. Вітчизняний законодавець не надає легального визначення поняття спадщини, проте визначає її склад – «усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті (ст. 1218 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України).

У доктрині цивільного права висловлювалася думка, що спадщина є певною єдністю, у складі якої належні громадянину права (активи) і його борги (пасиви).<sup>1</sup> У сучасній юридичній літературі науковці, аналізуючи поняття саме спадщини, а не її склад, під спадщиною розуміють особливий об'єкт цивільного права, що складається з майнових прав і майнових обов'язків.<sup>2</sup>

Окремі аспекти спадщини як конгломерату прав та обов'язків померлого були предметом дослідження таких вітчизняних учених, як М.К. Галянтч, О.В. Дзера, О.Ю. Заїка, Л.В. Козловська, Р.А. Майданик, Є.О. Мічурін, З.В. Ромовська, С.Я. Фурса, І.В. Спасибо-Фатєєва, Є.О. Харитонов, О.Є. Кухарєв, О.П. Печений, Є.О. Рябоконт, Н.Б. Солтис та ін. Спадщині як особливому об'єкту цивільного права присвячена низка спеціальних досліджень, у тому числі й щодо особливостей спадкування окремих об'єктів<sup>3</sup>.

Проте дослідження спадщини саме як об'єкта цивільних прав не набуло належного висвітлення в юридичній літературі. Поза належною увагою фахівців залишаються питання, пов'язані із з'ясуванням особливого правового режиму спадщини, особливостей складу цього об'єкта, умов і проце-

<sup>1</sup> Серебровський В. И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. Москва : Статут, 1997. 567 с. С. 54.

<sup>2</sup> Спасибо-Фатєєва І.В. Поняття спадщини та проблеми визначення її складу. Цивілістика: на шляху формування доктрин : вибрані наукові праці. Харків : Золоті сторінки, 2012. С. 557.

<sup>3</sup> Заїка Ю.О. Спадкове право і цивілістична доктрина. Правова доктрина України : у 5 т. Харків : Право, 2013. Т. 3 : Доктрина приватного права України / Н.С. Кузнецова, Є.О. Харитонов, Р.А. Майданик та ін. ; за заг. ред. Н.С. Кузнецової. С. 421–422.

дури залучення складових елементів спадщини до цивільного обороту.

**Метою статті** є з'ясування правової природи та конститутивних ознак спадщини як об'єкта цивільних прав і визначення питань, які виникають щодо спадкового правонаступництва.

### Виклад основного матеріалу

Законодавець визначає поняття «спадкова маса» чи «спадщина» незалежно від кількості об'єктів, які фактично входять до складу спадщини. Спадщина за своїм складом різноманітна. Спадщина – це належне спадкодавцю на день відкриття спадщини майно, у тому числі всі права й обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини та не припинилися внаслідок його смерті (ст. 1218 ЦК України). Майно може становити виключно пасиви спадщини – борги та майнові зобов'язання померлого, проте це не впливає на строки і порядок її прийняття чи відмови від неї.

Р.А. Майданик справедливо зазначає, що феномен спадкування полягає в його подвійності. Спадкування є самостійним майновим правом, яке посідає місце поряд із речовими, зобов'язальними та іншими майновими правами.<sup>4</sup> Саме ця подвійність і зумовлює особливе правове становище спадщини та її місце в системі об'єктів цивільних прав.

Правонаступник набуває спадщину на підставі низки юридичних фактів, з якими законодавець пов'язує відкриття спадщини, факт прийняття спадщини, належність майна спадкодавцю, склад такого майна, відповідність складу спадщини чинному законодавству.

Майно спадкодавця на день відкриття спадщини може належати йому на підставі *речового права* (передусім на праві власності, на праві володільця сервітуту); *зобов'язального права* (право вимоги, яке ґрунтується на укладеному договорі чи на зобов'язанні, яке виникло в боржника й поза договором); *виключного права* (право інтелектуальної власності); *інших прав* (трудового, права соціального забезпечення тощо).

Спадщина є особливим об'єктом цивільних прав завдяки універсальності правонаступництва, тобто правонаступник зобов'язаний прийняти всю спадщину, з чого б вона не складалася й де б не знаходилася; прийняття спадщини має бути безумовним; згода прийняти спадщину поширюється на всі об'єкти спадщини одночасно, у тому числі й на ті, про існування яких спадкоємцю було невідомо на момент відкриття спадщини.

До складу спадщини може входити майно, яке належало на праві власності померлому, але знаходиться на законних чи незаконних під-

ставах у володінні іншої особи. Відповідно до ч. 2 ст. 376 ЦК України, особа, яка здійснила або здійснює самочинне будівництво нерухомого майна, не набуває права власності на нього<sup>5</sup>. Право власності на самочинно збудовані житлові будинки, будівлі, споруди, інше нерухоме майно не набувають як особи, які здійснили це будівництво, так і їхні спадкоємці. Права спадкоємців щодо самочинно збудованого майна визначаються судом відповідно до положень ст. 1218 ЦК та з урахуванням роз'яснень, наданих у п. 7 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30 травня 2008 року № 7<sup>6</sup>, тобто, якщо спадкодавцем було здійснене самочинне будівництво, до спадкоємців переходить право власності на будівельні матеріали, обладнання тощо, які використані під час цього будівництва.

Якщо право власності на самочинно зведену будівлю визнане судом за власником (користувачем) земельної ділянки, на якій вона розміщена, то до складу спадщини входить право на відшкодування витрат на будівництво. До спадкоємців, які прийняли спадщину, у разі знесення самочинного будівництва переходить обов'язок відшкодувати вартість витрат на його знесення й надати земельній ділянці попередній стан.

Померла особа могла володіти майном, яке знаходилося в процесі приватизації (жиле приміщення, земельна ділянка) і на яке право власності в неї ще не з'явилося, що ускладнює з'ясування остаточного складу спадщини.

Відповідно до ст. 23 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», у разі смерті учасника товариства його частка переходить до його спадкоємця без згоди учасників товариства. Тобто спадкоємець матиме такі самі права на володіння, користування та розпорядження часткою, а також на участь у діяльності товариства, як і його спадкодавець. У разі смерті або оголошення судом померлим учасника – фізичної чи юридичної особи, частка якого в статутному капіталі товариства становить менше ніж 50 відсотків, і якщо протягом року від дня закінчення строку для прийняття спадщини спадкоємці такого учасника не подали заяву про вступ до товариства, товариство може виключити учасника з товариства<sup>7</sup>. Ця норма усунула розбіжності в судовій практиці стосовно того, що успадковують правонаступники померлого члена товариства з обмеженою відповідальністю (право на частку чи переважне право

<sup>5</sup> Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. 6-ге вид., доп. і перероб. Київ : Юрінком Інтер, 2019. Т. 1. 1048 с.

<sup>6</sup> Про практику застосування судами статті 376 Цивільного кодексу України (про правовий режим самочинного будівництва) : Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30 березня 2012 р. № 6. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0006740-12>.

<sup>7</sup> Заїка Ю.О. Спадкове право в Україні: становлення і розвиток : монографія. 2-ге вид. Київ : КНТ, 2007. 288 с.

<sup>4</sup> Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) = Code civil des Français (Code Napoléon) / пер. с фр. В.Н. Захватаева. Москва : Инфотропик Медиа, 2012. С. 220.



вступу), оскільки, відповідно до ст. 55 Закону України «Про господарські товариства» (утратила чинність у зв'язку з прийняттям наведеного вище Закону), спадкоємцям померлого учасника товариства з обмеженою відповідальністю надається *переважне право вступу* до цього товариства.

Майнові права й обов'язки, які нерозривно пов'язані з особою спадкодавця, зокрема право на аліменти, пенсію, допомогу або інші виплати, установлені законом, право на відшкодування шкоди, завданої каліцтвом чи ушкодженням здоров'я, та інші не належать до складу спадщини, про що безпосередньо зазначено в ст. 1219 ЦК України. Проте якщо йдеться не про суб'єктивне право громадянина на аліменти, а про конкретну суму аліментів, тобто про суб'єктивне право померлого, яке ним не реалізовано за життя (нарахований і не виплачений заробіток), то за умови відсутності вимог членів сім'ї чи непрацездатних утриманців ці грошові суми додаються до складу спадщини.

Вклад до фінансової установи може бути в складі спадщини за умови, що вкладник в ощадній книжці зробив відповідне розпорядження в картці особового рахунку або вчинив такий запис безпосередньо в ощадній книжці. Аналогічно до складу спадщини потрапляє й депозитний сертифікат, якщо зроблено розпорядження вкладника на випадок смерті. Заробітна плата (у тому числі різні надбавки, доплати, компенсації за невикористану відпустку, неотримання спецодежду, за користування забрудненими харчами, різноманітні разові виплати), пенсія, стипендія, аліменти, допомоги у зв'язку з тимчасовою непрацездатністю, відшкодування внаслідок каліцтва або інших ушкоджень здоров'я, інші соціальні виплати, які належали спадкодавцеві, але не одержані ним за життя, входять до складу спадщини та є об'єктом спадкування лише за умови відсутності членів сім'ї померлого. У юридичній літературі пропонується поширити такий правовий режим і на деякі види поштових відправлень, що надходять від благодійних та інших організацій: грошові перекази, бандеролі, посилки<sup>8</sup>.

Верховний Суд України, розглядаючи окремі справи, дійшов висновку про допустимість правонаступництва в розгляді вимог про переведення прав та обов'язків покупця в праві загальної дольової власності, про відшкодування матеріальної та моральної шкоди, заподіяної незаконними діями органів попереднього слідства і прокуратури, про захист спадкових прав, вимог, які впливають з відносин спільної часткової власності, договору управління майном, договору застави, визнання права власності на майно тощо<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Цивільний кодекс України. Постатейний коментар : у 2 ч. Київ : Юстиніна, 2006. Частина 2 / кер. авт. кол. і відп. ред. А.С. Довгерт, Н.С. Кузнецова. 1008 с.

<sup>9</sup> Печений О.П. Спадкове право. Харків: Фактор, 2012. 368 с. С. 21–22.

Державні нагороди, як це безпосередньо впливає зі ст. 18 Закону України «Про державні нагороди України», не успадковуються, проте після смерті нагородженого за наявності спадкоємців нагорода залишається в сім'ї померлого<sup>10</sup>. Інші нагороди, почесні відзнаки, які не охоплені поняттям «державна нагорода», є об'єктом спадкування.

На нашу думку, досить неоднозначною є висловлена у вітчизняній літературі думка щодо спадщини як об'єкта, обмеженого в цивільному обороті, оскільки перелік юридично значущих дій, зокрема правочинів щодо спадщини, досить невеликий і зумовлений природою спадщини, відповідно, спадщина може бути об'єктом виключно спадкових, а не речових, зобов'язальних чи корпоративних цивільно-правових відносин<sup>11</sup>. Особливістю спадщини як об'єкта цивільних прав є те, що до її складу належать речі як в обороті, так й обмежені в обороті, а також речі, які є самостійними об'єктами цивільних прав: земельні ділянки, транспортні засоби, цінні папери тощо. Ця обставина й викликає сумнів щодо категоричності висновку про обмеженість спадщини як об'єкта.

До складу спадщини можуть належати права й обов'язки не лише майнового, а й немайнового змісту. Так, якщо в акціонерному товаристві до спадкоємця перейшли акції з правом голосу, то до спадкоємця переходить не лише майнове право на отримання дивідендів, а й таке немайнове право, як участь в управлінні справами акціонерного товариства.

До складу спадщини належать і деякі процесуальні права. За статтею 55 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України), у разі смерті фізичної особи суд залучає до участі у справі правонаступника відповідної сторони на будь-якій стадії судового процесу. Усі дії, вчинені в цивільному процесі до вступу правонаступника, обов'язкові для нього так само, як вони були обов'язкові для особи, яку він замінив. Якщо спірні відносини не допускають правонаступництва (скажімо, спір виник щодо окремих особистих прав та обов'язків), провадження по справі закривається (ч. 7 ст. 255 ЦПК України). На думку французьких юристів, право спадкоємця на позов належить до так званих змішаних прав (окрім майнових і немайнових прав), яке також належить до складу спадщини<sup>12</sup>.

Окремі права й обов'язки померлого, маючи особливу правову природу, до складу спадщини не

<sup>10</sup> Про державні нагороди України : Закон України від 16 березня 2000 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1549-14>.

<sup>11</sup> Харьковская цивилистическая школа: объекты гражданских прав : монография / И.В. Спасибо-Фатеева, В.И. Крат, О.П. Печень и др. ; под. общ. ред. И.В. Спасибо-Фатеевой. Харьков : Право, 2015. 720 с. С. 487.

<sup>12</sup> Guevel Didier. Successions. Liberalites. 2-ed. Paris : Armand Colin, 2004. 288 p.

Zanuck M. New Rules on Liability for Inheritance Debts in Poland: Road to a Single European Law? *European Review of Private Law*. 2016. Vol. 24. Issue 2. P. 189–202.

належать, оскільки вони нерозривно пов'язані з особистістю померлого (права й обов'язки довірителя та повіреного за довіреністю тощо). Не є об'єктом спадкового правонаступництва права й обов'язки, які виникають саме внаслідок смерті особи (право на отримання страхової суми за договором особистого страхування тощо).

Нам видається дещо категоричним твердження: «Немає особи – немає і її особистих немайнових прав»<sup>13</sup>. Звісно, такий висновок загалом відповідає змісту ст. 1219 ЦК України «Права та обов'язки особи, які не входять до складу спадщини». Проте диспозиція цієї статті не зовсім погоджується зі змістом інших статей ЦК України й окремих статей Закону України «Про авторське право та суміжні права». Ступінь пов'язаності особистих немайнових прав з особою померлого різна. Існування одних немайнових прав після смерті особи є неприродним, оскільки неможливо уявити їх за відсутності носія таких прав; щодо інших, то їх сутність дозволяє певне правонаступництво. Тому заслуговує на увагу й позиція Ю.О. Заїки, який не виключає, що до складу спадщини можуть входити й окремі особисті немайнові права померлого у сфері авторського права<sup>14</sup>.

Особливість спадщини як об'єкта цивільних прав створює підстави для висновку, що, на відміну від традиційного законодавчого та доктринального розуміння поняття об'єкта цивільних прав як поняття, що містить позитивний зміст (майно, майнові права, результат роботи, блага), за певних умов спадщина як об'єкт може мати негативний зміст. Коли спадщина складається лише з обов'язків (сплатити борг, відшкодувати моральну шкоду, сплатити неустойку тощо), які присуджені судом кредитором спадкодавця за його за життя, а цивільне законодавство встановлює принцип повного відшкодування збитків, то об'єкт спадкового правонаступництва як об'єкт цивільних прав набуватиме негативного змісту.

Характерною особливістю спадщини є й те, що сам процес правонаступництва відбувається протягом визначеного законом проміжку часу, проте за цей проміжок часу цей об'єкт не має власника. Належність спадщини від дня смерті власника до моменту прийняття спадщини правонаступником не визначена. Власник утратив правоздатність і дієздатність, тому майно йому не може належати з природних причин, а правонаступник ще не реалізував свої права й не легалізував належність йому тих чи інших об'єктів.

У римському праві в період між відкриттям спадщини та її отриманням спадщина називалася «лежа-

чою» (*hereditasiacet*), а речі, які входили до її складу, уважалися нічійми й у період республіки могли бути захоплені будь-ким<sup>15</sup>.

Ця правова категорія відображена у праві окремих країн континентальної Європи. Так, у Франції спадкоємець, по суті, сам може визначати обсяг спадщини, яку успадкує. Він може, відповідно до ст. 768 ФЦК, прийняти спадщину разом з усіма активами й пасивами. Проте спадкоємець може заявити про прийняття у спадщину чистого активу, вимагати проведення опису спадкового майна із залученням кредиторів, і в такому випадку відповідальність за зобов'язаннями спадкодавця обмежується активами. Кредитори, вимоги яких не задоволені за рахунок активів, можуть вимагати задоволення лише у відкаждоодержувачів (ст. ст. 792–796 ФЦК)<sup>16</sup>. За Цивільним уложенням Німеччини (далі – ЦУН), спадкоємець за загальним правилом відповідає за всіма зобов'язаннями спадкодавця (§ 1967 НЦУ), тобто до складу спадщини входять усі пасиви. Проте законодавець передбачає й обмежену спадщиною відповідальність спадкоємця, якщо буде встановлено піклування (управління спадщиною) або порушено провадження у зв'язку з неспроможністю спадкового майна (§ 1975 НЦУ)<sup>17</sup>. У ЦК Польщі також передбачається право спадкоємця на так звану інвентарну пільгу, яка обмежує його відповідальність активами спадщини, за умови, що ним навмисно не приховувалося спадкове майно (ст. 1032 ЦК Польщі). Отже, за певних умов склад спадщини як об'єкт спадкових прав може визначати й сам спадкоємець.

У вітчизняному законодавстві пільга, яка надається за заявою спадкоємця щодо обмеженої відповідальності, трансформувалася в такий принцип: спадкоємці зобов'язані задовольнити вимоги кредитора повністю, але в межах вартості майна, одержаного у спадщину (ст. 1282 ЦК України). І це, на нашу думку, найоптимальніша редакція такого положення.

Вимоги кредиторів, які виходять за межі активів, варто розглядати як зобов'язання, які неможливо виконати.

## Висновки

На відміну від інших традиційних об'єктів цивільних прав, спадщина є особливим, неординарним об'єктом, особливість якого зумовлена підставами виникнення цього об'єкта, формування складу та належністю його правоволодільцю. На момент

<sup>15</sup> Санфилиппо Чезаре. Курс римського частного права : учебник / под ред. Д.В. Дождева. Москва : БЕК, 2002. 400 с. С. 285.

<sup>16</sup> Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) = Code civil des Français (Code Napoléon) / пер. с фр. В.Н. Захватаева. Москва : Инфотропик Медиа, 2012. 624 с.

<sup>17</sup> Гражданское уложение Германии: вводный закон к Гражданскому уложению = Bürgerliches Gesetzbuch Deutschlands mit Einführungsgesetz / пер. с нем. ; В. Бергманн, введ., сост. ; науч. ред. Т.Ф. Яковлева. 4-е изд., перераб. Москва : Инфотропик. 2015. 888 с.

<sup>13</sup> Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Харків : ФО-П Колісник А.А., 2009. Т. 12 : Спадкове право / за ред. проф. І.В. Спасибо-Фатеевої. 504 с. С. 58.

<sup>14</sup> Заїка Ю.О. Спадкове право в Україні: Становлення і розвиток : монографія. 2-ге вид. Київ : КНТ, 2007. 288 с. С. 64–67.

відкриття спадщини її склад як об'єкт спадкового правонаступництва та як об'єкт цивільних прав зазвичай не завжди визначено в повному обсязі, на відміну від інших об'єктів. Так, розмір успадкування неотриманих соціальних виплат, заробітної плати, авторської винагороди померлого тощо певний час може бути з'ясований лише згодом.

Окремі складники спадщини (жилі приміщення та інші об'єкти, які перебували в процесі приватизації на момент смерті померлого) можуть бути додані до спадкової маси лише згодом, після легалізації їх судом. Спадщина як об'єкт цивільних прав за сукупністю об'єктів у її складі не завжди являє собою незмінну правову категорію, оскільки протягом існування цього поняття в часі можуть з'являтися нові об'єкти або, навпаки, окремі об'єкти можуть вилучатися з її складу.

Спадщину як особливий об'єкт цивільних прав характеризують часові межі існування. Цей об'єкт як правова категорія починає існувати від дня смерті спадкодавця (до цього він належав померлому) до прийняття спадщини спадкоємцями чи правонаступниками й оформлення відповідних документів, які є свідченням належності цього об'єкта новому власникові чи правоволодільцю.

Незважаючи на універсальність спадкового правонаступництва, ст. 757 ЦК України передбачає можливість відмови спадкоємця від прийняття майна,

що передане відчужувачем за договором довічного утримання.

Спадщину як особливий об'єкт цивільних прав характеризує й особливий порядок набуття – унаслідок успадкування.

Юридично значущі дії зі спадщини не можна обмежити лише прийняттям чи відмовою від спадщини, визнанням спадщини відумерлою, поділом чи перерозподілом спадщини, управлінням спадщиною та оформленням прав на спадщину. Ми не бачимо перешкод для укладення щодо спадщини звичайних для держав континентальної системи права таких договорів, як купівля-продаж майбутньої спадщини, її застава тощо. Якщо чинне законодавство дає змогу заставити майбутній урожай боржнику, тобто річ, якої ще фактично не існує, можливо, і не існуватиме фактично, то чому це неможливо щодо майбутньої спадщини?

Особливістю спадщини є те, що до її складу належать окремі об'єкти, які характеризуються окремим правовим режимом, – підприємство, земельні ділянки, цінні папери, майнові права інтелектуальної власності тощо.

Спадкодавцеві можуть належати майно й майнові права, які на підставі закону переходять його правонаступникам, проте не належать до складу спадщини (нагороди, страхові виплати, права й обов'язки наймача житлового приміщення тощо).

**Guarantees for realizing electoral rights of people with limited capacity related to mental disabilities***Filipska Nataliia**PhD in Law,**Senior Lecturer of Constitutional and International Law Department**of the Faculty № 4**of the Kharkiv National University of Internal Affairs, Ukraine*

The author of the article has studied the problems of realizing electoral rights of the special category of persons – persons with limited capacity related to mental disabilities. As a result of a comparative analysis of the norms of the current legislation of Ukraine, the author has concluded that there are inconsistencies and contradictions. It is related to the ability of persons with limited capacity by court (through persistent mental disorders that prevent a person from fully realizing the value of own and others' actions) to participate in the process of elections and referendums that is very important to society and the state. Studies of a number of research by foreign authors have led to the conclusion that there is a positive experience of some courts in the United States concerning practical definition of the ability of a person with mental disorders to understand the essence of the electoral/referendum process (using “the Doe standard” special testing system). Besides, the author has stated that there is a consistent world tendency of recognizing full voting rights for persons with mental disorders on the basis of the above statistics, obtained position of some European countries on the suffrage of the studied category of persons, and in the result of studying the positions of certain countries. Having analyzed the above studies and other sources, based on the position of certain public institutions of the European Union on realizing (or granting) suffrage to persons with mental disabilities, the author has concluded about the expediency of creating an additional state legal guarantee. We mean the creation and implementation of the norms of Ukrainian legislation regarding mandatory duplication of any pre-election information (or information about referendum) in the so-called “easy-to-read language”. Such an innovation for Ukraine, as well as for any other country, should ensure, first of all, the realization of the suffrage of the specified category of persons, and secondly, the maximum information accessibility for both the studied group of persons and for a number of citizens of other categories (elderly persons, national minorities, etc.).

**Гарантії реалізації виборчих прав осіб з обмеженою дієздатністю  
внаслідок психоінтелектуальних вад дієздатністю**

*Філіпська Наталія Олександрівна**кандидат юридичних наук,**старший викладач кафедри конституційного і міжнародного права**факультету № 4**Харківського національного університету внутрішніх справ, Україна***Вступ**

Право людини брати участь в управлінні своєю країною є одним із основних прав і закріплено в низці міжнародних документів. Зокрема, ст. 21 Загальної декларації прав людини 1948 року проголошує, що кожна людина бере участь в управлінні своєю країною безпосередньо або через представників, які вільно обрані<sup>1</sup>.

Конституція України як основний закон демократичної держави у ст. ст. 38 і 70 також повністю визнає та гарантує кожному громадянину право брати участь у формуванні державних органів та органів місцевого самоврядування, висловлювати власну думку з тих чи інших важливих для країни

питань<sup>2</sup>. Не може брати участь у виборах і референдумі лише особа, яка не є громадянином України або визнана судом недієздатною, як зазначено в ст. 70 Конституції України, а також Законах України «Про вибори Президента України» від 5 березня 1999 року та «Про вибори народних депутатів України» від 12 листопада 2011 року.

В Україні визнається 3 види цивільної дієздатності повнолітньої особи – повна, часткова (визнання судом особи обмежено дієздатною) та повністю обмежена (визнання судом особи недієздатною)<sup>3</sup>. Відповідно до законодавства України, дієздатні й обмежено дієздатні громадяни мають право брати участь у виборах і референдумі. Згідно з положен-

<sup>1</sup> Загальна декларація прав людини. Прийнята і проголошена Резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 груд. 1948 р. База даних «Законодавство України». URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_015](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015).

<sup>2</sup> Конституція України від 28 черв. 1996 р. (зі змін.) База даних «Законодавство України». URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>.

<sup>3</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV. База даних «Законодавство України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.



нями Цивільного кодексу України, суд може позбавити особу дієздатності або обмежити її через наявність стійких вад психоінтелектуального (ментального) здоров'я або за інших обставин (зловживання спиртними напоями, уживання наркотичних і психотропних речовин, марнотратство тощо)<sup>4</sup>.

**Мета статті.** Ми вважаємо, що питанню реалізації виборчого права саме категорії осіб з обмеженою внаслідок психоінтелектуальних вад дієздатністю взагалі в Україні не приділялося достатньо уваги, є потреба дослідити цей аспект і знайти шляхи вирішення наявних проблем у зазначеній сфері. У дослідженні ми розглядаємо саме активне виборче право як право особи з обмеженою дієздатністю обирати, голосувати.

Увага до цієї категорії осіб цілком обґрунтована та зумовлена тим, що, згідно зі статистикою, оприлюдненою Мінсоцполітики, в Україні 1,2 млн. жителів (це більше ніж 3% всього населення) страждає на психічні розлади, і цей показник із кожним роком зростає. Україна посідає перше місце за кількістю психічних розладів у Європі: майже 2 мільйони українців щороку стають пацієнтами психіатричних лікарень. За оцінками фахівців, від різноманітних нервових розладів страждає кожен третій українець. Інвалідизація від психічних захворювань вийшла на друге місце серед інших захворювань. За прогнозами Всесвітньої організації охорони здоров'я, до 2020 року психічні розлади увійдуть до першої п'ятірки хвороб, які лідуватимуть за кількістю людських працевтрат, пов'язаних із цими захворюваннями<sup>5</sup>. У значній кількості випадків психічні та психоінтелектуальні захворювання тягнуть за собою обмеження дієздатності повністю або частково.

Проблема створення умов для реалізації особами з обмеженою дієздатністю свого активного виборчого права нечасто привертала увагу науковців в Україні. Деякі вітчизняні вчені-правники: О. Андрюшкова, М. Бучин, А. Дуда, Ю. Ключковський, В. Купрій, О. Марцеляк та ін. досліджували окремі питання дієздатності, у тому числі і як одного з виборчих цензів. На жаль, в Україні означена проблема не є популярною для наукових робіт, хоча є достатньо багатоаспектною та мала б об'єднувати в дослідженнях фахівців із різних галузей науки – права, медицина, психології, соціології тощо.

Ознайомлення з працями зарубіжних учених дає підстави говорити про більший інтерес, розробленість та обговорюваність цієї тематики. Так, можна виділити роботи таких науковців і практиків,

як А. Дорон (A. Doron), Р. Курс (R. Kurs), Т. Столови (T. Stolovy), А. Раба (A. Raba), Дж. МакКензі (J. McKenzie), К. Йатес (K. Yates), Р. Соррентіно (R. Sorrentino), С. Фрідман (S. Friedman), А. Блейс (A. Blais), Л. Мессікотт (L. Massicotte), Е. Йошинака (A. Yoshinaka), Й. Меламед (Y. Melamed), Л. Донські (L. Donsky), І. Ойффе (I. Ouyffe), С. Ноам (S. Noam), Г. Леві (G. Levy), М. Гелкопф (M. Gelkopf), А. Блейч (A. Bleich) та інші, які досліджували питання участі в голосуванні осіб з обмеженими можливостями, зокрема й психоінтелектуальними вадами.

### Виклад основного матеріалу

Визначення дієздатності міститься в цивільному законодавстві України, яке під дієздатністю розуміє здатність особи своїми діями набувати для себе цивільних прав і самостійно їх здійснювати, а також здатність своїми діями створювати для себе цивільні обов'язки, самостійно їх виконувати й нести відповідальність у разі їх невиконання<sup>6</sup>. Обмеження дієздатності, у свою чергу, свідчить про те, що особа через вади психічного/психоінтелектуального характеру неповною мірою здатна самостійно набувати та здійснювати цивільні права, обов'язки, нести повну відповідальність за свої дії й повною мірою розуміти значення дій інших осіб. Цивільний кодекс України в ч. ч. 2-3 ст. 37 визначає, що ця категорія осіб може вчиняти дрібні побутові правочини<sup>7</sup>. Тут, на нашу думку, постає питання щодо коректності визнання виборчого процесу як «дрібного» правочину, особливо зважаючи на те, що саме виборче право належить до категорії політичних прав людини. До того ж обмеженість здатності особи зі стійкими ментальними порушеннями повною мірою усвідомлювати значення своїх дій, дій інших осіб, розуміти певну інформацію може також впливати на можливість усвідомленого волевиявлення під час виборів або референдуму.

Держави сучасного демократичного світу, визнаючи рівні права, в тому числі й на голосування, дещо диференційовано підходять до можливості голосування осіб зі стійкими ментальними порушеннями. Деякі країни, серед яких Болгарія, Чилі, Естонія, Ямайка, Нідерланди, обмежують таке право для осіб з ментальними порушеннями, що навіть має закріплення в конституціях<sup>8</sup>. А, наприклад, у Німеччині з 1992 року не існує інституту обмеження дієздатності, а такі поняття, як душевна хвороба, психоінтелектуальні розлади, алкоголізм тощо, не розглядаються як передумови обмеження дієздатно-

<sup>4</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV. *База даних «Законодавство України»*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.

<sup>5</sup> Україна посідає перше місце у Європі щодо захворюваності на психічні розлади – Мінсоцполітики / УНІАН Інформаційне агентство; 2017 [updated 2017 Oct 10; cited 2019 Jun 11]. URL: <https://www.unian.ua/health/country/2179904-ukrajina-posidae-pershe-mistse-u-evropi-za-pokaznikami-psihichnih-rozladiv-minsotspolitiki.html>.

<sup>6</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV. *База даних «Законодавство України»*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.

<sup>7</sup> Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV. *База даних «Законодавство України»*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.

<sup>8</sup> Blais A., Massicotte L., Yoshinaka A. Deciding who has the right to vote: Election laws in democracies. *Electoral Studies* 2001. P. 51-52.

сті та є лише приводом для призначення помічника (за необхідності)<sup>9</sup>. Ізраїльські науковці зазначають, що право голосу є основним правом людини й, за законодавством Ізраїлю, не обмежується через наявність у людини ментального порушення. На відміну від Ізраїлю, у деяких штатах США існує практика визначення спроможності голосувати за допомогою спеціального тесту - «the Doe standard», яке є чітким критерієм для з'ясування цього. Такий критерій базується на розумінні сутності, природи й ефекту, наслідків голосування. Він запроваджений разом з інструментом оцінювання «компетентності» для участі в голосуванні (Competency Assessment Tool for Voting – CAT-V)<sup>10</sup>.

Однак позиція Європейських країн щодо питання права голосу осіб з ментальними порушеннями досить однозначна. У лютому 2019 року у «The Parliament magazine» у статті «People with intellectual disabilities are proud to vote: Give them the chance» висловлена однозначна думка Й. Піномаа (Jyrki Pinomaa). Цей автор зазначає, що в 10 країнах Євро-союзу особи, яким призначено опікунів, мають повне право голосу; в 11 країнах ЄС право голосу в таких осіб є, але може бути відізане суддею або опікуном; у 6 країнах особи з ментальними порушеннями не мають права голосу. Важливо, що люди з обмеженими інтелектуальними можливостями відчувають гордість від наданого права та прагнуть голосувати.

Історично склалося, що саме ця категорія завжди була виключена з виборчого процесу. Але зараз усе більше європейських країн доходять висновку про доцільність участі таких осіб у голосуванні. Як один із позитивних прикладів наводиться досвід Іспанії, яка в грудні 2018 року надала право особам, яким призначено опікунів (за аналогією з обмеженням дієздатності в Україні), голосувати. Уряд Данії висловив наміри розширити права осіб, які перебувають під спеціальним піклуванням<sup>11</sup>.

Водночас Й. Піномаа цілком справедливо зазначає, що наявність виборчих прав у цієї категорії осіб не завжди означає, що вони можуть повною мірою реалізувати їх. Одним із бар'єрів для цього є видання політиками та кандидатами у вищі органи влади своїх текстів і програм досить об'ємними й таким мовним стилем, який здебільшого несприйнятливий і незрозумілий для осіб з ментальними (психоінтелектуальними) порушеннями.

Якщо аналізувати ситуацію з правом голосу осіб з обмеженою дієздатністю внаслідок менталь-

них порушень в Україні, то вона схожа з описаною Й. Піномаа. Тобто, маючи право голосу, зазначена категорія осіб не може повною мірою (або хоча б частково, достатньо для засвоєння та аналізу інформації для прийняття власного рішення) розуміти, наприклад, передвиборчі програми кандидатів. Певна частка інформації, яка оприлюднюється, наприклад, кандидатами на обрання до вищих органів державної влади, місцевого самоврядування або яка стосується сутності питання, винесеного на референдум, може не сприйматися через складність її викладення мовою, що використовується для офіційної інформації, наприклад, передвиборчої програми. Єдиним виходом для таких осіб є допомога рідних і близьких, якщо вони є.

Дослідники з'ясували, що у Великій Британії 70% осіб з ментальними порушеннями виявляють бажання голосувати, але половина з них вважає це занадто складною для них дією. Вони висловили потребу в наданні їм більшої інформації «легкою мовою» (easy-to-read language), в організації зустрічей із політиками, які будуть із ними спілкуватися зрозумілим, доступним способом. Цілком справедливим убачається висловлене ними бажання змінити позицію соціуму, який не сприймає їх як повноправних громадян<sup>12</sup>.

Зазначена ситуація, на наш погляд, має ознаки непрямой дискримінації як ситуації, за якої внаслідок реалізації чи застосування формально нейтральних правових норм для особи та/або групи осіб за їхніми певними ознаками виникають менш сприятливі умови або становище порівняно з іншими особами. Так, право на голосування в осіб з обмеженою через психічні та/або інтелектуальні вади дієздатністю є, як і в інших членів суспільства, а реалізувати його здебільшого неможливо через відсутність доступної інформації й особливого механізму сприяння реалізації ними виборчих прав.

Ангеліка Хілд, яка бореться за рівні права осіб з інтелектуальними порушеннями та повну інклюзію їх і членів їхніх родин у всі сфери життя, на офіційному сайті Європейської організації «Інклюзивна Європа» (Inclusion Europe) називає 5 причин необхідності надання цій категорії осіб права на голосування й аргументує їх<sup>13</sup>. Так, на її думку, по-перше, люди з ментальними порушеннями мають право робити власний вибір. Будь-яка людина постійно робить вибір і приймає рішення. Однак особи без ментальних вад не повинні додатково його підтверджувати. Тому авторка вважає, що не потрібно вимагати й від осіб з вадами такого характеру підтверджувати те, що вони роблять власний вибір (за умови, що їм надається підтримка).

<sup>9</sup> Васильев Е.А., Комаров А.С. Гражданское и торговое право зарубежных стран : учебник : в 2 т. Москва : 2008. Т. 1. С. 1-560. С. 123-125. URL: <https://alleng.org/d/jur/jur872.htm>.

<sup>10</sup> Yuval Melamed, Liora Donsky, Igor Oyffe et al. Voting of Hospitalized and Ambulatory Patients with Mental Disorders in Parliamentary Elections. *Isr J Psychiatry Relat Sci*. 2013. Vol. 50. С. 13-16.

<sup>11</sup> People with intellectual disabilities are proud to vote: Give them the chance. Written by Jyrki Pinomaa on 18 February 2019 in Opinion. *The Parliament Magazine*. URL: <https://www.theparliamentmagazine.eu/articles/opinion/people-intellectual-disabilities-are-proud-vote-give-them-chance>.

<sup>12</sup> Ibid..

<sup>13</sup> Angelika Hild. 5 reasons why people with intellectual disabilities should get the right to vote. *Inclusion Europ*. 2019. May 15. URL: <https://www.inclusion-europe.eu/why-people-with-intellectual-disabilities-should-get-the-right-to-vote/>.

По-друге, можна сприяти цим людям прийняти рішення. Ця теза включає в себе той факт, що особа з психоінтелектуальними вадами, яка має постійне місце проживання, повинна мати можливість прийняти власне рішення на підставі інформації, отриманої доступною для неї «легкою мовою» (наприклад, адаптовані програми партій, передвиборчі матеріали тощо).

По-третє, виборче рішення кожного є результатом певного впливу. Авторкою зазначається, що будь-яка виборча кампанія має на меті переконання людини голосувати певним чином. Тож інформаційний вплив є одним із головних інструментів політичного переконання (впливу – *авт.*), від якого не усунути й люди з обмеженнями психоінтелектуальної сфери.

По-четверте, люди з інтелектуальними порушеннями є такими ж важливими та цікавими для політики, як й інші люди, як уже зазначалося. Особи з інвалідністю через ментальні порушення не є однорідною, гомогенною групою. Дехто з них узагалі не підтримує політиків і не цікавиться політикою (або не може зрозуміти зміст і сенс політичних процесів – *авт.*), а інші можуть не лише бути в курсі політичного життя, а й брати в ньому участь. Незважаючи на таку диференціацію, право на голосування є фундаментальним правом для кожної дорослої людини, незважаючи на її інтереси.

По-п'яте, А. Хілт уважає, що позбавлення права на голосування осіб з обмеженими можливостями є дискримінацією. Це твердження ґрунтується на положеннях ст. 29 «Участь у політиці» Конвенції ООН «Про права осіб з інвалідністю», де проголошується «повна участь у політичному та суспільному житті на засадах рівності ... включаючи право та можливість для осіб з інвалідністю вибрати та бути обраними». Усі країни-члени ООН та Євро-союзу ратифікували цю Конвенцію. Рада Європейської Комісії з прав людини й інші органи також підтвердили це право. Тож, як стверджує представниця «Інклюзивної Європи», позбавлення осіб з психоінтелектуальними вадами їхнього права на голосування є нічим іншим, як дискримінацією<sup>14</sup>.

З думкою європейської правозахисниці можна погоджуватися в окремих аспектах. Зважаючи на те що в країнах Європи, як ми вже зазначали, немає чіткого поділу на повну, часткову й обмежену дієздатність (недієздатність), яка існує в Україні, висловлені позиції сприймаються неоднозначно через призму українських реалій. Є певні суперечності щодо спроможності особи з ментальними порушеннями приймати рішення з питань формування органів державної влади, місцевого самоврядування, місцевого самоуправління. Ми вважаємо, що, маючи

психічний розлад, який істотно впливає на здатність усвідомлювати значення своїх дій і (або) керувати ними самостійно (ч. 1 ст. 36 Цивільного кодексу України), така особа не може прийняти усвідомлене рішення. Упровадження та використання у сфері реалізації виборчих прав системи «прийняття підтриманого рішення», яка передбачає допомогу сторонньої особи в прийнятті рішення, у цьому випадку є сумнівною через суб'єктивність передачі політичної інформації для особи з порушеннями з боку особи-помічника. У такому випадку може свідомо або неусвідомлено здійснюватися вплив на особу й опосередковане нав'язування власних політичних поглядів. Це порушує принцип вільного формування своєї волі та її виявлення під час голосування, визначений у ст. 6 Закону України «Про вибори Президента України». Отже, використання під час здійснення виборчих прав системи «прийняття підтриманого рішення», на наш погляд, недоцільне.

### Висновки

Разом із тим Україна визначила євроінтеграційний курс і приймає європейські цінності, особливо у сфері прав людини. Це накладає певні зобов'язання, в тому числі й всіляко сприяти можливості реалізації права на голосування особами, які мають обмежену дієздатність через психоінтелектуальні вади. Тож, на нашу думку, для створення оптимальних умов для реалізації виборчого права цієї категорії осіб, для дотримання принципів виборчого права необхідно щонайменше забезпечити надання такій особі доступної, адаптованої інформації щодо сутності та процедури виборів, передвиборчої агітації, інформації щодо питань, які виносяться на референдум.

Зважаючи на те що в Україні у 2020 році відбулися вибори до органів місцевого самоврядування й це питання знов набуде актуальності, було б доцільно внести до Законів України «Про вибори Президента України» та «Про вибори народних депутатів України» (Виборчий кодекс, що знаходиться у стані прийняття) норму, яка б зобов'язувала осіб, які балотуються (політичні партії, кандидати в депутати всіх рівнів, кандидати в президенти країни) дублювати інформацію адаптованою для осіб з вадами психоінтелектуального характеру «легкою мовою» без звуження змісту. Це буде додатковою та дієвою, на наш погляд, гарантією реалізації особами з обмеженою внаслідок психоінтелектуальних вад дієздатністю своїх законних виборчих прав. Крім того, такий спосіб подачі політичної, передвиборчої інформації буде корисний і для інших категорій осіб, наприклад, для осіб похилого віку, яким складно сприймати складні офіційні тексти, для таких категорій громадян, як національні меншини, особи, які нещодавно отримали громадянство та не володіють українською мовою в достатньому обсязі, особи з недостатнім рівнем освіти тощо.

<sup>14</sup> Angelika Hild. 5 reasons why people with intellectual disabilities should get the right to vote. *Inclusion Europe*. 2019. May 15. URL: <https://www.inclusion-europe.eu/why-people-with-intellectual-disabilities-should-get-the-right-to-vote/>.

## **Application of risk management system when moving goods by individuals across the customs border of Ukraine**

**Kharain Ivan**

*Postgraduate Student at the Department of Administrative and Customs Law  
of the University of Customs and Finance, Ukraine*

Customs control provides a set of measures aimed at the establishment by the state of monitoring, review, analytical, controlling and restrictive actions during the movement of goods across the customs border of Ukraine. It is logical that the state cannot provide effective and high-quality customs services for the subjects of movement throughout the customs border of Ukraine. At a minimum, there are customs clearance points, border crossing points, and a system for managing customs traffic of both persons and goods. But even the streamlining of customs clearance processes and the development of customs infrastructure does not solve the problem of improving the quality of customs services. Therefore, there is an urgent need to find new means and mechanisms for the implementation of the functions of the state in terms of customs escort of goods when they are moved across the customs border of Ukraine

The article is devoted to the main administrative and legal principles of regulation of the risk management system when moving goods across the customs border of Ukraine. The emphasis is on the substantive and practical content as well as on the legal nature of the risk management system. The analysis was conducted on the legislative support of the risk management system in the process of customs clearance of movement of goods across the customs border of Ukraine. The features of the modern domestic risk management system are studied. The directions of improvement of the risk management system, including by clarifying the modern customs legislation, are revealed.

### **Relevance of the topic**

The movement of goods across the customs border of Ukraine is one of the means of intensifying economic relations within the country. The process of movement is derived from the economic, social or other personal private interest of the person from the use of the goods moved to the territory of Ukraine. Taking into account the prospects for further civil or economic turnover of the moved goods, it is quite logical to provide a certain system of ensuring stability in its transportation, insurance of risks associated with loss during transportation, non-admission or confiscation in the process of customs clearance and any cases that may be covered by customs regulation. In this context, it is advisable to develop a risk management system for the movement of goods across the customs border of Ukraine as an element of increasing the attractiveness of Ukraine as a country of transit of goods or a country where the infrastructure for the movement of goods has a high level of legal protection. It is also important to understand that the risk management system is an important element in economic relations, that is, its presence minimizes the loss of the persons transporting the goods into the customs territory of Ukraine, increases the stability of customs operations and customs clearance, as well as eliminates the issue of recovering damages in case the items have not crossed the customs border or were seized or otherwise damage was inflicted on the entities that attempted to transport them. The totality of the above makes it necessary to analyze the modern customs legislation of Ukraine in order to improve the effectiveness of the risk management system when moving goods across the customs border,

as well as to determine the doctrinal tools for optimizing the means of insurance of such risks.

### **The purpose of the article**

The purpose of this article is to analyze the current situation with application of the risk management system for the movement of goods across the customs border of Ukraine on the basis of legal support of relations in the field of customs clearance of goods in Ukraine.

### **Degree of scientific development of the topic**

The problem of risk insurance during the movement of goods across the customs border has always been one of the most relevant in the doctrinal measure, and in practice it requires constant improvement. Therefore, a large number of modern practitioners and scientists in the field of customs regulation devote their work to the problems of risk management when moving goods across the customs border of Ukraine. Among them, in particular we should note such as L.V. Vashchenko, S. Demchenko, L.M. Dorofeieva, O. Komarov, Y.D. Kuniev, Y.V. Stolietov, V.V. Chentsov and others.

### **Presentation of information**

Customs control is one of the most important and significant functions of the state, as it ensures the actual state of security when moving goods to the customs territory by individuals in private personal interests and by economic entities for the purpose of economic activity. In fact, customs



control and customs clearance of goods is a means of legitimization by the state of turnover of goods on the territory of Ukraine, which means that the state takes responsibility for the quality and safety of certain goods moved to the customs territory of Ukraine.

From this perspective such amount of encumbrances and procedures is considered appropriate, as well as such quality of institutional support for the procedure of customs clearance and control of goods and services, which are determined in the Customs Code of Ukraine (hereinafter – the CC of Ukraine)<sup>1</sup>.

Customs control provides a set of measures aimed at the establishment by the state of monitoring, review, analytical, controlling and restrictive actions during the movement of goods across the customs border of Ukraine. It is logical that the state cannot provide effective and high-quality customs services for the subjects of movement throughout the customs border of Ukraine. At a minimum, there are customs clearance points, border crossing points, and a system for managing customs traffic of both persons and goods. But even the streamlining of customs clearance processes and the development of customs infrastructure does not solve the problem of improving the quality of customs services. Therefore, there is an urgent need to find new means and mechanisms for the implementation of the functions of the state in terms of customs escort of goods when they are moved across the customs border of Ukraine

In this context, attention is drawn to the mechanism of decentralization of state functions, including through the introduction of such mechanisms that will increase the level of responsibility of owners of items that are moved to the customs territory of Ukraine. One of such methods is the risk management system, which in a certain way minimizes the imperative influence of the state by extending the powers and competencies of both the subjects of customs clearance and control, as well as the persons who move goods across the customs border of Ukraine. That is, such system provides for an intensification of the transit and transfer of goods across the customs border, but at the same time reduces the level of state guarantees regarding the quality of customs operations.

In this context, the position of S. Demchenko and O. Komarov is fair stating that “the risk management system replaces the total 100% control and is the effective mechanism that is aimed at ensuring the interests of all participants in customs legal relations – both the state and foreign trade entities, in particular, by minimizing the subjective and discretionary (that is, the possibility of making a decision on their own without reason) factors in the implementation of customs control and, as a consequence, enables reducing the level of corruption

at customs”<sup>2</sup>. The researchers do not determine the content of measures tools included in this system, but it is clear that they must meet a number of key requirements: be based on the provisions of the Customs Code of Ukraine and the system of international legal acts in the field of customs clearance of goods; focus on accelerating and intensifying the movement of goods across the customs border; to prevent corrupt practices by the authorities responsible for the customs clearance; be sufficient for the purpose of ensuring economic security when crossing certain goods across the customs border of Ukraine.

However this formulation of the question opens up a dilemma as for who exactly the risk management system is most important: for the state or for the entity that moves the good across the customs border of Ukraine, and whether such a system can be applied to all subjects of customs relations at once.

In this regard, Y. Stolietov and V. Chentsov note that “risk management is the basic principle of modern methods of customs control, which enables effective usage of the resources of customs authorities without compromising the effectiveness of control mechanisms, freeing most of the trade organizations/persons from excessive bureaucratic obstacles”<sup>3</sup>.

This approach to understanding the essence of the risk management system demonstrates that when reviewing the risks, the scientists deal with the risks associated with poor performance by customs control of their own functions, which may result in the movement across the border of Ukraine of those goods that present risks to the economic and other segments of the national security. That is, risk management is actually reduced to rethinking the content of logistics management and organization of goods flows across the customs border of Ukraine dividing them into several categories and focusing on those associated with the possibility of unauthorized, illegal movement of goods into the customs territory of Ukraine, or other risk of entering of certain goods into the domestic markets and inside the country.

This approach determines the risk management system not even as a principle or method of public administration, but as a separate functional component of the existence of administrative and legal support of customs relations. This reveals the essence and importance of administrative and legal mechanisms of regulation of the analyzed system and the meaning of public relations in its functioning. But at the same time, we do not agree that the risk management system is exclusively for the state and is a way of ensuring

<sup>1</sup> Customs code of Ukraine: Law of Ukraine dated 13.03.2012 No. 4495-VI. *Vidomosti of the Verkhovna Rada Of Ukraine*. 2012. No. 44–45, 46–47, 48. P. 552. URL: <http://www.zakon.rada.gov.ua>.

<sup>2</sup> Demechenko S., Komarov O. Customs risk management at land checkpoints at border crossing points. URL: <http://www.visnuk.com.ua/ua/pubs/id/9019>.

<sup>3</sup> Stolietov Y.V., Chentsov V.V. The role of international standards in the process of improving risk management in the activities of the Customs Service of Ukraine. *Bulletin of the Academy of Customs Service of Ukraine. Series: “Public administration”*. 2012. No. 1 (6). P. 65–70, 67–69.

the economic security needs during customs clearance of goods for their further movement to the territory of Ukraine. In our view, it is advisable to extend the meaning and application of this system to the private sector, that is, to the interests and needs of those who move such items.

To support this position we can cite the opinion of Y. Kuniev and L. Vashchenko, which indicate that “the risk in the customs procedures means probable, possible risk of losses for the society (citizens) and the state under threats of non-compliance with customs legislation and from implementing the wrong decisions by customs authorities”<sup>4</sup>. At the same time, L. Dorofeieva notes that “procedures based on risk management enable controlling the customs clearance in the areas where there is the greatest risk, allowing the bulk of goods and individuals to pass through customs relatively freely”<sup>5</sup>.

This approach provides for the possibility of extending the risk management system not only to the customs control authorities, but also to the consumers of their public and administrative services for the clearance and movement of goods across the customs border of Ukraine. Therefore, the risk management system provides for the state non-admission of goods, objects, vehicles, persons into the customs territory of Ukraine, if their movement entails risks of economic, social, public security or will cause negative consequences, violating the established law and order on the territory of the state. Instead, risk management for private law persons means protecting their own rights in the process of customs clearance, as well as preventing abuse by public authorities and specific officials.

However, analyzing the provisions of the CC of Ukraine we see a very clear definition of the risk management system, which is given in article 361, and which is understood as “the operation of bodies of revenues and duties to analyze risks, identify and assess risks, develop and implement measures to minimize risks, assess the effectiveness and control the application of these measures”<sup>6</sup>. Moreover, the risk in the understanding of the CC of Ukraine is the possibility of violation of customs legislation. Part 2 of Article 361 establishes the duty of the authorities of customs control “to apply a risk management system to identify goods, vehicles, documents and persons that are subject to customs control, forms of customs control applicable to such goods, vehicles, documents and persons, as well as

the scope of customs control”<sup>7</sup>. The system analysis of provisions of Art. 361 of the CC of Ukraine, especially p. 2 and p. 3<sup>8</sup>, which lists the objectives of applying the risk management system, demonstrate a consistent concentration of administrative and legal regulation of customs relations on the needs of the state – the need of non-admission of the goods, persons who may cause risks to the economic and/or national security of the state into the customs territory of Ukraine.

Instead, the analysis of part 1 of the said article, and especially the very definition of risk, gives all grounds to claim that the violation of customs legislation can occur both by persons crossing the customs border, and by public authorities and specific officials in respect of these persons.

In our opinion, the definition of “risk”, which is contained in part 1 of article 361 of the CC of Ukraine<sup>9</sup>, meets, despite its commonality, the requirements of democratization of customs relations, and therefore the risk management system should apply to persons crossing the border or moving objects through it. In this view it would be logical to propose to insert into Part 3 of Article 261 paragraphs 5 and 6 to read as follows:

“5) prevention of violation of the rights of the persons who carry out the movement of goods through customs border of Ukraine, when passing of customs control;

6) creation of conditions for minimization of potential risks (losses) which will be incurred by the person in case of violation of the customs legislation by which led to damage, loss or in any other way change of qualitative and quantitative characteristics of goods which such person moved or intended to move through customs border of Ukraine.

Thus, we propose to significantly increase the level of responsibility of the bodies of revenues and duties, as well as of specific officials of the customs service regarding compliance with the rules of customs control, human rights and legal regime in relation to the good that such a person moved across the customs border of Ukraine. We explain this necessity as follows:

- first, the risk management system means avoiding losses of the state in any case and in any way;
- secondly, if revenue and duties bodies violate the rules of customs clearance and the person incur losses due to that, this person has the right to recover losses from the state in the manner prescribed by the CC of Ukraine, international acts, etc;
- thirdly, the recovery of such losses in one way or another harms the state in the form of compensation for the violated rights of the person.

Thus, by extending risk management measures to cases involving violation of the rights of an individual when the last is moving the goods across the customs

<sup>4</sup> Kuniev Y.D., Vashchenko L.V. Risk management system in customs affairs: essence and content. *Collection of abstracts of the Research-to-Practice Virtual Conference* (Khmelnyskyi, September 25, 2014). Khmelnyskyi : State Research Institute of Customs Affairs. P. 21–22, 21.

<sup>5</sup> Dorofeieva L.M. Actual problems of using the risk analysis system to simplify customs control procedures. *Scientific Bulletin of Uzhorod National University*. 2017. Issue 45. P. 166–172.

<sup>6</sup> Customs code of Ukraine: Law of Ukraine dated 13.03.2012 No. 4495-VI. *Vidomosti of the Verkhovna Rada Of Ukraine*. 2012. No. 44–45, 46–47, 48. P. 552. URL: <http://www.zakon.rada.gov.ua>.

<sup>7</sup> Customs code of Ukraine : Law of Ukraine dated 13.03.2012 No. 4495-VI. *Vidomosti of the Verkhovna Rada Of Ukraine*. 2012. No. 44–45, 46–47, 48. P. 552. URL: <http://www.zakon.rada.gov.ua>.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Ibid.

border of Ukraine, the state will automatically provide protection against material losses (compensatory payments). Moreover, if one considers the risk as a violation of customs legislation, then it is quite logical to see a potential possibility of violation of the provisions of the CC of Ukraine not only by a person but also by the state, or rather by specific officials of the bodies of revenue and duties. Therefore, expanding the content of the risk management system will lead to an increase in the quality of customs clearance of goods and the efficiency of the functioning of the customs control system

The CC of Ukraine envisages that the risk management system is based on the systematic collection, analysis and use of information by the revenue and duties bodies. This means the need to create its own information infrastructure, as well as interaction with other law enforcement agencies in Ukraine for the purpose of data integration, which will significantly increase the effectiveness of the risk management system, as it will strengthen its predictive component.

Y. Stolietov emphasizes that “the system of risk analysis in accordance with the risk management standards in the customs service is the basic element of modern methods of customs control, which allows to accumulate and rationalize the use of resources of customs authorities and frees the majority of foreign trade entities from excessive bureaucratic control”. At the same time, the effectiveness of customs control itself and quality of administrative services provided during the customs clearance of goods and their admission to the customs territory of Ukraine should not be reduced<sup>10</sup>.

System analysis of provisions of Art. 363 of CC of Ukraine “Article 363. The activity of revenue and duties bodies related with risk assessment and management”<sup>11</sup> demonstrates that the analytical activity of customs control bodies is really decisive in the risk management system as a whole. This is also confirmed by the provisions of the Order of the Ministry of Finance of Ukraine dated 31.07.2015 No. 684 “On approval of the Procedure for the analysis and assessment of risks, development and implementation of risk management measures to determine the forms and volumes of customs control”.

This Procedure regulates the main aspects of “selectivity of customs control by applying a risk management system, improving the efficiency of the State Fiscal Service (SFS) of Ukraine during customs control and / or customs clearance through the use of risk management methods, including risk

analysis using information technology”<sup>12</sup>. In general, the administrative and legal regime of the activity of the bodies of the SFS of Ukraine in the field of risk management during customs clearance of goods, which is regulated by the abovementioned Procedure, demonstrates two important aspects that need to be paid attention to:

First, it introduces and regulates the use and continuous expansion of capabilities of the electronic automated databases for the collection, accumulation, analysis and use of information on customs clearance of goods. Such information infrastructure was embodied in the automated risk management system (hereinafter – ARMS). However, according to the Procedure its use is limited by the information capabilities of the SFS of Ukraine, as well as in some cases, of other public authorities of Ukraine. But today there is a strong need to integrate the domestic ARMS with the relevant databases of foreign countries. This direction of improving the risk management system should become one of the highest priorities, since the effectiveness of the customs clearance and customs control by officials depends on the applicability, relevance and completeness of information;

Secondly, the analyzed Procedure provides for the selectivity of control measures. In other words, the fact that it is impossible to identify and prevent risks during the passage of goods through the customs border of Ukraine with absolute certainty is directly fixed at the level of the Administrative and Legal Act. Therefore, there is a need for inspections and contact control measures, but they are carried out selectively. This indicates the need for the formation of a high level of professional competence of customs officers in order to identify subjects and objects of selective control as efficiently and clearly as possible.

Another significant drawback that should be paid attention to when analyzing the administrative and legal support of the risk management system in the analyzed area is that the CC of Ukraine does not define specific and comprehensive risk management measures. Thus, according to Art. 363 of the CC of Ukraine “development and implementation of practical risk management measures”<sup>13</sup> is one of the stages and activities of the revenue and duties bodies related with risk management. However, the CC of Ukraine does not contain the list of measures and, obviously, such measures include practical actions of officials of revenue and duties bodies aimed at carrying out selective control, physical gathering of information

<sup>10</sup> Stolietov Y.V. Risk management as an element of state regulation of foreign economic activity. *Electronic Scientific Professional Edition “Public Administration: Improvement and Development”*. 2011. No. 10. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Duur\\_2011\\_10\\_3](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Duur_2011_10_3).

<sup>11</sup> Customs code of Ukraine : Law of Ukraine dated 13.03.2012 No. 4495-VI. *Vidomosti of the Verkhovna Rada Of Ukraine*. 2012. No. 44–45, 46–47, 48. P. 552. URL: <http://www.zakon.rada.gov.ua>.

<sup>12</sup> On approval of the Procedure for carrying out risk analysis and assessment, development and implementation of risk management measures to determine the forms and amounts of customs control : Order of the Ministry of Finance of Ukraine dated 31.07.2015 No. 684. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1021-15>.

<sup>13</sup> Customs code of Ukraine : Law of Ukraine dated 13.03.2012 No. 4495-VI. *Vidomosti of the Verkhovna Rada Of Ukraine*. 2012. No. 44–45, 46–47, 48. P. 552. URL: <http://www.zakon.rada.gov.ua>.

and data concerning goods and objects moving across the customs border of Ukraine, etc.

### **Conclusions**

Summing up, we come to the need to draw the following conclusions. In fact, the risk management system, which is fixed in the CC of Ukraine is a progressive and very effective tool in the customs administration system in Ukraine. This system requires continuous improvement and implementation of practical measures that would improve the quality and efficiency of customs control. It is also important to understand that the risk management system itself cannot be considered as a universal means of ensuring the customs clearance of goods that are moved across the customs border of Ukraine and should function in the system of other customs control tools.

Secondly, we would like to confirm the need to expand the content of the risk management system not only in the context of the needs of the state: preventing the entry into the customs territory of Ukraine of items

that can damage or worsen the state of economic and/or national security. It is important to extend the regulatory capacity of the risk management system to ensure compliance by officials of the revenue and duties bodies with the rights and interests of persons engaged in customs clearance and movement of goods across the customs border of Ukraine. One way or another, but the damage caused by the actions of officials in the exercise of customs control will be recovered from the state, which will also harm the interests of the latter. Besides, violation of the rights of such persons quite fits into understanding of "risk" which is contained in CC of Ukraine.

It is also important to further develop the information infrastructure of customs authorities by expanding the capabilities of ARMS, including through the integration of databases of this system with databases of other state bodies. And the integration of ARMS with the relevant analytical databases, means of information and analytical support of the customs authorities of other countries is considered to be even more progressive direction of improving the risk management system.



## The public as a category of the theory of crime counteraction

**Khrystov Oleksandr**

*Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor,*

*Detective of the Criminal Police Sector*

*of the Amur-Nizhnyodniprovsk Police Station*

*of the Dnipro Police Department*

*of the Main Department of the National Police in Dnipropetrovsk Region, Ukraine*

The article explores the fundamental category of “public”, which contains flexible, cross-sectoral features that are favorably extrapolated within the general theory of crime counteraction.

The author focuses his attention on the analysis of the meaningful and essential content of the concepts of “citizen”, “public association”, “public organization”, “public formation”, “people”, “population”, “non-state subject”, “representative of the public”, “World public”, which by virtue of the nature of close relationships, complicate the conceptual and categorical characterization of the subject of our scientific knowledge, which leads to terminological confusion and difficulties in the theoretical and legal identification of “public” in certain areas of law of science.

The author concludes that the need for further scientific development of problems related to the definition of the concept of “public” as a category of crime counteraction theory, its substantive and substantive content, is objectively dictated by a number of factors, including: the inability of law enforcement agencies to solely staff potential crime without public involvement in a broad and narrow sense; lack of a normative definition of the term “public”; lack of a common understanding of the definition of “public” and the misuse of related concepts by theorists and practitioners; insufficient level of scientific understanding of the problem, etc.

As a result of theoretical analysis, the key criteria for understanding the concept of “public” as a category of crime counteraction theory are outlined. The author emphasizes that the concept of “public” in the theory of combating crime covers both organizations, associations (formation) of citizens and individuals (individuals) who are not members of associations/formations that are active (initiative) in the fight against crime, as well as those who do not show such activity (initiative), and are potential participants in the fight against crime, as a result of the gradual formation of internal beliefs, including at the expense of purposeful systematic work of state and public institutions Tutsi.

### Громадськість як категорія теорії протидії злочинності

**Христов Олександр Леонідович**

*кандидат юридичних наук, доцент,*

*оперуповноважений сектору кримінальної поліції*

*Амур-Нижньодніпровського відділення поліції*

*Дніпровського відділу поліції*

*Головного управління Національної поліції в Дніпропетровській області, Україна*

#### Вступ

Результати національного дослідження оцінювання діяльності поліції населенням України, проведеного за допомогою опитування громадян Харківським інститутом соціальних досліджень протягом листопада – грудня 2018 р., показали, що значна кількість опитаних вважає неефективною таку діяльність. Серед головних недоліків опитані респонденти назвали небажання захистити «просту людину» та слабкий зв'язок із населенням<sup>1</sup>. При цьому зниження ефективності діяльності поліції щодо протидії злочинам відбувається на тлі високого

рівня сучасної злочинності в Україні, яка характеризується несприятливою динамікою і структурою<sup>2</sup>. Нинішню криміногенну ситуацію в Україні в міжнародному масштабі красномовно визначає 152 місце зі 163 можливих у рейтингу Global Peace Index найбезпечніших для життя країн, яке Україна посіла у 2018 році, порівняно з 144 місцем у 2014 році<sup>3</sup>.

Позитивний досвід прогресивних країн світу свідчить, що участь громадськості сприяє підвищенню ефективності діяльності поліції в протидії злочинності. Незважаючи на те що у 2017 році уряд схвалив Стратегію розвитку органів системи Мініс-

<sup>1</sup> Оцінка діяльності Національної поліції України за допомогою опитування громадської думки (національний звіт) / Д. Кобзін, С. Щербань, К. Коренева, А. Черноусов. Харків : Харківський інститут соціальних досліджень (ХІСД), 2019. С. 10.

<sup>2</sup> Бесчастний В.М. Кримінологічний аналіз стану злочинності в Україні. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 1. С. 207-213.

<sup>3</sup> Глобальний індекс миролюбия. Центр гуманітарних технологій. URL: <https://gtmarket.ru/ratings/global-peace-index/global-peace-index-info> (дата звернення: 23.11.2019).

терства внутрішніх справ на період до 2020 року, якою передбачається тісна співпраця МВС із громадськістю<sup>4</sup>, до сьогодні новітні технології «Public relations» не знайшли гідного втілення в діяльність оперативних і слідчих підрозділів, про що свідчать зазначені вище дані соціального дослідження.

Серед загальної кількості проблем у цьому напрямі окремої уваги потребує питання визначення та законодавчого закріплення поняття «громадськість», яке до сьогодні неоднаково розуміється вченими в різних галузях юридичної науки й по-різному тлумачиться суб'єктами протидії злочинності.

Вищезазначене зумовлює своєчасність і необхідність дослідження сутності та змісту поняття «громадськість» як категорії теорії протидії злочинності, що визначає актуальність теми.

Аналіз публікацій, у яких започатковано розв'язання цієї проблеми, дає змогу стверджувати, що окремі питання, пов'язані з науковими підходами до визначення поняття «громадськість» у теорії протидії злочинності, висвітлювалися в працях учених різних галузей юридичної науки, а саме: О.М. Бандурки, К.К. Горяїнова, Д.В. Гребельського, М.П. Водька, Е.О. Дідоренка, А.І. Долгової, О.Ф. Долженкова, А.М. Гаврилова, В.В. Голіни, А.П. Закалюка, В.С. Іванової, Н.П. Ісаєвої, Д.С. Каблова, А.М. Кислого, О.Ф. Кобзаря, М.Г. Колодяжного, І.О. Коннова, В.М. Круглого, О.М. Музичука, В.Ф. Несторович, Л.І. Овчиннікової, Т.В. Раскіної, Г.Г. Резникова, І.В. Слободенюк, С.С. Шрамко та ін., що свідчить про актуальність цього питання в сучасному науковому пізнанні.

Тим часом необхідність подальшого наукового розроблення проблем, пов'язаних із визначенням поняття «громадськість», його змістовим і сутнісним наповненням, об'єктивно продиктована низкою факторів, серед яких – нездатність правоохоронних органів виключно кадровим потенціалом протистояти злочинності без участі громадськості в широкому й вузькому розумінні; відсутність нормативного визначення терміна «громадськість»; відсутність єдиного розуміння дефініції «громадськість» і помилкове використання суміжних понять теоретиками і практиками; недостатній рівень наукового осмислення проблематики тощо.

У зв'язку з цим метою статті є сформулювати поняття «громадськість» як категорії теорії протидії злочинності.

### Виклад основного матеріалу

До теперішнього часу в юридичній науці не визначено універсальної, загальноприйнятої дефініції поняття «громадськість», у зв'язку з чим

його зміст видається невизначеним і дискусійним. Сьогодні вченими-юристами та практикаками поряд із терміном «громадськість» вживаються такі як «громадянин», «громадське об'єднання», «громадська організація», «громадське формування», «народ», «населення», «недержавний суб'єкт», «представник громадськості», «світова громадськість», які внаслідок природи тісних взаємозв'язків ускладнюють понятійно-категоріальну характеристику предмета наукового пізнання, що призводить до термінологічної плутанини й труднощів теоретико-правової ідентифікації «громадськості» в окремих галузях юридичної науки.

Нині в Україні існує велика кількість недержавних формувань, що виконують функції протидії злочинності. Насамперед таку роль виконують приватні охоронні структури, громадські об'єднання та різні фонди, що ставлять своїми завданнями виявлення окремих видів злочинів. Активізується діяльність різних громадських організацій, покликаних сприяти правоохоронним органам<sup>5</sup>.

Однак у сучасному суспільстві термін «громадськість» використовується у вузькому аспекті, наприклад, наукова громадськість, культурна громадськість тощо. Крім того, правовій науці відомо тільки поняття «громадська організація» та «громадське об'єднання» як організаційна форма юридичної особи, які вужчі, ніж поняття «населення»<sup>6</sup>. У зв'язку з цим А.М. Гаврилов зазначає, що термін «населення» витісняє з наукового обігу поняття «громадськість» у широкому сенсі, вважає, що поняття «населення» ширше за поняття «громадськість», і зазначає, що «це в основному активна частина населення, яка діє на громадських засадах, члени якої, як правило, об'єднані спільністю інтересів»<sup>7</sup>.

Доречними із цього приводу є думки В.Ф. Несторовича, що поняття «населення» є скоріше демографічною, ніж правовою категорією. Крім того, це поняття видається досить розмитим та абстрактним, що, у свою чергу, не дасть змоги точно ідентифікувати й позначити суб'єктів впливу<sup>8</sup> на злочинність. У свою чергу, А.М. Ішин вважає, що доцільно вико-

<sup>5</sup> Долгополов А.М. Організаційно-правові питання діяльності громадських формувань з охорони громадського порядку і державного кордону в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Київ, 2008. 18 с.; Положення про Громадську раду при Міністерстві внутрішніх справ України : Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 15 листоп. 2017 р. № 927. URL: <https://mvs.gov.ua/upload/file/polozshennya.pdf> (дата звернення: 27.11.2019); Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики : Постанова Кабінету Міністрів України від 3 листоп. 2010 р. № 996. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/996-2010-p/print> (дата звернення: 26.11.2019).

<sup>6</sup> Гаврилов А.М. Привлечение населения к участию в борьбе с преступностью : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Саратов. юрид. ин-т МВД России. Саратов, 2004. 205 с. С. 48.

<sup>7</sup> Там само.

<sup>8</sup> Нестерович В.Ф. Разграничение понятия «общественность» и смежных понятий и терминов в юридической науке. *Алтайский юридический вестник* : научный журнал Барнаул. юрид. ин-та МВД России. 2014. № 1 (5). С. 25–30.

<sup>4</sup> Стратегія розвитку органів системи Міністерства внутрішніх справ на період до 2020 року : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 15.11.2017 № 1023-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-2017-p> (дата звернення: 26.11.2019).

ристовувати термін «населення», оскільки він вужчий, ніж поняття «громадськість»<sup>9</sup>.

Разом із цим у розуміння категорії «населення» вкладається широкий змістовий складник, що охоплює всю сукупність людей, які постійно живуть у межах якоїсь конкретно вказаної території, як тих, які є суб'єктами впливу на злочинність, так і безпосередніх представників останньої. У зв'язку з цим використання терміна «населення» в юридичних науках у контексті розуміння суб'єкта протидії злочинності, на наш погляд, є сумнівним.

В іншому контексті зазначеної проблематики Л.І. Овчиннікова дала визначення «недержавні суб'єкти правоохоронної спрямованості», що залучаються до охорони громадського порядку, під якими розуміє добровільні об'єднання громадян, основані на членстві, і юридичних осіб, створені для захисту прав і свобод громадян, охорони власності, сприяння правоохоронним органам в охороні громадського порядку<sup>10</sup>. При цьому авторка серед ключових ознак виокремлює мету створення зазначених суб'єктів, а саме: захист прав і свобод громадян, охорона власності, сприяння правоохоронним органам в охороні громадського порядку. У свою чергу, такі утворення спільнот людей І.В. Слободенюк називає «громадські формування з охорони правопорядку», під якими пропонує розуміти добровільну, неприбуткову громадську організацію, засновниками та членами якої є фізичні особи, створену відповідно до законодавства України для участі в охороні правопорядку шляхом надання допомоги державним правоохоронним органам у запобіганні протиправній поведінці, профілактиці та припиненні протиправної поведінки фізичних і юридичних осіб<sup>11</sup>, підкреслюючи цим визначенням саме некомерційний характер діяльності.

Відзначимо, що зарахування до громадськості лише організованої частини суспільства відсікає від органів правопорядку частину потенційних помічників, що не є доцільним<sup>12</sup>. Із цього приводу М.П. Яблоков у працях визначив поняття «громадськість» як «різні громадські організації та трудові колективи, їх повноважні представники, а також окремі громадяни»<sup>13</sup>. В.Т. Томін зазначив, що до

розслідування кримінального провадження може й повинен бути залучений будь-який громадянин, який у змозі надати допомогу»<sup>14</sup>.

Ці думки розділяє й відомий учений О.М. Бандурка, який зазначає, що «під громадськістю в найзагальнішому розумінні слід мати на увазі будь-яку групу (навіть й окремі індивіди), що так чи інакше пов'язані з життєдіяльністю органу внутрішніх справ»<sup>15</sup>. Суб'єктами правоохоронної діяльності є як громадяни, так громадські об'єднання, які самостійно чи разом із працівниками поліції в межах своєї компетенції охороняють громадський порядок, борються зі злочинністю, а саме: постійні комісії місцевого самоврядування, товариські суди, комісії з питань профілактики, групи самоохорони в населених пунктах і мікрорайонах, позаштатні працівники органів внутрішніх справ, об'єднання громадян щодо охорони громадського порядку й державного кордону тощо<sup>16</sup>.

Деякі інші погляди на це питання мають Є.П. Іщенко й А.А. Топорков. Вони відзначили, що в широкому сенсі під громадськістю прийнято розуміти всіх громадян країни, які не несуть службового обов'язку брати участь у правоохоронній діяльності та здатні за своїми особистими якостями вирішувати поставлені завдання. У вузькому сенсі – це представники колективів підприємств, установ, кооперативів, комерційних і громадських організацій<sup>17</sup>. Із цього приводу Н.П. Ісаєва зазначила, що «представник громадськості – це незацікавлена особа, яка залучається (одноосібно або за участю інших осіб) до участі в кримінальному провадженні посадовими особами, учасниками кримінального судочинства або яка бере участь у ньому за власною ініціативою, що надає сприяння кримінально-процесуальній діяльності або безпосередньо її здійснює, виражаючи суспільний інтерес»<sup>18</sup>. Варто зазначити, що, відповідно до Великого тлумачного словника української мови, представник - це особа, що представляє кого-, що-небудь, діє за чийсь дорученням, від імені когось, виражаючи чийсь інтерес<sup>19</sup>. Тому в контексті предмета дослідження вважаємо не цілком вдалим уживати термін «представник громадськості», оскільки такий підхід звужує їх розуміння суто до осіб, що наділені представницькими

<sup>9</sup> Ишин А.М. Использование средств массовой информации при установлении и розыске лиц, совершивших преступления, в ходе предварительного следствия : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Москва, 1996. 220 с. С. 34.

<sup>10</sup> Овчинникова Л.И. Правовые и организационные основы привлечения негосударственных субъектов правоохранительной направленности к охране общественного порядка : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.14. Москва, 2008. 27 с. С. 11.

<sup>11</sup> Слободенюк І.В. Організаційно-правові засади діяльності громадських формувань з охорони правопорядку : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Харків, 2018. 21 с.

<sup>12</sup> Резникова А.Г. Базовые понятия криминалистического учения о взаимодействии следователя с общественностью в расследовании преступлений. *Известия Тульского государственного университета. Серия «Экономические и юридические науки»*. 2017. № 1-2. С. 167-171.

<sup>13</sup> Криминалистика : учебник / под ред. Н.П. Яблокова, В.Я. Колдина. Москва : Изд-во МГУ, 1990. 464 с. С. 49.

<sup>14</sup> Томин В.Т. О понятии «общественность» в круге задач, решаемых в уголовном процессе с её помощью. *Проблемы борьбы с преступностью. Сибирские юридические записки*. 1973. № 3. С. 137-141.

<sup>15</sup> Бандурка О.М. Управління в органах внутрішніх справ України : підручник. Харків : Ун-т внутр. справ, 1998. 480 с. С. 279.

<sup>16</sup> Бандурка О.М. Теорія і практика оперативно-розшукової діяльності : монографія. Харків : Золота миля, 2012. 620 с. С. 140.

<sup>17</sup> Іщенко Е.П., Топорков А.А. Криминалистика : учебник. 2-е изд., испр., доп. и перераб. Москва : Контракт, ИНФРА-М, 2010. 784 с. С. 54.

<sup>18</sup> Исаева Н.П. Актуальные вопросы участия общественности в уголовном судопроизводстве: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Уфа, 2009. 25 с. С. 8.

<sup>19</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2001. 1728 с. С. 1104.

повноваженнями й мають певні ввірені їм права діяти від імені інших осіб. У свою чергу, ця теза підтверджується й тим, що в разі неправомірних дій (наприклад, перевищення меж необхідної оборони) окремою особою не може йти мова про юридичні наслідки громадськості в широкому розумінні цього поняття.

Разом із цим низка авторів ототожнює окремого громадянина (особистість) із «громадськістю» як є суб'єктом протидії злочинності лише в тому випадку, коли цей громадянин (особистість) має відповідну ініціативу, тобто здібності до самостійних дій, сприяючи позитивному змінюванню криміногенного стану всупереч усталеній тенденції інертного ставлення більшості.

Наприклад, Г.Г. Резникова вважає, що не варто обмежуватися поняттям «громадянин» щодо осіб, здатних надати допомогу правоохоронним органам у розслідуванні злочинів. Це сукупність людей, які можуть сприяти органам правопорядку в розслідуванні злочинів. Однак у рамках взаємодії слідчого з особами, здатними надати допомогу з метою розслідування злочину, необхідно робити акцент на тих, хто може й бажає надати допомогу, на громадську ініціативність, на громадськість у широкому її розумінні<sup>20</sup>. У зв'язку з цим під терміном «громадськість» учена пропонує розуміти активну частину населення (одна особа або група осіб), утворену як відгук на певну ситуацію, проблему, готову надати допомогу слідчому і вступити (або вступивши) у взаємодію з ним з метою розслідування злочину<sup>21</sup>. Варто також зазначити й позиції таких авторів: Ю.Ю. Локтіонові, яка наголошує, що надати допомогу в розслідуванні злочинів за нинішнього технічного розвитку засобів масової комунікації реально здатна, і нерідко здійснює, не тільки «передова частина суспільства», громадські організації, їх представники тощо, а й будь-який громадянин<sup>22</sup>; С.С. Шрамко зазначає, що запобігання злочинності передбачає активну діяльність не тільки державних органів і громадських організацій, а й ініціативних громадян щодо усунення причин та умов злочинів<sup>23</sup>; Т.В. Раскіна висноує, що в контексті сучасних реалій громадськість - це сукупність юридично вільних громадян, які виконують певні соціальні ролі, правомірно виявляють активність, самодіяльність, ініціативність, і їх добровільних громадських і державно-громадських формувань, що

діють відповідно до законодавства та установчих документів<sup>24</sup>.

Такої ж думки, але дещо в іншій інтерпретації дотримується й В.С. Іванова, яка зазначає, що особистість (громадянин) є повноцінним (неспеціалізованим) суб'єктом запобіжної діяльності та забезпечення кримінологічної безпеки, що підтверджує розроблена категорія «профілактична активність особистості». Профілактична активність особистості може розглядатися як різновид її соціальної активності, що являє собою інтегральну якість взаємовідносин і взаємодії особистості й оточуючого її соціально-правового середовища у формі правомірної запобіжної діяльності, яка характеризується з об'єктивної сторони як творча, ініціативна, систематична, а із суб'єктивної – змістом і станом соціально-психологічних і правових властивостей та особливостей цієї особистості, що зумовлюють ці моменти (ознаки)<sup>25</sup>. В.В. Голіна, М.Г. Колодяжний, С.С. Шрамко та інші під громадськістю, яка бере участь у запобіганні злочинності, розуміють соціально активну частину суспільства (окремі громадяни та їх об'єднання), зацікавлену в участі в заходах із запобігання злочинності, яка добровільно спрямовує свою діяльність на захист будь-якого члена спільноти від злочинних посягань та інших правопорушень і діє в межах суворого дотримання законодавства й засад моралі<sup>26</sup>.

Безсумнівно, найбільшу цінність у протидії злочинності становлять особи/індивіди (суб'єкти громадськості), дії яких спрямовуються внутрішнім спонуканням. Разом із цим не можна відособлювати тих, які в силу розчарування, невпевненості в невідворотності покарання, примирення з низькою ефективністю правоохоронної діяльності державних органів, байдужістю тощо не проявляють ініціативу в протидії злочинності.

Дослідження оцінювання діяльності Національної поліції України, проведеного у 2018 році за допомогою опитування громадської думки, показує, що таких громадян більше ніж половина. Так, 50% опитаних респондентів указали, що не довіряють поліції: серед них - 29,6%, імовірно, не довіряють, і 20,4% - зовсім не довіряють (загальне негативне сальдо довіри (-19,6%), лише 36,3% опитаних указали про готовність допомагати поліції за будь-яких обставин<sup>27</sup>.

<sup>20</sup> Резникова А.Г. Базовые понятия криминалистического учения о взаимодействии следователя с общественностью в расследовании преступлений. *Известия Тульского государственного университета. Серия «Экономические и юридические науки»*. 2017. № 1-2. С. 167-171.

<sup>21</sup> Там само.

<sup>22</sup> Локтіонова Ю.Ю. Понятие и значение привлечения населения к расследованию и профилактике преступлений. *Общество и право*. 2009. № 3 (25). С. 235-237. С. 235.

<sup>23</sup> Шрамко С.С. Громадськість як суб'єкт запобігання злочинності: сучасне розуміння. *Право і Безпека*. 2012. № 2. С. 133-138.

<sup>24</sup> Раскіна Т. В. Кримінологіческие проблемы участия общественности в предупреждении преступности : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Москва, 2007. 23 с. С. 6.

<sup>25</sup> Іванова В.С. Предупреждение преступлений негосударственными субъектами в России : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Рязань, 2007. 27 с. С. 9-10.

<sup>26</sup> Громадськість у запобіганні і протидії злочинності: вітчизняний та міжнародний досвід : монографія / В.В. Голіна та ін. ; за заг. ред. В.В. Голіни, М.Г. Колодяжного. Харків : Право, 2017. 284 с. С. 40.

<sup>27</sup> Оцінка діяльності Національної поліції України за допомогою опитування громадської думки (національний звіт) / Д. Кобзін, С. Щербань, К. Коренева, А. Черноусов. Харків : Харківський інститут соціальних досліджень (ХІСД), 2019. 52 с. С. 10.



Водночас у юридичних науках аксіомою є теза, що протидія злочинності передбачає широке залучення громадян до охорони громадського порядку, запобігання злочинам і припинення їх. Участь громадськості у виявленні та розслідуванні злочинів сприяє своєчасному виявленню тих із них, що готуються чи що вже вчинені; з'ясуванню причин їх учинення та умов, що цьому сприяють; установленню осіб, які вчинили злочини, і розшуку злочинців<sup>28</sup>.

Ця теза сьогодні відображена й у нормативно-правових актах. Так, Національна стратегія сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні на 2016-2020 роки, розроблення якої зумовлено змінами основних тенденцій розвитку громадянського суспільства, зростанням його ролі в різноманітних сферах – «від просування реформ на державному і місцевому рівнях ... до надання волонтерської допомоги ... правоохоронним органам ...», визначає, що «розвиток громадянського суспільства за системної державної підтримки дає змогу залучати додаткові людські, організаційні, фінансові та технічні ресурси для надання соціальних та інших суспільно значущих послуг ..., а також скоротити державні видатки і запобігти корупційним ризикам»<sup>29</sup>.

У цьому контексті зазначимо, що розуміння терміна «громадськість» відіграло особливу роль у теорії і практиці ОРД, оскільки, *по-перше*, ініціатива участі громадян у спеціальних заходах із протидії злочинності не завжди може втілитися в конкретні дії. А.М. Кислий акцентує увагу на тому, що це не означає обов'язкову реалізацію ініціативи осіб у всіх випадках виявлення ними такого бажання. У подібній ситуації налагодження зазначеного вище зв'язку між громадянином і правоохоронною системою (п. 13 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність») зараховано виключно до компетенції органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність. У теорії ОРД сьогодні прийнято виділяти такі види позитивної мотиваційної складової: діловий контакт, взаємодопомога, взаємовиручка, співробітництво, партнерство, сприяння, взаємозв'язок тощо. Проте існує й негативна взаємодія, до якої автор зараховує підкуп оперативних працівників, корупцію, втягнення в злочинну діяльність, залякування, компрометацію, шантаж, викрадення та фізичне усунення (вбивство), викрадення і знищення кримінальних проваджень та інших документів, спрямування розкриття й розслідування злочинів у потрібне русло, створення умов для витоку інформації стосовно діяльності оперативних підрозділів, упровадження у правоохоронні органи аген-

тив організованих злочинних угруповань тощо. Як видно, далеко не завжди орієнтованість активності особи щодо взаємодії з працівниками оперативних підрозділів здатна справляти на неї (взаємодію) добрий вплив<sup>30</sup>.

У зв'язку з цим кожна окремо взята особа/індивід може самостійно, не представляючи інтерес будь-кого, бути суб'єктом протидії злочинності як у контексті індивідуальної ініціативи, так і за певних життєвих умов або обставин.

Кожна особа, крім судового захисту на національному й міжнародному рівнях, має можливість захищати свої права і свободи від порушень і протиправних діянь також іншими засобами, зокрема зверненнями до громадськості безпосередньо та через засоби масової інформації<sup>31</sup>.

Ми не заперечуємо думки А.М. Кислого, який зазначає, що проблеми мотивації під час залучення осіб до співпраці з оперативними підрозділами ОВС відносно розроблені в теорії та практиці ОРД, акцентує увагу, що активність цих осіб зросте лише в тому випадку, коли в найближчій і найбільш віддаленій перспективі інтереси осіб стануть максимально збігатися<sup>32</sup>. Однак, на нашу думку, це далеко не єдина умова мотиваційного складника окремих громадян до формування ініціативи в протидії злочинності.

З погляду значення ваги громадськості виділяються її групи: головні, другорядні, традиційні, специфічні, майбутні. Майбутні (перспективні) групи громадськості – це такі, чия поведінка, діяльність, думка формуються сьогодні, а їх вплив і значення проявляються в майбутньому. Характер зв'язків із громадськістю залежить від того, як ті чи інші групи ставляться до правоохоронного органу, підтримують, виступають проти, ставляться байдуже. Важливо завоювати прихильність байдужої громадськості, щоб вона не перетворилася на майбутні групи протидіючої сторони. Розуміння того, що знають люди, як вони себе почувають і що роблять, у поєднанні з інформацією про те, хто і яке займає становище, саме й становить основу підготовки продуманих програмних завдань щодо роботи з кожною ціловою групою громадськості<sup>33</sup>.

*По-друге*, до цього часу відсутнє змістовне розмежування терміна «громадськість» із такими поняттями, як «конфіденти»; «громадяни, які сприяють ОРД»; «особи, які залучаються до участі в ОРД»;

<sup>28</sup> Малюга. Взаємодія слідчого з оперативними підрозділами та іншими суб'єктами в системі методики розслідування злочинів : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Львів. нац. ун-т ім. Івана Франка. Львів, 2016. 289 с. С. 183.

<sup>29</sup> Національна стратегія сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні на 2016-2020 роки : Указ Президента України від 26 лют. 2016 р. № 68/2016. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/68/2016> (дата звернення: 15.11.2019).

<sup>30</sup> Кислий А.М. Проблеми формування концепції сприяння ОРД у протидії організованій злочинності. *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)*. 2011. Вип. 24. С. 52-58. С. 55.

<sup>31</sup> Бандурка О.М. БЗ3 Оперативно-розшукова діяльність. Частина I : підручник. Харків : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2002. 244 с. С. 68.

<sup>32</sup> Кислий А.М. Проблеми формування концепції сприяння ОРД у протидії організованій злочинності. *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)*. 2011. Вип. 24. С. 52-58. С. 56.

<sup>33</sup> Бандурка О.М. Управління в органах внутрішніх справ України : підручник. Харків : Ун-т внутр. справ, 1998. 480 с. С. 280-282.

«особи, які сприяють ОРД» тощо, для яких узагальненими є чимала кількість характерних ознак, проте є й відмінні.

Більшість цих формулювань спирається на певну теоретичну базу. У статті немає можливості в деталях викласти теорію по всіх групах питань, до яких також належить смислове навантаження окремих груп понять (а) участь, залучення, використання, сприяння тощо; б) протидія злочинності, боротьба зі злочинністю, запобігання злочинності тощо).

Не менш важливим для змістового розуміння «громадськості» є ознака, що ідентифікує окрему особу за громадянством певної держави. У працях теоретиків ОРД доволі часто зустрічаються змішування, а точніше, ототожнення термінів «особа» та «громадянин». Останній, відповідно до юридичного тлумачення, – це фізична особа, правовий статус якої зумовлений її належністю до громадянства певної держави<sup>34</sup>. Для нашої держави громадянин України - особа, яка набула громадянства України в порядку, передбаченому законами України та міжнародними договорами України<sup>35</sup>.

Безумовно, громадянство є тією конституційно-правовою передумовою, яка надає людині, що має статус громадянина, можливість повною мірою брати участь у всіх сферах суспільно-політичного життя держави. Цивільні, політичні, соціально-економічні та культурні права і свободи надаються в повному обсязі тільки фізичним особам, які мають громадянство<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. акад. НАН України Ю.С. Шемшученка. Київ : ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2007. 992 с. С. 141.

<sup>35</sup> Про громадянство України : Закон України від 18 січ. 2001 р. № 2235-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2235-14> (дата звернення: 14.11.2019).

<sup>36</sup> Нестерович В.Ф. Разграничение понятия «общественность» и смежных понятий и терминов в юридической науке. *Алтайский юридический вестник* : научный журнал Барнаул. юрид. ин-та МВД России. 2014. № 1 (5). С. 25-30.

Поряд із цим концепція суспільної безпеки передбачає участь у протидії злочинності осіб/індивідів, належність яких не обумовлена лише громадянством України. Поза цим поняття залишаються фізичні особи - іноземці й особи без громадянства, юридичні особи, міжнародні об'єднання, які також є важливими суб'єктами протидії злочинності.

Крім того, теорія протидії злочинності розглядає останню в тому числі як транснаціональний (міжнародний) феномен, що зумовлює необхідність залучення світової громадськості. Згідно з Конвенцією про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень і доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля, ратифікованої Законом України від 6 липня 1999 р. № 832-XIV, «громадськість» означає одну або більше фізичних чи юридичних осіб, їхнє об'єднання, організації або групи, які діють згідно з національним законодавством або практикою<sup>37</sup>.

### Висновки

У зв'язку з вищезазначеним уважасмо, що поняття «громадськість» як категорія теорії протидії злочинності охоплює як об'єднання (формування) фізичних осіб/індивідів, так й окремих фізичних осіб/індивідів, що не є членами таких об'єднань/формувань, які виявляють активність (ініціативу) у протидії злочинності, а також тих, які не виявляють такої активності (ініціативи) та є потенційними учасниками протидії злочинності в результаті поступового формування внутрішніх переконань у тому числі за рахунок цілеспрямованої системної роботи державних і громадських інституцій.

<sup>37</sup> Конвенція про доступ інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля, ратиф. Законом України від 6 лип. 1999 р. № 832-XIV. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/994\\_015](https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/994_015) (дата звернення 19.11.2019).

## The criminal liability of doctors in Germany: historic aspects

*Shkodiak Alona*

*PhD Student at the Chair of Criminal Law and Criminology*

*Law Faculty at Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine*

The article deals with the historical development of criminal liability of doctors in Germany. Establishment of criminal liability was studied in such documents on the history of law as Lex Aquila, the 1533 Criminal Code of the Holy Roman Empire of the German Nation (Constitutio Criminalis Carolina), the 1813 Bavarian Criminal Code, and the 1871 Penal Code of the German Empire, which has been amended and is still in effect.

Criminal liability of doctors dates back to Antiquity. Thus, the first mentions of special liability of doctors can be found in the Code of Hammurabi dated 1700 BC. Lex Aquila contained the notion of "error" and established liability for "deterioration of patient's condition due to doctor's negligence or recklessness."

For the first time in the history of German law, a special rule regarding liability of doctors was provided for in Article 134 of the Constitutio Criminalis Carolina. It was the first codified regulation that was force until the early 18th century. Thus, according to Article 134, a doctor was held liable, if their patient died as a result of doctor's negligence or ignorance. Not only did the article apply to doctors, but also to hairdressers, executioners, and midwives. It also applied to cases of battery, not just death.

Fragmentation of the German empire and land laws led to the departure from the common criminal law and the use of the Constitutio Criminalis Carolina. Thus, starting from the 18th century, none of the regulations contained specific rules that provided for doctors' liability. General rules for homicide or battery were applied to medical errors. Thus, the 1871 Penal Code of the German Empire (which is still in force today) did not contain a specific regulation for medical errors. There have been many attempts and many different versions of bills that provided for special liability for doctors. But none of them was accepted.

### Strafrechtliche Verantwortung der Ärzte in Deutschland: historische Aspekte

*Alona Shkodiak*

*Doktorandin am Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie*

*Juristische Fakultät der Nationalen Iwan-Franko-Universität Lviv, die Ukraine*

*Die Tätigkeit des Arztes ist Dienst am Kranken  
und Dienst an der Gesundheit des Volkes.*

*Ludwig Ebermayer*

#### Einführung

Die strafrechtliche Verantwortung der Ärzte ist in der Vergangenheit verwurzelt. Sie hat verschiedene Formen gehabt: während der Zeiten der Carolina wurde die Sonderregelung für Ärzte vorgesehen; Codex juris Bavarici criminalis von 1751 und auch preußisches Allgemeines Landrecht von 1794 enthielten keine Sondernormen für die Ärzte und deren Tätigkeit wurde nach allgemeinen Regelungen (Körperverletzung oder Tötung) qualifiziert. In diesem Aufsatz wird die Entwicklung der Ärzte-Verantwortung im Strafrecht kurz dargestellt.

**Zweck des Aufsatzes** ist die Entwicklung der Strafrechtsverantwortung für Behandlungsfehler der Ärzte zu zeigen; wie diese während der Zeiten geändert hat.

#### Das Hauptmaterial

Die strafrechtliche Verantwortung der Ärzte ist nicht neue. Die ersten Erinnerungen über die Verantwortung der Ärzte kann man in Codex Hammurabi (ca. 1700 v. Chr.) finden, der im §§215 ff. die Bestrafung des Arztes

wegen fehlerhaft ausgeführte Operationen regelte.<sup>1</sup> In der Lex Aquilia (lateinisch für "Gesetz des Aquilius", ca. 200 v. Chr.), die auf dem Territorium Europas auch während Mittelalter angewendet wurde, war zum ersten Mal der Begriff "Fehler" benutzt. § 5 des 2. Kapitels (Buch 9) dieser enthält folgende Norm: "Ein Arzt, der aus Unverstand oder Nachlässigkeit einen Kranken verwehrloset, ist darüber zur Verantwortung zu ziehen".<sup>2</sup> Auch fielen nach dieser Quelle des römischen Rechts die vorsätzlichen Verletzungen durch einen Arzt unter (z.B. durch unsachgemäße Operationen oder des Verabreichen eines schädlichen Arzneimittels), wobei bei Vorliegen eines Kunstfehlers die Kausalität für den Schaden vermutet wurde, da das begrenzte medizinische Wissen der damaligen Zeit einen Nachweis nicht zuließ.<sup>3</sup> Das zeigt uns, dass die Entwicklung der Verantwortung der

<sup>1</sup> Hilgendorf Eric. Einführung in das Medizinstrafrecht. München: C.H. Beck oHG 2016, S.1, Rn. 4

<sup>2</sup> Fenderlin Lukas. Versuch eines Auszuges der römischen Gesetze: in einer freyen Uebersetzung zum Behuf der Abfassung eines Volks-Codex: nach Ordnung der Pandecten / 5/11. Breßlau: Wilhelm Gottlieb Korn. 1783.

<sup>3</sup> Kraatz Erik. Arztstrafrecht. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2018, S. 2, Rn.2

Ärzte sehr eng in der Verbindung mit der Entwicklung der medizinischen Kenntnisse verbunden war. Wegen der normalen und ausreichenden Regulierung in diesem Bereich wurde in der verschiedenen Zeiten die Heilkunde nicht nur von gelernten Ärzten ausgeübt, sondern auch von Geistlichen, Wundärzten, Barbierchirurgen, Badern, Schafrichtern und Hebammen. Da kam man mehr und mehr zum Verständnis, dass die Heilkunde besondere Aufmerksamkeit seitens der Rechtswissenschaft braucht.

In der deutschen Rechtsgeschichte ist die Haftung des Arztes erstmals im Art. 134 des Codex Criminalis Carolina (der Peinlichen Gerichtsordnung Karls 5.) von 1532 normiert.<sup>4</sup> Alle Begriffe, die im Artikel 134 mit dem Titel "Straff, so ein Arzt durch sein Arznei dötett" benutzt wurden, brachte Hugo Kehr in seiner Dissertation "Ärztliche Kunstfehler und missbräuchliche Heilbehandlungen, eine strafrechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 134 der Carolina" zur Welt. Im Zusammenhang des Artikels 134 verstand man unter "Unfleiß" ein Verhalten, das von der rechten Art, vom rechten Wege, vom Brauchbaren und Regelmäßigen abweicht. Die "Unkunst" wurde als ein Mangel an Wissen, Kenntnis und Bildung und die mangelnde Gabe, die medizinischen Kenntnisse im bestimmten Fall richtig einzusetzen, bezeichnet.<sup>5</sup> Mit "leichtfertig" konnte man bestimmte Tätertypen bestimmen: Personen, die ohne nötiger Beständigkeit, ohne näherer Prüfung flüchtig und rasch arbeiten; sie weichten Moral, Sitte und Gebot ab. Das Tun des "verwegentlich" handelnden Arztes kann den Umständen nach kühn, entschlossen und wagemutig, es kann aber auch allzu kühn und allzu furchtlos, nämlich tollkühn und unbesonnen sein.<sup>6</sup> "Unfürsetzlich" handelte jeder, der es an der vorherigen Überlegung und Planung fehlen läßt. Dazu zählt nicht nur der "williglich" tötende Arzt, sondern auch der leichtfertig, verwegen, aus Unkunst, aus Unfleiß handelnde sowie derjenige, der seine Befugnisse überschreitet. Das "willigliche" Handeln des Arztes bedeutet, dass er den Patienten bewusst und gewollt umbringt und erfordert also des Bewusstseins, Unrecht zu tun.<sup>7</sup>

Die Adressaten der Regelung Artikel 134 Carolina waren nicht nur die gelehrten Ärzte, sondern auch die Physici Bader, Barbieri, Bruch- und Steinschneider, Scharfrichter und Hebammen. Möglicherweise zählen auch die Apotheker dazu.<sup>8</sup> Wie wir sehen können, der

<sup>4</sup> Hilgendorf Eric. Einführung in das Medizinstrafrecht. München: C.H. Beck oHG 2016, S.1, Rn. 4

<sup>5</sup> Hugo Kehr. Ärztliche Kunstfehler und missbräuchliche Heilbehandlungen: eine strafrechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 134 der Carolina. Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde, Marburg: Görlich and Weiershäuser 1972, S.55-57

<sup>6</sup> Ibid, S.57-58

<sup>7</sup> Hugo Kehr. Ärztliche Kunstfehler und missbräuchliche Heilbehandlungen: eine strafrechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 134 der Carolina. Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde, Marburg: Görlich and Weiershäuser 1972, S.76, 82

<sup>8</sup> Hugo Kehr. Ärztliche Kunstfehler und missbräuchliche Heilbehandlungen: eine strafrechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 134 der Carolina. Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde, Marburg: Görlich and Weiershäuser 1972, S.49

Artikel 134 der Carolina hat keine Strafe für Ärzte vorgesehen.

Wenn wir über die Zahl der Verfahren gegen Ärzte wegen Behandlungsfehler sprechen, können wir gar nicht bejahen, dass die Zahl solcher Strafverfahren im 16. Jahrhundert unglaublich groß war. Eine von der Voraussetzungen solcher Situation war nicht so gute Wissensbasis über den menschlichen Körper, die Gesundheit und die Heileingriffen. Der Einfluss der Kirche war noch sehr groß, das ärztliche Handeln war mehr mit Zauberei und Mystizismus verbunden.

Der Einfluss von Codex Criminalis Carolina darf man nicht verkleinern: der fand bis Anfang des 18. Jahrhunderts unmittelbare oder mittelbare Anwendung. Außerdem, er war so wie ein Art von Manifestation der Übernahme von dem römischen Recht. Codex Criminalis Carolina wurde im Laufe der Zeit auch geändert und entwickelt. Seinem Wortlaut nach gilt Artikel 134 Carolina für Tötung. Aus dem Sinne dieser Vorschrift ergibt sich jedoch, dass auch Körperverletzung erfasst sind. Auch weitere Entwicklung des Strafrechts und Strafrechtsgebung (was eine Aufgabe der Ländern war) war stark an der Codex Criminalis Carolina orientiert.

Die Zersplitterung des deutschen Reichs und die Landesgesetzgebung führte zur Ablösung des gemeinen Rechts und der Anwendung der Carolina. Weil es vom Anfang des 18. bis Mitte des 19. Jahrhunderts circa 10 Strafgesetzbüchern in Ländern gleichzeitig im Einsatz waren und ähnlich die Arzthaftung regulierte, achten wir auf das Kulturdenkmal des Rechts jener Zeiten - den Codex juris Bavarici criminalis von 1751.

Der Codex juris Bavarici criminalis von 1751 war das erste Landesrecht, dass das gemeine Strafrecht total abgewehrt hatte. Er enthielt keine spezielle Regelung für ärztliche Kunstfehler und dafür sind die allgemeinen Vorschriften über Totschläge angewendet. Bereits am 15. Mai 1813 wurde nach der Vorarbeit Feuerbachs ein neues Strafgesetzbuch erlassen. Auch dieses Gesetzeswerk enthielt keine Spezialregelung zur Verantwortlichkeit der Ärzte. Die Strafbarkeit folgte in diesen Fällen den allgemeinen Vorschriften über die vorsätzliche (Artikel 142) und fahrlässige (Artikel 64) Tötung. Für die Fälle grober Fahrlässigkeit galt die Vermutungsregel des Artikels 67, die grobe Fahrlässigkeit dann unterstellte, "wenn Personen, welche mit Bewilligung oder aus Auftrag des Staates eine Wissenschaft, Kunst oder Profession ausüben, aus Mangel oder Vernachlässigung der zu jener Wissenschaft, Kunst oder Profession gehörenden Kenntnisse und Fertigkeiten eine Rechtsverletzung verursacht haben".<sup>9</sup>

Mit der Begründung des Norddeutschen Bundes (Verfassung v. 26. Juli 1867) war die Zuständigkeit zur Schaffung eines einheitlichen Bundesstrafrechts gegeben.

<sup>9</sup> Riegger Theresa. Die historische Entwicklung der Arzthaftung. Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades, Regensburg 2007, S.66-67



Es handelt sich um eine Aufgabe von höchster nationaler und wissenschaftlicher Bedeutung. Nur einmal, in der Carolina, hatte Deutschland ein einheitliches Strafrecht besessen, dann war es wieder dem Schicksal der Zersplitterung verfallen. Ein einheitlicher Bundesstaat aber bedurfte im hervorragenden Maße des einheitlichen Rechts gerade auf dem Gebiet des Schutzes der Gesamtheit wie des Einzelnen gegen rechtswidrige Angriffe.<sup>10</sup> Mit Datum vom 31. Mai 1870 wurde das "Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund" im Bundesgesetzblatt verkündet und trat am 1. Januar 1871 im Bundesgebiet in Kraft. Aufgrund der Novemberverträge zu Versailles mit den süddeutschen Staaten erfolgte am 1. Januar 1871 die Erweiterung des Norddeutschen Bundes zum Deutschen Reich, das Strafgesetzbuch wurde am 15. Mai 1871 mit den erforderlichen redaktionellen Änderungen als "Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich" verkündet.<sup>11</sup> Dieses neue Strafgesetzbuch enthielt keine Sonderregelungen für die Kunstfehler der Ärzte. Hauptgrund hierfür war, dass man durch die strenge Anwendung der allgemeinen Strafbarkeitskriterien eine privilegierte Stellung der medizinischen Heilberufe verhindern wollte, weil angesichts der Freigabe der Heilberufe durch die Gewerbeordnung Leib und Leben der Bevölkerung vielfach durch unqualifizierte Behandlungen gefährdet wurden.<sup>12</sup>

Im Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 1871 war die strafrechtliche Verantwortung für Ärzte für folgende Tatbestände vorgesehen: 1) Unzucht (§174, Rn. 3); 2) fahrlässige Tötung (§222 Abs.2) (Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Gefängnis bis zu 3 Jahren bestraft. Wenn der Täter zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen feste, vermögen seines Amtes, Berufs oder Gewerbes besonders verpflichtet war, so kann die Strafe bis auf 5 Jahren Gefängnis erhöht werden)<sup>13</sup>; 3) fahrlässige Körperverletzung (§230 Abs.2) (Wer durch Fahrlässigkeit die Körperverletzung eines Anderen verursacht, wird mit Geldstrafe bis zu 900 Mark oder mit Gefängnis bis zu 2 Jahren bestraft. War der Täter zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen feste, vermögen seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet, so kann die Strafe auf 3 Jahre Gefängnis erhöht werden)<sup>14</sup>. Sehen wir uns mal die Sanktionen von §222 und §230 an. Hier können wir bemerken, dass die Strafe für Ärzte höher als für "einfache" Täter waren.

Hier kommt es nur darauf an, ob der Arzt, der unsachgemäß, entgegen den Regeln der ärztlichen Kunst

und Wissenschaft eingreift und dadurch den Kranken an Leben oder Gesundheit schädigt, rechtswidrig handelt. Dies kann keinem Zweifel unterliegen. Diese Rechtswidrigkeit wird in der Regel auch durch die Einwilligung des Kranken nicht beseitigt; denn diese Einwilligung geht vernünftigerweise immer nur auf sachgemäße Behandlungen und verliert ihre Bedeutung im Augenblick, in dem der Arzt die Grenze sachgemäßer Behandlung überschreitet, ganz abgesehen wo der später zu erörternden Frage, wieweit die Einwilligung in eine Körperverletzung deren Rechtswürdigkeit oder Strafbarkeit zu beseitigen vermag.<sup>15</sup>

Ein unfassbarer Einfluss auf die deutsche Strafrechtslehre hat die Entscheidung des Reichsgerichte vom 31.05.1894 gemacht. Mit dieser Entscheidung alle Eingriffe in körperliche Integrität (Unversehrbarkeit) erfüllen den Tatbestand des §223 StGB (Körperverletzung). Das bedeutet, dass jede ärztliche Heilbehandlung (chirurgische Eingriffe, Impfinjektionen und so weiter), unabhängig davon, ob erfolgreich oder nicht, mit allen Regeln der Heilkunst oder mit Fehlern durchgeführt wurden, als tatbestandsmäßige Körperverletzungen im Sinne §223 StGB behandeln sein müssen. Eine Körperverletzung kann nur dann straflos sein, wenn sie den Willen des Patienten nicht widerspricht (es gibt eine (mutmaßliche) Einwilligung) und wenn die nach allen Regeln der Heilkunst ausgeführt wurde.<sup>16</sup> Jeder Arzt, der ohne ein bestehendes Vertragsverhältnis oder ohne anderen Berechtigten vorsätzlich eine Körperverletzung zu Heilzwecken verübe, erfülle rechtswidrig den Tatbestand des § 223 StGB, besonders aber dann, wenn er gegen den erklärten Willen des Patienten oder seines Vertreters handle.<sup>17</sup> Diese Reichsgerichtsentscheidung hat bis heute wie Bejaher, sowohl als auch Gegner in der Rechtswissenschaft. Aber mit Sicherheit kann man feststellen, dass sie die Grundlagen für das derzeitige Medizinstrafrecht gegeben hat.

Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 1871 war seit den Zeiten der Carolina erste allgemeine kodifizierte Strafgesetzbuch. Mit dem Lauf der Zeit wurden verschiedene Änderungen ins StGB vom 1871 eingeführt. Obwohl diverse Gesetzentwürfe die Sondertatbestände für Ärzte oder Ausschlussstatbestände, die die Heilbehandlungen aus dem Anwendungsbereich §223 StGB entnahmen, enthielten, wurden keine von diesen ins StGB eingeführt.

Sowohl die Strafwissenschaftlern, als auch die Ärzte haben die gleiche Meinungen: es muss Sonderregelung für ärztliche Heilbehandlung im StGB sein. Die strafrechtlichen Regelungen über Körperverletzungen sollten auf gebotene ärztliche

<sup>10</sup> Hippel, R.v.; Deutsches Strafrecht Bd. 1 Allgemeine Grundlagen; Verlag von Julius Springer, Berlin, 1925; S. 341-342.

<sup>11</sup> Ibid; S. 345.

<sup>12</sup> Riegger Theresa. Die historische Entwicklung der Arzthaftung. Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades, Regensburg 200, S.70.

<sup>13</sup> Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 1871, herausgegeben von Oppenhoff Th.F.; 1885, T.2: Abschn. XVI-XIX, S. 482-484.

<sup>14</sup> Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 1871, herausgegeben von Oppenhoff Th.F.; 1885, T.1 und T.2: Abschn. I-XV, S. 505.

<sup>15</sup> Ebermayer Ludwig, Dr., Der Arzt im Recht. Rechtliches Handbuch für Ärzte. Leipzig: Georg Thieme Verlag 1930, S. 117.

<sup>16</sup> RGSt 25, 375 ff

<sup>17</sup> Riegger Theresa. Die historische Entwicklung der Arzthaftung. Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades, Regensburg 2007, S. 80.

Heilmaßnahmen oder die Eingriffe, die ein approbierter Arzt in Ausübung seines Berufs vorgenommen hat, keine Anwendung finden können. Zum Beispiel, schlug die Westfälische Ärztekammer vor, einen §233a in das Strafgesetzbuch aufzunehmen mit dem Wortlaut "Eine vorsätzliche Körperverletzung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung in Ausübung der Heilkunde durch einen approbierten Arzt erfolgt ist".<sup>18</sup> Ein Gesetzentwurf vom 1922 enthielt in §235 lediglich die Bestimmung, dass der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechende Eingriffe weder Körperverletzungen noch Misshandlungen im Sinne des Gesetzes darstellen sollten, so dass diese also schon tatbestandsmäßig aus den Körperverletzungsdelikten ausgenommen wurden. Somit war zwar der im vorausgehenden Entwurf nur implizierte Gedanke ausdrücklich festgeschrieben. Dafür fehlte aber eine Regelung über die ohne Einwilligung durchgeführte Heilmaßnahme. Ein Entwurf aus dem Jahr 1925 legte in §238 innerhalb des Abschnitts über die Körperverletzungsdelikte ausdrücklich fest, dass zu Heilzwecken vorgenommene ärztliche Eingriffe keine Körperverletzung darstellen sollten: "Eingriffe und Behandlungsweisen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, sind keine Körperverletzungen oder Misshandlungen im Sinne dieses Gesetzes".<sup>19</sup> Der Entwurf vom 1930 §263 StGB hatte unter der Überschrift "Heilbehandlung" folgenden Wortlaut: "Eingriffe und Behandlungen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, sind keine Körperverletzungen im Sinne dieses Gesetzes", und §281 des Entwurfs sah unter der Überschrift "Eigenmächtige Heilbehandlung" vor, dass nach dieser Vorschrift nur strafbar sein sollte, "wer jemand gegen dessen Willen zu Heilzwecken behandelt".<sup>20</sup> Die Voraussetzungen, warum diese und andere Entwürfe keine Anwendung gefunden haben, waren verschieden: der Erste Weltkrieg, komplizierte politischen, sozialen und wirtschaftlichen Bedingungen der Nachkriegszeit, die andauernden Abwechslungen der Mehrheiten im Reichstag während Weimarer Republik, die lange Arbeit an diesen Änderungen.

Mit dem Machtantritt den Nationalsozialisten kam auch neue Ideologie zur Welt. Ein Mensch war jetzt im Hintergrund und die deutsche "Volksgemeinschaft" stand fest im Mittelpunkt aller Gedanken. Die Ärzte waren «Garanten der für Volksgesundheit und Erhaltung der Rasse» und die einzelne Menschen sollten unter bestimmten Umständen gezwungen sein, im Interesse der Volksgesamtheit bestimmte ärztliche Eingriffe zu dulden.<sup>21</sup> Man kann sagen, dass Nationalsozialistische Regime fast keine Spuren im Bereich des Arzthaftungsrechts gelassen hat. Man kann

"fast" sagen, weil es eine Norm eingeführt wurde, die bis heute wörtlich im StGB im §228 beschlossen ist. Die NS-Zeiten brachten in das Strafgesetzbuch eine Gesetzesnovelle vom 26. Mai 1933 ausdrücklich einen neuen §226a, der lautete: "Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt". Diese Norm war auch auf alle ärztliche Heileingriffe anwendbar, wenn man diese mit dem Reichsgericht als tatbestandsmäßige, vorsätzliche Körperverletzungen sah.<sup>22</sup>

Nach dem Zweiten Weltkrieg haben die Siegermächte Deutschland in 4 Besatzungszonen eingeteilt. In der Sowjetischen Besatzungszone wurde die Deutsche Demokratische Republik gegründet, die die Frage des Arzthaftungsrechts nach der sowjetischen Art und beziehungsweise anders als im westlichen Teil Deutschlands reguliert hat. Bis zum Inkrafttreten eines neuen Strafgesetzbuches für die DDR im Jahre 1968 richtete sich die strafrechtliche Beurteilung der ärztlichen Behandlungsfehler nach den strafrechtlichen Bestimmungen aus der Zeit vor 1945. Hervorzuheben ist dabei aber, dass sich in der DDR bereits gegen Ende der fünfziger Jahre die Ansicht durchsetzte, dass ärztliche Heileingriffe tatbestandlich keine Körperverletzung darstellten. Die Tatbestandlichkeit sollte deshalb ausscheiden, weil die sozialistische Strafrechtswissenschaft einen neuen materiellen Verbrechensbegriff vertrat. Nach diesem sollte eine Handlung nur dann als Verbrechen angesehen werden können, wenn sie für die Gesellschaft gefährlich, in moralisch-politischer Hinsicht verwerflich, strafrechtswidrig und strafbar war. Unter einem ärztlichen Heileingriff wurde aber eine Maßnahme verstanden, die medizinisch indiziert war, den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechend durchgeführt und subjektiv politischer Hinsicht verwerflich, strafrechtswidrig und strafbar war mit dem Zweck verfolgt wurde, eine Heilung herbei zu führen. Die Subsumtion der ärztlichen Heilbehandlung unter den Tatbestand der Körperverletzung sollte demnach deshalb ausscheiden, weil der ärztliche Eingriff zum Nutzen für die Gesellschaft erfolge.<sup>23</sup> Weil es beim Heileingriff aus subjektiver Seite kein Vorsatz zur Verletzung vorgesehen war, sondern nur das Wunsch eine Person wieder gesund machen, musste man sowohl erfolgreiche, als auch erfolglose Heileingriffe nicht als Körperverletzungen bezeichnet werden. Mit der Verabschiedung neues Strafgesetzbuches der DDR von 1968 hat sich nichts geändert: es wurde keine Sonderregelungen für die eigenmächtige Heilbehandlungen vorgesehen. Weiterhin blieben die allgemeinen Vorschriften für die strafrechtliche Verantwortung der Ärzte maßgeblich. Als Straftatbestände im Falle eines ärztlichen Behandlungsfehlers kamen vor allem die

<sup>18</sup> Riegger Theresa. Die historische Entwicklung der Arzthaftung. Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades, Regensburg 2007, S. 98.

<sup>19</sup> Ibid, S.102

<sup>20</sup> Ibid, S.105

<sup>21</sup> Ibid, S.118

<sup>22</sup> Ibid, S. 119.

<sup>23</sup> Ibid, S. 147.

fahrlässige Tötung (§114 StGB) und die fahrlässige Körperverletzung (§118 StGB) in Betracht.<sup>24</sup> Die Einwilligung der Patienten und das Aufklärungspflicht der Ärzte waren im Hintergrund und es wurde keine strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen der Verletzung der Aufklärungspflicht für Ärzte vorgesehen.

Im westlichen Teil Deutschlands war die Situation umgekehrt. Es war keine Einigkeit unter den Rechtswissenschaftler, ob Heilbehandlung wirklich der Tatbestand der Körperverletzung erfüllt, wie man die Heilbehandlung, die ohne Einwilligung der Patient durchgeführt wurde, qualifizieren darf. Immer mehr wurde die Aufmerksamkeit den Fragen des Umfangs und der Grenzen der Aufklärungspflicht gewidmet. So wurden zwei Gesetzentwürfen von 1960 und 1962 von der Bundesregierung vorgestellt. Die beiden enthielten im §161 eine Regelung über die Heilbehandlung und im §162 eine Bestimmung über die eigenmächtige Behandlung zu Heilzwecken. Nach dem Wortlaut vom §161 war für die Ausgrenzung der ärztlichen Heilbehandlung aus dem Bereich der Körperverletzung das Vorliegen der Einwilligung des Patienten unbeachtlich und dieser Gesichtspunkt sollte nur im Rahmen des §162 über die eigenmächtigen Heilbehandlungen eine Rolle spielen. Zwar war aus §161, der lediglich von Strafflosigkeit spricht, nicht ersichtlich, ob schon die Tatbestandsmäßigkeit ausscheiden oder eine besondere Rechtfertigung eingreifen sollte.<sup>25</sup>

Wie alle anderen Entwürfe für die strafrechtliche Sonderregelung für die ärztlichen Heilbehandlungen, wurden die Entwürfe von 1960 und 1962 auch nicht in Strafgesetzbuch eingenommen. Die strafrechtliche Qualifizierung wurde weiter nach der allgemeinen Regelungen durchgeführt. Die Aufklärungspflicht nahm mehr und mehr an der Bedeutung in der Rechtssprechung zu. Nach der Wiedervereinigung Deutschlands im Jahre 1990 galt auf dem ganzen

Territorium Deutschlands das Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 (mit Änderungen). Die Strafrechtsreformen, die seit dem Jahre 1990 durchgeführt waren, haben die Situation mit der Arzthaftung nicht auf die radikale Weise geändert.

### Zusammenfassungen

Die Sonderregelung für Ärzte wurde erstmals im Art. 134 des Codex Criminalis Carolina (der Peinlichen Gerichtsordnung Karls V.) von 1532 vorgesehen. Dies hat die Verantwortung für die Tötung aus Unkunst oder Unfleiß und unvorsätzlich jemandem mit seiner Arznei tötet oder verletzt. Codex Carolina fand die Anwendung bis 18. Jahrhundert. Aber die Abschaffung des allgemeinen Rechtes und die Landesgesetzgebung haben eine sehr große Rolle gespielt: ab dem 18. Jahrhundert verschwand die Sonderregelung für die Ärzte. Seit dem 18. Jahrhundert fand die Strafverfolgung nach allgemeinen Normen (Körperverletzung und Tötung) statt. Das Reichsgericht mit seiner Entscheidung vom 1894 hat alle Heileingriffe (spielt keine Rolle, ob diese erfolgreich oder erfolglos war) zur Körperverletzung gleichgesetzt. Es waren viele Versuche die Änderungen in diesen Bereich einzubringen. Aber bis heute gibt es keine Sondernormen für die Arzthaftung im Strafgesetzbuch.

In den letzten Jahrzehnten sind zu den klassischen Bereichen der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte als Folge des ärztlichen Heileingriffs, dem Schwangerschaftsabbruch, die Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft, der Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht, der Sterbehilfe und der Verschreibung von Betäubungsmitteln immer weitere (vor allem wirtschaftsstrafrechtliche) Deliktsbereiche im Zusammenhang mit der ärztlichen Tätigkeit in den Fokus der Strafverfolgungsbehörden geraten, wie Abrechnungsbetrug, Vertragsarztuntreue, Vorteilsannahme und Bestechlichkeit.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Riegger Theresa. Die historische Entwicklung der Arzthaftung. Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades, Regensburg 2007, S. 148.

<sup>25</sup> Ibid, S. 153.

<sup>26</sup> Kraatz Erik. Arztstrafrecht. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2018, S. 3.

## The practical value of anthropocentrism for general-theoretical aspects of constitutional law

*Yakymovych Yakym*

*Postgraduate Student of the Department of Constitutional and Comparative Law  
of the Faculty of Law  
of the Uzhhorod National University, Ukraine*

The concept of anthropocentrism reflects the place of man as the center, cause and purpose of everything what exists. Constitutional law is an area of jurisprudence that study the basics of the formation and functioning of a social contract. A social contract (constitution) is the basic law of most modern democratic states. Its foundation is on a combination of social order and state order. The social order is basically determined by the rights, duties, freedoms of the individual and the citizen. The state system follows from the social system. Actual functioning of the state mechanism is realize through the exercise of the citizen's political rights, including the right to participate in the management of state affairs. Political rights are part of the social system. In exercising political rights, a person can acquires the status of a subject of state power what gives instruments of influence on the state mechanism. In this way one becomes the fundamental ground of both social and state functioning.

The article is devoted to an overview of the practical content of anthropocentrism in constitutional law. This research will analyze and improve: the methods of constitutional law science by the method of legal (constitutional) anthropocentrism; the concept of a rule of constitutional law, the definition of which should be reflected through the behavioral element of the subject of law; subjects of constitutional-legal relations and their classification based on the method of legal anthropocentrism; structural elements of the legal status of the subject of power with the proposal of unification of their structure; correlation of constitutional law and human factor; structure of constitutional legal relations, which includes legal fact, subjects, object, subject matter and content.

The results of the study allow to reflect new approaches to the general theoretical concepts of constitutional law. Each of these approaches enables a clearer definition of the place and role of a person both in constitutional law and in the state mechanism. Significant contributions to constitutional law, which also reflected in the article, are the possibility of influencing the constitutional-legal relations and the functioning of the state mechanism by regulating the human factor as an internal component of the material (behavioral) element of the content of the constitutional-legal relations.

### Практичне значення антропоцентризму для загальнотеоретичних аспектів конституційного права

*Якимович Яким Васильович*

*аспірант кафедри конституційного права та порівняльного правознавства  
юридичного факультету  
Ужгородського національного університету, Україна*

#### Вступ

Конституційне право – це галузь юридичної науки, яка вивчає закономірності взаємодії людини, суспільства та держави, їх становлення, зміну й розвиток згідно з конституцією як суспільним договором. Відносини, що виникають у результаті таких процесів, їхні суб'єкти та й самі творці закономірностей об'єднані одним спільним елементом – людиноцентричністю. Вивчати державотворчі процеси, структурні елементи органів державної влади, закономірності їх функціонування та розвитку без належного врахування людини, її сутності, місця й ролі в цих процесах неможливо для конституційного права. Обсягом вивчення ця наука повинна охоплювати як процеси суспільного ладу, так і похідні від них процеси державного ладу, надаючи при цьому правову оцінку, визначаючи місце та значення суспільно-поведін-

кового елемента й сутності первинного складника обох ладів – людини.

**Метою статті** є огляд практичного значення антропоцентризму для конституційного права через удосконалення та розвиток загальнотеоретичних понять і явищ конституційного права (методи науки конституційного права, поняття норми конституційного права, суб'єкти конституційно-правових відносин, структурні елементи правового статусу суб'єкта владних повноважень, співвідношення конституційного права та людського чинника, структура конституційно-правових відносин).

#### Виклад основного матеріалу

Огляд практичного значення, на наш погляд, варто почати з *методів науки конституційного права*. До спеціально-наукових методів найчастіше зараховують формально-юридичний, системний,



структурно-функціональний, порівняльно-правовий, порівняльно-історичний, статистичний, соціологічний<sup>1</sup>. Уважаємо за доречне доповнити наведеної список методом юридичного (конституційного) антропоцентризму. Його значення полягає в аналізі й удосконаленні норм конституційного права, реалізація яких здійснюється через поведінковий елемент суб'єктів конституційно-правових відносин. Цей метод у перспективі може кваліфікуватися різноманітним антропологічною експертизи конституційного законодавства. Він призначений визначати можливість і міру застосування антропоцентричного чинника (людських здібностей – знань, умінь, навичок, досвіду тощо) у конституційно-правових відносинах (наприклад, у ценових вимогах конституційної дієздатності щодо тих чи інших посад); детальніше кваліфікувати та розмежовувати норми конституційного права, що визначають складові елементи статусу суб'єктів конституційно-правових відносин, тобто різницю між гарантіями, правами, дискреційними повноваженнями, обов'язками, заборонами та обмеженнями; визначати й розробляти умови застосування колективного антропоцентризму, тобто одночасного застосування статусних повноважень кількома суб'єктами для прийняття спільних рішень, та інше застосування цього напрямку (наприклад, щодо колективних дій – конституційне звернення 45 народними депутатами України); визначення прогалин і неточностей конституційного законодавства, що пов'язані з поведінковим елементом, наприклад, згідно з частиною 10 статті 118 Конституції України, якщо недовіру голові районної чи обласної державної адміністрації висловили дві третини депутатів від складу відповідної ради, Президент України приймає рішення про відставку голови місцевої державної адміністрації<sup>2</sup>. Неточність наведеної норми полягає в питанні, як варто її трактувати. На перший погляд прийняття Президентом рішення про відставку голови доцільно кваліфікувати його прямим обов'язком на підставі висловленої недовіри двома третинами депутатів. Незважаючи на це, є два аспекти, які ускладнюють таке тлумачення. Перший аспект стосується причинно-наслідкового зв'язку, котрий повинен увидитися сполучником «то» перед фразою «Президент України приймає рішення» (у такому формулюванні: «... то Президент України приймає рішення»). Відсутність цього елемента дає змогу трактувати наведену норму не як обов'язок, а як дискреційне повноваження, реалізація якого здійснюється на власний розсуд глави держави. Другий аспект, впливаючи із цього ж причинно-наслідкового зв'язку, стосується частини «приймає рішення про відставку голови».

<sup>1</sup> Шляхтун П.П. Конституційне право України : підручник. Київ : Освіта України, 2010. 592 с. С. 44.

<sup>2</sup> Конституція України. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1996. № 30. Ст. 141. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>.

За відсутності елемента «то», трактування наведеної частини може бути неоднозначним. З одного боку, її можна визначити обов'язком Президента, а з іншого – мірою можливої поведінки (елементом дискреційного повноваження), тобто тільки можливістю відставки Президентом голови державної адміністрації. Це пов'язано з тим, що без належних доповнень (додаткових указівок) слово «приймає» означає реалізацію виключно на розсуд суб'єкта, а без сполучника «то» втрачається причинно-наслідковий зв'язок між гіпотезою та диспозицією, що дає змогу маніпулювати наведеною нормою, тобто дві третини депутатів можуть проголосувати, але остаточне рішення прийматиметься Президентом. Відповідно, метод юридичного антропоцентризму дає можливість виявити поведінковий елемент суб'єкта владних повноважень і в поєднанні з граматичним тлумаченням (у наведеному прикладі) визначити чіткість його застосування, що забезпечує вдосконалення й ефективніше функціонування всієї організаційної структури держави.

Крізь призму методу юридичного (конституційного) антропоцентризму варто розглянути *поняття норми конституційного права*. Більшість конституціоналістів норму конституційного права визначають правилом поведінки, яке встановлене або санкціоноване народом чи державою, спрямоване на регулювання суспільних відносин у сфері конституційного права, а його додержання й використання забезпечується шляхом переконання за необхідності державним примусом та іншими засобами впливу, що передбачені законодавством<sup>3,4</sup>. Натомість О.Ф. Фрицький визначає норму конституційного права формально-обов'язковим правилом фізичної поведінки особи, а О.І. Степанюк – правилом, опосередкованим поведінкою людини<sup>5,6</sup>. На наш погляд, конкретизація правила поведінки шляхом прив'язки його до фізичного виконання, опосередкування людиною або надання вольового елемента (наприклад, правило вольової поведінки тим паче, що конституційно-правові відносини в доктрині визначаються вольовими відносинами) дають змогу коректніше розмежовувати та класифікувати суб'єктів конституційно-правових відносин, конкретизувати механізм реалізації норм конституційного права суб'єктами публічно-правових відносин, а також поглибити розуміння органу державної влади, що сприятиме його ж функціонуванню.

<sup>3</sup> Шляхтун П.П. Конституційне право України : підручник. Київ : Освіта України, 2010. 592 с. С. 20–21.

<sup>4</sup> Погорілко В., Федоренко В. Поняття, ознаки, види і структура конституційно-правових норм. *Право України*. 2001. № 11. С. 9–14. С. 9.

<sup>5</sup> Фрицький О.Ф. Конституційне право України : підручник. 3-є вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 512 с. С. 23.

<sup>6</sup> Степанюк О.І. Норми конституційного права України: проблеми теорії : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право». Київ, 1993. С. 11.

Отже, суб'єкти конституційно-правових відносин повинні класифікуватися в такий спосіб: первинними суб'єктами мають бути індивідуальні – громадяни, іноземці та особи без громадянства. Уся організація суспільства й держави повинна починатися виключно із цих трьох суб'єктів (залежно від законодавчого регулювання можуть бути також біпатриди); щодо права на участь в управлінні державними справами: громадяни (з окремих питань іноземці та апатриди), виборці, парламентарі, глава держави (за винятком абсолютних монархій, де посада передається по крові), урядовці, судді, посадові особи. Похідними суб'єктами повинні бути об'єднання (сукупності), які мають характер колективного антропоцентризму: народ держави як об'єднання громадян. Його функціонування як суб'єкта конституційно-правових відносин виражається через форми народовладдя, тобто вибори, референдум, а також публічні заходи (митинги, протести, петиції та колективні звернення), усі процеси, державно-фінансові чи державотворчі, повинні відбуватися від імені народу як колективного й основного джерела влади; різновидами цього виду колективних суб'єктів також варто вважати національні меншини та корінні народи, що діють через наведені публічні заходи. До похідних суб'єктів представницько-владних повноважень потрібно зарахувати колегіальні органи державної влади, котрі завдяки колективному антропоцентризму (узгодженню позицій) приймають спільні рішення. До них належить парламент, уряд, колегіальні суди й інші колегіальні органи влади. Іншими політичними та суспільними суб'єктами конституційних відносин колективного типу можна вважати політичні партії, громадські й релігійні організації.

На окрему увагу з погляду методу юридичного антропоцентризму заслуговують виділені доктринаю суб'єкти, а саме: адміністративно-територіальна одиниця, державний орган та окремо держава. Адміністративно-територіальні одиниці не можуть бути суб'єктами жодних відносин, оскільки вони – тільки умовні розмежування для належного адміністрування та елементи структуризації форми державного устрою. Натомість їх потрібно класифікувати за предметом конституційно-правових відносин, а основними суб'єктами цих відносин є територіальні громади, тобто мешканці адміністративно-територіальних одиниць, а також їхні адміністративні представники (посадові особи). До предмета конституційно-правових відносин доречно також зарахувати державний орган (за винятком колегіальних органів), з огляду на те що він – тільки форма організації влади, але не зміст її функціонування. Змістом функціонування влади й, відповідно, її суб'єктами є виключно посадові особи зі статусом, повноваженнями та ієрархічними зв'язками, які формують об'єкт відносин. Державний орган можна виділяти як окремий суб'єкт тільки

в разі дій колегіального характеру в ролі поняття (назви), що номінує колективного суб'єкта (наприклад, уряд, парламент, комітет чи комісія), в інших випадках основним суб'єктом повинна визначитися «посадова особа державного органу». Специфічним суб'єктом конституційно-правових відносин є сама держава. Варто розуміти, що, незважаючи на юридичне визначення держави як суверенної організації публічної влади, загалом саме поняття є сукупним, оскільки включає як суспільство, так й організацію влади. Визначення держави як суб'єкта доречно тільки на рівні міжнародних відносин і міжнародного судочинства (у рамках внутрішньодержавного адміністративного судочинства держава як сторона справи повинна визначитися виключно посадовими особами державного органу, якщо предметом справи є сума коштів, то вони належать не державі як суб'єкту, а народу держави в частині того чи іншого бюджетного кошторису). Статтею 1 Конвенції Монтевідео 1933 року передбачено, що держава є суб'єктом міжнародних відносин, якщо вона має такі елементи: 1) народ; 2) визначена територія; 3) уряд; 4) здатність здійснювати міжнародні відносини<sup>7</sup>. При цьому з характеристики народу впливає його місце розташування, форма представництва та міжнародна дієздатність. Держава як суб'єкт на міжнародному рівні є тільки узагальненим поняттям цих чотирьох ознак, із котрих народ є домінантним складником, що діє через відповідні представницькі органи (відсутність одного з елементів кваліфікує утворення як квазідержаву, але народ стабільно залишається домінантним елементом). На внутрішньодержавному рівні державу або конкретний елемент у ній варто розглядати тільки як предмет конституційно-правових відносин (та інших відносин, пов'язаних із функціонуванням держави) між громадянами, народом держави (з окремих питань іноземцями, біженцями, національними меншинами, корінними народами) й посадовими особами державних органів як адміністративними представниками, так і виконавцями волі народу держави.

Використовуючи метод юридичного (конституційного) антропоцентризму та проаналізувавши норми конституції, ми можемо виокремити чіткі, уніфіковані для всіх суб'єктів публічної влади *структурні елементи конституційно-правового статусу*. У результаті проведених раніше аналізів основних законів нами визначено, що статус суб'єктів публічної влади складається з гарантій (умов, що забезпечують належне функціонування посадових осіб організації державної влади), прав (можливостей, які особа реалізує без необхідності та за власним бажанням), обов'язків (необхідностей, які особа реалізує без альтернативних можливостей),

<sup>7</sup> Treaty Series. Treaties and International Engagements registered with the Secretariat of the League of Nations. *League of Nations*. 1936. С. 25. URL: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%20165/v165.pdf>.

дискреційних повноважень (через поєднання права й обов'язку відображається необхідність, що реалізується на власний розсуд суб'єкта), заборон (норм, які своєю диспозицією встановлюють обов'язок утриматися від учинення певних дій) та обмежень (установлених певних меж і недопустимість реалізації можливостей, несумісних із повноваженнями; на відміну від заборон, обмеження передбачають негативний наслідок за порушення диспозиції норми)<sup>8</sup>. Окремо до елементів статусу варто зарахувати також конституційну дієздатність як сукупність умов (цензів), які дають особі змогу реалізовувати виборче права та право на участь в управлінні державними справами, а також підтвердити здатність набутти статусу суб'єкта владних повноважень. У процесі взаємодії кількох рівноправних статусів виникає вже згадане вище явище колективного антропоцентризму. У результаті цього колегіальні органи, приймаючи спільно узгоджені рішення, можуть діяти як один суб'єкт владних повноважень (але колективний). Колективний антропоцентризм може мати також інші форми застосування (консультації, контрасигнація, подання колективних звернень для забезпечення їх авторитетності й вагомості).

На сучасному етапі вагомою формою антропоцентризму, яка потребує детальнішого *вивчення та розвитку в конституційному праві, є складові (поведінкові) елементи людського чинника* (знання, уміння, навички, досвід тощо). Функціонування державної влади потребує застосування таких елементів як найвищих результатів суспільного життя у формі людського потенціалу. У сучасних конституціях знання, уміння, навички, досвід та інші елементи найчастіше використовують під час формулювання норм конституційної дієздатності, тобто в цензових вимогах (знання мови, стаж роботи, належна кваліфікація, визнана професійність), під час формулювання державної присяги (уводиться словами *зобов'язуюся, честю, добросовісно, совістю, сумлінно, відповідно до найкращих знань і переконань*) та інших видів обов'язків (незалежність як форма поведінки судді). Реалізація (використання) зазначених складників людського чинника здійснюється через права й дискреційні повноваження, оскільки в обох випадках використаний власний розсуд суб'єкта, який базується на людському чиннику. Складники інтердикційного становища (заборони й обмеження) потребують використання людського чинника у формі свідомого виконання вимог, чим дотримується відмова від частини особистої свободи для збереження суспільної справедливості. Використання людського чинника в конституційному праві має поглиблюватися науковими дослідженнями та ретельнішим застосуванням у формулюванні

норм конституційного законодавства. Першим кроком також може бути вдосконалення умов конституційної дієздатності, а саме: з огляду на повноваження президента на міжнародному рівні, виникає необхідність вимоги знань англійської або хоча б однієї з мов Європейського Союзу; доповнення у конституційному акті вимоги освітнього рівня для посадових осіб (наприклад, урядовців), а для парламентарів – належного рівня професіоналізму в певній галузі суспільної діяльності; доречним є запровадження вишколу перед вступом на посаду (варто розуміти, що віковий ценз і вимога внесення суми застави на виборах (наприклад, президента) не гарантує наявності необхідних здібностей для вирішення специфічних державотворчих складностей, котрі потребують або відповідної освіти, або окремої підготовки) тощо.

Використання зазначених форм у перспективі може поглиблюватися вимогами етики, відповідністю стандартам поведінки або дій і контролем за ними. Норми прав і дискреційних повноважень повинні формулюватися й використовуватися з урахуванням: 1) функціонального призначення, що є предметом впливу (що може бути як благо, так і відносини) та формою статусного повноваження; 2) людського чинника, форма якого має відповідати характеру предмета регулювання. Приблизний приклад такого застосування у формі обов'язку існує в рамках судової влади: частина 1 статті 129 Конституції України передбачає, що суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним і керується верховенством права<sup>9</sup>. Вимога незалежності й керованість верховенством права потребує особливих знань і кваліфікації, від чого залежить належне їх застосування. Конструкція подібної правової норми може формулюватися так: для права – суб'єкт може приймати рішення (що є мірою можливої поведінки) у ситуації відповідно до певних стандартів вирішення (котрі є кваліфікованим рівнем знань, розумінням соціальної рівності або політичної доцільності, тобто прояв людського чинника); для дискреційних повноважень – суб'єкт повинен приймати (що є обов'язком) рішення про призначення, звільнення, створення чи ліквідацію (що є елементом власного розсуду суб'єкта, оскільки рішення він приймає самостійно) відповідно до певних стандартів вирішення (наприклад, верховенства права, кваліфікації, справедливості тощо). Як у праві, так і дискреції стандарт – це те, що потребує особливих знань, умінь, навичок, досвіду й інших елементів. Описаний спосіб дасть можливість чіткіше врегулювати предметні відносини згідно з конкретними формами людського потенціалу та їх найефективнішим застосуванням.

Для визначення місця людського чинника в *структурі конституційно-правових відносин* варто розмеж-

<sup>8</sup> Якимович Я.В. Антропоцентризм у державній владі: аналіз норм основних законів у країнах Центральної та Східної Європи (Франція, Чехія, Польща та Україна). *Юридичний науковий електронний журнал*. 2019. URL: [http://www.lsej.org.ua/3\\_2019/12.pdf](http://www.lsej.org.ua/3_2019/12.pdf).

<sup>9</sup> Конституція України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1996. № 30. Ст. 141. 1996. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>.

овувати її на суб'єкти, об'єкт, предмет, юридичний факт і зміст. Об'єктом при цьому повинні кваліфікуватися самі відносини, що виникають між суб'єктами, а предметом – блага, з приводу яких виникають відносини. Зміст відноси влучно відображений у розмежуванні, запропонованому В.І. Кафарським та І.І. Припханом, яке складається з юридичного та матеріального елементів<sup>10</sup>. Юридичний елемент змісту – це права й обов'язки суб'єктів, що реалізуються на підставі юридичного факту (життєвої обставини). Матеріальний елемент відображений через поведінку суб'єкта. Людський чинник, тобто знання, уміння, навички, досвід тощо, – це внутрішнє вираження поведінки (матеріального елемента), зовнішнім вираженням є активна (вольова) дія суб'єкта. Права й обов'язки реалізуються з приводу певного предмета конституційного регулювання та є формою поведінки, яка є, з одного боку, вольовою дією, а з іншого – результатом прояву людського чинника. Зазначений підхід до розуміння конституційно-правових відносин найкраще співвідноситься зі структурою конституційно-правової відповідальності, що складається із суб'єкта, об'єкта, суб'єктивної сторони й об'єктивної сторони.

### Висновки

У результаті проведеного огляду практичного значення антропоцентризму можна стверджувати про такі позиції:

1) спеціальні методи науки конституційного права можуть бути розширені методом юридич-

<sup>10</sup> Кафарський В.І., Припхан І.І. Конституційне право України у схемах : навчальний посібник. Київ : Ліра, 2013. 272 с. С. 14.

ного (конституційного) антропоцентризму, котрий дає змогу досліджувати законодавство з погляду поведінкового елемента суб'єкта правових відносин; 2) використання методу юридичного антропоцентризму дає можливість розширити поняття норми конституційного права, визначаючи її не просто правилом поведінки, а поєднує з належністю до виконавця (правило фізичної, опосередкованої людиною або вольової поведінки); 3) застосування антропоцентризму дає змогу класифікувати суб'єкти конституційного права такими, що базуються на громадянах, іноземцях, особах без громадянства та посадових особах – як первинних, а народів, етнічному населенні та колегіальних органах – парламенті, урядові, колегіальних судах – як похідних суб'єктах; 4) структурні елементи конституційно-правового статусу суб'єкта владних повноважень можуть бути уніфіковані та класифіковані на права, дискреційні повноваження, обов'язки, заборони, обмеження, а також поєднані з конституційною дієздатністю та колективним антропоцентризмом; 5) конституційно-правове формулювання прав і дискреційних повноважень може здійснюватися в поєднанні з людським чинником у формі стандарту, якому має відповідати поведінка, а конституційна дієздатність використовувати нові форми цензів і їх механізми; 6) місце антропоцентричного елемента в структурі конституційних відносин (юридичному фактові, суб'єкті, об'єкті, предметі та змістові) визначається сутністю внутрішнього складника поведінкового, тобто матеріального, елемента змісту цих відносин, при цьому зовнішній складник – це сама дія як основа поведінки.



---

Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS)  
Issued quarterly  
Passed for printing: 15.11.2019