

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

Міністерство освіти і науки України

Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого

**ПРОБЛЕМИ
ЗАКОННОСТІ**

**PROBLEMS
OF LEGALITY**

**ПРОБЛЕМЫ
ЗАКОННОСТИ**

Збірник наукових праць

Випуск 134

**Харків
2016**

УДК 340(06)

Засновник і видавець: Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Заснований у 1976 р. Виходить 4 рази на рік

Мови видання: українська, англійська, російська

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

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

*Рекомендовано до друку та поширення через мережу Інтернет вченою радою Національного
юридичного університету імені Ярослава Мудрого, протокол № 1 від 06.09.2016 р.*

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

Іноземні члени редакційної колегії: д-р юрид. наук, проф. *С. О. Балащенко* (Білорусь); проф. *В. Е. Батлер* (США); д-р юрид. наук, проф. *Я. Д. Брік* (Польща); д-р юрид. наук, проф. *Т. Давулік* (Литва); д-р права, проф. *К.-Г. Кестнер* (Німеччина); д-р юрид. наук, проф. *С. Матюльєне* (Литва); д-р права, проф. *М. Ф. Монте* (Португалія); д-р держ. упр., проф. *О. В. Радченко* (Польща); д-р права, проф. *Д. Родрігес-Пінзон* (США).

Проблеми законності : зб. наук. праць / відп. ред. *В. Я. Тацій*. – Харків : Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого, 2016. – Вип. 134. – 208 с.

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

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

Збірник наукових праць індексується в Google Scholar, у міжнародних реферативних базах даних «EBSCO Publisher» (США), «Information Matrix for the Analysis of Journals» (MIAR) (Іспанія), Index Copernicus International (Польща), Scientific Indexing Services (США), Science Impact Factor (Австралія), Bielefeld Academic Search Engine (Німеччина), Directory of Research Journals Indexing (Індія); має повнотекстові мережеві версії в Інтернеті на платформах Національної бібліотеки України імені В. І. Вернадського, провідного електронного ресурсу Центральної, Східної та Південно-Східної Європи – Central and Eastern European Online Library, спеціалізованої інформаційної системи Російського індексу наукового цитування «РІНЦ» (РФ) та ін. Наразі збірник проходить процедуру індексації в інших міжнародних наукометричних базах, а також готуються необхідні матеріали для його подання до міжнародної наукометричної бази Scopus.

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

Передрук опублікованих у збірнику наукових праць «Проблеми законності» матеріалів чи використання зазначених у виданні відомостей дозволяється за умови обов'язкового посилання на джерело інформації.

© Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2016

Founder and publisher: Yaroslav Mudryi National Law University

Founded in 1976. Published 4 times per year.

Language of edition: Ukrainian, English, Russian.

Certificate of the printed mass medium state registration:

KB № 21387-11187 ІІР, 17.06.2015.

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

Recommended for publishing and distribution in Internet by the Academic Council of Yaroslav Mudryi National Law University: Protocol № 1, 06.09.2016.

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

Foreign Members of the Editorial team: *Serhei Balashenko* – Dr. of Legal Sciences, Prof. (Belarus); *William E. Butler* – Prof. of Law (USA); *Janusz D. Brick* – Dr. of Legal Sciences, Prof. (Poland); *Thomas Davulis* – Dr. of Legal Sciences, Prof. (Lithuania); *Karl-Hermann Kestner* – Dr. of Legal Sciences, Prof. (Germany); *Sniehole Matiulienė* – Dr. of Legal Sciences, Prof. (Lithuania); *Mório Ferreira Monte* – Dr. of Legal Sciences, Prof. (Portugal); *Oleksandr Radchenko* – Dr. in Public Administration, Prof. (Poland); *Diego Rodriguez-Pinzon* – Dr. of Legal Sciences, Prof. (USA).

Problems of legality : Collection of Scientific Works / executive editor Vasyl Tatsiy. – Kharkiv : Yaroslav Mudryi National Law University, 2016. – Issue 134. – 208 p.

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

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

Collection of the scientific works is indexed in Google Scholar, international review databases «EBSCO Publisher» (USA), «Information Matrix for the Analysis of Journals» (MIAR) (Spain), Index Copernicus International (Poland), Scientific Indexing Services (USA), Science Impact Factor (Australia), Bielefeld Academic Search Engine (Germany), Directory of Research Journals Indexing (India); has a full text net copys in the Internet on the platforms of V.I. Vernadsky National Library of Ukraine, Central and Eastern European Online Library, specialized information system of Russian scientific citation index «RSCI» (Russia) and others. The collection is currently undergoing indexation procedure in other international scientometric databases, all necessary steps are being made for its inclusion into international scientometric database Scopus.

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

Re-publication of the scientific articles, published in the collection «Problems of Legality» or usage of data, mentioned in it, is allowed with mandatory referring to the information source.

УДК 340(06)

Основатель и издатель: Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого

Основан в 1976 г. Выходит 4 раза в год.

Языки издания: украинский, английский, русский.

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

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

Рекомендован к печати и распространению через Интернет ученым советом Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого, протокол № 1 от 06.09.2016 г.

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

Иностранные члены редакционной коллегии: д-р юрид. наук, проф. С. А. Балашенко (Беларусь); проф. В. Е. Батлер (США); д-р юрид. наук, проф. Я. Д. Брик (Польша); д-р юрид. наук, проф. Т. Давулис (Литва); д-р права, проф. К.-Г. Кестнер (Германия); д-р юрид. наук, проф. С. Матюльене (Литва); д-р права, проф. М. Ф. Монте (Португалия); д-р гос. упр., проф. А. В. Радченко (Польша); д-р права, проф. Д. Родригес-Пинзон (США).

Проблемы законности : сб. науч. трудов / отв. ред. В. Я. Тацій. – Харьков : Нац. юрид. ун-т имени Ярослава Мудрого, 2016. – Вып. 134. – 208 с.

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

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

Сборник научных трудов индексируется в Google Scholar, в международных реферативных базах данных «EBSCO Publisher» (США), «Information Matrix for the Analysis of Journals» (MIAR) (Испания), Index Copernicus International (Польша), Scientific Indexing Services (США), Science Tract Factor (Австралия), Bielefeld Academic Search Engine (Германия), Directory of Research Journals Indexing (Индия); имеет полнотекстовые сетевые версии в Интернете на платформах Национальной библиотеки Украины имени В. И. Вернадского, ведущего электронного ресурса Центральной, Восточной и Юго-Восточной Европы – Central and Eastern European Online Library, специализированной информационной системы Российского индекса научного цитирования «РИНЦ» (РФ) и др. В настоящее время сборник проходит процедуру индексации в других международных наукометрических базах, а также готовятся необходимые материалы для подачи его в международную наукометрическую базу Scopus.

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

Перепечатка опубликованных в сборнике научных трудов «Проблемы законности» материалов или использование указанных в издании сведений разрешается при условии обязательной ссылки на источник информации.

© Национальный юридический университет
имени Ярослава Мудрого, 2016

ЗМІСТ

ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

<i>Семеніхін І. В.</i> Використання правової доктрини судовими органами України (англійською мовою).....	8
--	---

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС

<i>Крат В. І.</i> Застосування позовної давності у сфері недійсності правочинів: аналіз судової практики.....	15
<i>Карнаух Б. П.</i> Позовна давність у практиці Європейського суду з прав людини.....	24
<i>Кухарев О. Є.</i> До питання щодо забезпечення виконання спадкового договору після смерті відчужувача.....	37
<i>Сибіга С. Е.</i> Новація у праві Давнього Риму.....	46
<i>Хмельова Н. А.</i> Сутність шкоди, завданої злочином життю фізичної особи, що підлягає відшкодуванню державою.....	54

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО. ФІНАНСОВЕ ПРАВО. ТРУДОВЕ ПРАВО

<i>Гетьман Є. А.</i> Принцип верховенства права у нормотворчій діяльності органів виконавчої влади.....	61
<i>Адеюмо О. І., Фага Г. Ф.</i> Національна безпека і стала демократія в Нігерії: шляхи просування (англійською мовою).....	70
<i>Макух О. В.</i> Питання, пов'язані із визначенням предмета закону про Державний бюджет у рішеннях Конституційного Суду України.....	90
<i>Гавває О. В.</i> Окремі питання регулювання оплати праці за кордоном та в Україні.....	103

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО. КРИМІНОЛОГІЯ

<i>Оболонець В. Ф.</i> Системний підхід у антикорупційному комплаєнсі.....	112
<i>Іщенко М. В.</i> Забруднення або псування земель як наслідки у злочині, передбаченому ст. 239 Кримінального кодексу України.....	119

ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО. АГРАРНЕ ПРАВО

<i>Статівка О. О.</i> Ретроспектива розвитку правової науки про природно-заповідний фонд України як елемент національної екологічної мережі.....	129
<i>Гольонко Р. А.</i> Особливості становлення та розвитку законодавства про біосферні заповідники.....	139
<i>Боровицька А. Г.</i> Співвідношення понять «ведення державного водного кадастру» та «кадастровий процес».....	152
<i>Біловус Р. В.</i> Правове регулювання загального користування надрами для цілей, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин.....	165

СУДОУСТРІЙ. ПРОКУРАТУРА ТА АДВОКАТУРА

<i>Назаров І. В.</i> Історичний розвиток та сучасна структура судової системи Німеччини.....	173
<i>Шпенова П. Ю.</i> Загальні засади формування кадрів для апарату суду.....	182

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

<i>Комарова Т. В.</i> Суд ЄС та національні інтереси держав – членів Європейського Союзу.....	190
<i>Камчатний М. В.</i> Історія міжнародно-правового регулювання питань, пов'язаних із застосуванням комп'ютерних технологій.....	199

CONTENTS

THEORY OF STATE AND LAW

<i>Semenihin I. V.</i> The use of legal scholarship by the courts of Ukraine.....	8
---	---

CIVIL LAW AND CIVIL PROCEDURE

<i>Krat V. I.</i> Application of limitation period in the sphere of invalidity transactions: analysis of judicial practice.....	15
<i>Karnaukh B. P.</i> Limitation period in case-law of European Court of Human Rights.....	24
<i>Kukharev A. E.</i> To the question of the enforcement of the performance of the hereditary contract after the death of the transferor.....	37
<i>Sybiha S. E.</i> Novation according to the law of Ancient Rome.....	46
<i>Khmelyova N. A.</i> The essence of the harm caused by the crime of a natural person, shall be reimbursed by the state.....	54

ADMINISTRATIVE LAW. FINANCIAL LAW. LABOR LAW

<i>Hetman Y. A.</i> The rule of law in lawmaking activity of executive bodies.....	61
<i>Adejumo O. I., Faga H. P.</i> An exploration of the interface between national security and sustainable democracy in Nigeria:the way forward.....	70
<i>Makukh O. V.</i> Matters relating to the definition of the subject of the law on State Budget in the Decisions of the Constitutional Court of Ukraine.....	90
<i>Gayevaya A. V.</i> Some issues of wages abroad and in Ukraine.....	103

CRIMINAL LAW. CRIMINALISTICS

<i>Obolentsev V. F.</i> Systematic approach to anti-corruption compliance.....	112
<i>Ishchenko M. V.</i> Contamination or deterioration of lands as a consequence in a crime under Art. 239 of Criminal code of Ukraine.....	119

ENVIRONMENTAL LAW. AGRICULTURAL LAW

<i>Stativka O. O.</i> Retrospective of legal sciences development about the nature reserve fund of Ukraine as an element of national environmental network.....	129
<i>Holonko R. A.</i> Features of formation and development of legislation on biosphere reserves.....	139
<i>Borovytska A. G.</i> The correlation of the definitions «maintenance of the state water cadastre» and «cadastral process».....	152
<i>Bilovus R. V.</i> Legal regulation of the common use of subsoil for purposes not related to mining.....	165

JUDICIARY. PROSECUTION AND ADVOCACY

<i>Nazarov I. V.</i> Historical development and modern structure of judicial system of Germany.....	173
<i>Shpenova P.J.</i> The general bases of formation of staff for the court device.....	182

INTERNATIONAL LAW

<i>Komarova T. V.</i> The European Court of Justice and the national interests of the European Union's Member States.....	190
<i>Kamchatniy M. V.</i> History of international legal regulation of the issues related to the use of computer technologies.....	199

СОДЕРЖАНИЕ

ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

<i>Семенухин И. В.</i> Использование правовой доктрины судебными органами Украины (на английском языке)	8
---	---

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

<i>Крат В. И.</i> Применение исковой давности в сфере недействительности сделок: анализ судебной практики	15
<i>Карнаух Б. П.</i> Исковая давность в практике Европейского суда по правам человека	24
<i>Кухарев А. Е.</i> К вопросу об обеспечении исполнения наследственного договора после смерти отчуждателя	37
<i>Сибига С. Э.</i> Новация в праве Древнего Рима	46
<i>Хмелева Н. А.</i> Сущность вреда, причиненного преступлением жизни физического лица, который подлежит возмещению государством	54

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО. ФИНАНСОВОЕ ПРАВО. ТРУДОВОЕ ПРАВО

<i>Гетьман Е. А.</i> Принцип верховенства права в нормотворческой деятельности органов исполнительной власти	61
<i>Адеюмо О. И., Фага Г. Ф.</i> Национальная безопасность и устоявшаяся демократия в Нигерии: пути продвижения (на английском языке)	70
<i>Макух О. В.</i> Вопросы, касающиеся определения предмета закона о Государственном бюджете в решениях Конституционного Суда Украины	90
<i>Гаевая А. В.</i> Некоторые вопросы оплаты труда за рубежом и в Украине	103

УГОЛОВНОЕ ПРАВО. КРИМИНАЛИСТИКА

<i>Оболонец В. Ф.</i> Системный подход в антикоррупционном комплаенсе	112
<i>Ищенко Н. В.</i> Загрязнение или порча земель как последствия в преступлении, предусмотренном ст. 239 Уголовного кодекса Украины	119

ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО. АГРАРНОЕ ПРАВО

<i>Стативка О. А.</i> Ретроспектива развития правовой науки о природно-заповедном фонде Украины как элементе национальной экологической сети	129
<i>Голенко Р. А.</i> Особенности становления и развития законодательства о биосферных заповедниках	139
<i>Боровицкая А. Г.</i> Соотношение понятий «ведение водного государственного кадастра» и «кадастровый процесс»	152
<i>Биловус Р. В.</i> Правовое регулирование общего пользования недрами для целей, не связанных с добычей полезных ископаемых	165

СУДОУСТРОЙСТВО. ПРОКУРАТУРА И АДВОКАТУРА

<i>Назаров И. В.</i> Историческое развитие и современная структура судебной системы Германии	173
<i>Шпенова П. Ю.</i> Общие основы формирования кадров для аппарата суда	182

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

<i>Комарова Т. В.</i> Суд ЕС и национальные интересы государств – членов Европейского Союза	190
<i>Камчатный Н. В.</i> История международно-правового регулирования вопросов, связанных с использованием компьютерных технологий	199

ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА



Semenihin Igor Victorovich,
*Candidate of Legal Sciences,
Assistant of the Department of Theory of State
and Law, Yaroslav Mudryi National Law University,
Ukraine, Kharkiv
e-mail: igsemenihin2009@yandex.ru
ORCID 0000-0001-9692-9276*

doi: 10.21564/2414–990x.134.78782
UDC 340.143

THE USE OF LEGAL SCHOLARSHIP BY THE COURTS OF UKRAINE

The specific features of the use of legal scholarship by the courts of Ukraine have been analyzed in the paper. The reasons of lack of the established practice of scholarly writings citation in court decisions have been considered.

Keywords: citation practice; judicial opinion; judicial decision; legal doctrine; legal scholarship.

Семенihin И. В., кандидат юридических наук, ассистент кафедры теории государства и права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: igsemenihin2009@yandex.ru ; ORCID 0000-0001-9692-9276

Использование правовой доктрины судебными органами Украины

В статье анализируются особенности использования правовой доктрины судебными органами Украины. Охарактеризованы основные причины отсутствия устоявшейся практики цитирования в судебных решениях научных работ.

Ключевые слова: практика цитирования; позиция судьи; судебное решение; правовая доктрина; юридическая наука.

Problem setting. The recognition and implementation of democratic principles, human rights doctrine associated with the fall of the «socialist camp» led to significant changes in various fields – economics, politics, law and others. Along with this, the intensity and effectiveness of transformational changes is quite heterogeneous. This

seems to be conditioned by the existing traditions and culture, which have been developed by the peoples for centuries under the influence of various economic, ideological, political and religious factors. For this very reason in some countries (Poland, the Baltic States) the democratic principles, values, institutions are positively taken at the level of public consciousness, as they are not totally alien to the peoples of these countries. Moreover, the negative Soviet influence on them was relatively short-term and did not result in irreversible consequences.

At the same time in Ukraine, Russia, Belarus, the situation is much more complicated. The obstruction of the reforms in Ukraine and complexity in the perception and implementation of democratic values and institutions to a large extent is related to the fact that Ukrainian society for centuries was developing in the framework of socio-cultural space and political regimes that existed in the Russian Empire (until 1917) and the Soviet Union (until 1991). Ukrainian society for a long time was developing in the system of coordinates of the paternalistic state that was not part of European culture and civilization. The name of the state changed, but the principles of relations between the public authorities and society, the scientific community, the intelligentsia did not change significantly. Lawyers in that state did not protect the rights and freedoms of citizens, but were mostly the tools of repressive penal policy of the authoritarian political regimes. Rene David noted in that regard that lawyers were to a greater extent servants of the king and state, than servants of the law – they had no spirit of corporate solidarity [2, p. 134]. To the full extent this applies to the Soviet judges, whose main task was to promote implementation of the state policy, and not to find fair solutions of social conflicts and establish the principle of the rule of law, as it is the case in any law-governed democratic state.

Paper objective. The main purpose of the article is determination of peculiarities of the legal science achievements using in the activity of the Ukrainian court instances.

Recent research and publications analysis. Works by A. Vasiliev, R. David, M. Emelin, S. Maksymov, S. Poljakov, R. Puzikov, L. Petherbridge, F. Schauer, F. Shecaira, K. Stanton are noteworthy among modern domestic and foreign scientists researching this problem [1–6; 9–12].

Paper main body. Today, the legal system of Ukraine is developing in the context of European integration and globalization processes. Ukraine's active participation in these processes, including close and fruitful cooperation with non-governmental organizations (the International Association of Lawyers among them), opens the way to the study and implementation of the achievements of the Western legal tradition. The legal doctrine which according to Rene David's concise definition was and remains a «very important, living source of law», is an integral part of it [2, p. 121]. Legal doctrine is not merely an institution of the legal academy, it is a significant institution of the modern Western legal systems, which is closely related with its various components and exercises considerable influence on them. Representatives of the scientific and expert community, politicians have repeatedly stressed the unsatisfactory quality of acts adopted in Ukraine by the law-making bodies and the courts. In this regard, the importance and necessity of a more active

use of the legal doctrine (achievements of the legal science) has been emphasized by decision makers. So, it is important to determine the optimal approaches and forms of such use in the lawmaking and judicial practice.

There are two main forms of applying the legal doctrine in the legal practice. First, when the doctrinal provisions are part of lawyer's consciousness in the course of studying scholarly writings. This is an indirect impact of the legal doctrine on the process of taking a decision by the lawyer. Secondly, on condition that the practice of applying norms of law is quite controversial, there are gaps in legislation, conflicts of legal rules, judges and lawyers use legal doctrine as a means of additional reasoning, referring in their decisions to the competent works of scholarly writers. At the same time, in the post-Soviet regions (including Ukraine) these issues have not been purposely studied by jurists, hence the relevance of our research. We believe that this subject matter is more complex and difficult than it might seem at first glance. Many important issues and related problems that need research are not obvious in the light of statistics.

The concept of legal doctrine in civil law systems is characterized by such terms as: «*legal science*», «*legal theory*», «*jurisprudence*», «*legal writing*», «*legal principle*», «*influential body of teachings*», «*legal dogmatics*» etc. Legal doctrine is also used in the sense of results of scientific research – treaties, legal encyclopedias, legal dictionaries, law articles published in legal journals and law reviews. The term «*legal scholarship*» is the most common in the Anglo-American law. In the US, the UK, Canada, Australia many works were published, which studied the specific features of applying legal scholarship in the judge's decisional process. The content analysis of court decisions shows that the judges use not only statutes and precedents for the decision making. When dealing with complicated cases in the interpretation of statutes, changing precedents, in constitutional proceedings, judges often use persuasive authorities (including legal scholarship), directly referring to them in their judicial decisions, making their legal position more reasonable and convincing. In the US, this practice is prevailing.

In fact, no decision of the Supreme Court of the United States can be taken without this kind of citation. It's no secret that in every area of law, there are several works (usually no more than three or four works mainly in the form of monographs), which have the status of doctrinal and are most often cited by judges and legal scholars. Their authors have made a significant contribution to the development of certain institutions of law and enjoy great respect among lawyers. These works are cited by them on the exclusive (only specific authors and no others) or priority basis. Their distinguishing features are: a) fundamental and encyclopedic nature – the author is trying to look into each «corner» of the area of law, which is studied; to analyze every aspect in detail, often providing insights into history and considering how a particular legal problem was solved in different legal systems; b) periodic re-edition of an updated version by the writing staff, as a rule by a student of the original author, his followers or fellow-thinkers. Among these works we can name the following: Benjamin's Sale of Good; Paget's Law of Banking; Clerk & Lindsell On Torts; Megarry & Wade: The Law of Real Property etc.

In the Soviet legal literature the term «doctrine» was used mostly in a negative sense, in particular in the context of condemning the state legal policy of bourgeois states. The eloquent publication titles of the Soviet scholars speak for themselves: *Bourgeois democracy: the crisis of the institutions, the futility of doctrines* (1970), *The Illegality of the US doctrine of nuclear war* (1985), *Criticism of American doctrines and practices in international cooperation on human rights* (1983) etc.

In our view, there are no fundamental differences between the concepts «*legal doctrine*» and «*legal scholarship*», but you can find them if desired. Fábio Shecaira also noted that legal scholarship and the doctrine (the latter being the preferred phrase in many civilian jurisdictions) refer to the same things, namely, formalist academic works concerning the law [11, p. 75].

In our study, we use these terms as synonyms in the meaning recognized in the legal community, relying on the views of legal writers (mostly scholars) and their legal writings, which can be described as doctrinal (most influential and authoritative). We used The Unified State Register of Court Decisions¹ to study the influence of legal scholarship on court decisions. Of the total number of judgments found in the database (more than 57 million decisions) only several hundred comprise citations to legal scholarship. On the basis on these figures, it may be concluded that in Ukraine (by the way as in other post-Soviet countries) such citation practice is almost non-existent. This can be explained by several reasons.

In our view, first of all the reason for that is *existing judicial traditions* which largely determine the specific character of court's argumentation. The Soviet period had the most notable consequences in the formation of those traditions. Because of the prevalence of legal positivism in the Soviet jurisprudence and system of legal education (so-called narrow-normative understanding of law – «all law is to be found in the legal norms issuing from the State») and the principle of «socialistic legality», the references to the views of scholarly writers and non-legal information in the form of direct citation in court decisions was actually forbidden. Today in Ukraine we can observe positive changes in this area. Approaches to justice, its philosophy and methodology are changing. Judges are becoming more «open» in the course of making decisions; they try to take into account economic, political, cultural and religious aspects of the case that had been submitted to court, and go beyond rigid statutory norms in search of more flexible legal solutions that are in line with the complex and changing realities of life. Judges no longer rely solely on the legislation and refer to the principles of law, precedents and legal scholarship. This is most noticeable as in the case of the body of constitutional jurisdiction (The Constitutional Court of Ukraine). Although, this is just the beginning of a long and hard path of changes and reforms, which brings many challenges and obstacles. The ghosts of the past and still haunt the minds. Rephrasing F. Maitland's famous saying, let's remark here, that legal principles, rules, notions of the nature and the role of law

¹ The Unified State Register of Court Decisions is the electronic database. Here you will find decisions of Ukrainian courts of all jurisdictions (criminal, commercial, administrative etc.) adjudicating since 2006. Available at: <http://www.reyestr.court.gov.ua>.

prevalent in the Soviet period that we have buried, still rule us from their graves. They can be seen today (albeit usually veiled) in some textbooks on jurisprudence and in the activities of decision makers, especially those who were educated and started their professional careers in the Soviet times.

A congested operating schedule of the courts. This is one of the key problems of the Ukrainian judicial system. First of all this is the case of the first-instance local courts, which decide the vast majority of cases heard by the bodies of judicial power in Ukraine. Moreover, the total number of cases heard by Ukrainian courts is increasing every year. In this regard, the judges literally do not have enough time and energy to work at detailed reasoning and thorough study of the legal position that they suggest. It is also one of the important reasons why judicial decisions are usually rather short and nontransparent.

The quality of the academic writings is rather low. The problem is that practicing lawyers do not always see scholars as reliable partners, because they often produce airy-fairy provisions or ideas, devoid of any practical significance or do not develop any problems really relevant to the legal practice. This issue will be studied specifically in our next publications. Let's remark here that such a problematic situation is not unique to Ukraine. Chief Justice of the United States John G. Roberts recently explained that he does not pay much attention to law review articles, reportedly stating that they are not particularly helpful for practitioners and judges [9, p. 996]. And Chief Justice Roberts is not alone in his criticism; he is also supported by many other American judges. I heard similar views and statements (even in more radical forms) as part of my personal contacts with Ukrainian judges and advocates. «If the academy does want to change the world», federal Judge Reena Raggi said at one of the conferences, «it does need to be part of the world» [8]. These calls are currently mainstream and they can be addressed to Ukrainian scholar writers. They should publish their works on current issues in a simple-to-understand form.

Another feature of the use of legal scholarship in court decisions is that Ukrainian judges rarely cite specific works of scientists. Instead, reasoning their opinion, judges tend to use such structures, «according to the views, established in the legal literature», «in accordance with recognized approaches in legal science», «in line with the general doctrinal approach», «in the legal doctrine it is widely acknowledged that» etc. What is the reason for that?

In our view, this somewhat cautious attitude of judges can be explained by the much *too «young age» of the Ukrainian legal science*. The declaration of independence of Ukraine in 1991 was the starting point for a qualitatively new stage of development of Ukrainian society as a whole, and for legal science in particular; entirely new subject matters, methodological approaches emerged, which were actually banned in the Soviet times. A real opportunity to use the achievements of foreign legal science arose. However, 25 years is probably too short a period for the views of scholars to acquire the status of doctrinal and enjoy undisputed authority in Ukrainian legal community. Of course, in every area of law you can find several works that make a real difference – they were written in Ukraine by known authors, they are studied by university students, often cited by other scholars. However, these works have not

received recognition and do not have so much authority as, for example, the works by Holmes, Dworkin, Pound, Fuller, Posner and Wigmore in the US.

As we know, this process is lengthy and multistage, and begins as a rule with producing original views (ideas, hypotheses) regarding certain phenomena of state and law, or validation of new approaches to solving the urgent problems of legal practice. In the process of scientific discussions that take place on the pages of magazines, at conferences, scientific ideas and provisions are refuted or find support in legal circles and are improved further. Also effective ways and mechanisms of their implementation in various areas of legal practice are developed. This may even be accompanied by the emergence of a new trend in the legal thought or development of scientific schools. It may take more than one decade before the views (arguments, the original legal concepts and constructions) of a scientist and his books are universally recognized.

Conclusions of the research. In our view, citation to legal scholarship should be relevant and made in the proper form. In our view, it is necessary not just to refer to specific scientific papers or citations of names of prominent scholars in court decisions. Judges should cite specific position of authors that they associate themselves with. This makes the position of the court in the case more clear and understandable. Citation to legal scholarship is relevant when considering the so-called «hard-cases», which can not be resolved by the mechanical application of statutory rules and regulations, or cases involving issues of social importance, or causing heated debates in society (legalization of abortion, soft drugs, euthanasia, etc.).

Court decisions in these cases should be accepted and positively assessed by the public. So in fact the judges have to use different arguments. We believe that Ukrainian judges should change their conservative approaches to law enforcement. They should more actively use arguments suggested by scientists while reasoning their positions in cases. We should also pay our attention to another important aspect of this issue. If the judge decides contrary to the conventional approach to solving some legal problems, set out in doctrinal writings, then most likely his/her decision will not be accepted by the legal community and (probably) approved by the general public. Moreover, such decisions may cause loss of confidence in the judiciary as a whole and undermine the authority of justice.

Список літератури:

1. Васильев А. А. Правовая доктрина: вопросы теории и истории / А. А. Васильев. – Москва : Юрлитинформ, 2009. – 272 с.
2. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спиннози ; пер. с фр. В. А. Туманова. – Москва : Междунар. отношения, 2009. – 456 с.
3. Емелин М. Ю. Правовая доктрина в системе источников общего права: на основе анализа правовой системы Соединенных Штатов Америки : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Михаил Юрьевич Емелин ; Пензенский гос. ун-т. – Пенза, 2015. – 201 с.
4. Максимов С. І. Правова доктрина: філософсько-правовий підхід / С. І. Максимов // Право України. – 2013. – № 9. – С. 43–54.
5. Поляков С. Б. Юридическая наука, практика, политика / С. Б. Поляков // Lex russica. – 2014. – № 4. – С. 413–420.
6. Пузиков Р. В. Юридическая доктрина в сфере правового регулирования (проблемы теории и практики) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Руслан Владимирович Пузиков ; Тамбов. гос. ун-т. – Тамбов, 2003. – 213 с.

7. Садохина Н. Е. Развитие источников российского права в советский и постсоветский период : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Наталия Евгеньевна Садохина ; Тамбов. гос. ун-т. – Тамбов, 2005. – 186 с.
8. Liptak, A. When rendering decision, judges are finding law reviews irrelevant / A. Liptak // New York Times. – 2007. – № 19.
9. Petherbridge, L. An Empirical Assessment of The Supreme Court's Use of Legal Scholarship / L. Petherbridge, D. Schwartz // Northwestern University Law Review. – 2012. – Vol. 106. – P. 995–1032.
10. Schauer, F. Authority and Authorities / F. Schauer // Virginia Law Review. – 2008. – Vol. 94. – P. 1931–1961.
11. Shecaira, F. Legal scholarship as a source of law : a thesis ... for the degree of doctor of philosophy / F. Shecaira ; McMaster University. – Hamilton. – 2011. – 157 p.
12. Stanton, K. Use of Scholarship by the House of Lords in tort cases / K. Stanton // From House of Lords to Supreme Court / ed. by J. Lee. – Oxford. : Hart Publishing, 2011. – P. 201–226.

References:

1. Vasiliev, A.A. (2009) Pravovaja doktrina: voprosy teorii i istorii [The legal doctrine: *theoretical and historical questions*]. Moscow: Jurlitinform [in Russian].
2. David R., Zhoffre-Spinozi, K. (2009). Osnovnye pravovye sistemy sovremennosti [Major Legal Systems in the World Today]. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya [in Russian].
3. Emelin, M.Ju. (2015). Pravovaja doktrina v sisteme istochnikov obshhego prava: na osnove analiza pravovoj sistemy Soedinennyh Shtatov Ameriki [The legal doctrine in the system of legal sources of common law: based on analysis of the United States legal system]. Penza [in Russian].
4. Maksymov, S.I. (2013). Pravova doktryna: filozofs'ko-pravovyj pidkhid [Legal doctrine: philosophical and legal approach]. Pravo Ukrainy [Law of Ukraine]. Is. 9, pp. 32–54 [in Ukrainian].
5. Poljakov, S.B. (2014). Juridicheskaja nauka, praktika, politika [Legal science, legal practice, state policy]. Lex russica. Is. 4, pp. 413–420 [in Russian].
6. Puzikov, R.V. (2003) Juridicheskaja doktrina v sfere pravovogo regulirovaniya (problemy teorii i praktiki) [The legal doctrine in the sphere of legal regulations: theoretical and practical problems]. Tambov [in Russian].
7. Sadohina, N.E. (2005). Razvitie istochnikov rossijskogo prava v sovetskij i postsovetskij period [Evolution of legal sources of Russian law in Soviet and post-Soviet periods]. Tambov [in Russian].
8. Liptak, A. (2007). When rendering decision, judges are finding law reviews irrelevant. New York Times, 19.
9. Petherbridge, L., Schwartz, D. (2012). An Empirical Assessment of The Supreme Court's Use of Legal Scholarship. Northwestern University Law Review. Vol. 106, pp. 995–1032.
10. Schauer, F. (2008). Authority and Authorities. Virginia Law Review. Vol. 94, pp. 1931–1961.
11. Shecaira, F. (2011). Legal scholarship as a source of law. Extended abstract of candidate's thesis. Hamilton: McMaster University.
12. Stanton, K. (2011). Use of Scholarship by the House of Lords in tort cases. From House of Lords to Supreme Court / ed. by J. Lee. Oxford : Hart Publishing, pp. 201–226.

Семенihin І. В., кандидат юридичних наук, асистент кафедри теорії держави і права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків.
e-mail: igsemenihin2009@yandex.ru ; ORCID 0000-0001-9692-9276

Використання правової доктрини судовими органами України

У статті аналізуються особливості використання правової доктрини судовими органами України. Охарактеризовано основні причини відсутності усталеної практики цитування в судових рішеннях наукових праць.

Ключові слова: практика цитування; позиція судді; судові рішення; правова доктрина; юридична наука.

Надійшла до редколегії 05.09.2016 р.

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС



Крат Василь Іванович,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права № 1,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: 7719925@gmail.com
ORCID 0000-0001-6595-1657

doi: 10.21564/2414–990x.134.73131
УДК 347.131.12

ЗАСТОСУВАННЯ ПОЗОВНОЇ ДАВНОСТІ У СФЕРІ НЕДІЙСНОСТІ ПРАВОЧИНІВ: АНАЛІЗ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Досліджується застосування позовної давності у сфері недійсності правочинів. Проаналізовано застосування позовної давності у вказаній сфері в судовій практиці крізь призму поширення/непоширення позовної давності, початку перебігу.

Ключові слова: недійсність; нікчемний правочин; оспорюваний правочин; позовна давність; початок перебігу позовної давності.

Крат В. І., кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедри гражданского права № 1, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: 7719925@gmail.com ; ORCID 0000-0001-6595-1657

Применение исковой давности в сфере недействительности сделок: анализ судебной практики

Статья посвящена исследованию применения исковой давности в сфере недействительности сделок. Анализируется применение исковой давности в сфере недействительности сделок в судебной практике сквозь призму распространение/нераспространения исковой давности, начала течения.

Ключевые слова: недействительность; ничтожная сделка; оспоримая сделка; исковая давность; начало течения исковой давности.

Постановка проблеми і актуальність теми. Недійсність правочинів завжди привертала увагу дослідників. Проте в сучасних умовах у судовій

практиці з'явилася значна кількість проблем, пов'язаних із позовною давністю (наприклад, поширення/непоширення позовної давності щодо недійсності правочинів та початку перебігу).

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Певні проблеми застосування позовної давності в сфері недійсності правочинів розглядали, зокрема Я. Романюк [1, с. 45], Р. Саватьє [2, с. 281], І. Спасибо-Фатєєва [3, с. 34]. Утім дотепер немає сучасного дослідження позовної давності в сфері недійсності правочинів у судовій практиці.

Як наслідок, **метою цієї статті** є аналіз позовної давності в сфері недійсності правочинів у судовій практиці крізь призму поширення/ непоширення позовної давності та початку її перебігу.

Виклад основного матеріалу. Поширення позовної давності на вимоги про визнання правочину недійсним. Під час чинності ЦК УРСР 1963 р. Вищий арбітражний суд України висловив позицію, що «недійсні угоди, як правило, не породжують для сторін прав та обов'язків, тому до вимог про визнання недійсними таких угод *строки позовної давності не застосовуються*» [4, п. 3.3].

Цей підхід достатньо часто застосовувався в судовій практиці¹, і навіть був підставою для прийняття Верховним Судом України (далі – ВСУ) постанови із перегляду щодо неоднакового застосування норм матеріального права. ВСУ зауважив, що «до позовних вимог про визнання угод недійсними застосовуються правила про позовну давність. Правила про позовну давність, встановлені Цивільним кодексом України (далі – ЦК), будуть застосовуватися за умови, що право на пред'явлення такого позову виникло лише після 01.01.2004 р. *Усупереч наведеному, у справі, що розглядається, ВГСУ погодився з висновком суду апеляційної інстанції про те, що до заявлених позивачем вимог про визнання додаткових угод недійсними правила позовної давності не застосовуються*» [6].

Правочин, недійсність якого не встановлена законом (оспорюваний правочин), породжує правові наслідки (права та обов'язки), на які він був направлений до моменту визнання його недійсним на підставі рішення суду. Оспорювання правочину відбувається тільки за ініціативою його сторони або іншої заінтересованої особи шляхом пред'явлення вимог про визнання правочину недійсним (позов про оспорювання правочину, рецисорний позов). З огляду на те, що оспорювання правочину відбувається за волею відповідної особи, то на такі вимоги має поширюватися позовна давність. Такий висновок підтверджується й тлумаченням ст. 268 ЦК².

Варто зауважити, що практично неможливе застосування позовної давності у разі, коли господарський суд на підставі п. 1 ч. 1 ст. 83 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК) визнає недійсним повністю чи

¹ Наприклад, Вищий господарський суд України (далі – ВГСУ) «примудрився» не застосувати позовну давність до скасування державної реєстрації та визнання недійсним свідоцтва про державну реєстрацію юридичної особи [5].

² Цей підхід, хоча й певною мірою опосередковано, втілений і в постановках пленумів вищих судових інстанцій [див.: 7, п. 28; 8, п. 5.8; 9, п. 2.8].

у певній частині договір, який суперечить законодавству¹. Положення п. 1 ч. 1 ст. 83 ГПК чинні майже в незмінній редакції з часу її прийняття [12]. Ця норма приймалася в той час, коли позовна давність застосовувалася судом без заяви сторони. У сучасних умовах її наявність позбавляє можливості сторони заявити про застосування позовної давності. У зв'язку з чим необхідно констатувати, що внаслідок запровадження на рівні ЦК іншого концептуального підходу до позовної давності, п. 1 ч. 1 ст. 83 ГПК втратив чинність.

Непоширення позовної давності на вимоги про визнання нікчемного правочину недійсним. У судовій практиці² застосування позовної давності до позову про визнання недійсним нікчемного правочину, зокрема, відбувалося при: а) неврахуванні сутності негаційного позову [13]; б) неправильній кваліфікації правочину, вчиненого без згоди іпотекодержателя (ч. 3 ст. 12 Закону України «Про іпотеку»), як оспорюваного [14; 15; 16], хоча по своїй суті він нікчемний³; в) неправильній кваліфікації нікчемного заповіту (ч. 1 ст. 1257 ЦК) як оспорюваного [18].

У цивільному законодавстві закріплено об'єктивні межі застосування позовної давності. Вимоги, на які позовна давність не поширюється, визначені у ст. 268 ЦК. Серед їх переліку відсутня вимога про визнання нікчемного правочину недійсним (негаційний позов).

А втім, існують позови, сутність яких унеможливує застосування до них позовної давності, оскільки вони направлені на констатацію факту, який існує незалежно від рішення суду. Рішення суду, прийняте за негаційним позовом, тільки констатує нікчемність правочину, адже його нікчемність встановлена в нормі закону. Якщо сприйняти інший підхід і допустити поширення позовної давності на вимогу про визнання нікчемного правочину недійсним, то відразу буде потрібно зробити висновок, що сплив певного строку є підставою для «зцілення» нікчемного правочину. Хоча таких підстав для «зцілення» нікчемного правочину в чинному законодавстві не передбачено.

Нікчемний правочин, на відміну від оспорюваного, не створює юридичних наслідків (тобто не породжує цивільних прав та обов'язків). І негаційний позов пред'являється, по суті, тільки з превентивною метою, щоб в майбутньому не допустити порушення цивільних прав та/або інтересів⁴ та забезпечити визначен-

¹ ВГСУ залишив в силі рішення судів, якими з власної ініціативи було визнано недійсними договори у частині, хоча як свідчить текст рішень, позовна давність сплинула [див.: 10; 11].

² Необхідно підкреслити, що в постановках пленумів вищих судових інстанцій проблематика застосування позовної давності до вимог про визнання нікчемного правочину недійсним залишена поза увагою [див.: 7; 8; 9].

³ ВСУ цілком слушно констатував, що такий правочин – нікчемний [див.: 17]. Внаслідок чого є підстави очікувати, що це позитивно вплине на не застосування позовної давності до негаційних позовів.

⁴ Наприклад, ВГСУ вказав, що «у випадку звернення позивача до суду з позовом про визнання недійсним нікчемного правочину суд має в першу чергу з'ясувати яке право чи охоронюваний законом інтерес позивача порушені чи оспорюються внаслідок укладення нікчемного правочину» [див.: 19]. Очевидно, що такого роду підхід ВГСУ не повною мірою враховує сутність негаційного позову.

ність в цивільних відносинах. Тому позов про недійсність нікчемного правочину може бути пред'явлений незалежно від моменту його вчинення.

Початок перебігу позовної давності за вимогами про визнання недійсним правочину. Початок перебігу позовної давності за вимогами про визнання правочину недійсним може залежати від того, на якій підставі оспорується правочин, який правочин оспорується та хто заявляє таку вимогу.

По-перше, за загальним правилом, за вимогами про визнання правочину недійсним перебіг позовної давності починається від дня, коли особа довідалася або могла довідатися про порушення свого права або про особу, яка його порушила (ч. 1 ст. 261 ЦК) [див.: 7, абз. 2 п. 28; 9, абз.1 п. 2.8].

По-друге, перебіг позовної давності за вимогами про визнання недійсним правочину, вчиненого під впливом насильства, починається *від дня припинення насильства* (ч. 2 ст. 261 ЦК). Оскільки внаслідок насильства воля особи піддається впливу, до того моменту, поки можливість діяти вільно, без примусу, в особи не буде відновлено, не може починатися перебіг позовної давності.

По-третє, специфікою характеризується початок перебігу позовної давності за вимогами про визнання заповіту недійсним. Він має починатися від дня, коли особа довідалася або могла довідатися про порушення прав та відповідно про підстави для визнання заповіту недійсним, але не раніше відкриття спадщини. Це пов'язано з тим, що право на пред'явлення позову про недійсність заповіту виникає лише після смерті заповідача [див.: 20, п. 17].

По-четверте, впливає на початок перебігу позовної давності і те, який суб'єкт заявляє ресцисорний позов. У разі порушення цивільного права або інтересу *неповнолітньої особи* позовна давність починається *від дня досягнення нею повноліття* (ч. 4 ст. 261 ЦК). Наприклад, ВСУ вказав, що «правило ч. 4 ст. 261 ЦК є спеціальною нормою стосовно ч. 1 ст. 261 ЦК. ОСОБА_4 народилась ІНФОРМАЦІЯ_2, тобто на момент укладення договору купівлі-продажу спірної квартири *16 січня 1995 року вона була неповнолітньою. 20 лютого 2006 року ОСОБА_4 досягла повноліття. 26 травня 2008 року ОСОБА_4 звернулася до суду із зазначеним позовом*» [21].

Досить часто у судовій практиці суди пов'язували перебіг позовної давності моментом, коли саме ліквідатор (арбітражний керуючий) дізнався про порушення прав боржника в ході ліквідаційної процедури [див. напр.: 22]. Очевидно, що таких винятків цивільне законодавство не містить. ВСУ висловив у постанові з перегляду цілком правильну правову позицію, вказавши, що «ч. 7 ст. 261 ЦК передбачено, що винятки з правила частини першої цієї статті можуть бути встановлені законом. Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» спеціальних норм *про позовну давність (у тому числі для звернення до суду арбітражного керуючого із заявою про визнання недійсним угод боржника) не встановлено*» [23].

Початок перебігу позовної давності у разі, якщо вимоги про визнання правочину недійсним заявляються прокурором. У судовій практиці висловлювалися різні підходи щодо початку обчислення позовної давності для вимог про

визнання правочину недійсним, у тому разі якщо позов пред'являє прокурор. Зокрема:

а) «оскільки прокурор та позивачі не є сторонами оспорюваних угод та були позбавлені права під час судового розгляду перевірити повноваження осіб, які укладали ці правочини, а про обставини, які стали підставою звернення до суду, прокуратура дізналася лише зі звернення голови Фонду від 1 листопада 2011 року, початок перебігу позовної давності слід обраховувати не з моменту, коли прокуратурі стало відомо про наявність оспорюваних правочинів, а з моменту, коли органи прокуратури дізнались про факт відсутності у представника ПП «Ліардон» необхідного обсягу дієздатності» [24];

б) «положення закону про початок перебігу позовної давності поширюється й на звернення прокурора до суду із заявою про захист державних інтересів. Незважаючи на викладене, суд касаційної інстанції фактично наділив прокурора статусом самостійного позивача та дійшов помилкового висновку про початок перебігу позовної давності з дня виявлення прокуратурою під час проведення перевірки факту порушення земельного законодавства» [25]¹;

в) перебіг позовної давності за вимогами про визнання недійсним правочину починається за загальними правилами, визначеними у ч. 1 ст. 261 ЦК. У разі наявності органу, уповноваженого здійснювати функції держави у спірних правовідносинах, позовна давність обчислюється від дня, коли про порушення або про особу, яка його допустила, довідався або мав довідатися відповідний орган. *Позовна давність обчислюється від дня, коли про порушення або про особу, яка його допустила, довідався або мав довідатися прокурор лише у разі, коли згідно із законом позивачем у справі виступає прокурор* (ч. 2 ст. 29 ГПК) і орган, уповноважений здійснювати функції держави у спірних правовідносинах, відсутній [27].

Очевидно, що в ЦК не встановлено певних особливостей для початку перебігу позовної давності, якщо вимогу про визнання правочину недійсним пред'являє прокурор. Як наслідок, повинна застосуватися ч. 1 ст. 261 ЦК щодо початку перебігу позовної давності (тобто визначається за правилами ч. 1 ст. 261 ЦК таким чином, начебто за захистом звернувся сам суб'єкт, чие право порушене). Причому незалежно від ситуації – чи сам прокурор позивач, чи він представляє певні інтереси. Оскільки позовна давність регулюється нормами матеріального права і є строком захисту цивільних прав та інтересів конкретного суб'єкта. І не може змінюватися, у тому числі, її обчислення на підставі норм процесуального права.

Висновки. Підсумовуючи, варто зазначити:

1) правочин, недійсність якого не встановлена законом (оспорюваний правочин), породжує правові наслідки (права та обов'язки), на які він був направлений до моменту визнання його недійсним на підставі рішення суду. Оспорювання правочину відбувається тільки за ініціативою його сторони або іншої заінтересованої особи шляхом пред'явлення вимог про визнання пра-

¹ По суті, такий підхід превалює, він був висловлений й в інших постановках [див. напр.: 26].

вочину недійсним (позов про оспорювання правочину, рецисорний позов). З огляду на те, що оспорювання правочину відбувається за волею відповідної особи, то на такі вимоги має поширюватися позовна давність;

2) нікчемний правочин, на відміну від оспорюваного, не створює юридичних наслідків (тобто не породжує цивільних прав та обов'язків). І негаційний позов пред'являється, по суті, тільки з превентивною метою, щоб в майбутньому не допустити порушення цивільних прав та/або інтересів та забезпечити визначеність у цивільних відносинах. Тому позов про недійсність нікчемного правочину може бути пред'явлений незалежно від моменту його вчинення;

3) у ЦК не закріплено особливостей початку перебігу позовної давності, якщо вимогу про визнання правочину недійсним пред'являє прокурор. Тому для встановлення початку перебігу позовної давності повинна застосовуватися ч. 1 ст. 261 ЦК (тобто визначається за правилами ч. 1 ст. 261 ЦК таким чином, начебто за захистом звернувся сам суб'єкт, чиє право порушене).

Список літератури:

1. Романюк Я. М. Особливості визнання недійсними договорів, укладених на прилюдних торгах / Я. М. Романюк // Вісник Верховного Суду України. – 2011. – № 12. – С. 40–45.

2. Саватьє Р. Теория обязательств. Юридический и экономический очерк / Р. Саватьє. – Москва : Прогресс, 1972. – 440 с.

3. Спасибо-Фатеева І. В. Окремі питання застосування реституції / І. В. Спасибо-Фатеева // Актуальні проблеми приватного права : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 92-й річниці з дня нар. д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В. П. Маслова. – Харків, 2014. – С. 34–37.

4. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з визнанням угод недійсними: роз'яснення Вищого арбітражного суду України від 12.03.1999 р. № 02-5/111 [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. Законодавство України. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v_111800-99.

5. Постанова Вищого господарського суду України від 20.07.2004 р. у справі № 36/166 [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Вищого господарського суду України. – Режим доступу : http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_651446.html.

6. Постанова Верховного суду України від 18.11.2014 р. у справі № 3-176гс14 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/41735941>.

7. Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 06.11.2009 р. № 9 [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. Законодавство України. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-09>.

8. Про деякі питання практики застосування позовної давності у вирішенні господарських спорів: Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 29.05.2013 р. № 10 [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. Законодавство України. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0010600-13>.

9. Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними: Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 29.05.2013 р. № 11 [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. Законодавство України. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0011600-13>.

10. Постанова Вищого господарського суду України від 05.04.2011 р. у справі № 2-8/675-2006(2-8/904-2005(2-8/2291-2004(-28/17319-2003) [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/3754033>.

11. Постанова Вищого господарського суду України від 05.04.2011 р. у справі № 14/107 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/14881659>.
12. Арбітражний процесуальний Кодекс України від 06.11.1991 р. № 1798-ХІІ // Відом. Верховн. Ради. – 1992. – № 6. – Ст. 56.
13. Постанова Вищого господарського суду України від 25.11.2015 р. у справі № 910/12923/15 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53893304>.
14. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25.09.2013 р. у справі № 6-20697св13 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33861506>.
15. Постанова Вищого господарського суду України від 29.09.2015 р. у справі № 925/577/15 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/51868374>.
16. Постанова Вищого господарського суду України від 15.12.2015 р. у справі № 905/511/15 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/54677339>.
17. Постанова Верховного суду України від 02.03.2016 р. у справі № 6-308цс16 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56309775>.
18. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 16.03.2016 р. у справі № 6-31487ск15 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56677101>.
19. Постанова Вищого господарського суду України від 25.11.2015 р. у справі № 910/12923/15 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53893304>.
20. Про судову практику у справах про спадкування: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30.05.2008 р. № 7 [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України. Законодавство України. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-08>.
21. Ухвала Верховного суду України від 10.11.2010 р. у справі № 6-21356св09 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/12393458>.
22. Постанова Вищого господарського суду України від 26.08.2014 р. у справі № 8/6 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/40347413>.
23. Постанова Верховного суду України від 19.08.2014 р. у справі № 3-59гс14 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/40289257>.
24. Постанова Верховного суду України від 20.08.2013 р. у справі № 3-18гс13 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33191119>.
25. Постанова Верховного суду України від 01.07.2015 р. у справі № 6-178цс15 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/46301621>.
26. Постанова Верховного суду України від 16.09.2015 р. у справі № 6-68цс15 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/51078286>.
27. Постанова Вищого господарського суду України від 11.05.2016 р. у справі № 911/3407/15 [Електронний ресурс] // Єдиний державний реєстр судових рішень України. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/57729425>.

References:

1. Romaniuk, Ya.M. (2011). Osoblyvosti vyznannia nedijnsnymy dohovoriv, ukladenykh na pryliudnykh torhakh [Features of confession invalid the agreements celled on public tenders]. *Visnyk Verkhovnoho Sudu Ukrainy*, 12, 40–45 [in Ukrainian].
2. Savat'e, R. (1972). *Teoriya obiazatel'stva. Yurydycheskyj y ekonomycheskyj ocherk* [Theory of obligation. Legal and economic essay] Moscow: Prohress, [in Russian].
3. Spasybo-Fatieieva, I.V. (2014). Okremi pytannia zastosuvannia restytutsii. Aktual'ni problemy pryvatnoho prava [The separate questions of application restitution]: materialy mizhnar. nauk.-prakt. konf., prysviach. 92-j richnytsi z dnia narodzh. d-ra iuryd. nauk, prof., chl.-kor. AN URSS V. P. Maslova, Kharkiv (2014, pp. 34–37).
4. Roz'iasnennia Vyschoho arbitrazhnoho sudu Ukrainy [Decision of the Supreme economic court of Ukraine] vid 12.03.1999 № 02-5/111 Retrieved from: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v_111800-99 [in Ukrainian].
5. Postanova Vyschoho hospodars'koho sudu Ukrainy [Decision of the Supreme economic court of Ukraine] vid 20.07.2004 u spravi № 36/166 from: http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_651446.html [in Ukrainian].
6. Postanova Verkhovnoho sudu Ukrainy [Decision of the Supreme Court of Ukraine] vid 18.11.2014 u spravi № 3-176hs14 from: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/41735941> [in Ukrainian].
7. Postanova Plenumu Verkhovnoho Sudu Ukrainy [Decision of the Supreme Court of Ukraine] vid 06.11.2009 № 9 from: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-09> [in Ukrainian].
8. Postanova Plenumu Vyschoho hospodars'koho sudu Ukrainy [Decision of the Supreme economic court of Ukraine] vid 29.05.2013 № 10 from: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0010600-13> [in Ukrainian].
9. Postanova Plenumu Vyschoho hospodars'koho sudu Ukrainy [Decision of the Supreme economic court of Ukraine] vid 29.05.2013 № 11 from: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0011600-13> [in Ukrainian].
10. Postanova Vyschoho hospodars'koho sudu Ukrainy [Decision of the Supreme economic court of Ukraine] vid 05.04.2011 u spravi № 2-8/675-2006 (2-8/904-2005 (2-8/2291-2004(-28/17319-2003) from: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/3754033> [in Ukrainian].
11. Postanova Vyschoho hospodars'koho sudu Ukrainy [Decision of the Supreme economic court of Ukraine] vid 05.04.2011 u spravi № 14/107 from: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/14881659> [in Ukrainian].
12. Arbitrazhnyj protsesual'nyj Kodeks Ukrainy [Arbitrage Code procedure of Ukraine] vid 06.11.1991 № 1798-XII Vidomosti Verkhovnoi Rady, 1992, № 6, St.56 [in Ukrainian].
13. Postanova Vyschoho hospodars'koho sudu Ukrainy [Decision of the Supreme economic court of Ukraine] vid 25.11.2015 u spravi № 910/12923/15 from: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53893304> [in Ukrainian].
14. Ukhvala Vyschoho spetsializovanoho sudu Ukrainy z rozghliadu tsyvil'nykh i kryminal'nykh sprav [Decision of the High Specialized Court of Ukraine for Civil and Criminal Cases] vid 25.09.2013 u spravi № 6-20697sv13 from: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33861506> [in Ukrainian].
15. Postanova Vyschoho hospodars'koho sudu Ukrainy [Decision of the Supreme economic court of Ukraine] vid 29.09.2015 u spravi № 925/577/15 from: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/51868374> [in Ukrainian].
16. Postanova Vyschoho hospodars'koho sudu Ukrainy [Decision of the Supreme economic court of Ukraine] vid 15.12.2015 u spravi № 905/511/15 from: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/54677339> [in Ukrainian].
17. Postanova Verkhovnoho sudu Ukrainy [Decision of the Supreme Court of Ukraine] vid 02.03.2016 u spravi № 6-308tss16 from: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56309775> [in Ukrainian].
18. Ukhvala Vyschoho spetsializovanoho sudu Ukrainy [Decision of the High Specialized Court of Ukraine for Civil and Criminal Cases] z rozghliadu tsyvil'nykh i kryminal'nykh sprav vid 16.03.2016 u spravi № 6-31487sk15 from: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56677101> [in Ukrainian].

19. Postanova Vyschoho hospodars'koho sudu Ukrainy [Decision of the Supreme economic court of Ukraine] vid 25.11.2015 u spravi № 910/12923/15 from: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53893304> [in Ukrainian].

20. Postanova Plenumu Verkhovnoho Sudu Ukrainy [Decision of the Supreme Court of Ukraine] vid 30.05.2008 № 7 from: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-08> [in Ukrainian].

21. Ukhvala Verkhovnoho sudu Ukrainy [Decision of the Supreme Court of Ukraine] vid 10.11.2010 u spravi № 6-21356sv09 from: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/12393458> [in Ukrainian].

22. Postanova Vyschoho hospodars'koho sudu Ukrainy vid 26.08.2014 u spravi № 8/6 [Decision of the Supreme economic court of Ukraine] from: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/40347413> [in Ukrainian].

23. Postanova Verkhovnoho sudu Ukrainy [Decision of the Supreme Court of Ukraine] vid 19.08.2014 u spravi № 3-59hs14 from: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/40289257> [in Ukrainian].

24. Postanova Verkhovnoho sudu Ukrainy [Decision of the Supreme Court of Ukraine] vid 20.08.2013 u spravi № 3-18hs13 from: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33191119> [in Ukrainian].

25. Postanova Verkhovnoho sudu Ukrainy [Decision of the Supreme Court of Ukraine] vid 01.07.2015 u spravi № 6-178tss15 from: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/46301621> [in Ukrainian].

26. Postanova Verkhovnoho sudu Ukrainy [Decision of the Supreme Court of Ukraine] vid 16.09.2015 u spravi № 6-68tss15 from: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/51078286> [in Ukrainian].

27. Postanova Vyschoho hospodars'koho sudu Ukrainy [Decision of the Supreme economic court of Ukraine] vid 11.05.2016 u spravi № 911/3407/15 from: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/57729425> [in Ukrainian].

Krat V. I., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Associate Professor of Civil Law department № 1, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: 7719925@gmail.com ; ORCID 0000-0001-6595-1657

Application of limitation period in the sphere of invalidity transactions: analysis of judicial practice

Invalidity transactions always attracted attention researchers. However in the modern period in judicial practice far of problems related to limitation period (for example, proliferation/non-proliferation limitation period, and beginning to run).

To research application of limitation period in the sphere of invalidity transactions, in particular, such researchers applied as Y. Romanyuk, R. Savat'ye, I. Spasibo-Fateeva.

Appropriate analysis of contemporary issues application of limitation period in the sphere of invalidity transactions actually unavailable. But, of course, there is a theoretical and utilitarian need, at a minimum, to proliferation/non-proliferation limitation period, and beginning to run of limitation period.

The article is sanctified to research application of limitation period in the sphere of invalidity transactions. In the article analyses application of limitation period in the sphere of invalidity transactions in judicial practice through a prism: proliferation/non-proliferation limitation period, and beginning to run of limitation period.

Voidable of transaction takes place only on initiative his side or other interested person. For this reason limitation period must proliferation on such requirements. Nullity transaction does not create legal consequences. Therefore action about voidable of nullity transaction can be put a regardless of moment his conclude. In the Civil code it is not envisaged features of beginning to run of limitation period, if requirement voidable of transaction produces a prosecutor. Therefore establishment of beginning to run of limitation period must be used parts of the first article 261 Civil code (id est, it is determined on the rules of parts of the first article 261 Civil code thus, as though a subject appealed after defense, whose right is broken).

Keywords: invalidity; nullity transaction; voidable transaction; limitation period; begin to run of limitation period.

Надійшла до редколегії 05.06.2016 р.



Карнаух Богдан Петрович,
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри цивільного права № 1,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: karnaukh.bogdan@gmail.com
ORCID 0000-0003-1968-3051

doi: 10.21564/2414–990x.134.71276
УДК 347.922.1

ПОЗОВНА ДАВНІСТЬ У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Стаття присвячена дослідженню позовної давності з позиції Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та прецедентної практики Європейського суду з прав людини. Визначено критерії сумісності позовної давності з правом на справедливий суд. Установлено зв'язок позовної давності з іншими положеннями Конвенції, такими як заборона дискримінації, право на повагу до приватного і сімейного життя, право на мирне володіння майном.

Ключові слова: позовна давність; право на суд; доступ до суду; майно; заборона дискримінації.

Карнаух Б. П., кандидат юридических наук, асистент кафедри громадянського права № 1, Національний юридический університет імени Ярослава Мудрого, Україна, г. Харьков. e-mail: karnaukh.bogdan@gmail.com ; ORCID 0000-0003-1968-3051

Исковая давность в практике Европейского суда по правам человека

Статья посвящена исследованию исковой давности с позиции Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и прецедентной практики Европейского суда по правам человека. Определены критерии совместимости исковой давности с правом на справедливый суд. Выявлена связь исковой давности с другими положениями Конвенции, такими как запрещение дискриминации, право на уважение частной и семейной жизни, право на мирное владение имуществом.

Ключевые слова: исковая давность; право на суд; доступ к суду; имущество; запрет дискриминации.

Постановка проблеми. Позовна давність – це час для звернення до суду, відведений особі, чиї права порушено у той або інший спосіб. Хоча в більшості національних правопорядків уважається, що зі спливом строку позовної давності особа не втрачає матеріального права, однак дечого вона все ж позбавляється, а саме – можливості захистити належне їй матеріальне право в судовому

порядку. У зв'язку з цим неодмінно виникає фундаментальне теоретичне питання: а чого варте «голе право» (*nudum jus* – як говорили давні римляни), не забезпечене можливістю судового захисту? Це одна з одвічних проблем теорії і філософії права, якої ми не будемо тут докладно торкатися. Але так чи інакше, слід констатувати, що у випадку, коли особа втрачає право на судовий захист внаслідок спливу позовної давності, процесуально-правові і матеріально-правові аспекти тісно переплітаються між собою: так, з одного боку, у такій ситуації йдеться про недодержання умов звернення до суду (процесуальний аспект), але, з іншого, – втрата можливості судового захисту істотно знецінює (якщо не зводить нанівець) значення самого матеріального права (матеріальний аспект). Ось чому позовна давність – це важливий інститут, який лежить на перетині процесуального і матеріального права, а тому помилки у застосуванні положень цього інституту потенційно можуть загрожувати порушеннями абсолютно будь-яких прав людини. Тому вкрай важливо поглянути на позовну давність через призму міжнародних стандартів у сфері захисту прав людини, вироблених міжнародними судовими інституціями.

Аналіз останніх досліджень. Інститут позовної давності є одним із класичних інститутів цивільного права, що відомий іще від часів Давнього Риму. Тому увага науковців до проблематики позовної давності незмінна. Позовна давність вивчалася вченими-цивілістами як у межах більш широкої тематики строків та термінів, так і окремо, як самостійний предмет дослідження. Зокрема, позовній давності були присвячені роботи Т. М. Вахонєвої (Т. М. Vakhonyeva), В. В. Луця (V. V. Luts'), О. В. Пушняка (O. V. Pushnyak), В. І. Цікало (V. I. Tsikalo), О. В. Шовкової (O. V. Shovkova) та ін. Проте спеціальних системних досліджень позовної давності під кутом зору фундаментальних прав людини і практики Європейського суду з прав людини у вітчизняній цивілістиці не проводилося.

Мета публікації – визначити співвідносність позовної давності із різними положеннями Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод шляхом аналізу практики Європейського суду з прав людини.

Вклад основного матеріалу. Позовна давність тісно пов'язана із принципом правової визначеності (*principle of legal certainty*), який, у свою чергу, є «одним із фундаментальних аспектів верховенства права» [1]. Європейський суд з прав людини (надалі – ЄСПЛ, або Суд) неодноразово вказував на призначення позовної давності, пов'язуючи його із необхідністю забезпечити правову визначеність. Як зазначає ЄСПЛ, строки позовної давності «служать декільком важливим цілям, зокрема вони забезпечують правову визначеність і остаточність, захищають потенційних відповідачів від задавнених вимог, яким було б важко протистояти, і запобігають несправедливості, що могла б виникати, якби суди мусили ухвалювати рішення стосовно подій, які мали місце в далекому минулому, і на підставі доказів, які вже могли б стати ненадійними й неповними з плином часу» [2]. Таким чином, сама ідея позовної давності виправдана метою внести певність щодо наявних прав та обов'язків. Така мета слідує із принципу верховенства права, проголошеного в Преамбулі Європейської конвенції про

захист прав людини і основоположних свобод (надалі – ЄКПЛ, або Конвенція) [3], і ця мета імпліцитно пронизує усі статті Конвенції [1].

За визначенням, позовна давність – це строк для звернення за захистом до суду, тому закономірно, що ЄСПЛ розглядає позовну давність насамперед у контексті § 1 ст. 6 ЄКПЛ.

Так, у § 1 ст. 6 ЄКПЛ гарантується, що «кожен має право на справедливий... розгляд його справи... незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру...».

Позовна давність – це бар'єр на шляху до реалізації права на справедливий суд. Позовна давність ставить право на звернення до суду в залежність від фактору часу, тобто, інакше кажучи, обумовлює це право певною обставиною – обставиною часу. Таким чином, позовна давність по суті становить собою обмеження права на суд, а точніше – обмеження права на доступ до суду. Однак обмеження, встановлюване позовною давністю, як таке не є в усіх випадках порушенням фундаментальних прав людини, проголошених у ЄКПЛ. Як зауважив ЄСПЛ у справі *Фінікарідов проти Кіпру*, «існування позовної давності *per se* не є несумісним із Конвенцією» [4].

Право на доступ до суду (що є одним із елементів права на справедливий суд¹) не є абсолютним [2]: воно допускає певні обмеження і, зокрема, часові ліміти, встановлювані інститутом позовної давності. Однак будь-які обмеження цього права мусять бути виправданими, інакше вони є несумісними із Конвенцією і становлять порушення основоположних прав людини. Згідно із прецедентною практикою ЄСПЛ для того, щоб те або інше обмеження права на суд (в тому числі лімітування цього права часовими рамками) вважалось виправданим, мають бути додержані такі умови: 1) обмеження не повинно перешкоджати доступу [до суду] у такий спосіб чи такою мірою, що б зводили нанівець саму сутність цього права; 2) таке обмеження повинно мати легітимну мету; 3) має бути забезпечено належне пропорційне співвідношення між використаними засобами та поставленою метою [2; 8; 9].

У справі *Міцці проти Мальти* заявник не міг оскаржити своє батьківство спершу через те, що законодавство вимагало від чоловіка довести наявність подружньої зради і одночасно з цим факт того, що народження дитини було приховане від нього (чого у випадку з паном Міцці не було). Коли законодавство змінилося, і достатнім стало довести або подружню зраду, або факт приховання народження – тоді пред'явити позов панові Міцці завадив шести-місячний строк позовної давності (обраховуваний від дня народження дитини), який на той час уже сплинув. За таких обставин ЄСПЛ дійшов висновку, що «практична неможливість заперечення батьківства від дня народження дитини і до теперішнього часу звела нанівець саму сутність права заявника на суд. Тому оскаржуване втручання поклало надмірний тягар на заявника...» [10].

У справі *Стаблінгс та інші проти Сполученого Королівства* оскаржувався шестирічний строк позовної давності (обраховуваний від дня повноліття) для

¹ Докладно про право на справедливий суд та його елементи див.: [5; 6; 7].

позовів про шкоду, умисно завдану здоров'ю неповнолітньої особи. ЄСПЛ визнав, що установлення такого строку мало легітимну мету, а саме – забезпечити правову визначеність і остаточність, а також захистити відповідачів від задавнених претензій. У кінцевому підсумкові Суд виснував, що «оскільки сама сутність права заявниць на доступ [до суду] не була підірвана, а оскаржувані обмеження переслідували легітимну мету і були пропорційними», порушення § 1 ст. 6 ЄКПЛ не мало місця [2].

Загалом ЄСПЛ, як правило, констатує, що застосований у тій або іншій справі строк позовної давності дійсно мав легітимну мету. Такою метою визнається забезпечення правової визначеності. Тому основна увага приділяється питанню пропорційності, тобто питанню про те, чи були обмеження, покладені на заявника через часове лімітування його вимоги, співмірними з поставленою легітимною метою. Для того, щоб відповідні обмеження вважалися співмірними із поставленою метою, необхідно додержання, зокрема, таких умов.

1. Строк позовної давності не повинен бути очевидно й надмірно коротким (*unduly short*). ЄСПЛ неодноразово підкреслював, що він не може замінювати собою національного законодавця і визначати, якої тривалості строк є найбільш доцільним у тій або іншій ситуації (див., напр: [11]). У той же час Суд завжди оцінює, чи не є установлений строк позовної давності очевидно й надміру коротким [2]. Ідею поваги до суверенітету національного законодавця у цій сфері виразно ілюструє положення, висловлене Судом у справі *Во проти Франції*. Суд зазначив, що «у даній справі чотирирічний строк позовної давності не видається надміру коротким, особливо зважаючи на серйозність шкоди, якої зазнала заявниця та її негайне бажання порушити справу проти лікаря <...> Французький парламент нещодавно подовжив цей строк до десяти років <...> Суд, однак, не вважає, що це нове правило може бути розцінене як доказ того, що попередній чотирирічний строк був занадто коротким» [12].

2. Застосування позовної давності має бути передбачуваним. Як наголошує Суд, «принцип законності означає, що застосовні положення національного права повинні бути достатньо доступними, чіткими й передбачуваними в їхньому застосуванні. Індивід повинен бути здатним – у разі потреби за допомогою необхідних порад – передбачити (у тій мірі, у якій це є розумним за даних обставин) наслідки, які може потягнути певна дія» [13].

3. Механізм застосування позовної давності повинен бути достатньо гнучким [4], тобто, як правило, він мусить допускати можливість зупинення, переривання та поновлення строку позовної давності, а також мусить корелюватися із суб'єктивним фактором, а саме – обізнаністю потенційного позивача про факт порушення його права. Під цим кутом зору особливий інтерес становить справа 2014 року – *Говальд Мур та інші проти Швейцарії*. За обставинами цієї справи Ганс Мур, працюючи робітником на заводі, у період із 1965 по 1978 роки зазнавав шкідливого впливу азбестового пилу. У 2004 р. у нього було діагностовано злякисну плевральну мезотеліому, викликану дією азбесту. У 2005 р. від зазначеного захворювання він помер.

У 2005 р. заявники – вдова та діти пана Мура – звернулися до Швейцарського фонду страхування від нещасних випадків із вимогою про компенсацію моральної шкоди, якої зазнав померлий через біль та страждання. Однак їм було відмовлено в задоволенні вимоги у зв'язку зі спливом строку позовної давності: за швейцарським законодавством будь-які позови про відшкодування шкоди, завданої через дію азбесту, можуть бути пред'явлені не пізніше, ніж через десять років від дня, коли особа зазнала дії відповідної речовини. Натомість у випадку з паном Муром минуло вже 27 років від часу, коли він востаннє зазнав впливу азбестового пилу.

Узявши під увагу той факт, що латентний період для хвороб, викликаних азбестом, може становити декілька декад, ЄСПЛ зазначив, що десятирічний строк, обчислюваний від часу, коли особа зазнала дії азбестового пилу, – завжди неодмінно спливатиме. Відповідно, будь-які позови про відшкодування шкоди будуть від самого початку приречені на провал, позаяк вони будуть погашатися давнісним строком іще до того, як потерпілі матимуть об'єктивну змогу дізнатися про порушення своїх прав. Суд дійшов висновку, що у випадках, стосовно яких науково доведено, що особа не могла знати про те, що вона страждає на певне захворювання, – цей факт слід брати до уваги при визначенні строку позовної давності. Зважаючи на зазначене, ЄСПЛ констатував порушення § 1 ст. 6 ЄКПЛ [14].

Ще одним елементом права на суд (окрім права на доступ) є принцип процесуальної рівноправності сторін, або так званий принцип «рівної зброї» («equality of arms»). Згідно з цим принципом «кожній стороні має бути надано розумну можливість подати обґрунтування своєї позиції за умов, які б не ставили цю сторону у становище істотно не вигідне по відношенню до опонента» [11]. Цей принцип вимагає насамперед рівності сторін спору в їхніх процесуальних можливостях щодо подання доказів і пояснень у судовому провадженні. Однак цілком очевидно, що перш ніж подавати докази і пояснення в судовому провадженні, необхідно мати змогу ініціювати порушення такого провадження. Тому ЄСПЛ визнає принцип «рівної зброї» не додержаним, зокрема, і в тих випадках, коли до протилежних сторін спору застосовуються необґрунтовано різні строки позовної давності.

Показовою у цьому контексті є справа *Дачія С. Р. Л. проти Молдови*. У 1999 р. компанія-заявник, перемігши в аукціоні на приватизацію державного майна, набула у власність готель «Дачія». У 2003 р. Генеральна прокуратура в інтересах Держави звернулася до суду з вимогою про визнання приватизації готелю недійсною. Національні суди Молдови задовольнили позов. Звертаючись до ЄСПЛ, компанія-заявник, з-поміж іншого, посилялася на порушення Державою § 1 ст. 6 ЄКПЛ. На обґрунтування своєї позиції заявник вказував, що Генеральна прокуратура вчинила позов із порушенням загального строку позовної давності (3 роки). Це стало можливим завдяки чинному на той час положенню Цивільного кодексу Молдови, згідно з яким позовна давність не поширювалася на позови державних організацій щодо повернення державного

майна, яке перебуває в незаконному володінні інших організацій чи громадян.

З цього приводу ЄСПЛ зазначив, що «у цій справі не було надано жодних аргументів на обґрунтування того, чому Державні організації у випадках, коли вони позиваються про повернення державного майна, мають бути звільнені від обов'язку додержуватися установлених строків давності, котрі б перешкодили розгляду позовів, вчинюваних приватними особами чи компаніями. Це потенційно може призводити до руйнування багатьох правовідносин, заснованих на існуючому стані речей і надає дискримінаційну перевагу Державі без будь-якої переконливої підстави... Більше того, Суд вважає, що змінювання правовідносин, які стали остаточними внаслідок впливу позовної давності або які – як у цій справі – повинні були б стати остаточними, якби строк позовної давності було застосовано без дискримінації на користь Держави, є несумісним із принципом правової визначеності» [11]. На цій підставі ЄСПЛ дійшов висновку про те, що положення ЦК Молдови про незастосування позовної давності до Держави суперечить § 1 ст. 6 ЄКПЛ.

З огляду на зазначене доволі несподіваним, як на наш погляд, є рішення у справі *Богдель проти Литви*. У 1995 р. Виконавча рада Тракайського району уклала з Галиною Богдель договір купівлі-продажу земельної ділянки, розташованої поряд з Тракайською фортецею в Національному історичному парку. Спершу на ділянці було зведено кіоск для торгівлі сувенірами й гончарними виробами, пізніше – кафе для туристів. Після смерті Галини Богдель ділянку успадкували заявники – чоловік та донька померлої. У 1999 р. за зверненням приватної особи Державне ревізійне управління розпочало розслідування на предмет законності продажу земельної ділянки пані Богдель. У 2000 р. за підсумками розслідування Державне ревізійне управління дійшло висновку, що відчуження землі було неправомірним, оскільки порушувало норми містобудівного законодавства та законодавства про охоронні зони. Відтак у 2001 р. Голова Вільнюської окружної адміністрації звернувся до суду з вимогою про визнання недійсним договору купівлі-продажу земельної ділянки, що був укладений із пані Богдель у 1995 р. В остаточному підсумку Верховний Суд Литви задовольнив позов. Заявники оскаржили це рішення до ЄСПЛ, стверджуючи, що мало місце порушення ст. 1 Протоколу № 1 до ЄКПЛ (право на мирне володіння майном) та ст. 6 ЄКПЛ.

В аспекті порушення ст. 6 ЄКПЛ заявники, зокрема, вказували на таке. Чинним на той час законодавством було встановлено трирічний строк позовної давності, який починав обраховуватися з моменту, коли особа довідалася, або повинна була довідатися про порушення її прав. Однак, всупереч принципу «рівної зброї», Верховний Суд Литви сформував практику, згідно з якою наведеному формулюванню мало надаватися різне тлумачення у спорах між приватними особами, з одного боку, та у спорах приватних осіб із державними органами – з іншого. Так, у разі коли йшлося про спори приватних осіб, вважалося, що позовна давність починає спливати з моменту, коли позивач дізнався про укладення оспорюваного договору. Натомість, якщо справа стосувалася

держави, то позовна давність починалася із дня, коли відповідний орган «здобув достатні докази, для того, щоб довести, що публічний інтерес було порушено» [3]. Саме на цій підставі Верховний Суд Литви дійшов висновку, що у справі заявників не було пропущено строку позовної давності, позаяк, на думку Верховного Суду, позовна давність почала спливати тільки у 2001 р. – від дня, коли за підсумками експертизи Державне ревізійне управління дійшло висновку про протизаконність договору купівлі-продажу. Заявники зазначали, що «із практичної точки зору таке тлумачення рівнозначне правилу, за яким позовна давність взагалі не повинна застосовуватися до позовів Держави стосовно її власності, адже практично майже неможливо пропустити строк давності..., відраховуваний від дати, коли державні інституції одержують інформацію, необхідну для того, щоб довести порушення публічного інтересу» [3].

Однак ЄСПЛ п'ятьма голосами проти двох ухвалив, що порушення статті 6 ЄКПЛ не мало місця у цій справі. При цьому не можна не звернути уваги на те, що ЄСПЛ не вдався до ретельного аналізу вищенаведеного аргументу заявників. Натомість ЄСПЛ лише зазначив, що він «прийняв цей аргумент до уваги» і відхилив його на підставі міркувань, викладених у пункті 67 рішення [3], – тобто у тій частині рішення, де було аналізовано матеріально-правову складову цієї справи, а саме – наявність чи відсутність порушення ст. 1 Протоколу № 1 до ЄКПЛ (право на мирне володіння своїм майном). У цій частині визначено, що стаття 1 Протоколу № 1 до ЄКПЛ не була порушена, оскільки публічний інтерес у справі був яскраво вираженим та істотним – йшлося про охорону культурної спадщини. Якби ЄСПЛ в «процесуальному аспекті» справи дійшов висновку, що судові інстанції Литви порушили право заявника на суд, то це б звело нанівець значення «матеріального аспекту» справи. У такому разі довелося б визнати, що всупереч тому факту, що право заявників на майно не було порушене, тим не менше, рішення про визнання договору купівлі-продажу недійсним є неправомірним, оскільки суперечить принципу правової визначеності і порушує право заявників на суд. На наш погляд, справа *Бордель проти Литви* – це приклад того, як всупереч суворій юридичній логіці матеріально-правова складова одержує гору над процесуальною складовою. Інтуїтивно може відчуватися деяка несправедливість у тому, щоб скасовувати рішення, яке видається по суті правомірним, тільки через те, що було порушено процесуальні умови звернення до суду. Можливо, таке інтуїтивне відчуття й виправдане, коли процесуальні огріхи є дрібними й неістотними, але навряд чи воно повинно діяти у випадках, коли порушуються процедурні вимоги, що прямо й безпосередньо слідують із принципу правової визначеності і фундаментального права на справедливий суд.

Заслуговує на увагу позиція, висловлена в окремії думці у цій справі суддями Драголюбом Поповичем і Паоло Пінто де Альбукерке, котрі вказали, що «вищезазначена інтерпретація, запропонована Верховним Судом [Литви], створює необґрунтовану перевагу для публічної влади, котра може подовжувати нескінченно будь-який давнісний строк, [ця інтерпретація] дає змогу

судам розглядати справу про анулювання договору за позовом публічної влади, незважаючи на те, що позов приватної особи за аналогічних обставин був би залишений без розгляду» [15].

Отож, проблематика позовної давності аналізується ЄСПЛ насамперед з точки зору положень § 1 ст. 6 ЄКПЛ. Разом з тим, Суд оцінював позовну давність також крізь призму деяких інших положень Конвенції.

Зокрема, якщо стосовно осіб, які знаходяться в аналогічних або принципово схожих ситуаціях, законодавством або судовою практикою встановлено застосування різних строків давності для пред'явлення аналогічних позовів, і при цьому така відмінність не має під собою раціональної підстави – у такому разі позовна давність може аналізуватися крізь призму статті 14 ЄКПЛ «Заборона дискримінації» (у поєднанні з § 1 ст. 6 ЄКПЛ). Відповідно до зазначеної статті «користування правами та свободами, визнаними в цій Конвенції, має бути забезпечене без дискримінації за будь-якою ознакою – статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження, або за іншою ознакою».

У справі *Міцці проти Мальти* заявник, окрім іншого, посилався на порушення державою ст. 14 ЄКПЛ. Пан Міцці, будучи записаний батьком дитини (яку народила його колишня дружина через три з половиною місяці після розлучення), мав намір оспорити своє батьківство в національному суді. Однак він не зміг цього зробити через пропуск строку позовної давності. За мальтійським законодавством для чоловіка, що перебував у шлюбі з матір'ю дитини, строк позовної давності для оспорування батьківства становив шість місяців. Натомість сама дитина, чи її матір, чи інша заінтересована особа мали право пред'явити аналогічний позов без обмеження строком давності.

Розглядаючи заяву пана Міцці, ЄСПЛ зауважив таке. «Стаття 14 захищає осіб, які «перебувають в аналогічних ситуаціях», від дискримінаційно різного ставлення. <...> Проте, той факт, що між двома чи декількома особами є певні відмінності, не заважає таким особам перебувати в принципово схожих позиціях і мати порівнянні інтереси. Суд вважає, що в контексті їхнього інтересу щодо оспорування батьківства, заявник та інші «зацікавлені особи» перебували в аналогічних ситуаціях у розумінні статті 14 Конвенції» [10]. На цій підставі ЄСПЛ констатував порушення ст. 14 ЄКПЛ у поєднанні зі статтями 6 (право на справедливий суд) та 8 (право на повагу до приватного і сімейного життя).

Протилежного висновку Суд дійшов у справі *Стаббінгс та інші проти Сполученого Королівства*. У цій справі заявниці оскаржували рішення Палати Лордів¹, у якому було виснувано, що у випадках, коли шкода здоров'ю заподіюється навмисно, і у випадках, коли шкода здоров'ю заподіюється через необережність, – мають застосовуватися різні строки позовної давності. Так, у справах про шкоду здоров'ю, завдану через необережність, застосовувався трирічний строк позовної давності, перебіг якого починався із дня, коли позивач вперше

¹ У справі «Стаббінгс проти Веббів» (Stubbings v. Webb).

дівнався про те, що така шкода є значною і може бути поставлена у провину відповідачеві. Натомість до випадків умисного завдання шкоди здоров'ю, якщо така шкода була завдана неповнолітньому потерпілому, мав застосовуватися строк позовної давності у шість років, обраховуваний від дня досягнення повноліття. Заявниці у дитячому віці зазнали сексуального насильства, яке спричинило в майбутньому тяжкі психічні розлади. Однак причинний зв'язок між цим насильством і розладами вони усвідомили значно пізніше, лише у зрілому віці, коли строк позовної давності уже сплинув. Тому заявниці вважали, що правова позиція Палати Лордів є дискримінаційною, оскільки ставить їх у гірше становище порівняно із потерпілими від шкоди, завданої через необережність.

Стосовно цього ЄСПЛ зауважив, що «стаття 14 встановлює гарантії проти дискримінації при встановленні правового режиму користування правами та свободами, які гарантуються іншими матеріально-правовими положеннями Конвенції... Однак відмінність між такими правовими режимами не завжди становить порушення статті 14. Для цього має бути доведено, що іншим особам в аналогічній або відносно схожій ситуації надаються преференційні переваги і немає об'єктивних і розумних підстав для такої відмінності... Запровадження різних правових режимів позовної давності для позовів стосовно шкоди, заподіяної здоров'ю навмисно, і для тих, що стосуються шкоди, заподіяної здоров'ю внаслідок недбалства, є цілком розумним заходом і є питанням, яке Договірні держави вирішують у межах свого поля розсуду, оскільки, наприклад, існування підстав для цивільного позову може бути менш очевидним для потерпілих від шкоди, заподіяної здоров'ю унаслідок недбалства» [2]. Тому, – дійшов висновку Суд, – порушення ст. 14 ЄКПЛ у цій справі не мало місця.

У багатьох справах, які розглядалися ЄСПЛ, заявники оскаржували строки позовної давності, установлені для оспорювання батьківства. У таких справах Суд аналізує позовну давність крізь призму положень § 1 ст. 8 ЄКПЛ «Право на повагу до приватного і сімейного життя». Специфіка такого роду справ полягає, зокрема, у тому, що при визначенні, чи було додержано справедливого балансу інтересів, необхідно зважувати не два протилежних інтереси (приватний інтерес індивіда і загальносуспільний інтерес громадськості), а більшу кількість перехресних інтересів зацікавлених сторін, якими є: дитина, матір, особа, яка де-юре вважається батьком, біологічний батько та його сім'я. Так, у справі *Фінікарідов проти Кіпру* Суд зауважив, що «поряд зі зважуванням інтересів індивіда супроти загального інтересу суспільства як цілого, мусять також бути зважені інтереси інших зацікавлених сторін. <...> З одного боку, людина має право знати своє походження... Особи в ситуації, подібній до тієї, у якій опинився заявник, мають життєво важливий інтерес, захищений Конвенцією, – отримати інформацію, необхідну для встановлення істини щодо істотного аспекту їхньої особистісної ідентичності й усунути непевність у цьому відношенні... З іншого боку, як було зазначено вище, не можна заперечувати інтерес того, кого вважають [біологічним] батьком, у тому, щоб бути захищеним від за давнених позовів <...> Ключовий критерій для зважування вищезначених

факторів полягає у запитуванні, чи можна допустити, щоб юридична презумпція переважила біологічну й соціальну реальність, а якщо так, то чи було це за даних обставин... сумісним із зобов'язанням [Держави] забезпечити дієву «повагу» до приватного і сімейного життя» [4].

У більшості національних правопорядків (і український не є винятком) вплив строку позовної давності означає втрату не самого суб'єктивного права, а втрату можливості судового захисту цього права. Тим не менше, «мати право, не забезпечене судовим захистом» і «не мати права» – два становища у практичному сенсі доволі подібні між собою. Тому в разі, якщо особа внаслідок впливу позовної давності втратила можливість судового захисту майнового права – ця ситуація може розглядатися у контексті ст. 1 Протоколу № 1 до ЄКПЛ. Відповідно до зазначеної статті «кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений свого майна інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом або загальними принципами міжнародного права».

Зв'язок між позовною давністю і правом на майно особливо виразно проявляється у випадках, коли майно, що про нього йдеться, полягає у праві вимоги¹. Яскравий приклад – справа *Золотас проти Греції*. У 1974 р. заявник відкрив банківський рахунок у Генеральному банку Греції, при цьому поклавши на рахунок 660 тис. драхм. У період із 1981 р. по 2003 р. заявник не вчиняв жодних операцій за цим рахунком. У 2003 р., коли пан Золотас звернувся до Банку із проханням поінформувати його про стан рахунку, Банк відповів, що, оскільки жодних операцій за рахунком не проводилося, пан Золотас унаслідок впливу двадцятилітнього строку позовної давності втратив право вимагати повернення внесених коштів.

ЄСПЛ з цього приводу зазначив, що «такий суворий захід як обмеження часом вимог стосовно банківського рахунку, на тій підставі що за рахунком упродовж певного часу не вчинялися транзакції, у поєднанні із судовою практикою, згідно з якою нарахування банком процентів на внесену суму не вважається транзакцією, – може поставити власників рахунків, особливо коли це звичайні громадяни, необізнані на цивільному чи банківському праві, у невідне становище порівняно з банками... На думку Суду, Держава має позитивне зобов'язання захищати громадян і вимагати, щоб банки, з огляду на потенційно негативні наслідки давнісних строків, повідомляли власників рахунків, за якими не проводяться транзакції, про те, що строк давності скоро сплине і в такий спосіб давали їм змогу перервати перебіг строку давності, зокрема, шляхом вчинення транзакції. Не вимагати такого інформування – означало б порушити справедливий баланс, якого слід було б дотримуватися між вимогами загального інтересу громадськості і необхідністю захисту фундаментальних прав людини» [18]. На цій підставі Суд визнав ст. 1 Протоколу № 1 порушеною.

Цікаву позицію Суд висловив у справі *Джей. Ей. Пай (Оксфорд) Лтд і Джей. Ей. Пай (Оксфорд) Ленд Лтд проти Сполученого Королівства*. У цій справі

¹ Докладно про розуміння терміна «майно» в практиці ЄСПЛ див.: [16; 17].

компанії-заявники скаржилися на те, що їх було позбавлено права власності на сільськогосподарські угіддя внаслідок застосування інституту «супротивного володіння» («adverse possession», в англійському праві – аналог набувальної давності). Суд зауважив: «Незважаючи на те, що за англійським правом сплив строку позовної давності погашає захист [права], але не саме право, тим не менше Суд вважає, що у випадках, коли вчинення позову про повернення землі законодавчо унеможливлене, припинення титулу власності робить не набагато більше, аніж просто офіційно закріплює уже існуючі позиції, себто підтверджує, що особа, яка одержала титул внаслідок супротивного володіння упродовж 12 років, є власником» [19].

Висновки. Таким чином, позовна давність – це часове обмеження права на доступ до суду. Той факт, що право на доступ до суду обмежене в часі, сам по собі не є порушенням основоположних прав людини. Часові кордони чинності права на судовий захист є несумісними з положеннями ЄКПЛ тільки у разі, коли такі кордони не є розумно виправданими з точки зору критеріїв, вироблених у прецедентній практиці ЄСПЛ. Найчастіше ЄСПЛ співвідносить застосування позовної давності із положеннями § 1 ст. 6 ЄКПЛ («Право на справедливий суд»). Водночас позовна давність в окремих справах оцінювалася Судом також на предмет відповідності ст. 14 ЄКПЛ («Заборона дискримінації»), параграфу 1 ст. 8 ЄКПЛ («Право на повагу до приватного і сімейного життя»), ст. 1 Протоколу № 1 («Захист власності»).

Список літератури:

1. Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey [GC], no. 13279/05, § 56, ECHR 20 October 2011 [Електронний ресурс] // HUDOC. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107156>.
2. Stubbings and Others v. The United Kingdom, no. 22083/93, § 51, ECHR, 1996-IV [Електронний ресурс] // HUDOC. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58079>.
3. Bogdel v. Lithuania, no. 41248/06, § 80, ECHR, 26 November 2013 [Електронний ресурс] // HUDOC. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138559>.
4. Phinikaridou v. Cyprus, no. 23890/02, § 52, ECHR, 20 December 2007 [Електронний ресурс] // HUDOC. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84106>.
5. Цувіна Т. А. Право на суд у цивільному судочинстві : монографія / Т. А. Цувіна. – Харків : Слово, 2015. – 281 с.
6. Цувіна Т. А. Право на суд у цивільному судочинстві [Електронний ресурс] / Т. А. Цувіна // Форум права. – 2012. – № 4. – С. 990 – 999. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.
7. Цувіна Т. А. Міжнародні стандарти права на справедливий судовий розгляд та національна практика цивільного судочинства / Т. А. Цувіна // Цивільне судочинство України: основні засади та інститути : монографія ; за ред. В. В. Комарова. – Харків : Право, 2016. – С. 125–158.
8. Seal v. The United Kingdom, no. 50330/07, § 75, ECHR, 07 December 2010 [Електронний ресурс] // HUDOC. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102117>;
9. Bellet v. France, no. 23805/94, § 31, ECHR 4 December 1995 [Електронний ресурс] // HUDOC. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57952>.
10. Mizzi v. Malta, no. 26111/02, § 89, ECHR, 2006-I [Електронний ресурс] // HUDOC. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71983>.

11. Dacia S.R.L. v. Moldova, no. 3052/04, § 76, ECHR, 18 March 2008 [Електронний ресурс] // HUDOC. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85480>.
12. Vo v. France, no. 53924/00, § 93, ECHR, 2004-VIII [Електронний ресурс] // HUDOC. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61887>.
13. Lelas v. Croatia, no. 55555/08, § 76, ECHR, 20 May 2010 [Електронний ресурс] // HUDOC. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98827>.
14. Howald Moor et autres c. Suisse, no. 52067/10, ECHR, 11 Mars 2014 [Електронний ресурс] // HUDOC. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-141952>.
15. Bogdel v. Lithuania, no. 41248/06, dissenting opinion of Judges Popović and Pinto de Albuquerque, § 12, ECHR, 26 November 2013 [Електронний ресурс] // HUDOC. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138559>.
16. Карнаух Б. П. Поняття майна в контексті статті 1 Протоколу № 1 до Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод / Б. П. Карнаух // Проблеми законності. – 2016. – Вип. 132. – С. 205 – 214.
17. Карнаух Б. П. «Имущество»: естественно-правовая интерпретация / Б. П. Карнаух // Харьковская цивилистическая школа: объекты гражданских прав : монография / под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Харьков : Право, 2015. – С. 446–466.
18. Zolotas v. Greece (No. 2), no. 66610/09, §§ 51, 53, ECHR, 29 January 2013 [Електронний ресурс] // HUDOC. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116441>.
19. J. A. Pye (Oxford) Ltd and J. A. Pye (Oxford) Land Ltd v. The United Kingdom, no. 44302/02, § 76, ECHR, 2007-III [Електронний ресурс] // HUDOC. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82172>.

References:

1. Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey [GC], no. 13279/05, § 56, ECHR 20 October 2011. HUDOC. Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107156>.
2. Stubbings and Others v. The United Kingdom, no. 22083/93, § 51, ECHR, 1996-IV. HUDOC. Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58079>.
3. Bogdel v. Lithuania, no. 41248/06, § 80, ECHR, 26 November 2013. HUDOC. Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138559>.
4. Phinikaridou v. Cyprus, no. 23890/02, § 52, ECHR, 20 December 2007. HUDOC. Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84106>.
5. Tsuvina, T.A. (2015) Pravo na sud u tsyvil'nomu sudochynstvi [Right to a Court In Civil Procedure]. Kharkiv: Slovo [In Ukrainian].
6. Tsuvina, T.A. (2012) Pravo na sud u tsyvil'nomu sudochynstvi [Right to a Court In Civil Procedure]. Forum prava – Forum of Law, 4, 990-999 [In Ukrainian].
7. Tsuvina, T.A. (2016) Mizhnarodni standarty prava na spravedlyvyi sudovyy rozhlyad ta natsional'na praktyka tsyvil'noho sudochynstva [International Standards of a Right To a Fair Trial And National Practice of Civil Procedure]. Civil Procedure in Ukraine: Basic Principles and Institutes. V. V. Komarov (Ed.). Kharkiv: Pravo [In Ukrainian].
8. Seal v. The United Kingdom, no. 50330/07, § 75, ECHR, 07 December 2010. HUDOC. Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102117>;
9. Bellet v. France, no. 23805/94, § 31, ECHR 4 December 1995. HUDOC. Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57952>.
10. Mizzi v. Malta, no. 26111/02, § 89, ECHR, 2006-I. HUDOC. Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71983>.
11. Dacia S.R.L. v. Moldova, no. 3052/04, § 76, ECHR, 18 March 2008. HUDOC. Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85480>.
12. Vo v. France, no. 53924/00, § 93, ECHR, 2004-VIII. HUDOC. Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61887>.
13. Lelas v. Croatia, no. 55555/08, § 76, ECHR, 20 May 2010. HUDOC. Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98827>.

14. Howald Moor et autres c. Suisse, no. 52067/10, ECHR, 11 Mars 2014. HUDOC. Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-141952>.

15. Bogdel v. Lithuania, no. 41248/06, dissenting opinion of Judges Popović and Pinto de Albuquerque, § 12, ECHR, 26 November 2013. HUDOC. Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138559>.

16. Karnaukh, B.P. (2016) Ponyattya mayna v konteksti statti 1 Protokolu # 1 do Yevropeys'koyi konventsiyi pro zakhyst prav lyudyny i osnovopolozhnykh svobod [The Notion of Possessions for the Purposes of Article 1 of the First Additional Protocol to the European Convention on Human Rights]. Problemy Zakonnosti – Problems Of Legality, 132, 205-214 [In Ukrainian].

17. Karnaukh, B.P. (2015) «Imushchestvo»: estestvenno-pravovaya interpretaciya [“Property”: Interpretation From The Perspective Of Natural Law]. Kharkiv Civil-Law Scholarly Tradition: Objects Of Civil Rights. Spasibo-Fateeva I. V. (Ed.). Kharkiv: Pravo [In Russian].

18. Zolotas v. Greece (No. 2), no. 66610/09, §§ 51, 53, ECHR, 29 January 2013. HUDOC. Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116441>.

19. J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. The United Kingdom, no. 44302/02, § 76, ECHR, 2007-III. HUDOC. Retrieved from <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82172>.

Karnaukh B. P., Candidate of Legal Sciences, Teaching Assistant of Department of Civil Law No. 1, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail: karnaukh.bogdan@gmail.com ; ORCID 0000-0003-1968-3051

Limitation period in case-law of European Court of Human Rights

Limitation period is the time for an aggrieved person to apply to court. Notwithstanding that aggrieved person after the limitation period has lapsed does not lose substantial right, such a person does lose a right to apply to court for protection. Thus in the situation when a limitation period has lapsed substantial and procedural rules are tightly intertwined. On the one hand, this situation is about some requirements for bringing an action to the court; on the other hand, the loss of judicial protection significantly decreases the value of the substantial right. That is why the improper application of limitation period potentially can threaten all fundamental human rights. Limitation period is a traditional issue in private law. That is why many scholars have addressed it. T. M. Vakhonyeva, V. V. Luts', O. V. Pushnyak, V. I. Tsikalo, O. V. Shovkova are amongst them. Nevertheless the issue has never been analyzed systematically through the perspective of European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.

The main objective of the paper is to analyze the limitation period from the standpoint of its congruence to different provisions embodied in European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.

First of all the author pays attention to ECtHR case-law concerning the right to a fair trial. In that context limitation period is deemed to constitute a restriction of a right to a fair trial. But such a restriction is not in itself inconsistent with the Convention. In many cases such a restriction is justified first and foremost for the sake of providing legal certainty, which is one of the important aspects of rule of law. Also the author addresses the problem of congruence of limitation period to some other provisions of ECHR, such as: prohibition of discrimination, right to respect for private and family life, protection of property.

Limitation period constitute a restriction of a right to access to court. Such a restriction is justified if (a) it does not restrict a right to access to court in such a way that the very essence of that right is nullified; (b) it has a legitimate purpose; (c) the proper balance between the purpose aimed and the restriction is struck. In order for the limitation period to be proportionate with the aim of providing legal certainty, the following requirements should be met: (i) the limitation period is not unduly short; (ii) the application of limitation period is foreseeable; (iii) the application of limitation period is flexible (i.e. it is capable of taking into account different individual characteristics of each case).

Keywords: limitation period; right to a fair trial; access to court; property; prohibition of discrimination.

Надійшла до редакції 10.07.2016 р.



Кухарев Олександр Євгенович,
кандидат юридичних наук, доцент,
Харківський національний університет
внутрішніх справ, Україна, м. Харків
e-mail: kukharyev@gmail.com
ORCID 0000-0003-2086-9179

doi: 10.21564/2414–990x.134.73047
УДК 347.421

ДО ПИТАННЯ ЩОДО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ СПАДКОВОГО ДОГОВОРУ ПІСЛЯ СМЕРТІ ВІДЧУЖУВАЧА

У статті розглянуто особливості виконання спадкового договору після смерті відчужувача. Охарактеризовано способи призначення особи, яка здійснює контроль за виконанням спадкового договору. Піддається критиці позиція про можливість призначення такого суб'єкта у договорі доручення. Обґрунтовано висновок про поширення на повноваження виконавця заповіту обов'язку з контролю за виконанням спадкового договору. Сформульовано положення про обмежену дію такого способу забезпечення виконання спадкового договору, як призначення спеціальної особи з метою контролю за виконанням набувачем своїх обов'язків після смерті відчужувача. Запропоновано визначати повноваження контролюючої особи безпосередньо у спадковому договорі, окремо надавши їй право вимагати розірвання спадкового договору у разі невиконання або неналежного виконання набувачем своїх обов'язків.

Ключові слова: спадковий договір; набувач; відчужувач; виконання спадкового договору; розірвання спадкового договору.

Кухарев А. Е., кандидат юридических наук, доцент, Харьковский национальный университет внутренних дел, Украина, г. Харьков.
e-mail: kukharyev@gmail.com ; ORCID 0000-0003-2086-9179

К вопросу об обеспечении исполнения наследственного договора после смерти отчуждателя

В статье рассмотрены особенности исполнения наследственного договора после смерти отчуждателя. Охарактеризованы способы назначения лица, осуществляющего контроль за исполнением наследственного договора. Подвергается критике позиция о возможности назначения такого субъекта в договоре поручения. Обоснован вывод о распространении на полномочия исполнителя завещания обязанности по контролю за исполнением наследственного договора. Сформулировано положение об ограниченном действии такого способа обеспечения исполнения наследственного договора, как назначение специального лица с целью контроля за исполнением

приобретателем своих обязанностей после смерти отчуждателя. Предложено определять полномочия контролирующего лица непосредственно в наследственном договоре, отдельно предоставив ему право требовать расторжения наследственного договора в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения приобретателем своих обязанностей.

Ключевые слова: наследственный договор; приобретатель; отчуждатель; исполнение наследственного договора; расторжение наследственного договора.

Вступ. Відповідно до ст. 1302 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) за спадковим договором одна сторона (набувач) зобов'язується виконувати розпорядження другої сторони (відчужувача) і в разі його смерті набуває право власності на майно відчужувача.

Однією з визначальних ознак спадкового договору є можливість покладення на набувача обов'язку виконувати розпорядження відчужувача після смерті останнього (ст. 1305 ЦК). В юридичній літературі ця ознака справедливо розглядається ще як свідчення нетиповості спадкового договору [1, с. 165].

У ст. 1307 ЦК встановлено спеціальні способи забезпечення виконання спадкового договору, а саме: 1) на майно, визначене у спадковому договорі, нотаріус, який посвідчив цей договір, накладає заборону відчуження; 2) заповіт, який відчужувач склав щодо майна, вказаного у спадковому договорі, є нікчемним; 3) відчужувач має право призначити особу, яка буде здійснювати контроль за виконанням спадкового договору після його смерті. Примітно, що наведені способи забезпечують виконання спадкового договору не лише з боку боржника (набувача), а й кредитора (відчужувача), що можна пояснити конструкцією досліджуваного договору. Йдеться про накладення заборони відчуження майна, що є предметом спадкового договору, щоб запобігти можливості відчужувача розпоряджатися таким майном за свого життя.

Аналіз літературних даних і постановка задачі дослідження. Найбільш спірним способом забезпечення виконання спадкового договору, передусім з точки зору практичної реалізації, є призначення спеціальної особи з метою контролю за виконанням договору після смерті відчужувача. Відповідні питання спеціально не досліджувалися в юридичній літературі. Учені приділяли увагу переважно загальній характеристиці спадкового договору, його правовій природі (В. В. Васильченко [2], А. С. Амеліна [3], Н. П. Шама [4], В. Чуйкова [5]), а також розірванню та визнанню недійсним спадкового договору (А. О. Акімова [6]). Відтак, залишаються невирішеними проблеми виконання набувачем своїх обов'язків за договором саме після смерті відчужувача, а також правовий статус особи, яка призначається для контролю за виконанням спадкового договору в цей період часу.

Метою цієї публікації є з'ясування особливостей виконання розпоряджень відчужувача за спадковим договором після його смерті.

Основний виклад. Привертає на себе увагу термінологія гл. 90 ЦК. Так, згідно зі ст. 1302 ЦК набувач зобов'язаний виконувати розпорядження відчужувача. Крім того, підставою для розірвання спадкового договору визначено неможливість виконання розпоряджень відчужувача (ч. 2 ст. 1308

ЦК). Утім, уже у ст. 1305 ЦК йдеться про зобов'язання набувача вчинити певні дії майнового або немайнового характеру. Видається, що у контексті досліджуваних правовідносин поняття «розпорядження» та «дії» слід розглядати як тотожні. Власне, змістом таких розпоряджень є активна поведінка набувача, що не може мати характер утримання від вчинення певних дій.

Як зазначалося вище, набувач у спадковому договорі може бути зобов'язаний вчинити певні дії після смерті відчужувача. Зазвичай у цьому разі на набувача покладаються обов'язки щодо проведення поховання відчужувача на певному цвинтарі або його кремація, організація та фінансування поминок, встановлення пам'ятника на могилі, облаштування місця поховання тощо. При цьому не виключається виконання набувачем розпоряджень на користь іншої особи – наприклад, разова сплата грошових коштів або проведення періодичних виплат родичу відчужувача. У такому разі спадковий договір конструюється за моделлю договору на користь третьої особи, відповідно до якої його виконання може вимагати як особа, яка уклала договір, так і третя особа, на користь якої передбачено виконання (ч. 2 ст. 636 ЦК). Враховуючи, що виконання спадкового договору після смерті відчужувача вимагатиме саме третя особа, яка матиме найбільший інтерес в цьому, видається недоцільним призначення контролюючого суб'єкта у спадковому договорі на користь третьої особи.

Зміст абз. 1 ч. 3 ст. 1307 ЦК дозволяє стверджувати про обмежену дію забезпечення виконання спадкового договору шляхом призначення спеціальної особи, оскільки вона контролюватиме вчинення набувачем визначених договором дій тільки після смерті відчужувача. Тобто здійснювати контроль за життям відчужувача така особа не може, адже відчужувач як кредитор має право самостійно вимагати виконання зобов'язання.

Закон не визначає повноважень контролюючої особи, що свідчить про відсутність належного механізму забезпечення виконання посмертних розпоряджень відчужувача. Наведене набуває особливої актуальності у зв'язку з тим, що відчужувача в цей період вже немає в живих, тож він об'єктивно позбавлений можливості змусити набувача виконати договір. Крім того, незрозумілим є і правовий статус особи, призначеної відчужувачем, адже вона не є стороною договору та третьою особою, на користь якої такий договір виконується. Тим не менш, зазначений суб'єкт є учасником договірних відносин за умови, що зобов'язання, породжуване спадковим договором, не припиняється смертю відчужувача.

Жодним чином не вирішує проблему забезпечення виконання спадкового договору після смерті відчужувача імперативне положення ст. 1308 ЦК, відповідно до якого звернутися до суду з позовом про розірвання спадкового договору можуть лише відчужувач та набувач. На неможливість розірвання спадкового договору на вимогу інших осіб, включаючи спадкоємців відчужувача, наголошується і в абз. 5 п. 28 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30.05.2008 р. № 7. Не викликає сумніву, що така позиція Верховного Суду України стосується й особи, яка має

контролювати виконання спадкового договору після смерті відчужувача. У зв'язку з цим спосіб, в який така буде здійснювати свої повноваження, залишається terra incognita. Наведене дозволило Ю. О. Заїці твердити про неможливість розірвання спадкового договору у разі покладення на набувача обов'язку виконання розпоряджень відчужувача лише після відкриття спадщини [7, с. 143].

Хоча в доктрині цивільного права неодноразово висловлювалася позиція про наділення особи, призначеної відчужувачем, правом звернутися до суду з вимогою про розірвання цього договору [8, с. 104; 9, с. 215; 10, с. 805-806].

Такий стан невизначеності дозволив окремим дослідникам шукати ключ до розуміння правового статусу зазначеного суб'єкта у договорі доручення. Зокрема, С. Я. Фурса та Є. І. Фурса вважають, що відчужувач може призначити особу, яка здійснюватиме контроль за виконанням спадкового договору після його смерті: у спадковому договорі, у заповіті шляхом поширення повноважень виконавця заповіту на забезпечення виконання спадкового договору, а також в окремому договорі доручення [11, с. 120]. Так саме допускає застосування конструкції договору доручення у наведених правовідносинах і В. В. Васильченко [12, с. 154].

На нашу думку, договір доручення не може опосередковувати відносин з виконання спадкового договору. Договір доручення є підставою виникнення договірної представництва, сутність якого полягає в тому, що одна сторона (повірений) зобов'язується вчинити від імені та за рахунок другої сторони (довірителя) певні юридичні дії, результати яких створюють, змінюють, припиняють цивільні права та обов'язки довірителя (ст. 1000 ЦК). Діяльність особи, призначеної відчужувачем, виходить за межі надання юридичних послуг, вона охоплює переважно фактичні послуги, що виявляються у здійсненні контролю за виконанням набувачем своїх обов'язків за договором. Така особа діє не від імені відчужувача, якого на цей момент вже немає серед живих, а від власного імені. Крім того, відповідно до ст. 1008 ЦК договір доручення припиняється смертю довірителя або повіреного. Наведене свідчить про неможливість призначення особи, яка контролюватиме виконання спадкового договору, у договорі доручення.

Водночас, у разі призначення виконавця заповіту його повноваженнями охоплюється і контроль за виконанням спадкового договору. Повноваження виконавця заповіту встановлені ст. 1290 ЦК України та складають такі його обов'язки: 1) вжити заходів щодо охорони спадкового майна; 2) вжити заходів щодо повідомлення спадкоємців, відказоодержувачів, кредиторів про відкриття спадщини; 3) вимагати від боржників спадкодавця виконання ними своїх зобов'язань; 4) управляти спадщиною; 5) забезпечити одержання кожним із спадкоємців частки спадщини, яка визначена у заповіті; 6) забезпечити одержання частки у спадщині особами, які мають право на обов'язкову частку у спадщині.

Отже, діяльність виконавця заповіту стосується таких суб'єктів – спадкоємців, відказоодержувачів, кредиторів та боржників спадкодавця. Більш того, законом окремо виділяється обов'язок виконавця заповіту вимагати від

боржників спадкодавця виконання ними своїх зобов'язань. Безперечно, в даному разі йдеться про зобов'язання, в яких спадкодавець брав участь за життя і які не виконані на день його смерті (наприклад, укладення особою договору позики). Враховуючи односторонній характер спадкового договору, кредитором у відповідному зобов'язанні, породжуваному ним, виступає відчужувач, а боржником – набувач. Тому виконавець заповіту на підставі п. 3 ч. 1 ст. 1290 ЦК має можливість вимагати від набувача вчинення тих дій, які покладені на нього змістом спадкового договору. Таке повноваження може здійснюватися шляхом звернення до суду із позовом про виконання розпорядження відчужувача після відкриття спадщини.

Утім, розпорядження про призначення виконавця заповіту зустрічаються в нотаріальній практиці вкрай рідко, тож розглядати можливість поширення на цього суб'єкта повноважень з контролю за виконанням спадкового договору можна переважно в теоретичній площині.

Виконання набувачем своїх обов'язків після смерті відчужувача характеризується певними особливостями. Так, до відповідних правовідносин не підлягає застосуванню загальне правило щодо особистого прийняття кредитором виконання боржником покладених на нього обов'язків (ч. 1 ст. 527 ЦК). Крім того, виконання певних розпоряджень відчужувача після його смерті унеможлиблює дострокове виконання набувачем свого обов'язку (ст. 531 ЦК), зокрема, до смерті відчужувача. Також не може бути застосовано правило ст. 545 ЦК, за змістом якого, прийнявши виконання зобов'язання, кредитор повинен на вимогу боржника видати йому розписку про одержання виконання частково або в повному обсязі. Відчужувач позбавлений можливості видати розписку в силу своєї смерті, а особа, яка контролює виконання спадкового договору, не є стороною у зобов'язанні, що аналогічно унеможлиблює видання нею розписки.

Враховуючи, що ЦК прямо не визначає повноважень особи, яка має контролювати виконання спадкового договору, їх обсяг залежить від кола тих дій, що належить вчинити набувачу. Уявляється справедливим, що проблему відсутності закріплених в законі повноважень особи, призначеної відчужувачем, можливо вирішити шляхом застосування принципу свободи договору. Так, відповідно до ст. 627 ЦК сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог ЦК, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Звідси – з метою належного та ефективного контролю за виконанням набувачем своїх обов'язків після відкриття спадщини доцільно детально прописувати повноваження контролюючої особи безпосередньо у тексті договору. У протилежному випадку норма ЦК щодо призначення відчужувачем спеціального суб'єкта буде мати декларативний характер і виконання відповідних розпоряджень не забезпечуватиметься взагалі. Крім того, необхідно прямо визначити право такої особи на звернення до суду з вимогою про розірвання спадкового договору у разі невиконання або неналежного виконання набувачем своїх обов'язків. Наслідком розірвання спадкового договору після смерті відчужувача буде

припинення права власності на майно, що є предметом договору, у набувача, та включення зазначеного майна до складу спадщини, що відкрилася після смерті відчужувача. Тим більше, що останнім часом позиція Верховного Суду України щодо оспорювання правочинів дещо змінилася. Можна навести з цього приводу позицію вищої судової інстанції, висловлену в постанові від 25.05.2016 р. у справі № 6-605цс16. Зокрема, правом оспорювати правочин і вимагати проведення реституції ЦК наділяє не лише сторону (сторони) правочину, але й інших, третіх осіб, що не є сторонами правочину, визначаючи статус таких осіб як «заінтересовані особи» (статті 215, 216 ЦК) [13].

Контролюючим суб'єктом може бути призначена як юридична, так і фізична особа з повною цивільною дієздатністю. В останньому випадку йдеться про особу, яка досягла повноліття, а також про особу, яка до повноліття набула повну дієздатність, чи якій така дієздатність була надана на підставі ст. 35 ЦК. Вказана стаття містить вичерпний перелік цих підстав – повна цивільна дієздатність може бути надана фізичній особі, яка досягла шістнадцяти років і працює за трудовим договором, а також неповнолітній особі, яка записана матір'ю або батьком дитини. Крім цього, повна цивільна дієздатність може бути надана фізичній особі, яка досягла шістнадцяти років і яка бажає займатися підприємницькою діяльністю. У цьому випадку фізична особа набуває повної цивільної дієздатності з моменту державної реєстрації її як підприємця. У порядку, встановленому ч. 4 ст. 35 ЦК, повна цивільна дієздатність, надана фізичній особі, поширюється на усі цивільні права та обов'язки.

У разі відсутності вказаної особи, контролювати виконання спадкового договору повинен нотаріус за місцем відкриття спадщини (абз. 2 ч. 3 ст. 1307 ЦК). Водночас жодних застережень стосовно здійснення нотаріусом таких повноважень ЦК, Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, інші нормативні акти не містять. Можна лише припустити, що нотаріус буде витребувати у набувача відповідні документи (довідки, рахунки, квитанції, чеки тощо), що підтверджують виконання розпоряджень відчужувача після його смерті. Водночас досить складно уявити, як, наприклад, нотаріус перевірятиме виконання набувачем обов'язку щодо організації проведення поминок. Повноваження нотаріуса не забезпечені механізмами впливу на набувача, який не виконує належним чином договір у частині виконання своїх обов'язків після смерті відчужувача. Незважаючи на те, що момент виникнення права власності у досліджуваному договорі пов'язаний з фактом смерті відчужувача, нотаріус не повинен автоматично знімати заборону відчуження щодо майна, визначеного у спадковому договорі, на підставі свідоцтва органу цивільного стану про смерть, як це визначено в пп. 8.8 п. 8 гл. 2 розд. II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України. Проте, вчиняючи таку нотаріальну дію, як зняття заборони відчуження, нотаріус має врахувати зміст розпоряджень, покладених на набувача.

Є. О. Рябоконь пропонує робити застереження безпосередньо в тексті спадкового договору про те, що набувач отримує право власності на майно не

тільки після смерті відчужувача, але й після виконання ним усіх розпоряджень відчужувача, що доводиться нотаріусу шляхом подання відповідних документів [14, с. 357]. Схожу точку зору висловлюють С. Я. Фурса та Є. І. Фурса. На їх думку, якщо за спадковим договором набувач зобов'язаний виконати розпорядження відчужувача вже після відкриття спадщини, то й перехід права власності до набувача має відбуватися після виконання останньої умови договору [11, с. 107].

Наведена позиція видається спірною. По-перше, ст. 1302 ЦК закріплює правило щодо переходу права власності в разі смерті відчужувача імперативно, тому видається, що змінити таке положення змістом договору неможливо. По-друге, перенесення моменту виникнення права власності у набувача на невизначений час потягне незавершеність договірної правовідносини та його певну дестабілізацію, буде перешкоджати нормальному обороту прав та речей, адже майно, що виступає предметом спадкового договору, протягом невизначеного часу залишатиметься у «підвішеному» стані без можливості його охорони та управління. Це зумовлено тим, що власника майна вже немає в живих, а у набувача право власності ще не виникло. І якщо у спадкових відносинах збереження спадкового майна забезпечується за допомогою таких інструментів, як договір управління або охорони спадковим майном, то при виконанні спадкового договору є всі підстави припустити загибель, втрату або розкрадання майна, позаяк набувач повинен виконувати розпорядження відчужувача тривалий час після відкриття спадщини.

Висновки. Аналіз положень ст. 1307 ЦК дозволяє стверджувати про обмежену дію забезпечення виконання спадкового договору шляхом призначення спеціальної особи, оскільки вона контролюватиме вчинення набувачем покладених на нього дій тільки після смерті відчужувача. Повноваження контролюючої особи мають визначатися безпосередньо в спадковому договорі. Зокрема, доцільно надати такій особі право на звернення до суду із позовом про розірвання спадкового договору у разі невиконання або неналежного виконання набувачем своїх обов'язків. Наслідком розірвання спадкового договору в такому разі буде припинення права власності на майно, що є предметом спадкового договору, у набувача, та внесення зазначеного майна до складу спадщини, що відкрилася після смерті відчужувача. Отже, неможливе призначення особи, яка буде здійснювати контроль за виконанням спадкового договору, у договорі доручення. У разі призначення виконавця заповіту його повноваженнями охоплюється і контроль за виконанням спадкового договору.

Список літератури:

1. Сучасні тенденції розвитку спадкового права (порівняльно-правове дослідження) : монографія / Ю. О. Заїка, Н. Б. Солтис, В. В. Проценко, Є. О. Рябоконт ; відп. ред. академік НАПрН України В. В. Луць. – Київ : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. – 248 с.
2. Васильченко В. В. Юридична сутність інституту спадкового договору та його місце в системі цивільного права / В. В. Васильченко // Право України. – 2003. – № 7. – С. 137–140.

3. Амеліна А. С. Поняття та ознаки спадкового договору / А. С. Амеліна // Право та управління. – 2011. – № 1. – С. 17–23.
4. Шама Н. П. Правова природа спадкового договору / Н. П. Шама // Університетські наукові записки. – 2006. – № 2 (18). – С. 144–148.
5. Чуйкова В. Правова характеристика спадкового договору / В. Чуйкова // Підприємство, господарство і право. – 2005. – № 4. – С. 3–7.
6. Акімова А. О. Порядок розірвання спадкового договору та визнання його недійсним в порядку цивільного судочинства / А. О. Акімова // Цивільне судочинство у світлі судової реформи в Україні : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. ім. Ю. С. Червоного (м. Одеса, 18 груд. 2015 р.) / уклад. : І. В. Андронов, М. В. Волкова, Р. Ф. Гонгалю. – Одеса : Фенікс, 2015. – С. 129–132.
7. Заїка Ю. О. Спадкове право в Україні: Становлення і розвиток: монографія. 2-е вид. – Київ : КНТ, 2007. – 288 с.
8. Майданик Р. А. Спадковий договір у цивільному праві України / Р. А. Майданик // Університетські наукові записки. – 2007. – № 2 (22). – С. 90–105.
9. Антошкіна В. К. Проблеми правового регулювання спадкового договору в цивільному праві / В. К. Антошкіна // Вісник Донецького національного університету. Сер. В: економіка і право. – 2011. – Вип. 2. – С. 213–216.
10. Харитонов Є. О. Цивільне право України : підручник / Є. О. Харитонов, О. В. Старцев; вид. 2, перероб. і доп. – Київ : Істина, 2007. – 816 с.
11. Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд : [наук.-практ. посіб.] / [С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, О. М. Клименко та ін.]; за заг. ред. С. Я. Фурси. – Київ : Видавець Фурса С. Я. : КНТ, 2007. – 1216 с.
12. Васильченко В. В. Коментар та постатейні матеріали до законодавства України про спадкування / В. В. Васильченко. – Харків : Одиссей, 2007. – 480 с.
13. Постанова Верховного Суду України від 25.05.2016 у справі № 6-605цс15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/>
14. Рябоконт Е. А. Новейшие тенденции судебной практики по делам о наследственных договорах / Е. А. Рябоконт // Альманах цивилистики: сборник статей. Вип. 4 / под ред. Р. А. Майданика. – Киев : Алерта ; ЦУЛ, 2011. – С. 342–360.

References:

1. Zaika, Ju.O., Soltys, N.B., Procenko, V.V., Rjabokon', Je.O. (2015). Suchasni tendencii' rozvytku spadkovogo prava (porivnjal'no-pravove doslidzhennja). Akademik NAPrN Ukrainy V.V. Luc' (Ed.) Kyi'v : Naukovo-doslidnyj instytut pryvatnogo prava i pidpryjemnyctva imeni akademika F. G. Burchaka NAPrN Ukrainy [in Ukrainian].
2. Vasylychenko, V.V. (2003). Jurydychna sutnist' instytutu spadkovogo dogovoru ta jogo misce v systemi cyvil'nogo prava. Pravo Ukrainy, 7, 137–140 [in Ukrainian].
3. Amelina, A.S. (2011). Ponjattja ta oznaky spadkovogo dogovoru. Pravo ta upravlinnja, 1, 17–23 [in Ukrainian].
4. Shama, N.P. (2006). Pravova pryroda spadkovogo dogovoru Universytets'ki naukovi zapysky, 2 (18), 144–148 [in Ukrainian].
5. Chujkova, V. (2005). Pravova harakterystyka spadkovogo dogovoru. Pidpryjemnyctvo, gospodarstvo i pravo, 4, 3–7 [in Ukrainian].
6. Akimova, A.O. (2015). Porjadok rozirvannja spadkovogo dogovoru ta vyznannja jogo nedijnym v porjadku cyvil'nogo sudochynstva. Cyvil'ne sudochynstvo u svitli sudovoi' reformy v Ukraini : Proceedings International Scientific and Practical Conference im. Ju.S. Chervonogo (m. Odesa, 18 grud. 2015 r.), (pp. 129–132), uklad.: I.V. Andronov, M. V. Volkova, R. F. Gongalo; MON Ukrainy; NU OJuA. Odesa: Feniks [in Ukrainian].
7. Zaika, Ju.O. (2007). Spadkove pravo v Ukraini: Stanovlennja i rozvytok. 2-e vyd. Kyi'v: KNT [in Ukrainian].

8. Majdanyk, R.A. (2007). Spadkovyj dogovor u cyvil'nomu pravi Ukraïny. Universytets'ki naukovi zapysky, 2 (22), 90–105 [in Ukrainian].

9. Antoshkina, V.K. (2011). Problemy pravovogo reguljuvannja spadkovogo dogovoru v cyvil'nomu pravi. Visnyk Donec'kogo nacional'nogo universytetu. Ser. V: ekonomika i pravo. Issue 2, 213–216 [in Ukrainian].

10. Harytonov, Je.O., Starcev, O.V. (2007). Cyvil'ne pravo Ukraïny : Vyd. 2, pererob. i dop. Kyi'v : Istyna [in Ukrainian].

11. Fursa, S.Ja., Fursa, Je.I., Klymenko, O.M. et al. (2007). Spadkove pravo: Notariat. Advokatura. Sud. S.Ja. Fursy (Ed.) Kyi'v : Vydavec' Fursa S.Ja.: KNT [in Ukrainian].

12. Vasylychenko, V.V. (2007). Komentar ta postatejni materialy do zakonodavstva Ukraïny pro spadkuvannja. Kharkiv: Odissey [in Ukrainian].

13. Postanova Verhovnogo Sudu Ukraïny vid 25.05.2016 u spravi № 6-605cs15. Retrieved from <http://www.scourt.gov.ua/> [in Ukrainian].

14. Rjabokon', E.A. (2011). Novejshie tendencii sudebnoj praktiki po delam o nasledstvennyh dogovorah. Al'manah civilistiki: sbornik statej. Issue 4. Kiev: Alerta ; CUL, 342–360 [in Russian].

Kukharev A. E., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of Department of Civil Law and Procedure, Kharkiv National University of Internal Affairs, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: kukharyev@gmail.com ; ORCID 0000-0003-2086-9179

To the question of the enforcement of the performance of the hereditary contract after the death of the transferor

The article is devoted to clarifying the specific performance of the hereditary contract after the death of the transferor. Described ways of designation of the person which controls the implementation of the hereditary contract. Criticism expressed over the position voiced in the legal literature about the possibility of such designation by means of the Agency agreement. The work substantiates the conclusion about the extension of the duties of the executor's responsibility for controlling the execution of the hereditary contract. The above-mentioned is determined by the duty of the executor to solicit the debtors of the testator to fulfill their obligations according to the Section 1290 of the Civil Code. Defined the clause of a limited effect of designation of the special person to control over execution of the duties of the purchaser after the death of the transferor as a method of enforcement of the performance of the hereditary contract. Proposed to define the powers of the controlling person directly in the hereditary contract, separately providing the right to demand the termination of hereditary contract in case of non-execution or improper fulfilment of their duties by the purchaser. The work denies the possibility of setting the condition of hereditary contract, that the purchaser receives ownership of the property not only after the death of the transferor, but also after execution of all the instructions of the transferor, that discloses to the notary by submitting the relevant documents. Execution by purchaser of his duties after the death of the transferor is characterized by specific peculiarities. Thus the General rule concerning personal acceptance by the creditor of the debtor's performance of his duties (Paragraph 1 of the Section 527 of the Civil Code) could not be applied to the above-mentioned legal relationships. In addition, the execution of certain instructions of the transferor after his death makes it impossible for early execution of the purchaser's obligations (Section 531 of the Civil Code), in particular, before the transferor's death. Also the rule of the Section 545 of the Civil Code couldn't be applied, whereby when accepting the obligation, the creditor should, upon the request of the debtor, issue him the receipt for the execution in part or in full. The transferor is deprived of the opportunity to issue a receipt because of their death, and the person who controls the execution of the hereditary contract, is not a party to the contract, which similarly makes him disable to issue the receipt.

Keywords: hereditary contract; the purchaser; the transferor; the execution of the hereditary contract; termination of hereditary contract.

Надійшла до редколегії 04.07.2016 р.



Сибіга Сабріна Еглерівна,
приватний нотаріус Київського міського
нотаріального округу,
Україна, м. Київ
e-mail: sybiha.sabrina@gmail.com

doi: 10.21564/2414–990x.134.71098

УДК 347.43

НОВАЦІЯ У ПРАВІ ДАВНЬОГО РИМУ

Стаття присвячена з'ясуванню основних положень давньоримського вчення про новацію. Аналізується визначення новації в праві Давнього Риму, установлюються умови, необхідні для того, щоб новація відбулася, визначаються правові наслідки новації. Особливу увагу приділено правовим наслідкам недійсності первісного чи нового зобов'язання при новації, а також проблемі новації з умовою. Зроблено висновок, що хоча дефініції подібні, давньоримське поняття новації було значно ширшим від сучасного.

Ключові слова: зобов'язання; припинення зобов'язання; новація; делегація; експромісія.

Сибіга С. Э., частный нотариус Киевского городского нотариального округа, Украина, г. Киев.

e-mail: sybiha.sabrina@gmail.com

Новація в праві Давнього Рима

Статья посвящена рассмотрению основных положений древнеримского учения о новации. Анализируется определение новации в праве Древнего Рима, выявляются условия, необходимые для осуществления новации, определяются правовые последствия новации. Отдельное внимание уделено правовым последствиям недействительности первичного или нового обязательства при новации, а также проблеме новирования с условием. Сделан вывод, что, несмотря на схожесть дефиниций, древнеримское понятие новации было значительно шире современного.

Ключевые слова: обязательство; прекращение обязательства; новация; делегация; экспромиссия.

Постановка проблеми. Як відомо, сучасне цивільне право країн Західної Європи сформувалося на основі відродження ідей давньоримської юриспруденції. Переосмислення надбань правничої думки Давнього Риму відбувалося починаючи з XII ст. і завершилося прийняттям таких визначних кодифікованих актів, як Цивільний кодекс Наполеона (1804 р.), Австрійське цивільне уложення (1811 р.) та Німецьке цивільне уложення (1896 р.). Через ці кодекси давньоримські поняття й конструкції потрапили і до інших актів цивільного законодавства

по всій Європі. Не стала винятком і Україна, сучасний Цивільний кодекс якої також увібрав у себе чимало ідей, сформульованих правниками Давнього Риму.

Ось чому ґрунтовне наукове осмислення фундаментальних ідей сучасного цивільного права України видається немислимим без звернення до багатої юридичної спадщини Давнього Риму. Тим більше, що значний масив оригінальних автентичних давньоримських ідей був втрачений у процесі рецепції внаслідок діяльності все нових і нових поколінь коментаторів та законодавців. Так, приміром, інститут новації, що був розроблений класиками Давнього Риму до найменших дрібниць, аж до казуїстичного аналізу виняткових випадків, – у сучасному Цивільному кодексі України був редукований до однієї-єдиної статті (ст. 604).

Аналіз останніх досліджень. Підстави припинення зобов'язання є однією з класичних тем цивільно-правової науки. Чимало питань, пов'язаних із припиненням зобов'язання, були порушені й успішно розв'язані правниками Давнього Риму. Тож проблематика новації, як її розуміли давньоримські юристи, ніколи не була обділена увагою вчених-романістів. Так, цій темі відведено чільне місце в роботах Ю. Барона (Yu. Baron), Б. Віндшейда (Bernhard Windscheid), Д. В. Дождєва (D. V. Dozhdyev), Д. Д. Грімма (D. D. Grimm), Г. Дєрнбурґа (Heinrich Dernburg), Й. О. Покровського (J. A. Pokrovs'kyu), К. Ф. Чіларґа (Karl Ritter von Czychlarz) та ін. Разом з тим, чимало проблем, пов'язаних із практичними наслідками новації за правом Давнього Риму, не знайшли свого однозначного вирішення. Насамперед це стосується можливості новації двосторонніх зобов'язань, наслідків недійсності первісного чи нового зобов'язання при новації, моменту оновлення зобов'язання у разі, коли новація вчиняється під (з) умовою тощо.

Мета статті полягає в тому, щоб на основі аналізу першоджерел з'ясувати основні положення давньоримського вчення про новацію і виявити практичні імплікації цієї концепції.

Виклад основного матеріалу. Учення про новацію (*novatio*) у праві Давнього Риму було досить ретельно розробленим і деталізованим. У Дигестах новації присвячено окремий титул – титул 2 книги 46 «*De novationibus et delegationibus*». На перший погляд, визначення новації у Давньому Римі значною мірою нагадує сучасне розуміння цієї категорії. Ульпіан, зокрема, писав, що «новація становить собою зміну, перехід колишнього боргу в інше зобов'язання..., тобто коли на підставі колишнього (зобов'язання) установлюють нове таким чином, що колишнє припиняється. Новація ж бо одержала свою назву від оновлення (*novu*) й від нового зобов'язання (*nova obligatione*)» (Dig. 46.2.1pr.). Однак більш докладний аналіз давньоримських первотворів дає підстави для висновку, що тогочасне розуміння новації було значно ширшим від сучасного.

За формою вчинення новація становила собою особливий вид стипуляції, яка, своєю чергою, була формальним усним (вербальним) контрактом, що укладався шляхом виголошення спеціальних урочистих формул. Тому не може бути жодних сумнівів у тому, що новація в давньоримському праві вважалася двостороннім

правочином – договором. Стипуляція по суті становила своєрідний урочистий діалог («Чи зобов'язуєшся ти урочисто дати?» – «Зобов'язуюсь урочисто дати»), який було складено таким чином, що він міг породжувати тільки одностороннє зобов'язання. Звідси слідує вкрай важливий висновок стосовно новації: оскільки новація вчинялася у формі стипуляції, вона могла породжувати тільки одностороннє зобов'язання. Але якщо нове зобов'язання, яке утворювалося внаслідок новації, могло бути тільки одностороннім, то чи мало це означати, що й первісне зобов'язання повинне було бути також тільки одностороннім? Відповідь на це питання не така однозначна, проте вона, на наш погляд, все ж має бути ствердною. Справа в тому, що згідно з найбільш давнім римським правом предмет первісного і предмет оновленого зобов'язання мали бути тотожними. Однак така тотожність вочевидь неможлива, якщо первісне зобов'язання є двостороннім, адже в такому разі первісне зобов'язання має два юридичних предмети (дії, які має вчинити одна сторона і дії, які має вчинити інша сторона). З точки зору елементарної логіки цілком очевидно, що два предмети (у первісному зобов'язанні) ніяк не можуть бути тотожні одному (у новому зобов'язанні). Тому якщо уявити, що до моменту виконання договору купівлі-продажу будь-якою зі сторін останні вирішать домовитися про новацію, то така новація може стосуватися тільки одностороннього зобов'язання покупця чи продавця по відношенню до контрагента і, відповідно, будучи укладеною, така новація припинить тільки обов'язок цієї сторони, змінивши його на новий, у той час як обов'язок іншої сторони, який виник із договору купівлі-продажу, залишиться в силі.

Для того, щоб відбулася новація, необхідне справдження декількох умов. Насамперед новація можлива лише тоді, коли первісне зобов'язання (*prius debitum*) є наявним і дійсним: не можна оновити те, чого де-факто не існує, або те, що хоча фактично й існує, але де-юре є недійсним. Первісне зобов'язання могло бути цивільним або преторським, контрактним або деліктним, забезпеченим позовним захистом або натуральним – однак воно неодмінно повинно було бути дійсним. Натомість, «якщо первісне зобов'язання насправді не існувало, – зазначає Розенталь, – приміром, було продано вільну людину, чи мертвого раба, або хтось помилково вважав себе боржником, то й новація не має сили і може бути оспорена як шляхом позову (*condictio incerti*), так і шляхом *exceptio doli*» [1, с. 312]. Однак із цього правила був виняток. Так, якщо боржник, вчиняючи новацію, знав, що оновлюване первісне зобов'язання насправді не існує або є недійсним, то в такому разі новація хоча й не припиняла первісного зобов'язання (його де-факто або де-юре взагалі не існувало), однак створювала нове зобов'язання [2, с. 676-677].

Другою умовою новації була наявність нового зобов'язання, яке за волею сторін устанавлювалося на зміну першому. Однак щодо цієї умови слід зробити важливе застереження. В Інституціях Гая (Gai. 3.176), і пізніше в Інституціях Юстиніана (Inst. 3.29.3) малося таке правило: якщо первісне зобов'язання було дійсним, а те, нове, зобов'язання, яке повинно було бути устанавлене новацією, мало юридичні вади (було недійсним), то в такому разі новація мала тільки

правоприпиняючий ефект, і не мала правопороджувального ефекту. Іншими словами, у такому випадку новація призводила до того, що первісне зобов'язання припинялося, а нове не виникало. Ось як про це вказано в Інституціях Юстиніана: «Навіть якщо наступна стипуляція буде недійсною, тим не менше первісна внаслідок новації втрачає чинність; якщо приміром, стипулюють від сироти те, що ти винен Тіцію, без участі й згоди опікуна, то в такому разі стипулятор програє, позаяк і первісний боржник звільняється від зобов'язання, і наступне зобов'язання не має жодного значення» (Inst. 3.29.3). Таким чином, варто зауважити, що хоча за загальним правилом новація мала значення і правоприпиняючого, і одночасно правопороджувального юридичного факту, однак право Давнього Риму знало винятки, коли новація а) породжувала нове зобов'язання, не припиняючи первісного (якщо первісне зобов'язання було недійсним і боржник про це знав) і б) припиняла первісне зобов'язання, не породжуючи нового (якщо нове зобов'язання, яке повинно було б бути установлене через новацію, мало ті або інші юридичні вади, що тягнули його недійсність).

Третьою умовою новації була наявність певної зміни, тобто відмінності (*aliquid novi*) між первісним та новим зобов'язаннями. «Новація, – писав Гай, – має місце тільки тоді, коли в наступній стипуляції буде щось нове...» (Gai. 3.177). Відмінність могла полягати у: а) заміні підстави виникнення зобов'язання; б) заміні сторони зобов'язання; в) заміні елементів змісту зобов'язання, як-то: скорочення чи подовження строку (*dies*), додавання чи скасування умови (*conditio*), збільшення чи зменшення розміру боргу, установлення застави чи іншого забезпечення тощо (див.: CJ. 8.42.8; Gai. 3.177; Inst. 3.29.3).

Заміна підстави виникнення зобов'язання означала, що суб'єктний склад і зміст зобов'язання залишаються тими ж самими, однак при цьому замінюється юридичний факт, що слугував правовою підставою цього зобов'язання. Такий різновид новації використовували насамперед для того, аби перетворити неформальні зобов'язання на формальні. У такий спосіб сторони мали змогу зміцнити юридичну силу укладених домовленостей і замінити заплутані розрахунки зрозумілими й стислими [1, с. 312-313; 3, с. 16]. Так, наприклад, грошовий борг, що виник із неформального консенсуального контракту купівлі-продажу, за допомогою новації можна було перетворити на формальну стипуляційну обіцянку. Ульпіан щодо цього писав, що «яким би не було первісне зобов'язання, воно може оновлюватися словами [стипуляцією] <...> Все, що б не було предметом контракту... може оновлюватися і переходити із будь-якого зобов'язання в зобов'язання, установлене словами» (Dig. 46.2.1.1; 46.2.2). Цей прийом нагадує сучасну видачу векселя, шляхом якої будь-який грошовий борг, що виник з тієї або іншої підстави, можна перетворити на вексельне зобов'язання.

Найбільше уваги у римських перетворах приділено новації, за допомогою якої відбувалася заміна сторони в зобов'язанні. Такий різновид новації дістав спеціальну назву – делегація (*delegatio*). Заміну кредитора називали делегацією вимоги або активною делегацією (*delegatio nominis*), заміну боржника – пасив-

ною делегацією або експромісією (*expromissio*). Та оскільки сучасне розуміння новації не охоплює цих випадків, ми не будемо їх розбирати докладно.

Щодо змін, які стосуються змісту зобов'язання, то в первотворах доволі небагато згадок про такого роду зміни, за винятком зміни, яка полягає у додаванні умови (*conditio*) до зобов'язання. З цього приводу між давньоримськими юристами виникла дискусія стосовно того, коли саме первісне зобов'язання слід вважати заміненним на нове: з моменту, коли було досягнуто згоди про новацію, чи з моменту, коли настане умова, передбачена змістом нового зобов'язання. Це теоретичне питання мало важливу практичну імплікацію. Так, якщо вважати, що первісне зобов'язання було замінене новим у момент досягнення згоди про новацію, то звідси слідує, що у разі, коли умова не настане, первісне зобов'язання вже буде припиненим і нове не породить права вимоги, оскільки таке право було обумовлене подією, яка не настала. Якщо ж уважати, що заміна зобов'язання відбувається тільки із настанням передбаченої умови, то в такому випадку якщо ця умова не настане, то продовжує існувати первісне зобов'язання. Першої точки зору додержувався Сервій Сульпіцій Руф, котрий вважав, що «оновлення відбувається негайно, навіть у тому випадку, коли настання умови невідоме, і якщо умова не справдиться, то немає підстави ні в тому, ні в іншому випадку для вчинення позову¹, і все втрачено» (Gai. 3.179). Однак врешті-решт панівною стала інша точка зору (див.: Inst. 3.29.3; Dig. 46.2.8.1; 46.2.9.1; 46.2.14; Gai. 3.179), яку серед інших обстоював Гай. Так, в Інституціях Гай писав: «Коли ми говоримо, що додавання умови призводить до оновлення, це слід розуміти в тому сенсі, що оновлення настає тільки тоді, коли здійсниться умова; інакше, якщо вона не здійсниться, то колишнє зобов'язання залишається в силі» (Gai. 3.179).

Для новації необхідно, щоб нове зобов'язання дечим відрізнялося від первісного, але при цьому, однак, предмет зобов'язання неодмінно має залишатися тим же [3, с. 17; 4, с. 479; 5, с. 267] – так вважали в найбільш давню епоху. Натомість класичне римське право послабило цю вимогу: у Дигестах знаходимо, наприклад, згадку про те, що внаслідок новації зобов'язання передати маєток можна шляхом новації перетворити на зобов'язання сплатити вартість цього маєтку (Dig. 46.2.28)².

Четвертою умовою, що необхідна для новації, є умова суб'єктивного характеру, а саме – наявність наміру сторін припинити первісне зобов'язання шляхом установлення нового (*animus novandi*). Якщо такого наміру сторони не мали, то їхня домовленість не призводила до новації, а призводила до виникнення ще одного зобов'язання, яке існувало відтак паралельно із первісним. Виявлення наміру сторін як зараз, так і в Давньому Римі справа нелегка, відтак давніми юристами було вироблено презумпції. Головна із цих презумпцій полягала в тому, що коли два зобов'язання між тими ж сторонами стосувалися одного

¹ Мається на увазі, що не можна пред'явити позов ані на підставі первісного, ані на підставі нового зобов'язання.

² Щоправда, ця згадка закономірно породжує запитання, чому цей випадок кваліфікується як новація, а не як відступне. Однак першоджерела не дають відповіді.

предмета, то звідси робилося припущення, що мала місце новація (більш пізні зобов'язання вважалося таким, що замінило собою більш давнє). Однак під час кодифікаційних робіт імператор Юстиніан скасував будь-які презумпції щодо цього і постановив, що *animus novandi* має бути чітко і недвозначно виражений сторонами – у протилежному разі слід вважати, що новація не мала місця. В імператорській конституції вказувалося так: «Жодна зміна, якою б вона не була, не відбудеться з первісною вимогою, і всі положення первісно установлені залишаться чинними, і все в подальшому укладене буде вважатися додатковим до первісного, якщо тільки первісне зобов'язання не було прямо скасовано, і при цьому виразно не було вказано, що наступне має замінити собою первісне. І, загалом кажучи, Ми постановляємо, щоб новація вчинялася через намір, а не в силу самого права...» (CJ. 8.42.8).

Якщо чотири перелічені умови виконувалися, мала місце новація, якій був властивий двоїстий правовий ефект: з одного боку – правоприпиняючий, з іншого – правоутворюючий. Правоприпиняючий ефект новації полягав зокрема в тому, що через новацію припинялося первісне основне зобов'язання, а разом з ним також і акцесорні зобов'язання, що забезпечували належне виконання первісного основного. Юліан писав: «якщо кредитор стипулював неустойку на випадок, якщо гроші своєчасно не будуть сплачені, то після того, як відбулася новація, ця стипуляція більше не має сили» (Dig. 46.2.15). «Після того, як законним чином укладена новація, припиняються іпотеки і застава, і відсотки більше не нараховуються», – зазначав Павло (Dig. 46.2.18). Якщо сторони вчиняли новацію після того, як строк виконання первісного зобов'язання уже минув (тобто під час прострочення боржника), то в такому разі після домовленості про новацію строк поновлювався і починав спливати заново (відповідно до умов нового зобов'язання, або відповідно до умов первісного зобов'язання, якщо воно в цій частині не змінилося). При цьому ризик випадкового знищення чи пошкодження речі, яка підлягала передачі кредитором, (цей ризик при простроченні переходив на боржника) знову покладався на кредитора. Про це писав Ульпіан у 46-й книзі «Коментарів до Сабіна»: «якщо я стипулював, що мені буде передано раба Стіха, і коли боржник прострочив передання мені цього раба, я знову стипулював передачу мені цього ж Стіха, то ризик більше не покладається на боржника за стипуляцією, так наче прострочення усунено» (Dig. 46.2.8).

Виразною особливістю давньоримського поняття новації є те, що праву Давнього Риму була відома так звана «необхідна новація» (*novatio necessaria*). На відміну від звичайної новації, яка становила собою вербальний контракт, «необхідна новація» відбувалася незалежно від волі сторін. «Необхідна новація» становила собою наслідок трансформуючого впливу судового провадження на предмет зобов'язання. Так, до пред'явлення позову предметом зобов'язання є *dare, facere, praestare* – обов'язок дати, зробити чи передати. Після пред'явлення позову унаслідок засвідчення спору (*litis contestatio*) зобов'язання дати, зробити чи передати припинялося і замість нього виникало нове зобов'язання – підкоритися майбутньому рішенням суду. Після ухвалення рішення це зобов'язання

замінюється іще іншим – задовольнити вимогу боржника в тому обсязі, у якому визначив суд (Gai. 3.180).

Висновки. Таким чином, під новацією в Давньому Римі розуміли заміну одного зобов'язання іншим, або, інакше кажучи, перехід боргу в нове зобов'язання. І хоча така дефініція загалом подібна до сучасного розуміння новації, однак аналіз римських первотворів дає підстави для висновку, що поняття новації, як його трактували давньоримські юристи, було значно ширшим від сучасного потрактування цієї категорії. Насамперед це пов'язано з тим, що новація охоплювала собою також і заміну сторін зобов'язання. Окрім того, римському праву було відоме поняття так званої «необхідної», або процесуальної новації.

Для того, аби мала місце новація, необхідним було, щоб а) первісне зобов'язання фактично існувало і було дійсним (*prius debitum*); б) нове зобов'язання фактично існувало і було дійсним (*nova obligatio*); в) нове зобов'язання де у чому відрізнялося від первісного (*aliquid novi*); г) сторони мали намір вчинити новацію (*animus novandi*) і цей намір був ними однозначно і ясно виражений.

За загальним правилом, новація слугувала одночасно і правоприпиняючим, і правоутворюючим юридичним фактом. Однак із цього правила були винятки. Так, новація мала значення тільки правоприпиняючого факту у тому випадку, коли нове зобов'язання, яке сторони мали намір установити, мало юридичні хиби, що тягнули за собою його недійсність. Новація мала тільки правоутворюючий ефект у разі, коли первісне зобов'язання було недійсним і боржник, вчиняючи новацію, знав про це.

Список літератури:

1. Римское частное право : учебник / под ред. проф. И. Б. Новицкого и проф. И. С. Перетерского. – Москва : ИКД «Зерцало-М», 2012. – 560 с.
2. Барон Ю. Система римского гражданского права : в 6 кн. / Юлиус Барон. – Санкт-Петербург : Юридический центр Пресс, 2005. – 1102 с.
3. Волкова Т. А. Договорные основания прекращения обязательств : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Таисия Алексеевна Волкова. – Самара, 2006. – 183 с.
4. Дождев Д. В. Римское частное право : учебник / Д. В. Дождев ; под ред. В. С. Нерсесянца. – Москва : Изд. группа ИНФРА М-НОРМА, 1996. – 704 с.
5. Чиларж К. Ф. Учебник институций римского права : учебник / К. Ф. Чиларж ; под ред. В. А. Юшкевича. – Изд. 2-е, перераб. и согласованное с 7-ым и 8-ым нем. изд. – Москва : Печатня А. И. Снегиревой, 1906. – XIX, 498 с.

References:

1. Novickij, I.B., & Pereterskij, I.S. (Eds.) (2012). *Rimское chastnoe pravo [Roman Private Law]*. Moscow: IKD «Zercalo-M» [in Russian].
2. Baron, Ju. (2005). *Sistema rimского grazhdanskogo prava [The System of Roman Civil Law]* Sankt-Peterburg: Juridicheskij centr Press [in Russian].
3. Volkova, T.A. (2006). *Dogovornye osnovanija prekrashhenija objazatel'stv [Agreement-Based Causes For Extinction Of Obligations]*. Candidate's thesis. Samara [in Russian].
4. Dozhdev, D.V. (1996). *Rimское chastnoe pravo [Roman Private Law]*. Moscow: Izdat. gruppa INFRA M-NORMA [in Russian].
5. Czyhlarz, K. (1906). *Uchebnik institucij rimского prava [Textbook on Institutes of Roman Law]*. Moscow: Pechatnja A. I. Snegirevoj [in Russian].

Sybiha S. E., Private Notary of the Kyiv City Notary District, Ukraine, Kyiv.
e-mail: sybiha.sabrina@gmail.com

Novation according to the Law of Ancient Rome

Many of modern legal concepts have their roots in the jurisprudence of Ancient Rome. The concept of novation is one of them. That is why it is vitally important to analyze the main provisions concerning novation that were stated in ancient first-hand sources in order to improve modern theory on that matter.

The concept of novation is one of the classic issues in the realm of law of obligations. Thus much attention was paid to it, and especially to the treatment of novation in Ancient Rome. The problem of novation was addressed in the writings of such scholars as Yu. Baron, K. von Czychlarz, H. Dernburg, D. V. Dozhdyev, D. D. Hrimm, J. A. Pokrovs'kyi, B. Windscheid, and others.

The main objective of the paper is to provide an overview of the main provisions stated in ancient Roman first-hand sources on the matter of novation and to suggest some practical implications that might be entailed from those provisions.

In Ancient Rome novation is deemed to be a substitution of one obligation with another, or, in other words, a transformation of debt into some new obligation. The conclusion is made that both the primary and the new obligation had to be unilateral. Thus the author states that bilateral obligation was not able to be turned into unilateral one through the novation. Also the elements of the novation are defined. They are: (a) the existence and validity of the former obligation; (b) the existence and validity of the new obligation; (c) the difference between the former and the new obligation; (d) clearly an undoubtedly expressed intention of the parties to renew the obligation. Special attention is paid to the problem of novation under some special condition. The legal consequences of invalidity of the former or new obligation are also discussed.

Despite the seeming similarity of the definitions of novation in Ancient Rome and in modern jurisprudence, the Roman concept of novation was much broader, especially because it encompassed the substitution of parties and the transformation of the obligation due to commencement of action.

Keywords: obligation; extinction of obligation; novation; delegation; expromission.

Надійшла до редколегії 18.06.2016



Хмельова Наталія Анатоліївна,
здобувач кафедри цивільного права № 1,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: natalia.khmeleva@mail.ru
ORCID 0000-0003-1052-6228

doi: 10.21564/2414–990x.134.72861

УДК 347.513

СУТНІСТЬ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ЗЛОЧИНОМ ЖИТТЮ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ, ЩО ПІДЛЯГАЄ ВІДШКОДУВАННЮ ДЕРЖАВОЮ

Розглянуто поняття, види шкоди, завданої злочином життю фізичної особи, що підлягає відшкодуванню державою. Зроблено аналіз чинного цивільного законодавства України, наукових публікацій, досліджено правові джерела в частині відшкодування шкоди, завданої потерпілому кримінальним правопорушенням. Визначено різновиди такої майнової шкоди, а саме: витрати на утримання недієздатних утриманців померлого; витрати кредиторів померлого за договорами; витрати на поховання; додаткові витрати, які викликані передсмертною хворобою або втратою здоров'я померлого; реальні збитки та упущена вигода, завдані суб'єктам цивільно-правових відносин смертю особи.

Ключові слова: держава; потерпілий; кримінальне правопорушення; шкода; відшкодування.

Хмелева Н. А., соискатель кафедры гражданского права № 1, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.

e-mail: natalia.khmeleva@mail.ru ; ORCID 0000-0003-1052-6228

Сущность вреда, причиненного преступлением жизни физического лица, который подлежит возмещению государством

Рассмотрены понятие, виды вреда, причиненного преступлением жизни физического лица, подлежащего возмещению государством. Проведен анализ действующего гражданского законодательства Украины, научных публикаций, исследованы правовые источники в части возмещения такого вреда. Определены разновидности имущественного вреда, причиненного преступлением жизни физического лица, а именно: расходы на погребение; дополнительные расходы, которые вызваны предсмертной болезнью или потерей здоровья умершего; реальные убытки и упущенная выгода, причиненные субъектам гражданско-правовых отношений смертью лица.

Ключевые слова: государство; потерпевший; уголовное правонарушение; вред; возмещение.

Вступ. Цивільний кодекс України в ч. 2 ст. 11 визначає завдання шкоди іншій особі підставою для виникнення цивільних прав і обов'язків. Наявність

шкоди є першою і обов'язковою умовою виникнення зобов'язань відшкодування шкоди. Цивільний кодекс України не визначає такого поняття як «шкода» і не встановлює його зміст, а тому навіть у разі вчинення кримінального правопорушення все одно мають братися до уваги цивілістично-правові визначення шкоди, оскільки відшкодування шкоди – це інститут цивільного права, незалежно від виду правопорушення (адміністративне, кримінальне тощо). Тому існуючі в цивільному законодавстві тлумачення шкоди, її змісту та видів повинні однаково застосовуватися незалежно від того, яким деліктом вони спричинені – цивільним чи кримінальним. Це впливає з природи єдиного юридичного факту, який, з одного боку, є підставою притягнення особи до кримінальної відповідальності, а з іншого, – до цивільно-правової відповідальності в разі заподіяння злочином майнової шкоди.

Аналіз літературних даних і постановка задачі дослідження. Окреслена проблематика була предметом дослідження таких учених, як Г. А. Атанесян, С. П. Голубятніков, Б. Т. Безлепкін, М. І. Гошовський, О. І. Кучинська, В. Т. Нор та інші, які досліджували поняття шкоди, її різновиди, суб'єктивний та об'єктивний характер тощо. Проте оновлення нормативного матеріалу, зокрема зміни до Цивільного кодексу України, прийняття нового Кримінального процесуального кодексу України, не може не викликати науковий та практичний інтерес до неї в умовах сьогодення.

Мета і завдання статті – з'ясувати сутність шкоди, завданої злочином життю фізичної особи, що підлягає відшкодуванню державою.

Основна частина. Відповідно до ст. 3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Ці конституційні положення вказують на те, що саме держава повинна здійснювати відшкодування шкоди особі, яка потерпіла від кримінального правопорушення, оскільки вона взяла на себе турботу про підтримання правопорядку та забезпечення безпеки всіх членів суспільства.

Таким чином, найважливішим завданням держави, що прагне стати правовою, є охорона життя та здоров'я особи, реальне забезпечення прав і свобод кожного, використовуючи усі можливі засоби державного впливу, оскільки функціонування правової держави обумовлюється саме задоволенням інтересів і потреб її громадян. Тому шкода, завдана потерпілому внаслідок кримінального правопорушення, повинна відшкодовуватися державою. Саме так має працювати дієвий механізм відповідальності держави перед людиною у сфері гарантування її прав і свобод. Таким чином буде забезпечено високий рівень захисту прав і свобод людини.

Безперечно, фізичне й психічне здоров'я є одним з найважливіших людських благ. Всесвітня організація охорони здоров'я визначає здоров'я як стан

повного соціального та фізіологічного благополуччя, коли всі функції людини урівноважені навколишнім світом – природним та соціальним. Це дає підстави під фізичним здоров'ям вважати такий стан організму та органів людини, при якому вона може існувати й виконувати соціальні функції без будь-яких обмежень фізіологічного та соціального характеру.

Чинне законодавство нашої держави не суперечить міжнародному законодавству й також захищає здоров'я будь-якої людини. Завдання шкоди здоров'ю заподіює особі в багатьох випадках велику фізичну, моральну й матеріальну шкоду (останнє пов'язане з витратами на відновлення здоров'я, лікування й реабілітацію).

Фізична шкода – це спричинені внаслідок злочину негативні зміни фізичного й психічного здоров'я потерпілої особи, виражені в різних формах (смерть людини, заподіяння тяжких, середніх чи легких тілесних ушкоджень, порушення психічного стану особи, зміни у нормальному розвитку організму і т.п.). Тому повністю поділяємо висловлену в літературі думку, що завдання шкоди здоров'ю людини є негативним чинником і для суспільства в цілому, яке також потерпає від втрати або зниження соціальної активності кожного з його членів [1]. Отже, злочин спричиняє настанню шкідливих змін в тілесній (матеріальній) сфері потерпілого під дією визначених зовнішніх впливів. Такі зміни в тілесній сфері спричиняють або можуть спричинити негативні зміни в психічній сфері та (або) в майновій сфері.

Наявність шкоди є обов'язковою умовою деліктного зобов'язання [2]. Саме заподіяння шкоди є юридичним фактом, що тягне виникнення правовідносин. При відсутності шкоди питання про деліктну відповідальність виникнути не може [3, с. 19]. Таким чином, шкода служить ознакою відповідних зобов'язань як таких.

Під шкодою розуміються несприятливі для суб'єкта цивільного права майнові або немайнові наслідки, що виникли в результаті пошкодження чи знищення належного йому майна, а також в результаті спричинення каліцтва або смерті фізичній особі [4, с. 58].

Шкода може бути завдана особі або майну. Таким чином, за підставами порушеного блага шкода поділяється: майнова (матеріальна); немайнова [5, с. 20]. Немайнова шкода включає в себе шкоду життю та здоров'ю, а також моральну шкоду (фізичні та моральні страждання).

Життя – це те нематеріальне благо, яке при його втраті не може бути відновлено. Разом з тим, завдання смерті особі також тягне зменшення майнових благ потерпілого або осіб, які знаходяться з ним в певних відносинах (наприклад, його утриманців, кредиторів, страховика тощо). Таким чином, шкода при завданні смерті складається з:

- порушення або припинення нематеріального блага (життя);
- наявності майнової шкоди (втрата засобів утримання, витрати на поховання тощо);
- завдання моральної шкоди.

Завдання смерті особі необхідно розглядати як майнову шкоду відносно тих суб'єктів, які знаходились на утриманні померлого, є недієздатними членами сім'ї і втратили матеріальні засоби, які надавав їм померлий та які були для членів сім'ї основним джерелом існування [6, с. 137]. Крім того, майновою шкодою є витрати на поховання. До числа таких витрат можна віднести організаційні заходи на поховання та замовлення різноманітних приладь для похорон: транспорту, звичайних ритуальних послуг, вінків, огорожі тощо [7, с. 19 – 22].

У цивільно-правовій науці справедливо називається ще одна група витрат. Зокрема, вказується, що підлягають відшкодуванню і витрати, пов'язані з утратою здоров'я, яке призвело до смерті [8]. Мова йде про витрати на сторонній догляд, лікування, додаткове харчування, придбання ліків, санаторно-курортне лікування, протезування, набуття спеціальних транспортних засобів, якщо вони фактично здійснювались за період від нещасного випадку до смерті годувальника. Також поділяємо думку М. С. Малєїна, що якщо через деякий час особа, якій було спричинено каліцтво, помре і буде встановлено, що смерть годувальника є наслідком захворювання чи ускладнення, яке викликане травмою, то його утриманці мають право на відшкодування шкоди від держави. Такі витрати інколи називають додатковими. Додаткові витрати – це незаплановані додаткові витрати, які поніс або може понести потерпілий внаслідок завдання йому майнової шкоди.

До складу збитків, завданих смертю фізичної особи, які підлягають відшкодуванню державою, необхідно включити транспортні витрати на приїзд близьких родичів з інших населених пунктів; витрати на оплату їх проживання, харчування; надання особам, які беруть участь в похованні, медичної допомоги (чергування медсестри, вартість ліків при необхідності тощо), оплата поштових відправлень (в тому числі міжнародних), телеграфних повідомлень, телефонних перемовин тощо. Наприклад, оплата витрат військової частини, що здійснювались в зв'язку з відрядженням солдата-строковика на похорони (проїзд, добові тощо).

Відшкодування державою немайнової шкоди являє собою компенсацію моральної шкоди близьким, які постраждали від втрати. Згідно з чинним законодавством компенсація моральної шкоди являє собою один із загальних способів захисту цивільних прав. М. М. Малєїна відмічає, що сам факт компенсації моральної шкоди, який свідчить про захист законом прав особи, справляє позитивний вплив на психічний стан потерпілого, вселяє віру в справедливість; та навпаки, якщо право залишає без захисту моральні та фізичні страждання, то це додатково травмує психіку потерпілого, що призводить його до стану безвиході, безправ'я, несвободи [9, с. 46].

В юридичній літературі висловлюються пропозиції щодо закріплення «презумпції моральної шкоди». За таку презумпцію висловлювався А. М. Ерделевський [10, с. 217]. В. В. Владимірова вважає необхідним ввести презумпцію завдання моральної шкоди суб'єкту, що потерпів від злочину [11, с. 8]. Аналогічної думки дотримуються К. І. Голубєв, А. В. Клочков, С. В. Наріжний [12].

Установлення презумпції завдання моральної шкоди потерпілому дозволить передбачати моральну шкоду, тим самим позбавляючи цивільного позивача від необхідності доказування її завдання. Презумпція моральної шкоди не передбачає компенсації конкретної суми. Розмір компенсації моральної шкоди, її співмірність моральним та фізичним стражданням повинні доказуватися всіма передбаченими законом способами.

Обговорення результатів дослідження. Підсумовуючи викладене, необхідно відмітити, що під шкодою в цивільному праві розуміються несприятливі для особи майнові та немайнові наслідки, що виникли в результаті пошкодження чи знищення належного йому майна, а також в результаті завдання каліцтва або смерті фізичній особі. За характером порушеного блага шкода ділиться на майнову та немайнову.

Відшкодування майнової шкоди, завданої позбавленням життя, полягає у виплаті платежів недієздатним утриманням, компенсації додаткових витрат, відшкодуванні витрат на поховання, а також відшкодування реальних збитків та упущеної вигоди особам, які понесли такі збитки. Виплата матеріальної допомоги повинна виключатись, якщо особа, якій заподіяно збитки, раніше уклала договір страхування і отримує страхові виплати, а також коли особа зазнала ушкодження здоров'я чи втратила годувальника, але одержує за це державну допомогу або пенсію. У той же час необхідно встановити мінімальні та максимальні межі матеріальної компенсації потерпілим та строк, протягом якого потерпілий має право на матеріальну допомогу.

Відшкодування немайнової шкоди являє собою виплату компенсації моральної шкоди тим фізичним особам, які знаходились у тісному немайновому зв'язку з померлим за його життя і в результаті його смерті зазнали фізичних і моральних страждань.

Висновки. У відносинах з відшкодування державою шкоди, завданої позбавленням життя, існує опосередкований причинно-наслідковий зв'язок. Шкода завдається одному суб'єкту (фізичній особі, померлому), та результатом таких дій, крім того, є майнові втрати та немайнова шкода інших осіб. Зміст зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої позбавленням життя особи, завжди носить майновий характер. У склад майнової шкоди повинні включатися: витрати на утримання недієздатних утриманців померлого; втрати кредиторів померлого за договорами; витрати на поховання; додаткові витрати, спричинені передсмертною хворобою або ушкодженням здоров'я померлого; реальні збитки та упущена вигода, завдані суб'єктам цивільно-правових відносин смертю особи.

Список літератури:

1. Кримінальне право України. Особлива частина : підручник / Ю. В. Александров, О. О. Дудоров, В. А. Клименко [та ін.] ; за ред. М. І. Мельника, В. А. Клименка. – 3-є вид., переробл. та доп. – Київ : Атіка, 2008. – 744 с.
2. Тархов В. А. Ответственность по советскому гражданскому праву / В. А. Тархов. – Саратов : Изд-во Саратовского ун-та, 1973. – 456 с.

3. Белякова А. М. Гражданско-правовая ответственность за причинение вреда: теория и практика / А. М. Белякова. – Москва : Изд-во Московского ун-та, 1986.
4. Смирнов В. Т. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве / В. Т. Смирнов, А. А. Собчак. – Ленинград : Изд-во Ленингр. ун-та, 1983.
5. Хохлов В. А. Гражданско-правовая ответственность за нарушение договора : автореф. дис. д-ра юрид. наук / В. А. Хохлов. – Саратов, 1998.
6. Платов Н. В. Возмещение убытков в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук / Н. В. Платов. – Санкт-Петербург, 2001.
7. Поляков И. Н. Ответственность по обязательствам вследствие причинения вреда / И. Н. Поляков. – Москва : Городец, 1998.
8. Маслов В. Обязательства из причинения вреда / В. Маслов. – Харьков, 1961.
9. Малеина М. Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление и защита / М. Н. Малеина. – Москва : МЗ Пресс, 2001.
10. Эрделевский А. М. Компенсация морального вреда: анализ и комментарий законодательства и судебной практики / А. М. Эрделевский. – Москва : Волтерс Клувер, 2004.
11. Владимирова В. В. Компенсация морального вреда – мера реабилитации потерпевшего в российском уголовном процессе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. В. Владимирова. – Саранск, 2004.
12. Голубев К. И. Компенсация морального вреда как способ защиты неимущественных благ личности / К. И. Голубев, С. В. Наризнний. – Санкт-Петербург : Юрид. центр Пресс, 2001; Ключков А. В. Компенсация морального вреда как мера гражданско-правовой ответственности : дис. ... канд. юрид. наук. – Волгоград, 2004.

References:

1. Aleksandrov, Yu.V., Dudorov, O.O., Klymenko, V.A. et al. (2008). Kryminal'ne pravo Ukrainy. Osoblyva chastyna. M.I., Mel'nyk, V.A., Klymenko (Eds.). Kyiv: Atika [in Ukrainian].
2. Tarkhov, V.A. (1973). Otvetstvennost' po sovetskomu azhdanskomu pravu. Saratov: Izd-vo Saratov. un-ta. [in Russian].
3. Beljakova, A.M. (1986). Grazhdansko-pravovaja otvetstvennost' za prichinenie vreda: Teorija i praktika. Moscow: Izd-vo Moscov. un-ta [in Russian].
4. Smirnov, V.T., Sobchak, A.A. (1983). Obshee uchenie o deliktnyh objazatel'stvah v sovetskom grazhdanskom prave. Leningrad: Izd-vo Leningr. un-ta [in Russian].
5. Hohlov, V.A. (1998). Grazhdansko-pravovaja otvetstvennost' za narushenie dogovora. Extended abstract of candidate's thesis. Saratov [in Russian].
6. Platov, N.V. (2001).Vozmeshhenie ubytkov v grazhdanskom prave. Doctor's thesis. Sankt-Peterburg [in Russian].
7. Poljakov, I.N. (1998). Otvetstvennost' po objazatel'stvam vsledstvie prichinenija vreda. Moscow : Gorodec [in Russian].
8. Maslov, V. (1961). Objazatel'stva iz prichinenija vreda. Kharkov [in Russian].
9. Maleina, M.N. (2001). Lichnye neimushhestvennye prava grazhdan: ponjatie, osushhestvlenie i zashhita. Moscow: MZ Press [in Russian].
10. Jerdelevskij, A.M. (2004). Kompensacija moral'nogo vreda: analiz i kommentarij zakonodatel'stva i sudebnoj praktiki. Moscow: Volters Kluver [in Russian].
11. Vladimirova, V.V. (2004). Kompensacija moral'nogo vreda – mera rehabilitacii poterpevshego v rossijskom ugovolnom processe. Extended abstract of candidate's thesis. Saransk [in Russian].
12. Golubev, K.I., Narizhnij, S.V. (2001). Kompensacija moral'nogo vreda kak sposob zashhity neimushhestvennyh blag lichnosti. Sankt-Peterburg: Jurid. centr Press; Klochkov, A.V. (2004). Kompensacija moral'nogo vreda kak mera grazhdansko-pravovoj otvetstvennosti. Candidate's thesis. Volgograd [in Russian].

Khmel'yova N. A., the applicant of the Department of Civil Law №1 Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: natalia.khmeleva@mail.ru ; ORCID 0000-0003-1052-6228

The essence of the harm caused by the crime of a natural person, shall be reimbursed by the state

By harm in the civil law is understood as unfavorable to the persons economic and moral consequences arising from damage to or destruction of property belonging to him, and as a result causing injury or death to an individual. The nature of the violated good, the damage is divided into proprietary and non-proprietary.

Compensation of the property harm caused by a deprivation of life, is the payment of fees incapacitated dependents, compensation for additional costs compensation for the funeral expenses and the compensation for the actual loss and lost benefits to persons who suffered such losses. The payment of financial assistance should be excluded, if the person who has suffered damage previously concluded the contract of insurance and receives insurance payments, as well as when a person has suffered health damage or has lost its breadwinner, but receives a public assistance or pension. At the same time, you need to install minimum and maximum limits of financial compensation to the victims and the period during which the victim is entitled to financial assistance.

Compensation of non-pecuniary damage is a compensation for moral damage to those individuals who were in close inevitably connection with the deceased during his lifetime, and resulting in his death suffered physical and mental suffering.

In relation to the state compensation for damages caused by the deprivation of life, there is an indirect causal relationship. Damage is applied to the same subject (natural person, deceased) and the result of these actions in addition are property losses and moral harm to others. The content of the obligation of reparation of the harm caused by the deprivation of human life, is always proprietary in nature. Part of the property damage should be included: the costs of the disabled dependants of the deceased; the loss of the creditors of the deceased under the contracts; funeral expenses; additional costs that are caused by the suicide disease or impairment of health of the deceased; actual damages and lost profits caused to the subjects of civil relations of death persons.

Keywords: the state; the victim; the crime; the damage; compensation.

Надійшла до редколегії 30.06.2016

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО. ФІНАНСОВЕ ПРАВО. ТРУДОВЕ ПРАВО



Гетьман Євген Анатолійович,
доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, начальник відділу координації правових досліджень апарату президії Національної академії правових наук України, Україна, м. Харків
e-mail: hetman.evgen@gmail.com
ORCID 0000-0002-1801-7252

doi: 10.21564/2414–990x.134.78655
УДК 342.9: 342.6 (477)

ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА У НОРМОТВОРЧІЙ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ

Статтю присвячено дослідженню питання принципів нормотворчої діяльності органів виконавчої влади в Україні. Проаналізовано підходи вчених до основних принципів правотворчої діяльності. Наголошено на необхідності дотримання принципу верховенства права в нормотворчій діяльності органів виконавчої влади з метою забезпечення і захисту прав і свобод людини та громадянина.

Ключові слова: нормотворчість; принципи нормотворчості; органи виконавчої влади; принцип верховенства права.

Гетьман Е. А., доктор юридических наук, старший научный сотрудник, начальник отдела координации правовых исследований аппарата президиума Национальной академии правовых наук Украины, Украина, г. Харьков.

e-mail: hetman.evgen@gmail.com ; ORCID 0000-0002-1801-7252

Принцип верховенства права в нормотворческой деятельности органов исполнительной власти

Статья посвящена исследованию вопроса принципов нормотворческой деятельности органов исполнительной власти в Украине. Проанализированы подходы ученых к основным принципам правотворческой деятельности. Отмечена необходимость соблюдения принципа верховенства

права в нормотворческой деятельности органов исполнительной власти в целях обеспечения и защиты прав и свобод человека и гражданина.

Ключевые слова: нормотворчество; принципы нормотворчества; органы исполнительной власти; принцип верховенства права.

Постановка проблеми. Нормотворча діяльність органів виконавчої влади, її поняття, зміст, правове регулювання і принципи здійснення є однією з актуальних проблем в Україні, яка, попри досить великий обсяг теоретичних досліджень, залишає відкритим питання законодавчої регламентації та практичної реалізації нормотворчого процесу взагалі й органів виконавчої влади зокрема.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням принципів правотворчої і нормотворчої діяльності органів виконавчої влади приділяли увагу у своїх наукових працях Т. О. Чепульченко [1], В. Г. Гончаренко [2], С. П. Погребняк [3], О. О. Томкіна [4], О. І. Чаплюк [5] та ін.

Метою статті є визначення місця принципу верховенства права в нормотворчій діяльності органів виконавчої влади в Україні шляхом аналізу наукових підходів до цієї проблематики.

Виклад основного матеріалу. Нормотворчу діяльність органів виконавчої влади можна визначити як діяльність уповноважених органів (державної виконавчої влади України та їх посадових осіб) із створення нормативно-правових актів у порядку, суворо регламентованому законодавством (залежно від органу нормотворення та виду створюваного нормативно-правового акта).

У демократичній правовій державі нормотворчість базується на певних принципах, які розкривають особливості та характерні ознаки державної діяльності із створення, зміни та скасування нормативно-правових актів.

Сучасна юридична думка під принципом розуміє основні засади, вихідні ідеї, що характеризуються універсальністю, загальною значущістю, вищою імперативністю і відбивають суттєві положення теорії, вчення, науки, системи внутрішнього й міжнародного права, політичної, державної чи громадської організації (гуманізм, законність, справедливість, рівність громадян перед законом тощо).

Ураховуючи, що на сьогодні питання законодавчого регулювання нормотворчої діяльності залишається відкритим і активно обговорюється юристами-науковцями і практиками, додаткового дослідження потребують саме принципи нормотворчої діяльності як її підґрунтя.

Законом України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності», яким врегульовано особливості створення нормативно-правових актів, що мають ознаки регуляторного акта, окремою статтею визначено принципи державної регуляторної політики, якими є: доцільність (обґрунтована реальна необхідність у прийнятті саме цього нормативно-правового акта); адекватність (відповідність і співвідношення виду нормативно-правового акта потребі й вимогам у регулюванні відповідних

суспільних відносин); ефективність (досягнення максимальних позитивних результатів із мінімальними затратами внаслідок реалізації відповідного регуляторного акта); збалансованість (забезпечення балансу інтересів суб'єктів господарювання, громадян та держави при реалізації регуляторної політики); передбачуваність (послідовність у реалізації регуляторної політики, відповідність поставленим планам з підготовки проектів регуляторних актів); прозорість та врахування громадської думки (відкритість дій регуляторних органів на всіх етапах реалізації регуляторної політики, обов'язкове врахування зауважень і пропозицій фізичних та юридичних осіб, які надійшли в процесі розробки регуляторного акта, обов'язковість оприлюднення регуляторних актів) [6].

Як зазначає Н. П. Христинченко, відповідність регуляторної політики зазначеним принципам забезпечується саме шляхом нормативної регламентації процесу правотворення (створення регуляторного акта), тобто за допомогою визначення та виокремлення «спеціальних етапів, що мають виконуватися регуляторним органом» у процесі створення регуляторного акта, і доходить висновку, що «якість державної політики ... залежить від якості процесу її здійснення» [7, с. 23-24]. Ми підтримуємо таку точку зору і вважаємо, що досконале регулювання правотворчого процесу взагалі та нормотворчого процесу органів виконавчої влади зокрема сприятиме удосконаленню якості й ефективності законодавства України.

Принципи нормотворчої діяльності знайшли своє відображення у Правилах підготовки проектів актів Кабінету Міністрів України, затверджених постановою Кабінету Міністрів України. Так, встановлено, що при підготовці текстів проектів нормативно-правових актів Кабінету Міністрів України мають бути дотримані наступні принципи: 1) логічної послідовності (під яким слід розуміти дотримання логічних зв'язків складових компонентів проекту нормативно-правового акта, чітких причинно-наслідкових зв'язків між нормами, які викладаються); 2) належної ясності викладу і точності опису (полягає у правильному та професійному викладенні норм, точності, лаконічності і доступності до розуміння народом (суспільством)); 3) свободи від суперечностей (виявляється у недопущенні смислових суперечностей, неузгодженості та взаємовиключення норм); 4) лаконічності (полягає у плануванні та обдумуванні змісту нормативно-правового акта, застосуванні здебільшого простих речень, униканні дієприкметникових і дієприслівникових зворотів); 5) правильності «компонування проекту акта» (кожний аспект акта має займати своє місце в логічній послідовності і викладенні норм та не збігатися з іншими); 6) нормативності «мовних засобів офіційно-ділового стилю (при викладенні норм в нормативно-правовому акті мають застосовуватися слова і терміни, закріплені словниками та відповідати сучасному правопису) [8].

Таким чином, певні принципи нормотворчої діяльності органів виконавчої влади закріплені на нормативному рівні, але, на нашу думку, вони мають вузький спеціалізований зміст і сенс та не відображають основних напрямків загальної нормотворчої діяльності (незалежно від виду нормативно-правового

акта або органу нормотворення). Тобто, це принципи, які стосуються лише нормотворчого процесу Кабінету Міністрів України, та у зазначеному вище нормативно-правовому акті взагалі не відображені загальноправові принципи, притаманні загальній нормотворчій діяльності уповноважених органів і окремі нормотворчій діяльності органів виконавчої влади, як-то: принципи верховенства права, законності, демократизму, гласності, конституційної відповідності тощо. Разом із тим у Рекомендаціях з підготовки проектів актів Кабінету Міністрів України (2004 р.), запропонованих Департаментом юридичного забезпечення його Секретаріату, зазначено, що принципами підготовки проектів актів Кабінету Міністрів України є принципи демократизму, законності, гуманізму, науковості, професіоналізму, технічної досконалості та відповідності нормам міжнародного права [9]. Але ці загальні принципи пропонувалося застосовувати при розробці проектів актів до прийняття у 2005 р. Правил підготовки проектів актів Кабінету Міністрів України.

На нашу думку, мають місце радикально протилежні викладення принципів нормотворчої діяльності в Рекомендаціях (лише загальновизнані принципи) та Правилах (лише вузько спеціальні принципи), тому оптимальним варіантом має бути викладення обох груп принципів, лише таким чином буде повністю охоплено процес нормотворення.

У сучасній юридичній літературі немає єдиного підходу до визначення та переліку принципів нормотворчої діяльності. З метою визначення поняття та змісту принципів, притаманних нормотворчій діяльності органів виконавчої влади в Україні, вважаємо за доцільне ознайомитися із позиціями провідних науковців щодо зазначеного питання.

Більшість теоретиків права під принципами нормотворчості пропонують розуміти «основоположні начала, основні ідеї, на які спираються державні та муніципальні службовці у своїй діяльності, результатом якої є створення правових норм, виражених, як правило, в нормативних актах». Уперше принципи правотворчості знайшли своє відображення 1955 р. в науковій праці Д. А. Керимова [10, с. 36]. Сучасні українські та іноземні науковці пропонують наступні підходи до визначення й класифікації принципів правотворчої діяльності. Так, В. П. Плавич і С. В. Плавич, проаналізувавши позиції науковців щодо визначення поняття принципів правотворчості, зазначають, що «під принципами правотворчості розуміють положення та ідеї, що покладені в основу даної діяльності і реалізація яких забезпечує якість нормативно-правових актів, оптимальне нормативно-правове регулювання» [11, с. 83].

Ю. А. Ведерніков виділяє дві групи принципів правотворчої діяльності: загальні (основоположні вимоги, які виражають сутність правотворчості) та спеціальні (притаманні виду державної діяльності, яка будується на загальних принципах). До загальних принципів віднесені принципи гуманізму (нормативно-правові акти мають будуватися на засадах загальнолюдських та соціальних цінностей, загальносвітових стандартів прав людини та громадянина); демократизму (участі громадськості у правотворчості); гласності (відкритості

та можливості вільного обговорення проектів нормативно-правових актів); законності (реалізації правотворчості лише згідно із конституцією та діючим законодавством із дотриманням відповідної процедури підготовки, прийняття і оприлюднення нормативно-правового акта); науковості (використанні в правотворчості сучасних досягнень юриспруденції, проведення експертизи нормативно-правового акта); системності (узгодженості нормативно-правового акта із системою права і законодавства). До спеціальних принципів віднесено такі принципи: своєчасності (зокрема, підготовки і прийняття нормативно-правового акта); динамізму і стабільності; плановості (розподілу правотворчості за предметом, часом, етапами); професіоналізму (залучення до правотворчої діяльності кваліфікованих, компетентних, спеціально професійно підготовлених спеціалістів); техніко-юридичної відокремленості; врахування місцевого досвіду [12, с. 123].

Принципи нормотворчості, на думку О. В. Петришина, являють собою найбільш важливі вимоги, які ставляться до цієї діяльності та її результатів.

Принципи нормотворчості вчений поділяє на три основні групи, серед яких:

1) принципи, що характеризують діяльність державного апарату, в тому числі у сфері нормотворчості, і до яких відносяться принципи верховенства права, законності, демократизму, ефективності, професіоналізму; 2) принципи нормотворчості, що ґрунтуються на основоположних і загальних принципах, серед яких принципи справедливості, гуманізму, рівності, свободи, правової визначеності, пропорційності, добросовісності; 3) спеціальні (власні) принципи нормотворчості, серед яких принципи науковості, плановості, оперативності, системності, технічної досконалості [13, с. 213–214].

Як бачимо, кожний науковець має своє особисте бачення сутності та переліку принципів нормотворчості. Важливо, що принципам притаманна певна динамічність, тобто вони змінюються залежно від рівня правового, культурного, соціального розвитку держави та її суспільства.

Найважливішим принципом, який наразі можна віднести до групи фундаментальних принципів сучасної нормотворчої діяльності органів виконавчої влади, є принцип верховенства права, закріплений в ч. 1 ст. 8 Конституції України.

Відповідно до ч. 1 ст. 8 Основного Закону нашої держави в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Принцип верховенства права є фундаментальним принципом, який врегульовує різноманітні суспільні відносини, в тому числі у сфері нормотворчої діяльності органів виконавчої влади.

Дослідження питань, пов'язаних з принципом верховенства права, лежить у площині його відмінності від таких близьких за змістом принципів, як верховенство закону й верховенство конституції. З огляду на це уявляється цікавою позиція О. В. Петришина, який підкреслює, що двох або навіть трьох верховенств в одній системі правового регулювання бути не може [14, с. 30].

Принцип верховенства права може розглядатися щонайменше у двох аспектах – широкому та вузькому. У широкому розумінні він розглядається як

принцип правової організації державної влади в суспільстві, тобто фактично мова йде про верховенство права над самою державою. У вузькому розумінні цей принцип розглядається у сенсі верховенства права над законом. Саме такий підхід закріплений у Конституції України. Проте історично склалося так, що принцип верховенства права розглядався саме у першому значенні, тобто як верховенство права над державою. У більшості випадків сучасні дослідники вказують на необхідність закріплення в Основному Законі України першого підходу до розуміння зазначеного принципу, що значною мірою є виправданим [14, с. 30].

На думку С. П. Головатого, принцип верховенства права – це один із системи основоположних принципів, що визначають новітній конституційний лад України, і є юридично обов'язковою нормою найвищого рівня сучасного українського правопорядку. Його дія поширюється на усі органи державної влади, органи регіонального і місцевого самоврядування та їх посадових осіб в усіх сферах нормотворчої, правоохоронної та правозастосовної діяльності [16, с. 51].

Перші спроби офіційного тлумачення принципу верховенства права було зроблено Верховним Судом України. Так, постановою Пленуму ВСУ «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 01.11.1996 р. передбачено: «Відповідно до статті 8 Конституції в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Конституційні права та свободи людини і громадянина є безпосередньо діючими. Вони визначають цілі і зміст законів та інших нормативно-правових актів, зміст і спрямованість діяльності органів законодавчої та виконавчої влади, органів місцевого самоврядування і забезпечуються захистом правосуддя» [16].

Рішенням Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України положень ст. 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 02.11.2004 р. зазначається, що «верховенство права – це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає і інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем його розвитку» [17].

Висновки. Отже, принцип верховенства права є основним і незаперечним принципом, яким мають керуватися органи виконавчої влади при здійсненні нормотворчої діяльності з метою розробки найбільш досконалого за своїм змістом підзаконного нормативно-правового акта. Дотримання принципу верховенства права у нормотворчій діяльності органів виконавчої влади є показником належної реалізації та захисту прав, свобод і інтересів людини

та громадянина. Принцип верховенства права передбачає не лише визнання основоположних прав людини, але й обов'язковість їх додержання та забезпечення з боку уповноважених органів державної влади, у першу чергу органів виконавчої влади.

Список літератури:

1. Чепульченко Т. О. Верховенство права як основоположний принцип сучасного правотворення / Т. О. Чепульченко // Вісник Національного технічного університету України «Київський політехнічний інститут». Політологія. Соціологія. Право. – 2012. – № 3. – С. 185–188.
2. Гончаренко В. Г. Принцип науковості як методологія юридичного нормотворення / В. Г. Гончаренко // Вісник Академії адвокатури України. – 2007. – Вип. 3. – С. 32–44.
3. Погребняк С. Роль принципу верховенства закону для подолання ієрархічних колізій / С. Погребняк // Вісник Академії правових наук України. – 2000. – № 4/23. – С. 247–259.
4. Томкіна О. О. Принцип гласності процедури прийняття правових актів Кабінету Міністрів України / О. О. Томкіна // Право України. – 2004. – № 9. – С. 28–31.
5. Чаплюк О. І. Загальні та спеціальні принципи національної правотворчості: поняття, значення та види / О. І. Чаплюк // Часопис Київського університету права. – 2010. – № 1. – С. 87–93.
6. Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності : Закон України від 11.09.2003 р. № 1160-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2004. – № 9. – Ст. 79.
7. Христинченко Н. П. Адміністративно-правове регулювання державного управління нормотворчою діяльністю / Н. П. Христинченко // Вісник Академії управління МВС. – 2010. – № 3 (15). – С. 19–24.
8. Про затвердження Правил підготовки проєктів актів Кабінету Міністрів України [Електронний ресурс] : Постанова Кабінету Міністрів України від 06.09.2005 р. № 870. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/870-2005-%D0%BF>.
9. Кондик П. М. Рекомендації з підготовки проєктів актів Кабінету Міністрів України / П. М. Кондик // Юридичний журнал. – 2004. – № 11. – С. 31–35.
10. Нормографія: теорія и методологія нормотворчества : науч.-метод. и учеб. пособие / под ред. д-ра юрид. наук Ю. Г. Арзамасова. – Москва : Академический Проект, 2007. – 480 с.
11. Плавич В. П. Зasadничі принципи правотворчої діяльності як основа її ефективності / В. П. Плавич // Альманах права. – 2012. – Вип. 3. – С. 83–87.
12. Ведерніков Ю. А. Теорія держави і права : навч. посіб. / Ю. А. Ведерніков, А. В. Папіна. – Київ : Знання, 2008. – 333 с.
13. Теорія держави і права : підручник / за ред. О. В. Петришина. – Харків : Право, 2014. – 368 с.
14. Петришин О. В. Верховенство права в системі дії права / О. В. Петришин // Проблеми законності : респ. міжвід. наук. зб. – Харків : Нац. юрид. акад. України, 2009. – Вип. 100. – С. 18–30.
15. Головатий С. П. Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол. : В. Я. Тацій, О. В. Петришин, Ю. Г. Барабаш та ін. ; Нац. акад. прав. наук України. – 2-ге вид., перероб. і допов. – Харків : Право, 2011. – 1128 с.
16. Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя [Електронний ресурс] : Постанова Пленуму Верхов. суду України від 01.11.1996 р. № 9. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-96>.
17. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 02.11.2004 р. № 15-рп/2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04>.

References:

1. Chepulchenko, T.O. (2012). Verkhovenstvo prava yak osnovopolozhnyi pryntsyp suchasnoho pravotvorennia. Visnyk Natsionalnoho tekhnichnoho universytetu Ukrainy «Kyivskiy politekhnichnyi instytut». Politolohiia. Sotsiolohiia. Pravo, 3, 185–188 [in Ukrainian].
2. Honcharenko, V.H. (2007). Pryntsyp naukovosti yak metodolohiia yurydychnoho normotvorennia. Visnyk Akademii advokatury Ukrainy, issue 3, 32–44 [in Ukrainian].
3. Pohrebniak, S. (2000). Rol pryntsypu verkhovenstva zakonu dlia podolannia iierarkhichnykh kolizii. Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy, 4/23, 247–259 [in Ukrainian].
4. Tomkina, O.O. (2004). Pryntsyp hlasnosti protsedury pryiniattia pravovykh aktiv Kabinetu Ministriv Ukrainy. Pravo Ukrainy, 9, 28–31 [in Ukrainian].
5. Chapliuk, O.I. (2010). Zahalni ta spetsialni pryntsypy natsionalnoi pravotvorchosti: poniattia, znachennia ta vydy. Chasopys Kyivskoho universytetu prava, 1, 87–93 [in Ukrainian].
6. Pro zasady derzhavnoi rehuliatornoj polityky u sferi hospodarskoj diialnosti: Zakon Ukrainy vid 11.09.2003 № 1160-IV. (2004). Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy, 9, article 79 [in Ukrainian].
7. Khrystynchenko, N.P. (2010). Administratyvno-pravove rehuliuвання derzhavnoho upravlinnia normotvorchoiu diialnistiu. Visnyk Akademii upravlinnia MVS, 3 (15), 19–24 [in Ukrainian].
8. Pro zatverdzhennia Pravyl pidhotovky proektiv aktiv Kabinetu Ministriv Ukrainy: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 06.09.2005 № 870. zakon4.rada.gov.ua. Retrieved from: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/870-2005-%D0%BF> [in Ukrainian].
9. Kondyk, P.M. (2004). Rekomendatsii z pidhotovky proektiv aktiv Kabinetu Ministriv Ukrainy. Yurydychnyi zhurnal, 11, 31–35 [in Ukrainian].
10. Arzamasov, Yu.H. (Eds.). (2007). Normohrafiia: teoriia y metodolohiia normotvorchestva: nauchno-metodycheskoe y uchebnoe posobyie. Moscow: Akademicheskyy Proekt [in Russian].
11. Plavych, V.P. (2012). Zasadnychi pryntsypy pravotvorchoi diialnosti yak osnova yii efektyvnosti. Almanakh prava, issue 3, 83–87 [in Russian].
12. Vediernikov Yu.A. Teoriia derzhavy i prava : navch. posib. / Yu.A. Vediernikov, A.V. Papina. – K. : Znannia, 2008. [in Ukrainian].
13. Petryshyn, O.V. (Eds.). (2014). Teoriia derzhavy i prava: pidruchnyk. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
14. Petryshyn, O.V. (2009). Verkhovenstvo prava v systemi dii prava. Problemy zakonnosti, issue 100, 18–30 [in Ukrainian].
15. Holovaty, S.P. (2011). Konstytutsiia Ukrainy. Naukovo-praktychnyi komentar. (2th ed.). V.Ia. Tatsii, O.V. Petryshyn, Yu.H. Barabash et al. (Ed.); Nats. akad. prav. nauk Ukrainy. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
16. Pro zastosuvannia Konstytutsii Ukrainy pry zdiisnenni pravosuddia: Postanova Plenumu Verkhovnoho sudu Ukrainy vid 01.11.1996 № 9 (1996). zakon3.rada.gov.ua. Retrieved from: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-96> [in Ukrainian].
17. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstytutsiinym podanniam Verkhovnoho Sudu Ukrainy shchodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy polozhen statti 69 Kryminalnoho kodeksu Ukrainy (sprava pro pryznachennia sudom bilsh miakoho pokarannia) vid 02.11.2004 № 15-rp/2004 (2004). zakon5.rada.gov.ua. Retrieved from: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04> [in Ukrainian].

Hetman Y. A., Doctor of Legal Sciences, Senior Research Fellow, Head of Coordination legal research system presidium National Academy of Sciences of Ukraine, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: hetman.evgen@gmail.com ; ORCID 0000-0002-1801-7252

The rule of law in lawmaking activity of executive bodies

Rule-making activity of executive power, its concept, content regulation is one of the pressing problems in Ukraine, despite a considerable amount of theoretical research, leaving open the question of legislative regulation and practical implementation of the legislative process in general and the executive authorities in particular.

The article aims to determine where the rule of law in the rule-making activity of executive power in Ukraine by analyzing scientific approaches to these issues.

The most important principle, which now can be attributed to the fundamental principles of modern law-making activities of the executive is the rule of law.

The rule of law is a basic and irrefutable principle that should guide the executive authorities in the exercise of legislative activity to develop the most sophisticated in content of subordinate legal act. Respect for the rule of law in lawmaking activity of executive bodies is an indicator of proper implementation and protection of rights, freedoms and interests of man and citizen. The rule of law implies not only the recognition of fundamental human rights, but also bound to ensure compliance and by authorized public authorities, especially the executive branch.

Keywords: rulemaking; the principles of law-making; executive power; the rule of law.

Надійшла до редколегії 01.09.2016 р.



ADEJUMO Okunlade Isaac,
*Lecturer, Faculty of Law,
University of Ibadan,
Nigeria, Ibadan*



FAGA Hemen Philip,
*Senior Lecturer, Faculty of Law,
Ebonyi State University,
Nigeria, Abakaliki
e-mail: hemenfaga@gmail.com*

doi: 10.21564/2414–990x.134.76748
UDC 351.746.1

AN EXPLORATION OF THE INTERFACE BETWEEN NATIONAL SECURITY AND SUSTAINABLE DEMOCRACY IN NIGERIA: THE WAY FORWARD

The maintenance of internal and external security of the state is essentially the primary duty of the government. In Nigeria, this has become imperative in the face of the myriad of threats to her national security from within and outside. Nigeria has been bedeviled by the problem of insecurity caused by armed robbery, political violence, ethno-religious conflicts, Fulani herdsmen, Boko Haram insurgents and the Niger Delta insurgency. For a country trying to nurture her evolving democracy, security threat in whatever form is antithetic to sustainable democracy.

This paper therefore, examines the elements of national security, which include but not limited to military, political, economic, and environmental security. It concludes that the myriad of security threats facing the country requires more than military force to resolve in order to achieve true national security.

The paper recommended several measures to be put in place by the government to deemphasize its absolute reliance on the military for national security; ranging from the use of other elements of national power, such as diplomacy, negotiation and law enforcement, social and economic equity to environmental justice.

Keywords: national security; democracy; causes of insecurity; insurgency, Nigeria.

Адеюмо Окунладе Исаак, преподаватель юридического факультета, Ибаданский университет, Нигерия, г. Ибадан;

Фага Гемен Филипп, старший преподаватель юридического факультета, Эбонийский государственный университет, Нигерия, г. Абакалики.
e-mail: hemenfaga@gmail.com

Национальная безопасность и устоявшаяся демократия в Нигерии: пути продвижения

Обеспечение внутренней и внешней безопасности государства является первоочередной обязанностью власти. В Нигерии это стало насущной необходимостью в условиях огромного количества угроз национальной безопасности страны как внутренних, так и внешних. Нигерия страдает от опасностей, вызванных вооруженными грабежами, политическим насилием, этнорелигиозными конфликтами, террористическими атаками племен скотоводов Фулани, мятежами боевиков из террористической организации «Боко Харам». Для страны, которая изо всех сил стремится идти по пути демократического развития, угроза безопасности в любой форме несовместима с понятием устойчивой демократии.

Статья посвящена анализу составляющих национальной безопасности, которые включают в себя, но не ограничиваются сферами военной, политической, экономической и экологической безопасности. Выводом исследования является то, что для достижения настоящей национальной безопасности и устранения многочисленных угроз, с которыми сталкивается страна, необходимо применение не только военной силы.

Предлагаются меры, которые должно принять правительство страны для преодоления своей полной зависимости от вооруженного разрешения проблем национальной безопасности, прежде всего с помощью таких властных инструментов, как дипломатия, переговоры, правоохранительные действия, обеспечение социального, экономического равенства и экологической справедливости.

Ключевые слова: национальная безопасность; демократия; причины опасности; мятеж; Нигерия.

Introduction. National security and public safety in Nigeria have witnessed worrisome and threatening dimension by organized forces from within and outside. These organized forces include armed robbers, kidnappers, political thugs, Fulani herdsmen, religious fanatics, Boko Haram Islamic fundamentalists and the Niger Delta insurgents. They have undermined the internal security and public safety in such a way that the corporate existence of Nigeria as one indivisible and indissoluble nation is under serious threat having regard to their modus operandi. Their mode of operation includes use of violence, bombing of targeted victims as well as innocent people, the use of Improvised Explosive Device (IED), sporadic attacks, kidnapping, propaganda and the use of suicide bombers to perpetrate their heinous activities. There is no gainsaying that these organized forces have the ability to withstand security agents and launch sporadic and spontaneous attacks at places of worship, public and private buildings, and against innocent people in order to advance their ideologies. They are unsparing and insensitive to all human feelings going by the atrocities they commit. It therefore, requires concerted efforts and extra-ordinary measures to checkmate their wicked and destructive activities in order to restore the confidence of the people in the ability of the government to provide adequate security for lives and property.

It is unfathomable that the law enforcement agencies and the military in Nigeria have so far been unable to curtail the activities of these groups¹. Following the occupation of some Local Government Areas in the northeastern states of Borno, Yobe and Adamawa, about 3,600 foreign soldiers from Nigeria's francophone neighbouring countries of Chad, Niger and Cameroon were deployed to join Nigeria in fighting Boko Haram Islamic sect². Apart from these countries, local hunters have also been involved in the fight against the insurgents³. This is in addition to the donation of the sum of 995 billion naira (approximately US\$23 million) by the US government to Nigeria to fight Boko Haram⁴. Unfortunately, despite these efforts, insecurity has left bitter experiences for Nigerians that are better imagined than felt⁵. Many people have been rendered homeless, leaving a large pool of internally displaced persons; while the where about of over 200 Chibok school-girls abducted since 2014 is still unknown⁶.

There is no doubt that the above threats have taken a great toll on Nigeria's national security. Insecurity has not only led to monumental loss of life and property⁷, it has also created a refugee crisis⁸ and contrived the present economic downturn in Nigeria due to the activities of the Niger Delta insurgents.⁹ This paper analyses the different elements of national security in Nigeria with a view to examining how they have been eroded or have contributed to the general state of insecurity in the country. The paper identifies the causes of national insecurity and explores the constitutional provisions that provide the blueprint for safeguarding Nigeria's

¹ Though the Nigerian Armed Forces and allied forces from Cameroon, Niger Republic and the Chad have recorded military successes against Boko Haram in the North East, other causes of insecurity like Kidnapping and political violence still go on unabated. For example, it has been revealed that Nigeria alone accounts for about 25% of global kidnappings episodes. See *Punch Newspaper*, Thursday October 4, 2012 p. 24.

² See *Punch Newspaper*, Thursday February 5, 2015, p.18. See also *The Punch Newspaper*, Wednesday January 14, 2015, p.12.

³ See «Villagers kill over 41 Boko Haram fighters», *Punch Newspaper*, Thursday May 15, 2014, p.12; «Thousands of Local Hunters from the North Eastern States Assembling to Embark on Expedition against Boko Haram Insurgents», *The Guardian Newspaper*, Tuesday May 20, 2014 p.1. See also Boko Haram, «Niger to Deploy Troops in Nigeria», *The Punch Newspaper*, Thursday April 17, 2014 p.2.

⁴ See *The Guardian Newspaper*, Tuesday June 16, 2015, p. 1.

⁵ Some of the negative effects of insecurity include the following: (1) Bloodbath in Jos – «150 Killed in Market Explosions», see *The Punch Newspaper*, Wednesday May 21, 2014, pp. 2 & 7; (2) «40 Killed in Fresh Borno Attacks», *The Punch Newspaper*, Thursday May 29, 2014 p. 28.

⁶ Jonathan Goodluck, «We Don't Know Where Abducted Girls Are», *The Punch Newspaper*, Monday 5, 2014, p. 2.

⁷ See *The Punch Newspaper*, Saturday, June 28, 2014, p.8 (due to the activities of the Boko Haram fundamentalists, bombing of religious and public buildings in which more than 4,000 people have been killed in the Boko Haram atrocities since 2009).

⁸ See UNHCR, «Nigeria Crisis: IOM regional assessment findings and recommendations 23 Jan – 06 Feb 2015», pp. 1–5, available at: <http://data.unhcr.org/SahelSituation/download.php?id=1104> (accessed 11th July 2016).

⁹ Freedom C. Onuoha, «The Resurgence of Militancy in Nigeria's Oil-Rich Niger Delta and the Dangers of Militarisation», Al Jazeera Center for Studies Report, 8 June 2016, pp. 1–7, available at: http://studies.aljazeera.net/mritems/Documents/2016/6/8/a3c78be9051f4d48a6dea17d654312ec_100.pdf (accessed 11 July 2016).

internal and external security, and its territorial integrity. To accomplish this task however, the paper must first begin with an exploration of the concept of national security itself. This is quickly disposed of in the next sub-heading, which equally examines the different elements of national security. Next, the paper considers the Nigerian constitutional provisions regulating the internal and external security landscape in the country, and it concludes by suggesting measures that need to be implemented to resolve the active and potential security threats in Nigeria.

Definition, Origin and Meaning of National Security. There is no single universally accepted definition of national security since the term may mean different things to different people. The concept is widely interpreted by different scholars and analysts as well as by different countries. However, national security is always discussed in the context of the ability of a nation state not only to protect its citizens from internal and external aggression but also to pursue those things that promote their welfare in an environment free from hostility. «Security» is conceived as «freedom from danger or threat to a nation»s ability to protect and develop itself, promote its cherished values and legitimate interests and enhance the well-being of its people»¹. «Internal security» is thus, seen as freedom from, or absence of those tendencies which may undermine internal cohesion and the corporate existence of the nation and its ability to maintain its vital institutions for the promotion of its core values and socio-political and economic objectives, as well as meet the legitimate aspirations of the people. According to Walter Lippmann, «a nation has security when it does not have to sacrifice its legitimate interests to avoid war, and is able, if challenged, to maintain them by war»². This tone implicitly equating coercion and national might to national security was passively upheld in the 1996 definition of the National Defence College of India, which described national security in terms of national power. It stated that: *national security is an appropriate and aggressive blend of political resilience and maturity, human resources, economic structure and capacity, technological competence, industrial base and availability of natural resources and finally the military might*³.

The US Secretary of Defense also stated in 1981 that: *national security is the ability to preserve the nation»s physical integrity and territory; to maintain its economic relations with the rest of the world on reasonable terms; to preserve its nature, institution, and governance from disruption from outside; and to control its borders*⁴.

¹ C. Jaja Nwanegbo and Jude Odigbo, «Security and National Development in Nigeria: The Threat of Boko Haram», *International Journal of Humanities and Social Science*, (2013) Vol. 3, No 4. p. 286.

² See *Prabhakaran Paleri*, National Security Imperatives and Challenges, (New Delhi; Tata McGraw-Hill, 2008), p. 521.

³ National Defence College, «A Maritime Strategy for India», proceedings of seminar on Tuesday, January Marg, New Delhi, India, (1996). See also Osioma B.C. Nwolise, «Challenges of Sustainable Democracy in Nigeria», in O. Ojo Emmanuel, (ed.) *Challenges of Sustainable Democracy in Nigeria* (Ibadan: John Archers Publisher Limited, Nigeria, 2006), p. 348 (describing national security in terms of military might).

⁴ Brown, Harold, *Thinking about National Security: Defence and Foreign Policy in a Dangerous World*, (1983), cited in Cynthia Ann Watson, *U.S. National Security: A Reference Handbook, Contemporary World Issues* (2nd revised edition, ABC-CLIO, 2008), p. 281.

Certain common features are prevalent in the above definitions of national security. These are the ability of a country to protect its citizens, political resilience and maturity, sound economic structure, technological competence, and the ability of a country to control borders. National security has both internal and external ramifications; it is a very wide concept that touches on every facet of the survival of the state ranging from its economic, political, environmental and military safety and well-being. There is therefore, a natural link between the government of a state, the process of governance and national security. The government has the primary responsibility of maintenance of peace and security, and law and order in the state; therefore, there must be a demonstrable capacity on the part of the government to control the domestic and foreign conditions, which the public opinion of a state believes are necessary to enjoy its self-determination, autonomy or independence, prosperity and well-being¹.

The origin of the concept of national security is traceable to the peace of Westphalia, wherein the concept of a sovereign state, ruled by a sovereign became the basis of a new international order of nation states². Since a key component of national security is the freedom of a nation to pursue its core values and objectives without hindrance, anything that tried to hinder a nation from pursuing these values and objectives was seen as a common enemy that must be fought. To be able to fight the common enemy, the citizens invariably come together as a united nation so that they can harness their force for a common purpose. Hobbes³, in his treaties, described this emerging citizen-ruler contract as a mandate on the part of the rulers to ensure national security. This perception is carried over into our modern democracies. The concept of the «sovereign» is transposed to an elected President or Prime Minister who becomes the Commander-in-Chief of the armed forces of the nation state⁴, and consequently, is given enormous powers to safeguard the national security of the state. The present limit of the concept is however, a factor of the post WWII attempt of the United States to find a more suitable concept to describe the struggle of states to overcome various external and internal threats⁵. Thus, the United States has the most comprehensive architecture of national security institutions and norms than any country.

In Nigeria, although the concept of national security has received little attention in terms of formal provisions or detailed structure in the Constitution⁶, the

¹ David Bates, «Constitutional Violence», *Journal of Law and Society*, Vol. 34, Number 1, March 2007, p. 16.

² See *Robert T. David, U.S Foreign Policy and National Security: Chronology and Index for the 20th Century*, (Praeger: Security International Series, 2010), pp. XIII–XIV.

³ Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651) cited in Kenneth Janda, Jeffrey M. Berry and Jerry Goldman, *The Challenge of Democracy: The Essentials*, (Houston: Mifflin Company, 1999), p. 4. See also John Locke, *Two Treatises of Government* (1690) cited in Janda, Berry & Goldman, *ibid*, p. 4.

⁴ See section 130(2) of the 1999 Constitution of the Federal Republic of Nigeria (as amended).

⁵ Joseph J. Romm, «Defining National Security: The Non-Military Aspect», *Pew Project on America's Task in a Changed World*, (Pew Project Council on Foreign Relations, 1993), p. 121.

⁶ See section 14(2)(b) of the 1999 Constitution, which merely provides that the security and welfare of the people shall be the primary purpose of government.

role of national security in the sustenance of Nigeria's nascent democracy cannot be overemphasized. This is amply demonstrated by the ease with which the Nigerian Supreme Court would allow the suspension of the lofty ideals enshrined in the fundamental human rights provisions of the constitution if there are any threats to the national security. Thus, in the case of *Alhaji Mujahid Dokubo-Asari v. Federal Republic of Nigeria*¹, the court reiterated as follows: *the pronouncement by the court below is that where national security is threatened or there is the real likelihood of it being threatened, human rights or the individual right of those responsible take second place. Human rights or individual rights must be suspended until the national security can be protected or well taken care of. This is not anything new. The corporate existence of Nigeria as a united, harmonious, indivisible and indissoluble sovereign nation, is certainly greater than any citizen's liberty or right. Once the security of this nation is in jeopardy and it survives in pieces rather than in peace, the individual's liberty or rights may not even exist.*

This statement captures the attitude of the Nigerian judiciary to the issue of national security, which it refuses to cordon within the sphere of military threats alone. Indeed, other elements of national security plague the survival of Nigeria even more than the threats of Boko Haram or the Niger Delta insurgencies². For instance, there are keen expectations for Nigeria to attain national food self-sufficiency, employment and adequate health as a key component of national security. This is in addition to other factors that threaten the very survival of the nation, such as the quest to achieve an equitable distribution of wealth derived from oil resources, environmental equity and justice, religious and ethnic tolerance and political integration. All these are issues that portend a serious danger for insecurity, and serve as potential catalysts for political violence and break down of law and order in Nigeria.

Elements of National Security.

1. Military Security. This is traditionally the earliest recognized form of national security. Military security is suggestive of the ability of a nation to defend itself, or deter military aggression from the outside. To achieve this, each nation establishes an armed force, which comprises the army, the navy, and the air force³. Each of these forces plays vital roles in protecting both civilians and the nation's territorial integrity. However, the security of a nation state involves not only the armed forces, but also the police force, customs, immigration, prisons, national security and civil defence corps and the entire citizenry where necessary, including vigilante groups. In Nigeria, the 1999 Constitution of the Federal Republic of Nigeria (as amended) provides for the establishment of the Armed Forces, the Police Force, Immigration, Customs, Prisons and National Security and Civil Defence Corps (NSCDC) for the purpose of ensuring national security⁴.

¹ (2007) 12 NWLR (Pt. 1048), pp. 358-359.

² Nkechi O. Anyadike, «Boko Haram and National Security Challenges in Nigeria: Causes and Solutions», *Journal of Economics and Sustainable Development*, vol. 4, No. 5, (2013), p. 14.

³ See Section 217 of the Nigerian 1999 Constitution, (establishes the Armed Forces for the Federation, which consists of an Army, a Navy and an Air Force).

⁴ Section 214 *ibid*, (provides for the establishment of the Nigeria Police Force).

The military is no doubt an essential element of the defence of any nation against external aggression. It could also be called upon in exceptional circumstances to maintain internal security in cases of declared state of emergency. In order to perform their duties effectively, the military must be adequately equipped; thus, the 1999 constitution of Nigeria specifically imposes an obligation on the Federal Government to equip the military for optimal performance of their duties¹. Other factors that enhance the effectiveness of the military include their intelligence gathering skills and knowhow, and the welfare packages available for them. In the case of Nigeria, these factors are obviously absent², which account for the poor performance of the Nigerian military against several internal threats of insurgency arising from Boko Haram³. The poor equipment of the Nigerian military is a result of years of abandonment by successive Nigerian governments and the monumental corruption that permeate the institution. Monies are either not allocated for improvement of the military at all, or the top hierarchy of the military embezzle the little allocated for that purpose. This scenario has become a recurrent decimal in the quest to equip and prepared the Nigerian military for the task of safeguarding national security. In fact, the last federal administration of Nigeria had to borrow one billion dollars for the purchase of equipment for the military to fight Boko Haram insurgents⁴; yet even this effort ended in disaster, in what is popularly known as Dasukigate⁵.

2. Political Security. Buzan, Waever, and Wilde⁶ have noted the role political security plays as an important component of national security. According to them, political security is all about the stability of the social order. It is a necessity for

¹ Section 217(2) *ibid*, provides that the federation shall subject to an Act of the National Assembly made in that behalf, equip and maintain the armed forces as may be considered adequate for the purpose of: (a) Defending Nigeria from external aggression; (b) Maintaining its territorial integrity and securing its borders from violation on land, sea, or air, and (c) Suppressing insurrection and acting in aid of civil authorities to restore order when called upon to do so by the President.

² See The Punch Newspaper, Thursday May 22, 2014, p. 12 (quoting a statement credited to Maj. Gen. Abdullahi Muraina, Chief of Accounts and Budget, Nigerian Army, saying: «currently budgetary allocation for the military is inadequate to meet the contemporary security challenges and also cater for the welfare of the Nigerian Army»).

³ «We Asked for Better Weapons, Got Death Sentence», The Punch Newspaper, Saturday December 20, 2014 p.10; «Boko Haram: Lack of Gunships Hinders Military Operations», The Punch Newspaper, Thursday, March 6, 2014, p. 2; «Jonathan Bought Refurbished, Expired Weapons, Says FG», The Punch Newspaper, Tuesday, February 2, 2016, p. 3.

⁴ «Uproar as Senate Approves Jonathan's \$1 billion Loan Request: The Punch Newspaper, Friday, September 26, 2014, p 9; «Without Enough Funds, We Can't Fight Boko Haram-Army», The Punch Newspaper, Thursday, May 22, 2014, p. 12.

⁵ The Leader News Online, «Dasukigate: A Case of Institutionalized Corruption», Sunday, January 10, 2016, available at: <http://theleaderassumpta.com/2016/01/10/dasukigate-a-case-of-institutionalized-corruption/> (accessed 24 August 2016) (describing the \$2.1 billion arms deal scandal involving the National Security Adviser to the former President Goodluck Jonathan). See also Joe Onwukeme, «Dasukigate or Dasuki Bonanza?», available at: <http://abusidiqu.com/dasukigate-or-dasuki-bonanza-by-joe-onwukeme/> (accessed 24 August 2016).

⁶ Barry Buzan, Ole Waever, Jaap de wilde, «*Security: A new Framework for Analysis*», (Lynne Rienner publishers, 1998), p. 239

peace, development and sustainable democracy. Political instability has led to military interventions in governance in Nigeria in the past. Thus, the National Conference on stability of the Third Republic had this to say on political threats: *We are all aware of the methods that were adopted by many politicians in the First and Second Republics. Nigerians in opposing political camps saw themselves as real or battlefield enemies. Therefore, they felt there was no basis for seeing a situation in a realistic manner, but in the form of antagonism to anything done by their political opponents. This led to attempts at subverting the party in government, intimidation, kidnapping and terrorizing political opponents. In a multi-ethnically segmented society like Nigeria, with various socio-economic problems, it is quite easy for sentiments to be whipped up against any government. Thuggery, arson, sentiments, intimidations, opportunism, party fanaticism and selfishness should not be allowed in the third republic as they are threats to stability. To ensure political stability, stakeholders are expected to play the game according to the laid down principles. Anything to the contrary is an invitation to anarchy and disorderliness*¹.

3. Economic Security. It is no doubt that economic security today is as important as the military security. The creation and protection of employment opportunities through economic security is vital to national security. The problem with most African countries with respect to economic insecurity is due to bad policies, corruption, bad leadership, and mismanagement of resources. Most developing countries including Nigeria are not secure economically due to the over-dependence on foreign countries for the supply of certain goods and services. The balance of trade between the so-called countries in the northern and southern hemisphere is skewed in favour of the former, so that the economies of the latter are continuously relegated to the periphery of the world economy. For instance, Nigeria is a major oil producing country, still it relies 70 % on refined petroleum products from Western countries for its domestic use. This practice ensures that citizens of these other countries are gainfully employed and their economies booming at the expense of the developing economies. Evidence of undeveloped economy manifests itself in abject poverty, lack of employment opportunities and the dependence on foreign aid and loans for finance of major projects at very high interest rates. To achieve economic security, the 1999 Constitution of Nigeria enjoins the state to: *a) harness the resources of the nation and promote national prosperity and an efficient, dynamic and self-reliant economy; b) control the national economy in such manner as to secure the maximum welfare, freedom and happiness of every citizen on the basis of social justice and equality of status and opportunity; c) without prejudice to its right to operate or participate in areas of the economy, other than the major sectors of the economy, manage and operate the major sectors of the economy*².

It is imperative therefore, that the nation develop a blueprint at diversifying the economy to reduce overdependence on oil and guarantee economic security for the

¹ Communique of National Conference on Stability of the Third Republic held at the Nigerian Institute of International Affairs on 1st and 2nd November, 1988, p. 110.

² See section 16(1) of the 1999 Constitution of the Federal Republic of Nigeria (as amended).

nation. It is worthy of note that the provision of section 16 of the 1999 Constitution, which guarantees economic security for Nigeria is made non-justiciable¹. Therefore, these authors suggests that the National Assembly enact a new law to operationalize that provision of the constitution and give it legal backing as was decided in the case of *Attorney-General of Ondo State v. Attorney-General of the Federation and others*².

4. Environmental Security. Environmental security deals with environmental issues that threaten national security of a nation in any manner, such as pollution or any environmental hazards that is inimical to human health. Not all environmental events are considered significant to be categorized as threats to national security, although many transnational issues are likely to affect national security especially when they threaten human existence such as oil pollution in the Niger Delta areas of Nigeria. Romm³ classifies environmental issues that threaten national security to include: *a) Transnational or global environmental problems such as climate change due to global warming, deforestation and loss of biodiversity; b) Environmental or resource problems related to ownership of natural resources and degradation of the environment arising from the extractive industry.*

In Nigeria, the issue of resource control of the vast reserves of crude oil found in the Niger Delta region remains a raging subject that continues to threaten the national security of the country. The different ethnic nationalities in the region have since the 1990s agitated for control of the oil resources gotten from the region, and restoration of the environment, which have been inundated with pollution from the long years of exploitation. The most successful group has been the Ogoni people under the platform of the Movement for the Survival of the Ogoni People (MOSOP). This group has internationally prosecuted their claims under the right of indigenous peoples to their land and resources, which was reduced into the Ogoni Bill of Rights in 1990⁴. The struggle was successfully defined as an environmental issue rather than a political or economic one and the Ogonis were able to win the sympathy of international NGOs and environmentalists. However, the Niger Delta issue not only brought about environmental insecurity in Nigeria, it also quickly spiral into both political and economic insecurity for the country. The arrowhead of the struggle, Ken Saro-Wiwa was publicly executed, which brought about international ostracism of Nigeria, militarization of the struggle into an insurgency and its elevation into an international discourse deliberated at the level of the United Nations, the European Union and the Organization of African Unity now African Union.

Apart from the issue of resource control in the Niger Delta, disputes sometimes lead to heightened tension or outright conflict over water scarcity and grazing areas that sustain herdsmen's cattle (Fulani herdsmen) in the central region of Nigeria

¹ See section 6(6)(c) of the 1999 Constitution of the Federal Republic of Nigeria.

² (2002) 9 NWLR, p. 474.

³ Joseph J. Romm, *Op. cit.*, note 18, p. 122.

⁴ S.O. Aghalino, «Niger Delta Region and the Struggle for Resource Control: Implications for the Nascent Democracy», in Emmanuel O. Ojo (ed.), *Challenges of Sustainable Democracy in Nigeria*, (Ibadan: John Archers Publishers Limited, 2006), p. 303.

(Middle Belt), which lead to attacks on farmers and vice versa¹. Rise in population and dwindling availability of farmland is in fact, implicated in the Rwandan genocide as problems arising from environmental insecurity².

Nigerian Constitutional Architecture That Regulates National Security. The 1999 constitution of Nigeria places the duty of security, the maintenance of law and order and protection of lives and property within the federation squarely upon the shoulders of the federal government. This burden is not to be shared with any of the thirty-six federating units (states); thus, by implication, state governments have no significant roles to play in the maintenance of national security except providing few logistics for the police in their respective domains. Consequently, the federal government is given exclusive control of the security agencies under the constitution³. Security agencies here include the police, the armed forces, the civil defence and other paramilitary agencies. The constitution creates these agencies for the dual purpose of safeguarding both internal and external national security. In terms of the maintenance of Nigeria's sovereignty and territorial integrity, the constitution imposes the task on the Armed Forces of the Federation⁴. In addition, the Constitution establishes two purely advisory bodies, the National Defence Council and the National Security Council whose duty is to advise the President on matters relating to the defence of the sovereignty and territorial integrity of Nigeria⁵. The President is the Chairman of both Councils, while the Vice President is the Deputy Chairman. Section 154 (1) of the Constitution empowers the President to appoint ex-officio members of both Councils while the appointment of such members shall be subject to confirmation by the senate. The National Defence Council advises the President on matters relating to the defence of the sovereignty and territorial integrity of Nigeria⁶, while the National Security Council advises him on matters relating to public security including matters relating to any organization or agency established by law for ensuring the security of the Federation⁷.

As regards internal security in the sense of safeguarding lives and property in Nigeria, the Police supported by Civil Defence Corps are charged with the responsibility of securing internal security⁸. However, military forces in certain circumstances may be used to quell insurrection or riots in any part of the country where the police force is not strong enough to achieve such an onerous task⁹. Apart from

¹ «Bloodbath in Benue: Fulani Herdsmen kill 95 Women, Children Others», The Punch Newspaper, Monday March 16, 2015, p. 2.

² Jared Diamond, «Chapter 10: Malthus in Africa: Rwanda's Genocide Summary & Analysis», available at: <http://web.cecs.pdx.edu/~sheard/course/Design&Society/winter/.../Chapt10Rwanda.ppt> (accessed 24 August 2016).

³ See section 218 and Paragraph 26, Part 1, Third Schedule to the 1999 Constitution (as amended). See also Paragraphs 17 & 45 of the Exclusive Legislative List, Second Schedule, Part 1.

⁴ Section 217 of the 1999 Constitution (as amended)

⁵ See section 153(1)(g) & (k) of the 1999 Constitution (as amended).

⁶ Paragraphs 16(b) and 25(b) of Part 1 of the Third Schedules to the 1999 Constitution (as amended).

⁷ Paragraph 26 of the Third Schedule to the 1999 Constitution (as amended).

⁸ Section 214 of the 1999 Constitution (as amended).

⁹ Section 217(2) of the 1999 Constitution (as amended).

these security agencies and advisory councils, the constitution created three other security agencies with overlapping responsibilities¹. The National Security Agencies Act deals with their establishment and general duties. These three agencies, includes: a) the Defence Intelligence Agency; b) the National Intelligence Agency; and (c) the State Security Service².

1. Defence Intelligence Agency. The Defence Intelligence Agency is a national security institution embedded in the military structure of the Nigerian armed forces. The National Security Agencies Act provides the duties of Defence Intelligence Agency to include: a) the protection and detection of crime of a military nature against the security of Nigeria; b) the protection and preservation of all military classified matters concerning the security of Nigeria, both within and outside Nigeria; c) such other responsibilities affecting defence intelligence of a military nature, both within and outside Nigeria, as the President or the Chief of Defence Staff, may deem necessary³.

The Act empowers the President to appoint the principal officer of the Agency who may be known by any designation as the President so determines⁴. In terms of the duties of the Agency, although, the Act neither defined «crimes of a military nature» nor «military classified matters» within the purview of the contemplation of the Act, it appears that any violent activity of groups in Nigeria that result in mass casualties may qualify as crimes of a military nature. Thus, several violent activities, especially those perpetrated by the Boko Haram Islamic sect, the Fulani herdsmen and the Niger Delta insurgents may quite easily be classified as crimes of a military nature, which come within the purview of the functions of the Defence Intelligence Agency to investigate. Sometimes also, the strategies used by the attackers, the type of weapons deployed in executing their attacks and the mode of their operation may constitute the determinant factor of whether the acts committed are crimes of a military nature. On the second leg of the functions of the Defence Intelligence Agency and its contribution to the overall national security of Nigeria, which has to do with the «protection and preservation of all military classified matters», it is submitted that the term «military classified matters» has the same meaning as that defined in section 9 of the Official Secrets Act⁵. The section provides that «classified matters» means «any information or thing which, under any system of security classifications, from time to time, in use by or by any branch of the government, is not to be disclosed to the public and of which the disclosure to the public would be prejudicial to the security of Nigeria».

2. National Intelligence Agency. The National Intelligence Agency performs the following responsibilities with respect to the national security of Nigeria: a) *general maintenance of the security of Nigeria outside Nigeria concerning matters that*

¹ Section 153 (1)(g) and (k) of the 1999 Constitution (as amended).

² National Security Agencies Act, Cap N74. The Laws of the Federation of Nigeria, 2004.

³ Section 2(1)(a), (b) and (c) of the National Security Agencies Act.

⁴ Section 3(1) of the National Security Agencies Act.

⁵ Official Secret Act, Cap.O3, Laws of the Federation of Nigeria 2004.

are not related to military matters; b) such other responsibilities affecting national intelligence outside Nigeria as the National Defence Council or the President, as the case may be, may deem necessary¹.

The President appoints the principal officer of the National Intelligence Agency and he is answerable to him. It appears from the functions of the National Intelligence Agency that part of the responsibility of the Agency with respect to national security includes information gathering of activities of enemies of Nigeria anywhere such activities are being hatched outside Nigeria and protection of the country against foreign threats arising from espionage, terrorism and sabotage. Other functions of the Agency may include protection of the country from the activities of agents of foreign powers and from actions intended to overthrow or undermine democratic government by forces either within or outside Nigeria. In fact, it is the duty of the Agency to provide the government with intelligence signals and up-to-date information for effective security management in the country.

3. State Security Service. The State Security Service is charged with the responsibility of: a) *the prevention and detection within Nigeria of any crime against the internal security of Nigeria; b) the protection and preservation of all non-military classified matters concerning the internal security of Nigeria; c) such other responsibilities affecting internal security within Nigeria as the National Assembly or the President, as the case may be, may deem necessary*².

Causes of National Insecurity in Nigeria. To appreciate the importance of national security and its role in the sustenance of democracy, it is pertinent to identify the causes of national insecurity in Nigeria and how they can be dealt with decisively. In dealing with the causes of national insecurity, we try to look at those issues that can trigger off violence such as unemployment, poverty, religious extremism, political violence caused by election manipulation, unscrupulous government policies, and marginalization. All these factors not only threaten national security of Nigeria but also affect the corporate existence of the nation. They also undermine the drive for nation building and economic growth, and even make all efforts at entrenching a stable democracy futile. Indeed, since independence, these factors have contrived so much insecurity that has led to monumental loss of life and property and made nonsense of the sacred ideals of fundamental human rights enshrined in the constitution³. For instance, the Boko Haram insurgency alone has led to over 912,000 internally displaced persons in different camps in Nigeria⁴.

1. Unemployment. Unemployment causes poverty, which leads to social tension and national insecurity. Unemployment can be described as a condition of not having a job especially when one is available for work and perhaps seeking it. The International Labour Organization defines unemployed workers as «those who are currently not working but are willing and able to work for pay, currently available

¹ Section 2(2)(a) & (b) of the National Security Agencies Act.

² Section 2(3)(a), (b) and (c) of the National Security Agencies Act.

³ See sections 33, 34, 35, 38, 42 & 43 of the 1999 Constitution (as amended).

⁴ See UNHCR, 'Nigeria Crisis', Op. cit., note 8, p. 1.

to work, and have actually searched for work»¹. Unemployment can be distinguished from underemployment, which refers to a situation in which people work less than full time hours, which is 40 hours, but work at least 20 hours on average a week or work full time but are engaged in an activity that underutilizes their skills, time and educational qualifications².

According to the Nigerian National Bureau of Statistics³, underemployment in Nigeria increased in the fourth quarter of 2015 by 1.21 million or 9.16 percent, which resulted to an increase in the underemployment rate to 18.7 % (14.42 million persons) compared to 17.4 % (13.2 million persons) in the third quarter of last year. According to the data, there were a total of 22.45 million persons in the Nigerian labour force in the fourth quarter of 2015 that were either unemployed or underemployed compared to 20.7 million persons in the third quarter and 19.6 million persons in the second quarter of 2015.

Unemployment can result in economic inequality and impair economic growth, not only because it is a waste of human resources but also because it generates redistributive pressures and subsequent distortions, drives people to poverty, constrains liquidity, limits labour mobility, and erodes self-esteem, promoting social dislocation, unrest and conflict⁴. A high level of unemployment is capable of causing civil unrest, in some cases leading to revolution. Indeed, it produces an army of jobless and restless youths who become idle hands in the devil's workshop. For instance, the league of thugs, kidnappers, assassins and political jobbers in successive Nigerian elections has always been sourced from the pool of unemployed youths in the country. This perhaps explains why Boko Haram was able to offer \$3,000 to some Nigerian youths to lure them to join the sect against Nigeria⁵. One reason they gave for joining them was that they had no job. Unemployment evidently has an adverse effect on the national security of any country because it directly corresponds with the crime rate in the society.

¹ ILO, Resolution Concerning Statistics of Work, Employment and Labour Underutilization, 19th International Conference of Labour Statisticians, Geneva, 2013), available at: http://www.ilo.org/global/statistics-anddatabases/standards-and-guidelines/resolutions-adoptedby-international-conferences-of-labourstatisticians/WCMS_230304/lang-en/index.htm. (accessed 25 August 2016).

² See ILO Resolution concerning the measurement of underemployment and inadequate employment situations, adopted by the Sixteenth International Conference of Labour Statisticians, 1998, available at: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/_dgreports/_stat/documents/normativeinstrument/wcms_087487.pdf (accessed 24 August 2016). See also David Byrne and Eric Strobl, «Defining Unemployment in Developing Countries: The Case of Trinidad and Tobago», Centre for Research in Economic Development and International Trade Research Paper, No> 01/09, University of Nottingham, 2009, pp. 4–15.

³ National Bureau of Statistics (NBS), Unemployment/Underemployment Report in Q4 2015, available at: <http://www.nigerianstat.gov.ng/report/375> (accessed on 30 March, 2016).

⁴ See David Castells-Quintana & Vicente Royuela, «Unemployment and Long Run Economic Growth: The Role of Income Inequality and Urbanization», *Investigaciones Regionales*, 24 (2012), pp.156-157, available at: http://www.aecr.org/images/ImatgesArticles/2012/12/7_David_Castells_Quintana,_Vicente_Royuela.pdf (accessed on March 9, 2016).

⁵ See New Telegraph Newspaper, Wednesday April 23, 2014, p. 4.

To solve the problem of unemployment in Nigeria, efforts must be made at all levels of government to create jobs and expand opportunities to empower the youths. Nigeria is blessed with abundant natural resources, which if tapped, could generate millions of jobs for the youths. However, government alone cannot create all the jobs needed in the country; the private sector must be ready to drive the process, as both economic growth and development are now private sector driven in many countries.

2. Poverty. Poverty refers to the condition of having insufficient resources or income¹. It is described in various forms such as extreme or absolute poverty, relative poverty, and material poverty². Extreme poverty can cause terrible suffering with the attendant inability to provide the material needs for physical subsistence and protection of human dignity. These material needs are food, clothing, shelter, health and basic education. Most people that suffer from absolute poverty do not have regular incomes because of joblessness. Relative poverty on the other hand, occurs when certain sections of the society are unable to satisfy their basic needs as well as other pressing needs³. Material poverty could result from absence of ownership, and control of physical assets such as lands, or other resources derived from it. Poverty could also be spatial, such as rural poverty and urban poverty⁴.

Reasons for poverty are not clear. Some people believe that poverty is as a result of lack of adequate resources on a global level because resources such as land, food, and building materials that are necessary for the well-being or survival of the world's population are either not sufficient or beyond the reach of the common man⁵. Others scholars however, see poverty as an effect of the uneven distribution of resources around the world for the overall benefit of mankind⁶. This second explanation resonates better with the Nigerian situation because majority of Nigerians live in abject poverty while a few politicians enjoy a life of luxury. Massive governmental corruption and mismanagement of resources is to be blamed for this unfortunate state of poverty in Nigeria. Indeed, the general condition of living of the ordinary citizen in Nigeria is demeaning despite the fact of the abundant natural resources with which the country is blessed. The World Bank lists Nigeria among the poorest countries of the world, which include India, China, Bangladesh and the Democratic Republic of Congo⁷.

¹ Benjamin Aigbe Okonofua, «Poverty and Welfare Policy: Law and Social Policy Legislation and Administration in Nigeria», in Patrick E. Igbonovia, Benjamin A. Okonofua and Omoruyi Osunde (eds.), *Sociology and Anthropology*, (University of Benin, Benin City, Nigeria 2008), p. 181.

² See Azalahu F. Akwara, Ngozi F. Akwara, John Enwuchola, Morufu Adekunle and Joseph E. Udaw, «Unemployment and Poverty: Implication of National Security and Good Governance in Nigeria», *International Journal of Public Administration and Management Research*, Vol. 2, No. 1, October, 2013, p. 4.

³ Okonofua, *Op. cit.*, note 61, p. 181.

⁴ Akwara, et al, *Op. cit.*, note 62, p. 4.

⁵ Okonofua, *Op. cit.*, note 61, p. 182

⁶ A. Gilbert and J. Gugler, *Cities, Poverty and Development*, (Oxford Univ. Press, London, 1982), p. 45.

⁷ See World Bank, «Poverty Data: A Supplement of World Development Indicators 2008», available at: <http://siteresources.worldbank.org/DATASTATISTICS/Resources/WDI08supplement1216.pdf> (accessed 24 August 2016).

The effect of poverty on national security is enormous. First, national security is better achieved where the citizens believe that government is genuinely committed to the promotion of their welfare in all its programmes and policy formulation as they affect them. This must involve the government being responsible and accountable to the people that surrender their original sovereignty to the rulers. Therefore, the exercise of governmental powers at all levels must be for the benefit of the citizenry because it is very easy to manipulate someone stricken by poverty. A country where 71 % of its citizens live below the poverty line¹ is certainly far from being politically stable because the people will follow who ever promises them a better life and future, even if this requires them to revolt and carry arms against the government of the day.

Secondly, research has shown that poverty leads people to commit acts of violence and other crimes². It also arouses anger, desperation and inordinate urge for money, shelter and other necessities of life. When a man is overwhelmed by extreme poverty, accepting whatever comes his way becomes the only option regardless of whether it is reasonable or not. Poverty therefore, is capable of increasing the crime rate in any society. This is the more reason why poor people who have no prospect of livelihood are easily susceptible to violent activities and criminal tendencies. Bridging the wide gap between the rich and the poor becomes the only inevitable option for government to take through conscious efforts to provide equal opportunities for all its citizens without any form of discrimination.

3. Religious Extremism. The threat from religious extremism in Nigeria clearly portends danger for the unity and oneness of the country. This danger arises as a result of one religion claiming superiority and trying to assert dominance over other religions. This is usually done in a subtle manner affecting state institutions and the mode of representation of the federal character. It is even easier to accomplish the task of institutionalizing religious bigotry in the fiber of the polity if elected public officers see themselves as representative of particular religions. In the past, Nigeria experienced several religious crises that had claimed many lives and property. The latest of these, which is still raging on, in form of an insurgency is the Boko Haram Islamist extremist agenda. The Boko Haram sect, apart from claiming that «Western education is forbidden», also regards its members as «people committed to the propagation of the prophet's teachings and jihad»³. The group seems to be destructive with a cosmetic pretension for being religious; it has carried out series

¹ The utilization of at least one dollar or above a day is considered sufficient to keep a person above the poverty line. See World Resources Institute, «Earth Trends», (environmental resource portal), available at: <http://earthtrends.wri.org/povlinks/country/nigeria.php> (accessed 31 August 2016) (noting that about 71 percent of Nigerians live on less than \$1 a day and about 92 percent live on less than \$2 a day). See generally, Chimobi Ucha, «Poverty in Nigeria: Some Dimensions and Contributing Factors», *Global Majority E-Journal*, Vol. 1, No. 1 (June 2010), p. 48.

² Jehovah's Witness, «Will Violence Ever End», *Awake* (2012), p.14. See also S.O. Akande, and O. B. Okuwa, «Empowering Nigerian Youths for the 21st Century», *NISER Occasional Paper No.3*, NISER, Ibadan, Nigeria, (2009), p. 18.

³ Nwanegbo & Odigbo, *Op. cit.*, note 10, p. 289.

of attacks on Christian religious centers, government buildings, as well as private individual property.

Religious extremism negates the provisions of the 1999 Constitution, which guarantees the right to freedom of thought, conscience and religion¹. In addition, Nigeria is a secular nation, which favors no religion². Therefore, any attempt by a religious group to cause religious crisis will only succeed in widening the gap of insecurity in Nigeria which may undermine the existence of the nation.

4. Political Violence. Political instability has a direct bearing on Nigeria's quest of maintaining peace and stability in all sectors and national unity. Apart from other challenges such as the issue of poor governance and leadership failure engendered by high level of corruption, political violence appears to have assumed worrisome and threatening dimension in Nigeria politics. The reason for this is that political offices in Nigeria starting from the primary election at the party level to the general election are highly contested, not only because of the benefits and respect that are attached to them, but also because of diversity and some vested interests within the country.

Consequently, the very competitive and ethnically charged nature of our politics, particularly at the highest levels (control of the federal and the state governments) makes political stability to be a difficult task. To achieve their inordinate ambition to occupy a particular office, politicians are often at the trail of their perceived political opponents even to the point of total extermination. Thuggery becomes a veritable weapon for rigging election, which is accompanied by ballot stuffing, ballot snatching and falsification of election result.

Political violence in Nigeria takes different forms ranging from pre-election to post-election violence. Pre-election violence takes the form of attack on the political opponents during electioneering campaigns which sometime results in loss of lives, destruction of campaign vehicles and property of innocent citizens. Politicians resort to pre-election violence not only to create fear and intimidate their opponents but also to scare away the electorates and prevent them from casting their vote in favor of the opponent. Post-election violence on the other hand, occurs after the results of election are announced and the supporters of a political party feel that their candidate has lost because the other party has rigged the election. To vent their anger, supporters of candidates that lost elections stage violent protests and demonstrations, such as those that were witnessed in the Northern part of Nigeria as a fall-out to the 2011 presidential election, which led to massive loss of life and property running into millions of dollars³.

The apparent apprehension of a similar occurrence after the 2015 general election led to the signing of a peace agreement among the major stakeholders at the

¹ Section 38(1) of the 1999 Constitution (as amended).

² Section 10 of the 1999 Constitution (as amended).

³ See Bekoe D. «Nigeria's 2011 Elections: Best Run, but Most Violent» (2011) Washington, DC: United States Institute of Peace, available at <http://www.usip.org/sites/default/files/PB%20103.pdf> (accessed 19 January 2016). See also Federal Republic of Nigeria, «Main Report of the Federal Government Investigative Panel on 2011 Election Violence and Civil Disturbances», vol.2, para. 1.31 at 16.

federal and state levels as a way of ensuring that there is no violence after election¹. This step is a welcome development and is commendable. However, signing of peace accord by politicians is not enough to guarantee peace after elections. What can give the winners legitimacy and make the losers to be gallant in defeat is a credible electoral process, which is transparent to all. Anything that falls below the accepted standard would most likely lead to anarchy and the breakdown of law and order.

Political violence can result in election apathy, as people would not want to risk their lives going out to cast their votes for fear of attack from political thugs. Another consequence of political violence is the possible widespread protest that may truncate the democratic process when there is breakdown of law and order. Politicians must therefore, play the game of politics according to the laid down rules.

Conclusion. The idea of national security as it is understood today comprises of military, economic, political, environmental and other variables, which make life more meaningful to people and guarantee patriotism, commitment to sustenance of the system and development of the ideals of the state. Military security is of paramount importance to national security, but it is not sufficient to guarantee peace and tranquility in the face of abject poverty, unemployment, political violence and intimidation by unscrupulous elements in the society. For national security to be realized, government must strive to improve the standard of security forces, provide equal opportunity for the unemployed youths to realize their potentials, bridge the wide gap between the rich and the poor, while politicians must put the interest of the country above their personal interest by adhering strictly to the rules of politics. The fact remains that causes of insecurity in Nigeria such as ethno-religious sentiments, political violence, Boko Haram insurgency, Fulani herdsmen and the Niger Delta crisis must be cautiously dealt with using every apparatus of national power, including military, diplomacy, economic, political and legal norms and policies. Since sustenance of democracy is largely dependent on the attainment of peace and tranquility, promotion of unity and co-existence among the citizens, government must do everything possible within its power to ensure that citizens' interests form part of the policy thrust of the state. When the people are happy and able to meet their needs, the nation will be truly secured and the task of nation-building and sustainable democracy would be easily be achieved.²

Recommendations. In order to ensure national security and sustainable democracy in Nigeria, we recommend the following:

- a) That every citizen of Nigeria must be patriotic and uphold the ideals of unity,

¹ See Mutual Agreement to undertake and support peaceful campaigns, signed by President Goodluck Jonathan of the ruling Peoples' Democratic Party (PDP) and Major-General Muhammadu Buhari of the opposition All Progressives Congress (APC), «Abuja Accord: On the Prevention of Violence and Acceptance of Election Results by Presidential Candidates and Chairpersons of Political Parties Contesting the 2015 General Elections». Available at www.kofiannanfoundation.org/sites/default/files/abuja_accord_january_2015-1.pdf (accessed 22 January 2016) (The agreement was brokered by former Secretary-General of the United Nations, Kofi Annan and former Secretary-General of the Commonwealth, Chief Emeka Anyaoku).

² Nwolise, Op. cit., note 12, p. 354.

harmony and the indivisibility of sovereign nation of Nigeria. This is realizable if government is recommitted to providing a decent means of livelihood for the poor and tackle unemployment without religious or ethnic sentiments;

b) That the Nigerian military infrastructure be upgraded to international standard in order to enable the military fight the type of modern insurgencies, which are driven by global forces such as the wind of global Islamic extremism and the proliferation of both light and heavy weaponry;

c) That Nigerian politicians must be recommitted to the Nigerian project, which is the sustenance of democracy and good governance. Politicians must not over charge the polity, especially during general elections; they must reject and refuse to indulge in political thuggery, assassinations, keeping of militias and intimidation political opponents. These practices do not guarantee Nigeria's national security;

d) That the tide of illegal immigration of foreigners into Nigeria must be cut off. Porous borders, especially in the Northern parts of the country must be fortified because the Boko Haram insurgency for instance thrives on the unchecked black arms market that flourishes across at the borders¹. The huge numbers of arms in Nigeria is only an attestation of the thriving black arms market, which spells danger for the national security of Nigeria²;

f) Lastly, government must strive to eradicate illiteracy among the youths who are seen as the veritable tool in the hands of the politicians for election violence.

References:

1. Akande, S.O. and Okuwa, O. B. (2009). «Empowering Nigerian Youths for the 21st Century». *NISER Occasional Paper No.3*, NISER, Ibadan, Nigeria.
2. Akwara, Azalahu F., Akwara, Ngozi F., Enwuchola, John, Adekunle, Morufu and Udaw, Joseph E. (2013). «Unemployment and Poverty: Implication of National Security and Good Governance in Nigeria». *International Journal of Public Administration and Management Research*. Vol. 2, No. 1, October.
3. Anyadike, Nkechi O. (2013). «Boko Haram and National Security Challenges in Nigeria: Causes and Solutions». *Journal of Economics and Sustainable Development*. vol. 4. No. 5.
4. Bates, David. (2007). «Constitutional Violence». *Journal of Law and Society*. Vol. 34, Number 1, March.
5. Bekoe, D. (2011). «Nigeria's 2011 Elections: Best Run, but Most Violent». Washington, DC: United States Institute of Peace. Available at <http://www.usip.org/sites/default/files/PB%20103.pdf>. (Accessed 19 January 2016).
6. Buzan, Barry; Waever, Ole; wilde, Jaap de. (1998). «*Security: A new Framework for Analysis*». (Lynne Rienner publishers).
7. Byrne, David and Strobl, Eric. (2009). «Defining Unemployment in Developing Countries: The Case of Trinidad and Tobago». Centre for Research in Economic Development and International Trade Research Paper, No. 01/09, University of Nottingham.

¹ See The Punch Newspaper, Monday, April 14, 2014, p. 20 (noting that Nigeria has 1,400 illegal borders).

² See for instance the huge display of arms as exhibit in an armed robbery case at the premises of the High Court in Anambra State of Nigeria, which consisted of AK-47 rifles, general purpose machine guns, rockets, rocket propellers/launchers, 5,830 pieces of AK-47 ammunition and 1,135 rounds of ammunition for GPMG rifles. See The Punch Newspaper, Thursday April 24, 2014, p. 9.

8. Castells-Quintana, David & Royuela, Vicente. (2012). «Unemployment and Long Run Economic Growth: The Role of Income Inequality and Urbanization». *Investigaciones Regionales*. 24. Available at: http://www.aecr.org/images/ImatgesArticles/2012/12/7_David_Castells_Quintana_Vicente_Royuela.pdf. (Accessed on March 9, 2016).

9. David, Robert T. (2010). *U.S Foreign Policy and National Security: Chronology and Index for the 20th Century*. (Praeger: Security International Series).

10. Diamond, Jared. «Chapter 10: Malthus in Africa: Rwanda's Genocide Summary & Analysis». Available at: <http://web.cecs.pdx.edu/~sheard/course/Design&Society/winter/.../Chapt10Rwanda.ppt>. (accessed 24 August 2016).

11. Gilbert, A. and Gugler, J. (1982). *Cities, Poverty and Development*. (Oxford Univ. Press, London).

12. Igbonovia, Patrick E. Okonofua, Benjamin A. and Osunde, Omoruyi (eds.). (2008). *Sociology and Anthropology*. (University of Benin, Benin City, Nigeria).

13. ILO. (2013). Resolution Concerning Statistics of Work, Employment and Labour Underutilization, 19th International Conference of Labour Statisticians, Geneva. Available at: http://www.ilo.org/global/statistics-anddatabases/standards-and-guidelines/resolutions-adoptedby-international-conferences-of-labourstatisticians/WCMS_230304/lang--en/index.htm. (accessed 25 August 2016).

14. ILO. (1998). Resolution concerning the measurement of underemployment and inadequate employment situations, adopted by the Sixteenth International Conference of Labour Statisticians. Available at: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/_dgreports/_stat/documents/normativeinstrument/wcms_087487.pdf. (Accessed 24 August 2016).

15. Janda, Kenneth, Berry, Jeffrey M. and Goldman, Jerry. (1999). *The Challenge of Democracy: The Essentials*. (Houston: Mifflin Company).

16. National Bureau of Statistics (NBS). (2015). Unemployment/Underemployment Report in Q4 2015. Available at: <http://www.nigerianstat.gov.ng/report/375>. (accessed on 30 March 2016).

17. National Defence College. (1996). «A Maritime Strategy for India». Proceedings of Seminar on Tuesday, January Marg, New Delhi, India.

18. Nwanegbo, C. Jaja and Odigbo, Jude. (2013). «Security and National Development in Nigeria: The Threat of Boko Haram». *International Journal of Humanities and Social Science*. Vol. 3, No 4.

19. Ojo, Emmanuel O. (ed.). (2006). *Challenges of Sustainable Democracy in Nigeria*. (Ibadan: John Archers Publishers Limited).

20. Onuoha, Freedom C. (2016). «The Resurgence of Militancy in Nigeria's Oil-Rich Niger Delta and the Dangers of Militarisation». *AlJazeera Center for Studies Report*, 8 June 2016. Available at: http://studies.aljazeera.net/mritems/Documents/2016/6/8/a3c78be9051f4d48a6dea17d654312ec_100.pdf (accessed 11 July 2016).

21. Onwukeme, Joe. (2016). «Dasukigate or Dasuki Bonanza?». Available at: <http://abusidiqua.com/dasukigate-or-dasuki-bonanza-by-joe-onwukeme/>. (accessed 24 August 2016).

22. Paleri, Prabhakaran. (2008). *National Security Imperatives and Challenges*. (New Delhi; Tata McGraw-Hill).

23. Romm, Joseph J. (1993). «Defining National Security: The Non-Military Aspect». Pew Project on America's Task in a Changed World. (Pew Project Council on Foreign Relations).

24. Ucha, Chimobi. (2010). «Poverty in Nigeria: Some Dimensions and Contributing Factors». *Global Majority E-Journal*, Vol. 1, No. 1 (June 2010).

25. UNHCR. (2015). «Nigeria Crisis: IOM regional assessment findings and recommendations 23 Jan – 06 Feb 2015». Available at: <http://data.unhcr.org/SahelSituation/download.php?id=1104> (accessed 11th July 2016).

26. Watson, Cynthia Ann. (2008). *U.S. National Security: A Reference Handbook, Contemporary World Issues*. (2nd revised edition, ABC-CLIO).

27. World Bank. (2008). «Poverty Data: A Supplement of World Development Indicators 2008». Available at: <http://siteresources.worldbank.org/DATASTATISTICS/Resources/WDI08supplement1216.pdf>. (Accessed 24 August 2016).

28. World Resources Institute. «Earth Trends». (Environmental Resource portal). Available at: <http://earthtrends.wri.org/povlinks/country/nigeria.php>. (Accessed 31 August 2016).

Адеюмо Окунладе Ісаак, викладач юридичного факультету, Ібаданський університет, Нігерія, м. Ібадан;

Фага Гемен Філін, старший викладач юридичного факультету, Ебонійський університет, Нігерія, м. Абакалікі.

e-mail: hemenfaga@gmail.com

Національна безпека і стала демократія в Нігерії: шляхи просування

Забезпечення внутрішньої і зовнішньої безпеки держави є найпершим обов'язком влади. У Нігерії це стало загальною потребою в умовах величезної кількості загроз національній безпеці країни зсередини та ззовні. Нігерія потерпає від небезпек, спричинених озброєними пограбуваннями, політичним насиллям, етнорелігійними конфліктами, терористичними атаками племен скотарів Фулані, заколотами бойовиків з терористичної організації «Боко Харам». Для країни, яка щосили прагне йти шляхом демократичного розвитку, загроза безпеки у будь-якій формі несумісна з поняттям стійкої демократії.

Статтю присвячено аналізу складових національної безпеки, що включають у себе, але не обмежуються сферами воєнної, політичної, економічної та екологічної безпеки. Висновком дослідження є те, що для досягнення реальної національної безпеки та усунення численних загроз, з якими стикається країна, необхідне застосування не лише воєнної сили.

Пропонуються заходи, яких має вжити уряд країни для послаблення своєї повної залежності від збройного вирішення проблем національної безпеки, насамперед за допомогою таких владних інструментів, як дипломатія, перемовини, правоохоронні дії, забезпечення соціальної й економічної рівності та екологічної справедливості.

Ключові слова: національна безпека; демократія; причини небезпеки; заколот; Нігерія.

Надійшла до редколегії 29.08.2016 р.



Макух Оксана Володимирівна,
кандидат юридичних наук, доцент кафедри
конституційного, адміністративного
і фінансового права, Інститут права
імені Володимира Сташиса Класичного
приватного університету, Україна, м. Запоріжжя
e-mail: omakukh@mail.ru
ORCID 0000-0001-7410-5081

doi: 10.21564/2414–990x.134.78283

УДК 347.73

ПИТАННЯ, ПОВ'ЯЗАНІ З ВИЗНАЧЕННЯМ ПРЕДМЕТА ЗАКОНУ ПРО ДЕРЖАВНИЙ БЮДЖЕТ У РІШЕННЯХ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

Наголошено на винятковому значенні закону про Державний бюджет та необхідності однозначного підходу до визначення його змісту. Доведено, що необгрунтоване розширення предмета цього закону зумовлює порушення бюджетного законодавства і формування хибної судової практики. Будь-які положення стосовно зміни обсягу соціальних стандартів, обсягу прав і обов'язків, пільг, компенсацій і гарантій, передбачених іншими законами, мають прийматися шляхом внесення змін саме до таких законодавчих актів, а не визначатися у законі про Державний бюджет.

Ключові слова: Державний бюджет; закон про Державний бюджет; предмет закону про Державний бюджет; рішення Конституційного Суду України.

Макух О. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного, административного и финансового права, Институт права имени Владимира Сташиса Классического приватного университета, Украина, г. Запорожье.

e-mail: omakukh@mail.ru ; ORCID 0000-0001-7410-5081

Вопросы, касающиеся определения предмета закона о Государственном бюджете в решениях Конституционного Суда Украины

Указывается на формирование негативной систематической практики принятия Верховной Радой Украины изменений в другие законодательные акты законом о Государственном бюджете. Подчеркивается исключительное значение закона о Государственном бюджете и необходимость однозначного подхода к определению его содержания. На основании анализа Решений Конституционного Суда Украины, касающихся вопроса определения предмета закона о Государственном бюджете Украины, подчеркнуто наличие необоснованного расширения последнего, что приводит к нарушению бюджетного законодательства и формированию ошибочной судебной практики. Любые положения, касающиеся изменения объема социальных стандартов, объема прав и обязанностей, льгот, компенсаций и гарантий, предусмотренных другими законами,

должны приниматься путем внесения изменений именно в такие законодательные акты, а не определяться в законе о Государственном бюджете.

Ключевые слова: Государственный бюджет; закон о Государственном бюджете; предмет закона о Государственном бюджете; решения Конституционного Суда Украины.

Постановка проблеми. Закон про Державний бюджет України – це один із найважливіших законів, який щорічно приймається Верховною Радою України. За своїм змістом він суттєво відрізняється від інших нормативно-правових актів такого роду [3, с. 273]. Відповідно до п. 24 ч. 1 ст. 2 Бюджетного кодексу України – це закон, який затверджує Державний бюджет України та містить положення щодо забезпечення його виконання протягом бюджетного періоду [2]. Однак у Бюджетному кодексі України не дається визначення поняття «Державний бюджет». Окрім того, наразі немає чіткої відповіді на питання, які саме положення мають вважатися такими, що забезпечують його виконання, адже у ст. 40 названого кодифікованого акта надається невичерпний перелік тих положень, що визначаються законом про Державний бюджет України. Не додають визначеності у цьому питанні й Рішення Конституційного Суду України, в яких висловлені правові позиції стосовно предмета закону про Державний бюджет [9–16]. Як вказують науковці, Конституція України «не містить достатньо чіткого нормативного матеріалу, який би в системі дав можливість закріпити за законом про Державний бюджет України лише встановлення доходів і видатків і встановити недопустимість включення в нього норм, що є предметом інших законів України. Стаття 95 Конституції України, згідно з якою виключно законом про Державний бюджет України визначаються будь-які видатки держави на загальносуспільні потреби, розмір і цільове їх спрямування, на яку в основному посилається Конституційний Суд України у своїх рішеннях, не дає цілісного уявлення про предмет цього закону, а лише містить вимогу щодо обов'язковості включення всіх видатків до Закону про Державний бюджет України (закріплює принцип повноти Державного бюджету України) і не більше [17, с. 98].

Стан розроблення проблеми. Питання, пов'язані з визначенням правової природи закону про Державний бюджет та його предмета, досліджували такі вчені-фінансисти, як: Л. К. Воронова, І. Б. Заверуха, О. Б. Заверуха, С. Т. Кадькаленко, О. А. Музика-Стефанчук, А. А. Нечай, М. І. Піскотін, І. М. Ющенко та ін. Проте однозначність підходу до цієї тематики вказує на необхідність подальшої її розробки.

Отже, **метою нашої публікації** є аналіз рішень Конституційного Суду України, які стосуються питання визначення предмета закону про Державний бюджет.

Виклад основного матеріалу. Особливої актуальності зазначені питання набувають у контексті необхідності розгляду Конституційним Судом України конституційного подання Верховного Суду України щодо відповідності (конституційності) положень пункту 11 Прикінцевих положень Закону України від

25 грудня 2015 р. № 928-VIII «Про Державний бюджет України на 2016 рік» у частині визначення порядку застосування норм і положень Закону України «Про судоустрій і статус суддів» статтям 1, 3, 6, частини першої статті 8 та частині першій статті 129 Конституції України (ухвалою колегії суддів КСУ відкрито конституційне провадження у справі; здійснюється підготовка справи до розгляду на пленарному засіданні Суду), а також конституційного подання 49 народних депутатів щодо невідповідності Конституції України (неконституційності) положення пункту 11 Прикінцевих положень Закону України «Про Державний бюджет України на 2016 рік» (здійснюється опрацювання Секретаріатом КСУ) [5]. Справа у тому, що за приписами пункту 11 Прикінцевих положень названого вище закону певні норми тридцяти шести законів мають застосовуватися у порядку та розмірах, встановлених Кабінетом Міністрів України, виходячи з наявних фінансових ресурсів державного і місцевих бюджетів та бюджету Фонду соціального страхування України [8].

Зауважимо, що до вирішення питання щодо можливості скасування положень чинного законодавства законом про Державний бюджет на відповідний рік, із перспективою надання Кабінету Міністрів України повноважень стосовно визначення розміру фінансування певних видатків у державі, а отже, із окресленням кола тих положень, що має містити закон про Державний бюджет, долучався Конституційний Суд України неодноразово. Але зважаючи на те, що чітка, виразна правова позиція Суду так і не була сформована, підходи Суду змінювалися, останніми роками спостерігається наявність доволі хибної практики законодавця, що порушує конституційні положення. Проведемо ретроспективний аналіз і наведено конкретні приклади.

Так, у 2002 р. у Рішенні № 5-рп/2002 Конституційним Судом України було зазначено, що:

– по-перше, оскільки частина третя статті 46 Конституції України проголошує, що «пенсії, інші види соціальних виплат та допомоги, що є основним джерелом існування, мають забезпечувати рівень життя, не нижчий від прожиткового мінімуму, встановленого законом», то зупинення на 2001 р. пільг, компенсацій і гарантій, передбачених чинним законодавством, призвело до порушення конституційних прав значної кількості громадян України (абзац 1 пункту 2 мотивувальної частини);

– по-друге, зупинення пільг, компенсацій і гарантій, які фінансуються із бюджетів усіх рівнів, насамперед для тих категорій громадян, пенсії, заробітні плати яких (з урахуванням інших джерел доходів) є нижчими від визначених законом чи від прожиткового мінімуму, встановленого законом, порушує вимоги частини четвертої статті 43, частини третьої статті 46 та статті 48 Конституції України. Конституція проголосила Україну соціальною, правовою державою, в якій людина, її життя і здоров'я визнаються найвищою соціальною цінністю, а права людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Тому утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (абзац 7 пункту 2 мотивувальної частини);

– по-третє, предметом регулювання закону про Держбюджет України є встановлення доходів та видатків на загальносуспільні потреби. Такий закон є правовим актом, зміст якого чітко зумовлений поняттям бюджету як плану формування та використання фінансових ресурсів для забезпечення завдань і функцій, які здійснюються органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим та органами місцевого самоврядування протягом бюджетного періоду. У ньому затверджені повноваження органів державної влади здійснювати виконання Державного бюджету України протягом бюджетного періоду. При цьому положення щодо заборони законом про Держбюджет України вносити зміни до чинного законодавства означає і неможливість зупинення дії чинних законів в частині встановлених ними пільг, компенсацій і гарантій, які фінансуються з бюджетів усіх рівнів (абзац 1 і 2 пункту 6 мотивувальної частини).

У підсумку Суд вирішив визнати такими, що не відповідають Конституції України, положення ст. 58 Закону України «Про Державний бюджет України на 2001 рік» щодо зупинення дії положень законодавчих актів України в частині надання пільг, компенсацій і гарантій, які фінансуються з бюджетів усіх рівнів, та положення ст. 60 цього Закону в частині зупинення дії окремих положень Закону України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи», визначених ст. 24 Закону України «Про Державний бюджет України на 1999 рік» (п. 1 резолютивної частини). Однак Суд не вказав, що названі положення в принципі не можуть бути такими, що містяться у законі про Державний бюджет.

З огляду на те, що принциповий підхід стосовно позначеної проблеми не було висловлено, на розгляд у Конституційний Суд України було спрямовано інші конституційні подання схожого змісту. Зокрема, квінтесенцією розгляду одного стало Рішення Суду від 17 березня 2004 р. № 7-рп/2004, у пункті 1 резолютивної частини якого вказано про визнання неконституційними положення частин третьої, четвертої статті 59 Закону України «Про Державний бюджет України на 2003 рік» у частині, за якою пільги, компенсації і гарантії, на які згідно з законами України мають право окремі працівники (військовослужбовці) військових формувань та правоохоронних органів щодо знижки плати за користування житлом (квартирної плати), паливом, телефоном та плати за комунальні послуги (водопостачання, газ, електрична та тепла енергія), щодо безоплатного проїзду всіма видами міського пасажирського транспорту (за винятком таксі) та автомобільним транспортом загального користування в сільській місцевості, а також залізничним і водним транспортом приміського сполучення та автобусами приміських маршрутів, надаються у разі, якщо грошові доходи цих працівників (військовослужбовців) менше величини прожиткового мінімуму, встановленої для працездатних осіб, а розмір наданих пільг у грошовому еквіваленті разом з грошовими доходами зазначених працівників (військовослужбовців) не повинен перевищувати величини прожиткового мінімуму, встановленої для працездатних осіб. Інші

Рішення від 1 грудня 2004 р. № 20-рп/2004 і від 11 жовтня 2005 р. № 8-рп/2005 містили схожі тези. Аналізуючи ці рішення, О. О. Дмитрик справедливо вказує, що Суд в обґрунтування своїх висновків наводить аргументи, які не стосуються окреслення безпосереднього змісту такого нормативно-правового акта, як закон про Державний бюджет. Цим, разом з іншим, вона пояснює той факт, що закони про Держбюджет на наступні роки після внесення зазначених рішень все одно містили норми, якими вносилися зміни у численні законодавчі акти [4, с. 234]. Таким чином, проблема, яку порушували суб'єкти у конституційних поданнях, фактично залишалася без належного розв'язання. А практика прийняття Верховною Радою України змін до інших законодавчих актів законом про Державний бюджет стає систематичною.

Більш конструктивним у зазначеному сенсі є Рішення від 9 липня 2007 р. № 6-рп/2007. У ньому Суд вказав, що закон про Державний бюджет України як правовий акт, чітко зумовлений поняттям бюджету як плану формування та використання фінансових ресурсів, має особливий предмет регулювання, відмінний від інших законів України – він стосується виключно встановлення доходів та видатків держави на загальносуспільні потреби, зокрема і видатків на соціальний захист та соціальне забезпечення, тому цим законом не можуть вноситися зміни, зупинятися дія чинних законів України, а також встановлюватися інше (додаткове) правове регулювання відносин, що є предметом інших законів України. Метою й особливістю закону про Державний бюджет України є забезпечення належних умов для реалізації положень інших законів України, які передбачають фінансові зобов'язання держави перед громадянами, спрямовані на їх соціальний захист, у тому числі й надання пільг, компенсацій і гарантій. Отже, при прийнятті закону про Державний бюджет України мають бути дотримані принципи соціальної, правової держави, верховенства права, забезпечена соціальна стабільність, а також збережені пільги, компенсації і гарантії, заробітна плата та пенсії для забезпечення права кожного на достатній життєвий рівень (ст. 48 Конституції України). Оскільки предмет закону про Державний бюджет України чітко визначений у Конституції України, Бюджетному кодексі України, то цей закон не може скасовувати чи змінювати обсяг прав і обов'язків, пільг, компенсацій і гарантій, передбачених іншими законами України (абзац 6–8 пункту 4 мотивувальної частини). Позитивно, що далі Суд підкреслив, що Верховна Рада України не повноважна при прийнятті закону про Державний бюджет України включати до нього положення про внесення змін до чинних законів України, зупиняти дію окремих законів України та/або будь-яким чином змінювати визначене іншими законами України правове регулювання суспільних відносин (абзац 2 пункту 5 мотивувальної частини). На наш погляд, у такий спосіб Конституційний Суд України чітко сформулював позицію стосовно неможливості включення до закону про Державний бюджет норм про зміну інших законодавчих актів. Здавалося б, з висловленням такої правової позиції Судом практика включення таких норм Верховною Радою України мала б припинитися. Однак цього не сталося. Тому

у 2008 р. суб'єкти знов звернулися до Конституційного Суду України для вирішення аналогічної проблеми.

Так, у Рішенні від 22 травня 2008 р. № 10-рп/2008 Суд підкреслив, що закон про Держбюджет є основним фінансовим документом держави. Через своє спеціальне призначення цей закон не повинен регулювати відносини в інших сферах суспільного життя. Законом про Держбюджет не можна вносити зміни до інших законів, зупиняти їх дію чи скасовувати їх, оскільки з об'єктивних причин це створює протиріччя у законодавстві, і як наслідок, тягне обмеження прав і свобод людини і громадянина. У разі необхідності зупинення дії законів, внесення до них змін і доповнень, визнання їх нечинними мають використовуватися окремі закони (пункт 5.4 мотивувальної частини). У той же час у наступному пункті цього Рішення Конституційний Суд України встановив: «Пункт 19 розділу II Закону, оспорюваний народними депутатами України на відповідність Конституції України, містить положення, які, зокрема, встановлюють порядок і розміри внесення до бюджету рентних платежів за природний газ, нафту і газовий конденсат, за транзитне транспортування природного газу та транспортування нафти і нафтопродуктів магістральними нафтопроводами, транзитне транспортування аміаку; запроваджують базові нормативи платежів за користування надрами і нормативи збору за спеціальне водокористування; визначають розміри ставок ввізного (експортного) мита за експорт газу, природного газу в газоподібному та скрапленому стані і скраплених газів за умови, що більші розміри не встановлені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України (підпункти 1–6). Зазначені положення пункту 19 розділу II Закону про державний бюджет України на 2008 рік не зупиняють дії, не змінюють і не скасовують якихось норм конкретних законодавчих актів чи правових актів в цілому та стосуються процесу виконання Державного бюджету України на 2008 рік у його дохідній частині, а тому узгоджуються зі статтями 95–98 Конституції України та статтею 38 Кодексу і є конституційними». На наше переконання, такий підхід до вирішення досліджуваної проблеми навряд чи може бути конструктивним. Адже Суд у тому самому Рішенні висловлює дві протилежні позиції, оскільки спочатку він констатує неможливість внесення законом про Державний бюджет будь-яких змін до інших законів, а потім робить висновок про можливість внесення змін до інших законів у разі, якщо вони не «зупиняють дії, не змінюють і не скасовують якихось норм конкретних законодавчих актів чи правових актів у цілому та стосуються процесу виконання Державного бюджету».

Виникає питання: чи можуть норми закону про Державний бюджет про, приміром, встановлення ставок ввізного мита, не «зупиняти дії, не змінювати якихось норм конкретних законодавчих актів», при тому, що правовий механізм податків, зборів (обов'язкових платежів) визначається відповідними (податковими) законами. Логічно міркуючи з цього приводу, ми маємо дати негативну відповідь. Показово, що схожу позицію висловлює О. О. Дмитрик, вказуючи, що Суд у цьому Рішенні «заклав певні суперечності між своїми правовими

позиціями, оскільки фактично визнав можливість урегулювати відносини при справлянні податків (які, безумовно, торкаються процесу виконання Держбюджету за доходами) законом про Державний бюджет, а отже, допустив внесення змін законом про Держбюджет до інших законодавчих актів» [4, с. 239]. Таким чином, позначену проблему навряд чи можливо вважати вирішеною.

Подальші правові позиції Конституційного Суду України також не додають визначеності. Навпаки, аналіз Рішення від 26 грудня 2011 р. № 20-рп/2011 за-свідчує кардинальну зміну напрямку його міркувань. Суд, посилаючись на своє Рішення від 8 жовтня 2008 р. № 20-рп/2008, констатує: розміри соціальних виплат залежать від соціально-економічних можливостей держави, проте мають забезпечувати конституційне право кожного на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, гарантоване ст. 48 Конституції України. Передбачені законами соціально-економічні права не є абсолютними. Механізм реалізації цих прав може бути змінений державою, зокрема, через неможливість їх фінансового забезпечення шляхом пропорційного перерозподілу коштів з метою збереження балансу інтересів усього суспільства. Крім того, такі заходи можуть бути обумовлені необхідністю запобігання чи усунення реальних загроз економічній безпеці України, що згідно з частиною першою статті 17 Конституції України є найважливішою функцією держави. Право на пенсії, її розмір та суми виплат можна пов'язувати з фінансовими можливостями держави, з економічною доцільністю, соціально-економічними обставинами у той чи інший період її розвитку, а також з часом ухвалення відповідних нормативно-правових актів (абзац 3, 10 пункту 2.1) [16]. Такий висновок простежується й у Рішенні від 25 січня 2012 р. № 3-рп/2012 [15]. Це спонукає до чергової дискусії у питанні стосовно можливості пов'язування забезпечення реалізації соціальних стандартів із фінансовими можливостями держави, реалізації соціальної функції державою, і, зрештою, предмета закону про Державний бюджет.

Поділяємо думку вчених, що прийнятним для нашої держави може бути переорієнтування соціальної політики держави виключно з питання про соціальне піклування на створення умов, коли кожен зможе власними зусиллями гарантувати собі нормальне існування [1, с. 83]. Однак з огляду на політичну й економічну кризу, помножену на необхідність проведення АТО, цього досягти вкрай важко. Це питання часу.

Слушними видаються й позиції суддів Конституційного Суду України, які вони висловили у своїх окремих думках. Наприклад, суддя В. І. Шишкін зазначає, що, по-перше, такими «новаціями» спотворено концептуальне спрямування і суть приписів статті 3 Конституції України щодо зобов'язань держави перед людиною як найвищої соціальної цінності, а не навпаки – людини перед державними органами. По-друге, таке твердження потребує як мінімум розкриття такої багатоаспектної тези, як «фінансові можливості», на міжгалузевому науковому рівні, а не лише правового аналізу, що у свою чергу обумовлює різноманітність у її трактуванні, у тому числі поза сферою права і повноваженнями Конституційного Суду України [7]. Суддя Д. Д. Лилак

звертає увагу на те, що Конституція України не надає повноваження стосовно визначення порядку і розмірів соціальних виплат та допомоги Кабінету Міністрів України і вони не впливають з його функції щодо реалізації політики у сфері соціального захисту. Кабінет Міністрів України як орган виконавчої влади повинен реалізовувати (виконувати) те, що визначено законодавчою владою в Конституції і законах України, а не змінювати їх. Стосовно саме такого статусу Кабінету Міністрів України у правовому регулюванні суспільних відносин соціального захисту Конституційний Суд України висловив правову позицію у Рішенні від 8 вересня 2009 р. № 19-рп/2009, згідно з якою «Кабінет Міністрів України повноважний вживати заходів щодо забезпечення прав і свобод людини і громадянина, забезпечувати проведення політики, зокрема, у сфері соціального захисту (пункти 2, 3 статті 116 Основного Закону України). Зазначене свідчить, що Кабінет Міністрів України не наділений повноваженнями щодо встановлення розмірів пенсій» [6]. До цього додамо, що з урахуванням приписів ст. 95 Конституції України немає таких повноважень у Кабінету Міністрів України й стосовно встановлення розміру інших виплат із Державного бюджету.

Висновок. Ми вважаємо, що з урахуванням системного зв'язку ст. 95 Конституції України і ст. 40 Бюджетного кодексу України закон про Державний бюджет має містити чітко визначені положення. При цьому розмір видатків, їх розподіл, у тому числі й тих, за рахунок яких фінансуються пенсії та інші соціальні виплати, передбачено у додатку № 3 до Закону про Державний бюджет України на 2016 р. Такі додатки є невід'ємною частиною закону про Державний бюджет України на відповідний рік. Вони затверджуються виключно Верховною Радою України (див. ст. 95 Конституції України), а тому їх розмір не може бути змінено Кабінетом Міністрів України. Що стосується п. 11 ч. 1 ст. 40 Бюджетного кодексу України, то такі додаткові положення мають регламентувати процес виконання бюджету в частині виконання вже затвердженого бюджету на відповідний рік. Отже, в законі про Державний бюджет, що має свій, визначений Бюджетним кодексом України, предмет регулювання, не можуть міститися інші положення, аніж передбачені у ст. 40 цього кодифікованого акта, навіть якщо вони будуть запроваджувати додаткові соціальні гарантії та розширювати їх обсяги. Приписи щодо зміни (як розширення, так і звуження) обсягу соціальних стандартів, скасування чи зміни обсягу прав і обов'язків, пільг, компенсацій і гарантій, передбачених іншими законами, мають прийматися шляхом внесення змін саме до таких законодавчих актів. Тільки дотримуючись такого підходу, ми будемо здатні забезпечити належну реалізацію принципу законності у бюджетній та інших сферах.

Список літератури:

1. Барабаш Ю. Г. Принцип соціальної держави: окремі питання конституційно-правової доктрини та практики на сучасному етапі / Ю. Г. Барабаш // Правова доктрина України : у 5 т. – Т. 2: Публічно-правова доктрина України / Ю. П. Битяк, Ю. Г. Барабаш, М. П. Кучерявенко та ін. ; за заг. ред. Ю. П. Битяка. – Харків : Право, 2013. – 864 с.

2. Бюджетний кодекс України // Відом. Верхов. Ради України. – 2010. – № 50. – Ст. 572.
3. Воронова Л. К. Закон о государственном бюджете Украины / Л. К. Воронова // *Очерки финансово-правовой науки современности: монография* / Моск. гос. юрид. акад. ; Нац. ун-т «Юрид. акад. Украины им. Ярослава Мудрого». – Москва ; Харьков : Право, 2011. – С. 273–283.
4. Дмитрик О. О. Джерела фінансового права: проблеми та перспективи розвитку: монографія / О. О. Дмитрик. – Харків : Віровець А.П., «Апостроф», 2010. – 328 с.
5. Конституційні подання [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua/uk/publish/article/305780>.
6. Окрема думка судді Конституційного Суду України Лилака Д. Д. стосовно 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 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=6955>.
7. Окрема думка судді Конституційного Суду України Шишкіна В. І. стосовно 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 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=6955>.
8. Про Державний бюджет України на 2016 рік : Закон України від 25 грудня 2015 р. № 928-VIII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/928-19>.
9. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 54 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 44, 47, 78, 80 Закону України «Про Державний бюджет України на 2004 рік» та конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин другої, третьої, четвертої статті 78 Закону України «Про Державний бюджет України на 2004 рік» (справа про зупинення дії або обмеження пільг, компенсацій і гарантій) від 1 груд. 2004 р. № 20-рп/2004 // *Офіц. вісн. України*. – 2004. – № 50. – Ст. 3289.
10. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 29, 36, частини другої ст. 56, ч. 2 ст. 62, ч. 1 ст. 66, п. 7, 9, 12, 13, 14, 23, 29, 30, 39, 41, 43, 44, 45, 46 ст. 71, ст. 98, 101, 103, 111 Закону України «Про Державний бюджет України на 2007 рік» (справа про соціальні гарантії громадян) від 9 лип. 2007 р. № 6-рп/2007 // *Офіц. вісн. України*. – 2004. – № 52. – Ст. 2132.
11. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 45 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин третьої, четвертої статті 59 Закону України «Про Державний бюджет України на 2003 рік» (справа про соціальний захист військовослужбовців та працівників правоохоронних органів) від 17 берез. 2004 р. № 7-рп/2004 // *Офіц. вісн. України*. – 2004. – № 12. – Ст. 763.
12. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 55 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 58, 60 Закону України «Про Державний бюджет України на 2001 рік» та Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пунктів 2, 3, 4, 5, 8, 9 частини першої статті 58 Закону України «Про Державний бюджет України на 2001 рік» і підпункту 1 пункту 1 Закону України «Про деякі заходи щодо економії бюджетних коштів» (справа щодо пільг, компенсацій і гарантій) від 20 берез. 2002 р. № 5-рп/2002 // *Офіц. вісн. України*. – 2002. – № 2. – Ст. 10.

13. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень статті 65 розділу I, пунктів 61, 62, 63, 66 розділу II, пункту 3 розділу III Закону України «Про Державний бюджет України на 2008 рік та про внесення змін до деяких законодавчих актів України» і 101 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 67 розділу I, пунктів 1–4, 6–22, 24–100 розділу II Закону України «Про Державний бюджет України на 2008 рік та про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (справа щодо предмета та змісту закону про Державний бюджет України) від 22 трав. 2008 р. № 10-рп/2008 // Офіц. вісн. України. – 2008. – № 38. – Ст. 1272.

14. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень статті 65 розділу I, пунктів 61, 62, 63, 66 розділу II, пункту 3 розділу III Закону України «Про Державний бюджет України на 2008 рік та про внесення змін до деяких законодавчих актів України» і 101 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 67 розділу I, пунктів 1–4, 6–22, 24–100 розділу II Закону України «Про Державний бюджет України на 2008 рік та про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (справа щодо предмета та змісту закону про Державний бюджет України) від 22 трав. 2008 р. № 10-рп/2008 // Офіц. вісн. України. – 2008. – № 38. – Ст. 1272.

15. 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 р. № 3-рп/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=6955>.

16. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 49 народних депутатів України, 53 народних депутатів України і 56 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 4 розділу VII «Прикінцеві положення» Закону України «Про Державний бюджет України на 2011 рік» від 26 грудня 2011 року № 20-рп/2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=6955>.

17. Худик А. М. Конституційна природа Закону про Державний бюджет України [Електронний ресурс] / А. М. Худик. – Режим доступу : http://www.caflawdep.chnu.edu.ua/professors/files/publications/pdf/andriy_hudyk/st/8.Hudyk_2011.pdf.

18. Конституція України від 28 черв. 1996 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>.

References:

1. Barabash, Yu.G. (2013). Printsip sotsialnoyi derzhavi: okremi pitannya konstitutsiyno-pravovoyi doktrini ta praktiki na suchasnomu etapi. Pravova doktrina Ukrayini. (Vols. 1–4; Vol. 2): Publichno-pravova doktrina Ukrayini. Yu.P. Bityak, Yu.G. Barabash, M.P. Kucheryavenko et al.; Yu.P. Bityak (Ed.). Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].

2. Byudzhetniy kodeks Ukrayini. (2010). Vidom. Verhov. Radi Ukrayini, 50, Art. 572 [in Ukrainian].

3. Voronova, L.K. (2011). Zakon o gosudarstvennom byudzhete Ukrainyi. Ocherki finansovo-pravovoy nauki sovremennosti. Moscow; Kharkov: Pravo, 273–283 [in Russian].

4. Dmitrik, O.O. (2010). Dzherela finansovogo prava: problemi ta perspektivi rozvitku. Kharkiv: Virovets A.P., «Apostrof» [in Ukrainian].

5. Konstitutsiyni podannya. Retrieved from: <http://www.ccu.gov.ua/uk/publish/article/305780> [in Ukrainian].

6. Okrema dumka suddi Konstitutsiynogo Sudu Ukrayini Lilaka D.D. stosovno Rishennya Konstitutsiynogo Sudu Ukrayini u spravi za konstitutsiynim podannyam pravlinnya Pensiynogo fondu Ukrayini schodo ofutsuynogo tлумachennya polozhen stattu 1, chastin pershoyi, drugoyi, tretoy statti 95, chastini drugoyi statti 96, punktiv 2, 3, 6 statti 116, chastini drugoyi statti 124, chastini pershoyi statti 129 Konstitutsiyi Ukrayini, punktu 5 chastini pershoyi statti 4 Byudzhetnogo kodeksu Ukrayini, punktu 2 chastini pershoyi statti 9 Kodeksu administrativnogo sudochinstva Ukrayini v sistemnomu zv'yazku z okremimi polozhennyami Konstitutsiyi Ukrayini. Retrieved from: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=6955> [in Ukrainian].

7. Okrema dumka suddi Konstitutsiynogo Sudu Ukrayini Shishkina V.I. stosovno Rishennya Konstitutsiynogo Sudu Ukrayini u spravi za konstitutsiynim podannyam pravlinnya Pensiynogo fondu Ukrayini schodo ofitsiynogo tлумachennya polozhen statti 1, chastin pershoyi, drugoyi, tretoy statti 95, chastini drugoyi statti 96, punktiv 2, 3, 6, statti 116, chastini drugoyi statti 124, chastini pershoyi statti 129 Konstitutsiyi Ukrayini, punktu 5 chastini pershoyi statti 4 Byudzhetnogo kodeksu Ukrayini, punktu 2 chastini pershoyi statti 9 Kodeksu administrativnogo sudochinstva Ukrayini v sistemnomu zv'yazku z okremimi polozhennyami Konstitutsiyi Ukrayini. Retrieved from: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=6955> [in Ukrainian].

8. Pro Derzhavniy byudzhet Ukrayini na 2016 pik: Zakon Ukrayini vid 25.12.2015 No. 928-VIII. (2015). zakon5.rada.gov.ua. Retrieved from: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/928-19> [in Ukrainian].

9. Rishennya Konstitutsiynogo Sudu Ukrayini u spravi za konstitutsiynim podannyam 54 narodnih deputativ Ukrayini schodo vidpovidnosti Konstitutsiyi Ukrayini (konstitutsiynosti) polozhen stately 44, 47, 78, 80 Zakonu Ukrayini «Pro Derzhavniy byudzhet Ukrayini na 2004 rik» ta konstitutsiynim podannyam Verhovnogo Sudu Ukrayini schodo vidpovidnosti Konstitutsiyi Ukrayini (konstitutsiynosti) polozhen chastin drugoyi, tretoy, chetvertoyi statti 78 Zakonu Ukrayini «Pro Derzhavniy byudzhet Ukrayini na 2004 rik» (sprava pro zupinennya diyi abo обмеzhennya pilg, kompensatsiy i garantiy) vid 1 grud. 2004 r. № 20-rp/2004. (2004). Ofits. visn. Ukrayini, No. 50, Art. 3289 [in Ukrainian].

10. Rishennya Konstytutsiynoho Sudu Ukrayiny u spravi za konstytutsiynym podannyam 46 narodnykh deputativ Ukrayiny shchodo vidpovidnosti Konstytutsiyi Ukrayiny (konstytutsiynosti) polozhen' st. 29, 36, chastyny druhoyi st. 56, ch. 2 st. 62, ch. 1 st. 66, p. 7, 9, 12, 13, 14, 23, 29, 30, 39, 41, 43, 44, 45, 46 st. 71, st. 98, 101, 103, 111 Zakonu Ukrayiny «Pro Derzhavnyy byudzhet Ukrayiny na 2007 rik» (sprava pro sotsial'ni harantiyi hromadyan) vid 9 lyp. 2007 r. № 6-rp/2007. (2004). Ofits. visn. Ukrayiny, No. 52, Art. 2132 [in Ukrainian].

11. Rishennya Konstytutsiynoho Sudu Ukrayiny u spravi za konstytutsiynym podannyam 45 narodnykh deputativ Ukrayiny shchodo vidpovidnosti Konstytutsiyi Ukrayiny (konstytutsiynosti) polozhen' chastyn tret'oyi, chetvertoyi statti 59 Zakonu Ukrayiny «Pro Derzhavnyy byudzhet Ukrayiny na 2003 rik» (sprava pro sotsial'nyy zakhyst viys'kovosluzhbovtiv ta pratsivnykiv pravookhoronnykh orhaniv) vid 17.03.2004 r. № 7-rp/2004. (2004). Ofits. visn. Ukrayiny, No. 12, Art. 763 [in Ukrainian].

12. Rishennya Konstytutsiynoho Sudu Ukrayiny u spravi za konstytutsiynym podannyamy 55 narodnykh deputativ Ukrayiny shchodo vidpovidnosti Konstytutsiyi Ukrayiny (konstytutsiynosti) polozhen' stately 58, 60 Zakonu Ukrayiny «Pro Derzhavnyy byudzhet Ukrayiny na 2001 rik» ta Verkhovnogo Sudu Ukrayiny shchodo vidpovidnosti Konstytutsiyi Ukrayiny (konstytutsiynosti) polozhen' punktiv 2, 3, 4, 5, 8, 9 chastyny pershoyi statti 58 Zakonu Ukrayiny «Pro Derzhavnyy byudzhet Ukrayiny na 2001 rik» i pidpunktu 1 punktu 1 Zakonu Ukrayiny «Pro deyaky zakhody shchodo ekonomiyi byudzhetnykh koshtiv» (sprava shchodo pil'h, kompensatsiy i harantiy) vid 20.03.2002 r. № 5-rp/2002. (2002). Ofits. visn. Ukrayiny, No. 2, Art. 10 [in Ukrainian].

13. Rishennya Konstytutsiynoho Sudu Ukrayiny u spravi za konstytutsiynym podannyamy Verkhovnogo Sudu Ukrayiny shchodo vidpovidnosti Konstytutsiyi Ukrayiny (konstytutsiynosti) okremykh polozhen' statti 65 rozdil I, punktiv 61, 62, 63, 66 rozdil II, punktu 3 rozdil III Zakonu Ukrayiny «Pro Derzhavnyy byudzhet Ukrayiny na 2008 rik ta pro vnesennya zmin do deyakykh

zakonodavchyykh aktiv Ukrayiny» i 101 narodnoho deputata Ukrayiny shchodo vidpovidnosti Konstytutsiyi Ukrayiny (konstytutsiynosti) polozhen' statti 67 rozdil I, punktiv 1–4, 6–22, 24–100 rozdil II Zakonu Ukrayiny «Pro Derzhavnyy byudzheth Ukrayiny na 2008 rik ta pro vnesennya zmin do deyakyykh zakonodavchyykh aktiv Ukrayiny» (sprava shchodo predmeta ta zmistu zakonu pro Derzhavnyy byudzheth Ukrayiny) vid 22 trav. 2008 r. № 10-rp/2008. (2008). Ofits. visn. Ukrayiny, No. 38, Art. 1272 [in Ukrainian].

14. Rishennya Konstytutsiynoho Sudu Ukrayiny u spravi za konstytutsiynymy podannymy Verkhovnoho Sudu Ukrayiny shchodo vidpovidnosti Konstytutsiyi Ukrayiny (konstytutsiynosti) okremyykh polozhen' statti 65 rozdil I, punktiv 61, 62, 63, 66 rozdil II, punktu 3 rozdil III Zakonu Ukrayiny «Pro Derzhavnyy byudzheth Ukrayiny na 2008 rik ta pro vnesennya zmin do deyakyykh zakonodavchyykh aktiv Ukrayiny» i 101 narodnoho deputata Ukrayiny shchodo vidpovidnosti Konstytutsiyi Ukrayiny (konstytutsiynosti) polozhen' statti 67 rozdil I, punktiv 1–4, 6–22, 24–100 rozdil II Zakonu Ukrayiny «Pro Derzhavnyy byudzheth Ukrayiny na 2008 rik ta pro vnesennya zmin do deyakyykh zakonodavchyykh aktiv Ukrayiny» (sprava shchodo predmeta ta zmistu zakonu pro Derzhavnyy byudzheth Ukrayiny) vid 22.05.2008 r. № 10-rp/2008. (2008). Ofits. visn. Ukrayiny, No. 38, Art. 1272 [in Ukrainian].

15. Rishennya Konstytutsiynoho Sudu Ukrayiny u spravi za konstytutsiynym podannym pravlinnaya Pensiynoho fondu Ukrayiny shchodo ofitsiynoho tlumachennya polozhen' statti 1, chastyn pershoi, druhoi, tret'oi statti 95, chastyny druhoi statti 96, punktiv 2, 3, 6 statti 116, chastyny druhoi statti 124, chastyny pershoi statti 129 Konstytutsiyi Ukrayiny, punktu 5 chastyny pershoi statti 4 Byudzhethnoho kodeksu Ukrayiny, punktu 2 chastyny pershoi statti 9 Kodeksu administratyvnoho sudochynstva Ukrayiny v systemnomu zv'yazku z okremymy polozhennyamy Konstytutsiyi Ukrayiny vid 25.01.2012 r. № 3-rp/2012. (2012). www.ccu.gov.ua. Retrieved from: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=6955> [in Ukrainian].

16. Rishennya Konstytutsiynoho Sudu Ukrayiny u spravi za konstytutsiynymy podannymy 49 narodnykh deputativ Ukrayiny, 53 narodnykh deputativ Ukrayiny i 56 narodnykh deputativ Ukrayiny shchodo vidpovidnosti Konstytutsiyi Ukrayiny (konstytutsiynosti) punktu 4 rozdil VII «Prykintsevi polozhennya» Zakonu Ukrayiny «Pro Derzhavnyy byudzheth Ukrayiny na 2011 rik» vid 26.12.2011 r. № 20-rp/2011. (2011). www.ccu.gov.ua. Retrieved from: <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=6955> [in Ukrainian].

17. Khudyk, A.M. (2011). Konstytutsiyna pryroda Zakonu pro Derzhavnyy byudzheth Ukrayiny. www.caflawdep.chnu.edu.ua. Retrieved from: http://www.caflawdep.chnu.edu.ua/professors/files/publications/pdf/andriy_hudyk/st/8.Hudyk_2011.pdf [in Ukrainian].

18. Konstytutsiya Ukrayiny vid 28.06.1996 r. (1996). zakon3.rada.gov.ua. Retrieved from: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-vr> [in Ukrainian].

Makukh O. V., Candidate of Legal Sciences, Assistant Professor of constitutional, administrative and financial law, Law Institute named after V. Stashis, Classical Private University.

e-mail: omakukh@mail.ru ; ORCID 0000-0001-7410-5081

Matters relating to the definition of the subject of the law on State Budget in the Decisions of the Constitutional Court of Ukraine

In the article an author pays attention to the exceptional importance of the Law on the State Budget and the need for a clear approach to the definition of its content. Law on the State Budget of Ukraine - is one of the most important laws, which the Verkhovna Rada of Ukraine adopted annually. In content, it differs significantly from other legal acts of such kind. According to para. 24 of part 1 of Art. 2 of the Budget Code of Ukraine – it's the law that approves the State Budget of Ukraine and includes provisions to ensure its implementation during the budget period. At the same time, the Budget Code of Ukraine does not give a definition of «State Budget». In additio 14n, currently there is no clear answer to the question, what provisions should be considered such to ensure its implementation, as in Art. 40 named codified act contains no comprehensive list of those provisions, which are determined by the Law on State Budget of

Ukraine. Do not add certainty in this matter and decisions of the Constitutional Court of Ukraine, which expressed the legal position on the subject of the law on the State Budget.

Issues relating to the definition of the legal nature of the Law on the State Budget and its object was in view of these scientists-financiers as L.K. Voronova, I.B. Zaveruha, O.B. Zaveruha, S.T. Kadkalenko, O.A. Musica-Stefanchuk, A.A. Nechay, M.I. Piskotin, I.N. Yushchenko and others. At the same time, the lack of a clear approach regarding designated theme indicates the need for its further development. Thus, the purpose of this article is to analyze the decisions of the Constitutional Court of Ukraine, concerning the definition of the subject matter of the Law on the State Budget.

Based on the analysis of the decisions of the Constitutional Court of Ukraine, concerning the definition of the subject matter of the Law on State Budget of Ukraine, stressed the existence of unjustified extension of the latter, which leads to a violation of the budget legislation and the formation of false legal practice. It was stated that any provisions relating to changes in the scope of social standards, the scope of rights and responsibilities, benefits, compensation and guarantees provided by other laws, must be made by amending it in such legal acts, rather than be defined by the Law on the State Budget.

It is proved that taking into account the systemic connection Art. 95 of the Constitution of Ukraine and art. 40 of the Budget Code of Ukraine, the Law on the State Budget must contain a clearly defined position. The amount of expenses, their distribution, including those due to funded pensions and other social benefits provided in attachment № 3 to the Law on State Budget of Ukraine for 2016. Such attachments are an integral part of the Law on State Budget of Ukraine for the relevant year. They are approved only by the Verkhovna Rada of Ukraine, as stated in Art. 95 of the Constitution of Ukraine, so their size can not be changed by the Cabinet of Ministers of Ukraine. With regard to para. 11 of part 1of Art. 40 of the Budget Code of Ukraine, these additional provisions should regulate the process of budget execution in terms of implementation of the already approved budget for the relevant year. Thus, the Law on State Budget, which has its defined Budget Code of Ukraine, subject of regulation, could not contain provisions other than those which provided for in Art. 40 of this codified act, even those that would implement additional social guarantees and expand their volume. Prescriptions to change (as an extension or narrowing) the scope of social standards, cancel or change the scope of rights and responsibilities, benefits, compensation and guarantees provided by other laws, must be made by amending it in such legal acts.

Only by following this approach, we are able to ensure proper implementation of the principle of legality in the budget and other areas.

Keywords: the State Budget; the Law on State Budget; the subject of the law on the State Budget; the decision of the Constitutional Court of Ukraine.

Надійшла до редакції 12.06.2016 р.



Гаєвая Олександра Валентинівна,
кандидат юридичних наук, доцент,
заст. декана з наукової роботи факультету
соціально-гуманітарних технологій,
Національний технічний університет
«Харківський політехнічний інститут»,
Україна, м. Харків
e-mail: gayevaya_aleks@mail.ru
ORCID 0000-0002-6710-9014

doi: 10.21564/2414–990x.134.77801
УДК 349.232

ОКРЕМІ ПИТАННЯ РЕГУЛЮВАННЯ ОПЛАТИ ПРАЦІ ЗА КОРДОНОМ ТА В УКРАЇНІ

Узагальнено досвід оплати праці у зарубіжних країнах за міжнародними стандартами; окреслено сучасний стан нормативно-правового забезпечення праці. Рекомендовано надати процесу нагляду за додержанням вимог міжнародних актів характеру пріоритетної функції в діяльності органів державного нагляду й контролю за дотриманням трудового законодавства в Україні.

Ключові слова: оплата праці; міжнародні стандарти; євроінтеграційні процеси; зарубіжний досвід; національне законодавство.

*Гаєвая А. В., кандидат юридических наук, доцент, зам. декана по научной работе факультета социально-гуманитарных технологий, Национальный технический университет «Харьковский политехнический институт», Украина, г. Харьков.
e-mail: gayevaya_aleks@mail.ru ; ORCID 0000-0002-6710-9014*

Некоторые вопросы оплаты труда за рубежом и в Украине

Обобщен опыт оплаты труда в зарубежных странах по международным стандартам; очерчено современное состояние нормативно-правового обеспечения труда. Рекомендовано придать процессу надзора за соблюдением требований международных актов характер пріоритетной функции в деятельности органов государственного надзора и контроля при соблюдении трудового законодательства в целом.

Ключевые слова: оплата труда; международные стандарты; евроинтеграционные процессы; зарубежный опыт; национальное законодательство.

Постановка проблеми. Забезпечення стабільного економічного розвитку України й підвищення життєвого рівня її населення тісно пов'язані з ефективною державною політикою у сфері регламентації оплати праці. Заробітна плата є основним джерелом доходів працівників і найсильнішим мотиватором роз-

витку трудового потенціалу більшості людей. Брак системного підходу держави до вирішення проблем стимулювання високопродуктивної праці унеможлиблює економічне зростання, стабілізацію й підвищення рівня життя населення. Однак тільки через удосконалення механізму регулювання оплати праці можна рухатися вперед шляхом прогресу і процвітання держави.

Аналіз літературних джерел. Питання заробітної плати знайшли віддзеркалення у наукових роботах В. М. Божка, Н. Б. Болотіної, Н. Д. Гетьманцевої, В. В. Жернакова, М. І. Іншина, З. Я. Козак, А. М. Колода, І. І. Копайгори, В. В. Лазора, Л. І. Лазор, С. С. Лукаша, А. Р. Мацюка, П. Д. Пилипенка, С. М. Прилипка, В. Г. Ротаня, Д. І. Сірохи, Я. В. Симутіної, О. Є. Соніна, Н. М. Хуторян, О. М. Ярошенка та інших учених. Проте, незважаючи на широкий спектр існуючих наукових публікацій, низка питань у зазначеній царині вимагає свого вирішення. Своєчасність наукового пошуку пояснюється й тим, що євроінтеграційні процеси загострили проблему відповідності національного законодавства України (в тому числі у сфері оплати праці) існуючим міжнародним стандартам.

Мета і завдання дослідження. Цією публікацією ми прагнемо окреслити прикладні завдання удосконалення регулювання оплати праці в нових соціально-економічних умовах; визначити напрямки гармонізації національного трудового законодавства щодо оплати праці з міжнародними стандартами, узагальнити зарубіжний досвід регулювання оплати праці та її нормативно-правове забезпечення в Україні.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 9 Конституції чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства держави. Якщо міжнародним договором або міжнародною угодою, в яких бере участь Україна, встановлені інші правила, ніж ті, що містить національне законодавство про працю, застосовуються правила міжнародного договору або міжнародної угоди (ст. 8–1 КЗпП України) [1]. Таким чином, в Основному Законі й у Кодексі законів про працю України закріплено принцип пріоритету міжнародно-правових норм перед нормами національного законодавства.

Регіональні акти правового регулювання праці – важливий чинник впливу на формування національного законодавства. Класичним прикладом таких актів є Європейська соціальна хартія (переглянута 3 травня 1996 р.). Хартію ратифіковано Україною Законом № 137 – V від 14 вересня 2006 р. Її ч. 1 установлює низку основоположних прав і принципів правового регулювання праці, які є досить важливими для України як демократичної, соціальної і правової держави, а саме:

- кожна людина повинна мати можливість заробляти собі на життя професією, яку вона вільно обирає;
- усі працівники мають право на справедливі умови праці;
- усі трудівники мають право на безпечні і здорові умови праці;

– усі трудящі мають право на справедливую винагороду, яка забезпечить достатній життєвий рівень для них самих і їх сімей;

– усі працівники й роботодавці мають право на свободу об'єднання в національні або міжнародні організації для захисту своїх економічних і соціальних інтересів;

– усі працівники й роботодавці мають право на укладення колективних договорів та ін. [2].

Статті 1 і 2 Рекомендації МОП № 135 щодо встановлення мінімальної заробітної плати з особливим урахуванням країн, що розвиваються (1970 р.) [3] передбачають відповідні цілі встановлення мінімальної заробітної плати. Законодавче закріплення мінімальної заробітної плати повинно бути одним з елементів політики, спрямованої на боротьбу з бідністю й задоволення потреб усіх трудящих та їх сімей. Основною метою встановлення мінімальної заробітної плати має бути надання працюючим за наймом особам необхідного соціального захисту щодо мінімально припустимих рівнів заробітної плати.

Є країни, де мінімальна заробітна плата взагалі не встановлюється або механізм її законодавчого закріплення суттєво відрізняється від українського. Так, Південно-Африканська Республіка не має законодавчо встановленого мінімуму заробітної плати [4, с. 121]. Відповідно до Федерального закону Мексики про працю (1970 р.) денна мінімальна оплата праці повинна покривати основні життєві потреби людини і її сім'ї. Вона закріплюється щорічно з розрахунку денної ставки за кожною спеціальністю й залежить від регіону (Мексика за рівнем оплати поділена на три географічних райони – А, В і С) [5, с. 31-32].

У Південній Республіці Корея й у багатьох країнах, що розвиваються, регулювання мінімальної заробітної плати не поширюється на дрібні й дуже дрібні підприємства, проте зміни, що відбуваються в оплаті праці у формальній економіці, безпосередньо впливають на стан справ у цьому секторі. Уряди окремих країн (Іспанії, Люксембургу, Нідерландів, Нової Зеландії, Португалії, Туреччини), усвідомлюючи негативний вплив підвищення мінімальної заробітної плати на зайнятість, роблять спроби пом'якшити соціальні наслідки, встановлюючи нижчі ставки мінімальної заробітної плати для молоді [6, с. 95, 99]. Непродумане законодавче закріплення мінімальної заробітної плати може мати негативні наслідки, що ускладнюють досягнення головної мети – зниження рівня бідності.

Найважливішими складниками організації оплати праці є нормування праці, тарифне нормування заробітної плати, розроблення форм і систем оплати праці [7, с. 211]. Більшість систем оплати праці, що застосовуються на підприємствах розвинених країн, розглядаються як ноу-хау й не публікуються відкрито [8, с. 254]. Проте проблеми організації оплати праці, на наш погляд, полягають в іншому, а саме в реалізації принципу взаємної відповідальності останніх. Так, Л. Туроу, видатний американський економіст, зіставив реальну заробітну плату різних соціально-професійних груп з гіпотетичною їх оплатою, що розрахову-

валася ним відповідно до реального внеску у виробництво кожною із цих груп. За його розрахунками, заробітки кваліфікованих робітників більш ніж у двічі були нижчими від їх істинного внеску у виробництво [9, с. 85].

Диверсифікація (від лат. *diversus* – різний, *fasere* – робити) виробництва японських компаній у 80-ті роки ХХ ст. – це не що інше, як вдала спроба зберегти висококваліфіковані кадри в умовах життєвого найму. У Японії інструментом, який дозволяє об'єктивно оцінювати працю, виступає система так званого «управління за метою». Вона є складовою частиною системи матеріального стимулювання, що ґрунтується на врахуванні результатів праці, а значить, пов'язана з ринковими характеристиками робочої сили [10]. Нині в цій країні точиться боротьба двох тенденцій: життєвий найм з частковою зміною підходів до оплати праці (стимулювання не стажу, а результатів праці) і перехід до схеми мобільності й боротьби за кваліфікований персонал на ринку праці (американський тип управління кадрами).

При підведенні підсумків оплати праці особлива увага приділяється тому, які якості працівника впливають на її результат. Американські корпорації зазвичай застосовують комплексну систему оцінювання. Зокрема, система порівняння факторів використовується для оцінки змісту діяльності працівників, зайнятих у сфері управління. При цьому розглядаються обсяги робіт та сфера впливу, вимоги до працівника і складність виконуваної функції. З'ясовуються характеристики, спільні для усіх посад, але властиві їм різною мірою. Оцінка є прямо пропорційною складності й важливості роботи. Про цінність кожного виду діяльності судять за внеском у кінцевий результат роботи компанії в цілому. Загальні характеристики становлять базу для порівняння всіх посад і виступають факторами й підфакторами, за якими оцінюється певна посада стосовно інших. На думку американських спеціалістів, це дозволяє розширити коло професійних знань і вмінь, необхідних працівникові для заміщення тієї чи іншої посади [11].

Уведення єдиної тарифної системи (ЄТС) у практику організації оплати праці було одним із центральних моментів реформи заробітної плати й означало перехід до міжгалузевого, міжкатегорійного й міжпрофесійного впорядкування тарифних умов оплати праці осіб, які працюють за наймом у бюджетній сфері, хоча її застосування можливе й на підприємствах і в установах різних форм власності.

Сучасні системи оплати праці в державах з ринковою економікою дещо відрізняються від традиційної тарифної системи. У США почали запроваджувати систему, яка отримала назву «плата за вміння і знання», за якою зарплата нараховується не стільки на підставі класифікації робочих місць (тарифні сітки), скільки на базі і з урахуванням особистої кваліфікації працівника. На думку фахівців країн Заходу, цій системі матеріальної винагороди належить майбутнє, але вона ще не отримала значного поширення у світі [12, с. 46]. Отже, поряд з формалізованими методами оцінювання результатів роботи для правильного нарахування заробітної плати все частіше беруться до уваги персональні яко-

сті працівника, його творчий потенціал. Особливо цей момент властивий для підприємств Японії, високотехнологічних і наукомістких корпорацій США і Західної Європи. Компенсація персональних рис трудящого здійснюється за допомогою індивідуальної оплати праці, в тому числі індивідуальних тарифних ставок, що застосовуються на японських підприємствах, які й послужили прикладом для запровадження оцінки заслуг за схемою індивідуалізованої оплати праці [13, с. 53], що полягає у двоярусній системі оплати праці – для новачків і працівників, які вже мають певний стаж роботи. Головним елементом, що лежить нині в основі відмінності оцінювання окремих груп робочої сили, є набуття й відтворення професійної кваліфікації. Підґрунтям її формування є науково-технічні знання, отримані протягом загального і спеціального навчання. У зв'язку з цим рівень кваліфікації працівників зазвичай оцінюється числом років навчання. Інший показник кваліфікації – виробничий досвід, що виражається в числі років участі у трудовому процесі [9, с. 81-82].

В Англії, Франції й у низці інших держав отримала поширення так звана гнучка система оплати, в основі якої – врахування індивідуальних здібностей працівника, його заслуг і результатів роботи за допомогою оціночних шкал і низки інших факторів. До того, по суті, відбувається індивідуалізація оплати праці, проти чого виступають профспілки, однак цю систему підтримують висококваліфіковані спеціалісти й робітники. Надаючи великого значення кваліфікації працівників, деякі західні фірми провадять оплату праці не просто за розрядами, а за результатами робіт, що більшою мірою стимулює останніх до підвищення кваліфікації [12]. Оплата за результатами (заслугами) передбачає з'ясування того, що повинно бути зроблено працівником або керівником, але не за інструкцією, а в сенсі успішної організації поставлених цілей та отримання певних результатів. Ключовою фігурою такого оцінювання виступає безпосередній керівник [14, с. 73]. Зазначена система дуже нагадує щорічні оцінювання державних службовців в Україні.

Ефективність регулювання оплати праці залежить, зокрема, від ступеня врахування державою втрати купівельної спроможності населення під впливом інфляції. Застосування механізму індексації доходів, спрямоване на підтримку рівня життя громадян, дозволяє відшкодувати їм подорожчання споживчих товарів і послуг. Особливо важливою вона є для соціально вразливих груп населення.

За масштабами охоплення громадян індексацією доходів у розвинених країнах можна виділити декілька моделей. Першою охоплюються практично все населення (Бельгія, Данія, Ісландія, Італія та ін.), що можливо завдяки функціонуванню належним чином налагодженої системи колективних угод і наявності дійового контролю з боку профспілок [15].

Друга модель передбачає запровадження індексації доходів окремих соціальних груп (США, Канада, Франція, Швейцарія та ін.). Наприклад, у США частка працюючих, не зайнятих у сільському господарстві, охоплених індексацією, за деякими оцінками складає близько 10%, а серед працівників, що мають свої

профспілки, вона значно вища – близько 40%. За третьою моделлю індексація практично не застосовується (Австрія, Німеччина, Японія, Швеція), оскільки вважається, що вона суттєво обмежує права й можливості соціальних партнерів. У четвертій моделі можливість і характер здійснення індексації визначається пріоритетами політики доходів, спрямованих на боротьбу з інфляцією (Нідерланди, Норвегія і Фінляндія). У країнах з такою моделлю вживаються жорсткі обмежувальні заходи щодо індексації, які можуть передбачити, зокрема, встановлення верхньої межі зростання заробітної плати, граничний коефіцієнт її індексації або взагалі відмову від неї [15].

Обговорення результатів. Як бачимо, існують держави, у яких Україна може запозичувати цей позитивний досвід і застосовувати його у себе відповідно до своєї специфіки праці. Головна проблема у сфері індексації доходів – це запобігання розкручуванню інфляційної спіралі, якому сприяє повна індексація всіх доходів пропорційно зростанню цін.

В Україні практику застосування механізму індексації розпочато ще в 1991 р. з прийняттям Закону України «Про індексацію грошових доходів населення». Проте її втілення в життя провокувало лише подальше зростання цін, що неминуче призводило до збільшення дефіциту Державного бюджету, а тому наприкінці 1992 р. дію цього механізму було припинено. У 2003 р. запроваджено новий механізм індексації грошових доходів населення в Україні. На сьогодні вона спостерігається в межах прожиткового мінімуму, встановленого для відповідних соціальних і демографічних груп населення, якщо величина індексу споживчих цін, обчисленого нарастаючим підсумком, перевищить поріг індексації, встановлений у розмірі 101%. Однак запровадження індексації заробітної плати лише в межах прожиткового мінімуму, на нашу думку, виключає можливість її збільшення на основі заробітної плати громадян із середніми доходами, які сьогодні не дуже перевищують прожитковий мінімум. Для громадян з високими доходами, у яких не спостерігається зниження платоспроможного попиту, індексація будь-якої частки їх доходів не є доцільною, хоча її проведення й передбачено законом [16].

Досвід розвинених зарубіжних країн в оплаті праці і в її стимулюванні становить, як бачимо, для України великий інтерес. Багато з нього варто реалізувати вже сьогодні, хоча для України він є не зовсім прийнятним. Вивчаючи накопичений досвід, адаптуючи його до української дійсності, можна досягти високих економічних результатів у трудовій діяльності.

Висновки.

1. До базових стандартів міжнародно-правового регулювання оплати праці належать: а) соціальна справедливість; б) економічне зростання; в) взаємозв'язок економічної й соціальної політики; г) об'єднання зусиль між соціальним прогресом та економічним зростанням.

2. Практично всі країни з високими показниками рівня життя встановлюють мінімальну заробітну плату і прожитковий мінімум, а також регулюють заробітну плату за допомогою соціально-партнерських відносин держави з роботодавцями і профспілками на рівні галузевих і колективних угод.

3. Варто надати процесу нагляду за додержанням вимог міжнародних актів характеру пріоритетної функції в діяльності органів державного нагляду й контролю за дотриманням трудового законодавства в Україні.

4. Власникам підприємств, установ та організацій за підтримки держави слід взяти за основу досвід зарубіжних країн; підвищувати мінімальний розмір оплати праці паралельно з реформуванням усього бюджетного сектора економіки.

Список літератури:

1. Кодекс законів про працю України : Закон УРСР від 10. 12. 1971 р. № 322-УІІІ // Відом. Верхов. Ради України. – 1971. – Додаток до № 50. – Ст. 375.
2. Європейська соціальна хартія (переглянута 03.05.1996 р.) : ратифік. Законом України від 14.09.2006 р. № 137-V // Офіц. вісн. України. – 2006 – № 40. – Ст. 2660.
3. Рекомендації щодо встановлення мінімальної заробітної плати з особливим урахуванням країн, що розвиваються (№ 135) : прийнята на 54 сесії Ген. конф. МОП 22.06.1970 р. // Конвенції та рекомендації, ухвал. МОП 1965-1999. – Т. II. – Женева : Міжнар. бюро праці 1999 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993_252.
4. Черняева Д. В. Современный этап развития трудового права ЮАР / Д. В. Черняева // Труд за рубежом. – 2006. – № 4. – С. 112–131.
5. Костюнина Г. М. Трудовые отношения в Мексике / Г. М. Костюнина // Труд за рубежом. – 2007. – № 1. – С. 23–36.
6. Вишневская Н. Т. Социально-экономические последствия повышения минимальной заработной платы / Н. Т. Вишневская // Труд за рубежом. – 2006. – № 2. – С. 94–108.
7. Гурьянов С. Х. Труд и заработная плата на предприятии: монография / С. Х. Гурьянов, Л. А. Костин. – [Изд. 2-е, перераб. и доп.]. – Москва : Экономика, 1973. – 448 с.
8. Генкин Б. М. Экономика и социология труда : учебник / Б. М. Генкин. – Москва : НОР-МА-ИНФРА-М., 1998. – 384 с.
9. Соболевская А. А. Функции и параметры заработной платы в рыночной экономике / А. А. Соболевская // Труд за рубежом. – 2001. – № 3 (51). – С. 70–89.
10. Матрусова Т. Н. Японская система управления трудом в условиях глобализации экономики / Т. Н. Матрусова // Труд за рубежом. – 1994. – № 4 (24). – С. 61–73.
11. Ивлев А., Организация и стимулирование труда: зарубежный опыт / А. Ивлев, Ю. Гарайбех // Человек и труд. – 2003. – №12. – С. 45–52.
12. Иванова С. А. Вопросы оплаты труда и тарифные соглашения / С. А. Иванова // Труд за рубежом. – 1994. – № 2(22). – С. 42–48.
13. Соболевская А. А. Зарубежный опыт организации заработной платы и его применение в России / А. А. Соболевская // Труд за рубежом. – 1999. – № 1 (41). – С. 47–68.
14. Исаенко А. Н. Организация оплаты и стимулирование труда руководителей компаний в США / А. Н. Исаенко // Труд за рубежом. – 2001. – № 1 (49). – С. 66–80.
15. Сидорова Ж. Мировой опыт индексации доходов населения [Электронный ресурс]. / Ж. Сидорова // Отечеств. зап. – 2003. – № 3. – Режим доступа : http://magazines.russ.ru/oz/2003/3/2002_3_16.html.
16. Федірко Н. Державне регулювання оплати праці: світовий досвід і практика України / Н. Федірко, О. Федірко // Україна: аспекти праці. – 2011. – № 5. – С. 22–30.

References:

1. Kodeks zakoniv pro pratsiu Ukrainy: Zakon URSR vid 10.12.1971 № 322-YIII [Labor Code of Ukraine of 10.12.1971 No 322-YIII]. Vidomosty Verkhovnoy Rady Ukrainy. (1971). Dodatok do No 50, art. 375 [in Ukrainian].

2. Yevropejska sotsialna khartiia (perehliana 03.05.1996): ratyfik. Zakonom Ukrainy № 137-V vid 14.09.2006. [European Social Charter (revised 05.03.1996)]. (2006). *Ofitsijnyj visnyk Ukrainy*, 40, art. 2660 [in Ukrainian].
3. Rekomendatsiia schodo vstanovlennia minimal'noi zarobitnoi platy z osoblyvym urakhuvanniam krain, scho rozvyvaiut'sia (№ 135): pryjniata na 54 sesii Hen. konf. MOP 22.06. 1970 [Recommendation on Minimum Wage Fixing in developing countries (№ 135)]. Konventsii ta rekomendatsii, ukhval. MOP 1965–1999. Vol. II. (1999). Zheneva: Mizhnar. biuro pratsi. zakon4.rada.gov.ua. Retrieved from: [http:// zakon4.rada.gov.ua/lavs/shov/993_252](http://zakon4.rada.gov.ua/lavs/shov/993_252) [in Ukrainian].
4. Cherniaeva, D.V. (2006). Sovremennyj etap razvytyia trudovoho prava YuAR [Modern Stage of development of labor law South Africa]. *Trud za rubezhom*, 4, 112-131 [in Russian].
5. Kostiuynina, H.M. (2007). Trudovye otnosheniya v Meksyke [Labour relations in Mexico]. *Trud za rubezhom*, 1, 23–36 [in Russian].
6. Vyshnevskaia, N.T. (2006). Sotsyalno-ekonomycheskye po sledstvyia povysheniya mynymalnoj zarabotnoj platy [Socio-economic impact of raising the minimum wage]. *Trud za rubezhom*, 2, 94–108 [in Russian].
7. Hur'ianov, S.Kh., Kostyn, L.A. (1973). *Trud y zarabotnaia plata na predpriyatyy* [Labor and wages in the enterprise]. – [2nd ed.]. Moscow: Ekonomyka [in Russian].
8. Henkyn, B.M. (1998). *Ekonomyka y sotsyolohyia truda* [Economics and sociology of labor]. Moscow: NORMA-YNFRA-M [in Russian].
9. Sobolevskaia, A.A. (2001). Funktsyy y parametry zarabotnoj platy v rynochnoj ekonomyke [The functions and parameters of wages in a market economy]. *Trud za rubezhom*, 3 (51), 70–89 [in Russian].
10. Matrusova, T.N. (1994). Yaponskaia sistema upravleniya trudom v usloviakh hlobalyzatsyy [Japanese labor management system in a globalized economy]. *Trud za rubezhom*, 4 (24), 61–73 [in Russian].
11. Yvlev, A. (2003). Orhanyzatsiia y stymulirovanye truda: zarubezhnyj opyt [The organization and stimulation of work: foreign experience]. *Chelovek y trud*, 12, 45–52 [in Russian].
12. Yvanova, S.A. (1994). Voprosy oplaty truda y taryfnye soglasheniya [Questions of labor payment and tariff agreements]. *Trud za rubezhom*, 2 (22), 42–48 [in Russian].
13. Sobolevskaia, A.A. (1999). Zarubezhnyj opyt orhanyzatsyy zarabotnoj platy y eho prymerenye v Rossyy [Foreign experience of organization of wages and its application in Russia]. *Trud za rubezhom*, 1 (41), 47–68 [in Russian].
14. Ysaenko, A.N. (2001). Orhanyzatsiia oplaty y stymulirovanye truda rukovodytelej kompanyj v SSHA [Organization of payment and stimulation of work of corporate executives in the United States]. *Trud za rubezhom*, 1 (49), 66–80 [in Russian].
15. Sydorova, Zh. (2003). Myrovoj opyt yndeksatsyy dokhodov naseleniia [World experience indexation of income]. *Otechestv. zap.*, 3. [magazines.russ.ru. Retrieved from: http://magazines.russ.ru/oz/2003/3/2002_3_16.html](http://magazines.russ.ru/oz/2003/3/2002_3_16.html) [in Russian].
16. Fedirko, N., Fedirko, O. (2011). Derzhavne rehuliuivannia oplaty pratsi: svitovyj dosvid i praktyka Ukrainy [Reigning reguluyvannya Pay pratsi: svitovy dosvid i practice of Ukraine]. *Ukraina: aspekty pratsi*, 5, 22–30 [in Ukrainian].

Gayeveva A. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, deputy dean on scientific work of the Faculty of Social and Humanitarian Technologies of the National Technical University «Kharkiv Polytechnic Institute», Ukraine, Kharkiv.

e-mail: gayeveva_aleks@mail.ru ; ORCID 0000-0002-6710-9014

Some issues of wages abroad and in Ukraine

It is given special attention to the effective state policy conducting in the sphere of the payment for labor. Generalized experience of the payment for labor of foreign countries according to international standards has been considered and the modern current state of regulatory and normative and legal pro-

vision have been outlined. It is recommended presentation of the supervision process over compliance with the requirements of international act of the priority function character in the activity of the state supervision bodies and control in compliance with labor legislation in general. The history of implementation in Ukraine of the indexation mechanism practice, started still in 1991 with the adoption of the Law of Ukraine «On indexation of money incomes of the population». However, its embodiment in life only provoked further rise in prices, which inevitably led to the increasing of the State budget deficit, that is why, in the end of 1992 action of this mechanism has been suspended. In 2003 it was introduced a new mechanism of indexation of money incomes of the population in Ukraine. Today this mechanism is observed in the framework of the living wage established for the relevant social and demographic groups of population.

Keywords: payment for labor; international standards; European integration processes; foreign experience; national legislation.

Надійшла до редколегії 28.08.2016 р.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО. КРИМІНОЛОГІЯ



Оболенцев Валерій Федорович,
кандидат юридичних наук, доцент,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: hortisa70@mail.ru
ORCID 0000-0001-8360-8959

doi: 10.21564/2414–990x.134.78892
УДК 343.9

СИСТЕМНИЙ ПІДХІД У АНТИКОРУПЦІЙНОМУ КОМПЛАЄНСІ

Доводиться зловоденність боротьби з корупцією в Україні. Обґрунтовується доцільність використання системного підходу у реалізації заходів антикорупційного комплаєнсу. Розкривається зміст та послідовність етапів системного аналізу цієї діяльності.

Ключові слова: системний підхід; антикорупційний комплаєнс; запобігання корупції.

Оболенцев В. Ф., кандидат юридических наук, доцент, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: hortisa70@mail.ru ; ORCID 0000-0001-8360-8959

Системный подход в антикоррупционном комплаенсе

Обращается внимание на актуальность борьбы с коррупцией в Украине. Обосновывается целесообразность использования системного подхода в реализации мер антикоррупционного комплаенса. Раскрывается содержание и последовательность системного анализа этой деятельности.

Ключевые слова: системный подход; антикоррупционный комплаєнс; предупреждение коррупции.

Вступ. За результатами дослідження громадської думки, проведеного Міжнародною фундацією виборчих систем (IFES) наприкінці 2013 р., корупція входила до переліку найгостріших проблем і викликала особливе занепокоєння у 47 відсотків українців [13]. А за даними Індексу сприйняття корупції, прове-

деного Transparency International, у 2012-2013 рр. Україна посідала 144 місце серед 176 країн, в яких проводилися дослідження. Тож корупція, проникнувши у всі сфери життя, стала чи не головною причиною економічних і політичних потрясінь у сучасній Україні.

Аналіз літературних даних і постановка задачі дослідження. У вітчизняній кримінології існує чимало матеріалів щодо досліджуваного явища та заходів його запобігання. Зокрема, комплексною є робота Є. Невмержицького [7], в якій із застосуванням сучасних методів наукового пізнання розглянуто причини та умови корупції в Україні, соціально-економічний простір її поширення, особливості тенденцій в перехідному суспільстві, механізми протидії. Вітчизняні науковці також аналізували корупційні ризики у законотворчості України [3], стратегії запобігання корупційним правопорушенням [6], вивчали антикорупційні засади діяльності органів влади [1].

Не применшуючи значення вже існуючих напрацювань, маємо зазначити, що навіть за їх наявності проблема корупції в Україні не зникне. Тож вдосконалення заходів запобігання корупційним проявам ще тривалий час буде актуальним.

У цьому плані перспективним видається системний підхід, що вже неодноразово підтверджував свою ефективність у кримінології [10]. Його використання допомогло О. Є. Маносі здійснити системно-кримінологічний аналіз кількісно-якісних показників злочинності в Україні за період 1972–1995 рр. і продемонструвати системність зв'язків між структурними елементами злочинності, а також із зовнішнім середовищем – процесами суспільного життя. Системно, на засадах діяльнісно-людинномірному принципу дослідник розглянув також й заходи запобігання злочинності, зокрема – корупційної [5]. На основі системного підходу розкрив причинність у системі детермінант злочинності в цілому Б. М. Головін [2], а О. Г. Фролова дослідила практику кримінальних покарань в Україні [16].

Утім, узагальнення наведених та деяких інших джерел дають підстави стверджувати, що у розробці безпосередніх заходів запобігання корупції можливості системотехніки реалізовано недостатньо. Зокрема, до цього часу не здійснено системного аналізу ні цієї діяльності, ні самого явища-корупції.

Наші ж напрацювання щодо базових засад системного аналізу запобігання злочинності [8], генетичного та прогностичного аспектів цієї діяльності [9], системних факторів латентизації криміногенних чинників [11], обсягів охоронюваних суспільних відносин [12] підтверджують перспективність означеного напрямку досліджень. До того ж зараз саме системний підхід у п. 14 Державної програми щодо реалізації засад державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційної стратегії) на 2015–2017 роки [14] визначається як пріоритетний у запобіганні корупції в органах виконавчої влади та органах місцевого самоврядування на основі результатів аналізу корупційних ризиків.

Мета нашої статті – обґрунтування базових засад системного підходу у заходах антикорупційного комплаєнсу суб'єктів приватної сфери.

Основна частина. Антикорупційний комплаєнс (англ. *compliance* – відповідність вимогам чи нормам) можна визначати як профілактику корупційних правопорушень у межах поточної діяльності суб'єктів (державних та недержавних). Для суспільства в цілому така робота є необхідною, оскільки забезпечує належне функціонування соціальних інститутів у рівних умовах правопорядку та конкуренції і убезпечує їх учасників від санкцій за порушення законодавства.

Сьогодні вважається, що системність є обов'язковою властивістю будь-якої свідомої діяльності людей – і задля пізнання світу, і задля його перетворення. Тож системний характер має і поточна діяльність суб'єктів приватної сфери, де реалізуються антикорупційні заходи, і самі ці заходи.

З урахуванням системного характеру заходів антикорупційного комплаєнсу можна окреслити засади їх системного аналізу. Вважається, що основною метою такої роботи є побудова узагальнюючої моделі взаємодії досліджуваного об'єкта з оточуючим середовищем у конкретній ситуації та розробка рекомендацій для досягнення цим об'єктом певної мети [4, с. 15]. Фактично це спосіб вирішення проблем у системах. Проблемою зазвичай прийнято вважати невідповідність бажаного та існуючого стану речей у системі. Йдеться про варіанти: 1) невідповідність цілям системи її структури, складу і процесів взаємодії окремих частин; 2) невідповідність функцій, параметрів та структури щодо призначення системи; 3) недоліки у взаємодії системи з середовищем [4, с. 27-28]. Вочевидь проблемою суб'єктів – систем, де реалізуються заходи антикорупційного комплаєнсу, є корупційні прояви у взаємодії із суб'єктами оточуючого середовища в умовах корупційних ризиків та при наявності конфлікту інтересів. Специфічним варіантом розв'язання вказаної проблеми можна вважати стан цих систем, при якому вони виконували б власні функції максимально ефективно відповідно до встановленого призначення.

У контексті системного аналізу діяльності досліджуваних суб'єктів – систем приватної сфери – заходи антикорупційного комплаєнсу мають розглядатися як одна з їх функцій. Функція – це зовнішній прояв властивостей об'єкта в існуючій системі відносин [4, с. 15]. У системному аналізі функцію об'єкта ототожнюють із обов'язками, задоволенням потреб. Фактично мова йде про перетворення призначення системи в дії. Ці дії можуть бути названі подіями, які реалізують призначення. Наприклад, головна функція автомобіля – перевозити вантаж, а його двигуна – крутити колеса [4, с. 29]. Тож заходи антикорупційного комплаєнсу можуть розглядатися як механізми перетворення господарського, освітнього, інформаційного й іншого призначення суб'єктів-систем (визначається корпоративними статутами, нормативними актами) в конкретну діяльність їх підрозділів, уповноважених на запобігання корупційним проявам у взаємодії із зовнішнім середовищем.

Розуміння об'єкта-явища як системи означає: 1) представлення елементного складу, що породжує досліджувані властивості системи; 2) побудову термінологічного простору у вигляді набору первинних понять (сигнатур), пов'язаних із досліджуваними властивостями системи; 3) виявлення системоутворюючих від-

носин між елементами одного рівня системи та відносин між ієрархічними рівнями системи; 4) встановлення емерджентної (системоутворюючої) властивості системи, яке перетворює сукупність окремих компонентів на систему; 5) побудову комплексної кваліметричної моделі властивостей якості системи [4, с. 21].

Сам системний аналіз заходів антикорупційного комплаєнсу конкретних суб'єктів-систем за усталеною методикою має реалізовуватися в такій послідовності. Спочатку треба здійснити підготовчі процедури формального характеру – окреслити мету досліджуваного суб'єкта приватної сфери, його призначення та функції, кордони й оточення, сформулювати проблему та контекст її розгляду, визначити точку зору аналітика, мету і завдання системного аналізу. Далі має відбутися збір та опрацювання інформації про систему. Йдеться про чотири види аналізу: історичний (встановлення генетичного та прогностичного аспектів системи), предметно-морфологічний (встановлення елементів та структури, виявлення закономірностей зв'язків елементів системи та ступеня її складності), функціональний аналіз (розкриття внутрішнього та зовнішнього функціонування, встановлення адаптивної та адаптуючої активності). Насамкінець треба здійснити інформаційний аналіз системи [4, с. 24] – викласти інформацію про властивості інформації системи, її інформаційні потоки, процеси.

Маємо зауважити, що системний аналіз заходів антикорупційного комплаєнсу особливо конструктивним вбачається у зв'язку з можливістю використання отриманої інформації для моделювання корупційних ризиків та корупційних процесів. Моделлю вважається спеціально створений для зручності дослідження та вирішення проблеми матеріальний чи абстрактний об'єкт з потрібним ступенем подібності до модельованого об'єкта, адекватний цілям дослідження [15, с. 55]. Моделювання дозволяє наочно показати, як функціонує система, які процеси відбуваються в системі, як зробити, щоб система працювала найефективніше тощо.

У моделюванні заходів антикорупційного комплаєнсу вбачається прийнятним використання SADT-технології (Structured Analysis and Design Technique) – методології структурного аналізу й проектування складних організаційних і технічних систем, яку ми раніше вже використовували у розробці моделей злочинності та діяльності з її запобігання [8].

Висновки. Саме так, на наш погляд, можна обґрунтувати доцільність системного підходу у дослідженні корупції та окреслити засади системного аналізу заходів антикорупційного комплаєнсу. Результати застосування цієї методики на практиці стануть у пригоді суб'єктам приватної сфери у виявленні корупційних ризиків та ситуацій конфлікту інтересів, сприятимуть запобіжній діяльності правоохоронців.

Наведені тут дані є лише базовою інформацією для використання системотехніки у розглянутій сфері. У подальшому мають бути реалізовані дії згідно з етапами системного аналізу заходів антикорупційного комплаєнсу і побудована модель такої діяльності. Переконані, що така робота за умов належного використання її результатів сприятиме вирішенню проблеми корупції в країні.

Список літератури:

1. Антикорупційні засади діяльності органів влади : наук.-практ. посіб. / за ред. А. В. Роздайбиди. – Харків : Мадрид, 2014. – 364 с.
2. Головкін Б. М. Причинність у системі детермінації злочинності [Електронний ресурс] / Б. М. Головкін // Теорія і практика правознавства : електрон. наук. зб. – Вип. 1 (5). – 2014. – Режим доступу : http://nauka.jur-academy.kharkov.ua/download/el_zbirknik/_1.pdf.
3. Корупційні ризики у законотворчості України: моніторинг та перспективи подолання. – Київ : Інститут законодавства Верховної Ради України, 2015. – 283 с.
4. Лямець В. І. Системний аналіз. Вступний курс / В. І. Лямець, А. Д. Тевяшев. – 2-ге вид., перероб. та допов. – Харків : ХНУРЕ, 2004. – 448 с.
5. Маноха О. Є. Системний аналіз в кримінології : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О. Є. Маноха. – Київ, 1996. – 22 с.
6. Машлякевич Д. С. Стратегії запобігання і протидії корупції в Україні / Д. С. Машлякевич, О. М. Литвинов. – Харків : В деле, 2016. – 260 с.
7. Невмержицький Є. В. Корупція в Україні: причини, наслідки, механізми протидії / Є. В. Невмержицький. – Київ : КНТ, 2008. – 368 с.
8. Оболенцев В. Ф. Базові засади системного аналізу запобігання злочинності в Україні / В. Ф. Оболенцев // Проблеми законності : респ. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Харків : Нац. юрид. акад. України, 2015. – Вип. 130. – С. 155–161.
9. Оболенцев В. Ф. Генетичний та прогностичний аспекти запобігання злочинності та віктимізації [Електронний ресурс] / В. Ф. Оболенцев // Порівняльно-аналітичне право : електрон. наук. вид. фахове Юридичного факультету ДВНЗ «Ужгородський національний університет». – 2015. – № 4. – С. 338–340. – Режим доступу : http://www.pap.in.ua/4_2015/103.pdf.
10. Оболенцев В. Ф. Історія використання системного метода в дослідженні властивостей злочинності / В. Ф. Оболенцев // Проблеми законності : зб. наук. праць / відп. ред. В. Я. Тацій. – Харків : Нац. ун-т «ЮАУ імені Ярослава Мудрого», 2013. – Вип. 121. – С. 149–158.
11. Оболенцев В. Ф. Латентна злочинність: проблеми теорії та практики попередження / В. Ф. Оболенцев. – [2-ге вид., перероб. та доп.]. – Харків : Видавець ФОП Віленський Л. М., 2012. – 117 с.
12. Оболенцев В. Ф. Правоотношения как объекты правовой охраны: содержание и количественные характеристики (по материалам статей разделов 1–6 Особенной части Уголовного кодекса Украины) / В. Ф. Оболенцев. – Харьков: ФЛП Иолтуховский В. Л., 2007. – 232 с.
13. Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки : Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1699-VII // Відом. Верхов. Ради України. – 2014. – № 46. – Ст. 2047.
14. Про затвердження Державної програми щодо реалізації засад державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційної стратегії) на 2015–2017 роки : постанова Кабінету Міністрів України від 29 квітня 2015 р. № 265 // Офіційний вісник України. – 2015. – № 38. – Ст. 1146.
15. Сорока К. О. Основи теорії систем і системного аналізу : навч. посіб. / К. О. Сорока. – 2-ге вид. – Харків : ФОП Тимченко, 2005.
16. Фролова О. Г. Злочинність і система кримінальних покарань (соціальні, правові та кримінологічні проблеми й шляхи їх вирішення за допомогою логіко-математичних методів) : навч. посіб. / О. Г. Фролова. – Київ : АртЕк, 1997. – 208 с.

References:

1. Rozdajbida, A.V. (Eds.). (2014). Antykoruptsijni zasady diial'nosti orhaniv vlady [Anticorruption principles of activity of organs of power]. Kharkiv: Madryd [in Ukrainian].
2. Holovkin, B.M. (2014). Prychynnist u systemi determinatsii zlochynnosti [A causality in system of determination of criminality]. Teoriia i praktyka pravoznavstva – Theory and practice of jurisprudence, 1 (5). Retrieved from: http://nauka.jur-fcademy.kharkov.ua/download/el_zbirknik/_1.pdf [in Ukrainian].

3. Koruptsijni ryzyky u zakonotvorchosti Ukraini: monitorynh ta perspektyvy podolannia [Corruption risks of a law-making in Ukraine: monitoring and prospects of overcoming]. (2015). Kyiv: Instytut zakonodavstva Verkhovnoi Rady Ukrainy [in Ukrainian].

4. Liamets', V.I., Teviashev, A.D. (2004). Systemnyj analiz. Vstupnyj kurs [Analysis of the systems. Introductory course]. Kharkiv: KhNURE [in Ukrainian].

5. Manokha, O.Ye. (1996). Systemnyj analiz v kryminolohii [An analysis of the systems in criminology]. Extended abstract of candidate's thesis. Kyiv [in Ukrainian].

6. Mashliakhevych, D.S., Lytvynov, O.M. (2016). Stratehii zapobihannia i protydie koruptsii v Ukraini [Strategies of prevention and counteraction a corruption are in Ukraine]. Kharkiv: V dele [in Ukrainian].

7. Nevmerzhyts'kyj, Ye.V. (2008). Koruptsiia v Ukraini: prychny, naslidky, mekhanizmy protydie [A corruption is in Ukraine: reasons, consequences, mechanisms of counteraction]. Kyiv: KNT [in Ukrainian].

8. Obolentsev, V.F. (2015). Bazovi zasady systemnoho analizu zapobihannia zlochynnosti v Ukraini [Base principles of analysis of the systems of prevention of criminality in Ukraine]. Problemy zakonnosti – Problems of legality, 130 [in Ukrainian].

9. Obolentsev, V.F. (2015). Henetychnyj ta prohnostychnyj aspekty zapobihannia zlochynnosti ta viktymizatsii [Genetic and prognostichnyj aspects of prevention of criminality and viktymizacii]. Porivnial'no-analitychne pravo – Comparatively analytical right, 4. Retrieved from: http://www.pap.in.ua/4_2015/103.pdf [in Ukrainian].

10. Obolentsev, V.F. (2013). Istoriia vykorystannia systemnoho metoda v doslidzhenni vlastyvojesti zlochynnosti [History of use of system method in research of properties of criminality]. Probl. zakonnosti – Problems of legality, 121 [in Ukrainian].

11. Obolentsev, V.F. (2012). Latentna zlochynnist': problemy teorii ta praktyky poperedzhennia [Latent crime: problems of theory and practice of warning]. Kharkiv: Vydavets' FOP Vilens'kyj L.M. [in Ukrainian].

12. Obolentsev, V.F. Pravootnoshenya kak ob'ekty pravovoj okhrany: sodержanye y kolychestvennye kharakterystyky (po materyalam stej razdelov 1–6 Osobennoj chasty Uholovnoho kodeksa Ukrayny) [Pravootnosheniya as ob'ekts of the law guard: contents and quantitative description (for the materials of articles of parts 1–6 of Special part of Criminal kodeks of Ukraine)]. Kharkov, FLP Yoltukhovskij V.L. [in Ukrainian].

13. Pro zasady derzhavnoi antykoruptsijnoi polityky v Ukraini (Antykoruptsijna stratehiia) na 2014-2017 roky: Zakon Ukrainy vid 14 zhovtnia 2014 № 1699-VII [The law of Ukraine of 14 october 2014 No 1699-VII «About principles of public anticorruption policy in Ukraine (Anticorruption strategy) on 2014–2017»]. (2014, 14 October). Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy – Information of Verkhovna Rada of Ukraine, 46 [in Ukrainian].

14. Pro zatverdzhennia Derzhavnoi prohramy schodo realizatsii zasad derzhavnoi antykoruptsijnoi polityky v Ukraini (Antykoruptsijnoi stratehii) na 2015–2017 roky: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 29 kvitnia 2015 № 265 [About claim of the Government program in relation to realization of principles of public anticorruption policy in Ukraine (Anticorruption strategy) on 2015–2017: The Postanova of the Cabinet of Ministers of Ukraine]. Ofitsijnyj visnyk Ukrainy – Official announcer of Ukraine, 38 [in Ukrainian].

15. Soroka, K.O. (2005). Osnovy teorii system i systemnoho analizu: navch. Posibnyk [Bases of theory of the systems and analysis of the systems]. Kharkiv: FOP Tymchenko [in Ukrainian].

16. Frolova, O.H. (1997). Zlochynnist' i sistema kryminal'nykh pokaran' (sotsial'ni, pravovi ta kryminolohichni problemy j shliakhy ikh vyrishennia za dopomohoiu lohiko-matematychnykh metodiv) [Criminality and system of criminal punishments (social, legal and criminology problems and ways of their decision are by logiko-mathematical methods]. Kyiv: ArtEk [in Ukrainian].

Obolentsev V. F., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Associate Professor of Department of Criminology and Penitentiary Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail: hortisa70@mail.ru ; ORCID 0000-0001-8360-8959

Systematic approach to anti-corruption compliance

The article points to the topicality of the phenomenon of corruption in Ukraine. Substantiates the feasibility of using a systematic approach in the implementation of anti-corruption compliance measures. The content and sequence of system analysis of this activity.

Anticorruption compliance it is possible to determine as a prophylaxis of corruption offences within the limits of current systems is perspective. Measures of anticorruption are the function of subjects of private sphere. Sequence of analysis of the systems of measures of anticorruption compliance. At first carry out preparatory procedures of formal character outline the aim of the investigated subject of private sphere, his setting and function, borders and surroundings, formulate a problem, context of her consideration, determine the point of view of analyst, aim and task of analysis of the systems.

Farther carry out collection and working of information about the system. Conduct four types of analysis. Historical – set the genetic aspect of the system. In morphological set elements and structure, find out conformities to law of connections of elements of the system and degree of her complication. Functional analysis and adapting activity. Farther carry out informative description of the system. Lay out information about properties of information of the system, her informative streams.

The analysis of the systems of measures of anticorruption compliance allows to design corruption risks and corruption processes. A design allows evidently to show functioning of the system, processes in the system.

Keywords: systematic method; anti-corruption compliance; prevent corruption.

Надійшла до редколегії 22.08.2016 р.



Ищенко Микола Віталійович,
*аспірант кафедри кримінального права № 1,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: svetoy2007@gmail.com
ORCID 0000-0003-1841-4220*

doi: 10.21564/2414–990x.134.77834

УДК 343.222.4 (477)

ЗАБРУДНЕННЯ АБО ПСУВАННЯ ЗЕМЕЛЬ ЯК НАСЛІДКИ У ЗЛОЧИНІ, ПЕРЕДБАЧЕНОМУ СТ. 239 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Аналізуються наслідки як обов'язкова ознака об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 239 Кримінального кодексу України. Доводиться, що забруднення земель належить до проміжних наслідків; похідними наслідками цього злочину є: 1) створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля (ч. 1 ст. 239 КК); 2) загибель людей, їх масове захворювання або інші тяжкі наслідки (ч. 2 ст. 239 КК). Правильне розуміння термінів «забруднення земель» та «псування земель» сприятиме правильній кваліфікації зазначеного злочину.

Ключові слова: наслідки злочинів проти довкілля; об'єктивна сторона злочинів проти довкілля; забруднення земель; псування земель.

Ищенко Н. В., аспірант кафедри уголовного права № 1, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.

e-mail: svetoy2007@gmail.com ; ORCID 0000-0003-1841-4220

Загрязнение или порча земель как последствия в преступлении, предусмотренном ст. 239 Уголовного кодекса Украины

В статье анализируются последствия как обязательный признак объективной стороны состава преступления, предусмотренного ст. 239 Уголовного кодекса Украины. Доказывается, что загрязнение земель относится к промежуточным последствиям; производными последствиями этого преступления являются: 1) создание опасности для жизни, здоровья людей или окружающей среды (ч. 1 ст. 239 УК); 2) гибель людей, их массовое заболевание или другие тяжкие последствия (ч. 2 ст. 239 УК). Правильное понимание терминов «загрязнения земель» и «порча земель» будет способствовать правильной квалификации указанного преступления.

Ключевые слова: последствия преступлений против окружающей среды; объективная сторона преступлений против окружающей среды; загрязнение земель; порча земель.

Постановка проблеми. Упродовж тривалого часу спостерігається посилення негативного впливу людини на навколишнє природне середовище, значне зростання обсягу антропогенного втручання. З огляду на це питання охорони земель є нині чи не найактуальнішими. Особливий статус землі передбачає необхідність розробки та впровадження механізмів її охорони й відновлення якісного і кількісного стану, в тому числі шляхом застосування юридичної відповідальності, зокрема кримінальної. Але визначення поняття «забруднення земель», наведене у ст. 1 Закону України «Про державний контроль за використанням та охороною земель» [12] створює колізію при кваліфікації між ст. 239 КК («Забруднення або псування земель») та ст. 242 КК («Порушення правил охорони вод»), позаяк пропонується визнавати землями ґрунтові води. А якщо вважати землями лише ґрунти, як це вказано у ст. 1 Закону України «Про державний контроль за використанням та охороною земель», то на практиці може виникнути ситуація, коли злочинці знімуть ґрунтовий покрив і безкарно зможуть забруднювати землю. Від правильного тлумачення термінів «забруднення земель» та «псування земель» залежить наявність або відсутність об'єктивної сторони складу злочину (без якої відсутній склад злочину в цілому), передбаченого ст. 239 КК, та точна кваліфікація скоєного. Отже, є теоретичні й практичні проблеми визначення поняття «забруднення земель» та «псування земель», що потребують вирішення.

Стан розроблення проблеми. Питання кримінальної відповідальності за забруднення та псування земель не залишилися поза увагою науковців, з-поміж яких слід назвати С. Р. Багірова, М. М. Бринчука, Ю. О. Вовка, С. Б. Гавриша, О. О. Дудорова, Е. М. Жевлакова, З. Г. Корчеву, В. К. Матвійчука, М. І. Мельника, В. О. Навроцького, Т. К. Оверковську, Ю. В. Попова, В. М. Присяжного, В. Я. Тація, В. Б. Харченка, А. М. Шульгу.

Наслідки як обов'язкова ознака об'єктивної сторони у ст. 239 Кримінального кодексу України (далі – КК) сформульовано як «забруднення або псування земель» [6]. Йдеться про бланкетну диспозицію, тому для встановлення змісту ознак злочину правозастосувачі повинні звертатися, окрім КК, до інших нормативних актів.

Дослідженням забруднення або псування земель займалися як фахівці у галузі кримінального права (С. Б. Гавриш, В. К. Матвійчук, А. М. Шульга та ін.), так і вчені у сфері земельного та екологічного права (Т. К. Оверковська, С. В. Сидорова, М. В. Шульга та ін.). Одні науковці більш ретельно (В. К. Матвійчук, Т. К. Оверковська), інші – меншою мірою обґрунтували терміни на позначення цього явища (С. Б. Гавриш, А. М. Шульга, Ю. О. Вовк). Так, А. М. Шульга у одній роботі просто дав законодавчі визначення без їх характеристики [22, с. 85]. У іншій своїй роботі він дещо спрощено розглядає співвідношення забруднення і псування земель, зокрема, зазначаючи, що «об'єднує їх те, що забруднення, як і псування, негативно впливають на якісний стан ґрунтового покриву земель і відповідно на стан ділянок земель будь-якого призначення. Відрізняються вони тим, що забруднюються землі (як небезпечними,

так і іншими речовинами) внаслідок господарської або іншої діяльності людини, а псування земель має місце крім того і в результаті природних процесів або стихійних лих» [11, с. 132]. Проте вчений не пояснює, чому забруднення земель не може відбутися внаслідок природних процесів або стихійних лих, а псування – може. На наш погляд, коли говорять про кримінально-правову охорону земель від забруднення або псування, йдеться лише про вплив людини, а не природних процесів або стихійних лих; це більш детально буде розглянуто далі.

С. Б. Гавриш та З. Г. Корчева не розглядали поняття «забруднення земель» та «псування земель», оскільки їх роботи [19; 21] виконано ще до прийняття Закону України «Про державний контроль за використанням та охороною земель» [12]. А С. Б. Гавриш у науково-практичному коментарі до КК України навіть не вважав за необхідне навести законодавчі визначення «забруднення земель» та «псування земель» [9, с. 407–411].

Отже, науковці одноставні у твердженні, що землі та води – різні категорії. Проте дискусійним залишається питання науково обґрунтованого визначення термінів «забруднення земель» та «псування земель», а також чи поглинає один із цих термінів інший.

Мета статті – обґрунтувати визначення термінів «забруднення земель» і «псування земель» шляхом наукового аналізу ознак цього злочину.

Вклад основного матеріалу дослідження. Статтею 14 Конституції України [1] та статтею 1 Земельного кодексу України встановлено, що земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави [2]. Посідаючи домінуюче місце серед інших природних багатств, земля не може розглядатись ізольовано від інших елементів природи і є складовим елементом єдиної екологічної системи. Особливість землі як об'єкта природи полягає в тому, що вона відіграє важливу економічну роль у житті суспільства і є необхідною умовою життєдіяльності людини.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про охорону земель» **земля** – це поверхня суші з ґрунтами, корисними копалинами та іншими природними елементами, що органічно поєднані та функціонують разом з нею [3].

У ст. 1 Закону України «Про державний контроль за використанням та охороною земель» **забруднення земель** визначається як *накопичення в ґрунтах і ґрунтових водах внаслідок антропогенного впливу пестицидів і агрохімікатів, важких металів, радіонуклідів та інших речовин, вміст яких перевищує природний фон, що призводить до їх кількісних або якісних змін; а псування земель* – *це порушення природного стану земель, яке здійснюється без обґрунтованих проектних рішень, погоджених та затверджених в установленому законодавством порядку, забруднення їх хімічними, біологічними та радіоактивними речовинами, в тому числі тими, що викидаються в атмосферне повітря, засмічення промисловими, побутовими та іншими відходами, неочищеними стічними водами, порушення родючого шару ґрунту, невиконання вимог встановленого режиму використання земель, а також використання земель у спосіб, що погіршує їх природну родючість* [12].

Виходячи з визначень цих термінів, забруднення земель і псування земель об'єднує лише одна спільна ознака – **суб'єкт заподіяння шкоди** – людина. Отже, йдеться про антропогенне джерело забруднення. У «забрудненні земель» це сформульовано як «*накопичення... внаслідок антропогенного впливу*», у «псуванні земель» це прямо не зазначено, але є фраза «*... яке здійснюється без обґрунтованих проектних рішень, погоджених та затверджених в установленому законодавством порядку, забруднення їх хімічними, біологічними та радіоактивними речовинами, в тому числі тими, що викидаються в атмосферне повітря, засмічення промисловими, побутовими та іншими відходами, неочищеними стічними водами...*», що здійснює лише людина.

Про псування земель можна говорити у всіх випадках зміни стану природних об'єктів, тобто і у результаті виробничо-господарської діяльності людини, і в результаті природних процесів або стихійних лих, зазначає Ю. О. Вовк [23, с. 73]. Однак кримінально-правове значення має лише забруднення або псування, вчинене людиною, оскільки суб'єктом злочину відповідно до ст. 18 КК України є фізична осудна особа, яка вчинила злочин у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність (але ніяк не стихійні лиха чи природні процеси).

Дещо схожою є й інша ознака – **до чого призводить забруднення або псування земель**: «*...що призводить до їх кількісних або якісних змін*» – у визначенні забруднення земель та «*...що погіршує їх природну родючість*» – у визначенні псування земель. Проте кількісні або якісні зміни можуть і покращувати родючість (пестициди, добрива тощо) (що майже на 50 % відрізняє цю ознаку забруднення земель від псування земель) і водночас можуть погіршувати їх природну родючість (приблизно на 50 % схожість цієї ознаки у забрудненні та псуванні земель).

Інша ознака – **предмет забруднення** – відрізняється: *грунти і ґрунтові води* – у забрудненні земель (відповідно до ст. 1 Закону України «Про державний контроль за використанням та охороною земель») та *землі* – у псуванні земель. У цьому зв'язку варто вказати, що відповідно до ст. 168 Земельного кодексу України ґрунти земельних ділянок є об'єктом особливої охорони [2]. Отже, землі – більш широке поняття, ніж ґрунти, які є верхнім родючим шаром земель. Ґрунтові води – це частина вод, і до земель відповідно до статей 1 і 3 Водного кодексу України взагалі не належать [17]. Проте Закон України «Про державний контроль за використанням та охороною земель» прирівнює землі та ґрунтові води [12], що видається нам не обґрунтованим.

Як відомо, забруднення – це *насичення* природного об'єкта (атмосфери, води, земель і т. ін.) речовинами, що порушують його природний стан [7, с. 377]. Юридичний словник термін «забруднення навколишнього природного середовища» визначає як *надходження* у навколишнє природне середовище речовин та енергії, які завдають або можуть завдати шкоди екологічній рівновазі, природним ресурсам, здоров'ю людей, їх життю і діяльності [8, с. 276].

У науковій літературі є чимало визначень терміна «забруднення земель»; наведемо деякі з них. Землі вважаються забрудненими, якщо в їх складі вияв-

лені несприятливі кількісні або якісні зміни внаслідок *проникнення* в землю різних забруднюючих речовин [4, с. 49]. Категорія «забруднення земель» означає погіршення якісного та кількісного стану земель шляхом *проникнення* у землю різних забруднюючих речовин внаслідок господарської діяльності людини або інших антропогенних навантажень, чи збільшення вмісту речовин, які характерні для складу незабрудненого ґрунту, тобто вміст яких перевищує природний фон. У свою чергу, це зумовлює неможливість використання земель за цільовим призначенням [13, с. 4]. Забруднення земель – це *принесення чи виникнення* в зоні аерації одного чи більше інгредієнтів (або їх комбінацій), що можуть погіршити продуктивність і якість біоти [16, с. 148]. Забруднення земель – це *накопичення* в ґрунтах і ґрунтових водах внаслідок діяльності людини пестицидів, важких металів, радіонуклідів та інших речовин, вміст яких значно перевищує природний фон на даних землях, що призводить до їх кількісних або якісних змін, при цьому зміни можуть бути зумовлені не лише появою в зоні аерації нових речовин, яких раніше не було, а й збільшення вмісту речовин, характерних для складу незабрудненого ґрунту, у порівнянні з даними агрохімічного паспорта на землі сільськогосподарського призначення [18, с. 392].

Ми погоджуємося з думкою Т. К. Оверковської, що накопичення певних речовин може свідчити про забруднення земель; що забруднення ґрунтових вод не є забрудненням земель [13]. Аргументуємо свою позицію таким. По-перше, ст. 1 Водного кодексу України до води віднесені усі види (поверхневі, підземні, морські), що входять до складу природних ланок кругообігу води, тобто і ґрунтові води [17]. По-друге, збереження чинного визначення «забруднення земель» створює колізію між Земельним та Водним кодексами України, а також між ст. 239 КК «Забруднення або псування земель» та ст. 242 КК «Порушення правил охорони вод».

Як бачимо, під забрудненням розуміють: 1) накопичення; 2) насичення; 3) надходження; 4) проникнення; 5) привнесення чи виникнення. На наш погляд, можна погодитися із законодавчим визначенням поняття «забруднення земель» (ст. 1 Закону України від 19 червня 2003 р. № 963-IV «Про державний контроль за використанням та охороною земель») у тій частині, що термін «накопичення» є більш слушним, оскільки терміни «надходження», «проникнення», «привнесення» ще не свідчать про остаточне забруднення; вони можуть свідчити про початковий етап забруднення земель.

Таким чином, забруднення земель – це зміни їх стану внаслідок антропогенного впливу, пестицидів і агрохімікатів, важких металів, радіонуклідів та інших речовин, вміст яких перевищує природний фон, що призводить до кількісних та/або якісних змін земель.

Далі з'ясуємо, що є псуванням земель. Так, Т. К. Оверковська вважає, що псування земель – це негативна зміна якісних характеристик та кількісного стану земель, що відбувається шляхом протиправної дії чи бездіяльності суб'єктів щодо землі або внаслідок впливу природних явищ чи катастроф і зумовлює зниження природно-господарської цінності земель та приведення їх

у стан, непридатний для подальшого використання за цільовим призначенням [13, с. 4].

У законодавчому ж формулюванні «...що призводить до їх кількісних або якісних змін» не враховано, що зміни стану земель можуть бути і кількісними, і якісними, тому вважаємо, що слід уточнити це формулювання – «...що призводить до їх кількісних та/або якісних змін» [15, с. 95]. Разом з тим, А. М. Шульга акцентує увагу на тому, що деякі речовини, відходи чи інші матеріали створюють небезпеку для людей або довкілля лише при значній їх концентрації [10, с. 13].

Зайвою видається нам вказівка у ст. 1 Закону України «Про державний контроль за використанням та охороною земель» на «обрунтовані проектні рішення, погоджені та затверджені в установленому законодавством порядку» [12], оскільки, наприклад, фермерам, які орендують землі, такі рішення не потрібні, хоча без них складається ситуація, що будь-яке щорічне внесення добрив (хімічних або біологічних речовин) можна прирівняти до псування земель. Відтак псування земель пропонуємо визначити як негативну зміну якісних характеристик та/або кількісного стану земель, що відбувається шляхом протиправної дії чи бездіяльності суб'єктів щодо землі або внаслідок впливу природних явищ чи катастроф, забруднення їх хімічними, біологічними та радіоактивними речовинами, в тому числі тими, що викидаються в атмосферне повітря тощо, і зумовлює зниження природно-господарської цінності земель та приведення їх у стан, непридатний або обмежено придатний для подальшого використання за цільовим призначенням.

Зазначимо, що у визначенні Т. К. Оверковської не йдеться, що зміни стану ґрунтів можуть бути і кількісними, і якісними; вважаємо надто категоричною також тезу «...приведення їх у стан, непридатний для подальшого використання...». Ми пропонуємо власне формулювання «...приведення їх у стан, непридатний або обмежено придатний для подальшого використання...». Важливо також підкреслити, що «псування земель» – «це ... забруднення їх хімічними, біологічними та радіоактивними речовинами, в тому числі тими, що викидаються в атмосферне повітря...», бо на законодавчому рівні забруднення земель розглядається як різновид їх псування.

Як стверджує А. М. Шульга, суспільно небезпечне діяння як обов'язкова ознака об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 239 КК України, полягає у порушенні спеціальних правил поводження із шкідливими для людей або довкілля речовинами, відходами чи іншими матеріалами. Диспозиція норми, передбаченої ст. 239 КК України, має бланкетний характер. Тому для встановлення об'єктивної сторони злочину потрібно визначити, які саме правила були порушені [10, с. 13]. При цьому слушною є пропозиція Є. В. Шевченка виокремлювати проміжний та похідний наслідки [14, с. 125, 130, 135, 181, 184].

Водночас ми не поділяємо думку А. М. Шульги, що забруднення або псування може тлумачитись і як суспільно небезпечне діяння, і як суспільно небезпечні наслідки [10, с. 13], оскільки це різні ознаки об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 239 КК України, і їх ототожнення неприпустиме.

За ст. 239 КК України забруднення або псування земель – це первинний суспільно небезпечний наслідок порушення спеціальних правил. Похідними від нього суспільно небезпечними наслідками, закріпленими ст. 239 КК України, є створення небезпеки заподіяння шкоди життю, здоров'ю людей або довкіллю (ч. 1 ст. 239 КК); загибель людей, їх масове захворювання, інші тяжкі наслідки (ч. 2 ст. 239 КК). З огляду на це стверджується, що злочин, передбачений ст. 239 КК України, – це злочин з матеріальним складом, який вважається закінченим з моменту настання первинних наслідків, тобто забруднення або псування земель [10, с. 13]. Заперечення викликає твердження А. М. Шульги, що «у ч. 1 ст. 239 КК України закріплено дві форми суспільно небезпечного діяння: 1) забруднення земель; 2) псування земель» [11, с. 222]. По-перше, забруднення та псування – це проміжні наслідки у ч. 1 ст. 239 КК та ч. 2 ст. 239 КК України. Додаткові (похідні) наслідки щодо зазначеного злочину – створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля (ч. 1); загибель людей, їх масове захворювання або інші тяжкі наслідки (ч. 2). Діяння у ч. 1 ст. 239 КК України – порушення спеціальних правил. По-друге, якщо забруднення або псування земель – не основний (проміжний) наслідок (або як його називає А. М. Шульга – «первинний наслідок»), то звідки візьметься похідний наслідок, наявність якого А. М. Шульга не заперечує?

Іншим важливим питанням є те, чи поглинає один із цих термінів інший. Так, А. М. Шульга стверджує, що псування земель – більш широка категорія у порівнянні з їх забрудненням [11, с. 133]. Проте аналіз ознак «забруднення земель» і «псування земель» засвідчує, що не усі їх ознаки збігаються, тож можна говорити про хибність його твердження.

Висновки. За конструкцією об'єктивної сторони склад злочину, передбачений ст. 239 КК, належить до матеріальних. Отже, об'єктивна сторона має три обов'язкові ознаки:

1) діяння – порушення спеціальних правил;

2) наслідки: основні (проміжні) наслідки – *забруднення або псування земель*; додаткові (похідні) наслідки – шкода здоров'ю людини чи довкіллю: створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля (ч. 1); загибель людей, їх масове захворювання або інші тяжкі наслідки (ч. 2);

3) причинний зв'язок між діянням та наслідками.

Забруднення або псування земель належить до проміжних наслідків; похідними наслідками цього злочину є: 1) створення небезпеки для життя, здоров'я людей чи довкілля (ч. 1 ст. 239 КК України); 2) загибель людей, їх масове захворювання або інші тяжкі наслідки (ч. 2 ст. 239 КК України).

У забрудненні земель і псуванні земель є лише одна спільна ознака – **суб'єкт заподіяння шкоди**. Інші ознаки – **наслідки забруднення або псування земель** та **предмет забруднення** – відрізняються, тому псування земель не є ширшою категорією у порівнянні з їх забрудненням, отже, визначення понять забруднення земель і псування земель слід залишити у редакції ст. 239 КК України.

Вважаємо обґрунтованою необхідність внесення змін у редакцію ст. 1 Закону України «Про державний контроль за використанням та охороною земель» у частині визначення термінів:

– забруднення земель – це зміни *стану земель* внаслідок антропогенного впливу, пестицидів і агрохімікатів, важких металів, радіонуклідів та інших речовин, вміст яких перевищує природний фон, що призводить до їх кількісних *та/або* якісних змін;

– псування земель – це негативна зміна якісних характеристик *та/або* кількісного стану земель, що відбувається шляхом протиправної дії чи бездіяльності суб'єктів щодо землі або внаслідок впливу природних явищ чи катастроф, *забруднення їх хімічними, біологічними та радіоактивними речовинами, в тому числі тими, що викидаються в атмосферне повітря тощо*, і зумовлює зниження природно-господарської цінності земель та приведення їх у стан, непридатний *або обмежено придатний* для подальшого використання за цільовим призначенням.

Список літератури:

1. Конституція України : прийнята 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Відом. Верхов. Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Земельний кодекс України : Закон України від 25 жовтня 2001 р. № 2768-III // Відом. Верхов. Ради України. – 2002. – № 3-4. – Ст. 27.
3. Про охорону земель: Закон України від 19 червня 2003 р. № 962-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 39. – Ст. 349.
4. Митрофанов І. І. Злочини проти довкілля: навч. посіб. / І. І. Митрофанов, А. М. Придула. – Суми : Університетська книга, 2010. – 205 с.
5. Гацелюк В. Порушення правил охорони або використання надр: проблеми кримінально-правової характеристики / В. Гацелюк, О. Дудоров, М. Комарницький // Вісник прокуратури. – № 8. – 2013. – С. 73–87.
6. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III // Відом. Верхов. Ради України. – 2001. – № 25-26. – Ст. 131.
7. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – Київ ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.
8. Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. – 2-ге вид., переробл. і допов. – Київ : Юрид. думка, 2012. – 1020 с.
9. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. – 5-те вид., допов. – Т. 2: Особлива частина / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. – Харків : Право, 2013. – 1040 с.
10. Шульга А. М. Кримінально-правова охорона земель від забруднення або псування : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Андрій Михайлович Шульга ; Харківський нац. ун-т внутр. справ. – Харків, 2004. – 20 с.
11. Шульга А. М. Кримінально-правова охорона земель від забруднення або псування : монографія / А. М. Шульга. – Харків : НікаНова, 2013. – 256 с.
12. Про державний контроль за використанням та охороною земель : Закон України від 19 червня 2003 р. № 963-IV // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № 39. – Ст. 350.
13. Оверковська Т. К. Правові засади охорони земель від забруднення та псування в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06 / Тетяна Костянтинівна Оверковська ; Київ. нац. ун-т імені Т. Шевченка. – Київ, 2008. – 20 с.
14. Шевченко Є. В. Злочини з похідними наслідками : монографія / Є. В. Шевченко. – Харків : Видавець СПД ФО Вапнярчук Н. М., 2005. – 216 с.

15. Іщенко М. В. Щодо законодавчого визначення «забруднення земель» / М. В. Іщенко // П'яті Харківські кримінально-правові читання : тези доп. та наук. повідомл. учасників міжнар. наук. конф. студентів та аспірантів (м. Харків, 12-13 трав. 2016 р.) / редкол. : В. Я. Тацій (голов. ред.) та ін. ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. – Харків : Право, 2016. – С. 93–95.
16. Злочини проти довкілля: кримінально-правова характеристика : практ. посіб. / О. О. Дудоров, Д. В. Каменський, В. М. Комарницький, М. В. Комарницький, Р. О. Мовчан / за ред. О. О. Дудорова ; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка. – Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2014. – 616 с.
17. Водний кодекс України : Закон України від 6 червня 1995 р. № 213/95-ВР // Відом. Верхов. Ради України. – 1995. – № 24. – Ст. 189.
18. Кваліфікація злочинів, підслідних органам внутрішніх справ : навч. посіб. / за заг. ред. В. В. Коваленка ; за наук. ред. О. М. Джужи та А. В. Савченка. – Київ : Атіка, 2011. – 648 с.
19. Гавриш С. Б. Основные вопросы ответственности за преступления против природной среды : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08 / Степан Богданович Гавриш ; Украинская гос. юрид. академия. – Харьков, 1994. – 423 с.
20. Матвійчук В. К. Кримінально-правова охорона навколишнього природного середовища (кримінально-правове та кримінологічне дослідження) : монографія / В. К. Матвійчук. – Київ : Азимут-Україна, 2005. – 464 с.
21. Корчева З. Г. Уголовно-правовая охрана природы в УССР / З. Г. Корчева. – Харьков, 1975. – 84 с.
22. Шульга А. М. Злочини проти довкілля. Питання кваліфікації : науково-практичне видання / А. М. Шульга. – Харків : НікаНова, 2012. – 192 с.
23. Вовк Ю. А. Советское природоресурсовое право и правовая охрана окружающей среды. Общая часть / Ю. А. Вовк. – Харьков : Изд-во при Харьк. ун-те ИО «Вища школа», 1986. – 160 с.

References:

1. Konstytucija Ukraїny: Zakon Ukraїny vid 28.06.1996 № 254k/96-VR (1996). Vidomosti Verhovnoi Rady Ukraїny, 30, art. 141 [in Ukrainian].
2. Zemel'nyj kodeks Ukraїny: Zakon Ukraїny vid 25.10.2001 № 2768-III. (2002). Vidomosti Verhovnoi Rady Ukraїny, 3-4, 27 [in Ukrainian].
3. Pro ohoronu zemel: Zakon Ukraїny vid 19.06.2003 № 962-IV. (2003). Vidomosti Verhovnoi Rady Ukraїny, 39, 349 [in Ukrainian].
4. Mytrotanov, I.I., Prytula, A.M. (2010). Zlochyny proty dovkillja. Sumy: Universytetska knyga [in Ukrainian].
5. Gaceljuk, V., Dudorov, O., Komarnyckyj M. (2013). Porushennja pravyl ohorony abo vykorystannja nadr: problemy kryminal'no-pravovoi harakterystyky. Visnyk prokuratury, 8, 73–87 [in Ukrainian].
6. Kryminalnyj kodeks Ukraїny: Zakon Ukraїny vid 05.04.2001 № 2341-III. (2001). Vidomosti Verhovnoi Rady Ukraїny, 25–26, 131 [in Ukrainian].
7. Busel, V.T. (Eds.). (2005). Velykyj tлумachnyj slovnyk suchasnoi ukraїnskoї movy (z dod. i dopov.). Kyiv; Irpin: VTF «Perun» [in Ukrainian].
8. Shemshuchenko, Ju.S. (Eds.). (2012). Velykyj encyklopedychnyj jurydychnyj slovnyk. Kyiv: Juryd. dumka [in Ukrainian].
9. Tacij, V.Ja., Pshonka, V.P., Borysov, V.I., Tjutjugin, V.I. (Eds.). (2013). Kryminalnyj kodeks Ukraїny. Naukovo-praktychnyj komentar. Kharkiv : Pravo. (Vols. 1-2; Vol. 2): Osoblyva chastyna. Ju.V. Baulin, V.I. Borysov, V.I. Tjutjugin et al. [in Ukrainian].
10. Shulga, A.M. (2004). Kryminalno-pravova ohorona zemel vid zabrudnennja abo psuvannja. Extended abstract of candidate's thesis. Kharkiv [in Ukrainian].
11. Shulga, A.M. (2013). Kryminalno-pravova ohorona zemel vid zabrudnennja abo psuvannja. Kharkiv: NykaNova [in Ukrainian].
12. Pro derzhavnyj kontrol za vykorystannjam ta ohoronoju zemel: Zakon Ukraїny vid 19 chervnja 2003 № 963-IV. (2003). Vidomosti Verhovnoi Rady Ukraїny, 39, 350 [in Ukrainian].

13. Overkovska, T.K. (2008). Pravovi zasady ohorony zemel' vid zabrudnennja ta psuvannja v Ukraini. Extended abstract of candidate's thesis. Kyiv [in Ukrainian].

14. Shevchenko, Je.V. (2005). Zlochyny z pohidnymy naslidkamy. Kharkiv: Ed. by Vap-njarchuk N.M. [in Ukrainian].

15. Ishhenko, M.V. (2016). Shhodo zakonodavchogo vyznachennja «zabrudnennja zemel». V Kyarkivskii kryminalno-pravovi chytannja: tezy dop. ta nauk. povidoml. uchasyukiv mizhnar. nauk. konf. studentiv ta aspirantiv (Kharkiv, 12-13.05.2016). V.Ja. Tacij (Eds.) et al.; Nac. juryd. un-t im. Jaroslava Mudrogo. Kharkiv: Pravo, 93–95 [in Ukrainian].

16. Dudorov, O.O., Kamenskyj, D.V., Komarnyckyj, V.M., Komarnyc'kyj, M.V., Movchan, R.O. (2014). Zlochyny proty dovkillja: kryminal'no-pravova harakterystyka O.O. Dudorova (Ed.). Lugansk: RVV LDUVS im. E.O. Didorenka [in Ukrainian].

17. Vodnyj kodeks Ukrainy: Zakon Ukrai'ny vid 06.06.1995 № 213/95-VR. (1995). Vidomosti Verhovnoi Rady Ukrainy, 24, 189 [in Ukrainian].

18. Kvalifikacija zlochyniv, pidslidnyh organam vnutrishnih sprav. (2011). V.V. Kovalenko, O.M. Dzhuzha, A.V. Savchenko (Eds.). – Kyiv: Atika [in Ukrainian].

19. Gavrysh, S.B. (1994). Osnovnye voprosy otvetstvennosti za prestuplenija protiv pryrodnoj sredi. Doctor's thesis. Kharkov [in Russian].

20. Matvijchuk, V.K. (2005). Kryminalno-pravova ohorona navkolyshnogo pryrodnogo sere-dovyshha (kryminalno-pravove ta kryminologichne doslidzhennja). Kyiv: Azymut-Ukraina [in Ukrainian].

21. Korcheva, Z.G. (1975). Ugolovno-pravovaja ohrana pryrody v USSR. Kharkov [in Russian].

22. Shulga, A.M. (2012). Zlochyny proty dovkillja. Pytannja kvalifikacii. Kharkiv: NikaNova [in Ukrainian].

23. Vovk, Ju.A. (1986). Sovetskoe pryrodoresersovoe pravo y pravovaja ohrana okruzhajushhej sredi. Obshhaja chast. Kharkov: Vyshha shkola [in Russian].

Ishchenko M. V., Post Graduate Student of Criminal Law number 1 of the Yaroslav Mudryi National Law University.

e-mail: svetoy2007@gmail.com ; ORCID 0000-0003-1841-4220

Contamination or deterioration of lands as a consequence in a crime under Art. 239 of Criminal code of Ukraine

The article analyzes the consequences as a sign of the objective side of a crime under Art. 239 of the Criminal Code of Ukraine. Proved that the pollution of land belonging to the intermediate effects; derived consequences of this crime are: 1) endangering the life, health or environment (p. 1, Art. 239 of the Criminal Code); 2) loss of life, their mass illness or other grave consequences (p. 2, Art. 239 of the Criminal Code). A proper understanding of the terms «land pollution» and «deterioration of land» will promote proper training the crime.

Keywords: aftermath of crimes against the environment; the objective side of crimes against the environment; contamination of lands; deterioration of lands.

Надійшла до редколегії 29.08.2016 р.

ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО. АГРАРНЕ ПРАВО



Статівка Ольга Олександрівна,
аспірант кафедри екологічного права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: olga.stativka@mail.ru
ORCID 0000-0002-1036-0523

doi: 10.21564/2414–990x.134.77436
УДК 349.6

РЕТРОСПЕКТИВА РОЗВИТКУ ПРАВОВОЇ НАУКИ ПРО ПРИРОДНО–ЗАПОВІДНИЙ ФОНД УКРАЇНИ ЯК ЕЛЕМЕНТ НАЦІОНАЛЬНОЇ ЕКОЛОГІЧНОЇ МЕРЕЖІ

Аналізується процес формування теоретичних моделей правового регулювання відносин у сфері правового режиму природно-заповідного фонду. Доведено, що зародження науки про природно-заповідний фонд відбувалося в межах природознавчих наук, а пізніше вчення про нього було підтримано й представниками юридичних наук. Досліджено генезис доктринальних положень вчених-правознавців щодо поняття, сутності та особливостей природно-заповідного фонду. Охарактеризовано перші дисертаційні праці, що стосувалися проблем правового режиму природно-заповідного фонду. Виходячи з законодавчого визнання природно-заповідного фонду як структурного елемента екологічної мережі, охарактеризовано стан наукових розробок у сфері формування, збереження, раціонального та невиснажливого використання екологічної мережі України.

Ключові слова: природно-заповідний фонд; екологічна мережа; наука про природно-заповідний фонд; розвиток правової науки; особливо охоронювані території.

Статівка О. А., аспірант кафедри екологічного права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна, г. Харків.
e-mail: olga.stativka@mail.ru ; ORCID 0000-0002-1036-0523

Ретроспектива розвитку правової науки о природно-заповедном фонде Украины как элементе национальной экологической сети

Анализируется процесс формирования теоретических моделей правового регулирования отношений в сфере правового режима природно-заповедного фонда. Доказано, что зарождение

науки о природно-заповедном фонде происходило в пределах естественных наук, а позже учение о нем было поддержано и представителями юридических наук. Исследован генезис доктринальных положений ученых-правоведов относительно понятия, сущности и особенностей природно-заповедного фонда. Охарактеризованы первые диссертационные работы, касающиеся проблем правового режима природно-заповедного фонда. Исходя из законодательного признания природно-заповедного фонда в качестве структурного элемента экологической сети, охарактеризовано состояние научных разработок в сфере формирования, сохранения, рационального и устойчивого использования экологической сети Украины.

Ключевые слова: природно-заповедный фонд; экологическая сеть; наука о природно-заповедном фонде; развитие правовой науки; особо охраняемые территории.

Вступ. Проголошений правознавцями в 60–70-х роках минулого століття принцип охорони та збереження навколишнього природного середовища для нинішнього та майбутнього покоління у світлі сучасних економічних, політичних, соціальних, культурних та духовних перетворень набуває абсолютно нових обертів. З урахуванням наведеного, особливого значення набувають теоретичні моделі правового регулювання суспільних відносин у сфері охорони, збереження, ефективного та раціонального використання природних ресурсів і комплексів, зокрема природно-заповідного фонду. Пов'язано це з тим, що фундаментальне дослідження правового явища неможливо уявити без ретроспективи наукових поглядів, думок та ідей на ті чи інші суспільні відносини.

Аналіз літературних джерел і постановка задачі дослідження. Питання, пов'язані з генезою наукових поглядів щодо організації, охорони, ефективного використання територій та об'єктів природно-заповідного фонду, а також управління, ними, є малодослідженими в правовій науці. Враховуючи той факт, що природно-заповідне право є підгалуззю екологічного права, заслуговують на увагу публікації А. П. Гетьмана в аспекті дослідження витоків науки екологічного права. Розвиткові наукових досліджень з питань формування законодавства у сфері охорони територій та об'єктів природно-заповідного фонду присвятила свою увагу й О. М. Ковтун, однак вона розглянула це питання лише в аспекті такого елементу правового режиму природно-заповідного фонду, як охорона. З огляду на складність ситуації, обґрунтованою видається потреба в подальшому вивченні науково-теоретичних засад становлення та розвитку природно-заповідного фонду та екологічної мережі України.

Метою статті є історіографічний огляд наукової літератури у сфері організації, охорони, ефективного використання природно-заповідного фонду як елемента екологічної мережі України.

Виклад основного матеріалу. Важливим для фундаментального дослідження ретроспективи наукових поглядів щодо організації, охорони, ефективного використання територій та об'єктів природно-заповідного фонду в його сучасному розумінні є аспект охоплення проблем охорони природи різними науками – біологічними, географічними, соціально-економічними, технічними та юридичними.

Становлення та розвиток світової природно-заповідної практики у науковій літературі пов'язується з ім'ям вченого-ботаніка, зоолога та географа XVIII –

XIX ст. Олександра фон Гумбольдта. Заслуга вченого полягає в тому, що він закликав до створення «давніх ландшафтів, де тварини й рослини повинні існувати у властивих їм, природних умовах без будь-якого втручання людини та культури» [1, с. 35]. Цим самим Гумбольдт увів у наукову літературу термін «пам'ятник природи», що, по-перше, означало становлення нового етапу в розвитку заповідної справи, а, по-друге, дало поштовх для подальших наукових досліджень у цій галузі.

Уведення ландшафтно-географічного принципу побудови мережі охоронюваних територій В. В. Докучаєвим та його уявлення про заповідні території як наукові стаціонари для вивчення природних географічних явищ та процесів також заслуговують на увагу при дослідженні наукового доробку вчених-природознавців у галузі охорони та збереження природно-заповідного фонду [2, с. 67].

Виняткове значення для розвитку природно-заповідної справи мала концепція абсолютної заповідності, побудована Г. О. Кожевніковим. Так, на Всеросійському ювілейному акліматизаційному з'їзді у 1908 р. він виступив з доповіддю «Про необхідність створення заповідних ділянок для охорони російської природи». Цю необхідність він обґрунтовував таким: «Щоб мати можливість вивчати природу, ми повинні намагатися зберегти її в первісній недоторканності у вигляді її найбільш типових формацій». «Ділянки ці, – продовжував учений, – повинні бути заповідними в повному розумінні слова. Стосовно фауни в них має бути абсолютно заборонено будь-який відстріл і відлов тварин, за винятком тих випадків, коли це потрібно для наукового дослідження. Не треба нічого усувати, нічого додавати, нічого покращувати. Треба полишити природу на саму себе і спостерігати за результатами» [3, с. 93].

Створенню таких ділянок природи, які вилучалися б з господарського використання задля вивчення об'єктивних явищ та процесів, приділяли увагу такі вчені з природничих наук, як: Д. Н. Анучин, В. Є. Борейко, І. П. Бородін, О. І. Воейков, М. А. Воїнственський, Й. К. Пачоський, Н. Ф. Реймерс, П. П. Семенов-Тян-Шанський, С. М. Стойко, В. Н. Сукачов, В. І. Талієв, Ю. Р. Шеляг-Сосонко, Ф. Р. Штільмарк та ін.

Погляди вчених-природознавців щодо необхідності створення заповідних об'єктів та територій були підтримані згодом й ученими-правознавцями. Так, О. С. Колбасов слушно стверджував, що при розробці правових природоохоронних норм в СРСР максимально використовуються новітні дані природознавчих наук, згадуючи при цьому І. П. Бородіна, Г. О. Кожевнікова, В. І. Талієва, М. А. Северцова та ін. [4, с. 42].

У 1924 р. створюється Харківське наукове товариство, в структурі якого функціонувала секція природознавства, що була однією з найактивніших секцій в товаристві. Наслідком стало видання власного журналу «Вісник природознавства», який виходив друком протягом 1927-1931 рр. [5, с. 79].

Як справедливо зазначає А. П. Гетьман, логічним і закономірним явищем в наукознавчій доктрині екологічного права є те, що вона упродовж усієї історії

свого становлення вона спиралася на теоретичні та методологічні дослідження учених правознавців у сфері земельних (на початку 20–40-х років ХХ ст.), а потім – лісових, водних, гірничих правовідносин (40–60-ті роки ХХ ст.) і нарешті – правовідносин у сфері охорони природи (кінець 50-х – 70-ті роки ХХ ст.) [6, с. 145]. Тому цілком зрозуміло, що природно-заповідне право як підгалузь екологічного права пройшло ці ж самі кроки в науковому розумінні, що й сама наука екологічного права.

Таким чином, 60-ті роки ХХ ст. ознаменували початок якісно нового етапу в теоретичному становленні заповідної справи, що обумовлена появою різноманітних книг, навчальних посібників та наукових статей серед вчених-правознавців, в яких висвітлювалися окремі аспекти правових проблем організації, охорони, ефективного використання територій та об'єктів природно-заповідного фонду, відтворення їх природних комплексів, а також управління в цій галузі.

Вагомий внесок у розбудову науки про природно-заповідний фонд зробили такі радянські вчені-правознавці, як: Ю. О. Вовк, Р. К. Гусев, В. К. Григор'єв, Н. Д. Казанцев, О. С. Колбасов, О. М. Колотинська, В. Л. Мунтян, В. В. Петров, Г. Н. Полянська, Ю. С. Шемшученко та ін.

Необхідність охорони заповідників, заказників, природних ландшафтів та пам'яток природи О. С. Колбасов обґрунтовував їхнім винятковим науковим та культурним значенням, а також їхньою унікальністю за якісними особливостями [7, с. 71]. Крім того, автор дотримувався думки, що вилучення з господарського використання окремих об'єктів природи є однією із сторін охорони природи в цілому, а створення заповідників називав методом абсолютної охорони природи [8, с. 3].

Думки О. С. Колбасова поділяв і В. К. Григор'єв, який вважав, що поняття охорони природних багатств в законодавстві дається в широкому та вузькому розумінні. Охорона природи в широкому значенні, на думку вченого, – це постійна та всебічна турбота про охорону флори, фауни, води, повітря та ґрунту. А ось у вузькому є охороною природних багатств (тварин, рослин, окремих ділянок природи), що мають господарську, наукову або культурну цінність. Крім того, вчений вказував й на шляхи такої охорони – організація державних заповідників й заказників, метою яких є збереження типових природних ландшафтів з їх тваринним та рослинним світом, корисних копалин у природному стані [9, с. 77].

Концепція заповідної охорони природи, як охорони природи у вузькому розумінні, знайшла підтримку й у працях В. Л. Мунтяна. Заповідну охорону природи вчений називає охороною природи в «чистому» вигляді, консервативною охороною, з якої, власне, і розвинувся нинішній інститут охорони природи [10, с. 189-190].

Дослідження правових проблем організації, охорони та ефективного використання природно-заповідного фонду знаходимо й у працях Ю. С. Шемшученка. Особливу увагу вчений приділяє питанням недосконалості

правового регулювання заповідних територій, уперше в науці екологічного права пропонує в офіційному порядку визнати природно-заповідний фонд об'єктом правової охорони, характеризує розуміння принципу заповідання, ставить питання про можливість виділення державного природно-заповідного фонду в умовах існування єдиних державних земельного, водного, лісового фондів та деякі інші важливі питання. Особлива заслуга вченого, яка визначає його науковий внесок в розбудову єдиної мережі особливо охоронюваних територій, полягає у пропозиції кодифікувати законодавство про заповідні території шляхом прийняття Закону СРСР про заповідну охорону природи, запропонувавши його структуру (яка, до речі, майже повністю відображена в чинному Законі України «Про природно-заповідний фонд») та механізми реалізації цього Закону. Науковець висунув також ідею створення державного кадастру природно-заповідного фонду, а також порушив питання про вдосконалення керівництва науковими дослідженнями, що проводяться на територіях природно-заповідного фонду [11, с. 105–128].

На необхідність правильного тлумачення принципу заповідання вказував і В. В. Петров. На його думку, цей принцип є тим стрижнем, який покликаний поєднати в одне ціле розрізнені ланки природно-заповідного комплексу. Крім цього, вчений багато уваги приділяв правовим проблемам законодавчого регулювання природно-заповідного фонду, недосконалості управління ним, а також висловлював певні ідеї та пропозиції щодо вдосконалення суспільних відносин у сфері правових аспектів функціонування природно-заповідного фонду [12, с. 13-14].

Початок 70-х років минулого століття ознаменувався захистом двох дисертацій, що стосувалися питань правового режиму заповідних територій, – це дисертації Л. Я. Огорокової «Правовий режим державних заповідників в СРСР» [13] та В. Г. Ємельянової «Законодавство про заповідники, заказники, пам'ятники природи» [14].

Значний внесок у розвиток наукових досліджень у галузі правових питань функціонування природно-заповідного фонду, відтворення природних комплексів та управління у цій галузі в СРСР зробили такі радянські вчені, як: О. В. Антонов, який досліджував правовий режим пам'ятників природи в СРСР [15]; Ю. А. Жураєв, дисертаційне дослідження якого присвячено правовій охороні державних пам'ятників природи [16]; С. А. Дьоміна, дисертація якої стосувалася проблем правових форм заповідної охорони природи [17]; С. В. Скрябіна, предметом дисертаційного дослідження якої став правовий режим державних заказників в СРСР [18]. Як бачимо, в перших дисертаціях не ставилося за мету дослідження природно-заповідного фонду як інтегруючої категорії всіх природних територій, що потребують особливої охорони з огляду на їх наукову, естетичну, рекреаційну та іншу цінність.

Першим комплексним дослідженням природно-заповідного фонду була дисертація Н. Д. Красіліч «Організаційно-правові питання охорони природно-заповідного фонду», захищена у 1988 р., в якій дисертантка визначила юридичне

поняття природно-заповідного фонду, його структуру та ознаки, а також його роль у вирішенні загальних проблем охорони навколишнього середовища; розглянула особливості правового режиму окремих об'єктів природно-заповідного фонду й зробила аналіз чинної системи правового забезпечення охорони природно-заповідного фонду; дослідила питання механізму державного управління природно-заповідним фондом, його оптимізації, а також питання адміністративної відповідальності за порушення правил охорони об'єктів та комплексів природно-заповідного фонду [19]. Тому можна стверджувати, що дисертація Н. Д. Красіліч є першою дисертаційною працею, в якій простежується комплексний підхід до правового регулювання заповідників, заказників, національних парків, пам'яток природи та інших організаційно-правових форм шляхом об'єднання їх в єдиний державний природно-заповідний фонд.

Дисертація Х. М. Марич присвячена актуальним питанням охорони, управління та використання національних природних парків як одного з видів особливо охоронюваних територій [20].

Комплексне дисертаційне дослідження правових аспектів охорони територій та об'єктів природно-заповідного фонду здійснено О. М. Ковтун. Дисертантка присвятила свою працю такому елементу правового режиму територій та об'єктів природно-заповідного фонду, як їх правова охорона, при цьому зосередившись на аналізі процесу формування законодавчих засад їхньої охорони, аналізі системи чинного законодавства у досліджуваній сфері, сформулювала науково-правове поняття охорони територій та об'єктів природно-заповідного фонду, а також поняття заповідного режиму, проаналізувавши його зміст, особливості та класифікацію [21].

Парадоксальною, з одного боку, і як нам видається, такою, що порушує правила корпоративної етики в галузях науки, – з іншого, є дисертація В. М. Бевзенка «Управління природно-заповідним фондом в Україні: організаційно-правові питання» [22], захищена ним у 2005 р. Наш висновок ґрунтується на тому, що робота захищалася за паспортом спеціальності 12.00.07 – теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право, однак вже з аналізу витоків науки екологічного права бачимо, що питання правового режиму природно-заповідного фонду досліджувалися в рамках спеціальності 12.00.06 – земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право. В. М. Бевзенко у своїй дисертації продукує ідеї і робить висновки, які не мають жодного значення для розв'язання нагальних проблем в еколого-правовій науці. Крім того, окремі висловлювання автора вказують на нехтування ним науковими здобутками відомих учених з екологічного права. Так, до наукової новизни одержаних результатів В. М. Бевзенко відносить те, що ним вперше у вітчизняній юридичній науці проведено комплексне монографічне дослідження організаційно-правових питань управління природно-заповідним фондом. Таке твердження базується на недостатності рівня знань та практичних навичок у сфері екологічного

права, адже дисертант ігнорує той факт, що питаннями управління природно-заповідним фондом займалися В. Г. Ємельянова, О. М. Ковтун, Н. Д. Красіліч, В. Л. Мунтян, В. В. Петров, Ю. С. Шемшученко та ін. Тут слід погодитися з А. П. Гетьманом, який пропонує звільнити еколого-правову науку від псевдонаукових і таких, що шкодять теорії екологічного права, досліджень, адже більшість таких положень сформульовано у загальному вигляді й не дають можливості виокремити їх основну сутність і сприйняти досягнуту при цьому для екологічного права та законодавства новизну [23, с. 15–30].

Окремі аспекти правових основ організації, охорони, ефективного використання територій та об'єктів природно-заповідного фонду, відтворення його природних комплексів досліджені у працях В. І. Андрейцева, А. Г. Бобкової, І. В. Гіренко, П. О. Гвоздика, А. П. Гетьмана, А. Й. Годованюка, О. В. Донець, П. Ф. Кулинич М. І. Максименка, Н. Р. Малишевої, Л. В. Ришкової, В. І. Семчика, А. К. Соколової, О. М. Ткаченко, П. В. Тихого, В. С. Шахова, В. В. Шеховцова, М. В. Шульги.

Специфіка цієї наукової статті зумовлена сучасними потребами у розгляді природно-заповідного фонду як одного з елементів екологічної мережі України. Тому фундаментальне дослідження цього питання неможливе без врахування наукових досягнень у галузі правового регулювання екологічної мережі. Однак, на жаль, склалася об'єктивна ситуація, у якій правові засади формування, збереження та раціонального використання екологічної мережі залишаються малодослідженими. Окремі аспекти формування та функціонування екологічної мережі України висвітлювали такі вчені як: В. І. Андрейцев, Г. І. Балюк, А. П. Гетьман, П. О. Гвоздик, А. Й. Годованюк, Б. В. Даниленко, О. С. Заржицький, І. І. Каракаш, В. В. Костицький, П. Ф. Кулинич, М. І. Максименко, Н. Р. Малишева, А. К. Соколова, Х. І. Чопко, Ю. С. Шемшученко.

Висновки. Аналіз генези наукових поглядів щодо організації, охорони, ефективного використання територій та об'єктів природно-заповідного фонду має важливе теоретичне й практичне значення. Території та об'єкти, які мають особливу наукову, естетичну, природоохоронну цінність, становлять особливий інтерес з позиції збереження унікальних та типових ландшафтів, генофонду тваринного і рослинного світу та підтримання загального екологічного балансу. Протягом усієї історії розвитку заповідної справи наукові підходи до змісту природно-заповідного фонду трансформувалися від рівня функціонування його окремих елементів до становлення єдиного державного природно-заповідного фонду як ключового елемента екологічної мережі України.

Список літератури:

1. Holschbach H. Naturschutz und Landschaftspflege im rheinisch-bergischen Raum. Vortrag von Oberstudienrat. Gehalten am 24. Oktober 1957 vor der Abteilung Remscheid des Bergischen Geschichtsvereins e. V. Remscheid : o. V., 1958.
2. Холоденко А. В. В. В. Докучаев и его последователи об охране степных ландшафтов /А. В. Холоденко// Вестн. Волгоград. гос. ун-та. Сер. 11. Ест. науки. – 2011. – № 1 (1).
3. Кожевников Г. А. О необходимости устройства заповедных участков для охраны русской природы / Г. А. Кожевников // Охрана природы и заповедное дело СССР. – 1960. – № 4.

4. Колбасов О. С. Правовая охрана природы в СССР/ О. С. Колбасов // Советское государство и право. – 1967. – № 9.
5. Кушлакова В. В. «Вісник природознавства» Харківського наукового товариства та його внесок у розвиток природничих наук у 1920-ті роки / В. В. Кушлакова // Вісник Нац. техн. ун-ту «ХПІ»: зб. наук. пр. Темат. вип. : Історія науки і техніки. – Харків : НТУ «ХПІ». – 2013. – № 10 (984).
6. Гетьман А. П. Доктрина науки екологічного права: генеза теоретичних досліджень еколого-правових проблем у ХХ ст. / А. П. Гетьман// Право України. – 2014. – №12.
7. Колбасов О. С. Охрана природы по советскому законодательству/ О. С. Колбасов. – Москва : Госюриздат, 1961.
8. Колбасов О. С. Советское законодательство об охране природы за 40 лет / О. С. Колбасов // Экологическое право. – 2006. – № 5.
9. Григорьев В. К. Правовая охрана природы в СССР/ В. К. Григорьев // Советское государство и право. – 1960. – № 3.
10. Мунтян В. Л. Правова охорона природи УРСР : навч. посіб. / В. Л. Мунтян. – 2-е вид., доп. – Київ : Вища шк., 1982.
11. Шемшученко Ю. С. Правовые проблемы экологии / Ю. С. Шемшученко. – Киев : Наук. думка, 1989. – 231 с.
12. Петров В. В. Природно-заповедный фонд: объект управления и охраны/ В. В. Петров // Охота и охотничье хозяйство. – 1983. – № 4. – С. 13-14.
13. Огорокова Л. Я. Правовой режим государственных заповедников в СССР : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 714 / Л. Я. Огорокова. – Москва, 1971. – 24 с.
14. Емельянова В. Г. Законодательство о заповедниках, заказниках и памятниках природы : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 Аграрное, земельное, экологическое, природоресурсовое право / В. Г. Емельянова. – Москва: Б.и., 1971. – 16 с.
15. Антонов А. В. Правовой режим памятников природы в СССР : дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 06 / А. В. Антонов. – Москва, 1986. – 186 с.
16. Жураев Ю. А. Правовая охрана государственных памятников природы : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 / Ю. А. Жураев. – Москва, 1985. – 205 с.
17. Демина С. А. Правовые формы заповедной охраны природы в СССР : дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 06 / С. А. Демина. – Москва, 1980. – 171 с.
18. Скрябин С. В. Правовой режим государственных заказников в СССР : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 / С. В. Скрябин. – Москва, 1989. – 166 с.
19. Красилич Н. Д. Организационно-правовые вопросы охраны природно-заповедного фонда : автореф. дис... канд. юрид. наук: 12. 00. 06. / Н. Д. Красилич. – Киев, 1988. – 16 с.
20. Марич Х. М. Правовой режим національних природних парків України (на матеріалах Карпатського регіону України) : дис. ... канд. юрид. наук / Х. М. Марич. – Івано-Франківськ : Б. в., 2006. – 180 с.
21. Ковтун О. М. Правові аспекти охорони територій та об'єктів природно-заповідного фонду України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06 / О. М. Ковтун. – Київ, 2008. – 20 с.
22. Бевзенко В. М. Управління природно-заповідним фондом в Україні: організаційно-правові питання : дис. ... канд. юрид. наук.: 12.00.07 / В. М. Бевзенко. – Харків, 2005. – 210 с.
23. Гетьман А. П. Сучасний стан та перспективи розвитку еколого-правової науки в Україні / А. П. Гетьман// Екологічне право в системі міждисциплінарних зв'язків: методологічні засади : матеріали «круглого столу» : зб. тез наук. доп. (м. Харків, 4 груд. 2015 р.) / за заг. ред. А. П. Гетьмана ; Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого. – Харків : Право, 2015.

References:

1. Holschbach, H. (1958). Naturschutz und Landschaftspflege im rheinisch-bergischen Raum. Vortrag von Oberstudienrat. Gehalten am 24. Oktober 1957 vor der Abteilung Remscheid des Bergischen Geschichtsvereins e. V. Remscheid : o. V.

2. Holodenko, A.V. (2011). V.V. Dokuchaev i ego nasledovateli ob ohrane stepnyh landshaftov [V.V. Dokuchaev and his progenies on the steppe landscape protection]. Vestnik Volgogradskogo gosudarstvennogo universiteta – Bulletin of Volgograd State University, ser.11, 67 [in Russian].

3. Kozhevnikov, G.A. (1960). O neobhodimosti ustrojstva zapovednyh uchastkov dlja ohrany russkoj prirody [About the need for devices protected areas for the protection of Russian nature]. Ohrana prirody I zapovednoe delo SSSR – Nature protection and reserve management and studies of the USSR, 4, 93 [in Russian].

4. Kolbasov, O.S. (1967). Pravovaja ohrana prirody v SSSR [The legal protection of nature in the USSR]. Sovetskoe gosudarstvo i pravo – Soviet state and law, 9, 42 [in Russian].

5. Kushlakova, V.V. (2013). «Visnyk pryrodoznavstva» Kharkiv's'koho naukovoho tovarystva ta joho vnesok u rozvytok pryrodnych nauk u 1920-ti roky [Journal of Natural Sciences of Kharkov Scientific Society and his contribution to the development of science in 1920]. Visnyk natsional'noho tekhnichnoho universytetu «KhPI»: zb. nauk.pr., vypusk – Istoriia nauky i tekhniki, 10 (984). [Journal of National Technical University «KhPI», issue – The history of science and technology, 10 (984)]. Kharkiv: NTU «KhPI», 79 [in Ukrainian].

6. Getman, A.P. (2014). Doktryna nauky ekolohichnoho prava: heneza teoretychnykh doslidzen' ekoloho-pravovykh problem u XX st. [Doctrine of Environmental Law Science: Genesis of the theoretical research of environmental and legal issues in the XX century]. Pravo Ukrainy – Law of Ukraine, 12, 143–154 [in Ukrainian].

7. Kolbasov, O.S. (1961). Ohrana prirody po sovetskomu zakonodatel'stvu [The nature protection under Soviet legislation]. Moscow: State Legal Publishing [in Russian].

8. Kolbasov, O.S. (2006). Sovetskoe zakonodatel'stvo ob ohrane prirody za 40 let [Soviet legislation on nature protection in 40 years]. Jekologicheskoe pravo – Environmental Law, 5, 3 [in Russian].

9. Grigor'ev, V.K. (1960). Pravovaja ohrana prirody v SSSR [The legal protection of nature in the USSR]. Sovetskoe gosudarstvo i pravo – Soviet state and law, 3, 77 [in Russian].

10. Muntian, V.L. (1982). Pravova okhorona pryrody URSR [Legal protection of nature in the USSR]. Kyiv: Vyscha shkola, 232 [in Ukrainian].

11. Shemshuchenko, Ju.S. (1989). Pravovye problemy jekologii [The legal problems of ecology]. Kyiv: Nauk. Dumka, 231 [in Russian].

12. Petrov, V.V. (1983). Prirodno-zapovednyj fond: ob'ekt upravlenija i ohrany [The Nature Reserved Fund as an object of management and protection]. Ohota i ohotnich'e hozjajstvo – The hunting and hunting farm, 4, 13-14 [in Russian].

13. Okorokova, L.Ja. (1971). Pravovoj rezhim gosudarstvennyh zapovednikov v SSSR [The legal regime of the state nature reserves in USSR]. Extended abstract of candidate's. Moscow [in Russian].

14. Emel'janova, V.G. (1971). Zakonodatel'stvo o zapovednikah, zakaznikah i pamjatnikah prirody [Legislation about nature reserves, sanctuaries and monuments of nature]. Extended abstract of candidate's. Moscow [in Russian].

15. Antonov, A.V. (1986). Pravovoj rezhim pamjatnikov prirody v SSSR [The legal regime of the monuments of nature in USSR]. Extended abstract of candidate's. Moscow [in Russian].

16. Zhuraev, Ju.A. (1985). Pravovaja ohrana gosudarstvennyh pamjatnikov prirody [The legal protection of the state monuments of nature in USSR]. Moscow [in Russian].

17. Demina, S.A. (1980). Pravovye formy zapovednoj ohrany prirody v SSSR [The legal form of reserved nature protection]. Extended abstract of candidate's. Moscow [in Russian].

18. Skrjabin, S.V. (1989). Pravovoj rezhim gosudarstvennyh zakaznikov v SSSR [The legal regime of the state sanctuaries in USSR]. Extended abstract of candidate's. Moscow [in Russian].

19. Krasilich, N.D. Organizacionno-pravovye voprosy ohrany prirodno-zapovednogo fonda [The organizational and legal issues of Nature Reserved Fund protection]. Extended abstract of candidate's. Moscow [in Russian].

20. Marych, Kh.M. (2006). Pravovyj rezhim natsional'nykh pryrodnykh parkiv Ukrainy (na materialakh Karpats'koho rehionu Ukrainy) [The legal regime of national nature parks in Ukraine (on materials of Carpathian region)]. Extended abstract of candidate's. Ivano-Frankivsk [in Ukrainian].

21. Kovtun, O.M. (2008). Pravovi aspekty okhorony terytorij ta ob'iektiv pryrodno-zapovidnoho fondu Ukrainy [The legal aspects of protection of territories and objects Nature Reserved Fund in Ukraine]. Extended abstract of candidate's. Kyiv [in Ukrainian].

22. Bevzenko, V.M. (2005). Upravlinnia pryrodno-zapovidnym fondom v Ukraini: orhanizatsijno-pravovi pytannia [The management of Nature Reserved Fund in Ukraine: organizational and legal issues]. Extended abstract of candidate's. Kharkiv [in Ukrainian].

23. Getman, A.P. (2015). Suchasnyj stan ta perspektyvy rozvytku ekolohe-pravovoi nauky v Ukraini [The current states and prospects of development of Environmental law science in Ukraine]. Proceedings from Environmental law in the system of interdisciplinary connections: methodological principles' 15 : zb. nauk. Pr (4 hrudnia 2015), 15-30. Kharkiv : Pravo [in Ukrainian].

Stativka O. O., Postgraduate Student of the Department of Environmental Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail: olga.stativka@mail.ru ; ORCID 0000-0002-1036-0523

Retrospective of legal sciences development about the nature reserve fund of Ukraine as an element of national environmental network

The study of historiography scientific literature of legal regime of nature reserved fund has been found that the formation of the science about the nature reserved fund took place within the natural sciences and associated with the names of Humboldt, Dokuchaiev, Kozhevnikov, Anuchin and others. Formation of legal Sciences about the Nature Reserve Fund is in the 60's of XX century by the emergence of various textbooks and scientific articles among jurists which highlighted some aspects of the legal problems of organization, protection, effective land use of the nature reserved fund. In particular, legal issues of functioning of the nature reserved fund were in attention of such scholars as O. Kolbasov, V. Muntean, V. Petrov, Iu. Shemshuchenko, V. Hryhoryev. The first dissertation in this area were protected in 70's of XX century by V. Yemelianova and L. Okorokova.

In addition, the examine the nature reserve fund as part of the ecological network is the specificity of this scientific paper, so there have been explored the current state of scientific literature in the field of legal regulation of ecological network. The result revealed that the legal basis of functioning ecological networks remains unexplored in science.

In conclusions stated that scientific views on the concept and sense of nature reserved fund transformed from the level of functioning of the particular elements to the formation of the nature reserve fund and consider it as part of the ecological network throughout the history.

Keywords: nature reserved fund; ecological network; the science about the nature reserved fund; the development of legal science; special protected areas.

Надійшла до редколегії 29.08.2016 р.



Гольонко Руслан Анатолійович,
старший викладач кафедри екології і права
Чернівецького факультету НТУ «ХПІ»,
здобувач кафедри екологічного права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: ruslangolyonko@gmail.com
ORCID 0000-0001-5950-9985

doi: 10.21564/2414–990x.134.76643
УДК 349.6:502.211(1–751.3)

ОСОБЛИВОСТІ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО БІОСФЕРНІ ЗАПОВІДНИКИ

Проаналізовано історичні умови формування ідеї охорони природи й системи законодавства про заповідну справу. Виокремлено історичні етапи становлення та розвитку законодавства про біосферні заповідники як особливі природоохоронні науково-дослідні установи міжнародного значення. Охарактеризовано особливості правової регламентації статусу біосферних заповідників у різні історичні періоди та тенденції розвитку національного законодавства про біосферні заповідники в сучасних умовах.

Ключові слова: біосферний заповідник; заповідна справа; охорона природи; природно-заповідний фонд.

Гольонко Р. А., старший преподаватель кафедры экологии и права Черновецкого факультета НТУ «ХПИ», соискатель кафедры экологического права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: ruslangolyonko@gmail.com ; ORCID 0000-0001-5950-9985

Особенности становления и развития законодательства о биосферных заповедниках

Проанализированы исторические условия формирования идеи охраны природы и системы законодательства о заповедном деле. Выделены исторические этапы становления и развития законодательства о биосферных заповедниках как особых природоохранных научно-исследовательских учреждений международного значения. Охарактеризованы особенности правовой регламентации статуса биосферных заповедников в разные исторические периоды и тенденции развития национального законодательства о биосферных заповедниках в современных условиях.

Ключевые слова: биосферный заповедник; заповедное дело; охрана природы; природно-заповедный фонд.

Постановка проблеми. Збереження багатства і різноманітності природної спадщини та невиснажливе використання природних ресурсів є для України одним із пріоритетів державної політики у сфері природокористування,

екологічної безпеки та охорони довкілля, невід'ємною умовою поліпшення його стану й екологічно збалансованого соціально-економічного розвитку. Одним із напрямів вирішення проблем охорони природних багатств, невиснажливого їх використання є розбудова національної екологічної мережі, розширення системи територій з природним станом ландшафту та інших природних комплексів і унікальних територій, створення на їх основі природних об'єктів, що підлягають особливій охороні, а також удосконалення відповідного правового регулювання охорони природи та ін.

Актуальність теми. Важливе значення у збереженні природних багатств і дотримання принципу збалансованого використання природних ресурсів відіграють біосферні заповідники, що мають статус природоохоронних, науково-дослідних установ міжнародного значення і забезпечують виконання таких завдань, як збереження в природному стані найбільш типових природних комплексів біосфери, здійснення фонових екологічних моніторингу, вивчення навколишнього природного середовища, його змін під дією антропогенних факторів. Біосферний заповідник є порівняно новою категорією в системі територій та об'єктів природно-заповідного фонду України, оскільки його закріплення в національному законодавстві є наслідком усвідомлення міжнародною спільнотою необхідності створення наукової основи для поліпшення взаємодії людини і навколишнього середовища. Оскільки біосферні заповідники є невід'ємною складовою природно-заповідного фонду України, вивчення передумов і закономірностей становлення та розвитку законодавства про охорону природи має важливе значення для з'ясування завдань, основ функціонування біосферних заповідників, а також шляхів удосконалення правової регламентації організації, використання та охорони вказаних об'єктів природно-заповідного фонду України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання використання та правової охорони природних ресурсів загалом вивчали такі учені-правознавці у галузі екологічного права, як: В. І. Андрейцев, В. В. Петров, А. П. Гетьман, В. М. Комарницький, В. Л. Мунтян та ін. Досліджували проблеми охорони природно-заповідного фонду Є. Г. Ємельянова [10], О. С. Колбасов, Н. Ф. Реймерс [19], Ф. Р. Штильмарк [19; 24], Д. К. Соловйов [20]. Серед сучасних українських правників, які аналізують розглядувані аспекти варто назвати: В. О. Герасименко, А. П. Гетьмана, О. О. Даниляка, В. І. Лозо, В. М. Бевзенко [11], О. М. Ковтун [13], М. О. Товкун [22] та ін. Функціонуванню біосферних заповідників України та збереженню біорізноманіття приділено значну увагу у працях учених-екологів О. О. Кагала, Ю. Р. Шеляг-Сосонка [16; 18] та ін.

Слід вказати, що питання правового режиму, охорони та правової регламентації розвитку і функціонування саме біосферних заповідників комплексного дослідження не отримали.

Мета статті. Метою цієї статті є вивчення становлення й розвитку правових засад охорони природи, зокрема особливостей формування

законодавства про біосферні заповідники та їх значення у сфері захисту й збереження біорізноманіття в Україні, починаючи від IX ст. і дотепер. Таке дослідження є важливим для поліпшення практичної значущості біосферних заповідників та вироблення шляхів забезпечення виконання останніми своїх функцій і завдань.

Виклад основного матеріалу. У становленні й розвитку законодавства про біосферні заповідники вважаємо доцільним виокремити два хронологічні періоди. Перший з них включає розвиток законодавства про охорону цінних природних об'єктів і територій та наукові роботи, виконані в період феодального, раннього капіталістичного розвитку й початку радянського періоду (від IX ст. до 50-х років XX ст.); другий період – завершення радянського періоду та сучасний етап становлення законодавства щодо біосферних заповідників (50-ті роки XX ст. – до нині). Учені-юристи та дослідники історії заповідної справи загалом пропонують іншу періодизацію розвитку заповідної справи, виокремлюють три чи більше періоди, проте ми вважаємо, що процес поступового становлення законодавства саме щодо біосферних заповідників якнайкраще відображають запропоновані нами етапи, що пояснюється появою ідеї біосферних резерватів як природоохоронних територій міжнародного значення лише в другій половині XX ст.

Слід погодитися з О. М. Ковтун, яка зазначає, що першими джерелами писаного права в Україні, що містили норми природоохоронного спрямування, можна вважати «Руську Правду» Ярослава Мудрого (XI ст.), хоча самі природоохоронні звичаї та традиції, які в подальшому стали правовими, виникли значно раніше. Так, вказаний нормативний акт Київської Русі передбачав відповідальність за незаконний відстріл бобрів, деяких рідкісних видів птахів [13, с. 21]. Ю. Р. Шеляг-Сосонко також вказує, що за часів Київської Русі вже існували заказники, проте здебільшого для полювання [18, с. 203].

Безумовно, що перші юридичні документи Київської Русі регламентували використання угідь чи окремих видів тварин не з природоохоронною метою, а з метою захисту власності. Статут Великого князя Ярослава Володимировича «Про суди» мав окремий розділ «Про бобрів» і встановлював покарання за самовільне добування цього звіра [11, с. 9].

У Статуті Великого Князівства Литовського 1529 р., зокрема, у IX розділі «Про лови, про пущі, про бортне дерево» також регламентувалися полювання, рибальство, використання вод, плата за користування об'єктами природи (1-12 артикули розділу IX). У Статуті Великого Князівства Литовського 1566 р. передбачено природоохоронні норми, зокрема, артикул 40 «Про виловлювання риби» (X розділ). Статут Великого Князівства Литовського 1588 р. містить норми про охорону природи, викладені в розділі X (1–18 артикули) [21]. Положення про охорону лісів також передбачено у Лісовому Статуті 1567 р. Великого Князівства Литовського [14, с. 134].

Досить поширена у ті часи була ідея про взяття під особливу охорону унікальних ландшафтів та природних комплексів як національних реліквій,

встановлення на таких територіях абсолютно заповідного режиму із заборону будь-якої діяльності. У разі порушення існуючих заборон винні жорстоко каралися.

Реймерс М. Ф, Штильмарк Ф. Р. відзначають, що «активний рух за створення заповідників розгорнувся на початку ХХ ст. у зв'язку з діяльністю ряду наукових товариств, які ставили собі за мету не тільки вивчення, але й охорону природи. У 1908 р. голова Товариства акліматизації тварин і рослин проф. Г. А. Кожевников виступив на ювілейному акліматизаційному з'їзді з доповіддю «Про необхідність облаштування заповідних ділянок для охорони російської природи». Поряд з виступами академіка І. П. Бородіна вона стала свого роду програмою створення заповідників» [19, с. 15].

За ініціативою багатьох учених почалося створення цілої мережі заповідників, які утримувалися громадським коштом. Першу в центральній Україні громадську природоохоронну організацію «Хортицьке товариство охоронців природи» було засновано у 1910 р. вчителем природознавства П. Ц. Бузуком у с. Верхня Хортиця Катеринославської губернії (нині Запорізька область).

На початок ХХ ст. на території України склалась досить різноманітна сукупність заповідних територій, що відрізнялися за формами власності та режимом охорони природи. При цьому, в кінці ХІХ на початку ХХ ст. велику роль у збереженні природи відігравали вчені та наукові товариства, які активно відстоювали ідею створення заповідних територій не лише для вивчення, а й охорони природи, та утримували деякі заповідні території громадським коштом.

Одним із перших нормативних актів початку ХХ ст., спрямованих на закріплення порядку створення і функціонування заповідних територій, був спеціальний закон «Про встановлення правил про мисливські заповідники», прийнятий Урядом за поданням Департаменту землеробства і опублікований 30 жовтня 1916 р. Так, згідно з цим Законом «... міністру землеробства надається право утворювати на землях єдиного володіння скарбниці заповідники для заощадження і розмноження мисливських і промислових звірів і птахів ... в межах виділених заповідників забороняється полювання всякими способами на всякого роду звірів і птахів... винні в порушенні цієї заборони піддаються: арешту від п'ятнадцяти днів до трьох місяців або грошовому стягненню від двадцяти до трьохсот рублів... виявлена у правопорушників зброя або знаряддя лову відбирається... нагляд за виконанням правил про мисливські заповідники покладається на чинів корпусу лісничих і казенної лісової варти... » [20, с. 45].

Слід зазначити, що перші згадки про необхідність організації заповідників, охорони рідкісних пам'яток природи, садів, парків, що мають наукове і культурне значення, розвиток ідеї раціонального природокористування з'являються в декретах про ліси, землі, охорони окремих видів тварин, курортних місцевостей, якими закладені основи для подальших заходів у сфері охорони природи.

Перший радянський проект Декрету Ради Народних Комісарів «Про державне заповідання з науковою чи художньою метою ділянок суші, вод і надр

землі», розроблений в січні 1919 р., визначав науковий заповідник, як «огорожу ділянок незайманої природи від будь-якого втручання з боку людини». Цей проект, хоча і не був офіційно оприлюднений, проте по суті заклав юридичні основи створення заповідників. Так, п. 3 закріплював: «Створення кожного заповідника проводиться владою Ради Народних Комісарів в кожному окремому випадку». Це положення знайшло своє відображення в ряді законодавчих положень, і у подальшому постанову про організацію заповідників приймають вищі органи влади союзних республік [17, с. 36-37].

У листопаді 1919 р. був виданий циркуляр Центрального лісового відділу Народного комісаріату землеробства СРСР (Наркомзему), в якому наголошувалося на неприпустимості рубки лісових масивів, що становлять особливу цінність, у тому числі вказані були «площі майбутніх національних парків і пам'ятників природи». Губернські органи лісового господарства повинні були надати пропозиції «про виділення та створення національних парків і державних заповідників» [23, с. 95].

Радянський декрет «Про охорону пам'яток природи, садів і парків» від 16.09.1921 р. також трактує заповідники як недоторканні території. Згідно з постановою Всеросійського центрального виконавчого комітету (ВЦВК) і Ради Народних Комісарів (РНК) РРФСР «Про охорону ділянок природи і її окремих витворів...» (1925 р.), особливо цінні природні ділянки могли бути взяті під охорону «або з обмеженням їх використання, або з залишенням у недоторканому вигляді. З цією метою їм може бути присвоєний статус заповідних. При цьому вказаною постановою надається визначення категорії «повні заповідники», які становлять собою «ділянки природи, щодо яких забороняється господарське використання і порушення їх природного стану з метою збереження можливості вивчення в них законів розвитку природи» [24]. Також передбачалося, що «більш значні за площею ділянки природи, відзначені своїми пам'ятниками, оголошуються заповідниками та національними парками. Сади і парки історико-художнього значення, створені за завданням художньо-паркового мистецтва або пов'язані з архітектурними спорудами, що складають з ними одне художнє ціле, можуть бути оголошені Народним комісаріатом освіти за угодою з зацікавленими відомствами недоторканими пам'ятками садово-паркової культури музейно-академічного значення» [12].

Значення цього декрету полягає насамперед у тому, що він заклав підвалини класифікації охоронюваних природних національних парків, недоторканих пам'яток природи, садів і парків історико-художнього значення. На підставі цього декрету була розгорнута серйозна робота з виявлення особливо цінних об'єктів природи для подальшого їх збереження.

Уперше на теренах колишнього СРСР у 1929 р. приймається Типове положення про заповідники [5]. Як указує О. М. Товкун, «на їхній території заборонялася будь-яка господарська діяльність, а тому природний стан «повного заповідника» не міг зазнавати втручання людської діяльності в біологічні процеси. Дозволялася виключно наукова або природоохоронна діяльність,

яка не суперечила його цільовому призначенню. Разом із тим цей правовий документ передбачає можливість організації й проведення екскурсій по території заповідника, що суперечило науково-дослідницькій і природоохоронній діяльності, а також цілям створення заповідників» [22, с. 96].

Так, у затвердженому 22 лютого 1929 р. Народним комісаріатом просвіти РРФСР Типовому положенні про заповідники [5] говорилося, що «повним заповідником» визнається ділянка земельної або водної площі, який з усіма що знаходяться на ньому і в ньому витворами природи (рослинами, тваринами, ґрунтами, гірськими породами, мінералами т.д.) назавжди зберігається в недоторканому вигляді, внаслідок чого природний стан повного заповідника не може бути порушений впливом людини на природу, а також не допускається господарське використання заповідної території. Вплив людини на природу повного заповідника дозволяється лише в тій мірі, в якій це необхідно для досягнення поставлених перед заповідником цілей наукового дослідження і охорони».

У прийнятій 20 червня 1930 р. Постанові ВЦК РНК РРФСР «Про охорону і розвиток природних багатств РРФСР» [5], яке вже поширювалося на всі без винятку російські заповідники, в п. 6 розділу II «Про заповідники» було сказано наступне: «Повними заповідниками оголошуються ділянки природи, в яких забороняється загалом їх господарське використання і будь-яке порушення їх природного стану. При повному заповіднику може бути утворено охоронну зону, завданням якої є створення природної огорожі для повного заповідника. Питання про охоронну зону дозволяється вирішувати в кожному випадку тим органом, який засновує заповідник (ст. 11). Згідно з п. 13 цієї Постанови щодо повних заповідників забороняється всяке їх використання і порушення їх природного стану. Винятки з цього правила допускаються з особливих розпоряджень органів, у віданні яких заповідники знаходяться, лише в тих випадках, коли стихійні лиха або інші обставини загрожують руйнуванням заповіднику або його охоронним районам, або коли цього вимагають інтереси охорони заповідників».

У 1934 р. було затверджено нове Типове положення про заповідники, відповідно до якого заповідні території повністю або частково вилучалися з господарського використання [9].

Після Другої світової війни в Україні починає активно проводитися природоохоронна діяльність. 24 травня 1944 р. в Україні відновлює свою діяльність Головне управління в справах заповідників, зоопарків та зоосадів. 26 липня 1946 р. Рада Міністрів УРСР затвердила Положення про державні заповідники та пам'ятки природи на території УРСР [8], яке чітко визначило, що всі нові заповідники затверджуються Радою Міністрів УРСР за пропозицією Головного управління в справах заповідників та перебувають у підпорядкуванні цього Управління. Заповідники місцевого значення затверджуються облвиконкомами і проходять реєстрацію в Управлінні. Як зауважують В. М. Бевзенко, М. О. Товкун, це Положення порівняно з попереднім помітно

змінює правовий статус заповідників, стало одним із перших вітчизняних нормативних актів щодо заповідних територій, відповідно до якого вперше було передбачено на законодавчому рівні, що заповідники – науково-дослідні установи, територія яких становить особливий державний заповідний фонд виключений із загальної господарської експлуатації [11, с. 13; 22, с. 97].

Таким чином, у періоді входження українських земель до складу Речі Посполитої, Російської й Австро-Угорської імперій і поширення на них дії польського, російського та австрійського права охорона природних ресурсів здійснювалася насамперед через захист прав власності, економічних, військових та інших інтересів держави.

Велику роль у збереженні природи відігравали громадські товариства, організації та науковці, які активно створювали природоохоронні об'єкти, утримували їх за рахунок громадських коштів та відстоювали і розвивали ідею охорони цінних природних ландшафтів, видів тварин і рослин.

З другої половини ХХ ст. розпочалося формування екологічної (біосферної) концепції охорони навколишнього середовища. Так, цей період характеризується орієнтацією суспільства на інтегральний підхід до розв'язання проблеми збереження біосфери, активним міжнародним співробітництвом у сфері забезпечення біорізноманіття та створення світової мережі біосферних заповідників.

Наступний етап розвитку законодавства про заповідники, пам'ятки природи, охоронювані ландшафти, що мають наукове, культурне, оздоровче значення, почався в кінці 50-х років у зв'язку з прийняттям в 1957–1963 рр. Верховними Радами союзних республік законів про охорону природи. Видання таких законів було викликано прагненням зберегти для майбутніх поколінь зразки незайманої природи і мальовничі місцевості, типові ландшафти, рідкісні пам'ятки природи.

Згідно зі ст. 8 Закону РРФСР «Про охорону природи» 1960 р., охоронялися типові ландшафти, рідкісні та визначні об'єкти живої і неживої природи, як характерні або як унікальні приклади природних руслових окремих зон і фізико-географічних областей, цінні в науковому, культурно-пізнавальному і оздоровчому відношенні.

Такі природні комплекси і об'єкти природи, з урахуванням їх значення охоронялися шляхом організації: «заповідників на території, де треба зберегти весь природний комплекс; заказників на території, де необхідно зберегти частину природного комплексу; природних національних парків на території, де слід зберегти і покращити весь природний комплекс для відпочинку трудящих; пам'ятників природи, які виділяються для збереження рідкісних, цінних у науковому, культурному відношенні об'єктів і територій, а також місць, пов'язаних з історичними подіями» [10, с. 6].

Відповідно до ст. 23 Закону «Про охорону природи Української РСР» 1960 р. [6] і Постанови Ради Міністрів «Про затвердження Положення про державні природні заповідники Української РСР» від 5 жовтня 1962 р. дер-

жавними заповідниками є «окремі лісові, земельні й водні простори, природні багатства яких мають особливу наукову, історичну або народногосподарську цінність з точки зору збереження на них первозданної фауни і флори або мають водоохоронне, протиерозійне, кліматичне, оздоровче, геологічне чи інше науково-дослідницьке й культурно-виховне значення» [4].

Після прийняття 30 червня 1960 р. Верховною Радою УРСР Закону «Про охорону природи УРСР» [6] регулярно розширюється мережа заповідних територій. У 1968 р. організовано Карпатський, Поліський, Канівський та Луганський заповідники, у 1972 р. – Ялтинський та Мис Мартьян у Криму.

Про те, що необхідність охорони природних об'єктів знову привертала увагу держави та суспільства, в цілому свідчить також прийняття у 1958 р. спільної Постанови ЦК КПУ і Ради Міністрів УРСР «Про заходи з поліпшення охорони природи Української РСР». Як пише у своїх працях І. Г. Підоплічко, у постанові зазначалося: «Вважати, що охорона природи і відтворення природних багатств республіки, як важлива загальнодержавна справа, повинні стати предметом постійного піклування всіх партійних, радянських, профспілкових, комсомольських, господарських, наукових, громадських організацій і всього населення» [15].

Постановою Ради Міністрів УРСР № 43 від 1972 р. «Про заходи щодо розширення мережі державних заповідників і поліпшення заповідної справи» було затверджено «Класифікацію заповідних та інших територій УРСР, що охороняються державою», згідно із якою передбачалося п'ять категорій заповідних територій – заповідники, заказники, природні парки, пам'ятки природи, парки – пам'ятки садово-паркового мистецтва [2]. Однак класифікаційною системою не враховувалися ще багато не менш важливих категорій природоохоронних територій в Україні. Відповідно до постанови уряд мав право створювати заповідники, заказники, природні парки, пам'ятки природи республіканського значення. Облвиконкоми приймали рішення про створення пам'яток природи та парків-пам'яток садово-паркового мистецтва місцевого значення. Держкомприроди УРСР відповідно – парки-пам'ятки садово-паркового мистецтва республіканського значення.

21 квітня 1981 р. постановою №77/106 Держкомнауки СРСР і Держплану СРСР було затверджено Типове положення про державні заповідники [3]. Метою створення останніх було збереження в природному стані природних комплексів з усією сукупністю їх компонентів, які вилучаються з господарської експлуатації.

Головними завданнями заповідників визначалися: охорона території, проведення наукових досліджень, пропаганда основ заповідної справи, сприяння в підготовці наукових кадрів. На їхній території заборонялися всі форми відпочинку населення, інша діяльність, яка негативно впливає на природні комплекси; проїзд, прохід сторонніх осіб по землях заповідників, за винятком доріг загального користування. Таким чином, у зазначеному положенні були сформовані головні принципи заповідання [22, с. 97].

Поняття біосферного заповідника (резервата) було запроваджено в 1971 р. міжурядовою науковою програмою ЮНЕСКО «Людина і біосфера» (МАБ), завдання якої з самого початку її здійснення полягало в створенні наукової основи для поліпшення взаємодії людини і навколишнього середовища. Вказана програма була прийнята УРСР та в подальшому була розвинута у незалежній Україні.

Постановою Ради Міністрів УРСР від 22.07.1983 р. № 311 «Про класифікацію і мережу територій та об'єктів природно-заповідного фонду Української РСР» було доповнено перелік охоронних об'єктів новими на той час категоріями – державний зоологічний парк, державний дендрологічний парк, державне заповідне урочище, державний ботанічний сад. Проте біосферні заповідники як особливі поліфункціональні форми охоронних територій закріплені на законодавчому рівні не були, незважаючи на прийняття СРСР концепції біосферних резерватів та активну наукову і громадську діяльність щодо принципів розташування біосферних заповідників і організації мережі створення біосферних заповідників. На той час функції біосферних заповідників виконували існуючі в державі заповідники, на території яких були організовані станції наукових спостережень за основними характеристиками навколишнього середовища.

Першими біосферними заповідниками на території сучасної України стали Чорноморський та «Асканія-Нова», створені у 1982 р. на базі відповідно Чорноморського державного природного заповідника та державного заповідника «Асканія-Нова». Так, у 1983 р. Президія Академії наук УРСР постановою № 538 надала Чорноморському державному заповіднику статус біосферного. У 1985 р. Чорноморський біосферний заповідник отримав сертифікат ЮНЕСКО, тобто був включений до світової мережі біосферних резерватів. 13 квітня 1983 р. постановою Президії Південного відділення Всесоюзної академії сільськогосподарських наук ім. В. І. Леніна статус державного заповідника «Асканія-Нова» змінено на біосферний. У грудні 1984 р. на VIII сесії Бюро Міжнародної координаційної ради з програми ЮНЕСКО «Людина і біосфера» його включено до міжнародної мережі біосферних резерватів (Сертифікат ЮНЕСКО від 1985 р.).

Слід відзначити, що вказані біосферні заповідники отримали визнання на міжнародному рівні, проте в національному законодавстві не було закріплено такої форми заповідних територій, як «біосферні заповідники». Тому лише з прийняттям 16 червня 1992 р. Закону України «Про природно-заповідний фонд України» [1], який визначив біосферний заповідник як природоохоронну науково-дослідну установу міжнародного значення із власними завданнями, на законодавчому рівні було закріплено біосферний статус уже функціонуючих в Україні біосферних заповідників. Цей нормативний акт заклав основи для розвитку мережі біосферних заповідників зокрема та заповідної справи загалом. Пізніше було розроблено та прийнято низку програмних документів розвитку заповідної справи, розбудови національної екологічної мережі, що визначали напрями державної політики у вказаній сфері.

Висновки. Тривалий історичний процес становлення та розвитку законодавства про біосферні заповідники має два хронологічні періоди. Перший з них – розвиток законодавства про охорону цінних природних об'єктів і територій та дослідження, виконані в період феодального, раннього капіталістичного розвитку й початку радянського періоду (від IX ст. до 50-х років XX ст.); другий період – завершення радянського періоду та сучасний етап становлення законодавства щодо біосферних заповідників (50-ті роки XX ст. – до наших днів). Така періодизація пояснюється тим, що біосферні заповідники як окремі особливі категорії заповідних територій з'являються лише в другій половині XX ст.

У часи входження українських земель до складу Речі Посполитої, Російської й Австро-Угорської імперій і поширення на них дії польського, російського та австрійського права охорона природних ресурсів здійснювалася насамперед шляхом захисту прав власності, економічних, військових та інших інтересів держави.

З другої половини XX ст. розпочалося формування екологічної (біосферної) концепції охорони навколишнього середовища. Цей період характеризується орієнтацією суспільства на інтегральний підхід до розв'язання проблеми збереження біосфери, активним міжнародним співробітництвом у сфері забезпечення біорізноманіття та створення світової мережі біосферних заповідників.

Лише з прийняттям 16 червня 1992 р. Закону України «Про природно-заповідний фонд України» на законодавчому рівні було закріплено біосферний статус вже функціонуючих в Україні біосферних заповідників. Тож біосферні заповідники порівняно з іншими категоріями природно-заповідного фонду є новою окремою формою охорони унікальних ландшафтів, відтак актуалізується системне дослідження особливостей їх функціонування, вивчення іноземного досвіду правової регламентації та розроблення шляхів розвитку національного законодавства щодо вказаних об'єктів природно-заповідного фонду.

Список літератури:

1. Про природно-заповідний фонд України [Електронний ресурс] : Закон України від 16.06.1992 р. № 2456-ХІІ. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2456-12>.
2. О мерах по расширению сети государственных заповедников и улучшению заповедного дела: пост. СМ УССР от 28.01.1972 г. // СП УССР. – 1972. – № 2. – Ст. 11.
3. Об утверждении Типового положения о государственных заповедниках: пост. Госплана СССР и Госкомнауки СССР № 77/106 от 27.04.1981 г. // Бюллетень норм. актов министерств и ведомств СССР. – 1982. – № 12. – Ст. 7.
4. Об утверждении Положения о государственных заповедниках Украинской ССР : пост. СМ УССР от 05.10.1962 г. // СП УССР. – 1962. – № 10. – Ст. 141.
5. Типовое Положение о заповедниках в ведении Наркомпроса // Еженедельник Народного Комиссариата просвещения РСФСР. – 1929. – № 14. – С. 33–37.
6. Про охорону природи Української РСР: Закон УРСР від 30 червня 1960 р. // Відом. Верхов. Ради УРСР. – 1960. – № 23. – Ст. 175.
7. Об охране и развитии природных богатств РСФСР: пост. ВЦИК и СНК РСФСР // Охрана природы. – 1930. – № 6. – С. 150–152.

8. Положення про державні заповідники та пам'ятки природи на території УРСР : пост. Ради Міністрів УРСР №1273 від 26.07.1946 р. // Збірник постанов Уряду УРСР. –1946. – №13-14. – Ст. 110.
9. СУ РСФСР. – 1934. – № 15. – Ст. 98.
10. Емельянова В. Г. Охрана заповедников, заказников, памятников природы. – Москва : Юрид. лит., 1975. – 65 с.
11. Бевзенко В. М. Управління природно-заповідним фондом України : (організац.-правові питання) : монографія / В. М. Бевзенко. – Херсон : Айлант, 2005. – 268 с.
12. Васильковский А. П. Перечень участков и отдельных объектов природы, заслуживающих охраны / А. П. Васильковский // Краеведение. – Т. VI. – 1929. – № 6. – С. 362–368.
13. Ковтун О. М. Законодавство України про охорону природно-заповідного фонду: становлення, сучасний стан, проблеми реформування / О. М. Ковтун // Адвокат. – 2008. – № 2. – С. 21–24.
14. Пичета В. И. Аграрная реформа Сигизмунда-Августа в Литовском государстве / В. И. Пичета. – Москва : изд-во АН СССР, 1958. – 546 с.
15. Підоплічко І. Г. Заповідні скарби / І. Г. Підоплічко, О. К. Ющенко. – Київ, 1976. – 144 с.
16. Перспективная сеть заповедных объектов Украины / Акад. наук УССР, Ин-т ботаники им. Н. Г. Холодного ; под общ. ред. чл.-кор. АН УССР Ю. Р. Шеляга-Сосонко. – Киев : Наук. думка, 1987. – 290 с.
17. Подъяпольский Н. Н. Владимир Ильич Ленин и охрана природы / Н. Н. Подъяпольский // Охрана природы. –1929. – № 2. – С. 36-37.
18. Природа Украинской ССР / Акад. наук УССР ; редкол.: К. М. Сытник (пред.) [и др.]. – Киев : Наук. думка, 1984. – [Т. 4] : Растительный мир / отв. ред. тома Ю. Р. Шеляга-Сосонко. – 1986. – 208 с.
19. Реймерс Н. Ф. Особо охраняемые природные территории / Н. Ф. Реймерс, Ф. Р. Штильмарк. – Москва : МГУ, 1978. – 295 с.
20. Соловьев Д. К. Типы организаций, способствующих охране природы / Д. К. Соловьев. – Петроград, 1918. – 45 с.
21. Статути Великого князівства Литовського : у 3 т. / за ред. С. Ківалова, П. Музиченка, А. Панькова. – Одеса : Юрид. л-ра, 2002–2004.
22. Товкун М. О. Правові засади заповідної справи в Україні / М. О. Товкун // Проблеми законності. – 2008. – Вип. 93. – С. 96–100.
23. Шапошников Л. К. Первые мероприятия Советского государства по охране природы / Л. К. Шапошников, В. А. Борисов // Охрана природы и заповедное дело в СССР. – Москва, 1958. – Вып. 3. – С. 93–98.
24. Штильмарк Ф. Р. Историография российских заповедников (1895–1995) / Ф. Р. Штильмарк. – Москва : Логата, 1996. – 340 с.

References:

1. Pro pryrodno-zapovidnyi fond Ukrainy. Zakon Ukrainy vid 16.06.1992 r. № 2456-XII.(1992). zakon4.rada.gov.ua. Retrieved from: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2456-12> [in Ukrainian].
2. O merah po rasshireniju seti gosudarstvennyh zapovednikov i uluchsheniju zapovednogo dela. Post. SM USSR ot 28.01.1972 g. (1972). SP USSR, 2, article 11 [in Russian].
3. Ob utverzhdenii Tipovogo polozhenija o gosudarstvennyh zapovednikah. Post. Gosplana SSSR i Goskonnauki SSSR № 77/106 ot 27.04.1981 g. (1982). Bjul. norm. aktov ministerstv i vedomstv SSSR, 12, article 7 [in Russian].
4. Ob utverzhdenii Polozhenija o gosudarstvennyh zapovednikah Ukrainskoj SSR. Post. SM USSR ot 05.10.1962 g. (1962). SP USSR, 10, article 141 [in Russian].
5. Tipovoe Polozhenie o zapovednikah v vedenii Narkomprosa. (1929). Ezhenedel'nik Narodnogo Komissariata prosveshhenija RSFSR, 14, 33-37 [in Russian].
6. Pro okhoronu pryrody Ukrainskoj RSR: Zakon URSR vid 30.06.1960 r. (1960). Vidomosti Verkhovnoy Rady URSR, 23, article175[in Ukrainian].

7. Postanovlenie VCIK i SNK RSFSR «Ob ohrane i razvitii prirodnyh bagatstv RSFSR». (1930). *Ohrana prirody*, 6, 150-152 [in Russian].
8. Polozhennia pro derzhavni zapovidnyky ta pam'iatky pryrody na terytorii URSS : Post. Rady Ministriv URSS №1273 vid 26.07.1946 r. (1946). *Zbirn. post. Uriadu URSS*, 13-14, article 110 [in Ukrainian].
9. SU RSFSR. 1934, 15, article 98. [in Russian].
10. Emel'janova, V.G. (1975). *Ohrana zapovednikov, zakaznikov, pamjatnikov prirody*. Moscow, Jurid.lit. [in Russian].
11. Bevzenko, V.M. (2005). *Upravlinnia pryrodno-zapovidnym fondom Ukrainy : (orhanizats.-pravovi pytannia)*. Kherson : Ailant [in Ukrainian].
12. Vasil'kovskij, A.P. (1929). *Perechen' uchastkov i ot del'nyh ob'ektov prirody, zasluhivajushchih ohrany*. *Kraevedenie*. Vol. VI, 6, 362–368. [in Russian].
13. Kovtun, O.M. (2008). *Zakonodavstvo Ukrainy pro okhoronu pryrodno-zapovidnoho fondu: stanovlennia, suchasnyi stan, problemy reformuvannia* *Advokat*, 2, 21–24 [in Ukrainian].
14. Picheta, V.I. (1958). *Agrarnaja reforma Sigizmunda-Avgusta v Litovskom gosudarstve*. Moscow : izd-vo AN SSSR [in Russian].
15. Pidoplichko, I.H., Yushchenko, O.K. (1976). *Zapovidni skarby*. Kyiv [in Ukrainian].
16. Sheljag-Sosonko Ju. R. (Ed.) (1987). *Perspektivnaja set'zapovednyh ob'ektov Ukrainy* *Akad. nauk USSR, In-t botaniki im. N. G. Holodnogo*. Kyev : Nauk.dumka [in Russian].
17. Podjapol'skij, N.N. (1929). *Vladimir Il'ich Lenin i ohrana prirody*. *Ohrana prirody*, 2, 36-37 [in Russian].
18. Sytnik, K.M. (Ed.) (1986). *Priroda Ukrainskoj SSR*. *Akad. nauk USSR; Kiev: Nauk.dumka*, 1984. [Vol. 4]. Sheljag-Sosonko Ju. R. (Ed.) *Rastitel'nyj mir* [in Russian].
19. Rejmers, N.F., Shtil'mark, F.R. (1978). *Osobo ohranjaemye prirodnye territorii*. Moscow : MGU [in Russian].
20. Solov'ev, D.K. (1918). *Tipy organizacij, sposobstvujushchih ohrane prirody*. Petrograd [in Russian].
21. Kivalov, S., Muzychenko, P., Pankov, A. (Ed.). (2002–2004). *Statuty Velykoho kniazivstva Lytovskoho*. (Vols. 1–3). Odesa : Iuryd. l-ra [in Ukrainian].
22. Tovkun, M.O. (2008). *Pravovi zasady zapovidnoi spravy v Ukraini*. *Problemy zakonnosti*. Issue 93, 96-100 [in Ukrainian].
23. Shaposhnikov, L.K., Borisov, V.A. (1958). *Pervye meroprijatija Sovetskogo gosudarstva po ohrane prirody*. *Ohrana prirody i zapovednoe delo v SSSR*. Moscow, issue 3, 93–98 [in Russian].
24. Shtil'mark, F.R. (1996). *Istoriografija rossijskikh zapovednikov (1895–1995)*. Moscow: Logata [in Russian].

Holonko R. A., Senior Professor of Ecology and Law Department of Chernivtsi faculty of National technical university «KhPI», researcher of the Department of Environmental Law of Yaroslav Mudryi National Law University, Chernovtsy.

e-mail: ruslangolyonko@gmail.com ; ORCID 0000-0001-5950-9985

Features of formation and development of legislation on biosphere reserves

The purpose of the article is to study the formation and development of the legal framework for the conservation of nature, in particular features of formation of the legislation on biosphere reserves and their importance in the field of protection and conservation of biodiversity in Ukraine, starting from the IX century up to present time. The study is important to improve the practical relevance of biosphere reserves and to develop ways to implement its functions and objectives.

A long historical process of formation and development of legislation on biosphere reserves should be divided into two chronological periods. The first one includes the development of legislation on the protection of valuable natural objects and territories and the scientific work performed in the period of feudal, early capitalist development and the beginning of the soviet period (from the ninth century till the

50-ies of the XX century); the second period refers to the end of the soviet period and modern stage of development of the legislation concerning biosphere reserves (from 50-ies of the XX century till the modern times). This periodization is due to the fact that the biosphere reserve as a separate special category of protected areas appears only in the second half of the twentieth century.

The concept of biosphere reserve was introduced in 1971 by the intergovernmental scientific program of UNESCO «Man and biosphere» (MAB), whose mission from the very beginning of the transaction was to create a scientific basis to improve the interaction between man and environment. The program was perceived by the Ukrainian SSR and was further developed in Ukraine.

Only with the adoption on June 16 1992 of law of Ukraine «On nature reserve fund of Ukraine», which defined the biosphere reserve as an environmental research institution of international significance with its own task, the biosphere status was enshrined at the legislative level for the biosphere reserves which are already functioning in Ukraine. Therefore, biosphere reserves than other categories of natural reserve fund is a new separate form of protection of unique landscapes, considering that it is necessary the further study of the peculiarities of their functioning, the study of foreign experience of legal regulation of biosphere reserves and the development of ways of development of national legislation in relation to the objects of natural reserve fund.

Keywords: biosphere reserve; nature conservation; nature protection; nature reserve fund.

Надійшла до редколегії 30.08.2016 р.



Боровицька Анастасія Геннадіївна,
аспірант кафедри екологічного права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: anastasia_borovitskaya@mail.ru
ORCID 0000-0002-4382-4419

doi: 10.21564/2414–990x.134.77893
УДК 349.6

СПІВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ВЕДЕННЯ ДЕРЖАВНОГО ВОДНОГО КАДАСТРУ» ТА «КАДАСТРОВИЙ ПРОЦЕС»

У статті розкривається зміст понять «ведення державного водного кадастру» та «кадастровий процес». Доведено, що провадження з ведення державного водного кадастру являє собою багатостадійну діяльність спеціально уповноважених на те державних органів управління, яка включає в себе дії зі збору, обробки, узагальнення, зберігання та публікації інформації, що передбачає вчинення низки процесуальних дій.

Ключові слова: процес; процедура; кадастровий процес; ведення державного водного кадастру; еколого-правовий процес.

Боровицькая А. Г., аспірант кафедри екологічного права, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна, г. Харків.
e-mail: anastasia_borovitskaya@mail.ru ; ORCID 0000-0002-4382-4419

Соотношение понятий «ведение государственного водного кадастра» и «кадастровый процесс»

В статье раскрывается содержание понятий «ведения государственного водного кадастра» и «кадастровый процесс». Доказано, что производство по ведению государственного водного кадастра представляет собой многостадийную деятельность специально уполномоченных на то государственных органов управления, которая включает в себя действия по сбору, обработке, обобщению, хранению и публикации информации, что подразумевает совершение ряда процессуальных действий.

Ключевые слова: процесс; процедура; кадастровый процесс; ведение государственного водного кадастра; эколого-правовой процесс.

Вступ. На сучасному етапі розвитку національної економіки першочерговим є завдання переходу до сталого розвитку країни в цілому та кожного окремого її регіону. Гармонійний розвиток окремих регіонів України повинен бути орієнтований на забезпечення таких умов, які дозволять останнім мати всі

необхідні й цілком достатні ресурси для забезпечення конкурентоспроможності економіки, належних умов життя населення країни.

Водні ресурси в системі забезпечення сталого розвитку України є одними зі стратегічних та життєво важливих природних ресурсів. Ще в недавньому минулому вони вважалися невичерпною і безкоштовною природною сировиною. Однак такий ресурс, як вода, підвладен впливу технічного прогресу, а при сильному забрудненні можливе якісне його виснаження. Тому наразі виникла необхідність у формуванні й реалізації державної політики сталого водокористування, яка уможливить вирішення комплексу нагальних проблем (нераціональне водокористування, необґрунтована стратегія водоспоживання, незадовільне будівництво й експлуатація водогосподарських систем, відсутність чітких екологічних нормативів і критеріїв тощо) у найкоротший строк. Вирішення зазначених завдань, на нашу думку, неможливе без повного відображення динамічного природного середовища та моніторингу впливу діяльності людини на нього через інтеграцію віртуального відтворення антропогенного і природного середовища. Тож на сучасному етапі необхідним є формування та представлення водного кадастру у вигляді геоінформаційної системи, що дасть можливість реалізувати ці вимоги.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням правового регулювання ведення природоресурсних кадастрів, у тому числі й водного кадастру, а також вивченню процесуальної регламентації різних сторін діяльності органів управління у сфері екології, включаючи кадастрову справу, займалися й продовжують займатися багато вчених, зокрема А. П. Гетьман, В. М. Єрмоленко, І. І. Каракаш, В. І. Андрейцев, В. В. Носік, Ю. С. Шемшученко, З. В. Яремак та інші науковці. Незважаючи на їхній вагомий внесок у розробку цих проблем, поза увагою залишилось спеціальне вивчення ведення державного водного кадастру й кадастрового процесу, що є актуальним на сьогодні.

Метою статті є дослідження понять «ведення державного водного кадастру» (далі – ДВК) та «кадастровий процес», а також визначення й обґрунтування відповідного взаємозв'язку між зазначеними дефініціями.

Виклад основного матеріалу. Варто відмітити, що інформаційне наповнення ДВК як геоінформаційної системи повинно складатися з трьох структурних компонентів: апаратного та програмного комплексів (забезпечують техніко-технологічні можливості системи: збір, обробку, зберігання та аналіз різнопланової інформації), а також інформаційного блоку (бази даних) – містить дані для проведення геоінформаційного моделювання і картографування. Наповнення цих всіх компонентів відповідними даними і являє собою ведення державного водного кадастру. Але, на жаль, термін «ведення державного водного кадастру» не визначено ні у доктрині права, ні у діючому законодавстві України.

Ведення кадастру – це комплексне поняття, що включає не тільки відповідальне зберігання електронних та/або паперових носіїв протягом встановленого терміну, але й оперативне внесення в кадастр усієї інформації, що надходить від державних органів, які уповноважені вести кадастр. Мова,

зокрема, може йти про зміну даних, що містяться в кадастрі (наприклад, зміна кількісних та/або якісних характеристик водного об'єкта, їх юридичний статус, зміни даних про гідрологічні споруди тощо).

Отже, ведення державного водного кадастру можна розуміти як у широкому, так і вузькому значенні.

Ведення державного водного кадастру у вузькому розумінні – це діяльність спеціально уповноважених державних органів управління та інших суб'єктів (спеціалізованих підприємств, установ, організацій) з формування, оброблення та зберігання даних про водні об'єкти (їх юридичний статус, кількісні та якісні характеристики, а також інші природні властивості) та обсяг їх використання. У широкому – ведення державного водного кадастру варто розуміти як сукупність складних технологічних, гідрологічних і юридичних заходів діяльності, спрямованої на формування ДВК як геоінформаційної системи (підготовчі роботи, збирання відповідних відомостей про водні об'єкти та суб'єктів водокористування, їх своєчасне, повне та достовірне включення до такої системи).

Ведення державного водного кадастру, як і будь-яка сфера діяльності, має два аспекти свого пізнання: теоретичний і практичний. Практичний аспект ведення водного кадастру можна цілком впевнено визначити як систему конкретних заходів, які здійснюються фахівцями спеціально уповноважених органів і скеровуються державою. З теоретичної точки зору це дещо зовсім інше, бо його поняття не обмежується змістом певних заходів, а пояснює їх аналітично, у вигляді єдиного процесу, розвиток якого залежить від чітко визначених вимог або принципів. Такий підхід до розуміння водного кадастру надає змогу майбутнім фахівцям не тільки накопичувати відповідні знання, але й дозволяє розкрити різні аспекти цих знань, їх модифікацію та взаємозв'язок, таким чином значно поліпшуючи можливості і сферу їх практичного застосування. Загалом ведення державного водного кадастру – це сукупність складних технологічних, гідрологічних і юридичних заходів діяльності, тому в ньому повинні бути відображені об'єктивні основи діяльності.

Провадження з ведення ДВК являє собою багатостадійну діяльність спеціально уповноважених на те державних органів управління, яка включає в себе дії зі збору, обробки, узагальнення, зберігання та публікації інформації, що передбачає вчинення низки процесуальних дій. Щоб зрозуміти, що саме являє собою сукупність дій щодо створення і ведення ДВК, необхідно чітко визначити поняття «процес» і «процедура», що дозволить адекватно інтерпретувати правову природу цих категорій.

Так, процедура – це офіційний порядок дій, виконання, обговорення чого-небудь [1, с. 558]; офіційно встановлений чи узвичаєний порядок здійснення, виконання або оформлення чого-небудь; ряд яких-небудь дій, хід виконання чого-небудь [2, с. 63]. У Великому енциклопедичному юридичному словнику за загальною редакцією Ю. С. Шемшученка поняття «процедура» не міститься, проте наведено дефініцію «процесуальне право» як сукупність правових

норм, якими регулюється порядок (процедура) реалізації матеріальних норм конституційного, цивільного, кримінального, адміністративного та інших галузей права [3, с. 743]. Отже, можна зробити висновок, що сама процедура являє собою офіційно встановлений порядок виконання певного виду діяльності.

Процес (з лат. *processus* – проходження, просування) – послідовна зміна станів, тісний зв'язок закономірно слідуючих одна за одною стадій розвитку, що представляють безперервний єдиний рух [4, с. 530]; визначений законом порядок діяльності судових органів при розгляді справ певного роду [5, с. 1179]. Характеризуючи ознаки юридичного процесу, В. М. Горшеньов вказував, що юридичний процес: 1) це розгляд певної юридичної справи, тобто такої обставини, яка б розглядалася за законом, а її наслідки реалізуються в ім'я виконання закону; 2) це діяльність з удосконалення операцій з нормами права; 3) це правова форма діяльності уповноважених на те органів і посадових осіб; 4) це діяльність, результати якої обов'язково оформляються у відповідних процесуальних документах; 5) це діяльність, яка викликає об'єктивну потребу в процедурно-процесуальній регламентації; 6) це діяльність, яка безпосередньо пов'язана з необхідністю використання методів і засобів юридичної техніки [6, с. 101; 7].

Виокремлюються такі ознаки, притаманні юридичній (правовій) процедурі як специфічному правовому явищу: 1) правова процедура – це особлива процедура, яка чітко викладена й закріплена в законах і підзаконних нормативних актах; 2) являє собою нормативно встановлений порядок здійснення юридичної діяльності; 3) нормативний режим правових процедур передбачає їх охорону від порушень правовими санкціями, що являють собою вид і міру юридичної відповідальності; 4) процедура в праві має орієнтоване значення для досягнення певної правової мети, тим самим гарантуючи правомірність і результативність юридичної діяльності [8, с. 4-5].

Як зазначають Н. М. Чепурнова та О. В. Серьогін, правильне розуміння сутності юридичної процедури залежить від співвідношення цього терміна з поняттям «юридичний процес» [9, с. 315]. В юридичній літературі існують різні погляди на співвідношення зазначених понять, які умовно можна розподілити на три основні види. Так, одні вчені вважають, що юридичний процес є вужчим за поняття «процедура» і означає юрисдикційний процес розгляду певної справи в порядку, передбаченому певним процесуальним законом або кодексом (С. С. Алексєєв [10, с. 122], Д. Н. Бахрах [11, с. 608], Ж. Б. Доржиєв [12, с. 153–154], Н. Г. Саліщева [13], В. О. Тарасова [14, с. 112] та ін.). Тут юридичний процес виступає лише різновидом однойменної процедури. Наприклад, за твердженням Д. В. Вінницького, під процедурою слід розуміти будь-який встановлений юридичний порядок щодо реалізації відповідних правових приписів органами – не тільки колегіальними, але й одноосібними – публічної влади [15]. У свою чергу, поняття юридичного процесу, на його думку, є більш вузьким, оскільки воно має на увазі лише спеціальний, найбільш детально регламентований порядок реалізації юридичних норм у правозастосовній

формі, який базується і функціонує на засадах змагальності й використання погоджувального (третейського) методу регулювання відповідних (змагально-процесуальних, пов'язаних із правозастосовними заходами примусового характеру) правових відносин.

На думку Д. Н. Бахраха, не будь-яка процедура публічно-управлінської владної діяльності є юридичним процесом. Останній уособлює лише найбільш досконалу форму першої, яка передбачає наявність загальних і конкретизованих, що впливають із загальних, повних, чітких і послідовних правових положень. Наявність окремих і навіть ряду процесуальних норм ще не перетворює офіційну процедуру в юридичний процес [16]. Коментуючи дану точку зору, Д. М. Азмі наголосила, що подібний ланцюжок міркувань, за єдиним винятком, видається розумним. Але недолік його полягає в розгляді науковцем понять «процес» і «процедура» в різнорівневих аспектах. Перше трактується як спеціально-юридичне, а друге – як загальносоціальне. Звідси й випливає висновок про більш вузьке значення процесу. Разом з тим, якщо розглядати зазначені поняття в одній і тій же площині (як однорівневі), хай навіть у загальносоціальній, то поняття процесу буде більш широким, оскільки воно характеризує будь-яке явище, навіть саме буття [17].

С. С. Алексєєв також як аргумент наводить наступне: «... об'єднання всіх видів юридичних процедур під рубрикою (поняттям) «процес» призводить до знекровлення, вихолощення цього багатого і змістовного поняття» [10, с. 123]. Натомість, як зазначає А. П. Гетьман, незрозуміло, чому відбувається збіднення поняття «процес» при об'єднанні юридичних процедур під його рубрикою. Адже таке об'єднання, навпаки, забезпечує придбання нових якісних меж змістовної характеристики процесу [18, с. 125].

Інші ж науковці переконані, що процес є ширшим за поняття процедури, оскільки характеризується не лише юрисдикційним, але й позитивним (регуляторним) правозастосуванням, при цьому процедури складають окремі етапи процесу (В. М. Горшеньов [7, с. 3–11], І. А. Іванніков [19, с. 106, 118], А. І. Кім [20, с. 43], І. М. Лазарєв [21], В. О. Лучін [22], В. С. Основін [23–25], О. В. Сєрьогін та Н. М. Чепурнова [9, с. 315], О. В. Яковенко [26] та ін.).

Так, О. Г. Пауль зазначає, що процедура – це такий структурний елемент (компонент, частина, підрозділ) однойменного процесу, який являє собою сукупність процесуальних правових відносин, що виокремлюються в рамках того чи іншого процесуального провадження й характеризуються особливостями матеріально-правових норм і відносин, на базі яких вони виникають [27, с. 16–17]. Проте його позиція була піддана критиці. Наприклад, Д. М. Азмі негативним аспектом такого трактування вважає те, що поняття процедури ув'язується тільки з сектором процесуального права і, як наслідок, повністю «виводиться за кордон» області, представлені матеріальним структурним елементом системи права [17].

Разом з тим, досліджуючи співвідношення понять юридичного процесу і юридичної процедури, О. Є. Солдатова доходить висновку, що юридичний

процес необхідно відносити до цілого, а процедуру – лише до «включеної» в нього дії чи бездіяльності (до елемента цілого). Таким чином, процедура обслуговує юридичний процес, здійснює його організаційне забезпечення. Авторка зауважує, що без імперативних початків юридичної процедури процес не зможе досягти своїх цілей [28, с. 332–335].

Схожу точку зору висловлює О. В. Яковенко, зазначаючи, що змістовне наповнення юридичного процесу ширше, ніж правової процедури. Це обумовлено тим, що правовий процес реалізується через конкретні правові процедури, а будь-яка процедура складається як макропроцедура або як мікропроцедура. У свою чергу мікропроцедура і макропроцедура співвідносяться між собою як частина і ціле, які поряд з рисами подібності мають і свої особливості. Якщо макропроцедура – це система мікропроцедур, яка в найбільш загальному вигляді встановлює загальний порядок здійснення юридичної діяльності, спрямованої на реалізацію норм матеріального права і заснованих на них матеріальних правовідносин, то мікропроцедура – це відносно самостійна частина макропроцедури, яка конкретизує встановлений загальний порядок здійснення юридичної діяльності [26, с. 6–7].

Відповідно до іншої наукової позиції процес і процедура ототожнюються в праві (принаймні з точки зору практичного значення). Так, окремі прихильники погляду щодо розуміння юридичного процесу в широкому значенні (В. М. Горшеньов, Ю. І. Мельников, В. О. Лучін та ін.) у деяких випадках ототожнюють процес і процедуру та доводять юридичний процес до меж усякого правозастосування. Науковцями відстоюється точка зору про існування «єдиної процесуальної форми», процесуального права, норми якого регулюють відносини не тільки в юрисдикційній сфері, але й при розгляді державними органами і посадовими особами різноманітних справ позитивного характеру. Так, на думку В. О. Лучіна, «процес» практично рівнозначний «процедурі» і між ними неможливо провести якусь розділову межу» [22, с. 25]. Порівнює процес і процедуру, вказуючи, що «процес» і «процедура» обидва поняття юридичні, які визначають порядок діяльності щодо застосування норм матеріального права, оскільки «процес» практично тотожний, тобто рівнозначний процедурі, також Ю. І. Мельников [29, с. 8].

Цікавою є точка зору Ю. П. Битяка і В. В. Зуй (по відношенню до адміністративного процесу). Учені вважають, що такий процес являє собою відповідну процедуру, що відбувається в рамках, установлених процесуальними правовими нормами, а їх сукупність становить провадження. Сукупність різних видів проваджень, у свою чергу, утворює адміністративний процес [30, с. 165].

Співвідношення процесу та процедури як рівнозначних понять підтримували й А. П. Гетьман та В. І. Андрейцев, зауважуючи, що це положення слід вважати правильним не тільки тому, що в етимологічному аспекті категорії «процес» і «процедура» тотожні, а й через те, що зміст цих юридичних понять є врегульована процесуальними (а не процедурними чи процедурно-процесуальними)

нормами діяльність, яка має свою послідовність і спрямована на здійснення певного результату [31, с. 97; 18, с. 125-126; 32].

Отже, проаналізувавши всі точки зору, можна відзначити, що всі підходи до співвідношення понять процесу і процедури мають право на існування. З огляду на це слушною є позиція Д. В. Карамішева, який зазначає, що обсяг змісту понять процесу і процедури може змінюватись залежно від галузі права та специфіки правовідносин їх суб'єктів. Обґрунтовуючи свою позицію, дослідник наголошує, що такі висновки базуються на аналізі застосування норм різних галузей права до певних правовідносин. Зокрема, з точки зору процесуального права процес буде мати більш широкий зміст, ніж процедура, водночас процедура буде сприйматись у більш широкому значенні для сторін, що оскаржують рішення адміністративного органу, оскільки судовий процес з розгляду такого спору є одним із елементів загальної процедури [33, с. 93].

Це питання в еколого-правовій сфері досліджував А. П. Гетьман. Формулюючи поняття еколого-правового процесу, він наголошує, що останнє є результатом синтезу процесуальної діяльності, процесуальних відносин і процесуальних форм, притаманних не тільки земельному праву як підгалузі екологічного права, але й водній, лісній, гірничій, фауністичній та повітряноохоронній підгалузям права. Так, еколого-процесуальну діяльність науковець визначає як діяльність спеціально вповноважених на те державних органів управління використанням, відтворенням й охороною навколишнього природного середовища та інших суб'єктів екологічного права, врегульовану процесуальними нормами екологічного права. Крім того, вона є фактичним змістом еколого-правового процесу, який (зміст) визначає внутрішню структуру останнього [18, с. 126–129]. До ознак такої діяльності вчений відносить таке: 1) упорядкування процесуальної діяльності процесуальними нормами у часі та просторі. Наприклад, надання природних ресурсів у користування чи власність припускає: діяльність зацікавлених суб'єктів щодо порушення клопотань про надання природних ресурсів у користування або у власність; діяльність компетентних державних органів з розгляду заявлених клопотань й прийняття відповідних рішень та інше. Планування в галузі використання, відтворення та охорони навколишнього природного середовища передбачає наступні види діяльності – діяльність з розробки та прийняття концепції екологічного планування; діяльність з розробки передпланових актів; діяльність з розробки проектів планів і їх затвердження та деякі інші. Вчинення таких дій має строго послідовний характер і не допускає їх змішання. У іншому разі така діяльність буде незаконною; 2) результатом діяльності спеціально уповноважених на те органів управління з використання, відтворення та охорони навколишнього природного середовища та інших суб'єктів права є виникнення відповідних еколого-процесуальних правовідносин. Еколого-процесуальні правовідносини виникають як результат регулювання нормами еколого-процесуальної підгалузі права суспільних відносин. Для еколого-процесуальних правовідносин характерна складна правова структура, яка виявляється в наявності декількох суб'єктів у

правовідносинах, роль яких неоднакова. У зв'язку з веденням водного кадастру це, з одного боку, органи виконавчої влади, а з іншого – суб'єкти, які зобов'язані подавати звітність; 3) така діяльність здійснюється на основі приписів, які містяться в процесуальних нормах екологічного права. Еколого-процесуальні приписи спрямовані на досягнення певних позитивних результатів, пов'язаних із забезпеченням раціонального використання природних ресурсів та охороною навколишнього природного середовища.

Таким чином, під еколого-правовим процесом А. П. Гетьман розуміє діяльність спеціально уповноважених державних органів управління використанням, відтворенням та охороною навколишнього природного середовища та інших суб'єктів права, яка здійснюється на основі приписів, що містяться в процесуальних нормах екологічного права, та виникаючі на цій основі еколого-процесуальні правовідносини, які впорядковані у просторі та часі [18, с. 126–129].

Еколого-правовий процес, як і будь який інший вид процесу, складається з низки послідовно здійснюваних дій, що мають загальний або спеціальний характер. Окремі групи таких дій, які об'єднуються спільністю їх змісту, цілеспрямованістю та бажаним результатом, утворюють те, що в науковій теорії, на практиці та в законодавстві йменується провадженням. Взявши за основу функції державного управління використанням та охороною навколишнього природного середовища, А. П. Гетьман у структурі еколого-правового процесу виділяє провадження з обліку природних ресурсів та ведення природно-ресурсових кадастрів, встановивши тим самим співвідношення кадастрового процесу як складової еколого-правового процесу (співвідношення як частки і цілого).

Таким чином, провадження з ведення природно-ресурсових кадастрів – це діяльність спеціально уповноважених на те державних органів управління використанням, відтворенням і охороною навколишнього природного середовища та інших суб'єктів права, спрямована на систематизацію зводу відомостей про правовий, природний і господарський стан природних ресурсів, їх окремих складових частин, а також постійних і таких, що змінюються в часі, властивостей [31, с. 125].

Тісно пов'язаний з управлінням природними ресурсами кадастровий процес охоплює не всю діяльність по управлінню ним, а лише ту її частину, в ході здійснення якої має місце застосування норм матеріального права. За межами кадастрового процесу знаходиться та частина управлінської діяльності, яка пов'язана з формуванням органів державного управління. Така діяльність урегульована адміністративно-правовими нормами та відноситься до сфери правового регулювання адміністративного права, а отже, є складовою адміністративного процесу. При різноманітті процесуальних дій кадастровий процес володіє певною спільністю. Включаючи в себе певні види процесуальної діяльності уповноважених органів управління, регульованої процесуальними нормами екологічного права, кадастровий процес об'єднаний єдністю предмета

правового регулювання у вигляді специфічної групи суспільних відносин з управління природними ресурсами.

Отже, визначаючи сутність «кадастрового процесу», методологічно правильним буде використовувати як базове поняття саме визначення еколого-правового процесу. Відтак кадастровому процесу притаманні такі ознаки: 1) це діяльність спеціально уповноважених державних органів управління та інших суб'єктів права (спеціалізованих підприємств, установ, організацій); 2) така діяльність спрямована на досягнення певного результату; 3) вона здійснюється на основі приписів, які містяться в процесуальних нормах екологічного права.

Таким чином, кадастровий процес – це діяльність спеціально уповноважених державних органів управління та інших суб'єктів (спеціалізованих підприємств, установ, організацій) зі створення, формування та функціонування державних кадастрів природних ресурсів, спрямована на досягнення певного результату (формування єдиної інформаційної бази даних, що містить відомості про правовий, природний та господарський стан природних ресурсів) та здійснюється на основі приписів, які містяться в процесуальних нормах екологічного права.

Висновки. Аналіз теоретичних досліджень щодо порушеного питання дає нам можливість зробити висновки, що по суті своїй термін «кадастровий процес» застосовується не тільки по відношенню до державного водного кадастру, а й до інших видів кадастрів природних ресурсів (державного земельного кадастру, державного лісового кадастру, державного кадастру тваринного світу, державного кадастру родовищ і проявів корисних копалин та інших). Якщо порівнювати співвідношення таких понять, як «ведення» та «кадастровий процес», то приходимо до висновку, що дані терміни співвідносяться як частина та ціле. У нашому випадку кадастровий процес буде виступати як загальне поняття, а ведення державного водного кадастру як його частина, яка, відповідно, має певні особливості, викликані специфікою об'єкта, щодо якого ведеться кадастр. Специфічною для кожного кадастру буде процес збору інформації, вид отриманих даних, кількісні та якісні характеристики природного об'єкта тощо.

Список літератури:

1. Ожегов С. И. Словарь русского языка: 70 000 слов / С. И. Ожегов ; под ред. Н. Ю. Шведовой ; АН СССР, Ин-т рус. яз. – Москва : Рус. яз., 1989. – 924 с.
2. Новий тлумачний словник української мови : у 3 т. : 42000 слів / [уклад. : В. Яременко, О. Сліпущко]. – 2-ге вид., випр. – Київ : Аконтіт, 2003. – Т. 3: П–Я. – 864 с.
3. Великий енциклопедичний юридичний словник / НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького ; редкол. : Ю. С. Шемчушенко (голова редкол.) [та ін.]. – Київ : Юрид. думка, 2007. – 992 с.
4. Словарь иностранных слов / под ред.: И. В. Лехина, С. М. Локшиной, Ф. Н. Петрова (глав. ред), Л. С. Шаумяна. – Изд. 6-е, перераб. и доп. – Москва : Совет. энцикл., 1964. – 784 с.
5. Великий тлумачний словник сучасної української мови. 250 000 слів / [уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел]. – Київ ; Ірпінь : Перун, 2005. – 1728 с.
6. Теория юридического процесса / под общ. ред. В. М. Горшенева. – Харьков : Изд-во при Харьк. ун-те ИО «Вища школа», 1985. – 192 с.

7. Горшенев В. М. Природа юридического процесса как комплексной системы / В. М. Горшенев // Актуальные проблемы юридического процесса в общенародном государстве. – Ярославль, 1980. – С. 3–11.
8. Николина К. В. Юридична процедура: поняття, ознаки, види, місце в системі правових категорій : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / К. В. Николина ; Нац. пед. ун-т ім. М. П. Драгоманова. – Київ, 2011. – 19 с.
9. Чепурнова Н. М. Теория государства и права : учеб. пособие / Междунар. консорциум «Электрон. ун-т», Моск. гос. ун-т экономики, статистики и информатики, Евраз. открытый ин-т ; Н. М. Чепурнова, А. В. Серегин. – Москва : ЕАОИ, 2008. – 465 с.
10. Алексеев С. С. Социальная ценность права в советском обществе / С. С. Алексеев. – Москва : Юрид. лит., 1971. – 223 с.
11. Бахрах Д. Н. Административное право России : учебник / Д. Н. Бахрах. – [5-е изд.]. – Москва : Эксмо, 2010. – 700 с.
12. Доржиев Ж. Б. Теория государства и права : учеб.-метод. пособие для студентов специальности 021100 «Юриспруденция» / Ж. Б. Доржиев. – Улан-Удэ : Изд-во ВСГТУ, 2005. – 345 с.
13. Салищева Н. Г. Административный процесс в СССР / Ин-т государства и права АН СССР ; Н. Г. Салищева. – Москва : Юрид. лит., 1964. – 158 с.
14. Тарасова В. А. Процессуальная форма деятельности органов социального обеспечения / В. А. Тарасова // Советское государство и право. – 1973. – № 11. – С. 111–115.
15. Винницкий Д. В. Налоговое процедурное право и налоговый процесс: проблемы становления / Д. В. Винницкий // Законодательство. – 2003. – № 2. – С. 23–31.
16. Бахрах Д. Н., Российский Б. В., Стариков Ю. Н. Административное право : учебник для вузов. – 2-е изд., изм. и доп. / Д. Н. Бахрах, Б. В. Российский, Ю. Н. Стариков. – Москва : Норма, 2005. – 800 с.
17. Азми Д. М. Правовое значение и соотношение понятий «процесс» и «процедура» / Д. М. Азми // Адвокат. – 2009. – № 12. – С. 13–20.
18. Гетьман А. П. Процессуальные нормы и отношения в экологическом праве : монография / А. П. Гетьман. – Харьков : Основа, 1994. – 136 с.
19. Иванников И. А. Теория государства и права : учебник / И. А. Иванников. – Москва : РИОР ; ИНФРА-Москва: Академцентр, 2012. – 352 с.
20. Ким А. И. Государственно-правовые процессуальные нормы и их особенности / А. И. Ким, В. С. Основин // Известия вузов. Правоведение. – 1967. – № 4. – С. 40–47
21. Лазарев И. М. Административные процедуры в сфере взаимоотношений граждан и их организаций с органами исполнительной власти в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.14 / Игорь Михайлович Лазарев ; Ин-т государства и права РАН ; науч. рук. Н. Г. Салищева. – Москва, 2002. – 199 с.
22. Лучин В. О. Процессуальные нормы в советском государственном праве / В. О. Лучин. – Москва : Юрид. лит., 1976. – 168 с.
23. Основин В. С. Нормы советского государственного права / В. С. Основин. – Москва : Госюриздат, 1963. – 110 с.
24. Основин В. С. Процессуальные отношения в советском государственном праве / В. С. Основин // Советское государство и право. – 1982. – № 8. – С. 11–15.
25. Основин В. С. Советские государственно-правовые нормы и отношения : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / В. С. Основин. – Ленинград, 1965. – 40 с.
26. Яковенко О. В. Правовая процедура : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О. В. Яковенко ; Саратов. гос. акад. права. – Саратов, 1999. – 22 с.
27. Пауль А. Г. Процессуальные нормы бюджетного права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.14 / А. Г. Пауль. – Воронеж, 2002. – 24 с.
28. Солдатова О. Е. К вопросу о соотношении понятий «юридический процесс» и «юридическая процедура» / О. Е. Солдатова // Молодой ученый. – 2014. – № 15. – С. 332–335.
29. Мельников Ю. И. Природа и содержание норм процессуального права в социалистическом обществе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Ю. И. Мельников. – Москва, 1976. – 22 с.

30. Административное право Украины (Общая часть) : учеб. пособие / сост. : Ю. П. Битяк, В. В. Зуй. – Харьков : Одиссей, 1999. – 224 с.
31. Гетьман А. П. Вступ до теорії еколого-процесуального права України : навч. посіб. / А. П. Гетьман. – Харків : Основа, 1998. – 208 с.
32. Андрейцев В. И. Теоретические проблемы правового обеспечения эффективности экологической экспертизы : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.06 / Владимир Иванович Андрейцев. – Киев, 1991. – 475 с.
33. Карамішев Д. В. Порядок, процес, процедура погашення податкового боргу: у чому різниця? / Д. В. Карамішев // Право і суспільство. – 2014. – № 6-2. – С. 90–96.

References:

1. Ozhegov, S.I. (1989). Slovar' russkogo jazyka: 70 000 slov. N.Ju. Shvedovoj (Ed.). Moscow: Rus. jaz. [in Russian].
2. Yaremenko, V., Slipushko, O. (2003). Novyi tlumachnyi slovnyk ukrainskoi movy. (Vols. 1–3. Vol. 3). 2-nd.ed. Kyiv: Akonit [in Ukrainian].
3. Shemchushenko, Iu.S. (Ed.). (2007). Velykyi entsyklopedychnyi yurydychnyi slovnyk. Kyiv: Yuryd. dumka [in Ukrainian].
4. Lehin, I.V., Lokshina, S.M., Petrov, F.N. (1964). Slovar' inostrannyh slov. L.S. Shaumjana (Ed.). 6-nd.ed. Moscow: Sovet. jencikl. [in Russian].
5. Busel, V.T. (2005). Velykyi tlumachnyi slovnyk suchasnoi ukrainskoi movy. 250 000 sliv. Kyiv; Irpin: Perun [in Ukrainian].
6. Gorshenev, V.M. (ed.). (1985). Teorija juridicheskogo processa, Kharkiv: Vishha shkola [in Russian].
7. Gorshenev, V.M. (1980). Priroda juridicheskogo processa kak kompleksnoj systemy. Aktual'nye problemy juridicheskogo processa v obshhenarodnom gosudarstve, Jaroslavl', 3–11.
8. Nykolyna. K.V. (2011). Yurydychna protsedura: poniattia, oznaky, vydy, mistse v systemi pravovykh katehorii. Extended abstract of candidate's thesis. Kyiv [in Ukrainian].
9. Chepurnova, N.M., Seregin, A.V. (2008). Teorija gosudarstva i prava. Moscow: EAOI [in Russian].
10. Alekseev, S.S. (1971). Social'naja cennost' prava v sovetskom obshhestve. Moscow: Jurid. lit. [in Russian].
11. Bahrah, D.N. (2010)/ Administrativnoe pravo Rossii. 5 nd.ed. Moscow: Jeksmo [in Russian].
12. Dorzhiev, Zh.B. (2005). Teorija gosudarstva i prava. Ulan-Udje: VSGTU [in Russian].
13. Salishheva, N.G. (1964). Administrativnyj process v SSSR. Moscow: Jurid. lit. [in Russian].
14. Tarasova, V.A. (1973). Processual'naja forma dejatel'nosti organov social'nogo obespechenija. Sovetskoe gosudarstvo i pravo, No. 11, 111–115 [in Russian].
15. Vinnickij, D.V. (2003). Nalogovoe procedurnoe pravo i nalogovyj process: problemy stanovlenija. Zakonodatel'stvo. No. 2, 23–31 [in Russian].
16. Bahrah, D.N., Rossijskij, B.V., Starilov, Ju.N. (2005). Administrativnoe pravo. 2-nd.ed. Moscow: Norma [in Russian].
17. Azmi, D.M. (2009.) Pravovoe znachenie i sootnoshenie ponjatij «process» i «procedura». Advokat. No. 12, 13–20 [in Russian].
18. Getman, A.P. (1994). Processual'nye normy i otnoshenija v jekologicheskom prave. Kharkov: Osнова [in Russian].
19. Ivannikov, I.A. (2012). Teorija gosudarstva i prava. Moscow: RIOR; INFRA-M: Akademcentr [in Russian].
20. Kim, A.I., Osnovin, V.S. (1967). Gosudarstvenno-pravovye processual'nye normy i ih osobennosti. Izvestija vuzov. Pravovedenie, No. 440–47 [in Russian].
21. Lazarev, I.M. (2002)/ Administrativnye procedury v sfere vzaimootnoshenij grazhdan i ih organizacij s organami ispolnitel'noj vlasti v Rossijskoj Federacii. Candidate's thesis. Moscow [in Russian].

22. Luchin, V.O. (1976). *Processual'nye normy v sovetskom gosudarstvennom prave*. Moscow: Jurid. lit. [in Russian].
23. Osnovin, V.S. (1963). *Normy sovetskogo gosudarstvennogo prava*. Moscow: Gosjurizdat [in Russian].
24. Osnovin, V.S. (1982). *Processual'nye otnoshenija v sovetskom gosudarstvennom prave*. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, 8, 11–15 [in Russian].
25. Osnovin, V.S. (1965). *Sovetskie gosudarstvenno-pravovye normy i otnoshenija*. Extended abstract of Doctor's thesis. Leningrad [in Russian].
26. Jakovenko, O.V. (1999). *Pravovaja procedura*. Extended abstract of candidate's thesis. Saratov [in Russian].
27. Paul, A.G. (2002). *Processual'nye normy bjudzhetnogo prava*. Extended abstract of candidate's thesis. Voronezh [in Russian].
28. Soldatova, O.E. (2014). *K voprosu o sootnoshenii ponjatij «juridicheskij process» i «juridicheskaja procedura»*. *Molodoy uchenyj*, 15, 332–335 [in Russian].
29. Melnikov, Ju.I. (1976). *Priroda i sodержanie norm processual'nogo prava v socialisticheskom obshhestve*. Extended abstract of candidate's thesis. Moscow [in Russian].
30. Bitjak, Ju.P., Zuj, V.V. (1999). *Administrativnoe pravo Ukrainy (Obshhaja chast')* Kharkov: Odissey [in Russian].
31. Getman, A.P. (1998). *Vstup do teorii ekolo-ho-protse-sualnoho prava Ukrainy*. Kharkov: Osnova [in Ukrainian].
32. Andrejcev, V.I. (1991). *Teoreticheskie problemy pravovogo obespechenija jeffektivnosti jekologicheskoy jekspertizy*. Doctor's thesis. Kiev [in Russian].
33. Karamyshev, D.V. (2014). *Poriadok, protses, protsedura pohashennia podatkovoho borhu: u chomu riznytsia?* *Pravo i suspilstvo*, 6-2, 90–96 [in Russian].

Borovytska A. G., Postgraduate Student of the Department of Environmental Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail: anastasia_borovitskaya@mail.ru ; ORCID 0000-0002-4382-4419

The correlation of the definitions «maintenance of the state water cadastre» and «cadastral process»

Water resources in the system of sustainable development of Ukraine are some of strategic and vital natural resources. However, such resource like water, is dependent to the influence of technical progress, and if contaminated, perhaps can be exhausted. Therefore, in modern conditions of the rapid economic development of our state, there is a need in the formation and implementation of state policy of sustainable water use, which will allow us to solve complex urgent problems (inefficient water use, unreasonable water use strategy, unsatisfactory construction and operation of water management systems, the lack of clear environmental standards and criteria, and others) in the shortest possible time. In our opinion the solution of the problems, which were noted above, is impossible without a complete display of dynamic natural environment and monitoring the impact of human activities on the integration of the virtual play-back of anthropogenic and natural environment.

A lot of scientists continue to study the legal regulation of maintenance of the natural resource cadastres, including water cadastre and the procedural regulation of various aspects of activity of management bodies in the sphere of ecology, including cadastral, in particular, A. P. Getman, V. M. Yermolenko, I. I. Karakash, V. I. Andreitsev, V. V. Nosik, Y. S. Shemshuchenko, Z. V. Yaremak and others. Despite their significant contribution to the development of the problems in this area, there was put out of sight a special study of the state water cadastre and cadastral process that is relevant nowadays.

Purpose of the article is the study of the definitions «maintenance of the state water cadastre» and «cadastral process», as well as the determination and justification of the corresponding relationship between the specified definitions.

The maintenance of cadastre is a complex notion, which represents not only the safekeeping of electronic and/or paper information carrier within the prescribed period, but the rapid introduction into

the inventory of all information received from all state bodies authorized to maintain the cadastre. Maintenance of state water cadastre can be understood in a broad and narrow sense.

Being closely linked to natural resource management the cadastral process does not cover all management activities, but only that part, the implementation of which contains the application of substantive law. Beyond the cadastral process there is located the part of management, which is associated with the formation of bodies of public administration. Such activity is controlled by the administrative-legal regulations and is related to the sphere of legal regulation of administrative law, and therefore is a component of the administrative process. Due to the diversity of procedural steps of the cadastral process it has a certain commonality. Including certain types of procedural activities of the competent authorities, which are regulated by the procedural rules of environmental law, the cadastral process is united by the common subject of legal regulation as a specific group of the public relations in natural resources management.

The analysis of theoretical studies concerning the raised question enables us to draw the following conclusions that in essence the term «cadastral process» applies not only to the state water cadastre, but also to other types of natural resources cadastres (the state land cadastre, the state forest cadastre, the state cadastre of the animal world, the state cadastre of occurrence and manifestations of minerals and others). If you compare the correlation of such notions as «maintenance» and «cadastral process», you come to the conclusion that these terms are related as the part and the whole. In our case, the cadastral process will appear as a general term, and maintaining the state water cadastre will appear as its part which, accordingly, has certain peculiarities caused by specificity of the object in towards of which the cadastre has been maintained. So, the process of gathering information, view received data, quantitative and qualitative characteristics of a natural object will be specific to each cadastre, and so on.

Keywords: process; procedure; the cadastral process; maintenance of the state water cadastre; ecological and legal process.

Надійшла до редколегії 01.09.2016 р.



Біловус Роман Володимирович,
здобувач кафедри екологічного права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: silver-lex88@yandex.ru

doi: 10.21564/2414–990x.134.79094
УДК 349.6

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗАГАЛЬНОГО КОРИСТУВАННЯ НАДРАМИ ДЛЯ ЦІЛЕЙ, НЕ ПОВ'ЯЗАНИХ З ВИДОБУВАННЯМ КОРИСНИХ КОПАЛИН

Охарактеризовано основні аспекти правового регулювання загального користування надрами для цілей, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин. Проаналізовано специфічні особливості та форми здійснення такого надрокористування на загальних засадах. Виявлено недоліки у законодавчому регулюванні цього питання і запропоновано можливі шляхи їх усунення.

Ключові слова: надра; право; загальне користування; надрокористування; природокористування.

Біловус Р. В., соискатель кафедры экологического права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: silver-lex88@yandex.ru

Правовое регулирование общего пользования недрами для целей, не связанных с добычей полезных ископаемых

Статья посвящена характеристике основных аспектов правового регулирования общего пользования недрами для целей, не связанных с добычей полезных ископаемых. Анализируются специфические особенности и формы осуществления такого недропользования на общих основаниях. Виявлено несовершенство правового регулирования данного вопроса и предложены возможные пути преодоления существующих пробелов в законодательстве.

Ключевые слова: недра; право; общее пользование; недропользование; природопользование.

Постановка проблеми. Питання правового регулювання загального користування надрами для цілей, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин, обумовлені тією ж проблематикою, що й загальне користування надрами для видобутку корисних копалин, а саме відсутністю належного законодавчого закріплення підстав, способів та порядку здійснення такого користування на загальних засадах.

Нинішню екологічну ситуацію з використанням надр в Україні можна охарактеризувати як кризову. Однією з причин незадовільного стану законодавства про надра є нехтування об'єктивними факторами розвитку суспільних відносин у сфері загального надрокористування, коли користування надрами ототожнюють лише зі спеціальним порядком їх використання [6, с. 76].

Мета статті – з'ясувати специфіку правового регулювання загального користування надрами для цілей, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин.

За загальним правилом, визначеним ст. 55 Кодексу України про надра (далі – КУпН), використання надр для цілей, не пов'язаних з добуванням корисних копалин, головним чином пов'язане з будівництвом та експлуатацією різноманітних підземних споруд, захороненням відходів, яке здійснюється за відповідними проектами.

У проектах повинні передбачатися заходи, що забезпечують знешкодження стічних вод, шкідливих речовин і відходів виробництва або локалізацію їх у визначених межах, а також запобігають їх проникненню в гірничі виробки, на земну поверхню та у водні об'єкти.

Відповідно до ст. 47 КУпН ділянки надр, надані для будівництва та експлуатації підземних споруд і для інших цілей, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин, підлягають державному обліку центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері охорони праці [2].

Виклад основного матеріалу. Проблеми користування надрами в цілях, не пов'язаних з видобутком корисних копалин, у юридичній літературі детально практично не досліджувались. В окремих працях цей вид надрокористування розглянуто в загальних рисах, схематично або фрагментарно. Між тим останній становить складне правове явище: має багато різновидів, широке коло надрокористувачів і передбачає необхідність існування системи специфічних правових норм, які наразі містяться у окремих законодавчих та підзаконних актах.

Насамперед слід зазначити, що загальне надрокористування для цілей, не пов'язаних з видобутком корисних копалин, не пов'язане з отриманням матеріально-речових благ, а має на меті забезпечити права громадян на дозвілля та відпочинок, на збереження та поліпшення їх здоров'я, на задоволення їх духовних і культурних потреб тощо. До такого користування можна відносити всі інші, відмінні від безпосереднього вилучення з надр корисних копалин, види загального надрокористування, наприклад, екологічний туризм, використання палеонтологічних об'єктів, збирання унікальних мінералогічних, інших геологічних колекційних матеріалів, наукова та навчальна діяльність, у сільськогосподарських цілях, здійснення спелеології, альпінізм тощо.

Окремі громадяни, як фізичні особи, можуть здійснювати лише технічно нескладне користування надрами для підземного будівництва (в основному при будівництві й експлуатації громадянами підземних сховищ для зберігання харчових продуктів, вирощування грибів тощо).

Всі ці види загального надрокористування об'єднує відсутність безпосередніх дій надрокористувача з вилучення за допомогою нескладних способів і

приладдя корисних копалин з відповідних ділянок надр. У даному разі задовольняються у першу чергу культурні, оздоровчі, наукові, естетичні, рекреаційні та інші потреби людини.

Переконані, що в законодавстві про надра повинні бути деталізовані механізми правового регулювання загального користування надрами для цілей, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин. Існуючі в цій галузі правові норми в розрізних актах декларативні, схематичні, недосконалі за формою та змістом.

Тому однією з цілей нашої публікації є окреслення загальнотеоретичних засад реалізації надрокористувачами своїх прав на використання природних (корисних) властивостей надр для задоволення своїх особистих потреб, що не пов'язані з видобутком корисних копалин.

Барабаш Н. П. з цього приводу зазначає, що дотепер недостатньо дослідженим залишається питання визначення поняття «користування надрами для цілей, не пов'язаних із видобуванням корисних копалин». У чинному законодавстві про надра поняття «користування надрами для цілей, не пов'язаних із видобуванням корисних копалин», не визначено [1, с. 75].

У наведеному в КУпН переліку видів користування надрами визначені не лише цілі, для яких можуть використовуватися такі ресурси надр, як підземні простори, а й види цільового призначення підземних споруд, що можуть зводитися й експлуатуватися в порожнинах надр. Більшість цілей використання підземних просторів охоплюється будівництвом та експлуатацією підземних споруд, не пов'язаних із видобуванням корисних копалин. Разом із тим корисні властивості надр не обмежуються використанням їх лише для розміщення споруд різного призначення. Слід враховувати також можливість їх використання як невід'ємної умови та джерела життєдіяльності людини. Використання підземних просторів для утворення особливо охоронюваних природних об'єктів, геологічних заповідників, заказників, археологічних зон і пам'яток, проведення спортивних, культурних та інших оздоровчих і громадських заходів тощо зумовило виокремлення у законодавстві України про надра такого виду користування надрами, як створення геологічних територій та об'єктів, що мають важливе наукове, культурне, санітарно-оздоровче значення.

На доктринальному рівні зазначається, що використання підземного простору для вказаних цілей не потребує визначення, оскільки мета надрокористування вказана у його найменуванні. Тут визначається можливість виробництва і зберігання винопродукції; вирощування грибів, овочів, квітів та інших рослин; зберігання харчових продуктів, промислових та інших товарів, речовин і матеріалів тощо. На законодавчому рівні така можливість передбачалася підпунктом 264.1.1 ст. 264 ПКУ України (в редакції Закону від 31.12.2014 р.), щоправда, суб'єктами здійснення такого користування надрами визначалися юридичні особи і фізичні особи-підприємці [4].

Справжній зміст наведеної правової норми є ширшим за її буквальну формулу, що створює можливість розширеного тлумачення цього переліку, адже

зазначена в ній діяльність не охоплює всіх можливих випадків користування у межах території України ділянками надр у цілях, не пов'язаних із видобуванням корисних копалин.

У цьому контексті не слід забувати про можливість користування надрами та їх корисними властивостями, що не пов'язано з використанням підземного простору надр, зокрема, походи та дослідження гір, альпінізм, спелеотуризм, колекціонування мінералогічного каміння, екологічний туризм тощо. Тобто користування ділянками надр поза підземним простором.

Чинне законодавство у сфері користування надрами у цьому аспекті має значну прогалину, адже визначені чинним КУпН види користування надрами, зокрема для цілей, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин, пов'язують таке користування фактично лише з освоєнням підземного простору надр, що не відповідає дійсним суспільним відносинам у сфері загального надрокористування.

Корисність надр для суспільства полягає в тому, що вони можуть використовуватися не тільки як основний засіб виробництва (при видобуванні корисних копалин), а й як просторово-операційний базис діяльності людей та як місце для реалізації права громадян на дозвілля та відпочинок, збереження та поліпшення їх здоров'я, задоволення духовних і культурних потреб осіб (при користуванні надрами для цілей, не пов'язаних із видобуванням корисних копалин).

Відсутність належного законодавчого закріплення у чинному законодавстві порядку та способів загального користування надрами для цілей, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин, може створювати ряд проблем на практиці.

Загальне користування надрами для цілей, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин, можна вважати комплексом суб'єктивних прав і інтересів людей, до якого можна віднести ті складові права загального природокористування, які володіють відповідними ознаками, а саме спрямовані на оздоровлення та відпочинок населення, на задоволення естетичних і етичних потреб тощо.

Основною проблемою практичної реалізації права загального надрокористування, у т. ч. для цілей, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин, стає свобода доступу фізичних осіб до корисних властивостей надр для задоволення своїх особистих потреб. Тобто право загального надрокористування як різновид права загального природокористування в сучасних умовах, на нашу думку, трансформується в право доступу фізичних осіб до корисних властивостей надр для користування ними з метою реалізації особистих потреб (для особистих потреб).

З точки зору історичної спадкоємності, право доступу до природних (корисних) властивостей надр можна сприймати як розвиток поняття права загального природокористування, однак при більш детальному дослідженні сутності загального надрокористування виявляється, що це все ж швидше нова правова конструкція, що базується на тому уявленні про суть суспільних інтересів в сфері надрокористування, яке відповідає існуючому стану правового регулювання і практики реалізації норм законодавства, і в основі якої забезпечення доступності надрових ресурсів, які не пов'язані з корисними копалинами, для особистого користування (свободи доступу до них).

Важливо підкреслити, що право доступу має більш широкий контекст, пов'язаний з наявністю суспільної зацікавленості в організації використання природних (корисних) властивостей надр взагалі, яка повинна реалізовуватися за рядом напрямків, в тому числі за допомогою застосування процедур участі громадськості в прийнятті рішень про забезпечення доступу до ділянок надр для задоволення особистих потреб.

Визначальне значення для кваліфікації будь-якого інтересу фізичних осіб як підстави права на доступ до природних (корисних) властивостей надр має особистий (не пов'язаний з підприємницькою діяльністю) характер потреб. Це, зокрема, можуть бути особисті потреби екологічного (переважно рекреаційного) значення, що реалізуються без вилучення корисних копалин з надр.

Наприклад, у процесі любительського і спортивного рибальства реалізуються різноманітні потреби в спілкуванні з природою, у відпочинку, у спорті, добуванні водних біоресурсів для споживання, що надає цим видам екологічних інтересів велику соціальну значимість.

Найбільш важливим у регулюванні загального користування надрами для цілей, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин, є забезпечення його соціальної доступності. Доступність зумовлюється свободою доступу фізичних осіб до природних (корисних) властивостей надр для здійснення цього виду природокористування. У свою чергу, свобода такого доступу забезпечується безкоштовністю, а також відсутністю необхідності отримання спеціальних дозволів.

Варто вказати на спроби дослідити використання надрових ділянок для задоволення, наприклад, культурно-естетичних потреб людини, специфіка користування якими здебільшого полягає у використанні природних лікувальних та оздоровчих ресурсів і природних оздоровчих факторів, які властиві певній ділянці надр [6, с. 78, с. 80].

Насамперед можна вказати на рекреаційне надрокористування, яке базується на цільовому і раціональному використанні рекреаційних ресурсів надрових ділянок. Рекреаційне надрокористування – це комплекс заходів, пов'язаних із використанням природних (корисних) властивостей надр з метою оздоровлення людини, відновлення її фізичного та психологічного самопочуття, розширення екологічного і культурного світогляду. Рекреаційне надрокористування здійснюється на конкретних територіях з певними соціально-економічними та природними умовами. Система рекреаційного надрокористування формується під впливом зростаючих потреб суспільства в рекреаційних послугах та рівня придатності природно-ресурсного потенціалу певної ділянки надр для рекреаційного використання.

У наших умовах, з різних причин, процес відновлення життєвих сил часто носить традиційно пасивний характер і пов'язаний з уявленням про спокій у домашніх умовах як кращу форму відпочинку. Такий підхід призводить до негативних наслідків – зростання взаємопов'язаних фізичних і психічних захворювань, які поступово переходять у хронічні, погіршуються параметри здоров'я у дітей і підлітків. Таке становище викликане як погіршенням стану природного

середовища, так і зміною характеру життєдіяльності населення у створеному дисбалансі між характером затрат людини та їх відновленням. У цих умовах процес відтворення повноцінної працездатності може бути забезпечений тільки в результаті зростання споживання рекреаційних послуг. На цьому базується медико-біологічний чинник формування потреб у рекреаційних послугах – необхідність лікування та оздоровлення населення на основі природних (корисних) властивостей надр [5].

На формування попиту на рекреаційні послуги у сфері надрокористування вагомий вплив має також територіальний чинник, який, у свою чергу, залежатиме від геополітичного положення, наявності та забезпечення корисними (природними) властивостями надр на довколишніх територіях та багатьох інших чинників.

На нашу думку, при розгляді питання функцій рекреаційного надрокористування слід користуватися такими положеннями:

- рекреація – це спосіб задоволення життєво важливих потреб населення у лікуванні та відпочинку, елемент процесу відновлення працездатності;
- при належній організації рекреаційна діяльність виступає як форма освітньо-виховної діяльності;
- претендуючи на певні території, рекреаційна діяльність обмежує існування інших видів надрокористування, в т. ч. у спеціальному порядку, які є екологічно менш безпечними;
- виступаючи як форма міжнародного співробітництва, рекреаційна діяльність, туризм, зокрема, відіграє важливу політичну роль.

Ще одним проявом загального надрокористування для цілей, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин, є освоєння гірських просторів та печер для задоволення особистих культурних, оздоровчих, естетичних, лікувальних тощо потреб.

Гори – чималі ділянки земної поверхні з різкими коливаннями висот і контрастними формами рельєфу, піднесені вище 600 м над рівнем моря.

Печера – природна підземна порожнина, що з'єднується з поверхнею Землі одним або декількома отворами. Печери можуть бути заповнені повітрям або іншим газом (здебільшого радоном або метаном), водою, частково твердими відкладами [3].

Завдяки сучасній техніці гірських проходжень печери стають доступними як спелеологам, так і масовому туристові. Насамперед печери – постійні провідники вологи від поверхні карстових масивів до джерел. І коли хочемо зберегти чисту питну воду, слід старанно запобігати забрудненню печер і шахт. Карстові порожнини мають значення і велике наукове значення, оскільки вони – своєрідна «terra incognita» для дослідників найрізноманітніших спеціальностей: геологів і карстознавців, археологів і палеонтологів, зоологів і морфологів-еволюціоністів. І, нарешті, печери – це потенційно цінні туристично-екскурсійні об'єкти, і тому встановлювати пряму заборону або обмеження їх відвідування було б просто нерозумно. Печери можуть слугувати і як сховища, як виробничі приміщення, для відпочинку і розваг тощо. Один з популярних нині видів

використання печер – підземний туризм. Найпопулярнішими туристичними печерами в Україні є печери Мармурова та Червона (Крим), Млинки, Вертеба, Вітрова, Кришталева (Тернопільщина) та Атлантида (Хмельниччина).

Наукове значення печер зумовлено необхідністю їх вивчення і охорони, що залежить від того, що в них:

- здійснюється збір різноманітної інформації вченими різних напрямів вітчизняної науки;
- зберігаються сліди минулих епох, які зазвичай уже знищені на поверхні Землі;
- представлений особливий тип ландшафту – печерний;
- тривалий час існують кліматичні умови, близькі до стабільних, що сприяє збереженню в печерах різноманітної флори і фауни, яка не змінювалась уже багато сотень років (наявність ендеміків);
- живуть і зимують колонії рукокрилих, окремі види яких занесені в Червону книгу, що сприяє їх поглибленому вивченню;

На базі існуючих печер розвинена активна спелеологічна і спелеотуристична діяльність. Звичайно ж, слід відмітити, що спелеотуристична діяльність через свою масовість здатна завдати непоправної шкоди первозданному вигляду найпопулярніших печер, тому питанню охорони печер необхідно приділяти належну увагу.

Не слід забувати, що в гірській місцевості проживає досить велика кількість людей (Крим, Карпати), і їх життєдіяльність прямо залежить від можливості користування навколишніми природними ресурсами [5].

Висновки. Регулювання умов здійснення фізичними особами загального надрокористування для особистих потреб, що не пов'язані з видобуванням корисних копалин, залежить від уявлення законодавця про вичерпність надрових ресурсів, про значущість раціонального надрокористування, співвідношення індивідуальних прав громадян і конституційного положення про природні ресурси як загальне надбання, а також від наявності культурної, соціальної, естетичної тощо складової права загального надрокористування.

Аналіз існуючих суспільних відносин у сфері загального надрокористування в черговий раз дає підстави говорити про неналежне законодавче закріплення багатогранних суспільних відносин у сфері здійснення загального користування надрами, що об'єктивно призводить до складнощів визначення цілісної картини правового регулювання загального надрокористування.

Список літератури:

1. Барабаш Н. Визначення цілей користування надрами, що не пов'язані з видобуванням корисних копалин / Наталія Барабаш // Підприємництво, господарство і право. – 2014. – № 1. – С. 74–79.
2. Кодекс України про надра від 27.07.1994 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 1994. – № 36. – Ст. 340.
3. Мала гірнича енциклопедія : в 3 т. – Т. 1: А-К / за ред. д. т. н. В. С. Білецького. – Донецьк : Донбас, 2004. – 618 с.

4. Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. // Відом. Верхов. Ради України. – 2011. – № 13–17.
5. Петранівський В. Л. Туристичне краєзнавство : навч. посіб. – 2-ге вид., виправл. / В. Л. Петранівський, М. Й. Рутинський. – Київ, 2008. – 575 с.
6. Шем'яков О. Правове регулювання користування надрами для цілей, не пов'язаних із видобуванням корисних копалин / О. Шем'яков, І. Хохлова // Право України. – 2010. – № 1. – С. 76–81.

References:

1. Barabash, N. (2014). Vyznachennia tsilej korystuvannia nadramy, scho ne pov'iazani z vydobuvanniam korysnykh kopalyn [Setting goals subsoil use not related to mining]. *Pidpriemnytstvo, Hospodarstvo i Pravo: naukovopraktychnyj, hospodars'ko-pravovyj zhurnal – Business, Economy and Law: Scientific and Practica, economic and legal magazine*, no. 1, 74–79 [in Ukrainian].
2. Kodeks Ukrainy pro nadra. (1994). Verkhovna Rada Ukrainy. zakon5.rada.gov.ua. Retrieved from: <http://zakon5.rada.gov.ua/lavs/show/132/94-vr> [in Ukrainian].
3. Bilets'kiy, V.S. (Eds.). (2004). Mala hirnycha entsyklopediia [Small mining Encyclopedia]. (Vols. 1-3; Vol. 1). Donetsk: Donbas [in Ukrainian].
4. Podatkovyj kodeks Ukrainy. (2010). Verkhovna Rada Ukrainy. zakon3.rada.gov.ua. Retrieved from: <http://zakon3.rada.gov.ua/lavs/show/2755-17> [in Ukrainian].
5. Petraniv's'kyj, V.L. & Rutyn's'kyj, M.J. (2008). Turystychnе kraєznаvstvо [Travel Nandigram]. Kiev [in Ukrainian].
6. Shem'iakov, O. & Khokhlova, I. (2010). Pravove rehuliuвання korystuvannia nadramy dlia tsilej, ne pov'iazanykh iz vydobuvanniam korysnykh kopalyn [Legal regulation of subsoil for purposes not related to mining]. *Pravo Ukrainy – Law Ukraine*, no. 1, 76–81 [in Ukrainian].

Bilovus R. V., Competitor of the Environmental Law department of Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: silver-lex88@yandex.ru

Legal regulation of the common use of subsoil for purposes not related to mining

The article is devoted to the basic legal aspects of legal regulation of the common use of subsoil for purposes not related to mining. An attempt is made to analyze and identify specific features and embodiments of the subsoil on a common basis. Regulatory deficiencies are identified the issue and find out possible ways to overcome the existing gaps in legislation on this issue.

The issue of legal regulation of public use subsoil for purposes not related to mining caused the same problems as the general use of mineral resources for mining, such as lack of proper legislative consolidation of bases, methods and procedures of such use on general principles.

General subsoil for purposes not related to mining is not associated with obtaining material and of material wealth, and aims to ensure citizens' right to rest and leisure, to maintain and improve their health, meet their spiritual and cultural needs of others.

It is important to emphasize that the right to access a wider context associated with the presence of the public interest in the use of natural (mineral) properties of the mineral resources in general, which should be implemented in a number of ways, including through the use of procedures for public participation in decisions about software access to the subsoil to meet personal needs.

Most important in the regulation of general use subsoil for purposes not related to mining is ensuring its social accessibility. Availability conditioned the freedom of access of individuals to the natural (mineral) properties of the mineral resources for the implementation of this type of nature. In turn, this freedom of access is provided free of charge, and no need for special permits.

Keywords: subsoil; law; general use; subsoil use; nature use.

Надійшла до редколегії 21.06.2016 р.

СУДОУСТРІЙ. ПРОКУРАТУРА ТА АДВОКАТУРА



Назаров Іван Володимирович,
доктор юридичних наук, професор кафедри
організації судових та правоохоронних органів,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків,
e-mail: nazarov_ivan@ukr.net
ORCID 0000-0002-2998-4483

doi: 10.21564/2414–990x.134.76912
УДК 347.97/.99(410):061.1ЄС

ІСТОРИЧНИЙ РОЗВИТОК ТА СУЧАСНА СТРУКТУРА СУДОВОЇ СИСТЕМИ НІМЕЧЧИНИ

Аналізується історія розвитку та формування сучасної структури судової системи Федеративної Республіки Німеччини, чинники, що вплинули на види спеціалізації судів Німеччини, порядок взаємодії судів з іншими державними органами. Звертається увага на механізми приведення судової системи Німеччини у відповідність до єдиних європейських стандартів і можливість застосування позитивного досвіду цієї країни у ході судової реформи в Україні.

Ключові слова: судова влада; судова система; судова реформа; суд; статус суддів; судова система Німеччини.

Назаров І. В., доктор юридических наук, професор кафедри організації судових та правоохоронних органів, Національний юридический університет імені Ярослава Мудрого, Україна, г. Харків.

e-mail: nazarov_ivan@ukr.net ; ORCID 0000-0002-2998-4483

Историческое развитие и современная структура судебной системы Германии

Анализируются история развития и формирования современной структуры судебной системы Федеративной Республики Германии, факторы, повлиявшие на виды специализации судов Германии, порядок взаимодействия судов с иными государственными органами. Обращается внимание на механизмы приведения судебной системы Германии в соответствие к единым

европейским стандартам и возможность применения позитивного опыта этой страны в процессе судебной реформы в Украине.

Ключевые слова: судебная власть; судебная система; судебная реформа; суд; статус судей; судебная система Германии.

Постановка проблеми. Досвід Німеччини для України є повчальним, оскільки ця країна має складну структуру судової системи із великою кількістю спеціалізованих юрисдикцій та різною кількістю рівнів у спеціалізаціях. Певний час Україна мала чотирирівневу структуру судової системи та, фактично, чотири судові інстанції. На історичному досвіді ми пересвідчимось, чому для Німеччини така структура була потрібна, а в Україні її ефективна робота майже неможлива.

Ступінь розробленості теми. Структура судової системи Німеччини та інших європейських країн, історичні етапи їх формування розглядалися у роботах таких вчених, як Т. В. Апарова, А. С. Безнасюк, Г. Т. Єрмошин, Н. А. Колоколов, І. Є. Марочкін, С. Г. Павліков, І. Л. Петрухін, С. В. Прилуцький, В. А. Ржевський, Х. У. Рустамов, В. В. Сердюк, Н. В. Сібільова, В. А. Туманов, В. І. Шишкін, М. В. Ярова та ін. Але поза їх увагою залишились причини формування сучасної структури судової системи Німеччини, не проводився й аналіз того, як історичний шлях розвитку цієї держави формував види та компетенцію судів.

Виклад основного матеріалу. Федеративна Республіка Німеччина належить до тих країн, досвід судоустрою яких запозичувався іншими державами. Нагадаємо, що Німеччина – країна з романо-германської правової сім'ї, яка виникла в результаті еволюції римського права й охоплює більшість країн континентальної Європи. За специфічними ознаками усередині цієї правової сім'ї можна виділити дві групи: романську і германську.

Незважаючи на те, що римське право дуже вплинуло на становлення правових систем всіх європейських країн, у Німеччині його вплив був значнішим, ніж у Франції й Англії. Священна Римська імперія німецьких націй, ще не одержавши такого статусу, веде відлік від 843 р. (імперією Німецьке королівство стане в 962 р.). Періоди величезного впливу чергувалися із занепадом, поступово на її території було утворено близько 300 незалежних держав, князівств та вільних міст [1, с. 766]. На територіях Німецької імперії імператор мав певні судові прерогативи. Зокрема, він головував у Верховному суді, що розглядав справи у першій інстанції й як остання апеляційна інстанція. У спорах між васалами імператор здійснював функції суду останньої інстанції.

Слід підкреслити, що феодалне право Німеччини більше сприяло васалові [2, с. 41]. Це пояснюється істотним послабленням центральної імперської влади до XV ст. Центральна влада через низку причин не змогла згуртувати навколо себе феодалних баронів, у силу чого стала збільшуватися самостійність німецьких князівств. Роздробленість політичної влади перешкодила становленню й консолідації загальнонімецького приватного права, а також становленню загальнонімецької судової системи [3, с. 138–147]. Слабкість централізованої

політичної влади пояснювала й слабкість імперського суду, відсутність централізованої судової системи. Імперський суд мав досить вузьку компетенцію, не мав певного місця розташування й постійного складу суддів. Судова практика мала лише регіональне значення, у межах окремих німецьких держав. Кожен німецький князь бажав володіти у своїй державі монополією на правосуддя [4, с. 46].

Відомий учений і політик ХІХ ст. професор Берлінського університету Рудольф Гнейст зазначав, що судова влада Німеччини середніх століть не справлялася повною мірою із завданнями, які на неї покладали, через те, що судоустрій не був улаштований таким чином, щоб забезпечити можливість вирішити всі виникаючі конфлікти в суді й суди дуже часто відсилали прохачів до примітивної системи самопомоги [5, с. 69]. При цьому під системою самопомоги розумівся дозвіл кожному учасникові спору узятися до зброї, щоб таким шляхом знищити несправедливість. Крім того, відсутність діяльної судової влади над правлячим дворянством давала їм широку автономію, чим вони й користувалися. Таке становище призводило до логічного висновку про необхідність централізації судової системи й розширення її компетенції. У результаті були засновані верховні суди у сфері цивільної й кримінальної юрисдикції з бажанням поширити їхню компетенцію на територію всієї імперії. Однак не всі німецькі держави це сприйняли. Так, Австрія усунулася від імперського суду із самого початку, а Прусія з ХVІІІ ст. Відповідно Верховний цивільний суд продовжував існувати й розглядати спори відносно урядів більш дрібних країн імперії. У рамках кримінальної юстиції також був створений аналогічний вищий суд з компетенцією щодо всіх суб'єктів імперії у вигляді Імперської придворної ради (аналог англійської Королівської лави) як кримінальний суд над васалами імперії, главою й суддею якого став сам король. Але зі зменшенням влади короля зменшилася й компетенція Придворної ради з обмеженням її дії, як і у випадку з Верховним цивільним судом [5, с. 71].

Імперські суди були верховною інстанцією в юридичних, фінансових і поліцейських питаннях, щоб необмежене міське правління на місцях не призводило до зловживань [5, с. 95]. Однак реалії були такі, що держава визнавала правові домагання підданих, визначала суди, компетентні їх розглядати, форму розгляду, але, по суті, була безсила їх виконати. Деякою мірою судові функції імперії були зв'язані по руках правилом, відповідно до якого імперські судові вироки щодо васалів можуть бути звернені до виконання тільки через уряд країни, а стосовно членів уряду країн імперії – тільки директорами або начальницькими князями округу. Тому на місцях у міру ослаблення імперських судів на їх зразок створюються нові верховні апеляційні суди, верховні придворні суди або верховні трибунали, при комплектуванні яких відбувся перехід від шеффенського устрою до постійних посадових місць і колегій. Як перша інстанція продовжують працювати місцеві й вотчинні суди. Проте, незважаючи на труднощі, пов'язані з великою кількістю судів і відсутністю чітко працюючої судової системи в цілому, на думку Рудольфа Гнейста, у ті

часи німецькі суди здійснювали захист своїх підданих краще, ніж англійські або французькі [5, с. 110].

У 1866 р., після війни між Прусією й Австрією, була створена Конфедерація Північної Німеччини, що була дійсною федеративною державою, що спричинило подальшу уніфікацію права, у тому числі й у сфері судоустрою. Було встановлене підпорядкування державних органів принципу законності, для забезпечення дотримання якого уведена адміністративна юстиція.

У 1877 р. було прийнято Установлення судових законів для Німецької імперії, чим визначалися загальні правила формування й діяльності судів ординарної юстиції, для розгляду всіх цивільних й кримінальних справ, які не підпадали під юрисдикцію адміністративних або особливих судів на всій території Імперії, та давався дозвіл союзним державам створювати особливі суди [6, с. 1-2]. До особливих судів могли бути віднесені митні суди, общинні, ремісничі, а також суди для розгляду спорів у сфері привілеїв, обтяжень, розділів і консолідацій, загальних володінь, поміщицько-селянських розглядів та ін. (§ 14 Установлень). Суди були визначені як незалежні, державні носії судової влади. Судову систему становили ординарні суди й особливі (спеціалізовані). До ординарних судів були віднесені дільничні суди й ландгеріхти, обер-ландгеріхти й імперський суд.

Дільничні суди могли складатися як з одного судді, так і з декількох і розглядали віднесені до їхньої компетенції цивільні справи по суті. Для розгляду кримінальних справ при дільничних судах створювалися шеффенгеріхти – колегіальний склад суду із суддів дільничного суду й двох шеффенів.

Лангеріхти також були судами першої інстанції, однак більшими, мали внутрішній структурний поділ на цивільну й кримінальну камери (при необхідності – камеру для торговельних справ) і були компетентні розглядати більш складні цивільні й кримінальні справи, а також апеляції на рішення дільничних судів. Для розгляду деяких категорій кримінальних справ при лангеріхтах міг утворюватися суд присяжних, що складався з трьох суддів і дванадцяти присяжних.

Оберлангеріхти були наступним рівнем судової системи й мали компетенцію розглядати апеляції на рішення лангеріхтів або ревізії рішень дільничних судів з цивільних і кримінальних справ.

У свою чергу Імперський суд здійснював перегляд остаточних судових рішень оберлангеріхтів у порядку ревізії, а також розглядав скарги на їхні рішення у цивільних справах; розглядав деякі кримінальні справи як перша й остання інстанція, здійснював перегляд вироків у кримінальних справах у порядку ревізії.

Пройшовши через Першу й Другу світові війни, ФРН, провівши відповідні реформи, відновила «романо-германську» спадщину [2, с. 50–57]. Було переосмислено роль та функцію судової системи, а також сутність права. Німецькі юристи повоєнного періоду писали, що нацистський режим використовував судову систему у своїх злочинних цілях за допомогою ідеї

позитивізму [7, с. 1807]. Континентальна європейська традиція, що розглядала суддів як повністю підпорядкованих закону, була змінена під впливом доведеної несправедливості, яку встановили суди нацистської Німеччини [8, с. 276]. Тому вищі суди ФРН після війни проголосили закони, прийняті за нацистського режиму, нікчемними, бо вони явно суперечили основоположним принципам справедливості.

У наші часи у Німеччині достатнім чином сформульований понятійний апарат у сфері судової влади, особливість якого полягає у досить широких (загальних) формулюваннях. Судова влада розглядається як основне поняття, що охоплює супутні, такі як судовоговіріння, судова система, суддівський корпус, здійснення права. Судова система визначається як центральна ланка єдиної системи спільного функціонування як судів, так і пов'язаних із ними інших державних органів, які здійснюють попередню діяльність і приймають остаточні рішення, необхідні для реалізації закону у випадках установавання правових фактів порушення прав і обов'язків учасників правового обороту [9, с. 206].

Таке формулювання свідчить про те, що суди не лише утворюють власну судову систему, але й разом з іншими взаємозалежними органами – єдину правоохоронну систему. В українській правовій доктрині така позиція нині не вітається, у німецькій юридичній літературі це домінуючий підхід [9, с. 207]. Можна припустити, що така точка зору домінує через розуміння складності процесу судового захисту. У тому розумінні, що функціонування суду як хорошого годинникового механізму залежить не тільки від судді, що розглядає справу, але й від інших осіб. До них належать не лише особи, що діють при судах (судді, прокурори, допоміжні й канцелярські працівники), але й особи, які діють в оточенні суду і які забезпечують надання правових консультацій, виконання судових рішень, службовий нагляд, юстиційне управління тощо. Саме через розуміння загальних завдань, виконуваних всіма зазначеними особами, значимості діяльності кожного з них для забезпечення судового захисту громадянина й відбувається об'єднання судових органів з іншими державними й недержавними органами й установами в єдину, більш загальну систему (ніж судова) – систему правоохорони.

На відміну від більшості інших країн, у Німеччині є п'ять різних галузей юрисдикції, які діють зовсім незалежно одна від одної. До них належать: 1) загальні суди (що здійснюють цивільну й кримінальну юрисдикції); 2) адміністративні суди; 3) суди у трудових спорах; 4) фінансові суди; 5) соціальні суди.

Кожна галузь судової системи очолюється своїм Федеральним судом як вищою інстанцією з конкретної юрисдикції. Крім того, діє Федеральний Конституційний суд, що виносить рішення з конституційних питань і дії законів, прийнятих парламентом. Вищі суди Німеччини перебувають не в столиці країни, а в інших містах, де вони історично розташовуються. Прокуратура перебуває при судах, але вона не централізована й не має прямого підпорядкування центру. Організаційно вона пов'язана з органами управління юстицією, звичайно це

міністерства юстиції федерації або земель залежно від виду суду – федеральний суд або суд земель.

Девід П. Конрадт, аналізуючи таку структуру судової системи, охарактеризував її як децентралізовану, але не розділену, як у США, на федеральну судову систему й судові системи суб'єктів федерації [10, с. 242]. Мехендра П. Сінгх так само підкреслив специфіку судової системи Німеччини порівняно з іншими федеративними державами, для яких характерний поділ судів на суди федеральні й суди суб'єктів федерації. Судова система єдина, але регулюється як федеральним законодавством, так і законодавством земель. Вищі суди, що очолюють кожну юрисдикцію, фінансуються, управляються й забезпечуються кадрами федерацією, а інші суди – суб'єктами федерації [11, с. 183].

Правове регулювання судоустрою Німеччини має певну специфіку. Як відомо, Німеччина – це федеративна держава. Відповідно суб'єкти федерації – землі мають певну автономію, у тому числі й при створенні та правовому регулюванні діяльності більшості правоохоронних органів. Наприклад, законодавством земель регулюється діяльність органів юстиції, поліції, юридична освіта. На федеральному рівні принципово відсутні спеціальні закони про прокуратуру, міністерство внутрішніх справ, поліції, оскільки ці органи не є централізованими. Водночас питання відносно судоустрою, судочинства й статусу суддів регулюються саме федеральним законодавством, що підкреслює наявність принципу централізації судової системи Німеччини й підтримку більшості елементів принципу єдності, незважаючи на федеративність країни. Але, попри сильну тенденцію до централізації, децентралізація системи залишається значною.

Так, наприклад, федеральний Закон «Про загальні суди» [12] наділяє уряди земель, суб'єктів федерації, повноваженнями у сфері регулювання компетенції й порядку здійснення діяльності місцевих, регіональних і вищих регіональних судів. Зокрема, законами земель може визначатися а) порядок проведення виборів суддів до складу президії загальних судів (ч. 3 ст. 21У Закону Німеччини «Про загальні суди»); б) юрисдикція місцевих судів, що діють на території одного регіонального суду (їхня компетенція розподіляється з таким розрахунком, щоб навантаження на одного суддю у всіх місцевих судах були приблизно однакові – ст. 22С Закону Німеччини «Про загальні суди»); в) місцевий суд, що розглядатиме всі (або певну частину) сімейні спори на території юрисдикції вищестоящего регіонального суду, якщо це сприятиме забезпеченню єдності судової практики, концентрації матеріалів для прискорення їхнього розгляду (ст. 23С Закону Німеччини «Про загальні суди»).

Урядам земель надане також право відповідним актом змінювати юрисдикцію судів і деякі справи, підсудні регіональним у першій інстанції, передавати на розгляд по суті місцевим судам або іншим регіональним судам. Зокрема, йдеться про розгляд кримінальних справ. Відповідно до Закону «Про загальні суди» (статті 74, 74А) справи про найбільш тяжкі кримінальні злочини слухаються по суті регіональними загальними судами і сам закон

дає перелік цих злочинів. Але далі, у ст. 74D говориться, що розгляд деяких з перерахованих видів злочинів з одного регіонального суду може бути переданий для розгляду по суті певному місцевому суду або іншому регіональному суду урядом землі. У цьому разі йдеться не про одну конкретну кримінальну справу, а про вид кримінальних справ, які можуть бути передані на розгляд іншого суду з міркувань забезпечення однакового навантаження на суддівський корпус і забезпечення зниження строків і витрат на розгляд таких справ.

Незважаючи на те, що судова система Німеччини поділяється на п'ять різних, але рівнозначних судових галузей, усі вони утворюють єдину судову владу в масштабах федерації і єдність правосуддя забезпечується Спільним сенатом вищих федеральних судів як юрисдикційним органом федерації. Компетенція, склад і судочинство Спільного сенату регулюються Законом про забезпечення єдності правосуддя вищими федеральними судами. Спільний сенат приймає рішення, якщо один із вищих федеральних судів ухиляється під час правосуддя від рішення іншого вищого федерального суду або рішення Спільного сенату. До складу Спільного сенату входять Президенти вищих федеральних судів, головуєчі судді сенатів відповідних вищих федеральних судів та ще по одному судді з цих сенатів. Його висновки у справі є обов'язковими.

Можна говорити й про інші суди в Німеччині, не названі й прямо не зазначені в Конституції країни, так звані квазісудові органи або факультативні загальні суди. Так, Основний Закон країни (ст. 95) наділяє федерацію правом створювати Федеральний патентний суд, федеральні військові суди, федеральні суди для рішень по дисциплінарних провадженнях.

Більшість реформ судових органів Німеччини вже багато років спрямовані на досягнення, а тепер уже зміцнення й підтримку високого авторитету суду в соціальній структурі німецького суспільства. Специфіка ставлення до суду визначається, насамперед, досить точним дотриманням законів суб'єктами публічних і приватноправових відносин, що передбачає безпроблемне реагування на порушення законів і підвищує роль судового (правового) втручання в соціальні, політичні, економічні відносини.

Висновки. За багаторічну історію становлення судової влади й організації судового устрою країни громадськість і наука дійшли висновку, що вкрай важливі ефективні соціальний і внутрішній правовий контроль за діяльністю судових органів. Незалежність суду й розширення його повноважень є необхідними, але недостатніми умовами його діяльності. Не забезпечена соціальним контролем незалежність суду в сучасних умовах настільки ж шкідлива, як і самодержавна монархія. Такий соціальний контроль має чіткі процедурні обмеження, але, проте, може здійснюватися партіями, ЗМІ, адвокатурами, прокуратурою саме як інститутами й суб'єктами громадського життя, а не учасниками судового процесу.

Саме тому безпосередньо в Законі Німеччини «Про суддів» [13], у ч. 1 ст. 26 говориться, що суддя піднаглядний, але без обмеження своєї незалежності. Тут

нагляд розуміється як можливість об'єктивного зауваження про неналежне виконання суддею своїх обов'язків або оцінки дії судді як протиправного, попередження судді й заклик його до почуття обов'язку (ч. 2 ст. 26 Закону «Про суддів»). І зауваження, і попередження є заходами саме нагляду, а не дисциплінарними заходами, оскільки не передбачають провини судді. Більшою мірою нагляд поширюється на вторинну, не основну діяльність суддів, не пов'язану зі здійсненням правосуддя. Йдеться про управлінську діяльність судді або про наявність таких фактів, як затягування розгляду справи.

Список літератури:

1. Gartin T. Parity and the litigation of private property rights in the United States and Germany: evidence in support of chemerinsky's litigant choice principle / T. Gartin // Northern Illinois University Law Review. – 1994-1995. – Vol. 15. – № 3. – P. 747–781.
2. Леже Раймон. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход / Раймон Леже ; пер. с фр. А. В. Грядов. – Москва : Волтерс Клувер, 2009. – 584 с.
3. Zweigert K. Introduction to Comparative Law / K. Zweigert, H. Kötz. – 2nd ed. – Oxford : Clarendon Press, 1992. – 752 p.
4. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози ; пер. с фр. В. А. Туманов. – Москва : Междунар. отношения, 1999. – 400 с.
5. Гнейст Р. Правовое государство и административные суды Германии / Р. Гнейст ; пер. О. С. Фустова ; под ред. М. И. Свешникова. – Изд. 2-е, испр. и доп. – Санкт Петербург : Тип. В. Безобразова и Комп., 1896. – 371 с.
6. Учреждение судебных установлений для Германской империи с законом о введении его в действие / пер. Ив. Соболева. – Санкт Петербург : Тип. А. Траншеля, 1878. – 42 с.
7. Dubber M. Judicial positivism and Hitler's injustice / M. Dubber // Columbia Law Review. – 1993. – № 93. – P. 1807–1831.
8. Caldwell P. Legal positivism and Weimar democracy / P. Caldwell // American journal of jurisprudence. – 1994. – № 39. – P. 273–302.
9. Жалинский А. Введение в немецкое право / А. Жалинский, А. Рёрихт. – Москва: Спарк, 2001. – 744 с.
10. David P. Conradt. The German polity / P. Conradt David. – 9-th edition. – New York : East Carolina University, 2009. – 368 p.
11. Mahendra P. Singh. German administrative law in common law perspective / Mahendra P. Singh. – 2 ed. – Berlin : Springer, 2001. – 387 p.
12. Courts constitution Act of German 12.09.1950 in the version published on 09.05.1975, as most recently amended from 17.12.2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/n-lex/exec.html>.
13. Judiciary Act of German in the version of the promulgation of 19.04.1972, as last amended of 05.02.2009 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu/n-lex/exec.html>.

References:

1. Gartin, T. (1994-1995). Parity and the litigation of private property rights in the United States and Germany: evidence in support of chemerinsky's litigant choice principle. Northern Illinois University Law Review. Vol. 15, 3, 747–781.
2. Lezhe, Rajmon. (2009). Velikie pravovye sistemy sovremennosti: sravnitel'no-pravovoj podhod [Great modern legal system: a comparative legal approach]. Moscow: Volters Kluver [in Russian].
3. Zweigert, K., Kötz, H. (1992). Introduction to Comparative Law. Oxford: Clarendon Press.
4. David, R., Zhoffre-Spinozi, K. (1999). Osnovnye pravovye sistemy sovremennosti [The main legal systems of the present]. Moscow: Mezhdunar. otnosheniya [in Russian].

5. Gnejst, R. (1896). *Pravovoe gosudarstvo i administrativnye sudy Germanii* [The rule of law and administrative courts in Germany]. Sankt Peterburg: Tip. V. Bezobrazova i Komp. [in Russian].
6. *Uchrezhdenie sudebnyh ustanovlenij dlja Germanskoj imperii s zakonom o vvedenii ego v dejstvie*. Sankt Peterburg. (1878). Tip. A. Transhelja [in Russian].
7. Dubber, M. (1993). Judicial positivism and Hitler's injustice. *Columbia Law Review*, 93, 1807–1831.
8. Caldwell, P. (1994). Legal positivism and Weimar democracy. *American journal of jurisprudence*, 39, 273–302.
9. Zhalinskij, A., Rjoriht, A. (2001). *Vvedenie v nemeckoe pravo* [Introduction to German law]. Moscow: Spark [in Russian].
10. David, P. Conradt. (2009). *The German polity*. New York: East Carolina University.
11. Mahendra, P. Singh. (2001). *German administrative law in common law perspective*. Berlin: Springer.
12. Courts constitution Act of German 12.09.1950 in the version published on 09.05.1975, as most recently amended from 17.12.2008. Retrieved from: <http://eur-lex.europa.eu/n-lex/exec.html>.
13. Judiciary Act of German in the version of the promulgation of 19.04.1972, as last amended of 05.02.2009. Retrieved from: <http://eur-lex.europa.eu/n-lex/exec.html>.

Nazarov I. V., Doctor of Legal Sciences, Full Professor of Department of Organization of Judicial and Law-Enforcement Bodies Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: nazarov_ivan@ukr.net ; ORCID 0000-0002-2998-4483

Historical development and modern structure of judicial system of Germany

In article are analyzed the history of development and formation of modern structure of judicial system of Federal Republic Germany, the factors which have affected kinds of specialisation of courts of Germany, an order of interaction of courts with other state bodies. The historical stages of development in German law and their influence on the formation of the judicial system and the types of ships on Our projects today. Paid the attention to mechanisms of reduction of judicial system of Germany in conformity to uniform European standards and possibility of application of positive experience of the country during judicial reform in Ukraine.

Keywords: the judicial power; judicial system; judicial reform; court; the status of judges; judicial system of Germany.

Надійшла до редколегії 01.09.2016 р.



Шпенова Поліна Юріївна,
здобувач кафедри організації судових
та правоохоронних органів,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: shpenova_polina@ukr.net
ORCID 0000-0002-0374-895X

doi: 10.21564/2414–990x.134.77794

УДК 342.56

ЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ФОРМУВАННЯ КАДРІВ ДЛЯ АПАРАТУ СУДУ

Аналізуються проблемні питання підготовки кадрів для апаратів судів, призначення їх на посади, переліку посад апарату суду. Досліджуються наукові погляди на поняття державної служби та специфіку її регулювання в апаратах судів, обсяги нормативного врегулювання питань формування кадрів апарату суду. Акцентується увага на неузгодженості чинного законодавства у зазначеній сфері. Формулюються пропозиції до вимог, що висувуються до кандидатів на посаду керівника апарату суду.

Ключові слова: суд; апарат суду; керівник апарату суду; організація роботи суду; забезпечення судової діяльності.

Шпенова П. Ю., соискатель кафедры организации судебных и правоохранительных органов, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: shpenova_polina@ukr.net ; ORCID 0000-0002-0374-895X

Общие основы формирования кадров для аппарата суда

Анализируются проблемные вопросы подготовки кадров для аппаратов судов, назначения их на должности, перечня должностей аппарата суда. Исследуются научные взгляды на понятие государственной службы и специфику её регулирования в аппаратах судов, объёмы нормативного регулирования вопросов формирования кадров аппарата суда. Акцентируется внимание на несогласованности действующего законодательства в указанной сфере. Формулируются предложения к требованиям, выдвигаемым кандидатам на должность руководителя аппарата суда.

Ключевые слова: суд; аппарат суда; руководитель аппарата суда; организация работы суду; обеспечение судебной деятельности.

Постановка проблеми. Останнім часом рівень суспільної довіри до діяльності органів правоохоронної системи, а також до судів різко падав. Для цього були різні підстави, не завжди об'єктивні, але проблема існує та вима-

гає свого вирішення. Зміни у законодавстві, що відбуваються, в першу чергу направлені на корегування структури судової системи та повноважень вищих судів. Але варто зазначити, що поява нових судів, або заміна назв уже існуючих довіру населення до суду не поверне. Для цього потрібно звернути увагу на судові кадри, їх професійність та здатність працювати ефективно. І мова йде не лише про суддів (збільшення вимог до кандидатів на посаду судді, обов'язок для суддів пройти кваліфікаційне оцінювання тощо), а й працівників апарату судів. Судова реформа не повинна їх залишити без уваги.

Ступінь розробленості теми. Зауважимо, що питання організаційного забезпечення діяльності судів, структури та порядку діяльності апаратів судів вивчали В. Д. Бринцев, О. Ю. Дудченко, І. Є. Марочкін, Л. М. Москвич, І. В. Назаров, І. Л. Самсін, В. В. Сердюк, Д. П. Фіолевський, І. В. Юревич та ін. Але останні законодавчі зміни у сфері державної служби в Україні потребують продовження обговорення вимог до працівників апаратів судів і особливо до їх керівників.

Метою цієї публікації є визначення на підставі аналізу наукових уявлень, нормативних положень законодавчих актів у сфері правового регулювання діяльності працівників апаратів судів структури та змісту їх правового статусу, розробка пропозицій до переліку вимог до кандидатів на посаду керівника апарату суду, процедури формування кадрів апаратів судів.

Виклад основного матеріалу. Щоб органи судової влади працювали ефективно і виконували поставлені перед ними завдання, гадаємо, необхідно створити такі умови для працівників суду, які б дозволили їм максимально зосередитись на виконанні своїх професійних обов'язків. Для цього слід не лише забезпечити незалежність працівників суду від зовнішніх впливів та внутрішнього тиску, а й вести послідовну роботу щодо підготовки професійних кадрів для апаратів судів, здатних на високому рівні виконувати посадові функції.

Варто зазначити, що у теорії управління під підбором кадрів розуміють процес установалення придатності кандидатів і вибір із них найбільш підготовлених для ефективного виконання функціональних обов'язків [1, с. 60]. Головними завданнями у цьому процесі вважають: а) забезпечення об'єктивності при підборі кадрів; б) установалення певних механізмів для гарантування демократичності і прозорості цього процесу; в) визначення загальних кваліфікаційних вимог для бажаючих обійняти певну посаду; г) чітке врегулювання порядку проведення конкурсу, починаючи з оголошення про вакансію й закінчуючи призначенням на посаду за його результатами [2, с. 338].

На думку Ю. А. Розенбаума, зміст діяльності щодо формування кадрів апарату державного управління включає розробку завдань у цій сфері, виявлення якісних та кількісних потреб у кадрах, їх підготовку, підбір, розміщення і перевірку виконання обов'язків, що на них покладаються [3, с. 204]. Робота з кадрами, в тому числі керівними, становить собою складну систему політичних, організаційних, матеріальних і морально-психологічних заходів, що забезпечують прогнозування і планування потреб у кадрах, їх підбір і розміщення, оцінку, виховання і просування, підвищення кваліфікації та перекваліфікацію, моральне і матеріальне стимулювання, реєстрацію та

облік. У свою чергу кожний із перелічених напрямків кадрової роботи вимагає системного підходу і передбачає здійснення комплексу системних заходів, використання специфічних форм і методів [4, с. 13].

Вказані поняття змісту кадрової роботи дають змогу виділити загальні елементи, які складають систему кадрової роботи, що характерна для будь-якої організаційно-управлінської структури, в тому числі і для суду.

Законом України «Про судоустрій і статус суддів» [5] (далі – Закон) процедура формування кадрів апарату суду майже не врегульована. Закріплюються загальні вимоги до державної служби в апараті суду, деякі питання фінансування судів та участі в їх вирішенні апарату суду, загальні засади правового статусу керівника апарату суду та порядку призначення його на посаду та загальні риси можливої структури апарату суду. Але порядок та правила відбору працівників апарату суду, вимоги до кандидатів на посади в апараті, потрібний рівень їх кваліфікації та багато інших важливих питань на рівні Закону не врегульовано.

Так, наприклад, у ст. 155 Закону законодавець спробував визначити основні засади функціонування та структуру апарату суду. Більшість уваги надається посаді керівника апарату суду, на якого покладається обов'язок відповідати за належне організаційне забезпечення суду, суддів та судового процесу, функціонування Єдиної судової інформаційної (автоматизованої) системи, інформувати збори суддів про свою діяльність. Визначається порядок призначення на посаду керівника апарату суду та його заступника: призначає начальник відповідного територіального управління Державної судової адміністрації України або Голова Державної судової адміністрації України за погодженням голови місцевого суду, або, відповідно, голови апеляційного суду, Вищого спеціалізованого суду, Верховного Суду.

Окремо конкретизується, що керівник апарату суду призначає на посаду та звільняє з посади всіх працівників апарату суду, застосовує до них заохочення та накладає дисциплінарні стягнення. При цьому добір працівників апарату суду повинен здійснюватися на конкурсній основі.

Переконані, що такий рівень нормативного регулювання статусу керівника апарату суду на рівні спеціального закону є недостатнім. Для порівняння можна звернутися до досвіду Польщі, де на рівні закону детально визначаються вимоги до кандидата на посаду директора суду (аналог керівника апарату суду в Україні), порядок призначення на посаду, обсяг повноважень та порядку взаємодії з головою відповідного суду [6, с. 12].

Вивчаючи правовий статус керівника апарату суду, варто розглянути й положення Закону України «Про державну службу» [7]. На жаль, і цей Закон визначає лише загальні вимоги до кандидатів на посаду керівника апарату суду чи його заступника без врахування специфіки їх роботи, тому існує необхідність у запровадженні ефективного механізму добору керівних кадрів в апарат суду, не допускаючи при цьому для претендентів на зайняття відповідних посад в апараті привілеїв чи обмежень за будь-якими ознаками [8, с. 32-33]. При цьому потрібно закріпити належні вимоги до кандидатів, зокрема щодо рівня їх професійності,

у тому числі знання нормативно-правових актів, відповідної сфери державного управління, володіння державною мовою та за необхідності – практичними навичками роботи з комп'ютером і основними програмами користувача, а також щодо здатності до роботи з громадянами, посадовими особами органів державної влади та органів місцевого самоврядування, засобами масової інформації на принципах об'єктивності, гласності, відкритості й прозорості. Цю прогалину усуває Державна судова адміністрація України, що своїм наказом затвердила Типове положення про апарат місцевого, апеляційного судів [9] (далі – Положення) за погодженням із Радою суддів України, в якому зазначено, що на посаду керівника апарату місцевого суду призначається особа, яка має вищу юридичну або економічну освіту, або вищу освіту в галузі державного управління з освітньо-кваліфікаційним рівнем магістра, стаж роботи за фахом на державній службі в місцевому суді не менше трьох років або на керівних посадах за фахом у державній службі не менше трьох років, чи стаж роботи за фахом в інших сферах не менше п'яти років.

На посаду керівника апарату апеляційного суду призначається особа, яка має вищу юридичну або економічну освіту, або вищу освіту в галузі державного управління з освітньо-кваліфікаційним рівнем магістра, стаж роботи за фахом на державній службі в апеляційному суді не менше трьох років або в місцевому суді чи на керівних посадах за фахом в державній службі не менше п'яти років, або стаж роботи за фахом в інших сферах управління не менше семи років.

У порівнянні з попередніми вимогами зміни невеликі, але все ж таки вони є і направлені на підвищення вимог до осіб, які можуть займати вказані посади. По-перше, тепер освітній рівень вимагається лише магістра, а раніше допускався й спеціаліста. По-друге, більш чітко встановлено, для роботи на яких посадах який стаж потрібен.

Стосовно вимоги щодо наявності вищої юридичної, економічної освіти або вищої освіти у галузі державного управління, то слід пам'ятати, що посада керівника апарату суду вимагає наявності у особи, яка її обіймає, таких якостей, як здатність аналізувати проблему, вміння реагувати на виклики, управляти людьми, формулювати рекомендації, досягати консенсусу, сприяти змінам. Широкий спектр повноважень керівника апарату суду, різноплановість поставлених перед ним завдань вимагають від нього знань у різних сферах діяльності і певного досвіду управлінця. У цьому контексті варто зауважити, що підготовка юристів у юридичних навчальних закладах ґрунтується на вивченні нормативної бази, вмінні застосовувати законодавство, однак їм бракує вміння приймати швидкі та оперативні рішення, яких потребує щоденна робота суду [10, с. 104]. Можливо тому допускаються кандидати з іншими видами вищої освіти. Слід акцентувати увагу й на питанні досягнення консенсусу, оскільки під час підготовки юриста йому прививають навички працювати в умовах змагальності, а концепція побудови консенсусу вимагає компромісу. До того ж, керівник апарату суду вирішує не юридичні, а адміністративні питання, тож юридична освіта не може бути пріоритетом.

Наступною вимогою до керівників апарату суду є наявність стажу роботи за фахом на посадах державної служби у суді, на керівних посадах відповідної групи чи стаж роботи за фахом в інших сферах. Керуючи роботою апарату суду, судовий адміністратор повинен чітко знати і уявляти, в чому полягає робота апарату суду, а це можливо завдяки досвіду роботи на посадах в штаті апарату суду. Такий досвід дозволяє оперативно виявляти проблеми, що виникають в роботі апарату суду, а також шляхи подолання цих проблем. Вимога щодо стажу роботи в апараті суду є цілком природною і виправданою, оскільки важко керувати апаратом суду, не розуміючи завдань, які перед ним стоять. Людині, яка ніколи не працювала в суді, буде складно правильно оцінити ситуацію, а тим більше вживати заходів щодо її покращання.

Змінами до Положення запроваджено кваліфікаційні вимоги і до заступників керівника апарату суду. До їх освіти такі ж самі вимоги, як і у кандидатів на посаду керівника апарату суду. А до стажу роботи вимоги спрощено: стаж роботи за фахом на державній службі в місцевому суді не менше двох років або на керівних посадах за фахом в державній службі не менше двох років, чи стаж роботи за фахом в інших сферах управління не менше чотирьох років. Для заступників керівників апаратів апеляційних судів – стаж роботи за фахом на державній службі в апеляційному суді не менше трьох років або в місцевому суді на керівних посадах за фахом в державній службі не менше чотирьох років, чи стаж роботи за фахом в інших сферах управління не менше п'яти років.

Що стосується інших працівників апарату суду, їх правовий статус Законом «Про судоустрій і статус судів» також майже не розкривається. У п. 11 ст. 155 Закону наводиться приблизний перелік посад штату апарату суду: секретарі судового засідання, наукові консультанти та судові розпорядники. Стаття 157 окремо згадує про помічників суддів. І у світлі змін у законодавстві з питань державної служби важливою є ст. 150 Закону, яка встановлює загальні засади державної служби у системі правосуддя. На жаль, законодавець вирішив не встановлювати у Законі особливості державної служби у суді, особливі вимоги до здібностей та кваліфікаційного рівня працівників апарату суду у порівнянні з іншими державними службовцями і навіть не давати перелік посад апарату суду, які необхідно відносити до державної служби. Основна новела полягає у фіксації необхідності створити Комісію з питань вищого корпусу державної служби в системі правосуддя при Вищій раді правосуддя. Але структура цієї Комісії, порядок формування її складу і повноваження у Законі не виписані.

Так само не врегульовано особливості проведення конкурсів для призначення на посади державних службовців у судах, органах та установах системи правосуддя. Лише зазначається, що відповідні питання у майбутньому буде врегульовано відповідним Положенням, яке затверджується Вищою радою правосуддя за поданням Державної судової адміністрації України після консультацій з центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері державної служби (ч. 3 ст. 150 Закону).

Таким чином можемо констатувати, що законодавець замість того, щоб якраз у спеціалізованому законі врегулювати достатньо важливі питання особливостей кадрового наповнення штатів апаратів судів, вимоги до відповідних працівників апаратів, порядок формування органу, відповідального за призначення державних службовців в органах правосуддя, встановити особливості призначення на посади працівників апаратів судів, декларує зобов'язання врегулювати вказані питання в інших підзаконних актах та іншими суб'єктами.

Закон України «Про державну службу» встановлює нову класифікацію категорій посад державної служби і вимог до кандидатів, які не враховані Положенням. Так, відповідно до ст. 6 Закону України «Про державну службу» керівники апаратів Конституційного Суду України, Верховного Суду України, вищих спеціалізованих судів та їх заступники відносяться до категорії «А» (вищий корпус державної служби). Керівники апаратів апеляційних та місцевих судів, керівники структурних підрозділів апаратів судів, їх заступники належать до категорії «Б» державної служби.

Право на державну службу на посаді категорії «А» мають повнолітні громадяни України, які вільно володіють державною мовою, яким присвоєно ступінь вищої освіти не нижче магістра, мають загальний стаж роботи не менше семи років, або досвід роботи на посадах державної служби категорій «А» чи «Б» або на посадах не нижче керівників структурних підрозділів в органах місцевого самоврядування, або досвід роботи на керівних посадах у відповідній сфері не менш як три роки; володіють іноземною мовою, яка є однією з офіційних мов Ради Європи (остання вимога стає обов'язковою з 01.05.2018).

Вимоги до кандидатів на посади категорії «Б» залежать від території юрисдикції суду. Загальні вимоги: повноліття, громадянство України, вільне володіння державною мовою, ступінь вищої освіти не нижче магістра. Відмінності у вимогах до стажу роботи: для апаратів судів, юрисдикція яких поширюється на всю територію України, територію однієї або кількох областей, міста Києва або Севастополя – досвід роботи на посадах державної служби категорій «Б» чи «В» або досвід служби в органах місцевого самоврядування, або досвід роботи на керівних посадах підприємств, установ та організацій незалежно від форми власності не менше двох років, вільне володіння державною мовою. Для апаратів інших судів – відповідний попередньому досвід роботи, але строком не менше одного року (ст. 20 Закону України «Про державну службу»).

Як ми можемо бачити, зазначені вимоги не відповідають тим, що перелічені у Положенні. І конкуренції норм у такій ситуації не має. Закон України має вищу юридичну силу у порівнянні з актом Державної судової адміністрації. Сказати, що Положення доповнює Закон України «Про державну службу», або конкретизує його у питанні вимог до кандидатів на посаду керівника апарата суду, також не можна. Тому що зазначеним законом чітко визначено такі вимоги, і доповнювати їх через зміну строку потрібного стажу роботи не можна. Отже, Положення має бути приведено у відповідність до вимог Закону України «Про державну службу».

Частково зазначену проблему було вирішено вимогами до осіб, які претендують на зайняття посади керівника апарату апеляційного суду (категорія «Б») [11], затвердженими наказом Державної судової адміністрації України. Названим документом приводяться у відповідність до Закону України «Про державну службу» не лише загальні вимоги до керівників апаратів апеляційних судів та їх заступників (категорія Б), а й наводиться перелік спеціальних вимог до кандидатів з питань знання законодавства, професійних знань, спеціального досвіду роботи тощо. Але це часткове рішення, тому що не вирішує проблематику всіх інших працівників інших судів із статусом державних службовців.

Висновок. Як бачимо, вирішуючи такі «глобальні» питання судової реформи, як повноваження Верховного Суду, доля вищих спеціалізованих судів, зміна порядку формування суддівського корпусу та інше, законодавець зовсім не приділяє уваги формуванню кадрів апаратів судів. Неузгодженість норм свідчить про те, що ані Державна судова адміністрація, ані органи суддівського самоврядування належним чином не залучалися до розробки тих положень Закону України «Про державну службу», що встановлюють вимоги до керівників апаратів судів. Крім того, не зовсім зрозуміло, чи будуть враховувати думку суддів та голови кожного суду під час призначення керівників апаратів таких судів за новим порядком. А вирішення досліджуваних питань є не менш важливим для підвищення ефективності роботи судів, ніж проблеми суддівського корпусу.

Список літератури:

1. Научная организация труда в управлении производственным коллективом: общепроц. науч.-метод. рекомен. – Москва: Экономика, 1991. – 120 с.
2. Виконачча влада і адміністративне право / за заг. ред. В. Б. Авер'янова. – Київ: Вид. дім «Ін-Юре», 2002. – 668 с.
3. Розенбаум Ю. А. Формирование управленческих кадров / Ю. А. Розенбаум. – Москва: Наука, 1982. – 209 с.
4. Руководитель в аппарате государственного управления (организационно-правовые проблемы) / отв. ред. Цветков В. В. – Киев: Вища школа, 1988. – 364 с.
5. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 р. № 1402-VIII // Офіц. вісн. України. – 2016. – № 56. – С. 9. – Ст. 1935.
6. Назаров І. В. Реалізація судового адміністрування на прикладі Польщі / І. В. Назаров // Вісник Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. – 2014. – № 2. – С. 9–13.
7. Про державну службу: Закон України від 10.12.2015 р. № 889-VIII // Офіц. вісн. України. – 2016. – № 3. – С. 28. – Ст. 149.
8. Сердюк В. В. Актуальні питання діяльності апаратів вищих спеціалізованих судів у контексті судової реформи / В. В. Сердюк // Часоп. цивіл. і кримін. судочинства. – 2011. – № 1. – С. 27–37.
9. Типове положення про апарат місцевого, апеляційного судів, затв. Наказом Державної судової адміністрації України від 28.09.2012 № 115, погодженого Рішенням Ради суддів України від 21.09.2012 № 54 із змінами від 05.01. 2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://dsa.court.gov.ua/userfiles/file/DSA/2015/Nakaz01052015.pdf>.
10. Дудченко О. Ю. Правовий статус осіб, які займають адміністративні посади в суді: монографія / О. Ю. Дудченко. – Харків: Право, 2015. – 160 с.
11. Вимоги до осіб, які претендують на зайняття посади керівника апарату апеляційного суду (категорія «Б»): затв. наказом Державної судової адміністрації України від 15.08.2016 р. № 167. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://dsa.court.gov.ua/userfiles/Nakaz_167.pdf.

References:

1. Nauchnaja organizacija truda v upravlenii proizvodstvennym kollektivom. (1991). [The scientific organization of labor in the management of the production team]. Moscow: Jekonomika [in Russian].
2. Aver'ianova, V.B. (Eds.). (2002). Vykonavcha vlada i administratyvne pravo. Kyiv. Vyd. dim «In-Yure» [in Ukrainian].
3. Rozenbaum, Ju.A. (1982). Formirovanie upravlencheskih kadrov. Moscow: Nauka [in Russian].
4. Cvetkov, V.V. (Eds.). (1988). Rukovoditel' v apparate gosudarstvennogo upravlenija (organizacionnogo-pravovye problemy). Kiev: Vishha shkola [in Russian].
5. Pro sudoustrij i status suddiv: Zakon Ukrainy vid 02.06.2016 r. № 1402-VIII [On the Judicial System and Status of Judges: the law of Ukraine of 02.06.2016 № 1402-VIII]. (2016). Ofitsijnyj visnyk Ukrainy – Official Gazette of Ukraine, 56 [in Ukrainian].
6. Nazarov, I.V. (2014). Realizatsiia sudovoho administruvannia na prykladi Pol'schi [The implementation of judicial administration on the example of Poland]. Visnyk Vyschoi Kvalifikatsijnoi Komisii Suddiv Ukrainy – Journal of Higher Qualification Commission of Judges of Ukraine, 2, 9–13 [in Ukrainian].
7. Pro derzhavnu sluzhbu: Zakon Ukrainy vid 10.12.2015 r. № 889-VIII [On Public Service: the law of Ukraine of 10.12.2015 № 889-VIII]. (2016). Ofitsijnyj visnyk Ukrainy– Official Gazette of Ukraine, 3 [in Ukrainian].
8. Serdiuk, V.V. (2011). Aktual'ni pytannia diial'nosti aparativ vyschykh spetsializovanykh sudiv u konteksti sudovoi reformy [Recent issues of the devices of high specialized courts in the context of judicial reform]. Chasopys tsyvil'noho i kryminal'noho sudochynstva – Journal civil and criminal proceedings, 1, 27–37 [in Ukrainian].
9. Typove polozhennia pro aparat mistsevoho, apeliatsijnoho sudiv, zatv. Nakazom Derzhavnoi sudovoi administratsii Ukrainy vid 28.09.2012 № 115, iz zminamy vid 05.01. 2015 r. [The default position of the unit of local, appellate courts: the order of the State Judicial Administration of Ukraine from 28.09.2012 № 115 with changes from 05.01. 2015]. dsa.court.gov.ua. Retrieved from: <http://dsa.court.gov.ua/userfiles/file/DSA/2015/Nakaz01052015.pdf> [in Ukrainian].
10. Dudchenko, O.Yu. (2015). Pravovyj status osib, iaki zajmait' administratyvni posady v sudi [The legal status of persons holding administrative positions in the court]. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
11. Vymohy do osib, iaki pretenduiut' na zajniattia posady kerivnyka aparatu apeliatsijnoho sudu (katehoriia «B»): zatverdzhenoz nakazom Derzhavnoi sudovoi administratsii Ukrainy vid 15.08.2016 r. № 167. [The requirements for persons applying for positions of Chief of Staff of the Court of Appeal (category «B»): approved by the State Judicial Administration of Ukraine from 15.08.2016 № 167]. dsa.court.gov.ua. Retrieved from: http://dsa.court.gov.ua/userfiles/Nakaz_167.pdf [in Ukrainian].

Shpenova P. J., Applicant of Department of Organization of Judicial and Law-Enforcement Bodies, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: shpenova_polina@ukr.net ; ORCID 0000-0002-0374-895X

The general bases of formation of staff for the court device

In article are analyzed problem questions of a professional training for devices of courts, their appointments to posts, the list of posts of the device of court. Investigated scientific views on concept of public service and specificity of her regulation of devices of courts, volumes of standard regulation of questions of formation of staff of the device of court. The attention is focused on inconsistency of the current legislation in the specified sphere. Attention is drawn to the need to bring the departmental regulatory acts in conformity to the latest changes in legislation. Formulated offers to the requirements, nominated candidates to an position the head of the device of court.

Keywords: court; the court device; the head of the device of court; the organisation of work of court; maintenance of judicial activity.

Надійшла до редколегії 04.09.2016 р.

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО



Комарова Тетяна В'ячеславівна,
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри міжнародного права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, Україна, м. Харків
e-mail: t_komarova@list.ru
ORCID 0000-0002-7663-3264

doi: 10.21564/2414–990x.134.73677
УДК 341.645.5:061.1ЄС

СУД ЄС ТА НАЦІОНАЛЬНІ ІНТЕРЕСИ ДЕРЖАВ – ЧЛЕНІВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Стаття присвячена дослідженню практики Суду ЄС щодо інтерпретації національних інтересів держав – членів Європейського Союзу при вирішенні спорів, віднесених до його юрисдикції. Проаналізовано рішення Суду ЄС, які дозволяють простежити його позицію у цьому питанні та еволюцію практики щодо знаходження балансу між різними колами інтересів – інтересами Союзу та держав-членів. Побіжно висвітлено окремі актуальні аспекти сучасного права Європейського Союзу (права людини, свобода підприємництва тощо), його інституційної системи та функціонування судової влади у ЄС в цілому.

Ключові слова: Європейський Союз; Суд ЄС; судова система ЄС; держави – члени Європейського Союзу.

Комарова Т. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: t_komarova@list.ru; ORCID 0000-0002-7663-3264

Суд ЕС и национальные интересы государств – членов Европейского Союза

Статья посвящена исследованию практики Суда ЕС относительно интерпретации национальных интересов государств – членов Европейского Союза при разрешении споров, отнесенных к его юрисдикции. Проанализированы решения Суда ЕС, которые позволяют проследить его позицию по этому вопросу и выявить эволюцию практики относительно баланса между разными кругами интересов – интересами Союза и государств-членов. При этом раскрыты актуальные аспекты современного права Европейского Союза (в частности, права человека, свобода предпринимательской деятельности), его институциональной системы и функционирования судебной власти в ЕС в целом.

Ключевые слова: Европейский Союз; Суд ЕС; судебная система ЕС; государства – члены Европейского Союза.

Постановка проблеми. Сучасний стан Європейського Союзу свідчить, що для успішного розвитку європейської інтеграції вкрай важливо враховувати не лише загальні інтереси Союзу, але й безпосередньо інтереси держав-членів. Суд ЄС, сприймаючи ці тенденції, поступово відходить від практики жорсткої прихильності інтересам Союзу і вдається до певної інтерпретації інтересів держав-членів як відносно самостійного фактора у конструкції європейської інтеграції. Більш того, пошук балансу між двома видами інтересів став важливою задачею, яка наразі стоїть перед Судом ЄС, особливо після змін, унесених Лісабонським договором. Тобто стрижнем новітньої парадигми в інтерпретаційній діяльності Суду ЄС та в контексті формування особливого правопорядку спільноти стає повага до інтересів держав-членів і їх ідентичності.

Аналіз останніх досліджень. Проблематика сутнісної інтерпретації інтересів держав – членів Союзу Судом ЄС, на жаль, не є ґрунтовно дослідженою в українській науці, та й на теренах пострадянських країн. Ці питання розглядалися лише дотично у межах загальної проблематики права ЄС чи у зв'язку з іншими питаннями [3; 4; 12]. Об'єктом окремих досліджень ця тема досі не стала. Західноєвропейські автори зверталися до неї переважно у контексті проблеми співвідношення державного суверенітету та європейської інтеграції або взаємодії Суду ЄС із національними судами [21]. Тут не можна не згадати праці Г. де Бурки (G. de Burca) із Дж. Вейлером (J.H.H. Weiler), Г. Шермерза (H. G. Schermers) із Д. Вайльброком (D. F. Waelbroeck), Д. Едварда (D. A. O. Edward) [17; 18; 19; 20].

Метою статті є дослідження інтерпретаційної діяльності Суду ЄС щодо інтересів держав – членів ЄС, яка відбивається у його практиці щодо розгляду справ, віднесених до його юрисдикції.

Вклад основного матеріалу. Знайдення балансу між інтересами європейської інтеграції, які іноді йдуть всупереч позиціям держав – членів ЄС, та повагою до інтересів цих держав є однією з головних проблем, з якими Суд ЄС має справу від початку свого функціонування. Формально установчі договори покладають на Суд ЄС обов'язок щодо забезпечення дотримання законодавства ЄС при тлумаченні та застосуванні установчих договорів (ч. 1 ст. 19 Договору про Європейський Союз). Це формулювання залишилося майже незмінним з часів заснування першого європейського співтовариства – Європейського співтовариства з вугілля та сталі. Але сучасні умови та тенденції розвитку Європейського Союзу внесли певні корективи у діяльність та функції Суду. Тож хоча прямого обов'язку щодо пошуку балансу між інтересами держав-членів та Союзу установчі договори прямо не покладають на Суд, але задля міцності та демократичної легітимності Союзу ця практика є вкрай важливою. Суд ЄС, діючи як невід'ємний елемент наднаціональної інституційної системи, виступає ключовою ланкою у формуванні особливого та унікального правопорядку ЄС, що включає у себе і знайдення найбільш адекватних форм та засобів розвитку інтеграції з урахуванням інтересів усіх її суб'єктів.

У системі Європейського Союзу можна виділити інститути, які за своєю природою та функціями є наднаціональними, та ті, що є міждержавними, тобто

представляють безпосередньо інтереси держав-членів. Наднаціональні інститути дуже часто називають «двигунами» європейської інтеграції, оскільки вони мають керуватися лише цілями, встановленими в установчих договорах ЄС, і слугувати просуванню інтеграційних процесів та розвитку Союзу, а також є незалежними від позицій держав. До наднаціональних інститутів ЄС можна, в першу чергу, віднести Комісію ЄС та Суд ЄС [див.: 1, с. 475, 478-479; 2, с. 9–18; 5, с. 30; 8, с. 105–113].

З початку європейської інтеграції Суд ЄС демонстрував явно, так би мовити, проєвропейську позицію, яка полягала у тому, що перевага надавалася досягненню цілей Співтовариства. Іноді це входило у жорсткі суперечності з позиціями держав-членів, але Суд чітко стояв на позиції, що для побудови міцного Союзу народів Європи держави-члени мають обмежувати частину своїх суверенних повноважень. Деякі держави, особливо ті, у яких принцип верховенства міжнародного права над національним правом прямо не закріпленій у конституціях, досить тривалий час не сприймали принцип верховенства права Співтовариства у своїх правових системах і не бажали ставити інтереси інтеграції над своїми. Це стосувалося не лише верховенства нормативних актів, але й рішень Суду ЄС.

Так, наприклад, Франція довше за всіх, аж до 1990 р., не визнавала цей принцип, тому французькі суди протягом багатьох років у разі протиріччя національного права праву Співтовариства застосовували національне право [див.: 9]. Вищий Конституційний Суд Німеччини дійшов висновку, що при виникненні розбіжностей між правом ЄС та Конституцією Німеччини (особливо у сфері фундаментальних конституційних прав) слід застосовувати Конституцію. Пояснення цієї позиції зводились до того, що Конституція є більш досконалим інструментом захисту прав особи, а право Співтовариства, у свою чергу, не містить навіть переліку таких прав. Вищий Конституційний Суд Німеччини вважав, що національний правопорядок у змозі більш ефективно здійснювати захист фундаментальних прав як правопорядок країни з багатовіковим досвідом демократії. Як наслідок, Конституційний Суд Німеччини залишив за собою право перегляду актів Співтовариства на відповідність Конституції [10]. Але ситуація з часом змінилася, розвинулися та зміцнилися механізми захисту прав людини у ЄС [див.: 6; 7] і вже у справі *Wunsche* [16] Федеральний Конституційний Суд підтвердив, що захист фундаментальних прав у Співтоваристві / ЄС досяг досить високого рівня і не поступається німецьким стандартам [див.: 18]. До речі, ця кризова ситуація стала яскравим прикладом того, що не лише право ЄС впливає на національні правопорядки, але й правові надбання держав-членів мають вплив на вдосконалення інтеграційного права. Особливо це відчувалося у період становлення та активного розвитку права Співтовариств/Союзу [21, с. 257].

Надалі випадків відкритого протистояння правових систем двох рівнів не було, а, навпаки, мали місце безпрецедентні випадки визнання верховенства наднаціонального права навіть над нормами національних конституцій. Так, загальновідомий випадок, коли у 1996 р. Вища Рада Бельгії (вищий адміні-

стративний Суд) визнала пріоритет одного з актів Співтовариства над національною конституцією. Аналогічне рішення було винесено в Австрії у 1999 р. Слід відмітити, що було визнано примат навіть не норм установчого договору, а вторинного права Співтовариства.

Отже, юриспруденція Суду ЄС у аспекті співвідношення загальних інтересів ЄС та інтересів держав-членів тяжіла до моноцентризму та підтримки конструкції первинності загальних інтересів ЄС. Але з часом, коли прецедентна практика Суду ЄС допомогла сформувати повноцінний автономний інтеграційний правопорядок, Суд хоча й залишився «охоронцем» установчих договорів (або можна їх навіть назвати конституційними договорами), але його вже важко назвати, так би мовити, стовідсотковим «двигуном» європейської інтеграції, оскільки він почав враховувати й інтереси держав-членів, але, безперечно, обґрунтовуючи це необхідністю підвищення ефективності інтеграційних процесів.

Так, Суд ЄС, реалізуючи свою компетенцію, став поступово прихильником пошуку балансу між інтересами держав – членів ЄС та самим Союзом у контексті врахування не лише норм європейського права, але ще й норм національних законодавств. Так, 25 жовтня 2005 р. Суд ЄС виніс рішення щодо надання позначенню «Фета» правової охорони як найменування місця походження продукту харчування. Суть даної справи полягала в тому, що у 1994 р. Комісія ЄС за заявкою Греції зареєструвала позначення «Фета» як найменування місця походження продукту харчування класу «сири», у зв'язку з чим був прийнятий Регламент № 1107/96 від 12.06.1996 р. На це відреагували інші країни-виробники такого сиру (Данія, Німеччина, Франція, Великобританія), посилаючись на те, що це позначення є родовим і не може бути предметом захисту. За їх позовом Суд ЄС ухвалив рішення про скасування положень Регламенту № 1107/96 щодо географічного позначення «Фета». Після цього компанії-виробники сиру знов звернулися до Суду з проханням взагалі скасувати реєстрацію позначення «Фета», тому що воно вже стало родовим і не можна його застосовувати для позначення лише грецького сиру. Суд, провівши повноцінне розслідування, дійшов висновку, що «Фета» – це сир, який має специфічні характеристики завдяки особливим природнім і людським факторами, які притаманні географічній місцевості Греції. Тому з 25 жовтня 2005 р. іноземні компанії-виробники повинні отримувати ліцензію на маркування свого сиру суто грецьким найменуванням «Фета» [див.: 11]. У процесі вирішення цієї справи Суд ЄС проаналізував національні законодавства всіх країн, в яких вироблявся сир «Фета» і тільки враховуючи їх, ухвалив остаточне рішення.

Аналогічну позицію щодо використання як європейського, так і національного права Суд ЄС зайняв у рішенні по справі 87/97 *Gorgonzola v Kaserei Champignon Hofmeister* щодо захисту географічного позначення «Горгонзола», у якому Суд ЄС визначив умови, яких треба дотримуватися за для добросовісної реєстрації торгової марки. Він позначив, що визначення добросовісності має бути розглянуте з точки зору як національного, так і міжнародного права [13].

Яскравим прикладом того, як Суд ЄС знаходить баланс між інтересами Союзу та інтересами й особливостями держав-членів, стало рішення у справі *Omega v Oberburgermeisterin der Bundesstadt Bonn* [14]. Німецька компанія здійснювала управління лазерною інсталяцією («лазердром»), в якій пропонувалися ігри, в яких слід було стріляти з лазерних рушниць по віртуальних особах. Поліцейська влада Бонну заборонила цю інсталяцію, оскільки, на її думку, такі дії у «лазердромі» загрожують публічному порядку, тому що віртуальне вбивство людей та байдуже ставлення до насилля суперечать фундаментальним принципам, які панують у суспільстві. Німецький Федеральний Адміністративний Суд звернувся до Суду ЄС із запитом, чи не порушує ця заборона положення про свободу надання послуг та свободу пересування товарів, які є одними з головних у праві ЄС. Суд ЄС визнав цю заборону легітимною та такою, що не порушує свободи надання послуг та пересування товарів. Він зазначив, що фундаментальні права можуть виправдовувати обмеження зобов'язань, що встановлені правом ЄС, навіть фундаментальні свободи, гарантовані установчими договорами, приміром, свободу надання послуг. На думку Суду, не має значення навіть той факт, що відповідні фундаментальні права можуть бути закріплені лише у національному конституційному праві і не визнаватися іншими правопорядками. Суд із повагою поставився до особливостей правової системи Німеччини й ухвалив рішення, яке встановлює баланс між економічними інтересами Союзу та фундаментальними інтересами Німеччини. Рішення у справі *Omega* чітко закріпило, що держави-члени можуть мати різні стандарти навіть у таких чутливих сферах, як захист людської гідності. Це означає, що і поняття державної політики певним чином є відкритим для певних юридичних інтерпретацій у різних державах – членах ЄС. Ймовірно, Суд керувався і тим, що досягти максимального захисту прав людини можна лише через певну децентралізацію такого захисту.

У межах нашого дослідження варто також зупинитися на рішенні Суду ЄС у справі *Apothekerkammer des Saarlandes and others v Saarland and Ministerium fur Justiz, Gesundheit und Sziales* [15]. Обставини даної справи полягали у тому, що Міністерство юстиції, здоров'я та соціальних справ федеральної землі Саар видало ліцензію нідерландській компанії DocMorris, яка займалася продажем ліків через пошту, на фармацевтичну діяльність, що включала у себе також і найм фармацевтів на умовах індивідуальної відповідальності за свою діяльність. Це рішення було оскаржене у адміністративному суді Саару на підставі того, що воно суперечить положенням фармацевтичного законодавства, оскільки лише фармацевти можуть засновувати та керувати фармацевтичним бізнесом. Як міністерство, так і фармацевтична компанія DocMorris виступали проти позову через те, що саарське фармацевтичне законодавство суперечить ст. 49 Договору про ЄС щодо свободи заснування компаній. Компанія на законних підставах працювала у Нідерландах, а можлива заборона такого ж виду діяльності в Німеччині могла б суперечити основній свободі ЄС. Єдиною підставою обмеження свободи заснування могло б бути досягнення законної мети щодо

суспільного здоров'я. Розглядаючи преюдиціальне звернення від Міністерства юстиції, здоров'я та соціальних справ федеральної землі Саар, Суд ЄС зазначив, що держави-члени встановлюють різні стандарти захисту здоров'я своїх громадян, а отже, надання можливості компанії, якою керують не фармацевти, вести фармацевтичний бізнес може становити загрозу суспільному здоров'ю. У своєму рішенні Суд підкреслив, що національна позиція у цьому питанні є дуже важливою при встановленні законних обмежень свобод ЄС. Рішення дійсно показало, що інтереси інтеграції за певних специфічних обставин можуть бути протиставлені інтересам держав-членів.

Принагідно варто зазначити, що Суд ЄС при з'ясуванні змісту національного законодавства бере до уваги не тільки зміст самого нормативного акта, але й те, яким чином він застосовується в національній практиці. Суд ЄС особливе значення приділяє практиці верховних і конституційних судів держав-членів, оскільки саме вони є найбільш авторитетними судами в межах держави та частіше за все тлумачать своє національне право в контексті права ЄС. Причому, якщо раніше Суд опікувався розбудовою автономного наднаціонального правопорядку, то в сучасних умовах основним завданням Суду виступає інтерпретація права у контексті балансу між цілями Союзу та інтересами держав – членів ЄС.

У зв'язку з предметом дослідження особливо слід звернути увагу на те, що при тлумаченні національних інтересів держав-членів і національного права Суд застосовує принцип самообмеження при інтерпретації права в аспекті балансу інтересів ЄС та інтересів держав-членів. Вивчаючи практику Суду ЄС, можна зробити висновок, що Суд ЄС доволі гнучко підходить до цього принципу, що призвело до появи нових важливих принципів та норм, котрі в жодному разі не з'явилися б при самообмеженні Суду. Суд ЄС негативно ставиться і до застосування доктрини *acte claire* через ризик бути зобов'язаним діяти лише у певному напрямку без врахування в подальшому можливих змін судової практики. Це безпосередньо дозволило йому винести чимало рішень, у тому числі вищенаведених, які знайшли компроміс між інтересами інтеграції та окремих держав-членів ЄС, а отже, ці рішення стали ще однією цеглиною у процесі подолання дефіциту демократії, за що часто дорікали Союзові. Тепер уже не можна твердити, що Союз віддалений від інтересів народів Європи та від інтересів їх держав. ЄС у контексті еволюційних змін стає все більшою мірою не лише союзом держав-членів, але й союзом громадян.

Ураховуючи визначальну роль Суду ЄС у забезпеченні інтеграційного правопорядку, очевидно, що саме Суд ЄС в подальшому залишатиметься тією ланкою інституційної системи ЄС, яка буде поєднувати різні кола інтересів у загальній конструкції європейської інтеграції.

Висновки. Суд ЄС, який є одним з найпрогресивніших та унікальних інститутів ЄС, своєю практикою демонстрував відданість інтересам інтеграції й ухвалював рішення, які слугували базою для подальшого розвитку особливої правової системи ЄС. Пройшовши шлях від жорсткої ієрархії інтересів європейських спільнот, а потім і Союзу над інтересами держав-членів, Суд знайшов

відповідну модель балансу між ними. Сучасна практика Суду ЄС демонструє, що він намагається якомога ефективніше збалансувати легітимні інтереси держав – членів ЄС із вимогами інтеграції. Звісно, слід зауважити, що не завжди вистачає чіткості позиції Суду, що певним чином не дає приватним особам реалізувати принцип правової впевненості, але Суд пішов тим шляхом, щоб вирішувати колізії інтересів на основі вивчення конкретних обставин справ та інтересів, які зачіпаються судовим розглядом. Гадаємо, що до подолання відповідних проблем має бути залучений не лише Суд ЄС, але й конституційні суди держав-членів, а також їх парламенти, які за Лісабонською угодою отримали багато демократичних повноважень. Саме ця кооперація ключових суб'єктів європейської інтеграції допоможе у подальшому уникати ситуацій розходження інтересів держав – членів ЄС та самого Союзу.

Список літератури:

1. Головка О. І. Європейська Комісія: правовий статус в системі органів Європейського Союзу / О. І. Головка // Держава і право. Юридичні і політичні науки. Вип. 9. – Київ : Ін-т держави і права НАН України, 2001. – С. 474–479.
2. Гоцці С. Європейська Комісія. Процеси ухвалення рішень і виконавчі повноваження / С. Гоцці; пер. з італ. – Київ : «К.І.С.», 2007. – 208 с.
3. Европейское право. Право Европейского Союза и правовое обеспечение защиты прав человека : учебник для вузов / под ред. Л. М. Энтина. – 2-е изд., пересмотр. и доп. – Москва, 2005. – 960 с.
4. Капустин А. Я. Европейский Союз: интеграция и право / А. Я. Капустин. – Москва, 2000. – 436 с.
5. Комарова Т. В. Юрисдикція Суду Європейського Союзу: монографія / Т. В. Комарова. – Харків : Право, 2010. – 360 с.
6. Комарова Т. В. Суд Європейського Союзу в європейській системі захисту прав людини / Т. В. Комарова // Проблеми цивільного права та процесу : матер. міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті проф. О. А. Пушкіна. – Харків : Вид-во Харк. нац. ун-ту внутр. справ, 2010. – С. 351-352.
7. Комарова Т. В. Внесок Суду Європейського Союзу в укріплення прав людини / Т. В. Комарова // Правові проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні : матер. міжнар. наук.-практ. конф., м. Харків, 23-24 лютого 2011 р. – С. 78–80.
8. Муравйов В. І. Наднаціональні інститути в системі органів Європейського Союзу / В. І. Муравйов // Часопис Київського університету права. – 2004. – № 3. – С. 105–113.
9. The decision of the State Council of France on case Syndicat General de Fabricants de Semoules de France (Syndicat General de Fabricants de Semoules de France // Common Market Law Reports. – 1970. – Vol. 7. – P. 395–401).
10. The decision of the Federal Constitutional Court of Germany on case Internationale Handelsgesellschaft, 29 may 1974 // Common Market Law Reports. – 1974. – P. 540.
11. Ткаченко Е. ФЕТАЛЬНЫЙ КОНФЛИКТ / Е. Ткаченко // Юридическая практика. – 2005. – № 49 (415).
12. Энтин М. Л. Защита и обеспечение прав человека по праву Евросоюза : курс лекций / М. Л. Энтин. – Москва, 2003. – 126 с.
13. Case 87/97, Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola v Kaserei Champignon Hofmeister GmbH & Co. KG and Eduard Bracharz GmbH // European Court Reports. – 1999. – P. I-1301.
14. Case C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn // European Court Reports. – 2004. – P. I-9609.

15. Case C-171/07, *Apothekerkammer des Saarlandes and others v Saarland and Ministerium fur Justiz, Gesundheit und Sziales* // European Court Reports. – 2009. – P. I-4171.
16. Decision of the Fedetral Constitutional Court of 22 October 1986 [BVerfGE 73, 339–388].
17. Edward D.A.O. What Kind of Law Does Europe Need? The Role of Law, Lawyers and Judges in Contemporary European Integration // Columbia Journal of European Law. – 1998-1999. – Vol. 5.
18. Grimm D. The European Court of Justice and National Courts: the German Constitutional Perspectives after the Maastricht Decision // Columbia Journal of European Law. – 1997. – Vol. 3. – P. 229–242.
19. Schermers H. G., Waelbroeck D. F. *Judicial Protection in the European Union*. 6th ed. – The Hague ; London ; New York, 2001. – 623 p.
20. *The European Court of Justice* / Ed. by G. de Burca and J.H.H. Weiler. – New York, 2001. – XXVI, 233 p.
21. *The European Court and National Court – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*. Edited by A.-M. Slaughter, A. Stone Sweet and J.H.H.Weiler. – Oxford, 1989. – 391 p.

References:

1. Golovko, O.I. (2001). Jevropejs'ka Komisija: pravovyj status v systemi organiv Jevropejs'kogo Sojuzu [The European Commission: legal status in the system of organs of the European Union]. *Derzhava i pravo. Jurydychni i politychni nauky – State and law. Legal and Political Science. Kuiv: In-t derzhavy i prava NAN Ukrain'ny*, 9, 474–479 [in Ukrainian].
2. G'oci, S. (2007). Jevropejs'ka Komisija. Procesy uhvalennja rishen' i vykonavchi povnovazhennja [The European Commission. The process of decision making and executionv]. *Kuiv: K.I.C.* [in Ukrainian].
3. Jentin, L.M. (Eds.). (2005). *Evropejskoe pravo. Pravo Evropejskogo Sojuzu i pravovoe obespechenie zashhity prav cheloveka* [The European Law. The Law of the European Union and legal assurance of protection of human rights]. Moscow [in Russian].
4. Kapustin, A.Ja. (2000). *Evropejskij Sojuz: integracija i pravo* [The European Union: integration and law]. Moscow [in Russian].
5. Komarova, T.V. (2010). *Jurysdykcija Sudu Jevropejs'kogo Sojuzu*. [The Jurisdiction of the European Court of Justice]. Kharkiv: Pravo [in Ukrainian].
6. Komarova, T.V. (2010). *Sud Jevropejs'kogo Sojuzu v jevropejs'kij systemi zahystu prav ljudyny* [The European Court of Justice in the European system of protection of human rights]. *Problemy cyvil'nogo prava ta procesu – Problems of Civil Law and Procedure: materialy mizhnarodnoi' naukovo-praktychnoi' konferencii'*, proceedings of the International Scientific and Practical Conference. (pp. 351-352). Kharkiv : Khark. nac. un-t vnutr. sprav [in Ukrainian].
7. Komarova, T.V. (2011). *Vnesok Sudu Jevropejs'kogo Sojuzu v ukriplennja prav ljudyny* [Contribution of the European Court of Justice in strengthening of human rights protection] *Pravovi problemy derzhavotvorennja i zahystu prav ljudyny v Ukraini – Legal problems of state and defense of human rights in Ukraine: materialy mizhnarodnoi' naukovo-praktychnoi' konferencii'11*, 23-24 ljutogo 2011 r. – Proceedings of the International Scientific and Practical Conference. (pp. 78–80). Kharkiv [in Ukrainian].
8. Muravjov, V.I. (2004). *Nadnacional'ni instytuty v systemi organiv Jevropejs'kogo Sojuzu* [National institutions in the system of organs of the European Union]. *Chasopys Kyi'vs'kogo universytetu prava*, 3, 105–113 [in Ukrainian].
9. The decision of the State Council of France on case *Syndicat General de Fabricants de Semoules de France* (Syndicat General de Fabricants de Semoules de France). (1970). *Common Market Law Reports*. Vol. 7, 395–401.
10. The decision of the Federal Constitutional Court of Germany on case *Internationale Handelsgesellschaft*, 29 may 1974. *Common Market Law Reports*. p. 540.
11. Tkachenko, E. (2005). *FETAL'nyj konflikt* [Fetal conflict]. *Juridicheskaja praktika – Practice of law*, 49(415) [in Russian].
12. Jentin, M.L. (2003). *Zashhita i obespechenie prav cheloveka po pravu Evrosojuzu* [The Protection and Ensuring of human rights protection under the Law of the Eurounion: the corse of lectionaries]. Moscow [in Russian].

13. Case 87/97, Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola v Kaserei Champignon Hofmeister GmbH & Co. KG and Eduard Bracharz GmbH. (1999). European Court Reports, I, p. 1301.

14. Case C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn. (2004). European Court Reports, I, p. 9609.

15. Case C-171/07, Apothekerkammer des Saarlandes and others v Saarland and Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales. (2009). European Court Reports, I, p. 4171.

16. Decision of the Federal Constitutional Court of 22 October 1986 [BVerfGE 73, 339–388].

17. Edward, D.A.O. (1998-1999). What Kind of Law Does Europe Need? The Role of Law, Lawyers and Judges in Contemporary European Integration. Columbia Journal of European Law, Vol. 5.

18. Grimm, D. (1997). The European Court of Justice and National Courts: the German Constitutional Perspectives after the Maastricht Decision. Columbia Journal of European Law, Vol. 3, 229-242.

19. Schermers, H.G., Waelbroeck, D.F. (2001). Judicial Protection in the European Union. The Hague, London, New York.

20. Burca, G. de, Weiler, J.H.H. (Ed.). (2001). The European Court of Justice. New York, XXVI.

21. Slaughter, A.-M., Stone Sweet, A., Weiler, J.H.H. (Ed.). (1989). The European Court and National Court. Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context. Oxford.

Komarova T. V., Candidat of Legal Sciences, Associate Professor of the Department of International Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: t_komarova@list.ru ; ORCID 0000-0002-7663-3264

The European Court of Justice and the national interests of the European Union's Member States

The article is devoted to the research of CJEU's practice concerning the interpretation of national interests of the European Union's Member States in resolving disputes submitted for its consideration. Analyzed decisions of the CJEU allows to trace its position on the matter and the evolution of practices regarding the balance between different interests – the interests of the Union and the States. Also in article there are analyzed actual problems of the modern European Union law (human rights, free enterprise, etc.), its institutional system and direct the judicial authorities in the EU.

For modern evolution of the EU it is highly important to have orientation not only on common interests of the EU but on interests of members states. In the late jurisprudence of the Court of Justice of the European Union there is a tendency of retreating from strict practice of favoring only to interests of the EU and interpreting interests of members states in order to find the balance between two types of interest especially after amendments of Lisbon treaty.

In the context of this research it should be noted that the Court of Justice of the European Union during interpretation of national interests of member states uses the principle of self-restriction in interpretation of law. Herewith the Court quite flexible uses this principle and this leads to appearance of new highly important precedents.

It should be underlined that the Court has a negative to the application of acte claire doctrine because of some risk of been bound to act only in one direction without taking into consideration any possible changes of judicial practice in future.

The conclusion is made that for the strengthening of European integration it is highly important not only the jurisprudence of the Court, but the activity of constitutional courts of member states and also their parliaments, which under Lisbon treaty got a lot of democratic competences. Exactly the cooperation of these key subjects of European integration will help in future to avoid the collisions of interests of member-states and of the EU.

Keywords: European Union; Court of Justice of the European Union; judicial system of the EU; Member States of the EU.

Надійшла до редколегії 07.06.2016 р.



Камчатний Микола Валерійович,
*аспірант кафедри міжнародного права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого,
Україна, м. Харків
e-mail: n.kamchatniy@gmail.com
ORCID 0000-0002-0986-3211*

doi: 10.21564/2414–990x.134.80112
УДК 341:004

ІСТОРІЯ МІЖНАРОДНО–ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПИТАНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ЗАСТОСУВАННЯМ КОМП'ЮТЕРНИХ ТЕХНОЛОГІЙ

Досліджується генезис правового регулювання кібербезпеки у міжнародному праві, визначається місце цієї проблеми у відносинах між суб'єктами міжнародного права. Наведено приклади резонансних кібератак, що вчинялися на міжнародному рівні.

Ключові слова: кібербезпека; кіберпростір; кібератака; кіберзлочинність; міжнародна інформаційна безпека.

Камчатний Н. В., аспірант кафедри міжнародного права, Національний юридический університет імені Ярослава Мудрого, Україна, г. Харків.
e-mail: n.kamchatniy@gmail.com ; ORCID 0000-0002-0986-3211

История международно-правового регулювання питань, пов'язаних із застосуванням комп'ютерних технологій

Исследуется генезис правового регулювання кібербезпеки в міжнародному праві, определяется место данной проблемы в отношениях между субъектами международного права. Приведено примеры резонансных кибератак, которые совершались на международном уровне.

Ключевые слова: кібербезпека; кіберпростір; кібератака; кіберпреступність; міжнародна інформаційна безпека.

Вступ. Останнім часом залежність людства від нових технологій зростає з неймовірною швидкістю. На жаль, ця загалом прогресивна тенденція несе в собі і певні негативні наслідки. Станом на 2014 р. у світі вже 2,8 млрд людей мали доступ до мережі Інтернет, налічувалося близько 10 млрд пристроїв, що під'єднані до цієї всесвітньої мережі [1]. Спостерігається тенденція створення надзвичайно розгалуженої мережі під'єднаних до Інтернету речей,

що можуть функціонувати самостійно (так званий «Internet of Things»). Проте застосування таких технологій відкриває також і нові шляхи до зловживань з використанням мережі Інтернет, серед яких крадіжки, незаконний обіг заборонених товарів, надання незаконних послуг, диверсії, тероризм і навіть руйнування інфраструктури міст під час ведення війни. Це, безперечно, спонукає держави й міжнародні організації приділяти значно більшу увагу забезпеченню кібербезпеки, вимагає врегулювання цієї проблеми на міжнародному рівні.

Аналіз літературних даних і постановка завдання дослідження.

Тематиці кібербезпеки присвятили свої роботи чимало вітчизняних учених, серед яких А. Пазюк, Д. Дубов, О. Мережко, Д. Шпенюв, Р. Лук'янчук. Значно більшу увагу дослідженню питань кібербезпеки у міжнародному праві приділяють зарубіжні фахівці, серед яких М. Н. Шмітт, В. Хайнтшель фон Хайнег, В. Бутбі, Т. Вінгфілд, Б. Демейре, П. Маргуліс та інші.

З огляду на це **метою** нашої **статті** є визначення генезису міжнародно-правового регулювання кібербезпеки шляхом аналізу вчинених кібератак та їх наслідків, вивчення міжнародно-правового регулювання у сфері кіберпростору.

Виклад основного матеріалу. З розвитком технологій кіберпростір стає новим і не менш важливим, ніж наземний, повітряний, водний чи космічний простори, у якому держави змагаються за забезпечення власних національних інтересів. Одночасно він привертає увагу міжнародних терористичних груп, транснаціональних організованих злочинців.

У західній літературі одним із перших прикладів використання кібертехнологій задля впливу на іншу державу вважається використання у 1982 р. так званої «логічної бомби» [2]. Існує версія, що в цьому випадку був використаний «троянський» вірус, прихований у програмному забезпеченні, яке радянські шпигуни викрали у Канаді з метою забезпечення функціонування Трансибірського газопроводу. На той момент спеціалісти СРСР не мали власного програмного забезпечення для управління системами газопроводу і не могли розпізнати прихований у викраденій програмі змінений код. Відомо, що ця програма була створена і використана під час «холодної» війни спеціальними службами Сполучених Штатів Америки. Під час випробувань тиску на певних ділянках газопроводу троянська програма була запущена і цим вплинула на максимальне збільшення тиску у системі, що не було відображено на спеціальних приладах з контролю показчиків. У результаті у 1982 р. це призвело до надзвичайно потужного вибуху газу [3].

Однією з перших атак, безпосередньо спрямованих проти національної безпеки країни, була кібератака на Естонію у 2007 р. [4, с. 5–8]. Передумовою такого втручання вважається рішення уряду Естонії про переміщення пам'ятника радянським воїнам часів Другої світової війни з центру Таллінна на його околиці. Це рішення спровокувало хвилю атак на численні Інтернет-сайти Естонії. У результаті втручання хакерів протягом декількох тижнів були неспроможні функціонувати в нормальному режимі урядові, банківські сайти та

інформаційні системи, сайти багатьох засобів масової інформації, громадських організацій. Хакерам вдалося навіть ненадовго вимкнути сервіс невідкладної допомоги, який функціонував завдяки мережі Інтернет [5, с. 110]. Відновлення повноцінного функціонування інформаційної інфраструктури потребувало певного часу та значних фінансових витрат. Хоча офіційного підтвердження участі російської влади у організації атак не було, багато хто з естонських представників влади наголошував саме на цій версії [6]. Усі технічні шляхи виводили експертів з інформаційно-комп'ютерних технологій саме на російські центри організації кібератак, які, до того ж, використовували для втручання «заражені» комп'ютери з понад 70 країн світу.

Уже за рік, у 2008 р., подібних посягань зазнали урядові сайти Грузії. Спочатку було атаковано офіційний сайт Президента Грузії, а 8 серпня, одночасно з розгортанням військового протистояння між Росією та Грузією, були атаковані інші офіційні сайти влади країни. Втручання зазнали також сайти фінансових установ, засобів масової інформації, навчальних закладів на території Грузії, а також сайти посольств США та Великої Британії [5, с. 112]. Це був перший випадок у історії, коли наземна військова операція супроводжувалася скоординованою із нею кібератакою [7]. Хоча доказів того, що атаки були здійснені російськими військами чи координувалися російською владою, не існує, їх вигідність Росії під час військової операції є беззаперечною.

Однією з найбільш відомих на сьогодні кібератак вважається застосування кібернетичного вірусу «Stuxnet». Цей системний код був використаний у 2010 р. для атаки SCADA¹-систем більш ніж однієї тисячі центрифуг зі збагачення урану виробництва компанії Siemens, розташованих у Натанзі (Іран) [8]. Атака вивела з ладу центрифуги, що унеможливило подальшу роботу компанії. При цьому вірус діяв так, що оператори центрифуг не помічали жодних відхилень під час роботи системи. У той же час шкідливий код змінював умови роботи обладнання, від чого процес ставав неконтрольованим, і центрифуги виходили з ладу фізично. Хоча офіційних підтверджень і визнання з боку держав того, що ця програма була створена за участю США та Ізраїлю, нема й досі, така версія широко обговорювалася.

Окрім того, чимало інших країн світу зазнавали більших чи менших атак на урядові та неурядові сайти, деякі об'єкти інфраструктури. Серед них як надзвичайно розвинені у кіберсфері країни, такі як США, Великобританія, Ізраїль, Південна Корея, Китай, так і країни зі значно нижчим рівнем розвитку кібертехнологій.

Усі ці випадки підтверджують зростання значення кіберпростору у міжнародних відносинах, необхідність правового регулювання між суб'єктами міжнародного права у ньому. Варто зазначити, що технології розвиваються значно

¹ SCADA (скорочення від англ. Supervisory Control And Data Acquisition) – умовний переклад як диспетчерське управління та збір даних. Це програмний пакет, призначений для розробки або забезпечення роботи у реальному часі систем збору, обробки, відображення і архівації інформації про об'єкт моніторингу або управління.

швидше, ніж норми, що регулюють їх використання. Це породжує необхідність правового закріплення питань щодо кіберпростору у національних законодавствах та міжнародного узгодження таких норм.

На жаль, на сьогодні існує досить вузький перелік міжнародно-правових актів, які б регулювали відносини суб'єктів міжнародного права у кіберпросторі. Слід зазначити, що досі не вироблено уніфікований понятійний апарат, тому в деяких країнах такі терміни, як «кіберпростір», «кібербезпека», «кібератака» та інші, що містять у своєму складі «кібер», трактуються у національному законодавстві по-різному.

Підвалини для подальшого співробітництва держав було закладено Резолюцією Генеральної Асамблеї (ГА) ООН 53/70 ще у 1998 р. Визнаючи і підкреслюючи швидкий розвиток технологій, а також те, що вони можуть бути застосовані у цивільній і військовій сферах, Генеральна Асамблея водночас наголосила, що ці технології можуть також використовуватись у цілях, несумісних із задачами забезпечення міжнародної стабільності та безпеки, і можуть негативно вплинути на безпеку держав. Своєю Резолюцією ГА ООН закликала держави-члени до співробітництва у розгляді існуючих загроз у сфері інформаційної безпеки; визначення основних понять, що стосуються інформаційної безпеки; а також до інформування Генерального Секретаря щодо доцільності розробки міжнародних принципів, які підвищать безпеку глобальних інформаційних телекомунікаційних систем та сприятимуть боротьбі з інформаційним тероризмом та криміналом [9]. Такий підхід спричинив тенденцію до висунення щорічних пропозицій з боку держав та підготовки Генеральною Асамблеєю резолюцій з питання досягнень у сфері інформатизації та телекомунікації у контексті міжнародної безпеки.

Уже у 2000 р. та 2001 р. Генеральною Асамблеєю ООН було підготовлено Резолюції 55/63 та 56/121 відповідно. Обидві стосуються боротьби зі злочинним використанням інформаційних технологій. Цими Резолюціями державам, серед іншого, рекомендується обмінюватися інформацією, експертами задля більш ефективної боротьби зі злочинним використанням інформаційних технологій, забезпечувати співпрацю на рівні слідчих органів держав [10].

Своєю Резолюцією 57/239 2003 р. «Створення глобальної культури кібербезпеки» ГА ООН вкотре підкреслює важливість сучасних інформаційних телекомунікаційних систем для розвитку суспільства і водночас наголошує, що уряди, бізнес, громадські організації та індивідуальні особи-користувачі Інтернет мають бути обізнані щодо відповідних ризиків і також вживати заходів для підвищення безпеки. У зв'язку із цим Асамблея пропонує елементи для створення глобальної культури кібербезпеки [11].

Основним документом у цій сфері у рамках Ради Європи є ратифікована 49-ма державами Конвенція про кіберзлочинність 2001 р. (Будапештська конвенція про кіберзлочинність) [12]. Вона набула чинності для України 1 липня 2006 р. [13]. Це – перший міжнародний акт, направлений на захист населення та міжнародне співробітництво держав у сфері кіберзлочинності. Документ

визначає певний перелік термінів, що стосуються кіберзлочинності, діяння, що є порушеннями у комп'ютерній сфері, та відповідальність за них, деякі процедурні аспекти тощо. Підписанти Конвенції брали на себе зокрема такі зобов'язання:

- створювати внутрішнє законодавство з метою закріплення процедур, викладених у Договорі (таких, як пошук та захоплення, перехоплення комп'ютерних даних тощо);

- співпрацювати шляхом надання взаємної правової допомоги, навіть якщо нема іншої спеціальної угоди (наприклад, про екстрадицію, про доступ до комп'ютерних даних тощо);

- судово переслідувати кіберзлочини, вчинені на її території.

Додатковий протокол до Конвенції (Страсбург, 2003; набув чинності для України 1 квітня 2007 р.) розширює перелік кіберзлочинів за рахунок таких протиправних діянь, як: поширення расистського та ксенофобного матеріалу через комп'ютерні системи, погроза та образа з расистських і ксенофобних мотивів через комп'ютерну систему [14].

У 2012 р. у Женеві відбулася Всесвітня конференція електрозв'язку МСЕ¹. Під час конференції ухвалено нову редакцію Регламенту Міжнародного союзу електрозв'язку, зміни до якого не вносилися двадцять чотири роки. Нова редакція Регламенту, серед багатьох інших, передбачає положення щодо безпеки електрозв'язку, обмеження спаму, сприяння розвитку пунктів обміну трафіком, заохочення конкуренції. Регламент містить застереження, яким його дія жодним чином не поширюється на регулювання змісту інформації (контенту). Ухвалення цієї редакції Регламенту вперше відбувалося не на консенсусній основі, а на тлі жорсткого політичного протистояння, з одного боку, прибічників посилення регуляторного впливу МСЕ на Інтернет (серед таких країн Російська Федерація, КНР та ін.), і противників розширення повноважень на регулювання Інтернету цим союзом (тобто МСЕ). Носіями останньої позиції були Сполучені Штати, Японія, Канада, держави-члени Європейського Союзу, які обстоювали принципи багатосторонньої участі усіх зацікавлених сторін (держав, громадянського суспільства і бізнесу) у процесі управління Інтернетом [15].

У рамках ЄС першим документом, що регулює кіберсферу, є Директива 95/46 / Європейського парламенту та Ради від 24 жовтня 1995 р. про захист фізичних осіб стосовно обробки персональних даних та про вільне переміщення таких даних. Відповідно до цієї Директиви держави-члени мають захищати основні права та свободи фізичних осіб, і, зокрема, їх право на недоторканність приватного життя щодо обробки персональних даних [16].

З метою забезпечення більш високого рівня кібербезпеки у Європейському Союзі Європейський парламент і Рада Європейського Союзу у 2004 р. створили Європейське агентство з мережевої та інформаційної безпеки. Статтею 2 Регламенту № 460/2004 передбачено, серед інших, такі цілі створення даного

¹ МСЕ – Міжнародний союз електрозв'язку (англ. International Telecommunication Union, ITU). Спеціалізована агенція Організації Об'єднаних Націй, яка відповідальна за інформаційні та комунікаційні технології.

агентства: розширити можливості Співтовариства щодо реагування на проблеми інформаційної безпеки; надавати допомогу і рекомендації Комісії та державам-членам з питань, пов'язаних із мережевою та інформаційною безпекою; надавати допомогу Комісії у технічній підготовчій роботі з оновлення і розробки законодавства Співтовариства у сфері мережевої та інформаційної безпеки [17].

У 2016 р. підписано документ, що продемонстрував собою прагнення європейських держав до співробітництва у кіберсфері. Ним стала Директива ЄС з мережевої та інформаційної безпеки (EU Network and Information Security (NIS) Directive) [18]. Її метою є досягнення високого загального рівня безпеки мережевих та інформаційних систем у рамках Союзу. Так, для досягнення цієї мети, поряд з іншим, Директива зобов'язує держави-члени: ухвалити відповідні національні стратегії; створювати групи зі співробітництва з метою підтримки і сприяння стратегічній співпраці та обміну інформацією між державами-членами; створювати групи реагування на комп'ютерні інциденти з метою розвитку довіри між державами-членами та швидкого й ефективного оперативного співробітництва; встановлювати вимоги безпеки для операторів цифрових послуг тощо.

Після атак у 2007 р. на кіберпростір Естонії 2008 р. у НАТО остаточно ухвалили рішення про створення Центру з підвищення кваліфікації зі спільної кібероборони – CCD COE (Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence). Центр сфокусувався на координації кіберзахисту та створенні політики для надання допомоги союзникам під час нападів [5, с. 110]. Рішенням Північноатлантичної Ради CCD COE була створена як Міжнародна військова організація [19].

На її базі у 2013 р. групою експертів з міжнародного права, за загальною редакцією М. Н. Шмітта, підготовлено так званий Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare (Талліннський посібник з ведення війни або Талліннський посібник з міжнародного права, застосовного до кібервійни) [20]. Посібник приділяє особливу увагу праву на війну (*jus ad bellum*) – міжнародно-правовим нормам, які регулюють застосування сили державами як інструменту своєї національної політики і *jus in bello*, яке називають правом збройних конфліктів або міжнародним гуманітарним правом. Талліннський посібник – це не офіційний документ, проте він є втіленням наукових думок групи незалежних експертів, котрі діють виключно від свого імені.

Відповідно до зростаючої ролі кіберпростору багато держав створюють власні національні законодавчі норми та стратегії кібербезпеки. Так, нині 27 країн-членів НАТО, Європейський Союз, 12 країн Європи, що не є членами НАТО, а також 38 країн із інших частин світу мають власні національні стратегії кібербезпеки [21]. Серед них і Україна, де у 2016 р. Указом Президента України №96/2016 «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 27 січня 2016 року «Про стратегію кібербезпеки України» було затверджено національну стратегію кібербезпеки [22]. Раніше, у 2009 р., штаб-квартира НАТО ухвалила стратегічний документ «Рамки співробітництва у питаннях

кібернетичного захисту між НАТО та державами-партнерами». Цим актом було закладено підґрунтя для налагодження співробітництва у сфері кібербезпеки між країнами-учасниками, зокрема й Україною [23].

Висновки. Нерідко комп'ютерні технології використовуються з метою завдання шкоди об'єктам військової та цивільної інфраструктури, негативного впливу на процеси виробництва, збоїв у системі функціонування національних Інтернет-ресурсів тощо. Питання кібербезпеки дедалі гостріше стає проблемою не лише національного рівня, а тому вимагає розширення міжнародно-правового співробітництва між суб'єктами міжнародного права задля збереження миру і недопущення розв'язання кібернетичних війн, які можуть супроводжуватися і кінетичними.

Безперечно, наукові пошуки у цій сфері потребують подальших зусиль.

References:

1. The Internet Organised Crime Threat Assessment (iOCTA), European Police Office (2014). [www.europol.europa.eu](https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/europol_iocta_web.pdf). Retrieved from https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/europol_iocta_web.pdf.
2. Thomas, Reed. (2005). *At the Abyss: An Insider's History of the Cold War*. Published in the United States. New York: Presidio press.
3. Byres, Eric J., Eng, P. (2009). *Cyber Security And The Pipeline Control System*. Lantzville, BC, Canada.
4. William, C. Major. (2009). *Ashmore. Impact of Alleged Russian Cyber Attacks*. School of Advanced Military Studies, United States Army Command and General Staff College, Fort Leavenworth, Kansas.
5. Schreier, Fred. (2015). *On Cyberwarfare*. DCAF HORIZON. Working paper No. 7.
6. Tikk, Eneken, Kaska, Kadri & Vihul, Liis. (2010). *International Cyber Incidents: Legal Considerations*, Tallinn, Cooperative Cyber Defense Centre of Excellence (CCD COE), 15–34. [ccdcoe.org](https://ccdcoe.org/publications/books/legalconsiderations.pdf). Retrieved from <https://ccdcoe.org/publications/books/legalconsiderations.pdf>.
7. Melikishvili, Alexander. (2009). *Recent Events Suggest Cyber Warfare Can Become New Threat* (WMD Insights, December 2008/January 2009 Issue). www.wmdinsights.com. Retrieved from http://www.wmdinsights.com/I29/I29_G3_RecentEvents.htm.
8. Andryeyeva, O.M., Musiyenko, K. (2011). *Kiberzbroya ta analiz yiyi destruktivnoyi diyal'nosti na prykladi vplyvu virusu novoho pokolinnya STUXNET na irans'ku yadernu prohramu. Perspektyvy vidnosyn Ukrayiny zi USA, RF, EU & NATO v postkryzovomu sviti*, 29–34 [in Ukrainian].
9. Resolution Adopted by the General Assembly 53/70. (1999). *Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security*. ccdcoe.org. Retrieved from <https://ccdcoe.org/sites/default/files/documents/UN-981204-ITIS.pdf>
10. Resolution adopted by the General Assembly 55/63. (2001). *Combating the criminal misuse of information technologies*. ccdcoe.org. Retrieved from <https://ccdcoe.org/sites/default/files/documents/UN-001204-CriminalMisuseIT.pdf>.
11. Resolution Adopted by the General Assembly 57/239. (2003). *Creation of a global culture of cybersecurity*. ccdcoe.org. Retrieved from <https://ccdcoe.org/sites/default/files/documents/UN-021220-CultureOfCS.pdf>
12. *Konventsyya pro kiberzlochynnist'*. (2007). *Ofitsynyy visnyk Ukrayiny vid 10.09.2007*, No. 65, 107.
13. *Convention on Cybercrime*. (2016). *Chart of signatures and ratifications of Treaty 185*. Status as of 28.09.2016. Retrieved from https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures?p_auth=yvTbDHWU.

14. Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems, CETS No. 189. (2006). The Council of Europe. [conventions.coe.int](http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/189.htm). Retrieved from <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/189.htm>.

15. Rehlament Mizhnarodnoho soyuzu elektrozv'yazku. (2012). Materialy Vsesvitnya konferentsiya elektrozv'yazku MSE, Zheneva [in Ukrainian].

16. Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data. (1995). Official Journal of the European Communities, No. L 281/31, 24 October.

17. Regulation (EC) No. 460/2004 of the European Parliament and of the Council of 10 March 2004 establishing the European Network and Information Security Agency. (2004). Official Journal L 077, 13/03/2004, 0001–0011.

18. European Commission. Network and Information Security (NIS) Directive. (2016). Digital Single Market, Digital Economy & Society, Directive (EU) 2016/1148. Retrieved from <https://ec.europa.eu/digital-single-market/news/network-and-information-security-nis-directive>.

19. Centre is the first International Military Organization hosted by Estonia. (2008). NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, 28 October 2008. ccdcoe.org. Retrieved from <https://ccdcoe.org/centre-first-international-military-organization-hosted-estonia.html>.

20. Michael, N. (2013). Schmitt, the «International Group of Experts». Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare. Cambridge University Press. issuu.com/nato_ccd. Retrieved from https://issuu.com/nato_ccd_coe/docs/tallinnmanual.

21. Cyber security strategy documents. NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence. Tallinn, Estonia. ccdcoe.org Retrieved from <https://ccdcoe.org/cyber-security-strategy-documents.html>.

22. Stratehiya natsional'noyi bezpeky Ukrainy. (2015). Zatverdzhena Ukazom Prezydenta Ukrainy vid 26.05.2015 № 287/2015. Ofitsiynyy visnyk Ukrainy, 43 [in Ukrainian].

23. Framework for Cooperation on Cyber Defence Between NATO and Partner Nations. (2009). NATO/EAPC Unclassified, Document EAPC(C)D(2009)0010. [uan.ua](http://uan.ua/sites/default/files/41210385dod2.pdf). Retrieved from <http://uan.ua/sites/default/files/41210385dod2.pdf>.

24. Michael, N. Schmitt. (2012). International Law in Cyberspace: The Koh Speech and Tallinn Manual Juxtaposed. Harvard Internatinal Law Journal, Vol. 54, December.

25. Dubov, D.V. (2016). Heopolitychne supernytstvo u kiberprostorii yak chynnyk vplyvu na natsionalnu bezpeku Ukrainy. Doctor's thesis. Kyiv [in Ukrainian].

26. Pazyuk, A.V. (2015). Mizhnarodno-pravove rehulyuvannya informatsiynoyi sfery (teoretychni i praktychni aspekty). Doctor's thesis. Kyiv [in Ukrainian].

Kamchatniy M. V., Postgraduate Student of the Department of International Law, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.

e-mail: n.kamchatniy@gmail.com ; ORCID 0000-0002-0986-3211

History of international legal regulation of the issues related to the use of computer technologies

The article studies the genesis of legal regulation of cybersecurity in international law, the definition of the place of the problem in relations between subjects of international law. Examples of high-profile cyberattacks that took place internationally are shown.

In recent years, human dependence on new technologies has grown rapidly. However, the use of such technologies also opens new ways to abuse via the Internet. With the development of new technologies cyberspace becomes as important space as land, air, water or space in which states compete for ensuring their national interests. Such space also attracts the attention of international terrorist groups, transnational organized crime etc.

A number of scientists devoted their papers to the subject of cybersecurity, among them A. Pazyuk, D. Dubov, A. Merezhko. Much more attention on the issue of cybersecurity research in international law was paid by foreign experts, including M. N. Schmitt, W. Heintschel von Heinegg, V. Boothby.

The article shows examples of international norms in cyberspace. Accordingly the foundations for further cooperation among the States were laid by the number of Resolutions of the General Assembly of the United Nations. One of the main documents in this field within the Council of Europe is ratified by 49 states Convention on Cybercrime in 2001 and Optional Protocol to the Convention of 2003. Within the EU the first document regulating cyberspace is Directive 95/46 of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. In 2016 EU has adopted the EU Network and Information Security (NIS) Directive. As an example of doctrinal codification the Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare was issued in 2013.

It is also mentioned in the article that states are actively working on preparing national legislation and adopting strategies for cybersecurity

It is noted that the issue of cybersecurity is becoming more acute problem not only at the national level and therefore requires expansion of international legal cooperation between subjects of international law to maintain peace and prevent solving cyber warfare, which may be accompanied by kinetic.

Keywords: cybersecurity; cyberspace; cyberattack; cybercrime; international information security.

Надійшла до редколегії 01.09.2016 р.

Наукове видання

**ПРОБЛЕМИ
ЗАКОННОСТІ**

**PROBLEMS
OF LEGALITY**

**ПРОБЛЕМЫ
ЗАКОННОСТИ**

Збірник наукових праць

Випуск 134

Мови видання: українська, англійська, російська

Відповідальний за випуск проф. *А. П. Гетьман*

Редактор *П. М. Львова*
Коректор *Н. Г. Залюбовська*
Комп'ютерна верстка *А. Г. Якишина*

Підп. до друку 30.09.2016 р. Формат 70x100 ¹/₁₆. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 16,77. Обл.-вид. арк. 15,7.
Тираж 300 прим. Зам. № 16-10/0. Ціна договірна.

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
Редакційно-видавничий відділ наукових видань
Україна, 61024, м. Харків, вул. Пушкінська, 77, к. 412
тел. (057) 704-92-99, 704-89-16
e-mail: problzakon@ukr.net ; сайт: <http://plaw.nlu.edu.ua>

Віддруковано у ТОВ «Оберіг»
61140, м. Харків, проспект Гагаріна, 62, к. 97.
Свідоцтво про реєстрацію видавничої діяльності ДК № 3045 від 07.12.2007 р.